Autorité belge de la Concurrence

VERSION PUBLIQUE

Le Collège de la concurrence de l'Autorité belge de la concurrence

Décision n° ABC-2021-P/K-09 du 6 mai 2021 en application des articles 52, §1, 2° et 79 du Code de droit économique

---

Affaire n° CONC-PK-17/0038 et CONC-PK-18/0001

Newpharma et Pharmasimple contre Caudalie

I. PROCÉDURE 1
II. PROJET DE DÉCISION 3
III. OBSERVATIONS DE CAUDALIE 74
IV. OBSERVATIONS DE NEWPHARMA 161
V. RÉPLIQUE DE CAUDALIE 174
VI. L'ANALYSE DU COLLÈGE DE LA CONCURRENCE 177

I. Procédure

1. Les 27 novembre et 12 décembre 2017, l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence a reçu deux plaintes à l'encontre de l'entreprise Caudalie, enregistrées respectivement sous le numéro CONC-P/K-17/0038 et CONC-P/K-18/0001.

2. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, alors en vigueur, l'auditeur général a désigné, en date du 28 novembre 2017, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-17/0038, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, « ABC »), afin d'accomplir les devoirs d'instruction. Conformément à l'ancien article IV.29 du Code de droit économique, Madame Marielle Fassin, auditeur auprès de l'Autorité belge de la concurrence, a été désignée comme second auditeur faisant partie de la cellule constituée pour chaque affaire que l'ABC décide de traiter.

3. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, alors en vigueur, l'auditeur général a désigné, en date du 4 janvier 2018, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-18/0001, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence, afin d'accomplir les devoirs d'instruction. Conformément à l'ancien article IV.29 du Code de droit économique, Madame Marielle Fassin, auditeur auprès de l'Autorité belge de la concurrence, a été désignée comme second auditeur faisant partie de la cellule constituée pour chaque affaire que l'ABC décide de traiter.

4. Dans le cadre de l'instruction, des perquisitions ont été organisées aux sièges de l'entreprise 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 de l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence basée sur l'article 22 § 1er du règlement 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 [aujourd'hui : articles 101 et 102 TFUE].

5. Par ailleurs, des demandes de renseignements ont été envoyées tant à la partie concernée qu'à des tiers, notamment les 24 avril 2018, 7 août 2018, 25 avril 2019 et 20 février 2020 pour la partie concernée et les 20 juin 2018 et 10 août 2019 pour les tiers.

6. Le 3 juin 2019, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2019, l'auditeur-général a désigné, conformément à l'article IV.27 § 4 nouveau CDE, Madame Marielle Fassin, auditeur, en tant qu'auditeur-conseiller.

7. Le 29 mai 2020, conformément à l'article IV.46 § 1er al. 1er CDE, l'auditeur a, après avis de l'auditeur-conseiller, informé Caudalie des griefs retenus contre elle.

8. Le 20 novembre 2020, l'auditeur a déposé la proposition de décision qui suit auprès du président de l'Autorité belge de la Concurrence en vue de sa communication au Collège de la concurrence, autrement composé, et en a transmis une copie à l'Ordre des pharmaciens.

9. Le 30 novembre, Caudalie a sollicité une extension du délai prévu pour le dépôt des observations écrites (initialement prévu le 20 décembre 2020).

10. Le 30 novembre 2020, le président du Collège a accordé l'extension de délai.

11. Le Collège a été composé le 3 décembre 2020.

12. Le 18 décembre 2020, New Pharma a souhaité recevoir la version non-confidentielle de la proposition de décision en vue de formuler des observations.

13. Le 6 janvier 2021, le greffe a transmis la version non-confidentielle de la proposition de décision à Newpharma.

14. Le 22 janvier 2021, Caudalie et Newpharma ont transmis au Collège leurs observations écrites.

15. Le 28 janvier 2021, en application de l'article IV.49 §6 du Code de droit économique, le président du Collège a fixé le calendrier pour répliquer aux observations déposées le 22 janvier dernier par NewPharma (Auditorat – réplique pour le 5 février 2021 et Caudalie – réplique pour le 19 février 2021).

16. Le 11 février 2021, le greffe du Collège a informé Caudalie que l'Auditorat n'avait pas déposé de réplique.

17. Le 19 février, Caudalie a déposé la réplique aux observations de Newpharma déposées le 22 janvier 2021. La procédure écrite a ainsi été clôturée à cette date.

18. Le 22 mars 2021, le Collège de la concurrence a entendu Newpharma, Caudalie et l'Auditorat en présence du directeur des affaires juridiques et du directeur des affaires économiques.

II. Projet de décision

19. L'auditeur a déposé le projet qui suit : «

II. *Entreprise visée par l'instruction et sociétés concernées*

II.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

II.1.1 Entreprise visée par l'instruction

3. Caudalie est une entreprise ayant pour activité principale la fabrication et la distribution de produits cosmétiques sous la marque Caudalie. Caudalie présente sa marque comme « une marque de produits cosmétiques formulés avec des actifs innovants, exclusifs et brevetés »[1] dont « chaque produit est formulé pour répondre à des besoins spécifiques en fonction du type de peau, d'âge, et du mode de vie de l'utilisateur »[2].

4. Le groupe Caudalie (ci-après « l'entreprise Caudalie » ou « Caudalie ») est constitué de plusieurs sociétés. La société faîtière du groupe est Caudalie International SE Holding, située 1st Floor 26 Eastcastle street London - United Kingdom W1W 8DQ et enregistrée sous le numéro SE000113[3]. Cette société détient notamment les sociétés 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, et Caudalie Belgique SPRL, dont le siège social était situé Rue de l'Aurore, 4 à 1000 Bruxelles et se trouve actuellement Rue Jean Stas, 13 à 1060 Saint-Gilles et qui est inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0475.070.960

5. Bien que les membres du réseau de distribution sélective de l'entreprise Caudalie ont également pris part aux accords restrictifs de concurrence décrits infra, l'auditeur a, dans le cadre de cette affaire, décidé de poursuivre et d'imposer une amende uniquement aux sociétés faisant partie du groupe Caudalie.

6. En l'espèce, l'auditeur constate que Caudalie est à l'initiative de l'infraction et que Caudalie a exercé une pression sur ses distributeurs. Après avoir été informée et/ou avoir constaté l'application de ristournes plus élevées que celles qu'elle autorisait, Caudalie a demandé aux distributeurs concernés d'adapter leur politique de prix. Les distributeurs qui continuaient à ne pas respecter la politique de prix imposée par Caudalie étaient rappelés à l'ordre, voire exclus du réseau de distribution sélective.

[1] Annexe 1 à la plainte de Newpharma, p. 3
[2] Annexe 1 à la plainte de Newpharma, p. 3
[3] Voy. document II.ZE2 et, plus précisément, l'annexe 1 à la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 25 avril 2019.

7. Ainsi, sans l'initiative et la pression exercée par Caudalie vis-à-vis de ses distributeurs, ceux-ci ne seraient pas parvenus à uniformiser leur prix. Le fait que certains distributeurs soutenaient la politique de Caudalie ne change pas cette conclusion.

8. Pour ces raisons, l'auditeur décide de poursuivre et de sanctionner uniquement Caudalie dans le cadre de cette procédure.

II.1.2 Sociétés faisant partie du groupe Caudalie destinataires de la communication des griefs

II.1.2.a Principes

9. Les droits belge et européen de la concurrence visent les activités des entreprises, et la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement[4].

10. Lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction. Le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère lorsque la société mère exerce une influence décisive sur celle-ci notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère. En effet, dans une telle situation, la société mère et sa filiale faisant partie d'une même unité économique et formant ainsi une seule entreprise au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE, l'autorité de concurrence peut adresser une décision imposant des amendes à la société mère sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction[5].

11. L'autorité de concurrence ne saurait se contenter de constater qu'une entreprise « pouvait » exercer une influence déterminante sur la politique commerciale d'une autre entreprise, sans qu'il soit besoin de vérifier si cette influence a effectivement été exercée. Au contraire, il incombe, en principe, à l'autorité de concurrence concernée de démontrer une telle influence déterminante sur la base d'un ensemble d'éléments factuels, dont, en particulier, l'éventuel pouvoir de direction de l'une de ces entreprises vis-à-vis de l'autre[6].

12. Cependant, lorsque la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère, l'autorité de concurrence peut présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale. L'autorité de concurrence sera en mesure, par la suite, de considérer la société mère comme tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché[7].

---

[4] CJUE, arrêt du 13 juin 2013, Versalis, C-511/11 P, § 51.
[5] Voy. notamment CJUE, arrêt du 10 septembre 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, §§ 56 et 58-59 ; CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P, §§ 37-39 et CJUE, arrêt du 29 septembre 2011,Elf Aquitaine, C-521/09 P, §§ 53-55.
[6] TUE, arrêt du 27 mars 2014, Saint-Gobain Glass France *et alii*, T-56/09 et T-73/09, § 311.
[7] CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P, § 41.

13. Lorsque plusieurs personnes juridiques peuvent être tenues responsables pour la participation à une infraction de la même entreprise, elles doivent être considérées comme solidairement responsables de cette infraction.

II.1.2.b Application au cas d'espèce

i) Caudalie Belgique SRL

14. La plupart des comportements décrits ci-dessous sont le fait d'employés et de dirigeants responsables de la société Caudalie Belgique SRL (ci-après « Caudalie Belgique »). Celle-ci a donc participé directement à l'infraction et est, dès lors, à ce titre, destinataire de la présente communication des griefs.

ii) Caudalie SAS

15. La société Caudalie SAS a également directement participé à l'infraction décrite ci-dessous. En effet, d'une part, Caudalie SAS est la société avec laquelle le contrat de distribution sélective est conclu[8] et, d'autre part, Caudalie SAS a effectué la veille des sites internet des distributeurs sélectifs belges présents en ligne. La société Caudalie SAS est dès lors destinataire de la présente communication des griefs.

iii) Caudalie International SE Holding

16. Durant les périodes de l'infraction, Caudalie Belgique SPRL était détenue à [CONFIDENTIEL]% par Caudalie International SE Hodling, soit quasi-totalement[9]. Par conséquent, Caudalie International SE Holding est présumée avoir exercé une influence décisive sur Caudalie Belgique SRL.

17. En outre, durant les périodes de l'infraction, Caudalie SAS était détenue à [CONFIDENTIEL]% par Caudalie International SE Hodling, soit quasi-totalement. Par conséquent, Caudalie International SE Holding est présumée avoir exercé une influence décisive sur Caudalie SAS[10].

18. La société Caudalie International SE Holding est dès lors également, en sa qualité de société-mère de Caudalie Belgique SRL et de Caudalie SAS, destinataire de la présente communication des griefs.

II.2 Arguments de Caudalie dans la réponse à la communication des griefs

II.2.1 Les pratiques reprochées à Caudalie en Belgique ne peuvent pas être imputées à Caudalie SAS[11]

19. Dans sa réponse à la communication des griefs, Caudalie affirme que les deux raisons invoquées par l'auditorat pour imputer l'infraction à Caudalie SAS, à savoir « d'une part, Caudalie SAS est la société avec laquelle le contrat de distribution sélective est conclu et, d'autre part, Caudalie SAS a effectué la veille des sites internet des distributeurs sélectifs belges présents en ligne » ne permettent pas d'imputer les griefs à Caudalie SAS. En effet, les contrats de distribution sélective ne contiendraient aucune clause anticoncurrentielle et seraient conformes à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, notamment à l'arrêt Coty, et à la pratique décisionnelle de l'Autorité française de la concurrence, qui aurait expressément reconnu le caractère non problématique par rapport au droit de la concurrence du contrat de distribution sélective de Caudalie. Par ailleurs, il serait normal que Caudalie SAS, en sa qualité de tête de réseau, veille au respect des contrats de distribution sélective par les distributeurs agréés. Pour

[8] Voy. notamment les documents I.A4, I.A5, II.G3, II.G4, III.4.B4 à III.4.B22 et III.8.C3.
[9] Voy. document II.ZE2, en particulier l'annexe 1.
[10] Voy. document II.ZE2, en particulier l'annexe 1.
[11] Voy. §§ 267-277 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

Caudalie, la veille effectuée n'empêche pas les distributeurs d'effectuer des promotions et ne correspondrait pas à assurer le respect d'un prix de revente minimum.

II.2.2 Les pratiques reprochées à Caudalie en Belgique ne peuvent pas être imputées à Caudalie International SE Holding[12]

20. Caudalie relève que l'auditorat n'a aucun grief à adresser directement à Caudalie International SE Holding et que ce n'est que parce que celle-ci détient la quasi-totalité de Caudalie SAS et de Caudalie Belgique que celle-ci est destinataire de la communication des griefs.

21. Caudalie critique cette présomption dans le chef de Caudalie International SE Holding et affirme que Caudalie International SE Holding n'a pas exercé et n'exerce pas d'influence sur ses filiales.

22. Caudalie précise que Caudalie International SE Holding ne serait pas en mesure d'influencer le comportement de ses filiales, car elle n'est qu'une holding financière ne disposant pas de ressources opérationnelles et car elle ne dispose pas d'un personnel suffisant pour avoir la possibilité, même théorique, d'exercer une influence décisive sur ses filiales.

II.3 Analyse de l'auditeur

II.3.1 Caudalie SAS a bel et bien participé à l'infraction et doit dès lors être destinataire de la décision à venir

23. Contrairement à Caudalie, l'auditeur estime qu'il suffit de constater que les accords et pratiques concertées en cause l'ont été dans le cadre d'un contrat de distribution sélective conclu par Caudalie SAS pour considérer que cette société a bel et bien participé à l'infraction. L'auditeur relève par ailleurs que, au moment des faits, c'est la société Caudalie SAS qui facturait et encaissait le chiffre d'affaires réalisé par les distributeurs agréés en Belgique et non Caudalie Belgique[13]

24. De plus, l'auditeur souligne que Caudalie SAS a activement participé à l'infraction, puisque ce sont les employés de Caudalie SAS qui sont chargés de la veille des sites internet situés en Belgique[14]. Si, certes, comme le relève Caudalie, cette veille porte sur un grand nombre d'éléments, il n'en reste pas moins qu'un de ceux-ci est l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque et, notamment, l'absence d'affichage du taux de ristournes appliqué par les sites internet. Afin d'établir que Caudalie SAS a activement participé à l'infraction, l'auditeur renvoie en outre au fait que c'est Caudalie SAS qui adresse à Caudalie Belgique la liste des points de vente à fermer pour non-respect du contrat[15]. Par ailleurs, le [fonction] de Caudalie, [Monsieur A], employé de Caudalie SAS intervient fréquemment directement en Belgique, ainsi qu'en témoigne la synthèse de la tournée transmise par [Monsieur A] à [Monsieur B], [fonction] en date du 31 mai 2017 dans laquelle celui-ci affirme, concernant [Distributeur 1] : «[CONFIDENTIEL]» [16]. Un autre exemple d'intervention de [Monsieur A] est sa demande à [Monsieur B] de Caudalie Belgique de coacher l'équipe de délégués commerciaux, lors d'un séminaire à venir, sur les réponses à apporter aux distributeurs sélectifs belges qui pourraient se plaindre de la création d'un site propre de vente en ligne par Caudalie. Les réponses portaient notamment sur l'argument prix: «

[12] Voy. §§ 278-281 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[13] Voy. document II.Z.E2
[14] Voy. notamment documents IV.44, V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106.
[15] Voy. notamment documents V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106
[16] Voy. le document IV.73. Voy. également document V.B.69.

[CONFIDENTIEL] »[17]*. Le lien est ici clairement fait avec la limitation des ristournes à* [5-15] *% sur les prix recommandés pour les e-retailers. Ceci démontre bien l'implication de Caudalie SAS dans la pratique d'imposition d'un prix de revente.*

25. Pour ces raisons, l'auditeur estime que Caudalie SAS a participé à l'infraction et que, dès lors, elle doit être destinataire de la décision du Collège de la concurrence.

II.3.2 Caudalie International SE Holding doit être destinataire de la décision

26. Caudalie critique cette présomption dans le chef de Caudalie International SE Holding. Il s'agit pourtant de l'application, par l'auditeur, de l'arrêt Stichting Administratiekantoor Portielje, déjà cité, de la Cour de Justice de l'Union européenne[18]*. Cet arrêt s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence bien établie depuis l'arrêt Akzo Nobel / Commission*[19]*.*

27. Sur base de cette jurisprudence, il revient à Caudalie de renverser la charge de la preuve, ce qu'elle n'a pas fait. Caudalie se limite à avancer que Caudalie International SE Holding n'est qu'une holding financière qui ne dispose pas de ressources opérationnelles. Or, le fait d'être une holding financière ne permet pas de considérer qu'il s'agit d'un simple investisseur financier qui s'abstient de toute implication dans la gestion et le contrôle de ses filiales[20]*. Il y a dès lors lieu de constater que Caudalie International SE Holding n'apporte pas des éléments parvenant à démontrer que les deux filiales concernées se comportent de façon autonome sur le marché et qu'elle doit donc être destinataire de la décision du Collège de la concurrence à venir.*

28. Par ailleurs, l'auditeur tient à mentionner que, sur base des informations publiques, deux personnes sont responsables de Caudalie International SE Holding, à savoir [Monsieur C] et [Madame C][21]*. Or, [Monsieur C] est, à la suite de la démission de [Monsieur D] en tant qu'[fonction], depuis le 17 juin 2020, l'[fonction] de Caudalie Belgique*[22]*. L'influence déterminante ne fait ainsi aucun doute à l'heure actuelle. Il est probable que tel était également le cas au moment de l'infraction, sachant que [Monsieur C] et [Madame C] sont les fondateurs de Caudalie.*

II.4 Conclusion de l'auditeur

29. Pour les raisons développées ci-dessus, l'auditeur maintient sa conclusion suivant laquelle tant Caudalie Belgique que Caudalie SAS et Caudalie International SE Holding doivent être destinataires de la décision du Collège de la concurrence à venir.

[…]

IV. *Instruction*

IV.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

[17] Voy. le document IV.171
[18] CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P, § 41.
[19] CJUE, arrêt du 10 septembre 2009, C-97/08 P, Akzo Nobel, § 61.
[20] Voy. notamment TUE, arrêt du 12 décembre 2012, T-392/09, garantovaná a.s.,§ 54. Voy. également CJUE, arrêt du 28 octobre 2020, Pirelli & C. SpA, C-611/18 P, §§ 49 et 68.
[21] Voy. notamment https://suite.endole.co.uk/insight/company/SE000113-caudalie-international-se
[22] https://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/toonondernemingps.html?ondernemingsnummer=475070960

IV.1.1 Les produits concernés et la politique commerciale de Caudalie

37. Caudalie est une marque française de produits cosmétiques. Plus précisément, « Caudalie est une marque de produits cosmétiques formulés avec des actifs innovants, exclusifs et brevetés nécessitant des conditions de commercialisation spécialement adaptées et un conseil hautement qualifié »[23]. Ainsi, Caudalie se présente comme une marque haut de gamme et ce notamment grâce à ses produits brevetés et ses spas.

38. *Caudalie a décidé, notamment en vue d'assurer son image de luxe, de distribuer ses produits via un réseau de distribution sélective basé tant sur des critères qualitatifs que quantitatifs. Parmi les critères qualitatifs figurent d'une part des exigences liées au point de vente qui doit être fonctionnel, et comporter des vitrines et des meubles de qualité[24] et d'autre part des interdictions, telle que l'interdiction d'étiquette sur la face avant du produit et l'interdiction d'affiche comportant les mots tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés » ou encore « remise x% »[25]. Des exigences sont également formulées quant à la qualification professionnelle du personnel de vente, qui doit comprendre au minimum [CONFIDENTIEL][26]. En ce qui concerne les critères quantitatifs, Caudalie s'engage vis-à-vis de ses distributeurs à « limiter le nombre de points de vente agréés par zone géographique » et ce notamment afin d'assurer à chaque distributeur un bon retour sur investissement[27]. En pratique, cela signifie que, sur une zone géographique donnée, il ne peut pas y avoir plus de* [20-30] *% de pharmacies qui soient agréées par Caudalie[28]. En outre, en ce qui concerne la vente sur internet, des restrictions sont également imposées, notamment le fait que la vente en ligne n'est autorisée que [CONFIDENTIEL]. Par ailleurs, le nombre de distributeurs en ligne doit être limité, à, en principe, une pharmacie en ligne par [CONFIDENTIEL] de chiffre d'affaires obtenu dans le pays[29].*

39. *La politique commerciale de Caudalie relative à la vente en ligne a évolué entre 2011 et 2013 ainsi qu'en attestent les contrats signés par Newpharma. C'est à cette période que Caudalie a introduit un avenant à son contrat de vente pour la vente en ligne. Ainsi, pour pouvoir distribuer les produits Caudalie en ligne, il faut désormais* [CONFIDENTIEL][30] *et respecter des critères qualitatifs spécifiques. Parmi ceux-ci,* [CONFIDENTIEL][31]. [CONFIDENTIEL][32]. *Afin d'assurer que la vente en ligne n'ait que des consommateurs finaux comme destinataires, les distributeurs ne peuvent accepter de commande d'un même consommateur pour plus de* [0-10] *produits de la même référence[33]. Enfin, le distributeur ne peut étendre la territorialité de ses ventes à d'autres pays*

---

[23] Annexe 1 à la plainte de Newpharma, p. 3

[24] Voy. article A.1 du contrat de distribution sélective conclu entre Caudalie et Newpharma le 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma.

[25] Voy. article A.3 du contrat de distribution sélective conclu entre Caudalie et Newpharma le 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma.

[26] Voy. article A.5. du contrat de distribution sélective conclu entre Caudalie et Newpharma le 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma

[27] Voy. article B.6. du contrat de distribution sélective conclu entre Caudalie et Newpharma le 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma

[28] Voy. notamment document IV.133.

[29] Voy. notamment document IV.90. Ce point de vue est explicitement nié par Caudalie dans sa réponse à la question 17 de la demande de renseignements du 26 avril 2018.

[30] Articles 1 et 2 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.

[31] Article 3 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.

[32] Articles 4 et 5 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.

[33] Article 8 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.

qu'après un accord écrit de Caudalie vérifiant notamment si le site est correctement traduit dans la langue du ou des pays envisagé(s)[34]. En ce qui concerne les prix, le contrat de distribution en ligne prévoit en son article 7 que « le distributeur est libre de fixer ses prix de revente. Toutefois, il s'abstiendra d'initiatives promotionnelles susceptibles de déprécier l'image de marque des produits ou susceptibles de constituer l'argument de vente essentiel au détriment notamment des prestations de conseil qualifié et personnalisé qui lui incombent ».

40. *A l'heure actuelle, Caudalie est dans [CONFIDENTIEL]. Tel est également le cas en Belgique où l'objectif fixé au [fonction] pour la Belgique était [CONFIDENTIEL] de* [10-20] *% pour les années 2014, 2015 et 2017 (pour l'année 2016, l'objectif était une [CONFIDENTIEL] de [5-15] %)[35]. En 2017[36], le chiffre d'affaires de Caudalie en Belgique s'élevait à [CONFIDENTIEL] euros, avec une part de marché de [0-10]% sur le marché pertinent d'après Caudalie, soit le marché des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseils pharmaceutiques en Belgique[37]. En 2018, ce chiffre d'affaires s'élevait à [CONFIDENTIEL] euros[38].*

41. *Afin d'assurer [CONFIDENTIEL], les dirigeants de Caudalie ont décidé de [CONFIDENTIEL][39]. [CONFIDENTIEL][40]. [CONFIDENTIEL][41].*

42. *Outre la poursuite de [CONFIDENTIEL]. En effet, les délégués commerciaux doivent vérifier que les exigences contractuelles, notamment qualitatives, sont bien respectées dans les points de vente physique[42]. En moyenne, les points de vente physique sont visités [0-10] fois par an. En ce qui concerne les distributeurs internet, la veille est assurée par le service e-retail de la société Caudalie SAS[43]. [CONFIDENTIEL][44]. [CONFIDENTIEL][45]. [CONFIDENTIEL][46]. [CONFIDENTIEL][47].*

43. *En ce qui concerne sa politique tarifaire, Caudalie [CONFIDENTIEL][48].*

44. *En ce qui concerne la fixation des prix de vente au détail en Belgique, [CONFIDENTIEL].*

45. *Les premiers consistent en prix recommandés. La liste de prix pour chaque produit est communiquée par Caudalie Belgique et mise à jour régulièrement auprès de l'Association Pharmaceutique Belge (ci-après, « APB ») qui centralise sur son logiciel toutes les données, notamment de prix, pour les produits pharmaceutiques et/ou parapharmaceutiques. Les*

[34] Article 9 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[35] Voy. la réponse de Caudalie à la question 15 de la demande de renseignements du 26 avril 2018
[36] Voy. la réponse de Caudalie à la question 15 de la demande de renseignements du 26 avril 2018
[37] Voy. la réponse de Caudalie à la question 15 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 et l'annexe 5 de la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 26 avril 2018
[38] Voy. document II.ZE2, p. 3 (Réponse de Caudalie à la question 3 de la demande de renseignements du 25 avril 2019).
[39] Voy. la réponse de Caudalie à la question 9 de la demande de renseignements du 26 avril 2018. [CONFIDENTIEL].
[40] Voy. notamment documents IV.118, IV.119. Voy. également document IV.169.
[41] Voy. la réponse de Caudalie à la question 14 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 ainsi que les annexes à cette réponse
[42] Voy. la réponse de Caudalie à la question 11 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 ainsi que les annexes à cette réponse
[43] Voy. la réponse de Caudalie à la question 12 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 ainsi que les annexes à cette réponse
[44] Voy. notamment documents IV.73, IV.97, IV.190, IV. 192, IV.232, V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106.
[45] Voy. notamment documents IV.97, IV.190, IV. 192, IV.232, V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106.
[46] Voy. notamment documents IV.97, IV.124, IV.137, et V.166. Voy. aussi la réponse de Caudalie à la question 12 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 ainsi que les annexes à cette réponse
[47] Voy. documents V.B.98 et V.B.99
[48] Voy. document II.ZE2.p. 2.

pharmacies appliquent généralement sur les prix de ces produits une ristourne de [5-15] % sur [CONFIDENTIEL].

46. *Quant au prix e-retail, il correspond au prix recommandé diminué d'une ristourne forfaitaire de [5-15] %, équivalente à la ristourne octroyée dans les pharmacies aux patients sur [CONFIDENTIEL].*

IV.1.2 Griefs

47. *Les griefs de l'auditeur portent, d'une part, sur l'imposition d'un prix minimum de revente, consistant plus précisément en la fixation du niveau de ristournes maximal que peut accorder le distributeur sur le prix de vente au consommateur recommandé par Caudalie, 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.*

IV.1.2.a L'imposition d'un prix minimum de revente

i) Introduction

48. *Les distributeurs membres du réseau de distribution sélective des produits Caudalie peuvent en principe, selon la clause contractuelle, fixer librement le prix de revente des produits aux consommateurs[49]. Ainsi, les prix de revente communiqués aux distributeurs sélectifs seraient uniquement des prix recommandés, sans caractère contraignant pour le distributeur.*

49. *Il ressort toutefois de l'instruction que Caudalie exige de ses distributeurs qu'ils appliquent, sur les prix recommandés, une ristourne qui ne peut être supérieure à [5-15] %[50] et que Caudalie rappelle à l'ordre, voire sanctionne, les distributeurs sélectifs ne respectant pas ce prescrit et refusant de modifier les prix après un rappel à l'ordre[51]. Ainsi, Caudalie impose un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs présents sur le marché belge.*

50. *Le respect du prix minimum de revente est contrôlé par les représentants commerciaux et les managers de Caudalie, ce qui est notamment confirmé par certains distributeurs ayant affirmé que Caudalie leur a indiqué par téléphone ou lors du passage d'un commercial au point de vente que la ristourne maximale autorisée sur les prix recommandés était de [5-15]%[52].*

51. *Les membres du réseau de distribution sélective qui disposent d'un contrat spécifique pour la vente en ligne font l'objet d'une surveillance particulière tant par les commerciaux présents en Belgique*

---

[49] Voy. notamment les documents IV.140, IV.180 et IV.196. Le document IV.140 reprend un mail du 14 mars 2017 de [Monsieur B] à la pharmacie [Distributeur 38] en réponse au mail cité ci-avant. Le [fonction] pour la Belgique y écrit : « *Bonjour, Nous ne pouvons pas imposer des prix, car la loi européenne est claire à ce sujet « il appartient à chaque détaillant de fixer les prix qu'il souhaite », en revanche notre contrat impose de ne pas mettre de prix barrés, prix avec remise, ce que nous essayons de faire respecter* ». Le document IV.180, lui, est un mail du 9 octobre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur W] lui rappelant que « *la législation européenne stipule très clairement que les prix sont librement fixés par chacun des distributeurs. Les marques Ne doivent aucunement imposer une politique de prix* ». Enfin, le document IV.196 est un mail du 18 juillet 2016 de [Monsieur B] à [Madame V.B]. Dans celui-ci, le [fonction] pour la Belgique vise notamment à « *dissiper tout malentendu* » concernant la politique tarifaire en confirmant que « *vous demeurez entièrement libre de déterminer vos prix de revente dans le cadre de nos relations commerciales. Notre connaissance du marché nous permet uniquement de vous communiquer des prix de vente conseillés, que vous pouvez suivre ou non. Nous n'avons aucunement la volonté de vous faire ajuster vos tarifs* ». On relèvera également la réponse d'un pharmacien situé non loin de la frontière française à une demande de renseignements dans laquelle il affirme octroyer des remises de 20% avec l'accord de Caudalie (Voy. la réponse de la parapharmacie [Distributeur 5], III.6.D2.)

[50] Cette ristourne maximale peut toutefois être augmentée [CONFIDENTIEL]. (Voy. notamment les documents IV.47,IV.83, IV.132 et V.B.28.)

[51] Voy. *infra* section IV.1.2.ii). D

[52] Voy. les documents III.7.C, III.17.B, III.28.E2 et III.32.F5.

que par les membres du personnel de la société Caudalie SAS basée à Paris[53]. [CONFIDENTIEL][54]. [CONFIDENTIEL].

52. *Les distributeurs sélectifs qui ne respectent pas les prix recommandés reçoivent un courrier [CONFIDENTIEL] [55]. Ceux qui ne se conforment pas aux injonctions perdent la qualité de distributeur sélectif du réseau et ne peuvent plus vendre les produits Caudalie[56].*

53. *L'imposition d'un prix minimum de revente par Caudalie est également renforcée par l'insertion d'une clause spécifique dans le contrat de distribution sélective pour la vente physique qui prévoit que sont formellement interdits : (iii) toute affiche comportant les mots tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés », « remise x% »[57]. Le respect de cette interdiction fait l'objet d'un contrôle par Caudalie, comme confirmé par certains pharmaciens[58]. Comme constaté par l'Autorité belge de la concurrence dans la décision du 15 octobre 2019 dans les affaires Multipharma, V-Pharma, B. et Newpharma, « dans les faits l'utilité des ristournes est en pratique annihilée lorsqu'il est impossible de communiquer sur l'octroi de ces ristournes. En effet, si le consommateur n'est pas préalablement informé de l'avantage résultant d'une politique de ristournes, il n'est pas encouragé à acheter les produits les plus avantageux pour lui » [59]. Dès lors, en empêchant ses distributeurs sélectifs de recourir aux techniques marketing habituelles relatives à l'affichage des ristournes, Caudalie diminue considérablement l'intérêt pour le distributeur d'appliquer des ristournes dès lors qu'il ne peut en informer son client, ce qui participe à l'imposition d'un prix minimum de revente.*

54. *Enfin, il ressort de l'instruction que certains distributeurs sélectifs contribuent au contrôle par Caudalie du prix minimum de revente imposé. En effet, lorsqu'ils constatent que le prix imposé n'est pas respecté par un autre distributeur concurrent, ils s'en plaignent auprès de Caudalie afin qu'elle intervienne en faisant modifier les prix[60].*

ii) Eléments de preuve généraux

55. *Les éléments de preuve généraux concernent l'entièreté de la période de l'infraction et comportent plusieurs types de documents qui démontrent que Caudalie impose à ses distributeurs un prix minimum de revente, qu'elle assure un monitoring des prix de ses distributeurs pour s'assurer du respect et de l'application de ce prix minimum de revente et qu'elle prend des mesures en cas de non-respect du prix minimum de revente imposé.*

A. *Preuves de la stratégie de Caudalie d'imposer un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs*

[53] Voy. notamment le document IV.44 concernant un audit des e-retailers belges.
[54] Voy. notamment les documents V.B.98, V.B.99, V.B.100 et V.B.101.
[55] Voy. notamment le document IV.11 reprenant un mail du 7 décembre 2017 de [Monsieur B] à [Madame E] concernant la stratégie Caudalie.
[56] Voy. notamment documents IV.97, IV.190, IV.192, IV.226, IV.232, V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106.
[57] Voy. l'article 3A du contrat de distribution sélective pour la vente physique, document II.G3.
[58] Voy. notamment documents III.4.B3, III.6.D2, III.13.B1 et III.18.B2
[59] Décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre dans les affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, § 119.
[60] Voy. notamment documents IV.11, IV.34, IV.54, IV.76,IV.77, IV.79, IV.81, IV.86, IV.89 et IV.144.

56. *Des documents obtenus au cours de l'instruction attestent de la stratégie de Caudalie d'imposer un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs. Il s'agit notamment de documents internes échangés entre les représentantes commerciales de Caudalie Belgique et le [fonction] pour la Belgique, [Monsieur B]. Ce dernier occupe cette fonction depuis le 31 mars 2014*[61]*. Il a assuré, dès son arrivée, une application stricte du contrat de distribution sélective et de la politique commerciale de Caudalie, y compris l'imposition d'un prix de revente minimum aux consommateurs finals*[62]*. Les éléments attestant de cette stratégie sont les suivants :*

57. *<u>2015</u> :*

- *Un mail du 16 janvier 2015 de [Madame F], responsable commerciale de Caudalie Belgique, adressé à [Monsieur B] affirmant que Newpharma pose problème sur son secteur, et demandant « [CONFIDENTIEL »*[63]*. Il ressort d'un mail du 25 juin 2015 de [Madame U] de Newpharma à [Madame E] de Caudalie Belgique que cette demande a bien été formulée et a été suivie d'effets dans la mesure où Newpharma a fait état d'une baisse des ventes à la suite de la modification imposée des prix de vente : « la chute dont je vous parlais au mois de mars est simplement due au fait que nous avons remis les prix à -[5-15] % à votre demande (au lieu des -20% précédents). Les ventes ont donc inévitablement diminué »*[64]
- *Un mail du 21 mai 2015 de [Monsieur B] adressé à l'ensemble des déléguées commerciales de Caudalie Belgique. Dans celui-ci, [Monsieur B] annonce la collaboration entre [Distributeur 1] et Caudalie pour la raison suivante : « [CONFIDENTIEL] »*[65]*.*
- *Un mail du 6 novembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur S.P], pharmacien, à propos des prix pratiqués par l'enseigne [Distributeur 1] sur les produits Caudalie, à savoir -20%. [Monsieur B] justifie l'action de [Distributeur 1] par une action organisée par Caudalie et note que « la politique de prix qu'ils [[Distributeur 1]] pratiquent sur la marque (hormis les [CONFIDENTIEL]) est bien plus haute que l'ensemble des marques qu'ils distribuent »*[66]*. Cela signifie que [Distributeur 1] sur les produits Caudalie une ristourne généralement limitée à [5-15]% alors que sur les autres produits dermo-cosmétiques, elle propose toute l'année des ristournes nettement plus élevées (entre 15 et 30%).*
- *Un mail du 1*[er] *décembre 2015 de [Madame G}, [fonction] de Caudalie Belgique, à [Monsieur B] indiquant notamment « Enormément de prix barré » et qu'elle a « préparé un courrier en néerlandais ou il n'est question que des initiatives perso sur les promotions (j'ai enlevé tous ce qui concerne les visuels obsolètes) » pour Farmaline*[67]*.*

58. *<u>2016</u> :*

[61] Voy. le document V.B.107.
[62] Voy. notamment les documents III.4.B57 et IV.121.
[63] Voy. les documents IV.176 et V.B.9 qui reprennent le même mail.
[64] Voy. les documents IV.177 et V.B.20 qui reprennent le même mail.
[65] Voy. le document V.B.3.
[66] Voy. le document IV.54.
[67] Voy. le document IV.84.

- *Un mail du 14 juin 2016 de [Madame G], [fonction] de Caudalie Belgique, à [Madame E], [fonction] : « [CONFIDENTIEL] »*[68]*.*

- *Un mail du 26 octobre 2016 de [Monsieur B] à [Madame H], déléguée commerciale de Caudalie Belgique, l'informant que [Distributeur 39], un distributeur sélectif, va recevoir un recommandé pour lui demander d'enlever la marque de son site internet et indiquant comme raison : « En effet, ils vendent Caudalie sans agrément et à -20%. »*[69]

- *Un mail du 29 novembre 2016 de [Monsieur B] à [Madame I], [fonction] de Caudalie Belgique, indiquant notamment qu'il a dû, dans le passé, recadrer la pharmacie [Distributeur 7] à [CONFIDENTIEL]*[70]*. Ce mail s'inscrit dans une suite de mails concernant des pharmacies qui appliquent une ristourne de 20% sur les produits Caudalie. [Monsieur B] demande quelles sont les pharmacies concernées afin de les contacter et précise qu'il avait déjà dû recadrer la pharmacie des [Distributeur 7] à [CONFIDENTIEL]. Il ressort clairement des échanges de mail que ce recadrage portait sur l'application de remises supérieures à [5-15] %.*

59. *<u>2017</u>*

- *Un mail du 25 janvier 2017 de [Monsieur B] aux représentantes commerciales de Caudalie Belgique, indiquant « le discours concernant le fait que nous ayons un site de vente en ligne : … [CONFIDENTIEL]»*[71]

- *Un mail du 27 janvier 2017 de [Monsieur B], [fonction] pour la Belgique, à [Madame J], une des responsables commerciales de Caudalie Belgique, indiquant que le site [Distributeur 18] « peut descendre ses prix de [5-15] % » puisqu'il applique le prix APB*[72]*;*

- *Un mail du 14 mars 2017 de la pharmacie [Distributeur 38] à [Monsieur B] dans lequel on peut lire « Si je comprends bien, vous pouvez imposer aux revendeurs un plafond de remises (max [5-15] %) et leur interdire de mettre des prix barrés (faire des promotions) ? ». Ce mail fait suite à un courriel du 13 mars 2017 de [Monsieur B] à la responsable de la pharmacie [Distributeur 38] dans lequel le [fonction] pour la Belgique fait remarquer que « [CONFIDENTIEL] »*[73]*.*

- *Un mail du 25 mai 2017 de [Monsieur Y], [fonction] de Nuxe, concurrent de Caudalie, adressé aux responsables de Pharmasimple, [Distributeur 4], Newpharma et [Distributeur 1]. Dans celui-ci, il se plaint, données à l'appui, que « tout le monde pratique la remise maximum autorisée par Caudalie de -[5-15] % sur les prix de revente » alors que la concurrence et les remises proposées par les distributeurs sont féroces sur les produits Nuxe*[74]*.*

- *Un projet de lettre d'avertissement, daté du 12 juin 2017, adressé à une déléguée commerciale de Caudalie Belgique, Madame [K], pour ne pas avoir assuré le respect du contrat de distribution sélective par les distributeurs dont elle avait la responsabilité et ce malgré plusieurs interpellations*

[68] Voy. document V.B.28.
[69] Voy. le document IV.198.
[70] Voy. le document IV.45.
[71] Voy. le document IV.47.
[72] Voy. le document IV.134
[73] Voy. document IV.58.
[74] Voy. notamment l'annexe 25 à la plainte de Newpharma. Le même document se retrouve aussi à l'annexe 13 de la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018.

qui lui ont été faites. Parmi celles-ci, il y a lieu de relever « la conversation que Monsieur [B], [fonction] a eue avec vous le 16 septembre 2016 concernant la pharmacie [Distributeur 46], qui appliquait une remise de 20% sur la marque sans que vous lui ayez demandé de cesser cette action ». [75]

- *Une présentation powerpoint interne au groupe Caudalie préparée en juillet 2017 en vue d'un séminaire organisé en août de la même année à destination des responsables des ventes de la Belgique*[76]*. Cette présentation a pour objet de présenter les arguments aux objections potentielles de pharmaciens à l'égard de la création du site de vente en ligne propre à Caudalie qui pourrait être perçu comme site concurrent du réseau de distribution. [CONFIDENTIEL] »*[77]*.*
- *Un mail du 24 septembre 2017 de [Monsieur B] à toutes les représentantes commerciales de Caudalie Belgique les informant de l'ouverture début octobre [CONFIDENTIEL] de [Distributeur 40] et de l'ouverture début 2019 de [Distributeur 41]. Dans ce mail, [Monsieur B] précise : « [CONFIDENTIEL] »*[78]*.*
- *Un mail du 6 novembre 2017 de [Monsieur B] à la suite de la demande de [Distributeur 29], [CONFIDENTIEL], de pouvoir ajouter Caudalie sur leur site internet, dans lequel [Monsieur B] justifie sa réponse négative par le fait qu' « [CONFIDENTIEL]»*[79]*.*

60. *<u>Autres documents</u>*

- *Un projet de mail pour le site [Distributeur 34], distributeur sélectif disposant d'un site internet, le mettant en demeure d'arrêter dans les 15 jours d'effectuer des promotions. Plus précisément, il est reproché à ce site : « Aan de andere kant worden de producten aangeboden met promoties (**lagere prijzen op de complete Caudalie-gamma**[80]) die het imago van het merk beschadigen (de promoties mogen in geen geval het belangrijkste verkoopsargument zijn en gebruikt worden ten nadele van persoonlijke en kwaliteitsvolle raadgeving die door de distributeur moet worden verleend)."*[81] [82]
- *La réponse de la pharmacie [Distributeur 36] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 qui précise que : « Lorsque je travaillais leur marque je ne pouvais effectivement pas dépasser [5-15]% de remise client et exceptionnellement avec leur accord 20% sur une référence chère. Un manager français passait régulièrement vérifier cela et me rappeler à l'ordre si j'avais mis 20% sans leur accord »*[83]*.*

[75] Voy. document IV.159.
[76] Voy. la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 7 août 2018 (document II.Q2).
[77] Voy. le document IV.171
[78] Voy. le document V.B.56.
[79] Voy. le document IV.69.
[80] C'est l'auditeur qui souligne.
[81] Voy. le document IV.226.
[82] Traduction libre : « De l'autre côté les produits sont offerts avec des promotions (prix plus bas sur la gamme Caudalie dans son entièreté) qui détériorent l'image de la marque (les promotions ne peuvent en aucun cas être l'argument de vente le plus important et ne peuvent pas être utilisées au détriment du conseil personnel et de qualité qui doit être donné par le distributeur) ».
[83] Voy. document III.17.B

- *Plus généralement, plusieurs distributeurs sélectifs interrogés par l'auditeur ont affirmé que Caudalie leur a indiqué que la ristourne maximale autorisée sur les prix recommandés était de [5-15] %*[84].

B. *Preuves du monitoring par Caudalie du respect du prix minimum de revente imposé*

61. *Il ressort de plusieurs documents en possession de l'auditeur que Caudalie s'est engagée auprès de certains distributeurs sélectifs à intervenir auprès d'autres distributeurs ne respectant pas le prix minimum de revente imposé. D'autres documents attestent de l'intervention de Caudalie auprès de distributeurs sélectifs afin qu'ils respectent le prix minimum de revente. Les éléments de preuve sont les suivants :*

62. *<u>2015</u>*

- *Un mail du 17 août 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur X] de Farmaline indiquant qu'il fait le nécessaire après que le responsable de Farmaline lui ait signalé que des concurrents octroient une ristourne de 20%*[85].
- *Un mail du 3 novembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur X] de Farmaline indiquant qu'il fait le nécessaire pour [Distributeur 34] après qu'[Monsieur X] l'ait informé qu'[Distributeur 34], un distributeur sélectif disposant d'un site internet, avait envoyé une newsletter indiquant qu'ils font du -20% sur toute la gamme Caudalie*[86].
- *Des mails datés du 12 novembre 2015 de [Monsieur B] à plusieurs distributeurs présents en ligne et leur enjoignant de faire la mise à jour des prix sur leur site à l'aide du tarif e-retail communiqué en pièce jointe (tarif PVC 2015)*[87].
- *Un mail du 18 novembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur O.L], [fonction] de [Distributeur 1], lui signalant que « les gels douches sont repassés à 7,91€ le lot de 2 au lieu de 8,8€ » et que « le coffret noël est toujours dans les promos » et lui demandant de faire le nécessaire*[88].
- *Un mail du 25 novembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur O.L] de [Distributeur 1] indiquant : « Comme discuté ensemble par téléphone, il faut supprimer les prix barrés sur l'ensemble des références sur les 2 sites (et remise à –[5-15] % sur le site [Distributeur 1]) et pastilles promos avec remise sur les 2 sites concernant les refs (…). »*[89]
- *Un mail du 12 décembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur X] de Farmaline, distributeur sélectif disposant d'un site internet, indiquant qu'il s'occupe de la situation du site internet [Distributeur 18] qui vend les produits Caudalie à du -25%*[90].

63. *<u>2016</u>*

- *Un mail du 27 juin 2016 de [Monsieur B] envoyé à [Monsieur D.C], de la pharmacie [Distributeur 24], ce dernier ayant informé Caudalie de sites en infraction avec le contrat de vente en ligne.*

[84] Voy. les documents III.7.C et III.32.F5.
[85] Voy. annexe 18 à la réponse de Shop Apotheke à la demande de renseignements du 20 juin 2018, document III.32.F27.
[86] Voy. document IV.34.
[87] Voy. documents IV.182, IV.183 et IV.184. Voy. également document IV.185.
[88] Voy. annexe 17.5 de la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B52).
[89] Voy. annexe 7 de la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2017 (document III.4.B31).
[90] Voy. annexe 21 à la réponse de Shop Apotheke à la demande de renseignements du 20 juin 2018, document III.32.F30.

[Monsieur B] répond que «des courriers partiront le lendemain pour demander le retrait des produits, sauf pour Vitazita et [Distributeur 42] à qui il a été demandé d'enlever les prix barrés et de mettre les prix directement à -[5-15] % »[91].

- *Un mail du 5 juillet 2016 de [Madame V.B], pharmacienne-titulaire d'une pharmacie qui est distributeur sélectif des produits Caudalie, adressé à [Monsieur B] dans lequel on peut lire : « La semaine passée, vous m'appelez parce que j'avais mis des produits en remboursement de 20% à mon site et vous me demandiez de les mettre en [5-15]%, mais en façon indiscret, donc calculé dans le prix et pas barré. Mon marie se trouvait à côté de moi et me réfère à la loie d'Europe qu'on peut vendre à n'importe prix sauf que ca serait avec perte. »*[92]

- *Plusieurs échanges de mails entre Newpharma et Caudalie ayant eu lieu en octobre-novembre 2016 et un entretien téléphonique ayant eu lieu le 18 octobre 2016 entre [Monsieur T], [fonction] de Newpharma, et [Monsieur B], [fonction] de Caudalie Belgique. Il ressort de ces documents que, à la suite d'une promotion organisée par Newpharma sur tous les produits Caudalie avec une ristourne de 20% ayant débuté à la fin du mois de septembre 2016 et devant durer environ un mois, Caudalie a décidé de bloquer les commandes de Newpharma, ce qui constitue une mesure tout à fait exceptionnelle*[93] [94].

64. <u>*2017*</u>

- *Des documents datant de février et mars 2017 reprenant les résultats des audits réalisés par Caudalie SAS des sites internet des distributeurs belges*[95]*. Une attention particulière est accordée à l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque. Le pourcentage de ristournes octroyé est explicitement mentionné.*

- *Une synthèse de la tournée Belgique est transmise par [Monsieur A] de Caudalie SAS à [Monsieur B] en date du 31 mai 2017. L'accent est mis sur la sélectivité des distributeurs, l'équipe belge devant veiller au respect du contrat, et par là, au respect des prix. « [CONFIDENTIEL] ». Concernant le distributeur [Distributeur 1] : « [CONFIDENTIEL] ». Concernant un éventuel partenariat avec [CONFIDENTIEL], avec une distribution en-dehors de pharmacies, [Monsieur A] fixe les conditions de Caudalie pour une éventuelle collaboration : « [CONFIDENTIEL] »*[96]

- *Un mail du 19 octobre 2017 de [Monsieur B] à [Madame V.P] de [Distributeur 4] dans lequel le [fonction] écrit : « Pour rappel, concernant les prix bas, nous avions pour accord à l'origine de baisser de [5-15] % le prix versus les prix APB (et non 15%) (…) »*[97]*. [Monsieur B] affirme également en ce qui concerne le duo crème mains et ongles 75 ml qu'il va faire remonter [Distributeur 1] à [CONFIDENTIEL] euros.*

[91] Voy. document IV.195.
[92] Voy. documents IV.B.196 et V.B.72 qui reprennent le même échange.
[93] Voy. le document I.A.10., constituant l'annexe 7 de la plainte de Newpharma
[94] Voy. *infra* « Le cas Newpharma », §§ 78-92.
[95] Voy. documents V.B.98, V.B.99 et V.B.100.
[96] Voy. le document IV.73
[97] Voy. le document IV.7

- *Un mail du 8 novembre 2017 de [Madame E], [fonction] qui s'adresse aux déléguées commerciales de sa zone en leur demandant de « [CONFIDENTIEL] ».*[98]

- *Un mail du 7 décembre 2017 d'[Madame E], [fonction] de Caudalie Belgique, à [Monsieur B] demandant s'il est normal qu'il y ait des coffrets à -20% chez [Distributeur 1]*[99]*.*

65. *Un document du 13 décembre 2017 reprenant les résultats de l'audit réalisé par Caudalie SAS des sites internet des distributeurs sélectifs belges*[100]*. Dans la colonne consacrée à l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque, on peut notamment lire qu'un distributeur sélectif ne respecte pas cette obligation , entre autres car il applique -20% sur tout le site. On peut également lire, à propos d'un autre distributeur sélectif, « [CONFIDENTIEL] ».*

66. *<u>2018</u>*

- *Un échange de mails datant de début janvier 2018 entre [Monsieur B] et plusieurs employés de [Distributeur 4] ; [Monsieur B] demande notamment de « bien vouloir retirer cette action de -15% rapidement »*[101]*.*

67. *<u>Autre document</u>*

- *La réponse de la pharmacie [W] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 dans laquelle on peut lire, en réponse à la question demandant si des changements ont dû être opérés pour la vente de produits Caudalie « Aucun. Mais de « fortes » recommandations de la part de CAUDALIE et les managers Belges ainsi que les commerciaux. Qui inspectent les pharmacies, les différences de prix … »*[102]

C. *Participation des distributeurs sélectifs au monitoring de Caudalie du respect du prix minimum de revente imposé*

68. *Les distributeurs sélectifs, bien conscients de l'existence de l'imposition d'un prix minimum de revente par Caudalie, signalent les comportements de certains de leurs concurrents qui sont en contrariété avec cette exigence d'un prix minimum de revente. Les éléments de preuve à cet égard sont les suivants :*

69. *<u>2014</u>*

- *Un mail du 24 octobre 2014 de [Madame V] de Newpharma à [Monsieur B] dans lequel Newpharma informe Caudalie que, dans un emailing de Farmaline datant du 1er août 2014, les produits Caudalie étaient affichés à -20%*[103]*.*

- *Un mail du 24 novembre 2014 de [Monsieur C.M] de la pharmacie [Distributeur 12] à [Madame L] de Caudalie se plaignant que « le coffret Thé des vignes est à 17,16€ au lieu de 26,40€ sur le site Newpharma » et manifestant son mécontentement vis-à-vis des prix bradés sur internet*[104]*.*

[98] Voy. document V.B.58.
[99] Voy. document V.B.59.
[100] Voy. document V.B.101.
[101] Voy. document IV.4.
[102] Voy. document III.18.B2
[103] Voy. document IV.174.
[104] Voy. document IV.175.

70. *2015*

- *Un mail du 8 octobre 2015 de [Monsieur W], pharmacien, adressé à [Monsieur B] et [Madame M], [fonction] de Caudalie Belgique, signalant des prix réduits chez Newpharma, [Distributeur 1] et Pharmasimple et demandant comment « optimiser les ventes en officine avec de telles offres (et/ou prix direct) sur internet » et si Caudalie cautionne ces prix*[105].

- *Un mail du 3 novembre 2015 de [Monsieur X] de Farmaline à [Monsieur B] prévenant que la pharmacie en ligne [Distributeur 34] a envoyé une newsletter annonçant -20% sur Caudalie*[106].

- *Un mail du 9 novembre 2015 d' [Madame N], [fonction] de Caudalie, à [Monsieur B] indiquant qu'elle a été informée par [Monsieur S.P], pharmacien, du fait que [Distributeur 1] affichait sur ses coffrets de Noël une pastille « Pack Promo » avec un prix remisé de -20% et menaçant de faire de même si rien ne change*[107].

- *Un mail du 12 novembre 2015 de [Monsieur S.P], Pharmacien, à [Monsieur B] constatant que [Distributeur 1] « fait toujours -20% sur les produits Caudalie » et demandant si le nécessaire a été fait*[108].

- *Un mail du 1er décembre 2015 de [Monsieur X], [fonction] de Farmaline, signalant que [Distributeur 18], pharmacie en ligne de la pharmacie [Distributeur 18], vend Caudalie à -25%*[109].

71. *2016*

- *Un mail du 30 mai 2016 d' [Madame M], [fonction] de Caudalie à [Monsieur B] : « Bonjour [Monsieur B], Un client me signale que la pharmacie [W] (client qu on a failli fermer) fait 20% ainsi que sur son site internet. Ce qui pose problème à mes bons clients aux alentours.... »*[110].

- *Un mail du 21 septembre 2016 de [Madame A-S.P], pharmacienne, à [Madame O], [fonction] de Caudalie Belgique, demandant si elle a vu les prix et la promo sur des produits Caudalie de Newpharma. [Madame O], déléguée commerciale de Caudalie Belgique, a fait suivre ce mail à [Monsieur B]*[111].

- *Un mail du 3 octobre 2016 de [Madame P], déléguée commerciale de Caudalie Belgique, à [Monsieur B], [fonction] pour la Belgique, indiquant qu' « une cliente se plaint du prix de vente de thé des vignes 100ml sur le site de Newpharma »*[112].

- *Un mail du 17 octobre 2016 de [Madame H.S], pharmacienne, à [Madame P], [fonction] de Caudalie Belgique, et demandant si elle a déjà eu un retour concernant les promotions faites par Newpharma*[113].

72. *2017*

[105] Voy. document IV.179.
[106] Voy. le document IV.34.
[107] Voy. le document IV.86.
[108] Voy. le document IV.54.
[109] Voy. le document IV.89.
[110] Voy. le document IV.79
[111] Voy. le document IV.78.
[112] Voy. le document IV.43.
[113] Voy. le document IV.81.

- *Un mail du 26 avril 2017 de [Monsieur B.P], pharmacien, à [Madame Q], [fonction], indiquant que Pharmasimple vend les produits Caudalie à -20% et demandant « est-ce normal ou la ristourne qu'on peut faire est plafonnée à –[5-15]% ?? »*[114].

- *Un mail du 7 décembre 2017 de [Distributeur 35], pharmacie de [CONFIDENTIEL], à [Madame E], [fonction] de Caudalie Belgique, dans lequel le pharmacien se plaint d'une action publicitaire avec prix barré dans un folder réalisée par un concurrent : « Ce mois-ci [Distributeur 35] a lancé une grande action cosmétique -20% sur toutes nos gammes. Nous avons réalisé notamment un folder présentant notre action. Cependant, par respect pour notre partenariat, nous n'avons pas évoqué Caudalie afin de préserver votre image de marque. Ci-joint, un folder de la concurrence présentant une partie de votre gamme avec des prix barrés et votre logo. Nous souhaitons que les règles du jeu soient respectées par tout le monde ».*[115] *La responsable commerciale répond, après avoir consulté son [fonction], [Monsieur B] sur le sujet*[116] *: « [CONFIDENTIEL]. »*[117]

- *Un mail du 11 décembre 2017 de [Madame S.E], pharmacienne à [CONFIDENTIEL], à [Madame E], [fonction] de Caudalie Belgique, dans lequel on peut notamment lire « A l'avenir, je m'engage à respecter les termes du contrat que j'avais perdus de vue. Je constate que Newpharma (et d'autres), depuis des années, applique directement une remise sur toute votre gamme et affiche des prix promotionnels barrés sur certains produits. Dans ce marché en pleine mutation, je voudrais me battre à « armes égales ». Des pharmaciens indépendants comme moi conseillent votre gamme (au comptoir et dans notre salon esthétique) et les clients se la procurent chez Newpharma à des prix plus attractifs. Pouvez-vous donc veiller à ce que les termes du contrat soient appliqués par tous vos distributeurs. Je vous remercie d'avance pour votre compréhension et me réjouis de vous rencontrer prochainement afin que nous puissions discuter de la politique que vous appliquez à vos différents points de vente et du soutien que vous apportez aux pharmaciens indépendants »*[118].

D. *Sanctions en cas de non-respect du prix minimum de revente imposé*

73. *En cas de non-respect du prix minimum de revente imposé par un distributeur sélectif, Caudalie Belgique prend contact avec celui-ci pour qu'il modifie sa politique tarifaire*[119].

74. *Si le distributeur sélectif persiste, Caudalie Belgique envoie des courriers de rappel à l'ordre*[120].

75. *Dans certains cas, Caudalie Belgique a bloqué les commandes d'un distributeur sélectif, car celui-ci ne respectait pas le prix minimum de revente imposé*[121].

[114] Voy. le document IV.144.
[115] Voy. le document IV.76.
[116] Voy. le document IV.11
[117] Voy. le document IV.77
[118] Voy. document V.B.60.
[119] Voy. notamment les document IV.4,.IV.77, V.B.60. et V.B.72.
[120] Voy. notamment les documents III.4.B53 et IV.226. Voy. également la réponse de Caudalie à la question 14 de la demande de renseignements du 26 avril 2018, document II.D3. Caudalie explique qu'elle a mis en place un processus d'envoi de courriers [CONFIDENTIEL]. Voy. également les documents V.B.98, V.B.99, V.B.100 et V.B.101.
[121] Voy. *infra* le cas Newpharma §§ 78-92.

76. *La sanction ultime est la résiliation ou le non-renouvellement du contrat de distribution sélective*[122].

iii) Analyse de deux cas particuliers

77. *Outre les éléments de preuve généraux mentionnés ci-avant, l'analyse de deux cas particuliers démontre bien l'imposition d'un prix minimum de revente par Caudalie à ses distributeurs sélectifs.*

A. Le cas Newpharma

78. *L'entreprise Newpharma a été créée en 2008. Outre une pharmacie physique située à Liège, elle se compose principalement d'un site internet vendant des médicaments sans prescription et des produits de parapharmacie dans plusieurs pays d'Europe, dont la Belgique*[123].

79. *Newpharma connaît depuis son lancement une croissance très forte axée sur l'e-commerce. Les produits de parapharmacie constituent la plus grosse part de son chiffre d'affaires*[124]*. Les ventes de produits de la marque Caudalie ont également connu une forte croissance, permettant à Newpharma d'obtenir le statut de distributeur « [CONFIDENTIEL] »*[125] *de produits Caudalie*[126]*.*

80. *D'un point de vue contractuel, Newpharma a conclu deux contrats de distribution sélective avec Caudalie, l'un en 2011, l'autre en 2013, pour la distribution des produits en pharmacie (point de vente physique)*[127]*. Cependant, aucun contrat pour la distribution des produits en ligne n'a été conclu entre Caudalie et Newpharma. L'absence de contrat spécifique pour la vente en ligne n'a pas empêché Newpharma de figurer en 2017 parmi la liste des « sites internet avec agrément »*[128]*.*

81. *Toutefois, en octobre 2016, au cours d'une conversation téléphonique, [Monsieur B] a insisté sur la nécessité de régler ce point*[129]*. Le contrat internet a été envoyé le 13 février 2017 en spécifiant qu'il ne pouvait être modifié*[130]*. Caudalie Belgique a envoyé un rappel à ce sujet à Newpharma en date du 24 avril 2017*[131]*. Newpharma est revenue vers Caudalie Belgique avec ses remarques sur le contrat en ligne le 25 mai 2017*[132]*. En définitive, aucun contrat ne sera signé pour la vente en ligne entre Caudalie au Newpharma.*

---

[122] Voy. l'annexe 5 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A8. Voy. également document III.7.C : « *Au vu de la concurrence je devais pratiquer une ristourne directe de [5-15]% pour pouvoir continuer à vendre leurs produits, toujours par rapport à la concurrence je m'adaptais en faisant des promotions temporaires de l'ordre de 20%. Le directeur de Caudalie est passé à mon officine d'une manière anonyme, et vraisemblablement cette pratique ne lui à pas plue, puisque j'ai reçu mi 2017 une lettre m'annonçant la fin de notre collaboration au 31 décembre 2017*. » Voy. également les documents III.18.B1 et III.32.F5.

[123] Voy. plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A2

[124] Voy. Article Trends 14/03/2019, https://trends.levif.be/economie/entreprises/comment-newpharma-est-devenu-une-success-story-belge/article-normal-1105373.html?cookie_check=1566395719

[125] Distributeur dont le chiffre d'affaires annuel dépasse les [CONFIDENTIEL] €.

[126] Voy. le document IV.19 : CA annuel de Caudalie avec Newpharma : 2014 : [CONFIDENTIEL] € ; 2015 : [CONFIDENTIEL] € ; 2016 : [CONFIDENTIEL] € ; 2017 : [CONFIDENTIEL] €, soit entre [0-10] et [0-10]% du chiffre d'affaires de Caudalie en Belgique.

[127] Voy. point 3 de la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A2.

[128] Voy. le document IV. 71, mail du 9 février 2017 : « *Au final : nous aurons 6 sites internet avec agrément : www.newpharma.be< http://www.newpharma.be; www.[Distributeur34].be <http://www.[Distributeur34].be/; www.[Distributeur1].be <http://www[Distributeur1].be/;www.[Distributeur16].be, http://www. [Distributeur16].be/; www.[Distributeur47].be <http://www.[Distributeur47].be; www.[Distributeur1].be, http://www.[Distributeur1].be; www.[Distributeur18].be http://www.[Distributeur18].be* »

[129] Voy. la pièce 8 jointe à la plainte de Newpharma ainsi que la retranscription effectuée par l'auditorat (documents I.A.11.a et I.A.11.b).

[130] Voy. document IV.216

[131] Voy. document IV.104

[132] Voy. la pièce 21 jointe à la plainte de Newpharma

82. *Un certain nombre d'incidents ont eu lieu entre Newpharma et Caudalie.*

83. *Début 2015, Caudalie Belgique est intervenue auprès de Newpharma concernant les prix appliqués par cette dernière sur les produits Caudalie. Ainsi, le 16 janvier 2015, [Madame F], [fonction] de Caudalie Belgique, a envoyé un mail à [Monsieur B] indiquant que « [CONFIDENTIEL] »[133]. Un mail du 25 juin 2015 de [Madame U] de Newpharma à [Madame E] de Caudalie Belgique atteste que cette demande a bien eu lieu et a été suivie d'effets dans la mesure où Newpharma a fait état d'une baisse des ventes à la suite de la modification imposée des prix de vente : « la chute dont je vous parlais au mois de mars est simplement due au fait que nous avons remis les prix à -[5-15] % à votre demande (au lieu des -20% précédents). Les ventes ont donc inévitablement diminué »[134]*

84. *En septembre-octobre 2016, Newpharma a organisé une action promotionnelle sur tous les produits de la marque Caudalie[135]. Cette action promotionnelle a été rapidement relayée auprès des responsables de Caudalie Belgique, que ce soit par des distributeurs sélectifs[136] ou par les employés de Caudalie SAS chargés du monitoring des distributeurs présents en ligne[137].*

85. *Le vendredi 14 octobre 2016, suite à une commande de Newpharma placée la veille, [Madame E], [fonction] de Caudalie Belgique sur la zone de Newpharma, a informé cette dernière que la commande ne partirait pas tant qu'une discussion n'aurait pas eu lieu entre [Monsieur T], [fonction] de Newpharma, et [Monsieur B], [fonction] de Caudalie pour la Belgique[138]. En réalité, la commande de Newpharma est bloquée, car l'action promotionnelle lancée par Newpharma ne respecte pas le prix minimum imposé par Caudalie, Newpharma ayant octroyé des remises de -20%. Ceci ressort de plusieurs éléments.*

86. *Le premier élément consiste en un mail d'[Madame E] du 17 octobre 2016 dans lequel celle-ci répond à une demande d'une pharmacienne concernant les promotions opérées par Newpharma sur les produits Caudalie, en précisant que ces promotions ne sont pas cautionnées par Caudalie et que son responsable s'en occupe actuellement[139].*

87. *Le deuxième élément consiste en la discussion téléphonique demandée par Caudalie Belgique entre [Monsieur B] et [Monsieur T], [fonction] de Newpharma, qui a eu lieu le 18 octobre 2016 et les échanges qui s'en sont suivis. Ceux-ci reflètent la volonté de Caudalie de faire respecter le prix minimum de revente imposé. Les minutes de cet entretien téléphonique attestent clairement que le blocage de la commande fait suite au pourcentage de réduction octroyé sur les produits Caudalie par Newpharma, à savoir 20%[140]. En effet, suite à la demande de [Monsieur T] de trouver une solution, [Monsieur B] répond : «[…] Moi ce que j'attends de vous, c'est […] de revenir déjà à ce qu'on s'était dit en début d'année en fait. Moi je ne change pas là-dessus. D'ailleurs, aujourd'hui,*

---

[133] Voy. document V.B.9.
[134] Voy. document V.B.20.
[135] Voy. point 5 de la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A.2., ainsi que les annexes y mentionnées.
[136] Ainsi, le 3 octobre 2016, [Madame P] signale à [Monsieur B] qu'une cliente se plaint du prix de vente du thé des vignes 100 ml sur Newpharma (voy. document IV.43).Voy. également le document IV.81.
[137] Mail du 11 octobre 2018 de [Madame R] à [Monsieur B] : « *De plus j'ai pu constater une mise en avant Newpharma qui n'est pas très heureuse* ».
[138] Voy. l'annexe 7 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A.10.
[139] Voy. document IV.81.
[140] Voy. l'annexe 8 à la plainte de Newpharma et sa retranscription par l'auditorat, qui constituent les documents I.A11.a. et I.A11.b. Pour plus de détails sur le contenu des commandes, voy. les documents I.F. Voy. également *supra* § 63.

pendant un mois vous avez été à -20%. Je peux vous dire que j'en entends parler tous les jours […] ». [Monsieur T] propose alors de revenir à une ristourne limitée à [5-15] % en fin de mois, ce à quoi [Monsieur B] répond : «[…] non c'est maintenant. Pourquoi vous voulez attendre? ». En définitive, Newpharma et Caudalie Belgique conviennent qu'à la fin de la période de promotion (fin octobre 2016), Newpharma devra avoir remonté ses prix au tarif e-retail des produits Caudalie, ce qui permettra le déblocage de la commande[141]. Mais malgré le fait que Newpharma ait adapté ses prix à la hausse, ses commandes sont restées bloquées, car les nouveaux prix ne correspondaient toujours pas au tarif e-retail. En effet, suite à la communication des tarifs e-retail, Newpharma a appliqué une nouvelle ristourne de [5-15] % sur le prix e-retail. Caudalie Belgique signale alors que le tarif e-retail intègre déjà la ristourne et qu'il y a donc lieu de simplement reprendre les tarifs affichés dans le document envoyé. Le 8 novembre 2016, à la suite de nombreux échanges par mail et par téléphone avec [Monsieur B][142], les prix sont rehaussés une seconde fois afin d'atteindre le niveau plancher fixé par Caudalie Belgique. Ce n'est qu'à ce moment que Caudalie a débloqué la commande[143].

88. *Dans cette conversation, [Monsieur B] explicite la position de Caudalie Belgique concernant les prix de revente de ses distributeurs sélectifs. En réaction à la volonté du dirigeant de Newpharma, [Monsieur T], de pratiquer une ristourne de 20% toute l'année, [Monsieur B] répond « Ah mais ça [c'est] le truc c'est qu'on pourra jamais le faire et je vous explique pourquoi c'est que … comme … tous nos distributeurs retailers sont distributeurs [en] points de vente physiques … ça veut dire qu'en fait … j'accepte du coup d'avoir aussi les points de vente physiques qui font -20%. Et ça c'est […] impossible. ». Pour Caudalie Belgique, il est impossible que l'ensemble des distributeurs sélectifs appliquent une ristourne de 20% sur les prix recommandés dans la mesure où ce niveau de prix mettrait en péril son réseau de distribution.*

89. *Par la suite, les commandes de Newpharma ont à nouveau été bloquées par Caudalie Belgique en janvier 2017. Ceci ressort d'un mail du 23 janvier 2017 de [Madame U], [fonction] de Newpharma, à [Monsieur B] indiquant qu'elle a été informée par [Madame E] de Caudalie Belgique, par téléphone, que les commandes étaient bloquées à cause d'une promotion de -20% sur certains produits et demandant de faire le nécessaire pour débloquer les commandes rapidement[144]. [Monsieur B] répond à ce mail en disant qu'il doit s'agir d'un malentendu, dans la mesure où les distributeurs sont libres de fixer les prix, conformément au droit européen[145]. Les commandes ont à la suite de ce mail été rapidement débloquées.*

90. *A partir du 19 juin 2017, Newpharma a effectué une nouvelle promotion avec une réduction de 15% sur les produits Caudalie[146].*

---

[141] Voy. annexe 10 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A13 et le document IV.98 qui reprend le même e-mail.
[142] Voy. les annexes 11, 12 et 13 à la plainte de Newpharma, qui constituent les documents I.A14, I.A.15 et I.A16. Voy. également le document V.B.31.
[143] Voy. annexe 15 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A18.
[144] Voy. le document IV.101.
[145] Voy. le document IV.102.
[146] Voy. l'annexe 23 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A26.

91. *Le 30 juin 2017, Caudalie a envoyé un courrier à Newpharma lui annonçant le non renouvellement de son contrat de distribution sélective au 1er janvier 2018[147]. Ce courrier fait suite à la décision prise en avril 2017 par [Monsieur B] et [Monsieur A], [fonction] de Caudalie, de rompre la collaboration avec Newpharma suite à l'audit e-retail[148]. Cette décision est justifiée en interne [CONFIDENTIEL] [149].*

92. *Bien que Newpharma ait été un distributeur sélectif très important pour Caudalie Belgique en termes de chiffres d'affaires, Caudalie s'est résolue à rompre leur collaboration après avoir tenté à plusieurs reprises de lui imposer son prix minimum de revente et pris les mesures nécessaires pour s'assurer de son respect. Caudalie a ainsi tout d'abord procédé à des menaces, avant de bloquer, à plusieurs reprises, les commandes de Newpharma et de cesser ses livraisons. Ces mesures n'ont toutefois pas été suffisantes et Caudalie a décidé en définitive de mettre fin au contrat de distribution sélective de Newpharma.*

B. Le cas [Distributeur 1]

93. *[Distributeur 1] est une entreprise dont la première enseigne a ouvert ses portes en 2014. A l'heure actuelle, elle détient une soixantaine d'enseignes en Belgique et au Luxembourg et possède deux sites internet, dont un pour les produits de parapharmacie. [Distributeur 1] affirme s'être fixé pour mission de « rendre accessible au plus grand nombre la gamme la plus large de produits et de services de qualité supérieure en offrant les prix les plus bas »[150]. A cette fin, elle utilise deux concepts, d'une part, « une pharmacie 'moderne' où l'on a focalisé l'offre sur les médicaments et les produits de santé au sens strict tout en utilisant les nouvelles technologies et en optimisant l'organisation de travail pour créer des officines, purs espaces de conseil dédiés à l'accompagnement des patients dans un environnement « médical » tout en permettant la réduction du prix des médicaments et la promotion des achats qui contribuent à la réduction du déficit de la sécurité sociale »[151] et, d'autre part, « une toute nouvelle sorte de 'parapharmacies', centres multidisciplinaires spécialisés offrant prix – choix – conseils pour répondre de manière optimale aux besoins des consommateurs qui veulent prendre soin de leur santé et de leur bien être autrement qu'avec des médicaments »[152].*

94. *Afin de préparer l'ouverture de ses premières enseignes, [Distributeur 1] a pris contact avec Caudalie afin de pouvoir commercialiser ses produits et d'ainsi être un distributeur sélectif de la marque. A ce moment, Caudalie a refusé la demande de [Distributeur 1] de faire partie de son réseau de distribution sélectif[153].*

95. *Considérant que Caudalie est une marque très importante au sein de la catégorie dermo-cosmétiques, [Distributeur 1] a continué ses efforts afin de devenir un distributeur de la marque. En définitive, à la suite d'une réunion ayant eu lieu le 21 mai 2015 avec [Monsieur S], à l'époque*

---

147 Voy. l'annexe 5 à la plainte de Newpharma, qui constitue le document I.A8.
148 Voy. le document IV.145.
149 Voy. les documents IV.72 et IV.73.
150 https://[Distributeur1]-group.be/fr/notre-philosophie/
151 *Ibidem.*
152 *Ibidem.*
153 Voy. la réponse de [Distributeur 1] à la question 6 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 et l'annexe 5 à cette réponse (documents III.4.B2 et III.4.B29).

[fonction] de Caudalie, [Distributeur 1] a été accepté en tant que distributeur sélectif[154]. Suite à cette réunion, [Monsieur B], [fonction] de Caudalie Belgique, a envoyé, le même jour, un mail à l'ensemble de ses déléguées commerciales leur annonçant la collaboration entre Caudalie et [Distributeur 1] [155]. [Monsieur B] précise dans ce mail que [Distributeur 1] a assuré qu'il allait respecter la politique commerciale de Caudalie et qu'il a pu constater, « [CONFIDENTIEL]».

96. *Dans sa réponse à la demande de renseignements, [Distributeur 1] souligne que Caudalie Belgique l'a mise sous pression afin de lui faire respecter les prix de vente conseillés[156]. On peut mentionner à cet égard un mail de [Monsieur B] du 9 octobre 2015 à [Monsieur O.L] demandant de « bien vouloir mettre à jour toute la gamme »[157] et un mail de [Monsieur B] du 10 novembre 2015 à [Monsieur O.L] envoyant le tarif des coffrets de Noël et duos hiver et interprétés par le responsable de [Distributeur 1] comme un rappel à l'ordre relatifs aux prix pratiqués[158]. Fin novembre 2015, [Distributeur 1] a reçu un courrier « [CONFIDENTIEL] »[159] la mettant en demeure de mettre fin aux initiatives promotionnelles réalisées dépréciant l'image de la marque[160]. Il ressort des mails échangés que [Distributeur 1] appliquait des prix inférieurs au prix minimum de revente imposé[161]. [Distributeur 1] précise que « Durant cette période, sous le prétexte d'avoir affiché des prix pour les produits Caudalie non-conformes au plan du marchandising, cette dernière a menacé de mettre un terme à l'accord de distribution de vente en ligne. [Distributeur 1] n'a eu d'autre choix que d'accepter cette demande insistante, compte tenu du risque potentiel de retrait de la distribution sélective ».[162]*

97. *Le fait que Caudalie Belgique ait imposé le respect par [Distributeur 1] d'un prix minimum de revente est également confirmé par un mail du 5 avril 2016 d' [Monsieur Y.V] à [Monsieur B] par lequel le [fonction] de [Distributeur 1] tient « à insister pour que vous rappeliez à vos équipes que nous n'avons aucun accord concernant les prix de vente aux consommateurs. Une telle pratique serait tout à fait illégale et nous ne voulons en aucun cas entrer dans ce genre de "combine" »[163].*

98. *Malgré cette revendication de [Distributeur 1] concernant la liberté de fixation des prix de revente, en pratique, [Distributeur 1] a respecté le prix minimum de revente imposé par Caudalie Belgique. [Distributeur 1] a en effet appliqué sur les produits Caudalie correspond une ristourne maximale de [0-10]% sur le prix recommandé[164]. Outre cette remise généralisée, une remise supplémentaire est cependant parfois appliquée et autorisée par Caudalie Belgique sur une série de produits faisant l'objet d'une plus vive concurrence sur le marché[165].*

---

[154] Voy. la réponse de [Distributeur 1] à la question 6 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 et l'annexe 5 à cette réponse (documents III.4.B2 et III.4.B29).
[155] Voy. document V.B.3.
[156] Voy. la réponse de [Distributeur 1] à la question 9 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B2)
[157] Voy. l'annexe 17.1. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B45).
[158] Voy. l'annexe 17.4c. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B51)
[159] Voy. la réponse de Caudalie à la question 14 de la demande de renseignements du 26 avril 2018, document II.D3. Caudalie explique qu'elle a mis en place un processus d'envoi de courriers [CONFIDENTIEL].
[160] Voy. l'annexe 17.6. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B53)
[161] Voy. l'annexe 17.6c. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B56)
[162] Voy. la réponse de [Distributeur 1] à la question 9 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B3)
[163] Voy. l'annexe 12. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B38)
[164] Voy. la réponse de [Distributeur 1] à la question 7 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B3).
[165] Ainsi, les [CONFIDENTIEL]ont fait l'objet de remises s'élevant entre 50 et 60% (cf. la réponse de [Distributeur 1] à la question 7 de la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B3).

99. *Cette politique de prix relativement conforme aux exigences de Caudalie Belgique est vraisemblablement ce qui a provoqué l'ire de [Monsieur Y], [fonction] de Nuxe Belgique qui, dans son mail du 25 mai 2017, constate et déplore que les distributeurs se vantant de fournir au meilleur prix respectent les prix imposés par Caudalie tandis qu'ils se font une concurrence féroce sur les produits Nuxe*[166]*.*

IV.1.2.b La limitation des ventes actives et passives

100. *Au cours de l'instruction, il est apparu que Caudalie veillait également à limiter les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals. Le but de cette politique est de limiter la concurrence par les prix et d'assurer le respect d'un prix minimum de revente par pays aux consommateurs. Ces éléments ressortent des pièces suivantes :*

- *Un mail du 29 octobre 2015 de [Monsieur B], [fonction] de Caudalie pour la Belgique, à [Monsieur X], responsable de Farmaline, lui demandant de retirer la marque Caudalie de plusieurs marchés, dont le marché britannique et le marché italien*[167]*.*
- *Un mail interne du 18 mai 2016 contenant un projet de mail à une entreprise située aux Pays-Bas visitée récemment dans lequel [Monsieur B] écrit : « Nous avons bien pris note que : [CONFIDENTIEL]. »*[168]
- *Un mail du 31 mai 2017 de [Monsieur A], [fonction] de Caudalie à [Monsieur B], suite à sa tournée de terrain dans lequel il notifie son refus de collaborer avec des sites pour lesquels il n'y a « [CONFIDENTIEL]»*[169]*.*
- *Une série de mails internes et à destination de Newpharma entre février 2017 et avril 2017. Le 3 février 2017, [Monsieur A], [fonction] de Caudalie, écrit à [Monsieur B] un mail lui indiquant que « [CONFIDENTIEL]»et lui demandant [CONFIDENTIEL]*[170]*. Le 24 février 2017, [Monsieur B] envoie un mail à [Monsieur T], avec, en pièce jointe, le tarif à respecter pour la vente en Allemagne et en Autriche*[171]*. Suite à une plainte d'un pharmacien français, le 27 mars 2017, [Monsieur A] envoie un nouveau courrier à [Monsieur B] lui signalant que [CONFIDENTIEL]*[172]*. [CONFIDENTIEL]. Par la suite, le 13 avril 2017, [Madame E], [fonction] de Caudalie Belgique responsable notamment pour Newpharma, envoie un mail à [Madame Z] de Newpharma contenant les tarifs pour l'Allemagne et lui demandant de transférer le document à qui de droit*[173]*. [Madame Z] répond le même jour en disant qu'elle va prendre contact avec [Monsieur T] pour voir si Newpharma peut adapter les prix de vente de ses sites allemands et autrichiens afin d'éviter tout désaccord entre Caudalie et Newpharma. Le respect par un distributeur actif en ligne de la politique partenaire implique donc l'obligation de respecter pour la vente en ligne les prix de vente établis par pays par Caudalie.*

[166] Voy. l'annexe 13. à la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B39)
[167] Voy. document IV.34.
[168] Voy. document IV.193.
[169] Voy. document V.B.69
[170] Voy. document IV.136.
[171] Voy. document V.B.50.
[172] Voy. document IV.72.
[173] Voy. document V.B.50.

- *Le contrat de distribution sélective type pour la vente en ligne et un power point concernant les instructions e-retail. Ces deux documents indiquent que, suite à la conclusion du contrat de distribution sélective, le distributeur sélectif ne peut livrer que dans le pays dans lequel est logé le site, sauf accord de Caudalie[174].*

IV.1.3 Etendue géographique de l'infraction

101. *L'étendue géographique de l'infraction est à tout le moins le territoire de la Belgique. En effet, l'imposition d'un prix minimum de revente, consistant plus précisément en la fixation du niveau de ristournes maximal que peut accorder le distributeur sur le prix de vente au consommateur recommandé par Caudalie sur l'ensemble de ses produits, et 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 s'appliquent à l'ensemble des distributeurs sélectifs de Caudalie établis en Belgique, qu'ils soient ou non actifs en ligne.*

IV.1.4 Durée de l'infraction

102. *L'auditeur dispose d'éléments de preuve démontrant la mise en œuvre effective de la stratégie de Caudalie visant à imposer un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs à partir de fin mars 2014, soit le moment de l'entrée en fonction de [Monsieur B] au sein de Caudalie Belgique, en tant que [fonction] pour la Belgique[175]. L'instruction a démontré que ce dernier a assuré de manière générale une application stricte du contrat de distribution sélective et de la politique commerciale de Caudalie[176].*

103. *En ce qui concerne la fin de l'infraction, l'auditeur estime qu'elle a eu lieu le 27 février 2018, soit le jour du début de la perquisition dans les locaux de Caudalie.*

104. *Ainsi, l'infraction a débuté le 31 mars 2014 et s'est terminée le 27 février 2018. L'infraction a dès lors duré trois ans et dix mois complets.*

IV.2 Arguments de Caudalie dans la réponse à la communication des griefs

IV.2.1 Première atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable: l'utilisation illégale par l'auditorat de pièces obtenues irrégulièrement et par des procédés déloyaux[177]

105. *Caudalie affirme, en substance, que l'utilisation d'enregistrements de communications téléphoniques violerait son droit à un procès équitable, consacré notamment à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, car ces pièces auraient été obtenues illégalement et en violation de son droit au respect de la vie privée, consacré notamment à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Caudalie affirme à cet égard que les enregistrements ont été réalisés dans l'objectif manifeste de piéger Caudalie et en conclut que ces atteintes graves vicient intégralement les poursuites et justifient la fin de la procédure.*

106. *Les pièces en cause sont deux enregistrements de communications électroniques entre Caudalie et Newpharma, un des plaignants. La première porte sur une conversation téléphonique qui aurait*

[174] Voy. documents II.G4 et IV.241.
[175] Voy. documents IV.174 et IV.175.
[176] Voy. notamment les documents III.4.B57 et IV.121.
[177] Voy. §§ 3-57 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

eu lieu entre [Monsieur T] de Newpharma et [Monsieur B] de Caudalie en date du 18 octobre 2016. La seconde porte sur une conversation téléphonique qui aurait eu lieu entre [Madame U] de Newpharma et [Madame E] de Caudalie en date du 17 novembre 2017.

107. *Caudalie précise n'avoir pris connaissance de ces pièces que lors de la prise de connaissance de la communication des griefs et n'avoir jamais autorisé leur utilisation.*

108. *Caudalie affirme que le droit au respect de la vie privée, consacré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation belge, s'oppose à la transmission de ces communications à une autorité de concurrence et à l'utilisation de ces communications par l'autorité. Caudalie relève à cet égard que la loi ne prévoit aucune exception à cet égard et, en particulier, qu'aucune disposition législative belge n'autorise Newpharma à procéder à de tels enregistrements et à les divulguer. L'Autorité belge de la Concurrence devant respecter le droit au respect de la vie privée, elle ne peut faire usage de documents reçus en violation de ce droit fondamental. Ainsi, les enregistrements seraient entachés d'irrégularité.*

109. *Par ailleurs, l'utilisation de ces enregistrements serait contraire au droit à un procès équitable de Caudalie, ce qui entraine le fait que les conditions de la jurisprudence Antigone sont remplies et, par conséquent, que ces preuves ne peuvent être utilisées.*

110. *Caudalie souligne que l'utilisation d'une preuve irrégulière et déloyale est particulièrement inacceptable dans le cadre d'une procédure en droit de la concurrence et que admettre ce type de preuves reviendrait à normaliser le contournement des limites des pouvoirs d'enquête de l'Auditorat de l'ABC*[178]*.*

111. *En ce qui concerne le fait que les enregistrements ont eu lieu de manière déloyale, Caudalie commence par préciser que, d'après elle, il ne s'agit pas de preuves objectives. Caudalie relève à cet égard que Newpharma avait intérêt à nuire à Caudalie et a agi de sorte à piéger cette dernière. Caudalie fait par ailleurs remarquer que les enregistrements commencent juste avant le début de la conversation téléphonique. En outre, concernant l'enregistrement du 18 octobre 2016, Caudalie relève que des témoins étaient présents, ce qui démontre le caractère prémédité de l'enregistrement. Quant au second enregistrement, Caudalie note qu'il n'a eu lieu que peu de temps avant le dépôt de la plainte et l'ouverture d'une instruction.*

112. *Caudalie affirme également qu'il ressort de la retranscription par l'auditorat que celui-ci aurait des doutes concernant certains moments de la communication, notamment lié au fait que [Monsieur B] apparait confus, à cause, suivant Caudalie, de la manipulation effectuée par [Monsieur T] de Newpharma. Caudalie s'interroge également sur la valeur de preuve octroyée par l'auditorat à cet entretien, alors que certains passages ne lui apparaissent pas ou peu clairs.*

113. *De l'avis de Caudalie, ces preuves ont été obtenues en violation de l'obligation du principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves, qui constituerait un principe général de droit. Caudalie renvoie à cet égard à deux arrêts de la Cour de cassation française concernant des affaires portant sur du droit de la concurrence, notant que la Cour de cassation belge n'a pas encore été amenée à trancher la question. Caudalie précise toutefois que, vu que ce principe découle du droit à un procès équitable, il devrait être appliqué également en Belgique. En outre,*

[178] Voy. § 19 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

vu que les règles matérielles du droit de la concurrence sont semblables, voire communes pour ce qui concerne les articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, les garanties procédurales offertes devraient être les mêmes.

114. *Caudalie relève en outre que, si ces preuves devaient être admises, il y aurait un contournement des limites aux pouvoirs d'enquête dont dispose l'Autorité belge de la Concurrence. En effet, si l'Autorité belge de la Concurrence avait voulu procéder à des écoutes téléphoniques, elle aurait dû obtenir l'autorisation préalable d'un juge d'instruction.*

115. *Caudalie fait par ailleurs remarquer que l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques interdit de « prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement », de stocker ces données et d'en faire un usage quelconque, à moins d'obtenir le consentement de « toutes les personnes directement ou indirectement concernées » et que, si une exception existe pour les actes accomplis par les agents habilités par le ministre qui a l'économie dans ses attributions, celle-ci ne porte pas sur l'écoute de communications*[179]*.*

116. *Pour Caudalie, permettre l'utilisation d'enregistrements téléphoniques communiqués par Newpharma aurait pour conséquence que l'Autorité belge de la Concurrence puisse « éviter l'application de [l'article 124 de la loi du 13 juin 2005] dans le cadre de ses missions en s'appuyant sur un tiers particulièrement intéressé, le plaignant, sans offrir la moindre garantie procédurale à l'entreprise poursuivie »*[180]*.*

117. *Caudalie conclut de l'ensemble des éléments que, vu l'illégalité de ces enregistrements et la violation du droit à un procès équitable de leur utilisation, ceux-ci ne peuvent être utilisés. Par ailleurs, Caudalie estime que, au vu de l'importance attribuée à ces enregistrements par l'auditorat, leur illégalité imposerait l'abandon des poursuites à l'encontre de Caudalie. A titre subsidiaire, elle estime que les enregistrements ainsi que toute pièce ou document de procédure se basant sur ces enregistrements devront à tout le moins être écartés et détruits.*

IV.2.2 Deuxième atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable: l'exclusion inexpliquée de pièces du dossier d'instruction de l'Auditorat[181]

118. *Caudalie relève que l'ensemble des pièces saisies lors des perquisitions effectuées dans les locaux de Caudalie SAS en France ne se retrouve pas dans le dossier d'instruction établi par l'ABC et que les saisies informatiques figurant dans le dossier d'instruction ne constituent qu'une fraction des pièces saisies en France.*

119. *Caudalie en conclut qu'un tri a été effectué et analyse les différentes possibilités : tri par l'Autorité belge de la Concurrence, tri par l'Autorité française de la Concurrence sans que l'Autorité belge de la Concurrence soit au courant et, enfin, tri par l'Autorité française de la Concurrence à la demande de l'Autorité belge de la Concurrence.*

[179] Voy. §§ 46-47 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[180] § 50 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[181] Voy. §§ 58-93 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

120. *Etant donné que le tri a été effectué par l'Autorité belge de la Concurrence, seule l'argumentation de Caudalie sur ce point sera résumée ci-dessous*[182].

121. *Caudalie affirme que, si le tri a été effectué par l'Autorité belge de la Concurrence, il y a violation du Code de droit économique, en particulier de l'article IV.46, §1er du CDE qui prévoit que l'auditorat donne accès aux parties incriminées à toutes les versions non confidentielles des documents et données du dossier d'instruction, celui-ci comprenant, aux termes de l'article IV.42 CDE, 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.*

122. *Caudalie relève qu'aucune décision prise sur pied de l'article IV.40, § 6 n'existe ou, en tout cas, ne lui a été communiquée et que les documents en cause ne tombent pas dans le champ d'une des exceptions de l'article IV.42 CDE, à savoir les documents internes de l'Autorité belge de la concurrence et la correspondance entre l'Autorité belge de la concurrence et d'autres autorités de concurrence.*

123. *Caudalie en conclut que le dossier d'instruction est incomplet et que, dès lors, l'instruction accomplie par l'auditorat est viciée. Le caractère vicié de ce tri est d'autant plus important que Caudalie n'en a pas été informée et en ignore les motifs.*

124. *Ce caractère vicié a pour conséquence que l'examen de la légalité de ce tri dans le cadre d'un recours juridictionnel est rendu impossible. Par ailleurs, ce tri remet en cause l'objectivité de l'ensemble de l'instruction effectuée par l'auditorat. Caudalie affirme à cet égard ne pas connaitre les limites exactes du dossier d'instruction. Enfin, ce tri aurait pour conséquence que le Collège de la concurrence ne disposera pas d'un accès à l'ensemble des pièces qui devraient figurer dans le dossier d'instruction.*

125. *Caudalie effectue un parallèle avec l'affaire des Hausses coordonnées du chocolat dans laquelle un dossier d'instruction avait été scindé pour former deux dossiers distincts ayant une origine commune, ce qui avait été critiqué par le Conseil de la Concurrence qui avait en définitive mis fin à l'ensemble de la procédure.*

126. *Caudalie affirme par ailleurs que ses droits de la défense et à un procès équitable sont violés, car les pièces n'apparaissant pas dans le dossier d'instruction ont été saisies chez Caudalie SAS et non chez Caudalie Belgique et que Caudalie Belgique ne peut dépendre de la bonne volonté de Caudalie SAS pour se défendre.*

127. *Pour ces raisons, Caudalie considère qu'il convient d'abandonner les poursuites.*

IV.2.3 L'auditorat ne démontre pas l'existence d'une pratique de prix de revente imposés[183]

IV.2.3.a Remarque préliminaire de Caudalie[184]

[182] Voy. §§ 62-68 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[183] Voy. §§ 159-239 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[184] Voy. §§ 159-163 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

128. *En guise d'introduction, Caudalie affirme qu'elle se veut être une marque jouant avant tout sur la qualité, et non sur les prix et que, en mettant l'accent uniquement sur les prix, l'auditorat méconnait là où se joue principalement la concurrence. Caudalie renvoie à cet égard notamment à la jurisprudence Metro de la Cour de justice de l'Union européenne.*

129. *Plus précisément, Caudalie affirme que ses points forts sont la qualité de ses produits, leur présentation et la qualité du service offert au client et que l'attractivité de ses produits ne se situe pas principalement au niveau de leur prix, ce qui explique qu'il ne soit pas nécessaire pour les pharmaciens de se focaliser sur l'offre de promotions.*

IV.2.3.b Caudalie n'impose pas de prix minimum mais encadre la présentation de ses produits, en ce compris la présentation des promotions[185]

130. *Caudalie affirme que plusieurs pièces du dossier d'instruction s'expliquent non pas par l'imposition d'un prix minimum, mais par le fait qu'elle encadre la présentation de ses produits et, également, de ses promotions, afin de garantir l'image de qualité et de luxe de ses produits.*

131. *Or, garantir l'image de marque ou de luxe de ses produits ne constitue pas une infraction au droit de la concurrence, comme il ressort notamment de la jurisprudence Coty de la Cour de justice de l'Union européenne.*

132. *Caudalie précise que ce souci de protéger l'image de marque peut également valoir en période de promotions, en demandant notamment aux pharmaciens que celles-ci soient présentées de manière sobre et sans nuire à l'image de marque de Caudalie. Caudalie indique à cet égard fournir à ses distributeurs agréés des affichettes promotionnelles que ces derniers peuvent exposer dans leurs officines pour la vente des produits Caudalie.*

133. *Caudalie souligne que cette pratique a été expressément admise par le Conseil de la concurrence français en 2007 dans sa décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.*

134. *Caudalie affirme que l'auditorat confond, dans son analyse, l'imposition d'un prix minimum de revente avec le souci légitime de protéger l'image de marque, également dans le cadre de promotions.*

135. *En ce qui concerne le fait que Caudalie n'imposerait pas de prix minimum, Caudalie renvoie à plusieurs pièces, ressortant principalement de réponses de distributeurs sélectifs à une demande de renseignements, dans lesquels les distributeurs sélectifs affirment ne pas se voir imposer de prix minimum de revente[186]. Par ailleurs, Caudalie renvoie à plusieurs documents envoyés à des distributeurs dans lesquels Caudalie affirme que les prix sont librement déterminés par les distributeurs[187].*

IV.2.3.c L'auditorat ne démontre pas l'existence de la pratique généralisée d'imposition des prix de revente qu'il allègue[188]

[185] Voy. §§ 164-185 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[186] Voy. §§ 172-183 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[187] Voy. § 184 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[188] Voy. §§ 186-239 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

136. *Caudalie rappelle tout d'abord le principe de la présomption d'innocence et insiste sur le fait que la charge de la preuve revient à l'auditorat en précisant que les autorités de concurrence doivent faire état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise.*

137. *Caudalie estime à cet égard que les pièces invoquées par l'auditorat « ne peuvent pas suffire à emporter une ferme conviction que l'infraction a été commise, car elles peuvent donner lieu à plusieurs interprétations et explications alternatives plausibles dont l'auditorat n'a pas tenu compte »[189].*

138. *Caudalie analyse ensuite un grand nombre de pièces utilisées par l'auditorat à l'appui de son premier grief et explique, pour chacune d'elles, pourquoi l'interprétation conférée à celle-ci par l'auditorat est d'après elle erronée, notamment car certaines porteraient sur le financement de remises et non sur l'imposition d'un prix de revente[190]. Pour d'autres pièces[191], Caudalie estime qu'elles « sont tellement manifestement influencées par les intérêts personnels de leurs auteurs qu'elles ne sont pas de nature à être utilisées à titre de preuve »[192]. L'auditorat ferait également une interprétation erronée des documents internes à Caudalie[193]. Enfin, Caudalie met en avant, d'une part, le fait que plusieurs pharmaciens ont affirmé avoir offert des promotions sans pour autant se voir immédiatement exclu du réseau de distribution de Caudalie pour cette raison et, d'autre part, que l'auditorat n'établit pas que les promotions sur les produits de Caudalie sont moins nombreuses que celles qui portent sur d'autres produits de parapharmacie, ce qui démontrerait l'absence d'imposition d'un prix minimum de revente imposé[194].*

IV.2.4 L'auditorat ne démontre pas que Caudalie a limité les ventes actives et passives

IV.2.4.a L'auditorat a interprété les pièces recueillies à charge de Caudalie alors que d'autres interprétations sont possibles[195]

139. *Caudalie rappelle tout d'abord qu'un fournisseur distribuant ses produits via un réseau de distribution sélective peut, voire doit, veiller à éviter que ses produits soient revendus à des distributeurs non agréés.*

140. *D'après Caudalie, les preuves avancées par l'auditorat se réfèrent explicitement à cette nécessité de préserver l'intégrité du réseau et, en particulier, d'empêcher l'exportation de produits Caudalie vers l'Asie. Par conséquent, l'auditorat ignore totalement cette interprétation légitime pour se focaliser sur l'hypothèse d'une atteinte à la concurrence.*

141. *Tel serait notamment le cas du courriel du 31 mai 2017 de [Monsieur A], [fonction] de Caudalie à [Monsieur B] et de la clause 9 du contrat de distribution sélective type pour la vente en ligne à propos duquel Caudalie souligne qu'elle a été validée par le Conseil de la concurrence français en 2007.*

[189] Voy. § 188 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[190] Voy. §§ 192-210 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[191] Voy. §§ 212-230 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[192] Voy. § 211 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[193] Voy. §§ 231-236 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[194] Voy. §§ 237-238 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[195] Voy. §§ 240-247 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

IV.2.4.b L'auditorat ne dispose pas de suffisamment de preuves pour établir l'existence de ce grief[196]

142. *Caudalie met en avant la rareté des éléments de preuves apportés par l'auditorat pour établir le second grief et estime que ces éléments limités sont insuffisants pour démontrer une quelconque infraction.*

143. *Par ailleurs, Caudalie affirme que l'interprétation donnée par l'auditorat à ces pièces est erronée et qu'elles peuvent s'expliquer par la volonté d'assurer l'étanchéité du réseau de distribution sélective.*

144. *Caudalie relève également que ce qui compte c'est l'application du contrat en pratique.*

145. *Enfin, Caudalie renvoie à l'enregistrement de la conversation téléphonique du 17 novembre 2017 en indiquant que la volonté de Caudalie d'assurer l'étanchéité de son réseau de distribution sélective et d'empêcher l'exportation des produits vers l'Asie ressort clairement de celui-ci.*

IV.3 Analyse de l'auditeur

IV.3.1 C'est à bon droit et sans porter atteinte aux droits de Caudalie que l'auditeur a fait usage des enregistrements des communications téléphoniques

146. *Caudalie affirme, en substance, que l'utilisation d'enregistrement de communications téléphoniques violerait son droit à un procès équitable, car ces pièces auraient été obtenues irrégulièrement, à savoir en violation de l'article 8 de la CEDH garantissant son droit à la vie privée.*

147. *A cet égard, Caudalie se fonde sur la jurisprudence Antigone développée par la Cour de Cassation.*

148. *L'auditeur relève que la lecture correcte de cette jurisprudence amène à la conclusion que c'est à bon droit que l'auditeur a utilisé les enregistrements en cause en tant que moyens de preuve dans le cadre de la présente procédure.*

149. *En effet, la Cour de cassation a déclaré dans son arrêt Antigone que*

> *« la circonstance qu'un **élément de preuve a été obtenu irrégulièrement** a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement : - soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ; - soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ; - soit **lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable**. »*[197]

150. *Ainsi, par cet arrêt , la Cour de cassation a renversé sa jurisprudence antérieure qui consistait à écarter toute preuve recueillie de manière illégale*[198] *et, de ce fait, accepté que, sous le respect de certaines conditions bien définies, des éléments de preuve obtenus irrégulièrement sont admissibles.*

---

[196] Voy. §§ 248-258 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

[197] Cass., 14 octobre 2003, P.003.0762.N.

[198] La jurisprudence antérieure est généralement reliée à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1923, *Pas*., 1924, I, p. 66.

151. *Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant de la question de savoir si, dans un contexte pénal, un élément de preuve illégalement obtenu prive un accusé d'un procès équitable et emporte violation de l'article 6 de la CEDH, a considéré : :*

> *« Si la [CEDH] garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national […] La Cour rappelle par ailleurs que, par le passé, elle a déjà eu l'occasion de déclarer que l'utilisation d'un enregistrement illégal, et de surcroît comme unique élément de preuve, ne se heurte pas en soi aux principes d'équité consacrés par l'article 6, [paragraphe 1, de la CEDH], y compris lorsque cet élément a été obtenu en violation des exigences de la [CEDH], en particulier celles de [son article 8…] »*[199]

152. *La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de préciser qu'il convenait d'examiner si l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement obtenu illégalement n'avait pas privé la partie requérante d'un procès équitable et si les droits de la défense avaient été respectés, notamment en vérifiant si elle avait eu la possibilité de contester l'authenticité et l'emploi dudit enregistrement. Elle a également pris en compte la question de savoir si un tel enregistrement ne constituait pas le seul moyen de preuve retenu pour motiver une condamnation*[200]*.*

153. *L'auditeur démontrera ci-après qu'en l'espèce, les enregistrements n'ont pas été recueillis en violation du droit à la vie privée de Caudalie prévue à l'article 8 CEDH et ne sauraient donc être entachés d'irrégularité (IV.3.1.b) et que, en tout état de cause, leur usage n'est pas contraire au droit de Caudalie à un procès équitable. (IV.3.1.c).*

IV.3.1.a Considérations de principe sur les preuves en droit de la concurrence

154. *A titre liminaire, l'auditeur observe que, conformément à une jurisprudence constante, concernant les moyens de preuve qui peuvent être invoqués pour une infraction au droit de la concurrence, le principe qui prévaut est celui de la libre administration des preuves*[201]*. Par ailleurs, en ce qui concerne la valeur probante des différents éléments de preuve, le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité*[202]*.*

155. *Cette jurisprudence repose sur le constat suivant lequel l'interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir étant notoires, il est usuel que les activités liées à ces pratiques et ces accords se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement et que la documentation qui y est*

---

[199] Cour EDH, 26 avril 2007, Popescu c. Roumanie, CE:ECHR:2007:0426JUD007152501, § 106 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 54.

[200] Cour EDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, § 48, tel que rappelé par TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 55.

[201] Voy. notamment TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, § 71 ; TUE, arrêt du 29 février 2016, T‑264/12, UTI Worldwide, § 38 et TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, § 182.

[202] Voy. notamment TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, § 72 et TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 95

afférente soit réduite au minimum[203]. Par ailleurs, il y a lieu d'avoir égard à la nécessité de garantir une application effective du droit de la concurrence.

156. *A cet égard, le Tribunal de l'Union européenne a déjà mis en avant la nécessité d'éviter de rendre insoutenable la charge de la preuve de la Commission, au motif que cela serait incompatible avec sa mission de surveillance de la bonne application du droit de la concurrence, attribuée par les traités[204].*

IV.3.1.b Les enregistrements n'ont pas été recueillis ni utilisés en violation du droit de Caudalie au respect de sa vie privée

157. *Caudalie affirme que le droit au respect de la vie privée, consacré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation belge, s'oppose aux enregistrements effectués par Newpharma, à la transmission de ces communications à une autorité de concurrence comme l'ABC et à l'utilisation de ces communications par l'ABC. Caudalie relève à cet égard que la loi ne prévoit aucune exception à cet égard et, en particulier, qu'aucune disposition législative belge n'autorise Newpharma à procéder à de tels enregistrements et à les divulguer.*

158. *Ce raisonnement doit être rejeté.*

159. *D'une part, en ce qui concerne l'enregistrement en tant que tel de la conversation téléphonique par Newpharma, celui-ci est légal, comme affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation belge. Ainsi, dans un arrêt du 9 septembre 2008, la juridiction judiciaire suprême a dit pour droit « Nonobstant la protection des communications privées prévue à ces dispositions conventionnelles, le seul fait d'enregistrer une telle conversation à laquelle on participe soi-même, n'est pas illicite même si cet enregistrement est fait à l'insu des autres participants »[205]. La Cour ne dit pas autre chose dans son arrêt du 17 novembre 2015 : « Ni l'article 8.1 de la Convention, ni l'article 314bis du Code pénal n'interdisent le simple enregistrement d'une conversation par un participant à cette conversation à l'insu des autres participants »[206].*

160. *D'autre part, en ce qui concerne la réception des enregistrements par l'ABC l'auditeur relève que l'autorité a obtenu ces éléments de preuve régulièrement. En effet, le Code de droit économique prévoyait, dans son article IV.41 § 3 al.3 applicable au moment des faits, que les membres du personnel de l'Autorité belge de la Concurrence « recueillent tous renseignements, reçoivent toutes dépositions ou tous témoignages écrits ou oraux, se font communiquer, quel qu'en soit le détenteur, tous documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie et procèdent sur place aux constatations nécessaires. »[207]. En l'occurrence, l'équipe d'instruction a reçu des documents ou éléments d'information de la part du plaignant, ce qui est conforme au livre IV du Code de droit économique. L'auditeur relève à cet égard que le Code de droit économique ne prévoit pas*

[203] En ce sens, voy. notamment TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, § 76 et TUE, arrêt du 20 mars 2014, T‑46/10, Faci, § 49.
[204] Voy. notamment TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, § 182 et TUE, arrêt du 11 juillet 2014, T‑541/08, Sassol, § 234.
[205] Cass., 9 septembre 2008, N° P.08.0276.N.
[206] Cass., 17 novembre 2015, P.15.0880.N. Voy. également Cass. 8 janvier 2014 P.13.1935.F
[207] Voy. l'actuel article IV.40 § 2, al. 3 CDE

d'exception à ce principe, notamment pour les enregistrements de conversations téléphoniques. En tout état de cause, la réception des pièces reçues du plaignant et leur utilisation par l'auditeur est justifiée par la nécessité d'assurer une application effective au droit de la concurrence et est proportionnée à la réalisation de cet objectif légitime. Par conséquent, la réception des enregistrements téléphoniques effectués par Newpharma était et est conforme au livre IV du Code de droit économique.

161. *Ainsi, tant l'enregistrement des conversations téléphoniques par Newpharma que leur réception par l'auditorat sont réguliers. Dans sa jurisprudence, la Cour de cassation précise que toute utilisation de l'enregistrement, hors le cas de la simple utilisation pour soi-même, peut toutefois constituer une atteinte à l'article 8 de la Convention et qu'il appartient dès lors au juge d'apprécier si l'utilisation constitue une atteinte à l'article 8 de la Convention en recourant notamment au critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée des participants à la conversation ou de l'objectif poursuivi par l'utilisation de l'enregistrement en ayant égard, à cet effet, notamment à la teneur de la conversation, aux circonstances dans lesquelles elle a eu lieu, à la qualité des participants et à la qualité du destinataire de l'enregistrement[208]. Sur cette base, force est de constater qu'il n'y a aucune atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en l'espèce. Le contenu des conversations est en effet de nature purement professionnelle et est relative aux relations commerciales entre respectivement un fournisseur et son distributeur sélectif. En outre, l'enregistrement des conversations téléphoniques a été transmis à une autorité publique dont les membres sont tenus au secret professionnel[209] et qui est chargée d'assurer le respect de règles d'ordre public dans le cadre d'une procédure assurant le respect des droits de la défense des entreprises concernées.*

162. *L'auditeur renvoie en outre à la jurisprudence du College van Beroep voor het bedrijfsleven des Pays-Bas, juridiction suprême en matière de contentieux économique[210], suivant laquelle le fait pour l'Autorité néerlandaise de concurrence de recevoir des enregistrement téléphoniques ne constitue pas une violation de l'article 8 de la CEDH, et ce même si l'Autorité néerlandaise de concurrence n'est elle-même pas compétente pour procéder à des enregistrements téléphoniques. Cette mesure a en effet été jugée proportionnée à l'objectif légitime de détection des infractions au droit de la concurrence qui ne sont, en règle générale, pas constatées par écrit[211]. Tel est également le cas en l'espèce, vu la formulation de l'ancien article IV.41 § 3 al.3 CDE, aujourd'hui article IV.40 § 2, al. 3 CDE.*

163. *Au vu de ce qui précède, l'auditeur conclut que la réception et l'utilisation des enregistrements en cause ne sont entachées d'aucune irrégularité. Ainsi, c'est à titre surabondant que l'auditeur*

---

[208] Cass., 17 novembre 2015, P.15.0880.N

[209] Voy. l'article IV.34 CDE applicable au moment des faits, actuellement article IV.32 § 1er CDE.

[210] https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/College-van-Beroep-voor-het-bedrijfsleven: « *Het CBb is de hoogste rechter op het gebied van het economisch bestuursrecht en geeft leiding aan de rechtspraak op belangrijke terreinen. Het CBb behandelt zaken over bijvoorbeeld economische en landbouwsubsidies, regulering van markten, vervoer, meststoffen, dierenwelzijn, voedselkwaliteit, gezondheidsrecht, financieel toezicht, consumentenbescherming, mededingingsrecht en accountantstuchtrecht. In veel zaken speelt het recht van de Europese Unie een rol. Het CBb is daarmee een gespecialiseerde economische en Europeesrechtelijke bestuursrechter*. »

[211] Voy. College van Beroep voor het bedrijfsleven, arrêt du 9 juillet 2015, ECLI:NL:CBB:2015:192, spécialement points 4.6 à 4.9 et College van Beroep voor het bedrijfsleven, arrêt du 9 juillet 2015, ECLI:NL:CBB:2015:193, spécialement points 4.9 à 4.12. Voy. également TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, §§ 40-86.

démontre ci-après que l'utilisation de ces enregistrements ne se heurte pas non plus au droit de Caudalie à un procès équitable.

IV.3.1.c L'auditeur n'a pas porté atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable

164. *Caudalie affirme que l'utilisation des enregistrements serait contraire au droit à un procès équitable.*

165. *Cette argumentation doit également être rejetée.*

166. *En premier lieu, l'auditeur rappelle qu'elle a recueilli les enregistrement légalement. Au vu de la formulation générale de l'ancien article IV.41 § 3 al.3 CDE, aujourd'hui article IV.40 § 2, al.3, l'équipe d'instruction et, plus généralement, les membres du personnel de l'Autorité belge de la Concurrence peuvent recevoir des enregistrements téléphoniques, ceux-ci relevant des notions de « tous documents ou éléments d'information ». En l'occurrence, l'équipe d'instruction a reçu des documents ou éléments d'information de la part de Newpharma. La réception des enregistrements téléphoniques effectués par Newpharma était et est conforme au livre IV du Code de droit économique.*

167. *En deuxième lieu, l'auditeur ne voit pas en quoi l'enregistrement des communications téléphoniques professionnelles constituerait une violation du droit à un procès équitable alors que des comptes-rendus de cet entretien ou des comptes-rendus d'une réunion physique ou tenue par vidéo-conférence ainsi que des témoignages attestant du contenu de cette réunion physique ou de cette vidéo-conférence constitueraient des preuves admissibles. L'objet des communications est en effet le même, c'est uniquement le type de média qui change. L'auditeur est d'avis qu'accepter certains médias ou types de preuves et en refuser d'autres serait contraire à l'application effective du droit de la concurrence et à la nécessité d'éviter de rendre insoutenable la charge de la preuve reposant sur l'autorité de concurrence. En effet, s'il devait être jugé que les échanges par communication téléphonique ne pouvaient constituer une preuve admissible, il suffirait aux entreprises d'utiliser ce média pour commettre des infractions au droit de la concurrence. En ce sens, l'argumentation de Caudalie basée sur la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques est inopérante.*

168. *L'auditeur renvoie en outre à l'arrêt Brabomills de la Cour des marchés dans lequel la Cour des Marchés a admis que soient utilisés comme preuves des contacts téléphoniques[212]. L'auditeur ne voit pas en quoi des contacts téléphoniques pourraient être admis comme preuves, alors que le contenu de ceux-ci ne pourrait pas l'être.*

169. *En troisième lieu, l'auditeur note que les droits de la défense de Caudalie ne sont pas affectés par l'existence de cet enregistrement puisqu'il lui est permis de faire valoir son argumentation concernant celui-ci et d'en donner une explication alternative si elle le souhaite. En effet, l'auditeur a donné accès aux enregistrements en cause et il ressort des observations écrites de Caudalie que celle-ci a effectivement écouté les enregistrements et formulé des remarques sur le contenu et la valeur probante de ces enregistrements[213].*

[212] Voy. Cour des marchés, arrêt du 12 mars 2014, 2013MR6 Brabomills – E, pp. 25-27.
[213] Comp. TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 63.

170. *Par ailleurs, Caudalie n'a aucunement remis en cause le contenu des enregistrements ni leur authenticité*[214].

171. *En quatrième et dernier lieu, les enregistrements en cause ne constituent pas le seul moyen de preuve utilisé par l'auditeur. La constatation de l'infraction aux articles IV.1 § 1 et 101 § 1 TFUE commise par Caudalie repose en effet sur un ensemble d'éléments de preuve obtenus par l'auditorat au cours de l'instruction*[215].

172. *Dans ces conditions, l'auditeur considère que l'utilisation des enregistrements en tant que moyens de preuve pour constater une violation des articles IV.1 § 1 CDE et 101 § 1 TFUE ne porte pas atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable.*

IV.3.1.d Le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves tel qu'il est interprété en droit français ne constitue pas un principe général de droit en droit belge; si tel devait être le cas, il ne serait pas applicable au droit de la concurrence, vu la nécessité d'assurer son effectivité.

173. *De l'avis de Caudalie, les enregistrements ont été obtenus en violation de l'obligation du principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves, qui constituerait un principe général de droit. Caudalie renvoie à cet égard à deux arrêts de la Cour de cassation française concernant des affaires portant sur du droit de la concurrence.*

174. *L'auditeur note que Caudalie reconnait elle-même que ce principe n'a pas été consacré en droit belge, en tout cas pas par la Cour de cassation belge.*

175. *Par ailleurs, la Cour de cassation belge a implicitement, mais certainement rejeté le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves tel qu'il est interprété en droit français en reconnaissant, d'une part, la légalité de l'enregistrement de communications, notamment dans un arrêt du 9 septembre 2008, dans lequel elle a dit pour droit « Nonobstant la protection des communications privées prévue à ces dispositions conventionnelles, le seul fait d'enregistrer une telle conversation à laquelle on participe soi-même, n'est pas illicite même si cet enregistrement est fait à l'insu des autres participants »*[216] *et, d'autre part, en disant pour droit que toute utilisation d'un enregistrement, hors le cas de la simple utilisation pour soi-même, ne constitue pas une atteinte à l'article 8 de la Convention*[217].

176. *L'auditeur est en outre d'avis que l'application d'un tel principe au droit de la concurrence serait contraire à l'application effective du droit de la concurrence et à la nécessité d'éviter de rendre insoutenable la charge de la preuve pour les autorités de concurrence.*

177. *En tout état de cause, l'auditeur est d'avis que les témoignages des personnes présentes lors de la conversation téléphonique ne sont pas viciés par l'enregistrement téléphonique qui a eu lieu concomitamment et peuvent dès lors être utilisés en tant que preuves.*

IV.3.1.e L'utilisation des enregistrements ne revient pas au détournement des limites des pouvoirs d'enquête de l'ABC

[214] Comp. TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 69.
[215] Comp. TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 65.
[216] Cass., 9 septembre 2008, N° P.08.0276.N. Voy. également Cass., 17 novembre 2015, P.15.0880.N
[217] Cass., 17 novembre 2015, P.15.0880.N

178. *Caudalie fait valoir que l'utilisation par l'auditorat des enregistrements obtenus de Newpharma reviendrait à contourner les limites aux pouvoirs d'enquête dont dispose l'ABC. L'ABC n'aurait pas fait usage de ses pouvoirs pour obtenir légalement les enregistrements, notamment en obtenant une autorisation préalable d'un juge d'instruction. En outre, l'ABC aurait pris connaissance des enregistrements en méconnaissance de l'article 124 de la loi du 13 juin 2015. Autoriser l'ABC à utiliser des enregistrements qu'elle a obtenus de la partie plaignante créerait ainsi une brèche dans la protection du droit au secret des communications garantie par cette disposition.*

179. *Cette argumentation manque en fait et en droit.*

180. *En effet, contrairement aux prétentions de Caudalie, l'auditorat a recueilli légalement les enregistrements de la part de Newpharma puisqu'il les a reçus dans le cadre de ses missions légales, soit l'ancien article IV.41 § 3 al.3 CDE, aujourd'hui article IV.40 § 2, al. 3 CDE. L'auditorat a donc agi dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête et en a respecté les limites.*

181. *Dans la mesure où l'auditorat de l'ABC a obtenu les enregistrements dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction, toute allégation de violation de l'article 124 de la loi 13 juin 2005 doit être écartée. En effet, tant la réception que l'utilisation des enregistrements trouvent leur fondement dans l'article IV.41 § 3 al.3 CDE, aujourd'hui article IV.40 § 2, al. 3 CDE.*

182. *A tout le moins, il y a lieu de constater que ces actes sont couverts par l'exception prévue à l'article 125 § 1, 5° /1 CDE lequel s'applique également aux agents de l'ABC. En effet, contrairement à ce que Caudalie allègue, les termes « et ne concernent pas l'écoute de communications » (en néerlandais : « en niet het afluisteren van communicaties betreffen ») portent uniquement sur des enregistrements qui sont faits simultanément aux communications-mêmes, ce qui est attesté par le renvoi aux articles 259bis et 314bis du Code pénal*[218]*.*

IV.3.1.f Conclusion

183. *Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit et sans porter atteinte aux droits de Caudalie que l'auditeur a fait usage des enregistrement des communications téléphoniques.*

184. *A tout le moins, s'il fallait considérer que l'auditeur ne peut utiliser les enregistrements comme preuve de l'infraction aux articles IV.1, § 1 CDE et 101, § 1 TFUE, il suffit pour le Collège de les écarter et de ne pas les prendre en compte dans l'appréciation des griefs avancés par l'auditeur.*

IV.3.2 L'exclusion de pièces du dossier d'instruction de l'auditorat ne porte pas atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable

185. *Avant toutes choses, l'auditeur tient à rappeler brièvement le déroulement de la procédure. Les 27 et 28 février 2018, des perquisitions ont été menées dans les locaux de Caudalie Belgique par*

[218] Les termes « écoute de communications » / « afluisteren van communicaties » renvoient à la terminologie utilisée par les articles 259bis et 314bis du Code pénal insérés initialement par la loi du 30 juin 1994 (*M.B*. 24 janvier 1995) et donc avant leur replacement par la loi du 25 décembre 2016 (*M.B*. 17 janvier 2017). Or, l'exposé des motifs de la loi du 30 juin 1994 déclare : « *il peut uniquement être question d'écoute punissable lorsque l'interception a lieu pendant la transmission, c'est-à-dire sur le trajet entre l'émetteur et le récepteur. Par conséquent, la soustraction ou la prise de connaissance du résultat d'une transmission de données (par exemple, le texte imprimé d'un massage télécopie ou le message « electronic mail » mis en mémoire chez le destinataire) ne sont pas comprises dans cette incrimination* » (Doc. Parl. Sénat 1992-93, nr. 843/1, p.6). De même, l'écoute d'un enregistrement d'une communication téléphonique ne tombe dans les termes « écoute de communications » / « afluisteren van communicaties » au sens de l'article 125 de la loi du 13 juin 2005.

l'Autorité belge de la Concurrence et dans les locaux de Caudalie SAS par l'Autorité française de la concurrence, à la suite d'une demande d'assistance de l'Autorité belge de la Concurrence sur base de l'article 22, § 1er du règlement 1/2003.

186. *Ainsi que le prévoit le règlement 1/2003, chaque autorité a appliqué sa procédure en matière de perquisitions. Caudalie a reçu, à l'issue des perquisitions tant en Belgique qu'en France, une copie et/ou une liste de l'entièreté des documents saisis.*

187. *Les documents saisis par l'Autorité française de la Concurrence ont été communiqués à l'Autorité belge de la Concurrence conformément à l'article 12 du règlement 1/2003. A toutes fins utiles, l'auditeur joint la liste des documents saisis[219].*

188. *L'équipe d'instruction a reçu au total plus de 500.000 documents, représentant environ 130 GB, par l'intermédiaire de l'Autorité française de la Concurrence. Le nombre important de documents transmis par l'Autorité française est la conséquence du type de procédure propre à chaque Etat membre.*

189. *Afin de sélectionner les pièces pertinentes pour la présente affaire, l'équipe d'instruction a utilisé le même logiciel que celui utilisé lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Caudalie Belgique et a fait usage de la liste de mots-clés utilisée dans ce cadre[220]. Les pièces retenues à la suite de cette sélection sont celles qui figurent dans le dossier d'instruction, plus précisément à la cote V.B.*

190. *L'auditeur confirme donc que le dossier d'instruction accompagnant la communication des griefs ne contient pas l'ensemble des saisies informatiques réalisées en France.*

191. *L'auditeur note à cet égard qu'une partie des documents saisis en France sont uniquement relatifs au marché français et sont dès lors en dehors du cadre de l'instruction menée par l'Autorité belge de la Concurrence.*

192. *Si le dossier d'instruction accompagnant la communication des griefs ne contient pas l'ensemble des documents saisis en France, l'auditeur relève que Caudalie a bien connaissance de l'entièreté des documents saisis et y a accès. En effet, Caudalie a obtenu de l'autorité française de la concurrence une copie de l'intégralité des documents saisis en France[221]. Par conséquent, Caudalie peut faire usage de ces documents dans le cadre de sa défense à l'égard des griefs qui lui sont reprochés.*

193. *L'auditeur estime dès lors que le tri effectué n'entraine pas une atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable ni aux droits de la défense de Caudalie.*

194. *Ce tri respecte par ailleurs la ratio legis de l'article IV.42 CDE.*

195. *L'article IV.42 CDE vise en effet à s'assurer que toutes les parties incriminées disposent de l'ensemble des documents issus de l'instruction et ce afin d'assurer le respect de leurs droits de la défense. En l'occurrence, la seule partie incriminée est l'entreprise Caudalie. Celle-ci a bien reçu,*

[219] Voy. document V.5.
[220] Voy. document IV.0G.
[221] Voy. documents V.1, V.2, V.3 et V.4.

de la part de l'Autorité française de la Concurrence, l'intégralité des documents issus de la perquisition réalisée dans ses locaux en France[222].

196. *Caudalie dispose donc de la possibilité d'utiliser ces documents, de même que tout autre document qui serait en sa possession, afin de défendre sa position. Le fait que le dossier d'instruction ne comprenne pas l'ensemble des documents obtenus lors de la perquisition dans les locaux de Caudalie en France ne porte dès lors pas atteinte aux droits de la défense de Caudalie et ne vicie aucunement l'instruction menée par l'auditeur.*

197. *L'absence de violation des droits de la défense de Caudalie est confirmée par la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne, suivant laquelle « les droits de la défense ne sont violés du fait d'une irrégularité procédurale que dans la mesure où celle-ci a eu une incidence concrète sur la possibilité pour les entreprises mises en cause de se défendre. Ainsi, le non-respect des règles en vigueur ayant pour finalité de protéger les droits de la défense n'est susceptible de vicier la procédure administrative que s'il est établi que celle-ci aurait pu aboutir à un résultat différent en son absence. »*[223]

198. *En l'espèce, la violation alléguée de l'article IV.42 CDE n'a aucun impact sur la possibilité, pour Caudalie, d'exercer pleinement ses droits de la défense. En effet, les documents absents du dossier d'instruction ont été saisis dans les bâtiments de Caudalie et Caudalie y a accès. Elle peut dès lors les utiliser dans le cadre de sa défense.*

199. *S'agissant de l'article IV.40 § 6 CDE, l'auditeur note que cette disposition n'oblige pas l'auditeur à prendre une décision au cas où certains documents ou données n'auraient aucun rapport avec l'objet de l'affaire. Cette disposition prévoit en effet uniquement que l'auditeur « peut » restituer par décision motivée ces documents ou données.*

200. *Toutefois, vu l'argumentation développée par Caudalie dans sa réponse à la communication des griefs, l'auditeur a adopté, le 12 novembre 2020, une décision sur base de l'article IV.40 § 6 CDE visant à restituer les pièces informatiques saisies par l'Autorité française de la Concurrence, à l'exception des 107 pièces reprises dans le dossier d'instruction accompagnant la communication des griefs*[224].

201. *En ce qui concerne l'argumentation de Caudalie suivant laquelle elle n'a pas pu utilement intenter le recours prévu à l'article IV.90 § 1er al. 2 CDE, l'auditeur relève tout d'abord que la légalité des perquisitions ayant eu lieu en France a été remise en cause par Caudalie et a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris validant les perquisitions*[225]*. Or, conformément au point 29 de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*[226]*, « Si une autorité nationale de concurrence agit au nom et pour le compte d'une*

---

[222] En ce sens, voy. document V.0 reprenant l'ordonnance du 19 juin 2019 de la Cour d'appel de Paris. Voy. également les documents V.1, V.2, V.3 et V.4.

[223] TUE, arrêt du 12 mai 2009, T-410/07, Jurado Hermanos, § 32. Voy. également TUE, arrêt du 17 décembre 1991, T-7/89, Hercules Chemicals, § 56 ; TUE, arrêt du 30 septembre 2003, T-191/98 et alii, Atlantic Container Line et alii, §§ 340 et 430 ; TUE, arrêt du 14 décembre 2005, T-210/01, General Electric, § 632 .

[224] Voy. document II.ZZL2. Voy. également document II.ZZM.

[225] Voy. document V.0 reprenant l'ordonnance du 19 juin 2019 de la Cour d'appel de Paris.

[226] Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0043 - 0053

homologue, elle le fait conformément à sa propre législation nationale et en vertu de ses propres pouvoirs d'enquête ». La Cour des marchés ne pourrait dès lors pas examiner la légalité des perquisitions ayant eu lieu en France. Ceci est d'autant plus vrai en l'espèce puisque la Cour d'appel de Paris, saisie par Caudalie, a constaté que la législation nationale a bel et bien été respectée par l'Autorité française de la Concurrence. L'auditeur note en outre que, en tout état de cause, Caudalie n'aurait pas pu intenter le recours prévu par l'article IV.90 § 1er al. 2 CDE, puisqu'il ne peut porter que sur l'utilisation dans l'instruction des données obtenues dans le cadre d'une perquisition, pour autant que ces données soient effectivement utilisées pour soutenir les griefs. Or, en l'espèce, l'ensemble des documents utilisés par l'auditeur au soutien de sa communication des griefs et issus de la perquisition réalisée par l'Autorité française de la Concurrence figurent dans le dossier d'instruction.

202. *Quant à l'affirmation suivant laquelle le tri effectué aurait pour conséquence que le Collège de la concurrence ne disposera pas d'un accès à l'ensemble des pièces qui devraient figurer dans le dossier d'instruction[227], elle est incorrecte. En effet, conformément à l'article IV.48 CDE, après avoir reçu la proposition de décision de l'auditeur, le président de l'Autorité belge de la Concurrence transmet au Collège de la concurrence la proposition de décision et le dossier de procédure. Or, conformément à l'article IV.42 § 2 CDE, le dossier de procédure contient tous les documents et données du dossier d'instruction sur lesquels s'appuie l'auditeur dans sa proposition de décision. Ainsi, le tri effectué n'a en définitive aucun impact sur les pièces à la disposition du Collège de la Concurrence, ce qui démontre à nouveau que les droits de la défense de Caudalie ne sont pas violés. Par ailleurs, Caudalie peut toujours, en vertu de l'article IV.49 § 3, al. 1er CDE, ajouter des pièces au dossier de procédure, en ce compris des documents saisis en France, tout comme elle aurait pu ajouter ces documents lors de sa réponse à la communications des griefs.*

203. *L'auditeur note par ailleurs que, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, s'agissant de l'absence de communication d'un document à décharge, l'entreprise concernée doit établir que sa non-divulgation a pu influencer, au détriment de cette dernière, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision de l'autorité de la concurrence. Il faut ainsi que l'entreprise démontre qu'elle aurait pu utiliser lesdits documents à décharge pour sa défense, en ce sens que, si elle avait pu s'en prévaloir lors de la procédure administrative, elle aurait pu invoquer des éléments qui ne concordaient pas avec les déductions opérées à ce stade par la Commission et aurait donc pu influencer, de quelque manière que ce soit, les appréciations portées par cette dernière dans la décision éventuelle, au moins en ce qui concerne la gravité et la durée du comportement qui lui était reproché, et, partant, le niveau de l'amende[228].En l'occurrence, Caudalie ne démontre pas qu'elle aurait pu utiliser les dits documents à décharge pour sa défense. En outre, vu que ces documents sont en la possession de Caudalie, leur absence dans le dossier d'instruction ne peut en toute logique avoir aucun impact sur la possibilité que Caudalie a de se défendre en utilisant ces pièces.*

204. *En ce qui concerne le parallélisme établi par Caudalie avec l'affaire des Hausses coordonnées du chocolat, l'auditeur remarque que les situations sont totalement différentes. En effet, le problème*

[227] § 82 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs.

[228] Voy. notamment CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, Knauf, C‑407/08 P, § 23 et CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, §§ 68-76.

dans l'affaire des Hausses coordonnées du chocolat étaient que les parties n'avaient pas eu accès à l'entièreté du dossier d'instruction vu que le dossier avait été scindé en deux dossiers distincts, ce qui entrainait une violation de leurs droits de la défense. Tel n'est pas le cas dans la présente affaire, qui n'a pas été divisée en deux dossiers distincts, et dans laquelle Caudalie a accès à l'ensemble des pièces.

205. *Il ressort de l'ensemble de ces éléments que Caudalie peut parfaitement examiner la légalité du tri opéré par l'équipe d'instruction étant donné qu'elle est en possession de l'ensemble des documents saisis dans ses locaux par l'Autorité française de la Concurrence[229]. En outre, Caudalie peut déposer les pièces qu'elle considère utiles pour sa défense.*

206. *Par conséquent, Caudalie ne se trouve pas dans « une position très incertaine de devoir se défendre dans le cadre d'un dossier dont elle ne connait pas les limites exactes »[230]. Caudalie est en effet en possession des mêmes documents, en ce compris l'intégralité des documents saisis en France, que ceux dont l'équipe d'instruction a disposé avant la décision de restitution de l'auditeur[231] et peut déposer des documents qui ne sont pas dans le dossier d'instruction. En outre, au moment du dépôt de la proposition de décision, Caudalie recevra le dossier de procédure comportant tous les documents sur lesquels l'auditeur s'appuie dans sa proposition de décision.*

207. *L'auditeur tient également à faire remarquer que Caudalie aurait pu l'interroger sur ce point durant les presque quatre mois octroyés pour répondre à la communication des griefs, mais qu'elle a visiblement préféré en faire un argument de procédure.*

208. *Concernant enfin le fait que les droits de la défense et à un procès équitable de Caudalie seraient violés, car les pièces n'apparaissant pas dans le dossier d'instruction ont été saisies chez Caudalie SAS et non chez Caudalie Belgique et que Caudalie Belgique ne peut dépendre de la bonne volonté de Caudalie SAS pour se défendre, l'auditeur met tout d'abord en avant le fait que les deux sociétés sont poursuivies et ont répondu ensemble à la communication des griefs, ce qui a pour conséquence que les documents à disposition de Caudalie SAS peuvent être utilisés pour défendre Caudalie Belgique et qu'il n'y a dès lors pas violation des droits de la défense. De plus, Caudalie SAS et Caudalie Belgique font partie d'une même entité économique et ont des liens étroits, notamment juridiques et commerciaux entre elles, comme en atteste notamment la veille internet réalisée par Caudalie France, le fait que [Monsieur B], [fonction] pour la Belgique, demande des conseils juridiques à des employés de Caudalie SAS[232], ou encore le fait que le [fonction], employé de Caudalie SAS, est le supérieur de [Monsieur B][233]. L'auditeur relève également le fait que la directrice juridique de Caudalie SAS était présente le deuxième jour de la perquisition dans les bureaux de Caudalie Belgique[234] et qu'elle était mentionnée comme personne de contact pour les relations avec l'auditorat dans le cadre des demandes de renseignements[235].*

[229] Voy. documents V.1, V.2, V.3 et V.4.
[230] § 81 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs.
[231] Pour la liste des documents saisis par l'Autorité française, voy. le document V.5
[232] Voy. notamment documents IV.24, IV.27, IV.61 et IV.75.
[233] Voy. notamment documents IV.73 et IV.145.
[234] Voy. document IV.0B.
[235] Voy. document II.D.3.

IV.3.3 L'auditorat a démontré l'existence d'une pratique de prix de revente minimum imposés

IV.3.3.a Le prix constitue un aspect important de la concurrence

209. *L'auditeur tient tout d'abord à souligner que, si la qualité des produits en cause joue un rôle important, il en va de même des prix des produits. En effet, le prix est un facteur déterminant dans la décision d'achat des consommateurs, phénomène accentué avec la vente en ligne qui permet une comparaison aisée des prix d'un même produit offerts par différents distributeurs.*

210. *D'ailleurs, dans la jurisprudence Metro de la Cour de Justice de l'Union européenne, à laquelle Caudalie renvoie, la Cour a estimé que la concurrence par les prix est importante, de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée*[236].

IV.3.3.b Caudalie se sert de l'interdiction des prix barrés et des pastilles promotionnelles pour dissimuler l'imposition d'un prix minimum de revente

211. *Caudalie affirme que plusieurs pièces du dossier d'instruction s'expliquent non pas par l'imposition d'un prix minimum, mais par le fait qu'elle encadre la présentation de ses produits et, également, de ses promotions, afin de garantir l'image de qualité et de luxe de ses produits.*

212. *En réalité, Caudalie se sert de l'argument de la nécessité de garantir l'image de qualité et de luxe de ses produits pour dissimuler l'imposition d'un prix de vente minimum. En effet, Caudalie se sert du fait que ses distributeurs sélectifs indiquent généralement les promotions qu'ils font pour les rappeler à l'ordre lorsqu'ils ne respectent pas le prix de revente imposé.*

213. *Si, en l'espèce, l'interdiction des pastilles promotionnelles et des prix barrés ne constitue pas en soi une infraction au droit de la concurrence, notamment vu l'objectif de préserver l'image de marque, Caudalie profite en pratique de l'interdiction du recours aux pastilles promotionnelles et/ou des prix barrés, pour rappeler en même temps à l'ordre les distributeurs sélectifs concernant le respect du prix minimum de revente imposé, ce qui constitue une infraction au droit de la concurrence. Plus précisément, Caudalie menace les distributeurs qui ne respectent pas cette obligation de respect du prix de revente imposé par l'envoi de lettres recommandées qui vont jusqu'à la cessation de la collaboration avec le distributeur sélectif.*

214. *Dans sa réponse à la communication des griefs, Caudalie affirme démontrer, pièces à l'appui, que le rappel à l'ordre ne porte que sur la vérification des critères qualitatifs, notamment l'absence de prix barrés et l'interdiction des pastilles promotionnelles. Tel n'est pourtant pas le cas comme le démontrent plusieurs pièces dont la pièce IV.226, dans laquelle on peut lire : "Aan de andere kant worden de producten aangeboden met promoties (lagere prijzen op de complete Caudalie-gamma) die het imago van het merk beschadigen (de promoties mogen in geen geval het belangrijkste verkoopsargument zijn en gebruikt worden ten nadele van persoonlijke en kwaliteitsvolle raadgeving die door de distributeur moet worden verleend)."*[237] *A la lecture de cette*

[236] CJUE, arrêt du 25 octobre 1977, 26/76, Metro, § 21.

[237] Traduction libre : « De l'autre côté les produits sont offerts avec des promotions (prix plus bas sur la gamme Caudalie dans son entièreté) qui détériorent l'image de la marque (les promotions ne peuvent en aucun cas être l'argument de vente le plus important et ne peuvent pas être utilisées au détriment du conseil personnel et de qualité qui doit être donné par le distributeur) ».

pièce, le distributeur sélectif comprend qu'il doit respecter le prix minimum imposé par Caudalie et qu'il doit remonter ses prix.

215. *Ceci ressort également des pièces III.4.B56 et III.4.B57. Dans la première pièce, [Monsieur B] indique : « Comme discuté ensemble par téléphone, il faut supprimer les prix barrés sur l'ensemble des références sur les 2 sites (et remise à –[5-15]% sur le site [Distributeur 1]) et pastilles promos avec remise sur les 2 sites concernant les refs (…). » Ce mail est compris par les employés de [Distributeur 1] comme constituant également un rappel sur les prix. En effet, dans la pièce III.4.B57, deux points ont trait aux prix barrés et à l'indication des ristournes, alors qu'un troisième élément porte sur la question du niveau de prix, l'employé de [Distributeur 1] écrivant à son collègue « pour les prix, c'est en amont que vous devez gérer cela et vous assurer que les prix [Distributeur 1] correspondent à la politique de prix agréée avec Caudalie » (l'auditeur souligne).*

216. *De même, concernant la pièce IV.198 dans laquelle [Monsieur B] écrit à Mme [H](Caudalie) en octobre 2016 que le site Internet [Distributeur 39] va recevoir un recommandé, la justification est double : « ils vendent Caudalie sans agrément et à -20% ». La première raison devrait suffire dans un réseau de distribution sélective pour justifier le recommandé. [Monsieur B] précise toutefois que le prix appliqué pose également problème.*

217. *L'auditeur renvoie pour le surplus à la section suivante dans laquelle il sera démontré qu'il ressort des pièces du dossier que Caudalie a imposé un prix de revente minimum à ses distributeurs sélectifs.*

IV.3.3.c L'auditorat a démontré à suffisance de droit l'existence d'un accord et/ou de pratiques concertées visant à imposer un prix de revente minimum

i) Rappel des principes applicables

218. *Conformément à une jurisprudence constante, pour établir l'existence d'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il est nécessaire de faire état de preuves sérieuses, précises et concordantes[238]. Toutefois, chacune des preuves apportées ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqués par ladite institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence[239]. Ainsi, les indices invoqués par une autorité de concurrence dans la décision attaquée afin de prouver l'existence d'une violation de cette disposition par une entreprise doivent être appréciés non pas isolément, mais dans leur ensemble[240]. Différents éléments de preuve peuvent ainsi se renforcer*

[238] Voy. notamment, CJUE, arrêt du 14 mai 2020, C-607/18 P, NKT Verwaltungs GmbH, § 180 ; CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, C‑613/13 P, Keramag Keramische Werke GmbH, § 52 ; CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, C‑239/11 P et alii, Siemens,§ 133 ; CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, Knauf, § 47 ; ; TUE, arrêt du 7 novembre 2019, T‑240/17, Campine, §109 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T‑472/13, Lundbeck, § 109.

[239] Voy. notamment, CJUE, arrêt du 14 mai 2020, C-607/18 P, NKT Verwaltungs GmbH, § 180 ; CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, C‑613/13 P, Keramag Keramische Werke GmbH, § 52 ; CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, C‑239/11 P et alii, Siemens,§ 133 ; CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, Knauf, § 47 ; TUE, arrêt du 7 novembre 2019, T‑240/17, Campine, §110 ; TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, § 110 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 92 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T‑472/13, Lundbeck, § 110.

[240] Voy. notamment TUE, arrêt du 12 juillet 2018, T‑449/14, Nexans, § 122 ; TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, § 69 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 93.

mutuellement[241]*. Par ailleurs, une infraction peut être établie même si aucun des différents éléments de l'infraction en cause ne constitue, considéré séparément, un accord ou une pratique concertée*[242]*.*

219. *La jurisprudence constate également que, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer la preuve d'une violation des règles de la concurrence*[243]*.*

220. *Ceci s'explique par le fait que l'interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir étant notoires, il est usuel que les activités collusoires se déroulent de plus en plus de manière clandestine, que les réunions entre les représentants des entreprises se tiennent secrètement, le plus souvent dans un État tiers, et que la documentation qui y est afférente soit réduite au strict minimum, précisément dans le but d'échapper à la détection de l'entente et à des sanctions justement sévères*[244]*. Ainsi, même si l'autorité de concurrence découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre les opérateurs des sociétés concernées, tels que les comptes rendus d'une réunion, ces pièces ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de telle sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions*[245]*.*

221. *La jurisprudence reconnait même expressément que l'autorité de concurrence peut notamment tenir compte d'éléments établis en dehors de la période d'infraction, si ces éléments font partie du faisceau d'indices qu'elle invoque afin de prouver ladite infraction et qu'ainsi, elle peut se prévaloir de circonstances factuelles antérieures à un comportement anticoncurrentiel pour confirmer le contenu d'un élément objectif de preuve*[246]*.*

222. *Par ailleurs, lorsque l'autorité de concurrence se fonde, dans le cadre de l'établissement d'une infraction au droit de la concurrence, sur des éléments de preuve documentaires, il incombe aux entreprises concernées non de présenter simplement une alternative plausible à la thèse de l'autorité de la concurrence, mais bien de soulever l'insuffisance des preuves que cette dernière a retenues dans la décision attaquée afin d'établir l'existence de l'infraction présumée*[247]*.*

223. *Concernant les règles applicables en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante d'un document dépendent de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu. Ainsi, il convient d'accorder une*

---

[241] Voy. notamment TUE, arrêt du 29 février 2016, T‑264/12, UTI Worldwide, § 39 ; TUE, arrêt du 21 mai 2014, T‑519/09, Toshiba, § 93 ; TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 56.

[242] Voy. CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, Knauf, § 48

[243] Voy. notamment CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, Knauf, § 49 ; TUE, arrêt du 12 juillet 2018, T‑449/14, Nexans, § 122 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 94.

[244] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, § 110 et TUE, arrêt du 3 mars 2011, T‑110/07, Siemens, § 53. Voy. également TUE, arrêt du 12 juillet 2018, T 448/14, Hitachi, § 119.

[245] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, § 111.

[246] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, § 113 et TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, § 178. .

[247] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, § 114 ; 6. TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, § 75 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 91 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T‑472/13, Lundbeck, § 112 ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, § 181.

importance particulière aux documents qui ont été établis en liaison immédiate avec les faits ou par un témoin direct de ces faits[248].

ii) Application au cas d'espèce

A. Caudalie méconnait la jurisprudence précitée dans sa réponse à la communication des griefs

224. *Dans sa réponse à la communication des griefs, Caudalie analyse un grand nombre de pièces et tente de donner, à chaque fois, une interprétation alternative.*

225. *Ce faisant, Caudalie méconnait la jurisprudence précitée, suivant laquelle chacune des preuves apportées ne doit pas nécessairement répondre à ces critères [de preuves sérieuses, précises et concordantes] par rapport à chaque élément de l'infraction, mais il suffit que le faisceau d'indices invoqués par ladite institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence. L'auditeur tient également à rappeler que différents éléments de preuve peuvent se renforcer mutuellement.*

226. *Force est dès lors de constater que l'argumentation extensive de Caudalie manque son objectif.*

B. Il ressort sans ambiguïté de pièces ayant une valeur probante particulièrement élevée que Caudalie a imposé un prix de revente minimum

227. *Plusieurs pièces du dossier, dont la crédibilité et, partant, la valeur probante est particulièrement élevée démontrent en elles-mêmes, ce que la jurisprudence ne requiert même pas, l'existence de l'imposition d'un prix de revente minimum par Caudalie :*

a) *Un mail du 16 janvier 2015 de [Madame F], [fonction] de Caudalie Belgique, adressé à [Monsieur B] affirmant que Newpharma pose problème sur son secteur, et demandant « [CONFIDENTIEL]»*[249]*. Il ressort d'un mail du 25 juin 2015 de [Madame U] de Newpharma à [Madame E] de Caudalie Belgique que cette demande a bien été formulée et a été suivie d'effets dans la mesure où Newpharma a fait état d'une baisse des ventes à la suite de la modification imposée des prix de vente : « la chute dont je vous parlais au mois de mars est simplement due au fait que nous avons remis les prix à –[5-15]% à votre demande (au lieu des -20% précédents). Les ventes ont donc inévitablement diminué »*[250]*.*

   Il s'agit d'un mail interne entre employés de Caudalie, dans lequel une responsable commerciale sollicite [Monsieur B] pour qu'il intervienne auprès de Newpharma afin de limiter la remise à un maximum de [5-15]%. Le second mail démontre que cette demande à bel et bien été suivie d'effets.

b) *Un mail du 21 mai 2015 de [Monsieur B] adressé à l'ensemble des déléguées commerciales de Caudalie Belgique. Dans celui-ci, [Monsieur B] annonce la collaboration entre [Distributeur 1] et Caudalie pour la raison suivante : « [CONFIDENTIEL] »*[251]*.*

---

[248] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, Pometon, §§ 116-117 ; TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG, §§ 73 et 77 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, § 95 ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, § 183.
[249] Voy. les documents IV.176 et V.B.9 qui reprennent le même mail.
[250] Voy. les documents IV.177 et V.B.20 qui reprennent le même mail.
[251] Voy. le document V.B.3.

Il s'agit à nouveau d'un mail interne où il est question d'un distributeur sélectif potentiel, à savoir, [Distributeur 1]. [Monsieur B] justifie l'acceptation de [Distributeur 1] en tant que distributeur sélectif en disant que « [CONFIDENTIEL] », ce qui démontre bien la volonté de Caudalie d'influer sur les prix pratiqués par ses distributeurs sélectifs.

c) *Un mail du 14 juin 2016 de [Madame G], [fonction] de Caudalie Belgique, à [Madame E], [fonction] : « [CONFIDENTIEL]»[252].*

Il s'agit à nouveau d'un mail interne dans lequel [Madame G], [fonction] de Caudalie Belgique, affirme sans équivoque « [CONFIDENTIEL]».

d) *Un mail du 25 janvier 2017 de [Monsieur B] aux représentantes commerciales de Caudalie Belgique, indiquant « le discours concernant le fait que nous ayons un site de vente en ligne : … .[CONFIDENTIEL] »[253]*

Il s'agit à nouveau d'un mail interne dans lequel [Monsieur B] distingue clairement l'interdiction des prix barrés et pastille promo d'une part, et les prix appliqués d'autre part. Il ressort clairement qu'il existe une politique de Caudalie visant à s'assurer que ses distributeurs sélectifs ne vendront pas les produits Caudalie avec une promotion supérieure à [5-15]%.

e) *Une présentation powerpoint interne au groupe Caudalie préparée en juillet 2017 en vue d'un séminaire organisé en août de la même année à destination des responsables des ventes de la Belgique[254]. Cette présentation a pour objet de présenter les arguments aux objections potentielles de pharmaciens à l'égard de la création du site de vente en ligne propre à Caudalie qui pourrait être perçu comme site concurrent du réseau de distribution. [CONFIDENTIEL] »[255].*

Il s'agit à nouveau d'un document interne visant à former les responsables commerciales. Il revêt dès lors une importance cruciale. Il ressort de ce mail que Caudalie a « [CONFIDENTIEL] ». Cette pièce pourrait démontrer à elle seule et sans ambiguïté l'existence de l'imposition d'un prix de revente minimum.

f) *Un mail du 24 septembre 2017 de [Monsieur B] à toutes les représentantes commerciales de Caudalie Belgique les informant de l'ouverture début octobre des [CONFIDENTIEL] de [Distributeur 40] et de l'ouverture début 2019 de [Distributeur 41]. Dans ce mail, [Monsieur B] précise : « [CONFIDENTIEL »[256].*

Il s'agit à nouveau d'un document interne qui démontre tout l'intérêt de [Monsieur B], [fonction] pour la Belgique, pour la politique de prix de ses distributeurs sélectifs et l'importance de ce plafond de [5-15]% par rapport aux prix APB.

[252] Voy. document V.B.28.
[253] Voy. le document IV.47.
[254] Voy. la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 7 août 2018 (document II.Q2).
[255] Voy. le document IV.171
[256] Voy. le document V.B.56.

g) *Un mail du 18 novembre 2015 de [Monsieur B] à [Monsieur O.L], [fonction] de [Distributeur 1], lui signalant que « les gels douches sont repassés à 7,91€ le lot de 2 au lieu de 8,8€ »*[257].

Il s'agit d'un document provenant de Caudalie et envoyé à un distributeur sélectif, [Distributeur 1]. On y voit un rappel clair de [Monsieur B] à [Monsieur O.L] concernant le prix – et uniquement le prix – des gels douches. Cette preuve démontre dès lors bien la police des prix pratiquées par Caudalie et l'imposition d'un prix minimum de revente.

h) *Un mail du 19 octobre 2017 de [Monsieur B] à [Madame V.P] de [Distributeur 4] dans lequel le [fonction] écrit : « Pour rappel, concernant les prix bas, nous avions pour accord à l'origine de baisser de [5-15]% le prix versus les prix APB (et non 15%) (…) »*[258]*. [Monsieur B] affirme également en ce qui concerne le duo crème mains et ongles 75 ml qu'il va faire remonter [Distributeur 1] à [CONFIDENTIEL] euros.*

Il s'agit d'un document provenant de Caudalie. Caudalie parle d'un accord sur une baisse de prix de [5-15}% versus les prix APB et non de 15%, ce qui démontre bien l'existence d'un prix minimum. En outre, [Monsieur B] s'engage à faire remonter les prix [Distributeur 1] à [CONFIDENTIEL] euros, ce qui démontre une police des prix de la part de Caudalie et l'imposition d'un prix minimum de revente.

i) *Un mail du 8 novembre 2017 d' [Madame E], [fonction] qui s'adresse aux déléguées commerciales de sa zone en leur demandant de « [CONFIDENTIEL] ».*[259]

Il s'agit d'un document interne à Caudalie concernant des instructions à certaines déléguées commerciales. On leur demande bien de « [CONFIDENTIEL] », ce qui démontre à suffisance de droit l'existence d'une police des prix de la part de Caudalie et l'imposition d'un prix minimum de revente.

228. *L'auditeur tient à souligner que toutes ces pièces ont une valeur probatoire élevée, car elles sont rédigées par des employés de Caudalie. En outre, la plupart de celles-ci constituent des pièces entre des employés de Caudalie, chargés de mettre en œuvre la stratégie de l'entreprise, ce qui renforce encore leur force probante.*

229. *Ces pièces démontrent en elles-mêmes, mais également, a fortiori, prises ensemble dans le cadre d'un faisceau d'indices précis et concordants, l'existence d'un prix minimum de revente imposé.*

230. *L'auditeur n'a volontairement repris, dans la liste ci-dessus que des pièces internes à Caudalie ou provenant d'elle, vu leur valeur probante particulièrement élevée.*

231. *En outre, l'auditeur renvoie aux paragraphes 55 à 99 ci-dessus et aux nombreuses pièces supplémentaires qui y figurent, en ce compris le contenu de l'échange téléphonique d'octobre 2016 entre Newpharma et Pharmasimple et tous les mails qui s'en sont suivi.*

232. *L'auditeur estime que l'enregistrement téléphonique d'octobre 2016 démontre également, en lui-même et sans ambiguïté, l'existence de l'imposition d'un prix minimum de revente, puisque*

[257] Voy. annexe 17.5 de la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018 (document III.4.B52).
[258] Voy. le document IV.7
[259] Voy. document V.B.58.

[Monsieur B] y dit qu'il est impossible pour lui de permettre à Newpharma de faire -20% toute l'année, car, dans ce cas, il devrait également le permettre aux autres distributeurs sélectifs.

233. *D'autres pièces, provenant de pharmacies démontrent également sans ambiguïté l'existence d'un prix de revente imposé, à savoir notamment :*

a) Un mail du 24 novembre 2014 de [Monsieur C.M] de la pharmacie [Distributeur 12] à [Madame L] de Caudalie se plaignant que « le coffret Thé des vignes est à 17,16€ au lieu de 26,40€ sur le site Newpharma » et manifestant son mécontentement vis-à-vis des prix bradés sur internet[260].

b) Un mail du 26 avril 2017 de [Monsieur B.P], pharmacien, à [Madame Q], [fonction], indiquant que Pharmasimple vend les produits Caudalie à -20% et demandant « est-ce normal ou la ristourne qu'on peut faire est plafonnée à –[5-15]% ?? »[261].

c) Un mail du 30 janvier 2017 de [Madame V.P], de [Distributeur 4], à [Monsieur B], dans lequel elle indique « Voici la liste de vos références Prix Bas chez nous. Merci de bien vouloir me confirmer l'accord pour 2017. »[262] Ainsi, les distributeurs sélectifs demandent à Caudalie son autorisation concernant l'application de prix. Ceci démontre bien l'existence de l'imposition d'un prix minimum de revente. Le fait que cet échange intervient dans le cadre d'une diminution des prix d'achats des distributeurs sélectifs ne change rien à cet égard.

C. Les pièces dont il ressort sans ambiguïté que Caudalie a imposé un prix minimum de revente permettent de conférer une interprétation correcte à d'autres pièces du dossier, voire à les renforcer de sorte que l'existence de l'imposition d'un prix minimum de revente est établie, à tout le moins sur base d'un faisceau d'indices

234. *Dans sa réponse à la communication des griefs, Caudalie a analysé un grand nombre de pièces en essayant à chaque fois de donner une explication alternative à l'existence d'un prix de revente minimum.*

235. *Comme indiqué ci-dessus, ce procédé méconnait la jurisprudence de la Cour de Justice. En effet, il suffit que le faisceau d'indices invoqués, apprécié globalement, réponde à l' exigence de preuves sérieuses, précises et concordantes. Par ailleurs, différents éléments de preuve peuvent se renforcer mutuellement[263].*

236. *Par conséquent, les pièces citées ci-dessus permettent d'infirmer l'interprétation donnée par Caudalie dans sa réponse à la communication des griefs et de confirmer celle donnée par l'auditeur.*

237. *A titre d'exemple, vu l'existence d'autres pièces, la pièce IV.198 dans laquelle [Monsieur B] écrit à Mme [H] (Caudalie) en octobre 2016 que le site Internet [Distributeur 39] va recevoir un recommandé, car « ils vendent Caudalie sans agrément et à -20% » doit forcément être comprise,*

[260] Voy. document IV.175.
[261] Voy. le document IV.144.
[262] Voy. document II.ZZH14 reprenant la pièce 10 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[263] Voy. notamment TUE, arrêt du 29 février 2016, T‑264/12, UTI Worldwide, § 39 ; TUE, arrêt du 21 mai 2014, T‑519/09, Toshiba, § 93 ; TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 56.

contrairement à ce que Caudalie affirme, comme le fait que Caudalie a un problème avec le prix en tant que tel.

238. *Il en va de même concernant l'ensemble des pièces des distributeurs sélectifs se plaignant des prix ou des promotions effectuées par d'autres distributeurs sélectifs. En effet, l'existence d'autres pièces démontrant, considérées isolément ou ensemble, l'existence de l'imposition d'un prix minimum de revente permet d'écarter l'explication alternative présentée par Caudalie et de confirmer la lecture de l'auditeur.*

239. *L'auditeur tient également à rappeler à cet égard que Caudalie joue , en pratique, sur l'interdiction des promotions et des pastilles promotionnelles et/ou des prix barrés, pour rappeler en même temps à l'ordre les distributeurs sélectifs concernant le respect du prix minimum de revente imposé, ce qui constitue une infraction au droit de la concurrence.*

D. L'argumentation avancée par Caudalie n'est pas convaincante et ne remet pas en cause l'existence d'un prix minimum de revente imposé

240. *En ce qui concerne le fait que Caudalie a affirmé à plusieurs reprises que les prix sont librement déterminés par les distributeurs[264], il convient de les considérer non comme une preuve que Caudalie n'a effectivement pas imposé de prix minimum de revente, ce qui serait contradictoire avec bon nombre d'autres pièces du dossier, mais comme une indication que, ayant connaissance du caractère infractionnel de cette pratique, Caudalie est prudente dans la formulation de ses communications à l'égard de ses distributeurs. Ainsi, les pièces avancées par Caudalie démontrent en réalité que Caudalie a agi sciemment, en connaissant la portée infractionnelle de ses pratiques. Ceci est confirmé par les pièces internes à Caudalie.*

241. *Concernant les pièces démontrant, d'après Caudalie, l'inexistence d'une infraction[265], elles ont une valeur probante clairement moins élevée que les documents internes mentionnés ci-dessus et que Caudalie n'aborde pas dans sa réponse à la communication des griefs. En outre, il est plus aisé de contrôler les distributeurs sélectifs présents en ligne, qui font l'objet d'une veille spécifique par Caudalie SAS, que les distributeurs sélectifs présents en pharmacie physique. Si, certes, certains acteurs importants présents en pharmacie physique font l'objet d'un contrôle plus important, comme [Distributeur 1], tel n'est pas le cas pour la plupart des pharmacies physiques, générant un chiffre d'affaires plus faible. Par ailleurs, certaines pharmacies physiques ont pu simplement suivre la politique commerciale et tarifaire décidée par Caudalie, n'avoir jamais été interpellées quant au prix appliqué et dès lors avoir ignoré la politique de Caudalie d'imposition d'un prix de revente minimum. Enfin, l'auditeur renvoie aux documents particulièrement fiables démontrant à suffisance de droit l'existence de pratiques contraires au droit de la concurrence.*

242. *Quant au mail du 25 mai 2017 de [Monsieur Y], [fonction] de Nuxe, concurrent de Caudalie, adressé aux responsables de Pharmasimple, [Distributeur 4], Newpharma et [Distributeur 1] dans lequel celui-ci se plaint, données à l'appui, que « tout le monde pratique la remise maximum autorisée par Caudalie de -[5-15]% sur les prix de revente » alors que la concurrence et les remises*

[264] Voy. les 4 pièces citées au § 184 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs.
[265] Voy. § 285 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

proposées par les distributeurs sont féroces sur les produits Nuxe[266], Caudalie tente de réfuter son caractère de preuve. Cette démonstration n'est pas convaincante. En effet, elle compare les prix des produits Caudalie et Nuxe en 2019, soit une époque située en dehors de la période d'infraction.

IV.3.4 L'auditorat a démontré à suffisance de droit que Caudalie a limité les ventes actives et passives

243. *Caudalie affirme que les pièces utilisées par l'auditorat dans ce cadre sont liées à la nécessité de préserver l'intégrité et l'étanchéité du réseau de distribution sélective.*

244. *Si certaines preuves portent notamment sur ce point, il ressort d'un faisceau d'indices et concordants que Caudalie a bien également limité les ventes actives et passives.*

245. *Ceci ressort notamment de la série de mails internes et à destination de Newpharma entre février 2017 et avril 2017. Le 3 février 2017, [Monsieur A], [fonction] de Caudalie affirme que « [CONFIDENTIEL] » et demande à [Monsieur B] de [CONFIDENTIEL][267]. [CONFIDENTIEL]. Cette interprétation est explicitement confirmée par le mail du 24 février 2017 envoyé par [Monsieur B] à [Monsieur T], avec, en pièce jointe, le tarif à respecter pour la vente en Allemagne et en Autriche[268]. Le mail de [Monsieur A] du 27 mars 2017[269], dans lequel il signale à [Monsieur B] que [CONFIDENTIEL], renvoie à la politique de prix de Newpharma. En effet, [Monsieur A] utilise la même expression « [CONFIDENTIEL] » que dans son mail du 3 février 2017 et le renvoi à l'Allemagne fait écho au tarif envoyé pour l'Allemagne. Ceci est confirmé par le mail d'-[Madame E] du 13 avril 2017 à [Madame Z] de Newpharma contenant à nouveau les tarifs pour l'Allemagne et lui demandant de transférer le document à qui de droit[270]. [Madame Z] répond le même jour en disant qu'elle va prendre contact avec [Monsieur T] pour voir si Newpharma peut adapter les prix de vente de ses sites allemands et autrichiens afin d'éviter tout désaccord entre Caudalie et Newpharma. Il ressort de ces différents échanges que le respect par un distributeur actif en ligne de la politique partenaire implique l'obligation de respecter pour la vente en ligne les prix de vente établis par pays par Caudalie.*

246. *Le mail interne à Caudalie du 18 mai 2016 contenant un projet de mail à une entreprise située aux Pays-Bas visitée récemment dans lequel [Monsieur B] écrit : « Nous avons bien pris note que : [CONFIDENTIEL]»[271]corrobore l'obligation de respect par les distributeurs des prix de vente nationaux par pays. [CONFIDENTIEL].*

247. *L'auditeur tient en outre à faire remarquer que, si Caudalie voulait uniquement assurer l'étanchéité de son réseau, [Monsieur B] n'aurait pas demandé, le 29 octobre 2015, à [Monsieur X], responsable de Farmaline de retirer la marque Caudalie de plusieurs marchés, dont le marché britannique et le marché italien[272]. Il ressort en outre de ce mail que ce n'est pas l'éventuelle non-appartenance de Farmaline au réseau de distribution sélective qui motive cette demande, auquel*

---

[266] Voy. notamment l'annexe 25 à la plainte de Newpharma. Le même document se retrouve aussi à l'annexe 13 de la réponse de [Distributeur 1] à la demande de renseignements du 20 juin 2018.
[267] Voy. document IV.136.
[268] Voy. document V.B.50.
[269] Voy. document IV.72.
[270] Voy. document V.B.50.
[271] Voy. document IV.193.
[272] Voy. document IV.34.

cas Caudalie y aurait fait directement allusion. Quant à l'éventuelle argumentation suivant laquelle cette demande serait fondée sur la clause 9 du contrat de distribution sélective pour la vente en ligne permettant de vendre dans une autre langue uniquement après autorisation de Caudalie, elle n'est pas fondée, car, dans ce cas, [Monsieur B] aurait demandé de corriger la langue et non de retirer les produits.

248. *L'auditeur fait également référence au mail du 31 mai 2017 de [Monsieur A], [fonction] de Caudalie à [Monsieur B], suite à sa tournée de terrain dans lequel il notifie son refus de collaborer avec des sites pour lesquels il n'y a « [CONFIDENTIEL] »[273]. Dans le contexte du présent mail, l'expression « [CONFIDENTIEL] » ne peut être comprise que comme l'absence de garantie que ces sites offrent concernant la vente de produits uniquement dans certains pays et aux prix applicables dans ces pays, ce qui correspond à une limitation des ventes actives et passive.*

249. *En ce qui concerne le contrat de distribution sélective type pour la vente en ligne et un power point concernant les instructions e-retail[274], si le simple fait de requérir l'accord de Caudalie pour vendre dans une autre langue et donc dans un autre pays pour des raisons qualitatives n'est pas problématique, en soi, par rapport au droit de la concurrence, tel n'est pas le cas lorsque cette clause est utilisée à d'autres fins, notamment pour contrôler les pays dans lesquels les distributeurs sélectifs vendent les produits Caudalie avec pour objectif de limiter les ventes actives et passives des distributeurs sélectifs, ce qui est le cas en l'espèce.*

IV.4 Conclusion de l'auditeur

250. *Il ressort des développements précédents que, sur le plan procédural, il n'y a pas de violation des articles 6 et 8 de la CEDH et ainsi pas d'atteinte disproportionnée aux droits à la vie privée. Caudalie a bien accès à un procès équitable.*

251. *En outre, l'auditeur a établi à suffisance de droit, en faisant une application correcte de la jurisprudence, que Caudalie a, d'une part, imposé un prix de revente minimum à ses distributeurs sélectifs et, d'autre part, limité leurs ventes actives et passives.*

V. *Analyse juridique*

V.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

V.1.1 Application de l'article 101, § 1er TFUE et de l'article IV.1, § 1er CDE

V.1.1.a Introduction

252. *L'article 101, §1er du TFUE interdit les accords entre entreprises, les pratiques concertées et les décisions d'association d'entreprises qui affectent le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence de manière sensible au sein du marché intérieur.*

[273] Voy. document V.B.69
[274] Voy. documents II.G4 et IV.241.

253. *L'article IV.1 du CDE est rédigé dans les mêmes termes que l'article 101, § 1er, à l'exclusion de la condition de l'affectation du commerce entre Etats membres.*

254. *En conséquence, mise à part la condition mentionnée ci-dessus, toutes les conditions de l'article 101, §1er du TFUE sont valables pour l'application de l'article IV. 1 du CDE.*

V.1.1.b Accord vertical entre entreprises restrictif de concurrence

i) Principes

255. *On parle d'accord entre entreprises lorsqu'il y a une concordance de volontés entre les parties pour se comporter d'une manière déterminée sur un marché. La forme de la manifestation n'importe pas pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle des volontés des parties. Ainsi, il peut s'agir d'un accord oral ou écrit, accompagné ou non d'un mécanisme de sanction. Le caractère juridiquement obligatoire ou non de cet accord n'importe également pas*[275].

256. *Il est de jurisprudence constante que la notion de pratique concertée vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*[276].

257. *Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne la notion de pratique concertée n'exigent pas l'élaboration d'un véritable « plan ». Ces critères doivent être compris à la lumière de la conception inhérente au droit de la concurrence suivant laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché*[277].

258. *La Cour de Justice, statuant sur la preuve d'une entente verticale, a rappelé que « pour constituer un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la*

---

[275] Voy. l'arrêt du tribunal de première instance du 25 octobre 2000 dans l'affaire T-41/96, Bayer AG contre Commission, §§ 67-69 :
« *Il ressort également d'une jurisprudence constante que, pour qu'il y ait accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/ Commission, 41/69, Rec. p. 661, point 112, et du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 86; arrêt du Tribunal du 17 décembre 1991, Hercules Chemicals/Commission, T-7/89, Rec. p. II-1711, point 256). En ce qui concerne la forme d'expression de ladite volonté commune, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément à ses termes (voir, notamment, arrêts ACF Chemiefarma/ Commission, point 112, et Van Landewyck/Commission, point 86, précités), sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national (arrêt Sandoz, point 13). Il s'ensuit que la notion d'accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci* ».

[276] Arrêt de la Cour du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-199/92 P, *Hüls AG contre Commission*, § 158.

[277] Voy. l'arrêt de la Cour du 16 décembre 1975 dans l'affaire C-40/73, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres contre la Commission*, §§ 173 et 174 :
«*attendu que les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable «plan», doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes ; que, s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché ;* ».

forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même. »[278] *La Cour a en outre précisé que « la volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat de concession en question que du comportement des parties et, notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur ».*[279]

259. *Du côté du fournisseur, sa volonté est exprimée dans la mention du prix de vente et des niveaux de ristournes autorisées. La différence entre le comportement unilatéral du fournisseur invitant ses distributeurs à pratiquer des prix de revente fixes ou minimaux et l'entente verticale anticoncurrentielle, réside dans la preuve de l'acquiescement du distributeur, qui peut être démontré de différentes manières*[280]*. L'acquiescement du distributeur peut être démontré par l'application significative des prix imposés par le fournisseur. Les distributeurs peuvent également adhérer à l'entente en participant aux mesures de surveillance des prix de détail*[281]*.*

260. *Aux termes de l'article 1.1. e) du règlement n° 330/2010*[282]*, un système de distribution sélective est un « système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système ».*

261. *Certains systèmes de distribution sélective ne relèvent pas de l'article 101 § 1er TFUE*[283]*. Tel est notamment le cas des systèmes de distribution sélective de produits de luxe visant à préserver l'image de luxe (i) si le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, (ii) si ces critères sont fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et (iii) si les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire*[284]*.*

262. *Les pratiques tendant à imposer un prix minimum de revente sont considérées comme des restrictions caractérisées de concurrence. Ainsi, « Si un accord inclut des prix de vente imposés, cet accord est présumé restreindre la concurrence, et donc relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 (…) »*[285]*.*

263. *C'est la raison pour laquelle un accord tendant à imposer des prix de vente minimum est exclu du bénéfice du règlement d'exemption par catégorie qui énonce, dans son article 4 (a) :*

---

[278] Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans l'affaire C-74/04, *Volkswagen AG*, §37
[279] *Ibid.*, §39
[280] Décision n°15-C-07 de l'Autorité de la concurrence du 23 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits phytosanitaires, §§ 36-41
[281] Beslissing n° BMA-2019-I/O-03-AUD van 24 januari 2019 Zaak MEDE-I/O-16/0030: HM Products Benelux NV, §§ 43-44.
[282] Règlement de la Commission n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
[283] Voy. notamment Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, § 41 et Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 25 octobre 1977, *Metro*, C-26-76, § 20.
[284] Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 6 décembre 2017, *Coty c. Parfümerie Akzente*, C-230/16, § 36.
[285] Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, § 223.

« 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 sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet :

de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties; »

264. *De manière générale, les restrictions caractérisées, en ce compris l'imposition des prix minimums de revente, constituent des restrictions à la concurrence par objet*[286].

265. *Aux termes de l'article 4 c) du règlement d'exemption par catégorie pour les restrictions verticales, la restriction des ventes, qu'elles soient actives ou passives, à des utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective constitue une restriction caractérisée*[287]*. Une telle restriction constitue dès lors une restriction grave de concurrence et une restriction de concurrence par objet*[288]*. En outre, la qualification de restriction caractérisée a pour conséquence que l'accord en cause ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie.*

266. *Il ressort par ailleurs d'une jurisprudence constante qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord dès lors qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre la concurrence*[289]*. En outre, un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature, une restriction sensible du jeu de la concurrence*[290]*.*

267. *En résumé, tant les accords tendant à imposer des prix minimums de revente que ceux tendant à limiter les ventes actives et passives à des utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective relèvent de l'interdiction prévue par l'article 101 TFUE et par l'article IV.1.CDE et constituent des restrictions graves de concurrence par objet.*

ii) Application au cas d'espèce

A. Existence d'accords entre entreprises et/ou de pratiques concertées

268. *Comme cela a été expliqué ci-dessus au point IV, Caudalie a conclu avec ses distributeurs sélectifs des contrats de distribution sélective. La plupart du temps, ceux-ci sont formalisés par la signature du contrat-type de Caudalie pour la vente physique et, si le distributeur sélectif est également présent en ligne, par la signature des contrats-types vente physique et vente en ligne*[291]*.*

---

[286] Voy. les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, §§ 23 et 96 et le Commission Staff Working Document, Guidance on restriction of competition « by objet » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, p.18 .

[287] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Voy., plus précisément, l'article 4 du règlement.

[288] Voy. les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, §§ 23 et 96 et le Commission Staff Working Document, Guidance on restriction of competition « by objet » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, pp.13-14.

[289] Voy. notamment Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 8 juillet 1999, *Commission / Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, § 99 et Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline/Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, § 55.

[290] Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt du 13 décembre 2012, *Expedia Inc.*, C-226/11, § 37.

[291] Pour ces contrats, voy. documents II.G3 et II.G4.

269. *Outre l'existence de ces contrats dont l'interprétation de certaines clauses mènent à l'imposition, par Caudalie, d'un prix minimum de revente, l'auditeur a constaté que Caudalie avait la volonté de limiter la concurrence par les prix entre les distributeurs sélectifs en fixant le niveau de ristournes maximal que peuvent accorder les distributeurs sélectifs sur le prix de vente au consommateur recommandé par Caudalie et que, à cette fin, elle est activement intervenue auprès des distributeurs sélectifs. De plus, Caudalie menaçait de sanctions les distributeurs en cas de non-respect de ces consignes et n'hésitait pas, dans certains cas, à bloquer les commandes émises par le distributeur concerné. La plupart des distributeurs de Caudalie adhéraient à l'imposition d'un prix minimum de revente. Cette adhésion aux prix imposés est démontrée par le fait que, lorsqu'ils constataient que le prix imposé n'était pas respecté par un autre distributeur sélectif, ils s'en plaignaient auprès de Caudalie afin qu'elle intervienne en faisant modifier les prix.*

270. *Ces éléments démontrent l'existence d'un accord entre entreprises, les distributeurs ayant acquiescé aux demandes de Caudalie de respecter le prix minimum de revente imposé, ou, à tout le moins, de pratiques concertées entre Caudalie et ses distributeurs sélectifs.*

B. Imposition d'un prix minimum de revente

271. *L'instruction menée par l'auditeur a démontré que Caudalie a imposé à ses distributeurs sélectifs un prix de revente minimum s'élevant au prix recommandé auquel est appliquée une ristourne de maximum [5-15]%. Caudalie contrôle le respect de ce prix de revente minimum.*

272. *En effet, informée du non-respect de ce prix minimum de revente, Caudalie prend contact avec le distributeur sélectif en cause afin de lui faire respecter le prix minimum de revente. En cas d'absence du consentement du distributeur sur les prix imposés, il fait l'objet d'une menace de retrait de l'agrément pour le site internet, voire pour la pharmacie physique. Dans certains cas, Caudalie a été jusqu'à bloquer des commandes pour forcer le distributeur sélectif à remonter ses prix au niveau du prix de revente minimum imposé. Si le distributeur persiste dans sa politique de prix agressive, Caudalie décide de résilier le contrat de distribution sélective.*

273. *L'imposition d'un prix minimum de revente par Caudalie est également renforcée par la clause du contrat de distribution sélective pour la vente physique qui prévoit que sont formellement interdits : (iii) toute affiche comportant les mots tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés », « remise x% »*[292]*. En effet, « l'utilité des ristournes est en pratique annihilée lorsqu'il est impossible de communiquer sur l'octroi de ces ristournes. »* [293]*.*

274. *Les conclusions de l'auditeur sont étayées par les éléments de preuve exposés au point IV et, en particulier, les constatations suivantes :*

   a. *Des documents internes à Caudalie démontrent que les délégués commerciaux doivent contrôler et faire respecter les prix minimums par l'application d'une ristourne maximale de [5-15]% sur les prix recommandés;*

[292] Voy. l'article 3A du contrat de distribution sélective pour la vente physique, document II.G3.
[293] Décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre dans les affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, § 119.

b. *Des interventions directes de Caudalie auprès de ses distributeurs, notamment [Distributeur 1], Newpharma et [Distributeur 4], ne respectant pas le prix minimum de revente imposé ;*

c. *Des plaintes provenant des membres du réseau de distribution sélective auprès de Caudalie sur le non-respect des prix minimums de revente imposés par d'autres distributeurs sélectifs, notamment par les pharmacies [Distributeur 34], [Distributeur 1], Farmaline, Pharmasimple et [Distributeur 35].*

275. *Caudalie n'a apporté aucun argument justifiant de telles restrictions de la concurrence intra-marque sur les prix.*

276. *Il ressort de ces éléments que Caudalie a imposé un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs, ce qui, vu notamment l'article 4 a) du règlement d'exemption par catégorie pour les restrictions verticales, constitue une mesure restrictive de concurrence par objet au sens des articles IV.1. § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.*

C. La limitation des ventes actives et passives

277. *Il ressort des informations en possession de l'auditeur que l'entreprise Caudalie a limité les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals. Au moins deux mécanismes ont été utilisés à cette fin : tout d'abord, empêcher les distributeurs établis dans un Etat membre d'appliquer, dans un autre Etat membre, des prix plus bas que les prix minimums imposés dans cet Etat membre ; ensuite, limiter les ventes d'un distributeur établi dans un Etat membre dans un autre Etat membre.*

278. *Les interventions de Caudalie auprès de Farmaline et de Newpharma exigeant soit l'arrêt de fourniture dans des pays autres que la Belgique, soit le respect des tarifs nationaux pour les produits Caudalie vendus sur les sites hébergés dans d'autres Etats membres (Allemagne, Autriche,…) décrites ci-dessus au point IV constituent les preuves de la pratique mise en place par Caudalie.*

279. *Il ressort de ces éléments que, en limitant les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals, Caudalie a restreint la concurrence par objet au sens des articles IV.1 § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.*

V.1.1.c Affectation du commerce entre Etats Membres

i) Principes

280. *En ce qui concerne le rapport entre les droits européen et national de la concurrence, l'article 3 paragraphe 1er du règlement 1/2003 prévoit que, lorsque des autorités nationales de concurrence appliquent le droit national à des accords, des pratiques concertées ou des décisions d'association d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, elles doivent également appliquer l'article 101 TFUE[294].*

281. *Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice, « la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de*

[294] Voy. également les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 9.

fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres »[295].

282. *A cet égard, il convient de relever « qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres »*[296].

283. *Pour que l'article 101 TFUE s'applique, il ne suffit pas qu'il y ait une affectation du commerce entre Etats membres ; il faut en effet que cette affectation soit sensible*[297].

284. *Suivant une jurisprudence constante reprise par le Commission dans ses lignes directrices, les ententes couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres*[298].

ii) Application au cas d'espèce

285. *En l'occurrence, l'accord entre entreprises et les pratiques concertées mis en cause comprennent en réalité l'ensemble des accords conclus entre Caudalie et ses distributeurs sélectifs présents sur le territoire belge. Ainsi, l'accord en cause et les pratiques concertées couvrent l'ensemble du territoire belge. Ils sont ainsi susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. Par ailleurs, cet accord et ces pratiques concertées visent notamment à imposer un prix minimum de revente aux distributeurs sélectifs présents en ligne. Or, la vente en ligne permet aux consommateurs situés dans un Etat membre d'acheter des produits Caudalie auprès d'un opérateur actif en Belgique. Par conséquent, l'accord en cause entraine également à cet égard une affectation du commerce entre Etats membres.*

286. *En outre, les accords et les pratiques concertées visent également à limiter les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals et freinent dès lors le commerce entre Etats membres. Le commerce entre Etats membres est dès lors, par définition, affecté.*

V.1.2 Non application des articles IV.1 § 3 CDE et 101, §3 TFUE

V.1.2.a Principes

287. *Les accords entre entreprises, pratiques concertées et décisions d'associations d'entreprises tombant dans le champ d'application des articles IV.1 § 1er CDE et 101 § 1er TFUE peuvent bénéficier d'une exemption sur la base d'un règlement d'exemption par catégorie. Le règlement d'exemption par catégorie d'application pour les accords verticaux est le règlement n° 330/2010. Celui-ci exclut notamment du bénéfice de l'exemption par catégorie les « accords verticaux qui,*

[295] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 23 et la jurisprudence citée.
[296] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 26 et la jurisprudence citée.
[297] Voy. les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, §§ 44-57.
[298] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 78.

directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties; » [299] *et les « accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants, sur le marché (…) »*[300]

288. *Par ailleurs, les dispositions de l'article IV.1. § 1er CDE et de l'article 101 § 1er TFUE peuvent respectivement 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 imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence*[301].

V.1.2.b Application au cas d'espèce

289. *Les comportements en cause ont pour objet de restreindre la possibilité pour les distributeurs sélectifs des produits Caudalie de fixer indépendamment leur prix de revente et de restreindre certaines ventes actives et passives aux utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective. Ces comportements constituent tout deux des restrictions caractérisées. Or, « Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné. »*[302]

290. *Les comportements en cause ne peuvent dès lors bénéficier de l'exemption par catégorie. Quant à l'exemption individuelle visée aux articles IV.1 § 3 CDE et 101 § 3 TFUE, l'auditeur ne dispose d'aucun élément permettant de renverser la présomption suivant laquelle ces infractions ne remplissent pas les conditions cumulatives des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE.*

V.2 Argumentation de Caudalie dans la réponse à la communication des griefs

V.2.1 L'auditorat ne démontre pas l'existence d'une infraction par objet en l'absence d'analyse du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit cette infraction

[299] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
[300] *Ibidem*.
[301] Voy. article 101 § 3 TFUE et article IV.1. § 3 CDE
[302] Voy. les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, § 47.

alléguée et alors que l'analyse de ce contexte réfute le grief d'un prix de revente minimum imposé [303]

291. *En préambule, Caudalie met en avant que les discussions actuellement en cours concernant la révision du règlement européen 330/2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées remettraient en cause le caractère hardcore de l'imposition d'un prix minimum.*

292. *Caudalie affirme que le constat d'une pratique d'un prix de revente minimum imposé doit se faire en tenant compte du contexte économique et juridique, ce que l'auditorat n'aurait pas fait. Caudalie renvoie à une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et, notamment, aux jurisprudences Dole Food, Budapest Bank et Cartes bancaires.*

293. *D'après Caudalie, l'auditorat s'est dispensé d'un examen sérieux des contextes économique et juridique, à tort. Caudalie note ainsi que l'auditorat n'a pas tenu compte du manque de concurrence structurel du secteur de la pharmacie et de la parapharmacie et de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité belge de la Concurrence qui a établi que l'Ordre des Pharmaciens empêchait les pharmaciens de se porter concurrence sur les prix.*

294. *Concernant le fait que le secteur de la pharmacie et de la parapharmacie souffre d'un manque structurel de concurrence, Caudalie affirme que, historiquement, le secteur de la pharmacie en Belgique rejette la notion de commerce ou de concurrence sur les prix. Les pharmaciens seraient ainsi très peu enclins à mener une politique de prix agressive. Le mécanisme de l'APB, suivant lequel les fournisseurs doivent enregistrer leurs produits sous un code APB et préciser un prix de vente informatif pour leurs produits dans un logiciel afin de pouvoir vendre ces produits aux pharmacies, jouerait également un rôle important et limiterait, en pratique, la concurrence. Caudalie note à cet égard qu'en pratique les pharmaciens appliquent les marges fixées par le législateur pour les médicaments « OTC » (sans ordonnance) aux produits cosmétiques, ce qui leur permet de bénéficier d'une marge de [30-40]%.*

295. *En ce qui concerne la pratique décisionnelle de l'Autorité, Caudalie renvoie aux différentes décisions de l'Autorité belge de la Concurrence de 2019 concernant l'Ordre des pharmaciens et, en particulier, à la décision MediCare-Market du 28 mai 2019. Dans cette décision, le Collège de la concurrence a notamment constaté que « les pharmaciens semblent généralement ne pas s'écarter de ces prix maximums pour les médicaments sur prescription ou des prix proposés par les fournisseurs pour les autres produits ».*

296. *Caudalie affirme que la plupart des pharmaciens pensent que le prix auquel aboutit le système APB est un prix obligatoire et renvoie à plusieurs pièces du dossier qui attesteraient de cette réalité. Ce serait notamment cet élément qui explique que les distributeurs sélectifs de Caudalie la contactent concernant les prix appliqués par d'autres pharmacies.*

297. *Caudalie estime que l'auditorat n'a pas pris en compte ces éléments et qu'il lui impute, à tort, la responsabilité du manque de concurrence par les prix pour ses produits.*

[303] Voy. §§ 125-158 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

V.3 Analyse de l'auditeur

V.3.1 L'auditorat a démontré à suffisance de droit l'existence d'une infraction par objet ; le contexte tel que décrit par Caudalie ne modifie pas la conclusion de l'auditorat

298. *L'auditeur tient à souligner que la communication des griefs a égard à la politique commerciale de Caudalie, largement discutée, et fait référence au système de l'APB, en particulier dans son paragraphe 34*[304].

299. *Ces éléments ont bien été pris en compte dans l'analyse de l'auditeur ayant mené à la constatation que l'imposition d'un prix minimum de revente et la limitation des ventes actives et passives constituent des restrictions graves de la concurrence par objet, comme constaté récemment par la Commission européenne dans sa décision Denon & Marantz du 24 juillet 2018*[305]*. L'auditeur a estimé en l'espèce que le contexte ne modifiait pas sa conclusion.*

300. *En ce qui concerne le contexte économique, Caudalie met en avant que, notamment pour des raisons historiques, mais également en raison du système mis en place par l'APB, la concurrence entre pharmacies et, notamment, sur les produits dermo-cosmétiques est limitée et que l'auditorat reproche à Caudalie ce manque de concurrence.*

301. *Conformément à une jurisprudence constante, pour déterminer si un accord, une décision ou une pratique concertée révèle un degré de nocivité suffisant à la concurrence de sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'en examiner les effets, une attention particulière doit être (i) à la teneur des dispositions contenues ou mises en œuvre dans cet accord, décision ou pratique concertée ;(ii) aux objectifs que cet accord, décision ou pratique concertée vise à atteindre ;(iii) ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il ou elle s'insère ; à cet égard, il convient de prendre en compte la nature des biens ou des services affectés, les conditions réelles de fonctionnement ou encore la structure du ou des marchés en cause*

302. *En l'espèce, concernant la teneur de l'accord et ses objectifs, il ressort de l'instruction menée par l'auditeur que ceux-ci visent à imposer un prix minimum de revente aux distributeurs sélectifs de Caudalie et, par conséquent, à restreindre la concurrence entre eux. Vu notamment l'article 4 a) du règlement d'exemption par catégorie pour les restrictions verticales, une telle imposition d'un prix minimum de revente constitue une mesure restrictive de concurrence par objet au sens des articles IV.1. § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.*

303. *Quant au contexte économique de l'accord, l'auditeur estime que, lorsqu'un marché est déjà peu concurrentiel, comme allégué par Caudalie, les accords et/ou pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre sur ce marché constituent des infractions plus graves que si le marché était concurrentiel. L'auditeur renvoie à cet égard à la décision du Collège de la Concurrence du 28 mai 2019 dans laquelle le Collège a estimé que « Les stratégies d'éviction d'un nouvel entrant développant un business modèle fondé sur la concurrence tarifaire sur le marché des services prestés par les pharmaciens et soumis au contrôle de l'Ordre constituent donc une infraction d'autant plus grave au regard du droit de la concurrence que ce marché est peu concurrentiel »*[306]

---

[304] Repris *supra* au paragraphe 45.

[305] Commission européenne, décision du 24 juillet 2018, Denon & Marantz, CASE AT.40469.

[306] Décision n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 en application de l'article IV.45, § 6 CDE, § 85.

304. *En ce qui concerne le contexte juridique avancé par Caudalie, l'auditeur est d'avis qu'il ne s'agit pas du contexte juridique du marché à proprement parler. En réalité, en renvoyant à la pratique décisionnelle de l'Autorité belge de la Concurrence, Caudalie ne fait que renforcer son argumentation concernant la prise en compte du contexte économique qui a été analysée ci-dessus.*

305. *Pour ces raisons, l'auditeur conclut que l'imposition par Caudalie d'un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs constitue une restriction de concurrence grave et par objet.*

V.4 Conclusion de l'auditeur

306. *L'auditeur conclut que les accords et/ou pratiques concertées démontrées, à savoir l'imposition d'un prix minimum de revente et la limitation des ventes actives et passives, constituent des infractions graves et par objet au droit de la concurrence. La prise en compte du contexte ne modifie en rien cette conclusion.*

307. *L'auditeur relève par ailleurs l'absence d'argumentation de Caudalie concernant les articles IV.1 § 3 CDE et 101 § 3 TFUE, de sorte qu'il doit être considéré que les conditions de ces articles ne sont pas remplies, la charge de la preuve revenant à cet égard à Caudalie.*

VI. *Infraction unique et continue*

VI.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

VI.1.1 Principes

308. *Suivant une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition.*

309. *Lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble», en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble*[307]*.*

310. *Si la période séparant deux manifestations d'un comportement infractionnel est un critère pertinent afin d'établir le caractère continu d'une infraction, il n'en demeure pas moins que la question de savoir si ladite période est ou non suffisamment longue pour constituer une interruption de l'infraction ne saurait être examinée dans l'abstrait. Au contraire, il convient de l'apprécier dans le contexte du fonctionnement de l'entente en question*[308]*.*

311. *A cet égard, il convient de rappeler que le fait que la preuve de l'infraction n'a pas été apportée pour certaines périodes déterminées ne fait pas obstacle à ce que l'infraction soit regardée comme constituée durant une période globale plus étendue que celles-ci, dès lors qu'une telle constatation*

[307] Voy. entre autres CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland et alii, C-204/00 et alii, § 258.
[308] Voy. TUE, arrêt du 16 juin 2015, FSL Holdings *et alii*, T-655/11, § 483.

repose sur des indices objectifs et concordants. Dans le cadre d'une infraction s'étendant sur plusieurs années, le fait que les manifestations de l'entente interviennent à des périodes différentes, pouvant être séparées par des laps de temps plus ou moins longs, demeure sans incidence sur l'existence de cette entente, pour autant que les différentes actions qui font partie de cette infraction poursuivent une seule finalité et s'inscrivent dans le cadre d'une infraction à caractère unique et continu.

312. *À cet égard, plusieurs critères ont été identifiés par la jurisprudence comme étant pertinents pour apprécier le caractère unique d'une infraction, à savoir l'identité des objectifs des pratiques en cause, l'identité des produits et des services concernés, l'identité des entreprises qui y ont pris part et l'identité des modalités de sa mise en œuvre. En outre, l'identité des personnes physiques impliquées pour le compte des entreprises et l'identité du champ d'application géographique des pratiques en cause sont également des éléments susceptibles d'être pris en considération aux fins de cet examen.*

313. *Lorsque ces conditions sont réunies, la notion d'infraction continue permet ainsi à la Commission d'infliger une amende pour l'ensemble de la période infractionnelle prise en considération et détermine la date à laquelle commence à courir le délai de prescription, à savoir la date à laquelle l'infraction continue a pris fin*[309]*.*

VI.1.2 Application au cas d'espèce

314. *La stratégie de Caudalie d'imposer un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs sur l'ensemble de ses produits est constituée d'une multitude d'actes et d'agissements individuels. Au vu de leur objectif commun, l'ensemble de ces actes et agissements constituent une infraction unique aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.*

315. *En ce qui concerne la limitation des ventes actives et passives par Caudalie, l'auditeur considère que cette limitation a pour objectif l'imposition d'un prix de revente imposé différent dans chacun des Etats dans lesquels Caudalie est active*[310]*. Ainsi, les deux griefs, à savoir l'imposition d'un prix minimum de revente et la limitation des ventes actives et passives aux utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective, visent la réalisation du même objectif.*

316. *Par ailleurs, les deux griefs portent sur les mêmes produits, soit l'ensemble des produits commercialisés par Caudalie en Belgique, et concernent les mêmes entreprises, à savoir Caudalie et ses distributeurs sélectifs établis en Belgique. En outre, ce sont les mêmes personnes physiques qui agissent pour le compte des entreprises. Les deux griefs sont dès lors constitutifs d'une infraction unique.*

317. *En ce qui concerne le caractère continu de l'infraction, l'auditeur doit apporter des preuves concernant des faits qui sont suffisamment rapprochés dans le temps de telle sorte qu'il puisse être raisonnablement considéré que l'infraction a perduré sans interruption entre les deux moments concernés.*

[309] TUE, arrêt du 17 mai 2013, Trelleborg c. Commission, T-147/09 et T-148/09, §§ 59-62.
[310] Voy. documents IV.72, IV136 et V.B.50. Voy. également document IV.83.

318. *En l'espèce, l'auditeur a apporté les preuves d'une infraction ayant débuté le 31 mars 2014, date de l'entrée en fonction de [Monsieur B] en tant que [fonction] pour la Belgique et s'étant terminée le 27 février 2018, date de début de la perquisition.*

319. *Par ailleurs, étant donné le caractère unique de l'infraction, l'auditeur peut estimer que l'infraction ou la participation d'une entreprise à l'infraction n'a pas été interrompue, même si elle ne dispose pas pour certaines périodes spécifiques de preuves de l'infraction vu que les différents actions qui en font partie ont un but commun et peuvent faire partie d'une infraction continue.*

320. *Ainsi, les deux griefs, à savoir l'imposition par Caudalie d'un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs et la limitation par Caudalie des ventes actives et passives aux utilisateurs finals par les membres de son réseau de distribution sélective, constituent une infraction unique et continue.*

VI.2 Argumentation de Caudalie dans la réponse à la communication des griefs

VI.2.1 L'auditorat ne prouve pas l'existence d'une infraction unique et continue du 31 mars 2014 au 27 février 2018[311]

321. *Caudalie relève la présence de seulement deux preuves pour l'année 2014 qui consistent, en fait, en des plaintes de pharmaciens considérant que d'autres pharmaciens pratiquent des prix trop bas. Ces éléments seraient insuffisants pour constater qu'une infraction aurait existé en 2014. Caudalie relève par ailleurs que la seule entrée en fonction de [Monsieur B] ne peut pas non plus être considérée comme une infraction aux règles de concurrence.*

322. *En ce qui concerne l'année 2018, Caudalie note que l'auditorat n'apporte qu'une seule preuve, datant de janvier 2018 et que celle-ci ne permet pas de déduire l'existence de l'imposition d'un prix de revente minimum, puisqu'elle s'expliquerait uniquement par les visuels « Promo » rouge, allant à l'encontre de l'image de marque de Caudalie.*

323. *Pour le reste de la période, Caudalie renvoie, en substance, à son argumentation suivant laquelle l'existence d'infractions n'a pas été démontrée par l'auditorat.*

VI.3 Analyse de l'auditeur

VI.3.1 L'auditeur a démontré à suffisance de droit l'existence d'une infraction unique et continue du 24 novembre 2014 au 27 février 2018

VI.3.1.a Rappel des principes applicables

324. *Conformément à la jurisprudence, la durée de l'infraction est un élément constitutif de la notion d'infraction au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, élément dont la charge de la preuve incombe, à titre principal, à l'autorité de concurrence[312]. Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation du droit de la concurrence. De tels indices et coïncidences permettent de révéler non seulement l'existence de comportements ou d'accords*

[311] Voy. §§ 259-266 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

[312] Voy. notamment TUE, arrêt du 2 juin 2016, T‑426/10 à T‑429/10, T‑438/12 à T‑441/12, Moreda-Riviere Trefilerías, § 108.

anticoncurrentiels, mais également la durée d'un comportement anticoncurrentiel continu et la période d'application d'un accord conclu en violation du droit de la concurrence[313].

325. *En ce qui concerne la durée de l'infraction, la jurisprudence exige que, en l'absence d'éléments de preuve susceptibles d'établir directement la durée d'une infraction, l'autorité de concurrence se fonde, au moins, sur des éléments de preuve se rapportant à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, de façon qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises*[314].

VI.3.1.b L'infraction a débuté non pas au 24 octobre 2014, mais au 24 novembre 2014

326. *En l'espèce, le dossier contient deux pièces portant sur l'année 2014. Il s'agit des deux pièces suivantes :*

- *Un mail du 24 octobre 2014 de [Madame V] de Newpharma à [Monsieur B] dans lequel Newpharma informe Caudalie que, dans un emailing de Farmaline datant du 1er août 2014, les produits Caudalie étaient affichés à -20%*[315].
- *Un mail du 24 novembre 2014 de [Monsieur C.M] de la pharmacie [Distributeur 12] à [Madame L] de Caudalie se plaignant que « le coffret Thé des vignes est à 17,16€ au lieu de 26,40€ sur le site Newpharma » et manifestant son mécontentement vis-à-vis des prix bradés sur internet*[316].

327. *L'auditeur peut accepter l'argument de Caudalie quant au caractère probant du mail du 24 octobre 2014 en ce que sa formulation serait ambigüe sur l'interprétation de ce qui pose problème à Newpharma, à savoir s'il s'agit du prix ou de l'affichage de la pastille promotionnelle. L'auditeur note en outre qu'aucune pièce antérieure ne permet de renforcer le caractère probant de cette pièce.*

328. *Par contre, l'auditeur est d'avis que, afin de fixer la date de début de l'infraction, il y a lieu de la démontrer au moyen d'une ou de plusieurs preuves qui, prises isolément ou ensemble, démontrent à suffisance de droit l'existence d'une infraction. En l'occurrence, le contenu du document IV.175 démontre à suffisance que le distributeur a connaissance de l'exigence imposée par Caudalie de respecter un prix minimum, exigence qui n'est pas respectée par Newpharma. Il ressort de ce document que cette exigence fait l'objet d'un contrôle par Caudalie et d'un rappel à l'ordre en cas de non-respect. Par ailleurs, ce mail atteste que le respect d'un prix minimum de revente fait l'objet d'un contrôle par les autres membres du réseau de distribution sélective.*

VI.3.1.c L'infraction a bel et bien pris fin le 27 février 2018

329. *L'auditeur dispose d'une pièce datant de 2018, à savoir un échange de mails datant de début janvier 2018 entre [Monsieur B] et plusieurs employés de [Distributeur 4] dans lequel [Monsieur B] demande notamment de « bien vouloir retirer cette action de -15% rapidement »*[317]*. Caudalie estime avoir démontré, dans sa réponse à la communication des griefs, que la demande de [Monsieur B] ne porterait que sur l'affichage de la promotion. En tout état de cause, la formulation*

[313] Voy. notamment TUE, arrêt du 2 juin 2016, T-426/10 à T-429/10, T-438/12 à T-441/12, Moreda-Riviere Trefilerías, § 110.
[314] Voy. notamment TUE, arrêt du 2 juin 2016, T-426/10 à T-429/10, T-438/12 à T-441/12, Moreda-Riviere Trefilerías, § 111.
[315] Voy. document IV.174.
[316] Voy. document IV.175.
[317] Voy. document IV.4.

de [Monsieur B] est ambiguë puisqu'il fait référence à une action, en l'occurrence celle de fixer la ristourne à -15% , et non simplement à l'affichage promotionnel.

330. *L'auditeur tient à rappeler à cet égard que Caudalie joue sur le cumul, en pratique, de l'interdiction des promotions et des pastilles promotionnelles et/ou des prix barrés, pour rappeler en même temps à l'ordre les distributeurs sélectifs concernant le respect du prix minimum de revente imposé, ce qui constitue une infraction au droit de la concurrence.*

331. *L'auditeur dispose de plusieurs preuves concernant le mois de décembre 2017[318]. Il ressort de celles-ci et, notamment, du tableau de veille internet distinguant clairement entre le taux de la ristourne et l'affichage de la promotion[319] ainsi que du mail du 11 décembre 2017 de [Madame S.E][320] que l'imposition d'un prix minimum de revente était bien une pratique mise en œuvre par Caudalie à cette époque.*

332. *L'auditeur estime que l'existence de ces éléments de preuve, qui se rapportent à des faits rapprochés dans le temps permet de conclure que l'infraction a pris fin au plus tôt lors du début de la perquisition dans les locaux de Caudalie, soit le 27 février 2018.*

VI.4 Conclusion de l'auditeur

333. *Pour ces raisons, l'auditeur considère que l'infraction a débuté le 24 novembre 2014 et a pris fin le 27 février 2018. L'infraction a dès lors duré un peu plus de 3 ans et 3 mois.*

VII. *Eléments à prendre en considération dans le calcul de l'amende*

VII.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

VII.1.1 Application des lignes directrices

334. *Le Comité de direction de l'Autorité belge de la Concurrence a adopté le 3 mai 2020 des lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er , premier alinéa CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE (ci-après « les lignes directrices pour le calcul des amendes »).*

335. *Ces lignes directrices s'appliquent à partir du jour de leur publication au Moniteur belge, soit le 25 mai 2020, à toutes les affaires pour lesquelles, à ce jour, une proposition de décision motivée n'a pas encore été transmise au Collège de la concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'auditeur a déjà communiqué un montant de l'amende éventuelle et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction[321].*

336. *Le point 3 des lignes directrices concernant le calcul des amendes se lit comme suit: L'Autorité belge de la Concurrence se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les*

[318] Voy. documents IV.11, V.B.59, V.B.60 et V.B.101.
[319] Voy. document V.B.101.
[320] Voy. document V.B.60.
[321] Voy. le § 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes

entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1, premier alinéa CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1 et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE, par les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (Journal officiel 2006/C 210/02) (ci- après : les Lignes directrices de la Commission).

VII.1.2 Détermination du montant de l'amende

VII.1.2.a Principe de détermination des amendes

337. *Les lignes directrices de la Commission prévoient que le montant de base de l'amende est établi sur base d'une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années de l'infraction. L'appréciation de la gravité est évaluée au cas par cas pour chaque type d'infraction, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce[322]. Ce montant de base peut être majoré pour tenir compte des circonstances aggravantes ou diminué pour tenir compte des circonstances atténuantes, et ce sur base d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes[323].*

338. *L'année de référence prise en compte est la dernière année complète de l'infraction, à savoir 2017.*

VII.1.2.b Application au cas d'espèce

i) Base de calcul

339. *Le chiffre d'affaires visé est le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction[324]. En l'occurrence, il s'agit du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise Caudalie sur le territoire belge. Celui-ci s'est élevé, en 2017, à [CONFIDENTIEL] euros[325].*

ii) Gravité de l'infraction

340. *L'imposition d'un prix minimum de revente à des distributeurs et la restriction des ventes dans un réseau de distribution sélective constituent des infractions graves au droit de la concurrence. En atteste le fait qu'il s'agit de « hardcore restrictions » au sens du règlement d'exemption par catégories n° 330/2010[326]. Par ailleurs, comme mentionné ci-dessus, l'entreprise Caudalie était parfaitement consciente de l'illégalité de cette pratique et tendait à la dissimuler.*

341. *Compte tenu de la nature et du contexte de l'infraction, l'auditorat considère qu'il conviendrait de retenir un pourcentage de 20% du chiffre d'affaires concerné en tant que facteur de gravité.*

342. *Ce pourcentage est justifié par la gravité de l'infraction en cause qui constitue une restriction de concurrence par objet, mais également une restriction caractérisée au sens du règlement n° 330/2010, par le fait que l'infraction s'étendait à tout le territoire belge et à l'ensemble des*

---

[322] Voy. §§ 19-20 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[323] § 27 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[324] Voy. CJUE, arrêt du 1er février 2018, Kühne, C-261/16 P, § 65.

[325] Voy. la réponse de Caudalie à la question 1 de la demande de renseignements du 20 février2020 (document II.ZK3). Voy. également la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 25 mai 2020 (documents II.ZW).

[326] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

produits commercialisés en Belgique par Caudalie et par le rôle actif joué par Caudalie dans l'implémentation de l'infraction.

iii) Durée de l'infraction

343. *Conformément à ce qui a été mentionné au point VI, l'infraction a débuté le 31 mars 2014 et a pris fin le 27 février 2018. L'infraction a dès lors duré trois ans et dix mois complets.*

iv) Ajustement en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes

344. *L'auditeur ne retient pas de circonstances aggravantes ni atténuantes.*

v) Seuil légal de 10% du chiffres d'affaires

345. *Conformément aux articles IV.79 et IV.84, § 1er, 1° du Code de droit économique, les amendes infligées ne peuvent dépasser 10% du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché belge et à l'exportation par le groupe Caudalie au cours de l'exercice comptable précédant la décision , soit l'exercice comptable de 2019.*

346. *Le chiffre d'affaires à prendre en compte s'élève à [CONFIDENTIEL] euros*[327]*.*

347. *Par conséquent, en l'occurrence, l'amende ne peut excéder [CONFIDENTIEL] euros.*

VII.2 Argumentation de Caudalie dans la réponse à la communication des griefs

VII.2.1 L'auditorat n'établit pas que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble de la gamme de produits Caudalie[328]

348. *Caudalie rappelle que le chiffre d'affaires à prendre en considération est le chiffre d'affaires en relation directe ou indirecte avec l'infraction alléguée. Or, l'auditorat démontrerait tout au plus uniquement que l'infraction n'a porté que sur certains produits, et non sur l'ensemble de la gamme des produits Caudalie. Caudalie note à cet égard que [CONFIDENTIEL] font régulièrement l'objet d'importantes promotions.*

349. *D'après Caudalie, le montant de l'amende devrait refléter ce constat, sous peine de violer le principe de proportionnalité.*

VII.2.2 L'auditorat n'établit pas que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble du territoire belge[329]

350. *Caudalie affirme que les pratiques en cause, si elles étaient avérées, ne s'étendraient pas sur l'ensemble du territoire belge. En effet, les pièces utilisées par l'auditorat ne concernent qu'un nombre limité de pharmacies et ne permettent pas de démontrer l'existence d'une pratique significative s'étendant sur l'ensemble du territoire belge. Par ailleurs, de nombreuses pièces confirmeraient explicitement l'absence de prix de revente imposé.*

351. *Caudalie estime que toute amende que le Collège de la concurrence déciderait d'imposer à Caudalie devrait tenir compte du fait que de nombreuses pharmacies ont déterminé librement les*

[327] Voy. documents II.ZO2, II.ZR2 et II.ZW4.
[328] Voy. §§ 282-283 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[329] Voy. §§ 284-286 de la réponse de Caudalie à la réponse à la communication des griefs

prix et promotions et du fait que l'infraction n'aurait eu qu'une ampleur limitée par rapport au territoire belge.

VII.2.3 L'auditorat surestime la gravité de l'infraction alléguée[330]

352. *Renvoyant aux lignes directrices de la Commission européenne, Caudalie rappelle que les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. Caudalie estime que ce constat devrait se refléter dans le pourcentage de gravité de l'infraction retenu.*

353. *Or, en retenant un pourcentage de gravité de 20%, pourcentage reflétant davantage la gravité d'un cartel, l'auditorat ne tiendrait pas compte de ce constat.*

354. *Caudalie renvoie également à la décision Healthmate du 24 janvier 2019, soit la dernière décision de l'Autorité belge de la Concurrence concernant un prix de revente minimum imposé, dans laquelle le pourcentage de gravité retenu était entre 5 et 10% alors que cette infraction s'est déroulée dans un environnement normalement concurrentiel, ce qui implique, d'après Caudalie, que l'entreprise en cause a dû déployer des efforts significatifs afin de parvenir à réduire une concurrence qui était structurellement présente.*

355. *Caudalie note enfin que rien ne permet d'affirmer que les épisodes décrits par l'auditorat aient eu de manière continue un impact sur les produits concernés.*

VII.2.4 L'auditorat omet de prendre en compte les circonstances atténuantes dont pourrait bénéficier Caudalie si le Collège de la Concurrence considérait l'infraction établie

356. *Caudalie réitère son argumentation suivant laquelle l'absence de dynamique concurrentielle parmi les pharmaciens joue un rôle décisif dans la détermination des prix de revente dans le secteur de la parapharmacie, ce qui permet d'affirmer que le secteur de la pharmacie est fortement régulé et se caractérise par une absence généralisée de concurrence.*

357. *Caudalie renvoie notamment aux agissements de l'Ordre des pharmaciens, qui a été récemment sanctionné par l'Autorité belge de la Concurrence ainsi qu'au système de l'APB qui, suivant Caudalie, « tend donc à uniformiser les prix de revente des produits et crée des conditions de concurrence particulières en Belgique »*[331]*.*

358. *D'après Caudalie, ces circonstances rendent particulièrement difficile l'exercice d'une concurrence sur les prix sur le marché des produits dermo-cosmétiques.*

359. *Caudalie estime que, si ces éléments n'étaient pas pris en compte, elle serait tenue responsable et sanctionnée pour des problèmes structurels qui résultent d'un contexte particulier et sur lesquels elle n'a pas d'emprise.*

VII.2.5 La seule raison qui a pu amener Caudalie à discuter des prix de revente de certains de ses produits (sans néanmoins enfreindre les règles de concurrence) réside dans le souci d'apaiser ses clients[332]

[330] Voy. §§ 287-289 de la réponse de Caudalie à la réponse à la communication des griefs
[331] Voy. § 291 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs
[332] Voy. §§ 293-296 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

360. *Caudalie affirme que, vu le contexte du secteur des pharmacies, elle a fait l'objet de pressions de la part de certaines pharmacies. Ces pressions seraient d'autant plus importantes que Caudalie représente un acteur peu important et est loin d'être un partenaire commercial incontournable.*

361. *Ainsi, si Caudalie a discuté des prix de revente de certains de ses produits, ce serait uniquement à la suite de pressions et dans le souci d'apaiser ses clients, sans commettre d'infraction au droit de la concurrence.*

VII.2.6 À supposer même qu'elle soit établie (ce que Caudalie conteste), l'infraction alléguée par l'auditorat n'a eu qu'un impact très limité, voire insignifiant, sur le marché[333]

362. *Caudalie met en avant l'impact réduit de l'infraction alléguée sur le marché, vu principalement les parts de marché réduites, entre [0-10] et [0-10]%, de Caudalie.*

363. *Caudalie rappelle également qu'en tout état de cause, l'infraction n'a pas eu d'effets continus durant la période infractionnelle dans la mesure où certains pharmaciens ont appliqué des promotions sur les produits Caudalie.*

364. *Ainsi, si infraction il y avait, elle n'a pu avoir qu'un impact insignifiant sur le marché.*

VII.3 Analyse de l'auditeur

VII.3.1 Les lignes directrices à appliquer sont celles du 3 septembre 2020

365. *Le 16 septembre 2020, sont parues au Moniteur belge les lignes directrices de l'Autorité belge de la Concurrence concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er, premier alinéa, et § 2, premier alinéa CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE.*

366. *Conformément à leur point 13, ces lignes directrices s'appliquent à partir du jour de leur publication au Moniteur belge à toutes les affaires pour lesquelles, à ce jour, une proposition de décision motivée n'a pas encore été transmise au Collège de la concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'auditeur a déjà communiqué un montant de l'amende éventuelle et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction.*

367. *L'auditeur constate dès lors que les lignes directrices à appliquer sont celles du 3 septembre 2020.*

368. *Celles-ci ne diffèrent toutefois pas, sur le fond, des précédentes lignes directrices. Elles prévoient en effet, dans leur point 3, que l'Autorité belge de la Concurrence se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er, premier alinéa, et § 2, premier alinéa, CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE, par les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003.*

[333] Voy. §§ 297-300 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

VII.3.2 Il n'est pas requis que l'auditeur doive établir que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble de la gamme de produits Caudalie pour prendre en compte la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction réalisées sur le marché belge

369. *Conformément au point 13 des lignes directrices de la Commission européenne[334], il y a lieu d'avoir égard, en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, à la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction.*

370. *Suivant la jurisprudence, la notion de « valeur des ventes » doit être comprise comme visant les ventes réalisées sur le marché concerné par l'infraction[335]. La Cour de Justice de l'Union européenne a expressément précisé que si cette notion de « valeur des ventes » ne peut être étendue jusqu'à englober des ventes qui ne relèvent pas de l'infraction, elle ne peut pas pour autant être circonscrite à la valeur des seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette infraction[336].*

371. *Par conséquent, l'affirmation de Caudalie suivant laquelle l'infraction n'aurait porté que certains produits ne peut avoir de conséquence sur le montant de la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction.*

372. *Tout au plus, cette affirmation peut avoir un impact sur le pourcentage de gravité reconnu.*

VII.3.3 L'auditorat a établi que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble du territoire belge

373. *Contrairement à ce qu'affirme Caudalie, il ressort des pièces du dossier que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble du territoire belge. En effet, plusieurs distributeurs sélectifs de Caudalie présents en ligne sont directement concernés. Or, ceux-ci peuvent vendre à n'importe quel consommateur belge, peu importe où il est situé, voire à des consommateurs vivant en dehors de la Belgique.*

374. *La circonstance suivant laquelle certains distributeurs sélectifs auraient pu appliquer des promotions et ne se seraient pas fait sanctionner malgré le non-respect du prix de revente minimum imposé peut tout au plus être prise en compte dans la détermination du pourcentage de gravité de l'infraction.*

VII.3.4 Les infractions en cause constituent des infractions graves justifiant l'application d'un pourcentage élevé de gravité

375. *Comme indiqué ci-dessus, le fait que les comportements de Caudalie prennent place sur un marché déjà peu concurrentiel renforce le caractère grave de l'infraction commise, comme l'atteste le Collège de la concurrence dans sa décision du 28 mai 2019 lorsqu'il constate que « Les stratégies d'éviction d'un nouvel entrant développant un business modèle fondé sur la concurrence tarifaire sur le marché des services prestés par les pharmaciens et soumis au contrôle de l'Ordre constituent*

---

[334] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02)

[335] Voy. notamment CJUE, arrêt du 1er février 2018, C 263/16 P, Schenker, § 60 et CJUE, arrêt du 1er février 2018, C 271/16 P, Panalpina, § 30. .

[336] CJUE, arrêt du 1er février 2018, C 271/16 P, Panalpina, § 30.

donc une infraction d'autant plus grave au regard du droit de la concurrence que ce marché est peu concurrentiel »[337].

376. *Comme relevé par Caudalie, les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales.*

377. *Caudalie renvoie également à la décision Healthmate du 24 janvier 2019, soit la dernière décision de l'Autorité belge de la Concurrence concernant un prix de revente minimum imposé, dans laquelle le pourcentage de gravité retenu était entre 5 et 10%.*

378. *L'auditeur a également égard, d'une part, à la décision Denon & Marantz du 24 juillet 2018 de la Commission européenne dans laquelle le taux de gravité retenu était de 7%*[338] *et, d'autre part, au fait que certains distributeurs sélectifs ont pu appliquer des promotions sans être sanctionnés.*

379. *Pour ces raisons, l'auditeur estime qu'un pourcentage de gravité de 10% reflète la gravité de l'infraction dans le présent dossier.*

VII.3.5 C'est à tort que Caudalie affirme pouvoir bénéficier de circonstances atténuantes

380. *Comme indiqué ci-avant, le fait que le marché en cause soit peu concurrentiel ne constitue pas une circonstance atténuante dans le chef de Caudalie, mais renforce au contraire le caractère grave de l'infraction commise par Caudalie, de sorte qu'il doit être tenu compte de cet élément dans la détermination du pourcentage de gravité de l'infraction.*

VII.3.6 C'est à tort que Caudalie affirme que la seule raison qui a pu l'amener à discuter des prix de revente de certains de ses produits (sans néanmoins enfreindre les règles de concurrence) réside dans le souci d'apaiser ses clients[339]

381. *L'instruction menée par l'auditeur a démontré que, contrairement à ce qu'elle affirme, Caudalie était à l'initiative de l'infraction et a exercé une pression sur ses distributeurs. En effet, après avoir été informée et/ou avoir constaté l'application de ristournes plus élevées que celles qu'elle autorisait, Caudalie demandait aux distributeurs concernés d'adapter leur politique de prix. Les distributeurs qui continuaient à ne pas respecter la politique de prix imposée par Caudalie étaient rappelés à l'ordre, voire exclus du réseau de distribution sélective.*

382. *Il ressort de ces éléments que, sans l'initiative et la pression exercée par Caudalie vis-à-vis de ses distributeurs sélectifs, ceux-ci ne seraient pas parvenus à uniformiser leur prix. Le fait que certains distributeurs soutenaient la politique de Caudalie ne change pas cette conclusion. L'auditeur tient également à relever que, contrairement à ce qu'affirme Caudalie, elle n'est pas en position de faiblesse par rapport à ses distributeurs sélectifs. En effet, Caudalie bénéficie, vu son image de marque et la qualité de ses produits, d'un pouvoir et d'une influence importante sur ses distributeurs sélectifs. Ceci résulte notamment du fait qu'un acteur comme [Distributeur 1] a fait beaucoup d'efforts afin de pouvoir faire partie du réseau de distribution sélective de Caudalie.*

[337] Décision n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 en application de l'article IV.45, § 6 CDE, § 85
[338] Commission européenne, décision du 24 juillet 2018, Denon & Marantz, CASE AT.40469, § 125.
[339] Voy. §§ 293-296 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs

[Distributeur 1] justifie ces efforts par le fait que « Caudalie est une marque "must-have" dans l'offre des pharmacies»[340].

383. *Pour ces raisons, c'est à tort que Caudalie affirme que la seule raison qui a pu l'amener à discuter des prix de revente de certains de ses produits (sans néanmoins enfreindre les règles de concurrence) réside dans le souci d'apaiser ses clients.*

VII.3.7 L'impact de l'infraction sur le marché est reflété par la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec celle-ci

384. *L'auditeur estime que l'impact de l'infraction de Caudalie sur le marché est reflété par la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction prise en compte.*

385. *Par ailleurs, le fait que certains distributeurs sélectifs ont pu appliquer des promotions sans être sanctionnés a déjà été pris en compte.*

386. *Les éléments avancés par Caudalie ne sont, en réalité, qu'une reformulation d'autres éléments déjà avancés et intégrés dans le calcul du montant de l'amende, de sorte qu'il y a lieu de ne pas en tenir une seconde fois.*

VII.4 Conclusion de l'auditeur

387. *La valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction, est de [CONFIDENTIEL] euros*[341]*. Il s'agit, pour rappel, du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise Caudalie sur le territoire belge en 2017.*

388. *Le taux de gravité de l'infraction a, pour les raisons indiquées ci-dessus, été fixé à 10%.*

389. *Quant à la durée de l'infraction, elle est d'un peu plus de trois ans et trois mois.*

390. *Il n'y a pas lieu de retenir des circonstances aggravantes ou atténuantes dans le chef de Caudalie.*

391. *[CONFIDENTIEL]*[342]*.*

392. *[CONFIDENTIEL]*[343]*.*

393. *Par conséquent, l'auditeur estime que l'amende imposée à Caudalie doit correspondre [CONFIDENTIEL], soit 859.310 euros.*

VIII. *Proposition de l'auditeur au Collège de la Concurrence*

394. *Compte tenu de ce qui précède, l'auditeur a l'honneur de proposer au Collège de la concurrence :*

[340] Voy. document III.4.B3, p. 2.
[341] Voy. la réponse de Caudalie à la question 1 de la demande de renseignements du 20 février2020 (document II.ZK3). Voy. également la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 25 mai 2020 (documents II.ZW).
[342] [CONFIDENTIEL]
[343] [CONFIDENTIEL].

a) *De constater que les comportements tels que décrits dans cette 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 ;*

b) *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 aux sociétés suivantes :*

1. *Caudalie Belgique SPRL, dont le siège social est situé Rue Jean Stas, 13 à 1060 Saint-Gilles 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 ;*

III. Observations de Caudalie

20. Le 22 janvier 2021, Caudalie a déposé les observations suivantes : «

1. *Caudalie Belgique SPRL, Caudalie International SE Holding et Caudalie SAS invitent le Collège de la concurrence à décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure et en tout état de cause de rejeter les griefs d'imposition d'un prix de revente ou de limitation des ventes actives et passives avancés par l'Auditorat à leur encontre.*

2. ***En premier lieu, les multiples irrégularités procédurales commises par l'Auditorat tout au long de l'instruction du dossier ont porté une atteinte grave et irrémédiable aux droits de la défense de Caudalie, et en particulier à son droit à un procès équitable (article 6 de la CEDH).***

3. *D'une part, l'Auditorat a accepté et utilisé des enregistrements réalisés à l'insu de Caudalie par le plaignant Newpharma en violation du droit de Caudalie au respect de sa vie privée (article 8 de la CEDH). Ces enregistrements irréguliers relevant de la manipulation ont ainsi pu être obtenus par des procédés particulièrement déloyaux. L'Auditorat les a acceptés et exploités en méconnaissance des garanties procédurales pourtant inhérentes à un procès équitable.*

4. *Ces enregistrements ont nécessairement influencé l'ensemble de l'instruction, la communication des griefs et la proposition de décision de l'Auditorat.*

5. *D'autre part, l'Auditorat a effectué un tri partial dans les pièces transmises par l'Autorité française de la concurrence en violation des articles IV.42 et IV.40, §6 du CDE, sans inviter Caudalie à y participer. En conséquence, Caudalie a donc dû soumettre sa réponse à la communication des griefs sur la base d'un dossier d'instruction incomplet, ce que l'Auditorat a finalement été obligé de reconnaître dans sa proposition de décision en relevant que « le dossier d'instruction*

accompagnant la communication des griefs ne contient pas l'ensemble des saisies informatiques réalisées en France »[344]*.*

6. *Soucieux de tenter de remédier à cette violation, l'Auditorat a, très tardivement, le 12 novembre 2020, adopté une décision visant à exclure quelque 500.000 documents du dossier. Cette décision adoptée très a posteriori ne résout en aucune manière le problème. Elle souligne au contraire l'existence d'un problème procédural grave et la violation irrémédiable des droits de la défense de Caudalie.*

7. *Enfin, l'Auditorat ne parvient toujours pas à expliquer de façon crédible la manière dont il a effectué la sélection des 107 documents (sur les 500.000 documents saisis en France) qui ont été inclus dans le dossier d'instruction communiqué à Caudalie au moment de l'envoi de la communication des griefs. En pratique, il est vraisemblablement impossible que, avec l'utilisation du logiciel et des 159 mots-clés tels que « promotions » et « prix », seuls 107 documents soient sélectionnés ; c'est la preuve que l'Auditorat tente de cacher la violation des règles procédurales qu'il se doit d'appliquer*[345]*.*

8. *Le caractère secret, inexpliqué et arbitraire de ce tri ainsi que la violation flagrante des règles de procédure auxquelles est soumis l'Auditorat jettent un doute sérieux sur l'objectivité de l'instruction. Ce tri, tel qu'il a été effectué par l'Auditorat, enfreint le principe du contradictoire, le principe d'égalité des armes, et, plus fondamentalement, les droit de la défense de Caudalie et son droit à un procès équitable.*

9. ***Chacune de ces violations est grave. Leur gravité est démultipliée par leur accumulation en une seule instruction, en ce qu'elles révèlent des vices systémiques affectant l'ensemble de l'instruction. Ces violations sont en outre irrémédiables puisqu'elles vicient l'instruction dès son origine. Elles imposent dès lors l'abandon des poursuites à l'encontre de Caudalie.***

10. ***<u>En deuxième lieu</u>, il ne peut être reproché à Caudalie l'existence d'une pratique généralisée de prix de revente imposés.***

11. *Aucun objet anticoncurrentiel ne peut être retenu en l'espèce car l'Auditorat n'a effectué aucune analyse du contexte économique et juridique dans lequel les pratiques reprochées à Caudalie s'inscrivent. Ce contexte se caractérise par l'absence totale de pouvoir de marché de Caudalie, qui ne dispose que de [0-10]% de part de marché. En outre, les prix des pharmaciens sont encadrés par l'APB, ce qui réduit la culture de la concurrence entre pharmaciens. Enfin, à l'époque des faits reprochés à Caudalie, l'Ordre des pharmaciens prenait des mesures visant spécifiquement à empêcher la concurrence sur les prix entre pharmaciens, ce qui a été établi tant par l'Auditorat que par le Collège de la concurrence de l'ABC*[346]*.*

[344] Proposition de décision, § 190.
[345] Proposition de décision, §189.
[346] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011 ; décision n°ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030 ; décision n°ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017, affaire CONC-V/M-17/0017.

12. *En toute hypothèse, aucune pratique généralisée d'imposition des prix de revente n'est démontrée par l'Auditorat. L'Auditorat interprète à tort de très nombreuses pièces comme imposant un prix de revente alors que ces pièces ne révèlent que le souci de Caudalie de protéger la présentation de ses produits (en ce compris la présentation des promotions portant sur ses produits), comme le prévoit son contrat de distribution. L'Auditorat passe par ailleurs sous silence de nombreuses déclarations de distributeurs indiquant pratiquer librement leur prix de revente. Ces éléments réfutent la thèse de l'instruction, laquelle a été menée exclusivement à charge par l'Auditorat.*

13. ***<u>En troisième lieu</u>, aucune pratique de limitation des ventes actives et passives à Caudalie n'est caractérisée par l'Auditorat, faute de preuves suffisantes nécessaires à établir et démontrer un tel grief.***

14. *Au contraire, les rares pièces utilisées par l'Auditorat confirment la volonté et la stratégie de Caudalie de (i) préserver l'intégrité et l'étanchéité de son réseau (en évitant notamment les exportations vers l'Asie) et (ii) veiller au respect de l'application des critères de son contrat de distribution sélective.*

15. *Enfin, le Collège de la concurrence constatera que la proposition de décision reste volontairement muette sur de nombreux arguments et éclaircissement apportés par Caudalie en réponse à la communication des griefs.*

16. ***Pour l'ensemble de ces raisons, Caudalie sollicite donc sa mise hors de cause et un abandon des poursuites à son encontre.***

17. *À titre subsidiaire, Caudalie demande au Collège de la concurrence [CONFIDENTIEL].*

18. *A titre plus subsidiaire, dans l'hypothèse où le Collège de la concurrence ne prononcerait pas un tel non-lieu, ce dernier ne pourra que constater qu'il devra nécessairement s'écarter de la méthodologie générale pour la fixation d'amendes comme le permet le paragraphe 37 des lignes directrices de la Commission, tant pour des raisons procédurales que de fond, détaillées ci-après.*

1. *INTRODUCTION*

1. *Le présent mémoire inclut les observations de Caudalie Belgique SPRL (**Caudalie**), de Caudalie International SE Holding (**Caudalie Holding**) et de Caudalie SAS concernant la proposition de décision que l'Auditorat de l'Autorité belge de la Concurrence (ci-après, **ABC**) a transmise au Président de l'ABC le 20 novembre 2020 (ci-après, la **Proposition de Décision**). Ces observations reprennent les remarques déjà formulées par Caudalie vis-à-vis de la communication des griefs du 29 mai 2020 (ci-après, la **CG**), dans la mesure où ces remarques restent d'actualité au regard de la Proposition de Décision.*

2. *Les griefs inclus dans la CG et repris dans la Proposition de Décision sont de deux ordres. D'une part, l'Auditorat de l'ABC reproche à Caudalie d'avoir imposé à ses clients le prix de revente de ses produits. D'autre part, l'Auditorat accuse Caudalie d'avoir limité les ventes actives et passives pour ses produits. Caudalie répondra à ces deux griefs aux sections 4, 5, 6 et 7, après avoir présenté ses*

activités et le secteur de la pharmacie via lequel ses produits sont vendus aux consommateurs (section 3). La situation particulière de Caudalie SAS et de Caudalie International SE Holding est évoquée aux sections 7 et 8 et les considérations relatives au montant de l'amende éventuellement imposée à Caudalie sont décrites à la section 9. Caudalie formulera ensuite ses demandes au Collège de la concurrence de l'ABC (section 10). Mais avant toute autre chose, Caudalie souhaite relever l'existence de graves irrégularités procédurales qui remettent en cause l'ensemble de l'instruction effectuée par l'Auditorat (section 2).

2. *IRRÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE D'INSTRUCTION*

Première atteinte grave et irrémédiable au droit de Caudalie à un procès équitable : l'utilisation illégale par l'Auditorat de pièces obtenues irrégulièrement par des procédés déloyaux

3. *Selon la jurisprudence Antigone développée par la Cour de cassation[347], une preuve n'est pas admissible lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :*

   - *Première condition : la preuve récoltée est entachée d'irrégularité ; et*
   - *Deuxième condition : on se trouve dans au moins une des trois hypothèses suivantes :*
     - *Première hypothèse : le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;*
     - *Deuxième hypothèse : l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;*
     - *Troisième hypothèse : l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.*

4. *Deux pièces du dossier d'instruction méconnaissent le droit de Caudalie à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (**CEDH**) (section 2.1.2 ci-dessous). En outre, ces pièces ont été réalisées dans l'objectif manifeste de piéger Caudalie. Leur caractère déloyal rend leur usage contraire à un procès équitable, en violation de l'article 6, §1er de la CEDH (section 2.1.3 et section 2.1.4 ci-dessous).*

5. *Par conséquent, ces atteintes graves et irrémédiables aux droits de la défense de Caudalie vicient intégralement la procédure et les poursuites à l'encontre de Caudalie doivent être abandonnées.*

2.1.1 *Pièces du dossier d'instruction concernées*

6. *Deux conversations téléphoniques impliquant des représentants de Caudalie ont été enregistrées à leur insu par une personne privée (ci-après, les **Enregistrements Secrets**). Ces deux Enregistrements Secrets ont été joints à la plainte que Newpharma a déposée auprès de l'ABC à l'encontre de Caudalie.*

[347] Cass., 14 octobre 2003, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405. Voir également Cass., 2 mars 2005, *J.T.,* 2005, 211.

7. *Le premier Enregistrement Secret porte sur une conversation qui, d'après l'Auditorat de l'ABC, a eu lieu entre [Monsieur T] ([fonction] de Newpharma) et M. [Monsieur B] ([fonction]) le 18 octobre 2016. Cet enregistrement figure dans le dossier d'instruction sous le code I.A.11.a. L'Auditorat a retranscrit la conversation enregistrée dans la pièce I.A.11.b.*

8. *Le deuxième Enregistrement Secret figure dans le dossier d'instruction et dans le dossier de procédure sous le code I.A.27.2. La conversation enregistrée implique deux personnes, dont l'on n'entend que les prénoms : [Madame U] et [Madame E]. La pièce I.A.27.1 du dossier d'instruction semble indiquer que cette conversation a eu lieu entre [Madame U] (Newpharma) et Mme [Madame E] (Caudalie) le 17 novembre 2017.*

9. *Caudalie n'a découvert l'existence de ces Enregistrements Secrets qu'à la réception de la CG et du dossier d'instruction. Par conséquent, ni Caudalie ni ses représentants n'ont eu la possibilité de consentir à ces enregistrements, à leur transmission à l'Auditorat de l'ABC, à la prise de connaissance par l'Auditorat de leur contenu ou à leur utilisation par l'Auditorat dans le cadre de la présente procédure.*

10. *Ces Enregistrements Secrets ont manifestement été effectués sans l'autorisation d'un juge d'instruction et sans avoir été encadrés de quelque manière que ce soit par l'ABC ou tout autre autorité publique.*

2.1.2 *Irrégularité des Enregistrements Secrets*

11. *L'article 8 de la CEDH dispose que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».*

12. *Dans l'affaire Goldfish, citée par l'Auditorat, le Tribunal de l'UE a jugé :*

> *« certaines preuves peuvent être écartées du dossier, notamment s'il subsiste un doute tant sur le caractère même du document contesté que sur la question de savoir s'il a été obtenu par des moyens légitimes par celui qui l'invoque (voir, en ce sens, arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Conseil et Commission, 197/80 à 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, EU:C:1981:311, point 16). Une telle exclusion n'est toutefois pas automatique, les juridictions de l'Union ayant parfois accepté de tenir compte de pièces dont il n'était pourtant pas établi qu'elles avaient été obtenues par des moyens légitimes (voir, en ce sens, arrêt du 8 juillet 2008, Franchet et Byk/Commission, T-48/05, EU:T:2008:257, point 78 et jurisprudence citée).*
>
> *En outre, il y a lieu de relever que l'examen de la légalité des éléments de preuve contestés ne saurait faire abstraction de l'obligation pour les institutions de respecter les droits fondamentaux des parties requérantes.*
>
> *En effet, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, le respect des droits fondamentaux constitue une condition de la légalité des actes de l'Union et ne sauraient être admises dans l'Union des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci »*[348] *(nous soulignons)*

[348] Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 8 septembre 2016, *Goldfish*, T-54/14, ECLI:EU:T: 2016:455, §§44-46.

13. *Cet arrêt confirme que le respect des droits fondamentaux des personnes mises en cause, en ce compris le droit au respect de leur vie privée, est une condition de validité des actes des autorités de concurrence dans le cadre de leur instruction.*

14. *Les seules exceptions au droit fondamental à la vie privée, énoncées au deuxième paragraphe de l'article 8 CEDH, sont limitées et d'interprétation stricte : « [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».*

15. *La Cour de cassation a indiqué à propos de l'article 8 de la CEDH que « La protection de la vie privée prévue à ces dispositions conventionnelles porte également sur des communications privées. Les personnes qui y participent se doivent également de respecter leur vie privée mutuelle »[349]. L'article 8 de la CEDH impose donc aux particuliers de respecter la vie privée de leurs interlocuteurs. Il en découle que les Enregistrements Secrets réalisés par Newpharma violent l'article 8 de la CEDH en ce qu'ils ont été réalisés et communiqués à des tiers à l'insu de Caudalie (à savoir, à l'Auditorat de l'ABC).*

16. *L'Auditorat considère dans sa Proposition de Décision qu'il n'y a « aucune atteinte à l'article 8 » parce que « Le contenu des conversations est […] de nature purement professionnelle »[350]. Cet argument est sans pertinence : le droit à la vie privée des personnes participant à des conversations téléphoniques est reconnu même lorsque ces conversations sont de nature professionnelle.*

En effet, l'article 8 de la CEDH protège également les personnes morales, dont les entreprises, alors que celles-ci ont une vie privée de nature essentiellement professionnelle. La Cour européenne des Droits de l'Homme a confirmé que cette protection concerne non seulement leurs locaux mais également leurs communications :

« la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'une personne morale a droit au respect de son "domicile" au sens de l'article 8 § 1 de la Convention (voir Société Colas Est et autres c. France, no 37971/97, § 41, CEDH 2002 III ; Buck c. Allemagne, no 41604/98, § 31, 28 avril 2005 ; et Kent Pharmaceuticals Limited et autres c. Royaume-Uni (déc.), no 9355/03, 11 octobre 2005). L'association requérante n'est donc pas, contrairement à ce que le Gouvernement laisse entendre, totalement privée de la protection de l'article 8 par le seul fait qu'elle est une personne morale. S'il est permis de douter que, étant une telle personne, elle puisse avoir une "vie privée" au sens de cette disposition, on peut dire que son courrier et ses autres communications, qui sont en cause dans la présente

[349] Cass., 9 septembre 2008, *Pas.,* 2008, liv. 9, 188.
[350] Proposition de Décision, §161.

affaire, sont couverts par la notion de "correspondance" qui s'applique également aux communications provenant de locaux privés et commerciaux »[351] *(nous soulignons).*

Ou encore, de manière plus lapidaire :

« La Cour rappelle que les appels téléphoniques reçus dans des locaux privés ou professionnels sont compris dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8 § 1 »[352]

Caudalie observe enfin que l'interprétation de l'Auditorat rendrait sans objet les garanties procédurales encadrant les perquisitions menées dans les locaux d'entreprises : s'il n'existait pas de droit à la vie privée dans le cadre d'activités professionnelles, l'exigence de l'autorisation préalable d'un juge d'instruction prévue à l'article IV.40, §3 du Code de droit économique n'aurait pas de sens.

17. *Par ailleurs, l'Auditorat s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 2008 pour avancer que « le seul fait d'enregistrer une […] conversation à laquelle on participe soi-même n'est pas illicite même si cet enregistrement est fait à l'insu des autres participants »*[353]*. Or, dans le même arrêt, la Cour de cassation ajoute :*

« Chaque usage de l'enregistrement, excepté le cas de l'usage personnel et l'usage autre que celui visé à l'article 314bis, §2, alinéa 2 du Code pénal, peut constituer une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il appartient au juge d'en décider sur la base des éléments de fait en cause.

Le juge qui apprécie si l'usage est autorisé, est tenu d'inclure dans son jugement le critère de l'attente raisonnable du respect de la vie privée. »[354]*. (nous soulignons)*

18. *Newpharma n'a pas effectué les Enregistrements Secrets pour son usage personnel. Newpharma les a réalisés dans l'objectif spécifique de piéger Caudalie. Newpharma a ensuite transmis ces Enregistrements Secrets, sans l'accord des employés de Caudalie concernés et de Caudalie, à l'Auditorat. L'Auditorat n'était pas partie aux conversations enregistrées et n'aurait pas pu les obtenir par lui-même sans l'accord de Caudalie ou sans respecter le principe d'administration loyale des preuves tel qu'il figure à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, comme ce sera expliqué ci-dessous (section 2.1.3.2). Cette manœuvre déloyale de Newpharma est*

[351] Cour. Eur. D. H., arrêt *Assoc. pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, 8 juin 2007, n° 62540/00, para. 60. Traduction libre du texte original en anglais : « *As regards the applicant association, the Court notes that it has already held that a legal person is entitled to respect for its "home" within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention (see Société Colas Est and Others v. France, no. 37971/97, § 41, ECHR 2002 III; Buck v. Germany, no. 41604/98, § 31, 28 April 2005; and Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. the United Kingdom (dec.), no. 9355/03, 11 October 2005). The applicant association is therefore, contrary to what the Government suggest, not wholly deprived of the protection of Article 8 by the mere fact that it is a legal person. While it may be open to doubt whether, being such a person, it can have a "private life" within the meaning of that provision, it can be said that its mail and other communications, which are in issue in the present case, are covered by the notion of "correspondence" which applies equally to communications originating from private and business premises* ».

[352] Cour. Eur. D. H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, p. 1016, para. 44.

[353] Cass., 9 septembre 2008, cité au §159 de la Proposition de Décision.

[354] Cass., 9 septembre 2008, P.08.0276.N.

nécessairement contraire au principe d'« attente raisonnable » du respect de la vie privée. Une telle utilisation viole par conséquent l'article 8 de la CEDH.

19. *Cette ingérence dans la vie privée de Caudalie ne répond par ailleurs à aucune des exceptions prévues à l'article 8, §2 de la CEDH. En effet, cette disposition indique sans ambiguïté que toutes les exceptions doivent être « prévues par la loi ». Aucune disposition législative belge n'autorise Newpharma à procéder à de tels Enregistrements Secrets dans le but de nuire à Caudalie en les divulguant à des tiers. Par conséquent, les Enregistrements Secrets enfreignent l'article 8 de la CEDH.*

20. *L'ABC est une émanation de l'Etat belge. À ce titre, l'ABC est tenu au respect de la CEDH, en ce compris son article 8. La CEDH oblige les Etats à assurer le respect des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers*[355]*. Cela implique que des autorités publiques, telle que l'ABC, ne peuvent pas ignorer des violations flagrantes des droits fondamentaux et encore moins s'en rendre complices. En acceptant des Enregistrements Secrets relevant du droit à la vie privée de Caudalie et en se servant ensuite de l'un de ces Enregistrements Secrets contre Caudalie, non seulement l'Auditorat de l'ABC cautionne la violation de l'article 8 de la CEDH mais en outre il participe à cette violation.*

21. *Enfin, le renvoi fait par l'Auditorat à l'arrêt prononcé le 9 juillet 2015 par le College van Beroep voor het bedrijfsleven des Pays-Bas à l'appui de la position selon laquelle « le fait pour l'Autorité néerlandaise de concurrence de recevoir des enregistrements téléphoniques ne constitue pas une violation de l'article 8 de la CEDH » soutient en réalité l'argumentation de Caudalie. En effet, dans cette affaire néerlandaise, des écoutes téléphoniques ont été effectuées avec l'autorisation préalable d'un juge d'instruction :*

« Le point de départ de l'évaluation est que les écoutes téléphoniques à partir desquelles les données en question ont été obtenues ont été effectuées après que le juge-commissaire en ait donné l'autorisation. »[356]

Cet arrêt confirme la position de Caudalie, à savoir que la réalisation des Enregistrements Secrets aurait dû faire l'objet de garanties procédurales comme c'est le cas aux Pays-Bas en ce qui concerne les écoutes téléphoniques (et également en France – voir ci-dessous, section 2.1.3.2), afin de respecter le droit de Caudalie et de ses employés au respect de leur vie privée et, en aval, le droit de Caudalie à un procès équitable.

En l'absence d'autorisation judiciaire, l'acceptation et l'utilisation de ces Enregistrements par l'Auditorat sont irréguliers et violent l'Article 8 de la CEDH.

22. *Il résulte de ce qui précède que :*

---

[355] Cour. Eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas,* 26 mars 1985.

[356] College van Beroep voor het bedrijfsleven, arrêt du 9 juin 2015, ECLI:NLCBB:2015:193, point 4.6. Traduction libre du texte original en néerlandais : « *Uitgangspunt bij de beoordeling is dat de telefoontaps waaruit de in geding zijnde tapgegevens zijn verkregen, zijn geplaatst nadat de rechter-commissaris daarvoor een machtiging had verstrekt*. ».

- *En droit, le principe du respect de la vie privée tel que protégé par l'Article 8 de la CEDH s'applique aux conversations faisant l'objet des Enregistrements Secrets, quelle que soit la teneur de ces conversations ;*
- *En pratique, Newpharma a enregistré des conversations avec des employés de Caudalie à l'insu de ces derniers et a fait de ces enregistrements un usage qui dépasse largement l'usage personnel, puisque ces enregistrements ont été effectués dans le seul objectif de piéger Caudalie et ont été transmis à l'Auditorat, ce qui enfreint de manière manifeste le droit de Caudalie et de ses employés au respect de leur vie privée ;*
- *En acceptant et utilisant des Enregistrements Secrets qu'il n'aurait pas pu obtenir par lui-même, l'Auditorat de l'ABC (et, plus largement, l'Etat belge dont l'ABC est une émanation) a enfreint l'article 8 de la CEDH.*

Les Enregistrements Secrets sont dès lors entachés d'irrégularité.

2.1.3 *L'utilisation des Enregistrements Secrets est contraire au droit de Caudalie à un procès équitable*

23. *Les développements qui précèdent (section 2.1.2) démontrent que les Enregistrements Secrets sont irréguliers. En outre, l'utilisation des Enregistrements Secrets est également contraire au droit de Caudalie à un procès équitable, de sorte que les deux conditions établies par la jurisprudence Antigone sont remplies.*

24. *En effet, comme il sera expliqué ci-dessous (à la section 2.1.3.1), les Enregistrements Secrets ont été réalisés de manière particulièrement déloyale et dans l'objectif manifeste de piéger les représentants de Caudalie afin de servir les intérêts privés de Newpharma. L'utilisation d'une preuve irrégulière et déloyale est particulièrement inacceptable dans le cadre d'une procédure en droit de la concurrence. Cette utilisation méconnaît les garanties procédurales inhérentes à un procès équitable (section 2.1.3.2). En outre, admettre l'utilisation des Enregistrements Secrets reviendrait à cautionner et à normaliser le contournement des limites des pouvoirs d'enquête de l'Auditorat de l'ABC (section 2.1.3.3).*

2.1.3.1 Les Enregistrements Secrets ont été réalisés de manière déloyale

25. *Le Tribunal de l'UE a considéré, dans le cadre d'une affaire de concurrence (un cas d'entente horizontale), qu'« une certaine méfiance à l'égard de dépositions volontaires des principaux participants à une entente illicite est compréhensible, dès lors que ces participants pourraient minimiser l'importance de leur contribution à l'infraction et maximiser celle des autres »[357]. Cet arrêt démontre que la qualité des personnes à l'origine de la preuve a un impact sur la qualité de la preuve et doit amener les autorités à agir avec méfiance.*

26. *L'Auditorat de l'ABC ne peut pas traiter les Enregistrements Secrets comme des preuves objectives parce que ce n'en sont pas.*

27. *Ce manque d'objectivité se confirme à l'analyse des Enregistrements Secrets. Ceux-ci ont en effet été réalisés dans l'objectif manifeste de piéger Caudalie. Newpharma a un intérêt direct à nuire à*

[357] Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 27 juin 2012, *Coats Holdings*, T-439/07, ECLI:EU:T:2012:320, §47.

Caudalie puisque toute condamnation de Caudalie affaiblirait Caudalie dans ses négociations commerciales avec Newpharma et pourrait dissuader Caudalie de défendre ses intérêts légitimes vis-à-vis de Newpharma. Le dépôt de cette plainte et l'enquête subséquente constituent une stratégie commerciale qui permet à Newpharma de faire pression non seulement sur Caudalie mais sur l'ensemble de ses fournisseurs pour obtenir les prix les plus bas tout en maintenant ses propres marges bénéficiaires.

28. *Les méthodes déloyales utilisées par Newpharma reflètent cette intention de nuire à Caudalie pour en dériver un gain direct et personnel.*

29. *Premièrement, il est frappant de constater qu'aucun des deux Enregistrements Secrets n'a été effectué spontanément pour consigner une conversation en cours. Les deux Enregistrements Secrets débutent avant même que commencent les conversations téléphoniques, signe que les représentants de Newpharma ont préparé les appels afin de créer des preuves à charge de Caudalie.*

30. *Deuxièmement, plusieurs employés de Newpharma ont été invités à assister à la conversation entre [Monsieur B] (Caudalie) et [Monsieur T] (Newpharma) contenue dans l'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016. Ces employés ont ensuite fourni une attestation quant au contenu de celle-ci le 20 octobre 2016.*[358] *La présence de ces employés ne semble pas être un hasard et confirme le caractère prémédité de cet Enregistrement Secret.*

31. *Troisièmement, la date du deuxième Enregistrement Secret apporte également des indications sur la volonté de Newpharma de piéger Caudalie. En effet, cet Enregistrement Secret est réalisé le 17 novembre 2017, soit à peine dix jours avant le dépôt de la plainte de Newpharma auprès de l'ABC.*[359] *On peut donc raisonnablement s'interroger sur le but de cette conversation. Il s'agit vraisemblablement d'un stratagème mis en place par Newpharma afin de créer des preuves à fournir à l'Auditorat plutôt que d'une conversation destinée à régler des questions commerciales.*

32. *Cette stratégie échoue pour ce qui concerne l'Enregistrement Secret du 17 novembre 2017. Dans cet enregistrement, la représentante de Newpharma, [Madame U], tente de piéger la représentante de Caudalie, Mme [E], en l'interrogeant sur la raison pour laquelle une commande n'a pas été livrée entièrement à Newpharma. Manifestement, [Madame U] a déjà reçu cette explication mais appelle malgré tout parce qu'elle n'a soi-disant « pas compris ». Cependant, contrairement à ce que fait son président dans l'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016, [Madame U] n'ose pas réellement manipuler Mme [E]. D'autre part, Mme [E] se rappelle suffisamment bien du sujet de cette conversation (qu'elle a abordé récemment avec un autre représentant de Newpharma) pour ne pas se laisser influencer. Mme [E] n'est pas en mesure de répondre entièrement aux questions. Toutefois, le seul point sur lequel elle s'exprime avec certitude concerne le fait que Caudalie limite les quantités de certains produits spécifiques qu'elle fournit à tous les pharmaciens afin d'éviter que ces produits ne soient immédiatement exportés en Asie et ne soient par conséquent pas mis à la disposition des consommateurs situés dans l'Union européenne. Il va de soi que Caudalie est en droit de prendre des mesures visant à éviter que les*

[358] Pièce I.A12.
[359] Pièce I.A.27.2.

produits destinés à l'Union européenne soient exportés vers l'Asie et ne bénéficient dès lors pas aux consommateurs européens.

33. *Le stratagème des représentants de Newpharma a toutefois eu davantage de succès lorsqu'il a été mis en œuvre par le [fonction] de Newpharma, [Monsieur T], vis-à-vis de [Monsieur B] (Caudalie). L'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016 révèle que le souci principal de M. [B] est la présentation des produits Caudalie. M. [B] aborde spontanément et dès le début de la conversation la question du manque de conformité de la présentation adoptée par Newpharma avec « la charte graphique » de Caudalie. M. [B] relève les couleurs utilisées, les pastilles « promo » dont il précise qu'elles sont rouges, couleur « criarde » qui va « galvauder notre image ». Ce souci de protéger la présentation des produits de Caudalie est parfaitement légitime (voir ci-après, section 0).*

34. *C'est [Monsieur T], et non M. [B], qui amène la conversation sur les prix de revente. [Monsieur T] détourne ainsi la conversation en suggérant de lui-même que des concurrents vendent les produits Caudalie « moins cher que ce que vous nous autorisez à vendre ».*

35. *En outre, [Monsieur T] s'exprime de manière volontairement ambiguë. Il sait que l'Auditorat de l'ABC (auquel Newpharma va transmettre l'enregistrement) va interpréter sa phrase comme révélatrice de l'existence de prix de revente imposés. Il ne prononce toutefois pas les termes « prix imposés », sachant pertinemment que M. [B] va interpréter différemment ses propos. En effet, dans la mesure où les pharmaciens n'acceptent généralement pas de réduire leur marge (voir section 4.1.1 ci-après), ces derniers sollicitent de Caudalie de pouvoir le faire (d'être « autorisés » à le faire) grâce à une contribution supplémentaire de Caudalie. De ce point de vue, [Monsieur T] ne « peut pas » (c'est-à-dire, ne veut pas) vendre moins cher tant qu'il n'a pas acheté moins cher.*

36. *<u>Au surplus</u>, il transparaît de la retranscription de l'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016 que l'Auditorat lui-même doute du contenu de cet Enregistrement Secret. En raison de la manipulation effectuée par [Monsieur T] et des changements brusques de sujet de conversation, les interventions de M. [B] sont confuses au point d'en être difficilement compréhensibles. La retranscription effectuée par l'Auditorat de l'ABC inclut d'ailleurs des points d'interrogation mis entre parenthèses :*

« Et après le deuxième point, on s'était eu au téléphone là-dessus … euh … c'est sur … ben c'est sur l'action qui a eu lieu … c'est pas du tout ce qu'on avait convenu moi je … en fait … euh ce qu'on avait dit c'est que … euh … quand on fait des actions avec vous c'est systématiquement en produits vente et je vous envoie les produits … Donc moi j'ai respecté mon deal …. <u>(????)</u> par rapport à ce que j'ai vu quoi. »

« J'ai un procès contre les marketplaces jusque euh euh <u>(???)</u> une solution qu'on ne correspond pas du tout à ce qu'on conçoit en terme de distribution et ils ne respectent pas notre contrat c'est-à dire que les marketplaces en fait c'est … en fait n'ont pas d'agrément pour vendre alors après les revendeurs effectivement ont l'agrément et c'est ce qu'on … ce qu'on combat c'est qu'en fait le … le support sur lequel nos revendeurs se mettent n'est pas agréé « Caudalie » et c'est qu'on … qu'on veut arrêter, voyez. En fait euh … donc euh … » (nous soulignons)

37. *Ces points d'interrogation ne semblent pouvoir être interprétés que de deux manières. Soit l'Auditorat a vu dans les passages concernés des questions implicites, qu'il a indiquées par des points d'interrogation. Il serait toutefois assez surprenant que l'Auditorat puisse interpréter de cette manière un enregistrement vocal sans expliquer d'aucune manière que ce soit les raisons de ce parti pris. Soit, de manière plus probable, ces points d'interrogation révèlent que l'Auditorat doute du sens à donner aux propos de M. [B]. Il est dans ce deuxième cas interpellant que l'Auditorat octroie une valeur de preuve à un Enregistrement Secret dont il ne comprend pas l'entièreté du contenu.*

38. *Caudalie observe que, dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat ne conteste aucunement la description ci-dessous et le caractère déloyal des méthodes de Newpharma alors que cette description lui a déjà été communiquée dans le cadre de la réponse de Caudalie à la CG.*

39. *Il résulte de ce qui précède que les Enregistrements Secrets ont été effectués de manière déloyale, en recourant à des procédés qui relèvent de la manipulation. De tels procédés n'ont leur place dans aucun procès digne de ce nom. Comme il sera expliqué ci-dessous, c'est d'autant moins le cas dans le cadre d'une procédure pour infraction au droit de la concurrence telle que celle-ci.*

2.1.3.2 Méconnaissance des garanties procédurales inhérentes à un procès équitable dans le cadre d'une procédure pour infraction au droit de la concurrence

(a) Rappel du principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves

40. *Les infractions en droit de la concurrence et les sanctions auxquelles elles peuvent donner lieu sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la CEDH[360].*

41. *En matière pénale, le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves est reconnu comme un principe général de droit[361]. L'article 90ter du Code d'instruction criminelle dispose que :*

« le juge d'instruction peut, dans un but secret, intercepter, prendre connaissance, explorer et enregistrer, à l'aide de moyens techniques, des communications non accessibles au public […]. Cette mesure ne peut être ordonnée que dans des cas exceptionnels, lorsque les nécessités de l'instruction l'exigent, s'il existe des indices sérieux que cela concerne une infraction visée au paragraphe 2, et si les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité ».

Cet article assure la mise en place de garanties procédurales contre les abus des autorités chargées de poursuites répressives.

42. *La Cour de cassation n'a jusqu'à présent pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application du principe de loyauté de la preuve en droit de la concurrence. Néanmoins, comme indiqué ci-dessus, le droit de la concurrence est, de par la gravité des infractions qu'il établit et la sévérité des*

[360] Cour. Eur. D.H., arrêt *Menarini Diagnostics SRL c. Italie,* 27 septembre 2011 ; Cour constitutionnelle, arrêt n° 179/2014 du 10 décembre 2014, point B.8.1.
[361] Cass., 25 juin 2003, *Pas.,* 2003, I, 1273 ; Cass., 5 mars 2003, *Pas.,* 2003, I, 464 ; Cass., 3 avril 2001, *Pas.,* 2001, I, 589.

sanctions qui sont attachées à ces dernières, de nature pénale. Les mêmes garanties procédurales devraient dès lors encadrer l'application du droit de la concurrence.

43. *En outre, la Cour de cassation française a été amenée à appliquer ce principe dans le cadre de procédures de droit de la concurrence à deux reprises. Dans un arrêt du 3 juin 2008 et dans un autre du 7 janvier 2011, elle a considéré que des enregistrements de conversations téléphoniques réalisés à l'insu d'une partie qui a tenu des propos incriminants étaient illégaux et contraires à l'article 6, §1 de la CEDH[362]. Plus précisément, la Cour de cassation française a décidé que :*

« l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »[363].

44. *S'il est exact que la juridiction de la Cour de cassation française n'inclut pas la Belgique, le raisonnement qui préside à la jurisprudence de la Cour de cassation française est néanmoins intégralement transposable en droit belge, et cela pour deux raisons.*

45. *D'une part, ce raisonnement se fonde sur l'article 6, §1er de la CEDH. La CEDH est d'application tant en France qu'en Belgique. Rien ne justifierait que l'article 6, §1er de la CEDH ait un contenu différent dans ces deux pays.*

46. *D'autre part, l'arrêt de la Cour de cassation française concerne une procédure de droit de la concurrence. Tout comme le droit de la concurrence belge, le droit de la concurrence français constitue une application à l'échelle nationale des interdictions d'accords et pratiques anticoncurrentiels incluses aux articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (**TFUE**). Dans de nombreux cas, les articles 101 et/ou 102 du TFUE et les dispositions correspondantes en droit national sont appliquées simultanément aux mêmes faits. Il serait dès lors illogique que l'application de ces dispositions ne soit pas entourée des mêmes garanties procédurales.*

47. *En d'autres termes, il n'existe aucune raison objective qui permettrait de considérer que l'article 6, §1 de la CEDH, qui interdit l'utilisation d'un enregistrement secret dans une procédure de concurrence en France, admettrait l'utilisation d'un tel enregistrement dans une procédure équivalente en Belgique, alors que tant l'article 6§1er de la CEDH que le droit de la concurrence sont tout à fait comparables, voire identiques, en Belgique et en France.*

48. *C'est donc à tort que l'Auditorat tente d'écarter cette jurisprudence et, plus largement, le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves.*

49. *L'Auditorat écrit à ce sujet que « ce principe [de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves] n'a pas été consacré en droit belge, en tous cas pas par la Cour de cassation belge »[364]. Et pourtant, ce principe existe bel et bien en droit belge. L'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2015 le confirme sans ambiguïté :*

[362] Cass. française, 3 juin 2008 et Cass. française, 7 janvier 2011.
[363] Cass. française, 7 janvier 2011.
[364] Proposition de Décision, §174.

« Le respect du principe de loyauté implique que tous les éléments recueillis par le parquet soient versés au dossier répressif, particulièrement les éléments à décharge. »[365]

La Cour de cassation a également établi qu'il s'agissait d'un principe général de droit :

« La mention, dans un procès-verbal soumis au débat contradictoire, de renseignements puisés dans une instruction étrangère à la cause, trouve appui dans les dispositions légales précitées et ne méconnaît pas, du seul fait que cette autre instruction n'est pas jointe, le principe général du droit relatif à la loyauté dans l'administration de la preuve. »[366] *(nous soulignons)*

50. *Il est quelque peu inquiétant que l'Auditorat ignore l'existence de ce principe alors qu'il remplit des fonctions inquisitoires dans le cadre de procédures de droit de la concurrence et que, comme expliqué ci-dessus et déjà indiqué à l'Auditorat dans le cadre de la réponse de Caudalie à la CG, les infractions en droit de la concurrence et les sanctions auxquelles elles peuvent donner lieu sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la CEDH*[367]*.*

51. *Il résulte de ce qui précède que le principe de loyauté dans la recherche et l'administration de la preuve a été consacré par le droit belge.*

52. *Quant aux arguments de l'Auditorat visant à écarter l'arrêt de la Cour de cassation française, ils appellent deux remarques.*

53. *Premièrement, il est piquant de constater que l'Auditorat écarte la jurisprudence de la Cour de cassation française citée par Caudalie alors qu'il n'hésite pas à se référer à la jurisprudence du College van Beroep voor het bedrijfsleven des Pays-Bas, comme indiqué ci-dessus au paragraphe 21.*

54. *Deuxièmement, contrairement à ce que l'Auditorat allègue, la jurisprudence de la Cour de cassation citée par l'Auditorat ne peut pas être interprétée « implicitement, mais certainement » comme rejetant le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves tel qu'il est admis en France*[368]*. Dans l'arrêt du 9 septembre 2008 cité par l'Auditorat, la Cour de cassation a jugé que :*

« Chaque usage de l'enregistrement, excepté le cas de l'usage personnel et l'usage autre que celui visé à l'article 314bis, §2, alinéa 2 du Code pénal, peut constituer une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il appartient au juge d'en décider sur la base des éléments de fait en cause.

[365] Cass., 12 mai 2015, P.13.1399.N. Traduction libre du texte original en néerlandais : « *Het loyaliteitsbeginsel houdt in dat alle door het parket verzamelde gegevens bij het strafdossier worden gevoegd, inzonderheid de gegevens à décharge*. ».
[366] Cass., 30 mai 2007, P.07.0421.F.
[367] Cour. Eur. D.H., arrêt *Menarini Diagnostics SRL c. Italie,* 27 septembre 2011 ; Cour constitutionnelle, arrêt n° 179/2014 du 10 décembre 2014, point B.8.1.
[368] Proposition de Décision, §175.

Le juge qui apprécie si l'usage est autorisé, est tenu d'inclure dans son jugement le critère de l'attente raisonnable du respect de la vie privée. »[369]

La Cour de cassation n'exclut donc pas l'existence du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Il indique au contraire qu'utiliser l'enregistrement d'une conversation à laquelle on est partie peut être illégal selon l'utilisation qui en est faite.

Or, comme détaillé ci-dessous, les circonstances de la présente affaire sont de nature à rendre l'utilisation des Enregistrements Secrets contraire au droit à un procès équitable : les Enregistrements Secrets ont été effectués de manière déloyale dans le but précis de piéger Caudalie.

(b) Application du principe de loyauté - garant du droit à un procès équitable - dans la recherche et l'administration des preuves aux affaires de droit de la concurrence

55. *L'Auditorat s'oppose à l'application du principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves, au motif que « l'application d'un tel principe au droit de la concurrence serait contraire à l'application effective du droit de la concurrence et à la nécessité d'éviter de rendre insoutenable la charge de la preuve pour les autorités de la concurrence »*[370]*. Cet argument doit être écarté.*

56. *<u>Premièrement</u>, la jurisprudence de la Cour de cassation française citée par Caudalie concerne précisément des affaires de droit de la concurrence. L'Auditorat ne peut pas raisonnablement suggérer que le droit de la concurrence français n'est pas effectif ou que la charge de la preuve qui pèse sur l'Autorité française de la concurrence est insoutenable.*

57. *<u>Deuxièmement</u>, le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves s'applique en matière pénale en Belgique. À nouveau, l'Auditorat ne peut pas raisonnablement considérer que ce principe s'oppose à l'application effective du droit pénal. Pourquoi, dès lors, s'opposerait-il à l'application effective du droit de la concurrence (qui est, comme indiqué ci-dessus, de nature pénale) ?*

58. *<u>Troisièmement</u>, comme déjà indiqué, le droit de la concurrence est de nature pénale. Le principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves trouve donc à s'y appliquer.*

59. *<u>Quatrièmement</u>, Caudalie ne prétend pas empêcher l'Auditorat d'utiliser tout enregistrement téléphonique en toutes circonstances. Elle s'oppose néanmoins fermement à l'utilisation d'Enregistrements Secrets effectués par une partie manifestement opposée aux intérêts de Caudalie, sans la moindre garantie procédurale. L'Auditorat respecte ces garanties procédurales lors des perquisitions qu'elle effectue, puisqu'elle requiert l'autorisation préalable d'un juge d'instruction. Cette démarche n'entrave pas l'effectivité du droit de la concurrence. L'Auditorat peut donc également respecter le droit de Caudalie à sa vie privée (article 8 de la CEDH) et son*

[369] Cass., 9 septembre 2008, P.08.0276.N.
[370] Proposition de Décision, §176.

droit à un procès équitable (article 6, §1er de la CEDH) en faisant la même chose lorsqu'il s'agit d'enregistrements téléphoniques.

(c) Conséquences d'un défaut de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves : l'atteinte à un procès équitable de Caudalie

60. *L'Auditeur estime que « les droits de la défense de Caudalie ne sont pas affectés par l'existence de cet enregistrement [utilisé à charge de Caudalie] puisqu'il lui est permis de faire valoir son argumentation concernant celui-ci et d'en donner une explication alternative si elle le souhaite »*[371].

61. *Or, c'est précisément le fait que Caudalie se trouve confrontée à l'utilisation de preuves déloyales à son encontre qui porte atteinte à son droit à un procès équitable. Dans un procès équitable, les preuves sont administrées de manière loyale et seules sont retenues les preuves crédibles et objectives, à charge et à décharge, récoltées et utilisées dans le respect des droits fondamentaux de la partie poursuivie. Un procès dans lequel la partie défenderesse doit répondre à des preuves déloyales n'est pas un procès équitable parce que la réception par l'autorité de poursuite et la présence de ces preuves déloyales dans le dossier de procédure oriente le cours de son procès.*

62. *Par conséquent, l'utilisation à charge de Caudalie d'un Enregistrement Secret réalisé à son insu constitue un procédé déloyal ; l'utilisation de cette preuve est irrecevable car contraire au principe général de droit relatif à la loyauté dans l'administration de la preuve, ce qui porte atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable consacré par l'article 6§1 de la CEDH.*

2.1.3.3 Contournement des limites aux pouvoirs d'enquête dont dispose l'ABC

63. *L'Auditorat de l'ABC dispose de pouvoirs d'enquête étendus lui permettant de déceler l'existence d'infractions au droit de la concurrence. Il n'a cependant pas fait usage de ses pouvoirs pour obtenir légalement les enregistrements. En effet, requérir ces enregistrements sans l'accord de Caudalie eut nécessité l'autorisation préalable d'un juge d'instruction, comme c'est le cas pour effectuer des perquisitions domiciliaires, puisqu'il s'agit dans les deux cas d'une atteinte sérieuse à la vie privée de Caudalie.*

64. *Cette nécessité a été confirmée par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Celle-ci a en effet jugé que la surveillance des télécommunications ne peut être autorisée que dans un cadre légal strict, présentant des garanties adéquates contre les abus*[372]*. Comme l'écrit la Cour, « le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 [de l'article 8 de la CEDH] […]. Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret »*[373]*.*

65. *Les Enregistrements Secrets n'ont été ni autorisés ni encadrés d'une quelconque manière par un juge d'instruction. Cette ingérence dans la vie privée de Caudalie n'a pas fait l'objet de la moindre*

[371] Proposition de Décision, §169.
[372] Cour Eur. D.H., arrêt *Kruslin c. France,* 24 avril 1990, §§25-32.
[373] Cour Eur. D.H., arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, §67.

garantie procédurale. Comme expliqué ci-avant, les Enregistrements Secrets ont d'ailleurs été réalisés de manière manifestement déloyale.

66. *En réponse, l'Auditorat a avancé une série d'arguments peu convaincants.*

67. *L'Auditorat affirme en premier lieu qu'il « a recueilli légalement les enregistrements de la part de Newpharma puisqu'il les a reçus dans le cadre de ses missions légales »[374]. Or, l'Auditorat n'a pas recueilli les Enregistrements Secrets de manière légale. Comme expliqué ci-dessus, la transmission des Enregistrements Secrets et leur utilisation par l'Auditorat enfreignent le droit de Caudalie et de ses employés au respect de leur vie privée, en violation de l'article 8 de la CEDH. En outre, les Enregistrements Secrets ont été effectués de manière déloyale, de sorte que leur utilisation enfreint l'article 6, §1er de la CEDH.*

68. *En second lieu, l'Auditorat cherche à se retrancher derrière l'article IV.40, §2, al. 3 du CDE pour affirmer qu'il peut recueillir « tous documents ou éléments d'information » [375]. Or, l'article IV.40, §2, al. 3 CDE n'autorise pas l'Auditorat à recueillir n'importe quelle information dans n'importe quelles conditions. Ce que conteste Caudalie, c'est précisément la manière dont ces informations ont été recueillies – au mépris de son droit à la vie privée, de manière déloyale et à des fins qui violent son droit à un procès équitable. L'Auditorat ne peut raisonnablement suggérer que l'article IV.40, §2, al. 3 du CDE le dispense de respecter la moindre garantie procédurale (telle que l'autorisation préalable d'un juge d'instruction pour mener une perquisition) au motif que de toutes façons, l'article IV.40, §2, al. 3 du CDE l'autorise à recueillir « tous documents ou éléments d'information ».*

69. *Enfin, c'est également à tort que l'Auditorat compare les Enregistrements Secrets à « des comptes-rendus de cet entretien ou des comptes-rendus d'une réunion physique ou tenue par vidéo-conférence ainsi que des témoignages attestant du contenu de cette réunion physique ou de cette vidéo-conférence », qui eux, constitueraient des preuves admissibles[376].*

70. *En substance, cet argument vise à considérer que le caractère illégal de la collecte de certaines pièces serait inopérant dès lors qu'il existerait un moyen légal d'obtenir des pièces similaires.*

Ce raisonnement laisse a minima perplexe et reflète l'embarras de l'Auditorat pour tenter de justifier l'utilisation irrégulière de ces preuves déloyales.

71. *Si on suit ce raisonnement, on peut se demander pourquoi il faut l'autorisation d'un juge d'instruction pour effectuer une perquisition alors que cette autorisation n'est pas nécessaire pour obtenir sur Internet des photos des locaux concernés. Ou pourquoi il faut une telle autorisation*

[374] Proposition de Décision, §180.
[375] Proposition de Décision, §166.
[376] Proposition de Décision, §167. De même, l'Auditeur ne peut pas se retrancher derrière l'affaire Brabomills pour prétendre pouvoir utiliser les Enregistrements Secrets. L'affaire Brabomills ne concernait pas d'Enregistrements Secrets tels que ceux en cause dans la présente affaire et, comme le remarque d'ailleurs l'Auditorat, la Cour des marchés ne se réfère à aucun moment au contenu des conversations téléphoniques mais uniquement à leur existence. Cette affaire n'est donc pas comparable à celle qui concerne Caudalie.

pour effectuer des écoutes téléphoniques alors que cette autorisation ne serait pas nécessaire si l'une des deux parties à la conversation avait relaté à l'Auditorat le contenu de cette conversation.

72. *Le caractère inopérant de ce raisonnement est d'autant plus évident à l'égard du secret de la correspondance et des communications électroniques, principe de droit établi de longue date.*

73. *Ce principe de secret des communications électroniques est en effet inscrit à l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (la* ***Loi sur les communications électroniques****). L'article 124 interdit de « prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement », de stocker ces données et d'en faire un usage quelconque, à moins d'obtenir le consentement de « toutes les personnes directement ou indirectement concernées ».*

74. *Les Enregistrements Secrets ont été réalisés durant des conversations téléphoniques. Ils tombent dès lors dans le champ d'application de l'article 124 de la Loi sur les communications électroniques. L'Auditorat a pris connaissance de leur contenu sans obtenir le consentement de toutes les personnes directement ou indirectement concernées, en méconnaissance de cette disposition.*

75. *L'article 125 de la Loi sur les communications électroniques prévoit des exceptions à l'article 124 précité. L'une de ces exceptions, incluse à l'article 125, §1er, 5°/1, s'applique aux actes « accomplis par les agents habilités par le ministre qui a l'économie dans ses attributions, dans le cadre de leurs missions légales de recherche ».*

76. *Néanmoins, lorsqu'il enfreint le droit de Caudalie et de ses employés au respect de leur vie privée et le droit de Caudalie à un procès équitable, tels que ces droits sont garantis par les articles 8 et 6 de la CEDH, l'Auditorat n'agit pas dans le cadre de ses missions légales mais au contraire excède ses pouvoirs. Par conséquent, il ne peut pas bénéficier de l'exception prévue à l'article 125, §1er, 5°/1.*

77. *En outre, cette exception prévue à l'article 125, §1er, 5°/1 de la Loi sur les communications électroniques ne peut s'appliquer que si les actes concernés « ne concernent pas l'écoute de communications ». En d'autres termes, le secret des communications interdit aux agents du Service Public Fédéral Economie d'écouter des communications téléphoniques sans le consentement de toutes les personnes concernées.*

78. *Cette règle doit également s'appliquer s'agissant des Enregistrements Secrets.*

79. *En effet, considérer que l'ABC ne peut pas enregistrer secrètement une conversation téléphonique mais peut accepter que Newpharma le fasse et lui transmette ensuite cet enregistrement créerait une différence de traitement injustifiée entre des entreprises dans une situation équivalente, à savoir les entreprises faisant l'objet d'une plainte auprès de l'ABC. Cette différence de traitement serait contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. L'autoriser reviendrait à faire dépendre le droit de ces entreprises au secret de leurs communications du bon vouloir de la partie plaignante. Or, le plaignant, en raison de son statut, n'est pas neutre et n'a probablement pas à cœur de*

respecter les droits de l'entreprise dont il se plaint. Il est intéressant de constater que, dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat ne conteste pas ce fait.

80. *Enfin, considérer que l'ABC peut utiliser les Enregistrements Secrets reviendrait à créer une brèche béante dans la protection du droit au secret des communications garanti par l'article 124 de la Loi sur les communications électroniques. En effet, cela donnerait à l'Auditorat le moyen d'éviter l'application de cet article dans le cadre de ses missions en s'appuyant sur un tiers particulièrement intéressé, le plaignant, sans offrir la moindre garantie procédurale à l'entreprise poursuivie. En d'autres termes, cela autoriserait l'Auditorat à sous-traiter certains de ses pouvoirs d'enquête sans pour autant que le « sous-traitant » (en l'occurrence, le plaignant) soit soumis aux garanties procédurales qui encadrent l'action de l'Auditorat.*

2.1.4 *Conclusion – atteinte grave et irrémédiable du droit de Caudalie à un procès équitable*

81. *Il résulte de la section 2.1.2 ci-dessus que la transmission et l'utilisation des Enregistrements Secrets sont illégales. Il ressort en outre de la section 2.1.3 que leur utilisation par l'Auditorat est contraire à un procès équitable, particulièrement dans le cadre d'une procédure en droit de la concurrence qui a un caractère pénal et peut donner lieu à de très lourdes sanctions.*

82. *Les Enregistrements Secrets constituent un des éléments principaux de la plainte déposée par Newpharma auprès de l'Auditorat le 27 novembre 2017. En particulier, c'est au vu des Enregistrements Secrets que l'Auditorat a entamé une instruction à l'encontre de Caudalie. La prise de connaissance des Enregistrements Secrets par l'Auditorat a nécessairement influencé la manière dont ce dernier a conduit son instruction.*

83. *Les Enregistrements Secrets ont également influencé significativement le contenu des griefs reprochés à Caudalie. La CG fait référence à l'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016 à de multiples reprises. L'Auditorat s'en sert comme preuve à charge de Caudalie aux paragraphes 52, 70, 76 et 77 de la CG.*

84. *Il est donc établi que l'instruction et la CG ont été viciées par l'exploitation illégale par l'Auditorat des Enregistrements Secrets.*

85. *En conséquence, la procédure dans son ensemble est irrégulière au regard des multiples violations irrémédiables des droits de la défense de Caudalie, en particulier du droit au respect de sa vie privée et du droit à un procès équitable (articles 8 et 6§1er de la CEDH).*

86. *Ces violations imposent l'abandon des présentes poursuites à l'égard de Caudalie.*

87. *À titre subsidiaire, les Enregistrements Secrets ainsi que toute pièce ou document de procédure se basant sur ces Enregistrements Secrets ou s'y référant devront à tout le moins être écartés et détruits. En raison des vices affectant ces pièces, ces Enregistrements Secrets ainsi que la retranscription effectuée par l'Auditorat (pièce 1.A.11.b) ne peuvent pas être pris en considération de quelque manière que ce soit par l'un ou l'autre des organes de l'ABC, que ce soit dans une éventuelle CG ultérieure ou dans le cadre des prochaines étapes de la procédure ouverte à l'encontre de Caudalie.*

Deuxième atteinte grave et irrémédiable au droit de Caudalie à un procès équitable : l'exclusion inexpliquée de pièces du dossier d'instruction de l'Auditorat

2.1.5 ***Pièces du dossier d'instruction concernées***

88. *Le classeur V du dossier d'instruction contient les pièces saisies lors des perquisitions effectuées dans les locaux de Caudalie SAS en France par l'Autorité de la concurrence française (**ADLC**). Caudalie SAS est, tout comme Caudalie Belgique SPRL, une filiale de Caudalie Holding. Caudalie SAS ne contrôle pas Caudalie Belgique SPRL et n'est pas non plus contrôlée par cette dernière. Caudalie SAS et Caudalie Belgique SPRL sont dès lors ce qu'il convient d'appeler des sociétés sœurs.*

89. *Lorsque Caudalie a reçu l'accès au dossier d'instruction le 29 mai 2020 (en même temps que la CG), en vue de la préparation de sa défense et plus particulièrement de sa réponse à la CG, Caudalie a constaté que l'ensemble des pièces saisies lors des perquisitions effectuées dans les locaux de Caudalie SAS en France ne se retrouvait pas dans le dossier d'instruction établi par l'Auditorat. En particulier, les saisies informatiques figurant dans le dossier d'instruction ne constituent qu'une fraction des pièces saisies en France.*

90. *Caudalie en a déduit qu'un tri avait nécessairement été effectué dans les pièces saisies lors des perquisitions en France avant qu'elle reçoive le dossier d'instruction le 29 mai 2020. L'Auditorat a finalement admis tardivement en réponse aux observations de Caudalie à la CG que « le dossier d'instruction accompagnant la communication des griefs ne contient pas l'ensemble des saisies informatiques réalisées en France »*[377]*.*

91. *Deux hypothèses pouvaient expliquer l'existence de ce tri :*

- *Première hypothèse : l'ADLC a transmis à l'Auditorat de l'ABC l'ensemble des pièces et c'est l'Auditorat qui a ensuite effectué une sélection des pièces à inclure dans le dossier d'instruction ;*
- *Deuxième hypothèse : l'ADLC a effectué un tri préalablement à la transmission des pièces à l'Auditorat de l'ABC et ce dernier n'a dès lors jamais reçu les pièces exclues au terme de ce tri.*

92. *Il ressort de la Proposition de Décision que la première hypothèse doit être retenue :*

« Les documents saisis par l'Autorité française de la Concurrence ont été communiqués à l'Autorité belge de la Concurrence conformément à l'article 12 du règlement 1/2003. […]

L'équipe d'instruction a reçu au total plus de 500.000 documents, représentant environ 130 GB, par l'intermédiaire de l'Autorité française de la Concurrence. Le nombre important de documents transmis par l'Autorité française est la conséquence du type de procédure propre à chaque Etat membre.

Afin de sélectionner les pièces pertinentes pour la présente affaire, l'équipe d'instruction a utilisé le même logiciel que celui utilisé lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Caudalie

[377] Proposition de Décision, §190.

Belgique et a fait usage de la liste de mots-clés utilisée dans ce cadre. Les pièces retenues à la suite de cette sélection sont celles qui figurent dans le dossier d'instruction, plus précisément à la cote V.B. »[378]

Seule cette hypothèse est donc examinée ci-dessous.

2.1.6 *Caractère illégal du tri effectué par l'Auditorat parmi les pièces saisies en France*

93. *Le tri auquel a procédé l'Auditorat de l'ABC parmi les pièces saisies en France enfreint nécessairement le Code de droit économique (**CDE**).*

94. *En effet, l'article IV.46, §1er du CDE, tel qu'en vigueur depuis le 3 juin 2019, dispose que :*

« 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. […] ». (nous soulignons)

95. *Or, l'article IV.42, §1er du CDE définit comme suit la notion de « 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. »[379] *(nous soulignons)*

Le dossier d'instruction doit donc contenir tous les documents et données de l'instruction.

96. *L'exigence d'un dossier d'instruction complet a pour objectif d'assurer le respect du principe du contradictoire, comme le confirment les travaux préparatoires de la loi ayant inséré les règles de concurrence dans le Code de droit économique :*

« Le § 6 introduit en outre une distinction entre le dossier de procédure et le dossier d'instruction et stipule que l'auditeur compose un dossier de procédure qu'il transmet au président de l'autorité. Nous le proposons afin suivre de plus près le modèle des procédures judiciaires contradictoire

[378] Proposition de Décision, §§187-189.

[379] L'article IV.41, §6 du CDE tel qu'il était rédigé avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2019 (loi portant modifications du livre Ier « Définitions », du livre XV « Application de la loi » et remplacement du livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique, publiée au Moniteur belge le 24 mai 2019), précise que le dossier d'instruction « *contient tous les documents et données rassemblés au cours de l'instruction* », sans prévoir d'exceptions.

portant sur les arguments des parties et les éléments de preuves qu'ils considèrent pertinents. »[380] *(nous soulignons)*

97. *Le lien étroit entre dossier d'instruction et principe du contradictoire est également souligné dans les travaux préparatoires de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, qui précédait le Livre IV du Code de droit économique :*

« En principe, les droits de la défense des entreprises concernées exigent qu'elles obtiennent au moment approprié accès à toute l'information nécessaire pour leur défense, à savoir l'ensemble des documents à charge et à décharge rassemblés par le Service de la concurrence au cours de l'instruction ou transmis au Service, à l'Auditorat ou au Conseil au cours de la procédure. »[381]

98. *Par conséquent, un dossier d'instruction incomplet porte atteinte au principe du contradictoire, et par là même au droit de toute partie mise en cause à un procès équitable au sens de l'article 6, §1er de la CEDH.*

99. *En outre, il est inexact d'écrire comme le fait l'Auditorat que ce tri « respecte par ailleurs la ratio legis de l'article IV.42 CDE »*[382]*. La ratio legis d'une disposition légale ne peut être diamétralement opposée à son texte. Or, le texte de l'article IV.42 CDE est clair : le dossier d'instruction contient tous les éléments « reçus, obtenus, copiés, produits ou recueillis au cours de l'instruction ». Le dossier d'instruction reçu par Caudalie le 29 mai 2020 ne contenait pas tous ces éléments.*

100. *Aucune des exceptions prévues par l'article IV.42, §1er du CDE n'est applicable dans la présente affaire.*

101. *D'une part, les pièces saisies en France ne constituent ni des « documents internes » de l'ABC, ni des éléments de correspondance entre l'ABC et d'autres autorités de concurrence (qu'il s'agisse de l'ADLC ou de toute autre autorité).*

102. *D'autre part, l'article IV.40, §6 du CDE prévoit que, « par décision motivée, l'auditeur peut restituer les documents et données qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'affaire à la personne dont ou auprès de laquelle ils avaient été obtenus ou copiés et écarter ces documents et données du dossier d'instruction. La décision est reprise dans le dossier d'instruction ». Cette disposition ne donne à l'auditeur le droit de rendre des pièces à la personne auprès de laquelle ceux-ci ont été obtenus ou copiés et d'exclure ces éléments du dossier d'instruction qu'à la double condition que ces documents et données n'aient aucun rapport avec l'objet de l'affaire et que l'auditeur adopte une décision motivée en ce sens.*

---

[380] Projet de loi portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence » et du Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans les livres I et XV du Code de droit économique ; projet de loi portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le livre IV « Protection de la concurrence » et le livre V « la concurrence et les évolutions de prix » du code de droit économique ; doc 53 2591/001 et doc 53 2592/001, 27 décembre 2012, exposé des motifs, p. 35.

[381] Projet de loi sur la protection de la concurrence économique, doc 51 2180/001, 21 décembre 2005, exposé des motifs, p. 26.

[382] Proposition de Décision, §194.

103. *Si l'Auditorat a effectivement fini par rendre à Caudalie des pièces provenant des perquisitions effectuées en France, il l'a fait bien après les perquisitions, l'instruction et l'envoi d'une CG. Cette décision d'exclure des documents du dossier a été prise le 12 novembre 2020, en réponse aux arguments formulés par Caudalie en réponse à la CG du 29 mai 2020, comme l'indique l'Auditorat lui-même*[383]*.*

104. *Cette décision d'exclusion a posteriori confirme l'existence d'un problème procédural que l'Auditorat a tenté de résoudre de cette manière. Cette tentative n'est cependant pas suffisante.*

105. *Premièrement, cette décision intervient très tard dans la procédure, bien après le tri qu'elle est supposée effectuer. En effet, ce tri avait déjà été mis en œuvre au moment de l'adoption de la CG, à savoir le 29 mai 2020, puisque le dossier d'instruction auquel Caudalie a eu accès ce jour-là était déjà incomplet. Caudalie a donc dû soumettre sa réponse à la CG sur la base d'un dossier d'instruction incomplet.*

Le caractère incomplet du dossier d'instruction transmis à Caudalie a nécessairement porté atteinte au principe du contradictoire, au principe d'égalité des armes et, plus globalement, au respect des droits de la défense de Caudalie, puisque les pièces exclues du dossier d'instruction pouvaient contenir des preuves à décharge. La pratique décisionnelle du Collège de la concurrence de l'ABC établit sans ambiguïté que l'omission de pièces potentiellement à décharge du dossier d'instruction enfreint ces principes :

« En ce qui concerne d'éventuels éléments à décharge, l'absence d'accès à certaines preuves potentiellement à décharge suffit pour avoir une influence sur le déroulement de la procédure et le contenu de la décision que le Conseil doit prendre au fond, notamment en ce qui concerne la durée de l'infraction, le contexte économique pertinent pour établir la gravité de l'infraction et la sanction à imposer (voir par analogie les arrêts du 29 juin 1995, Imperial Chemical Industries, affaires T-36/91 et T-37/91, ainsi que l'arrêt du 7 janvier 2004 de la Cour de Justice dans l'affaire Ciments, affaires C-204, 205, 211, 213, 217 et 219/00 P, aux n° 74-77, voir également plus récemment par exemple l'arrêt du 1er juillet 2010 de la Cour de Justice, affaire C-407/08 P, Knauf Gips, n° 22-23). Ce principe traduit, dans le domaine de la concurrence, l'importance qui est accordée au débat contradictoire dans le cadre du respect des droits de la défense : sauf dans des cas d'exceptions précises et justifiées, chaque pièce qui pourrait influencer la juridiction doit en principe faire l'objet du débat contradictoire (jurisprudence en matière pénale et civile de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt du 28 août 1991, Brandstetter/Autriche, 11170/84, 12876/87 et 13468/87, l'arrêt du 16 février 2000, Jasper/Royaume Uni, 27052/95, ainsi que par exemple l'arrêt du 13 mai 2008, N.N et T.A/Belgique, 65097/01). »[384] *(nous soulignons)*

106. *Deuxièmement, contrairement à ce qu'avance l'Auditorat, Caudalie n'avait pas connaissance de l'ensemble des documents du dossier d'instruction. Caudalie ne savait pas si les documents saisis en France et non repris dans le dossier d'instruction avaient bien été transmis à l'Auditorat de*

[383] Proposition de Décision, §200.
[384] Conseil de la concurrence, 7 avril 2011, N° 2010-I/O-10, Hausses coordonnées chocolaterie, *M.B.*, 18 mai 2011, p. 28423, §77.

l'ABC ou s'ils étaient restés en France. En outre, comme le fait remarquer l'Auditorat, 500.000 documents ont été saisis en France : pas plus que l'Auditorat, Caudalie ne peut traiter une telle quantité d'informations en un temps aussi limité.

107. *Troisièmement, l'Auditorat indique que « l'équipe d'instruction a utilisé le même logiciel que celui utilisé lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Caudalie Belgique et a fait usage de la liste de mots-clés utilisée dans ce cadre »[385] . Cela suggère que l'Auditorat n'a consulté que les documents issus de cette sélection. Pourtant, l'Auditorat note également que « une partie des documents saisis en France sont uniquement relatifs au marché français et sont dès lors en dehors du cadre de l'instruction menée par l'Autorité belge de la Concurrence »[386]. Cette phrase révèle que contrairement à ce qu'il allègue, l'Auditorat a pris connaissance de certains documents parmi ceux qu'il a in fine écartés, ayant en quelque sorte « fait son marché » entre les pièces dont il disposait. Caudalie n'a de son côté aucun moyen de savoir quels documents sont concernés parmi les 500.000 documents officieusement exclus du dossier d'instruction avant le 29 mai 2020.*

108. *Quatrièmement, l'Auditorat indique avoir effectué une sélection parmi les 500.000 documents en utilisant le même logiciel et la même liste de mots-clés que ceux utilisés dans le cadre de la perquisition des locaux de Caudalie Belgique.*

Selon l'Auditorat, « Caudalie peut parfaitement examiner la légalité du tri opéré par l'équipe d'instruction étant donné qu'elle est en possession de l'ensemble des documents saisis dans ses locaux par l'Autorité française de la Concurrence »[387]. C'est inexact. Caudalie ne peut pas examiner la légalité du tri opéré par l'Auditorat puisqu'elle ne dispose pas d'un logiciel permettant d'effectuer des recherches par mots-clés dans 500.000 documents sans devoir les ouvrir un par un et effectuer une recherche par mot-clé (ce qui est matériellement impossible à faire vu le nombre de documents et de mots-clés concernés). De ce fait, Caudalie ne peut pas déterminer si, parmi les quelque 500.000 pièces écartées, il existe des pièces à décharge qui auraient été « omises » par l'Auditorat à la suite de son tri.

109. *Cinquièmement, l'Auditorat affirme avoir sélectionné les 107 documents présents dans le dossier d'instruction (cote V.B) sur la base du même logiciel que celui utilisé lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Caudalie Belgique et avoir fait usage de la liste de mots-clés utilisée dans ce cadre[388]. Cette affirmation est néanmoins sujette à caution.*

En effet, il est extrêmement peu probable qu'une sélection basée sur 159 mots-clés effectuée dans environ 500.000 documents n'aboutisse à la sélection que de 107 documents. C'est d'autant moins vraisemblable que certains des mots-clés utilisés par l'Auditorat sont très communs, tels que « prix », « promotions », et « commande ». Ces termes appartiennent au vocabulaire courant de toute entreprise commerciale et auraient dès lors dû logiquement aboutir à la sélection de milliers de documents.

[385] Proposition de Décision, §189.
[386] Proposition de Décision, §189.
[387] Proposition de Décision, §205.
[388] Proposition de Décision, §189.

Il semble dès lors plus que vraisemblable que l'Auditorat a utilisé d'autres critères pour sélectionner les 107 documents retenus, à la place ou en plus des mots-clés communiqués à Caudalie. En d'autres termes, Caudalie ne sait toujours pas comment le tri des pièces saisies en France a été effectué.

S'il apparaît que l'Auditorat a procédé à une sélection « manuelle » des documents à inclure dans le dossier d'instruction, il est très inquiétant que l'Auditorat n'en ait pas fait état dans sa Proposition de Décision, où l'Auditorat affirme avoir simplement recouru aux mots-clés et au logiciel utilisés dans le cadre des perquisitions dans les locaux de Caudalie en Belgique. Plus globalement, tout tri manuel effectué par l'Auditorat ne peut que renforcer le caractère obscur et arbitraire de cette démarche et, in fine, mettre en péril le principe du contradictoire et enfreindre les droits de la défense de Caudalie.

110. *Sixièmement, en effectuant un tel tri dans ses bureaux sans y convier Caudalie, l'Auditorat a créé une différence de traitement entre les documents saisis en Belgique, qui ont été sélectionnés en présence de Caudalie pendant les perquisitions, et ceux qui ont été saisis en France et qui ont été sélectionnés en l'absence de Caudalie (et à son insu jusqu'à la réception de la Proposition de Décision).*

L'Auditorat n'explique pas cette différence de traitement, qui ne semble basée sur aucune raison objective. Rien ne justifie que l'Auditorat ait procédé à cette étape importante pour les droits de la défense de Caudalie sans convier cette dernière. Le fait que les 500.000 documents venaient de France est sans pertinence à cet égard puisqu'il était aisé d'inviter Caudalie à assister à cette sélection tout comme elle a assisté à la sélection des documents saisis en Belgique. En d'autres termes, les différences procédurales qui existent au niveau des perquisitions entre la Belgique et la France ne peuvent pas justifier cette manière particulièrement opaque de procéder.

111. *La conséquence de l'ensemble de ces manquements irrémédiables aux principes de transparence est que Caudalie n'a aucune possibilité de savoir quelle a été l'ampleur des conséquences de ce tri opaque sur ses droits de la défense. Ce tri a été effectué au mépris du principe du contradictoire et, par là même, en violation du droit de Caudalie à un procès équitable.*

112. *Il résulte de ce qui précède que l'Auditorat de l'ABC s'est rendu coupable d'une violation de l'article IV.42, §1er du CDE, lequel garantit le principe du contradictoire dans le cadre de la procédure devant l'ABC. L'Auditorat a ensuite tenté de remédier à cette violation, sans que ce remède répare l'atteinte portée aux droits de la défense de Caudalie. Cette violation du droit belge n'est ni justifiée ni couverte par l'origine française des documents concernés ou par la décision d'exclusion adoptée par l'Auditorat le 12 novembre 2020, soit au minimum cinq mois et demi après le tri à laquelle cette décision est supposée se rapporter.*

2.1.7 *Conclusion : atteinte grave et irrémédiable au droit de Caudalie à un procès équitable*

113. *La transmission d'un dossier d'instruction incomplet et l'existence d'un tri officieux effectué avant le 29 mai 2020 dans les pièces saisies lors de la perquisition en France ont nécessairement vicié l'instruction menée par l'Auditorat.*

114. *Cela est d'autant plus problématique que Caudalie n'a pas été informée de ce tri – dont elle n'a découvert l'existence que par hasard – et ignore les motifs qui ont amené l'Auditorat à exclure de très nombreuses pièces du dossier d'instruction.*

115. *Les conséquences de ce tri sont multiples.*

116. *<u>Premièrement</u>, l'absence de toute trace administrative (connue de Caudalie) de ce tri au moment où il a été effectué rend impossible l'examen de la légalité de cette démarche dans le cadre d'un recours juridictionnel. En d'autres termes, Caudalie ne dispose d'aucun recours effectif contre ce tri effectué par l'Auditorat. Comme expliqué, la tentative de justification de ce tri a posteriori via l'adoption de la décision d'exclusion du 12 novembre 2020 ne résout pas ce problème.*

L'Auditorat indique à ce sujet que Caudalie a pu intenter un recours, puisqu'elle a contesté la légalité des perquisitions menées en France[389]. Cela n'enlève rien au fait que, en raison de la violation de l'article IV.42 CDE, Caudalie n'a pas la possibilité d'examiner la manière dont le tri a été effectué. Il s'agit là d'un problème de manque de respect par l'Auditorat de la procédure belge et non d'une question de légalité des perquisitions menées en France.

L'Auditorat relève également que « Caudalie n'aurait pas pu intenter le recours prévu par l'article IV.90 §1er al. 2 CDE, puisqu'il ne peut porter que sur l'utilisation dans l'instruction des données obtenues dans le cadre d'une perquisition, pour autant que ces données soient effectivement utilisées pour soutenir les griefs. Or, en l'espèce, l'ensemble des documents utilisés par l'auditeur au soutien de sa communication des griefs et issus de la perquisition réalisée par l'Autorité française de la Concurrence figurent dans le dossier d'instruction »[390]. Il s'agit là d'un raisonnement circulaire : l'Auditorat écrit en substance que Caudalie ne peut pas contester le tri effectué puisqu'elle ne peut intenter de recours que contre des données effectivement utilisées pour soutenir les griefs. Or, ne sachant pas quels documents ont été consultés par l'Auditorat, il est impossible pour Caudalie de savoir si ces documents ont eu un quelconque impact dans la formation des griefs, ou si ces documents auraient, au contraire, pu être utilisés à décharge.

Plus fondamentalement, l'interprétation de l'Auditorat revient à dire que l'Auditorat peut ignorer le prescrit de l'article IV.42 CDE et de l'article 40, §6 CDE tant que les pièces expressément citées en soutien de sa CG ou de sa Proposition de Décision figurent bien au dossier d'instruction. Cette lecture n'est pas compatible avec le prescrit de ces deux dispositions, puisqu'elle les vide de tout contenu.

117. *<u>Deuxièmement</u>, le caractère secret et inexpliqué de ce tri remet en cause l'objectivité de l'ensemble de l'instruction menée par l'Auditorat de l'ABC dans cette affaire. À ce jour, Caudalie n'a même pas l'assurance que les pièces exclues du dossier d'instruction de l'Auditorat aient réellement toutes été ignorées par l'Auditorat. Il est en effet possible que, bien que n'apparaissant pas dans le dossier d'instruction, ces pièces aient néanmoins influencé d'une manière quelconque l'instruction de ce dossier puisque Caudalie ne sait pas quelles pièces parmi les 500.000 documents ont été consultées par l'Auditorat. En d'autres termes, Caudalie se trouve dans la position très*

[389] Proposition de Décision, §201.
[390] Proposition de Décision, §201.

incertaine de devoir se défendre contre les accusations de l'Auditorat qui s'est formé une opinion sur la base de documents non identifiés. En outre, le caractère arbitraire du tri effectué par l'Auditrorat et la sélection « pertinente » des pièces selon ses termes fait sérieusement douter d'une instruction objective du dossier, à savoir d'une instruction tant à charge qu'à décharge à l'encontre de Caudalie.

118. *Troisièmement, ce tri a pour conséquence que le Collège de la concurrence de l'ABC, qui est l'organe susceptible d'imposer des sanctions financières importantes aux parties en cause, n'a pas un aperçu complet du déroulement de l'instruction. Il lui est en effet impossible d'évaluer la décision prise par l'Auditorat d'exclure des documents saisis en France puisqu'il n'existe apparemment aucune trace de cette décision au moment où elle a été prise, la décision du 12 novembre 2020 ne constituant qu'une justification a posteriori.*

L'Auditorat tente de couvrir l'irrégularité du dossier d'instruction en indiquant que « le dossier de procédure contient tous les documents et données du dossier d'instruction sur lesquels s'appuie l'auditeur dans sa proposition de décision » et que c'est ce dossier qui est communiqué au Collègue de la concurrence[391]. Cela n'autorise pourtant pas l'Auditorat à ignorer les règles de procédure applicables au dossier d'instruction.

119. *L'affaire Hausses coordonnées chocolaterie[392] confirme la nécessité d'un dossier d'instruction complet et précise les conséquences d'une violation de cette obligation. Dans cette affaire, un dossier d'instruction a été scindé pour former deux dossiers distincts ayant une origine commune. Un « tri » avait été effectué dans le cadre de cette scission afin d'attribuer les preuves recueillies jusque-là à l'un ou à l'autre de ces deux dossiers. Le Conseil de la concurrence (devenu depuis lors le Collège de la concurrence de l'ABC) s'est fermement opposé à ce procédé :*

« L'auditeur doit déposer un dossier complet. Le dossier complet contient les éléments pertinents qui ont été rassemblés depuis le début de l'instruction et qui présentent un lien objectif avec les griefs retenus à l'encontre des entreprises dans le rapport »[393]. (nous soulignons)

L'Auditorat a cherché à se défendre en affirmant avoir respecté les droits de la défense des parties. Le Conseil de la concurrence a écarté ces allégations :

« en bon [sic] application du respect des droits de la défense, l'auditeur ne peut se contenter d'affirmer que le dossier d'instruction de l'affaire I/O-08/0010A (toujours en cours d'instruction) ne contient pas des éléments qui pourraient être à décharge des entreprises incriminées dans la présente affaire, alors que l'auditeur a lui-même reconnu une origine commune au départ de l'instruction des deux affaires I/O-08/0010A et I/O-08/0010B.

74. Le Conseil constate que le dossier d'instruction déposé dans la présente affaire I/O-08/0010B est le résultat d'une sélection de pièces issue de la décision de disjonction prise par l'Auditorat le 17 mars 2009.

---

[391] Proposition de Décision, §202.
[392] Conseil de la concurrence, 7 avril 2011, N° 2010-I/O-10, Hausses coordonnées chocolaterie, *M.B.*, 18 mai 2011, p. 28423.
[393] *Ibid.*, §70.

75. Cette sélection de pièces peut donc légitimement faire croire aux entreprises concernées qu'il pourrait exister des éléments éventuellement à décharge dans le dossier d'instruction de l'affaire I/O-08/0010A à cause de son lien d'origine commune avec la présente affaire. » [394] *(nous soulignons)*

L'ancien Conseil de la concurrence a souligné l'importance pour lui, en tant qu'organe décisionnel, de pouvoir effectuer son analyse « en pleine connaissance de tous les éléments pertinents » [395] *sans qu'aucun doute possible ne soit permis, ce qui n'était pas possible en l'absence d'un dossier complet :*

« Le dossier dans la présente affaire n'est pas complet puisque dans la présente affaire, il manque les éléments de preuves qui ont été recueillis au moment de l'ouverture de l'instruction de l'affaire d'origine commune. Dès lors, l'absence ou le non accès au dossier de l'affaire scindée I/O-08/0010A empêche tant le Conseil que les entreprises de vérifier l'existence de ces éléments à charge ou à décharge pour la présente affaire.

89. Cet état de fait crée également <u>l'apparence d'un manque d'objectivité de l'instruction</u> menée dans la présente affaire. » [396] *(nous soulignons)*

Le Conseil de la concurrence a considéré que, dans de telles circonstances, il n'était « pas possible de demander à l'auditeur de prendre des mesures concrètes pour répondre entièrement aux problèmes rencontrés au niveau de la procédure » parce que « cela reviendrait concrètement à demander de réexaminer de façon substantielle le dossier et [la CG, alors appelée rapport] de la présente affaire »[397]*. Le Conseil de la concurrence a décidé que la CG accompagnée du dossier « ne peut dès lors faire l'objet d'un examen au fond », ce qui a effectivement mis fin à l'ensemble de cette procédure.*

120. *La présente affaire présente de fortes similarités avec l'affaire Hausses coordonnées chocolaterie et appelle la même conclusion.*

121. *<u>Premièrement</u>, dans les deux affaires, l'Auditorat a procédé à un tri des pièces qui a abouti à rendre le dossier d'instruction incomplet.*

122. *<u>Deuxièmement</u>, dans les deux affaires, le tri a été effectué d'une manière telle qu'il n'est pas possible pour l'organe décisionnel de l'ABC (le Conseil de la concurrence dans l'affaire Hausses coordonnées chocolaterie, le Collège de la concurrence dans la présente affaire) de vérifier la légalité de ce tri. En effet, le tri effectué dans le dossier de Caudalie n'a aucune existence administrative (puisqu'il prédate de plusieurs mois la décision du 12 novembre 2020). Il n'est même pas possible pour Caudalie de déterminer si les pièces exclues du dossier d'instruction ont néanmoins pu influencer le cours de l'instruction ouverte à l'encontre de Caudalie.*

---

[394] *Ibid.*, §§73-75.
[395] *Ibid.*, §79.
[396] *Ibid.*, §§88-89.
[397] *Ibid.*, §§97-98.

123. *<u>Troisièmement</u>, dans les deux affaires, ce tri « crée […] l'apparence d'un manque d'objectivité de l'instruction »* [398]*, bien que pour des raisons différentes. Si dans l'affaire Hausses coordonnées chocolaterie, cette apparence est due à l'incertitude dans laquelle les parties se sont trouvées au sujet du contenu de l'autre dossier d'instruction (auquel elles n'avaient pas accès), ici le doute est alimenté par les circonstances du tri lui-même. Caudalie n'a jamais été informée de l'existence de ce tri avant de soulever elle-même ce problème. Caudalie ne sait pas quand ce tri a eu lieu exactement (sauf que c'est avant le 29 mai 2020) et n'a pas été invitée à y assister. Caudalie n'a vraisemblablement aucun recours effectif contre ce tri, puisque ce tri n'a aucune existence administrative connue (la décision a posteriori du 12 novembre 2020 ne pouvant être rattachée à un fait datant du mois de mai 2020, voire antérieur). Et tout cela alors que l'article IV.40, §6 du CDE offre à l'auditeur la possibilité d'effectuer une sélection des pièces (et donc, un tri) en toute légalité et en toute transparence. Le simple fait que l'Auditorat n'ait pas fait usage de cette possibilité jette un doute sérieux sur l'objectivité de l'ensemble de l'enquête.*

En outre, Caudalie ne peut avoir aucune certitude concernant le fait que les pièces non incluses dans le dossier d'instruction ont réellement été ignorées par l'Auditorat de l'ABC. Puisque ce tri s'est opéré en-dehors de tout cadre procédural, il est possible que des pièces ne figurant pas au dossier d'instruction aient influencé le cours de cette instruction, ce qui constitue une atteinte sérieuse au droit de la défense de Caudalie, au principe d'égalité des armes et, de manière plus générale, à son droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6, §1er de la CEDH. L'Auditorat l'a écrit lui-même : les pièces saisies en France représentent 500.000 documents. Il est matériellement impossible pour Caudalie de parcourir l'ensemble de ces documents à la recherche de ceux que l'Auditorat pourrait avoir examinés.

124. *<u>Quatrièmement</u>, dans les deux affaires, le caractère incomplet du dossier d'instruction a un impact sur les droits de la défense des entreprises poursuivies. Contrairement à ce qu'écrit l'Auditorat, ce tri informel a porté atteinte aux droits de la défense de Caudalie, puisque celle-ci n'est pas en mesure de connaître les documents consultés par l'Auditorat parmi les 500.000 documents saisis en France. Même si Caudalie a un accès formel à ces documents, elle n'a pas accès matériellement à l'ensemble de ces documents vu leur nombre et ne peut pas savoir quels documents ont été consultés par l'Auditorat. Caudalie est donc dans une situation où elle doit se défendre face à un dossier d'instruction sans limites claires au sein d'un nombre démesuré de documents, et cela alors que l'article IV.42 CDE prévoit expressément que le dossier d'instruction doit inclure tous les documents recueillis par l'Auditorat, sauf ceux qui ont été expressément exclus par décision communiquée à Caudalie. Tout comme dans l'affaire Hausses Coordonnées Chocolaterie, il est possible que, parmi les documents consultés par l'Auditorat, figurent des éléments à décharge pour Caudalie. À nouveau, c'est impossible à vérifier.*

125. *<u>Cinquièmement</u>, il n'est pas possible de remédier à ce problème procédural. La perquisition a été effectuée très tôt dans la procédure et l'irrégularité de son traitement affecte par conséquent une grande partie de l'enquête. Dès lors, selon les termes de l'ancien Conseil de la concurrence,*

[398] *Ibid.*, §89.

demander à l'Auditorat de régler ce problème procédural « reviendrait concrètement à demander de réexaminer de façon substantielle le dossier et [la CG] de la présente affaire »[399].

126. *Il résulte de ce qui précède que le tri effectué dans ce dossier a enfreint les droits de la défense de Caudalie, son droit à un procès équitable et le principe d'égalité des armes, tels qu'ils sont notamment garantis par l'article 6, §1er de la CEDH. Il ne peut pas être remédié à ces violations.*

127. *Par conséquent, le caractère incomplet du dossier d'instruction et le tri informel effectué par l'Auditorat vicie la procédure d'instruction dans son ensemble de sorte que le Collège de la concurrence devra nécessairement imposer l'abandon des poursuites à l'égard de Caudalie.*

Conclusion : les multiples atteintes graves et irrémédiables du droit de Caudalie à un procès équitable imposent l'abandon des poursuites à son égard

128. *Plusieurs atteintes graves aux droits de la défense de Caudalie ont été commises tout au long de l'instruction.*

129. *L'Auditorat s'est servi d'enregistrements téléphoniques réalisés à l'insu de Caudalie, au moyen de procédés déloyaux qui relèvent de la manipulation et au mépris des garanties procédurales qui devraient encadrer toute procédure en droit de la concurrence. Ces enregistrements ont influencé l'ensemble de l'instruction en ce compris la CG et la Proposition de Décision.*

130. *De plus, l'Auditorat a effectué un tri dans les pièces du dossier d'instruction en violation de l'article IV.42 CDE et de l'article IV.40, §6 CDE, en l'absence de Caudalie et sans consigner ce tri dans une décision formelle dont Caudalie ou une instance de recours aurait pu examiner la motivation. L'adoption d'une décision le 12 novembre 2020, soit au minimum cinq mois et demi après ce tri, est sans effet à cet égard. Il s'agit d'une violation flagrante des règles de procédure auxquelles est soumis l'Auditorat qui jette un doute sérieux sur l'objectivité de l'instruction qui a été menée.*

131. *La gravité de ces violations des droits de Caudalie est démultipliée par leur accumulation dans le cadre d'une seule instruction. Il ne s'agit pas d'incidents isolés mais de problèmes systémiques. Cette multiplication des atteintes aux garanties procédurales dont devrait bénéficier toute entreprise poursuivie soulève de graves doutes sur l'ensemble de l'instruction. Ces violations sont également irrémédiables puisqu'elles vicient l'instruction dès son origine. Par conséquent, ces violations imposent l'abandon des poursuites à l'égard de Caudalie.*

[399] *Ibid.*, §98.

3. *PRÉSENTATION DE CAUDALIE, DU SYSTÈME APB ENCADRANT LA DISTRIBUTION DES PRODUITS COSMÉTIQUES EN BELGIQUE ET DES PLAIGNANTS*

Présentation de Caudalie, de ses produits, de son réseau de distribution et de sa politique commerciale

3.1.1 *Présentation de la société Caudalie et de la marque Caudalie*

132. *Caudalie est une marque de produits cosmétiques haut de gamme à base d'actifs brevetés issus de la vigne et du raisin.*

133. *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.*

134. *Caudalie veille attentivement au respect de cette image de marque haut de gamme.*

135. *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.*

3.1.2 *Présentation du réseau de distribution de Caudalie*

136. *Les produits Caudalie sont vendus en pharmacie et en parapharmacie dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.*

137. *Caudalie a fait le choix d'organiser son réseau de distribution sous forme d'un réseau de distribution sélective, afin 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.*

138. *Caudalie concluait un contrat de distribution sélective avec l'ensemble de ses distributeurs possédant des points de vente physique respectant des conditions d''agrément bien spécifiques. Dans son contrat de distribution sélective internet, Caudalie avait adapté ces critères sélectifs d'origine pour les points de vente physique en vue de la présentation et de la vente de ses produits sur Internet.*

3.1.3 *Présentation de la politique commerciale de Caudalie*

139. *Les entreprises actives sur le marché des produits dermo-cosmétiques adoptent différentes stratégies commerciales. [CONFIDENTIEL]. Par conséquent, les pharmaciens sont au cœur du modèle de distribution de Caudalie.*

140. *En choisissant d'entrer en partenariat avec les 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.*

141. *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.*

142. *Dans ce contexte, Caudalie veille particulièrement à ce que ses produits soient commercialisés dans un environnement qualitatif haut de gamme en assurant que les consommateurs reçoivent des conseils qualifiés [CONFIDENTIEL].*

Présentation de la particularité du système de distribution des produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques en Belgique (système APB)

143. *Les prix des médicaments sont strictement réglementés en Belgique. Cette réglementation porte non seulement sur les médicaments sous ordonnance mais également sur ceux qui sont en vente libre et s'applique tout aussi bien aux médicaments remboursés qu'à ceux qui ne sont pas remboursés. En outre, 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. L'APB impose aux pharmacies une marge de [30-40], à laquelle s'ajoute la réduction qu'ils reçoivent des fournisseurs en amont.*

144. *Les pharmaciens traitent souvent de manière identique les médicaments « over the counter » (en vente libre) et les produits cosmétiques alors que la réglementation en matière de marges s'applique aux médicaments et pas aux produits cosmétiques. En d'autres termes, le pharmacien calcule sa marge sur la base d'un coefficient même lorsque le produit qu'il vend n'est pas un médicament mais un produit de parapharmacie tel que les produits de Caudalie.*

145. *Ce réflexe est lié au fait que le pharmacien vend essentiellement des médicaments et que les produits de dermo-cosmétique ne représentent qu'une fraction de son chiffre d'affaires. Il est donc plus aisé pour le pharmacien d'appliquer le même mode de fonctionnement à l'ensemble des produits qu'il vend, que ceux-ci soient ou non réglementés.*

146. *Cette démarche d'étendre aux produits non réglementés le système de prix applicable aux médicaments présente également pour le pharmacien l'avantage indéniable de lui garantir sa marge bénéficiaire.*

147. *Pour les produits Caudalie, l'application du système APB signifie une marge [CONFIDENTIEL].*

148. *En pratique, les fournisseurs doivent introduire un prix de vente informatif pour leurs produits dans un logiciel afin de pouvoir vendre ces produits aux pharmacies. Leurs produits sont référencés sous un code APB. C'est le cas même lorsque le produit concerné n'est pas un médicament. Par conséquent, Caudalie doit enregistrer ses produits sous un code APB en précisant un prix. Caudalie fournit ce prix à titre purement informatif et parce que le logiciel le requiert.*

Présentation des plaignants (Pharmasimple et Newpharma)

149. *Les plaintes ont été déposées par deux pharmacies qui ont perdu leur agrément pour ne pas avoir respecté le contrat de distribution sélective de Caudalie, en dehors de toute pratique d'imposition de prix de revente.*

150. *Pharmasimple est une parapharmacie en ligne dont le contrat pour la distribution des produits Caudalie a été résilié en raison de plusieurs manquements contractuels. Ce site n'était en effet [CONFIDENTIEL]et ne respectait pas les dispositions du contrat relatives à [CONFIDENTIEL]. Pharmasimple ne respectait pas non plus ses obligations contractuelles portant sur [CONFIDENTIEL][400].*

151. *Newpharma, qui fait partie du Colruyt Group[401], est une pharmacie détenant un site internet sur lequel sont vendus des produits de parapharmacie et des médicaments non soumis à prescription. En commercialisant les produits de Caudalie, Newpharma a également manqué à plusieurs de ses obligations contractuelles. Le site Internet n'était en effet [CONFIDENTIEL] et ne respectait pas les dispositions relatives à [CONFIDENTIEL][402], [CONFIDENTIEL] ou encore à la présentation des produits (CONFIDENTIEL)[403].*

152. *Pharmasimple et Newpharma ont reçu plusieurs courriers de mise en demeure les avertissant de ces manquements.*

153. *Les manquements contractuels de Pharmasimple sont évoqués dans le dossier de procédure :*

- *La pièce V.A.10 (page 157) inclut un courrier de mise en demeure envoyé à Pharmasimple en date du 12 décembre 2014. Dans ce courrier, Caudalie indique à Pharmasimple que son site Internet n'est [CONFIDENTIEL]. Caudalie met donc en demeure Pharmasimple de lui apporter la preuve sous 15 jours [CONFIDENTIEL]. Caudalie lui indique qu'à défaut, Caudalie résiliera le contrat pour la vente sur Internet.*
- *La même pièce (pièce V.A.10, pp. 158-160) contient un autre courrier de mise en demeure du 14 avril 2015. Caudalie indique à Pharmasimple que le site Internet Pharmasimple n'est [CONFIDENTIEL]. Caudalie indique également que Pharmasimple a violé plusieurs clauses*

[400] Pièce V.A.10, pp. 157-168.
[401] Voy., https://www.colruytgroup.com/wps/portal/cg/en/home/brands.
[402] Le Conseil de la concurrence reconnait lui-même l'utilité de cette clause afin de lutter contre les importations parallèles. Dans la décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, il indique : « *Le Conseil comprend que de telles clauses ont pour but d'éviter que ne se développe un commerce parallèle des produits en cause mais note que cette exigence n'existe pas pour la vente dans les points de vente physiques. En outre, il convient de ne pas limiter le commerce intra-réseau entre distributeurs agréés* » (§113 de la décision). Il s'agit de la **pièce n°1** du dossier de pièces de Caudalie.
[403] Pièces IV.73 et IV.124.

du contrat de distribution sur Internet. Caudalie met donc Pharmasimple en demeure de se conformer au contrat sous 15 jours. A défaut, Caudalie résiliera le contrat.

- *La même pièce (pièce V.A.10, pp. 161-162 et pp. 167-168) inclut des courriers du 17 juillet 2015 et du 13 août 2015 par lesquels Caudalie informe Pharmasimple de la résiliation de son contrat de distribution Internet au regard des violations de ce contrat par Pharmasimple. Caudalie ajoute que si Pharmasimple continue à vendre sur Internet, Caudalie pourra résilier le contrat point de vente physique conclu entre les deux sociétés. La **pièce n°2** du dossier de pièces de Caudalie inclut le constat d'huissier mentionné dans ces courriers.*

154. *Les manquements contractuels de Pharmasimple ressortent aussi du dossier de procédure. La pièce IV.122 inclut un e-mail du 26 mai 2014 de M. [B] à Mme [R] (Caudalie) : M [B] indique à Mme [R] qu'il souhaite dénoncer le contrat de Pharmasimple. Il indique que Pharmasimple ne respecte pas du tout la charte graphique. Il indique l'avoir eu au téléphone et qu'il s'était engagé à la mettre à jour. M [B] indique également qu'il l'avait déjà eu au téléphone pour un problème d'affichage et que rien n'avait été fait. Enfin, il indique qu'il a appris qu'il n'y avait [CONFIDENTIEL].*

155. *Newpharma a également reçu des courriers concernant ses violations du contrat de distribution des produits Caudalie. Il s'agit des pièces suivantes :*

- ***Pièce n°3** : lettre de mise en demeure du 8 août 2016 dans laquelle Caudalie indique que Newpharma ne dispose pas d'un agrément pour vendre sur internet et lui demande de retirer les produits Caudalie de son site internet ;*
- ***Pièce n°4** : lettre de non-renouvellement du contrat conclu entre Caudalie et Newpharma du 30 juin 2017.*

156. *Les manquements contractuels de Newpharma ressortent également du dossier de procédure :*

- *Dans la pièce I.A22, [Monsieur B] indique à [Monsieur T] (Newpharma) dans un e-mail du 30 septembre 2016 qu'en l'état actuel des choses, il ne validera pas le paiement du « wallpaper page » car il n'est pas conforme à la charte graphique mise en place par Caudalie. M. [B] précise également qu'à l'avenir, et « comme il est précisé dans le contrat de distribution, toute communication sur Caudalie doit être validée » en amont par le service marketing de Caudalie.*
- *De même, la pièce I.A36 contient un e-mail de [Monsieur B] à [Monsieur T] du 3 décembre 2015 dans lequel M. [B] demande à [Monsieur T] d' « enlever les pastilles « PROMO » » sur certaines références de Caudalie. Dans un e-mail du 4 décembre 2015, [Monsieur T] lui répond que le site Internet de Newpharma considère de manière automatique que c'est un produit promotionnel lorsqu'il est indiqué gratuit ou coffret et « affiche donc le batch promo par défaut ».*

157. *Au final, Caudalie s'est vue contrainte de mettre fin aux contrats de distribution de Pharmasimple et de Newpharma. Malgré la notification de rupture des contrats, les conflits ont perduré. Confrontée pendant le délai de préavis à des commandes de Newpharma d'un volume inhabituel, Caudalie a été contrainte de cantonner ces commandes à une niveau conforme à une exécution*

*loyale de ce préavis [404]. Plus précisément, Caudalie a refusé de livrer deux commandes de Newpharma dans la mesure où ces commandes présentaient un caractère inhabituel et étaient disproportionnées. Il s'agissait de commandes datant du mois de décembre 2017 (soit quelques jours avant l'échéance du délai de préavis) pour un montant de [CONFIDENTIEL] euros, ce qui est tout à fait disproportionné par rapport au chiffre d'affaires moyen de Newpharma (qui s'élève à [CONFIDENTIEL] euros pour les produits Caudalie, soit [CONFIDENTIEL] euros de chiffre d'affaires mensuel moyen sur l'ensemble de l'année). La **pièce n°5** du dossier de pièces de Caudalie inclut une analyse des ventes de Caudalie à Newpharma en 2017. Cette pièce démontre l'augmentation très importante des commandes de Newpharma à l'approche de la fin du contrat. En outre il n'y a eu aucune rupture de stock de produits Caudalie sur le site Internet de Newpharma après la fin du contrat de distribution le 31 décembre 2017, ce qui montre bien que les commandes de Newpharma étaient effectivement excessives et que le refus de livrer les deux commandes concernées n'a causé aucun préjudice à Newphama. La pièce IV.18 du dossier de procédure confirme que Newpharma n'était toujours pas en rupture de stock des produits Caudalie (à l'exception de deux références) le 22 janvier 2018. Les captures d'écran démontrant ce point figurent aux **pièces n°6 à 8** du dossier de pièces de Caudalie.*

158. *C'est dans ce contexte structurel (APB) et contractuel (Pharmasimple et Newpharma) que doivent être appréciés les prétendus manquements de la société Caudalie.*

4. *ABSENCE DE PRATIQUES D'IMPOSITION D'UN PRIX MINIMUM DE REVENTE*

L'ABC ne démontre pas l'existence d'une infraction par objet en l'absence d'analyse du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit cette infraction alléguée

159. *Le grief d'imposition de prix minimum de revente (également appelé prix de revente imposés, ou « resale price maintenance » ou RPM) est généralement considéré comme une pratique anticoncurrentielle par objet en droit de la concurrence. Cette considération ne va cependant pas de soi. Ainsi, dans le cadre de la révision du règlement européen 330/2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (le « règlement vertical d'exemption par catégorie »), des autorités de concurrence nationales ont soulevé auprès de la Commission européenne la « question de savoir si la présomption d'illégalité établie dans le VBER [c'est-à-dire le règlement vertical d'exemption par catégorie] – bien que réfragable – est compatible avec le fait que, dans certaines circonstances, le RPM est susceptible d'avoir un effet positif sur le bien-être »[405]. De manière générale, ce processus de révision a « donné des résultats*

[404] Pièces IV.9, IV.17, IV.18, IV.21.

[405] Traduction libre du texte original en anglais : « *Some NCAs raise the question whether the presumption of illegality set out in the VBER - albeit rebuttable - is consistent with RPM arguably being on balance welfare enhancing under certain circumstances*. ». Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020- 172 final, 8.9.2020 p. 125. Ce document est disponible sur le site Internet de la Commission : https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf

mitigés en ce qui concerne la classification du RPM comme restriction caractérisée dans le cadre du VBER »[406].

160. *Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat se limite à établir que les pratiques de prix de revente imposés sont considérées comme des « restrictions graves de la concurrence par objet » en se reposant sur une décision de la Commission européenne dans l'affaire Denon & Marantz*[407]*. Cette décision doit cependant être distinguée de la présente affaire.*

161. *Dans cette affaire, Denon a explicitement reconnu l'infraction ainsi que sa volonté d'imposer des prix de revente à ses distributeurs. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que « bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, ce facteur peut être, le cas échéant, pris en considération » dans la qualification d'une infraction au droit de la concurrence par objet*[408]*. La reconnaissance explicite de Denon de son intention de restreindre la concurrence a nécessairement été prise en compte par la Commission européenne dans son évaluation du caractère anticoncurrentiel par objet de l'infraction. À l'inverse, dans la présente affaire, l'Auditorat se fonde uniquement sur des preuves auxquelles il confère une interprétation souvent douteuse, comme cela sera démontré dans la section 4.1.6 de ces observations, et exclut l'ensemble des éléments à décharge figurant au dossier d'instruction.*

162. *Par ailleurs, en se fondant sur l'affaire Denon & Marantz, l'Auditorat ignore les discussions initiées par la Commission postérieurement à l'adoption de cette décision dans le cadre de la révision du Règlement (UE) 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et des lignes directrices qui l'accompagnent (le* ***Règlement vertical d'exemption par catégorie****)*[409]*. Cette révision a été l'occasion de reconsidérer la pertinence de la qualification de l'imposition d'un prix minimum de revente comme infraction par objet.*

163. *En effet, les discussions récentes à propos des pratiques de prix de revente imposés indiquent également que les accords verticaux ne sont susceptibles de nuire aux consommateurs que lorsque les entreprises disposent d'un pouvoir de marché important. Ainsi, comme cela a été souligné dans la récente évaluation du Règlement vertical d'exemption par catégorie :*

« en l'absence de pouvoir de marché, les pratiques de RPM peuvent générer des gains d'efficience substantiels, sans créer d'effets anticoncurrentiels. Cela s'explique par le fait que la restriction de la concurrence intra-marque sur les prix résultant de l'imposition de prix de revente n'a pas

---

[406] Traduction libre du texte original en anglais : *« the evaluation resulted in mixed evidence regarding the classification of RPM as a hardcore restriction under the VBER* ». Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020- 172 final, 8.9.2020 p. 171.

[407] Voy., proposition de décision, § 299.

[408] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, §54.

[409] *J.O.U.E.*, L 102, 23.4.2010, p.1-7.

d'effets anticoncurrentiels importants dans la mesure où il existe une concurrence inter-marque suffisante »[410]*.*

Comme il sera expliqué ci-dessous (section 9.1.3), les parts de marché de Caudalie sont minimes et inférieures à [0-10]%, ce qui exclut toute position de force en son chef.

164. *Le caractère intrinsèquement anticoncurrentiel des pratiques de RPM est fréquemment remis en cause par des économistes. Comme l'Avocat général Bobek l'explique à propos des infractions au droit de la concurrence par objet, il est « de la plus haute importance de savoir si un consensus suffisant existe entre économistes quant au caractère intrinsèquement anticoncurrentiel d'accords tels que celui en cause au principal. La notion de « restriction de concurrence » est après tout d'ordre principalement économique »*[411]*. À cet égard, Svend Albaek, économiste en chef adjoint au sein de la Direction générale pour la concurrence de la Commission européenne*[412]*, mentionne que « de nombreux économistes pensent qu'il peut y avoir des explications d'efficience pour presque toutes – si pas toutes – les restrictions verticales et qu'il est donc erroné de les traiter comme des restrictions par objet. Et de nombreux économistes incluraient sans hésitation les pratiques de RPM dans cette façon de penser »*[413]*.*

165. *Cette vision est partagée par plusieurs autorités nationales de concurrence qui ont, dans plusieurs décisions, conclu à l'absence d'infraction au droit de la concurrence en raison des faibles parts de marché du fournisseur.*

166. *Ainsi, le 23 juin 2004, le tribunal régional supérieur de Düsseldorf a considéré qu'un accord de distribution de bière contenant des clauses imposant des prix de revente ne constituait pas une restriction sensible de la concurrence lorsque la part de marché du fournisseur était inférieure à 1%*[414]*.*

167. *De même, l'autorité espagnole de la concurrence a considéré qu'un accord contenant des prix de revente imposés n'entrainait pas une infraction au droit de la concurrence en raison des faibles parts de marché du fournisseur de vêtements et d'accessoires pour femmes*[415]*.*

---

[410] Traduction libre du texte original en anglais: « *in the absence of market power, RPM can generate substantial efficiencies, without creating anti-competitive effects. This is because the restriction of intra-brand competition on prices resulting from the imposition of RPM does not have appreciable anti-competitive effects to the extent that there is sufficient inter-brand competition* ». Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020- 172 final, 8.9.2020 p. 171.

[411] Conclusions de l'Avocat Général Bobek dans l'affaire *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678, §72.

[412] "*Deputy Chief Economist in the European Commission's Competition Directorate-General*".

[413] Traduction libre du texte original en anglais : « [m]*any economists think there can be efficiency explanations for almost all – if not all – vertical restrictions and that it is therefore wrong to treat these as object restrictions. And many economists would without much hesitation include RPM in this way of thinking* ». https://chillingcompetition.com/2018/06/14/why-i-dont-understand-the-case-law-on-object-restrictions-by-svend-albaek-dg-comp/.

[414] OLG Düsseldorf, jugement du 23 juin 2004 – VI-U (Kart) 29/04.

[415] Commission nationale de la concurrence (*Comisión Nacional de la Competencia*), décision du 3 décembre 2009 – n° 0105/08.

168. *Enfin, dans une affaire concernant le secteur automobile, l'autorité hongroise de la concurrence a considéré que des pratiques de RPM étaient d'une importance mineure puisque le seuil de minimis de 10% prévu dans la loi hongroise n'était pas dépassé*[416].

169. *Il est également intéressant de noter que l'ancien Conseil de la concurrence belge a admis que les parts de marché étaient pertinentes dans l'analyse des pratiques de prix de revente imposés. Il a ainsi considéré que :*

> *« la nature même de l'accord et/ou des arrangements factuels – à savoir l'imposition par la S.A. Laroy-Duvo de restrictions verticales sur les prix aux revendeurs – constitue dans certaines circonstances une infraction sensible aux règles de concurrence sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'examiner davantage la définition des marchés en cause. Le Conseil considère que tel est le cas lorsqu'une telle obligation, après l'acquisition d'une part de marché suffisamment significative, est maintenue indéfiniment dans le temps et a démontré son efficacité »*[417] *(nous soulignons).*

170. *Ces constatations sont ignorées par l'Auditorat alors que, d'une part, le Conseil de la concurrence est le prédécesseur de l'ABC, et que, d'autre part, Caudalie ne dispose que de faibles parts de marché par rapport aux autres producteurs de produits cosmétiques. Comme il sera établi ci-dessous (section 9.1.3), la plainte de Newpharma attribue à Caudalie une part de marché de [0-10] % pour 2017*[418].

171. *L'Auditorat ne peut donc se reposer sur des concepts abstraits sans étayer sa thèse selon laquelle l'infraction alléguée en question est particulièrement nocive et doit dès lors être qualifiée d'infraction par objet au droit de la concurrence. Dans tous les cas, parvenir à la conclusion de l'existence d'une infraction par objet requiert une analyse minutieuse du contexte économique et juridique dans lequel les pratiques s'inscrivent.*

172. *La nécessité de cet examen a été confirmée par la jurisprudence. Dans l'affaire T-Mobile, la Cour de justice de l'Union européenne a clairement indiqué que, pour déterminer si une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, §1er TFUE, il faut tenir compte « du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère »*[419].

173. *Ce point a été rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre des affaires Groupement des cartes bancaires et Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe :*

---

[416] Autorité hongroise de la concurrence (*Gazdasági Versenyhivatal*), décision du 26 février 2004 – Vj-81/2003.

[417] Traduction libre du texte original en néerlandais : « *de Raad is van oordeel dat de aard zelf van de overeenkomst en/of feitelijke afspraken – namelijk het opleggen door N.V. Laroy-Duvo van de vertical prijsrestricties aan de wederverkopers – naar omstandigheden een merkbare aantasting van de mediging vormt zonder dat nog verder de afbakening van de relevante markten moet onderzocht worden. De Raad meent dat zulks het geval is wanneer dergelijke verplichting, nadat een voldoende beduidend marktaandeel is ingenomen, onbeperkt in de tijd wordt gehandhaafd en haar efficientie heeft bewezen; terzake is het ingenomen aandeel in de markt weliswaar gering, doch beduidend, daar de overgang van de consument naar en ander product een stap is die slechts met behoedzaamheid door de consument gezet wordt* ». Décision du Conseil de la concurrence du 25 mars 1997, nr. 97-RPR-01.

[418] Selon le panel Pharmatrend International PEC 2017 (édité par IMS), Caudalie ne détient que [0-10]% du marché belge des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique en 2016 et [0-10]% en 2017 (pièce II.D.3) [CONFIDENTIEL].

[419] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, §43.

« Selon la jurisprudence de la Cour, il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence «par objet» au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (voir, en ce sens, arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, point 36 ainsi que jurisprudence citée). »[420] *(nous soulignons)*

174. *Cette nécessité de prendre en compte le fonctionnement réel du marché avant de conclure à une infraction par objet a été confirmée dans la très récente affaire Budapest Bank, dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a jugé :*

« 75 […] une restriction de la concurrence sur le marché des systèmes de paiement en Hongrie, contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, ne saurait être constatée qu'au terme d'une appréciation du jeu de la concurrence qui aurait existé sur ce marché si l'accord CMI n'avait pas existé, appréciation qui, ainsi qu'il ressort du point 55 du présent arrêt, relève d'un examen des effets de cet accord.

76 En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 54 et 63 à 73 de ses conclusions, afin de justifier qu'un accord soit qualifié de restriction « par objet » de la concurrence, sans que s'impose une analyse de ses effets, il doit exister une expérience suffisamment solide et fiable pour qu'il puisse être considéré que cet accord est, par sa nature même, nuisible au bon fonctionnement du jeu de la concurrence. »[421] *(nous soulignons)*

175. *Les conclusions de l'Avocat général Bobek dans cette même affaire doivent également être évoquées :*

« en appliquant l'article 101, paragraphe 1, TFUE, l'autorité de concurrence est tenue de vérifier, compte tenu des éléments du dossier, que des circonstances particulières ne sont pas susceptibles de faire naître un doute sur la nocivité présumée de l'accord concerné. »[422] *(nous soulignons)*

176. *L'Auditorat de l'ABC a ignoré cette jurisprudence. Plus spécifiquement, l'Auditorat a examiné les pièces in abstracto, sans tenir le moindre compte du contexte économique et juridique particulier dans lequel opère Caudalie et plus particulièrement de l'encadrement des prix opéré par l'APB. L'Auditorat s'appuie sur la notion d'infraction par objet pour se dispenser d'un examen sérieux du dossier, alors que la gravité des infractions par objet exige au contraire un examen attentif du*

[420] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, §53. Voy. également l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2015, *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe c. Commission,* C-286/13P, ECLI:EU:C:2015:184, §117.
[421] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 2 avril 2020, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, §§75-76.
[422] Conclusions de l'Avocat Général Bobek dans l'affaire *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678, §48.

contexte juridique et économique et de la finalité des pratiques en cause avant de conclure à leur existence.

177. *Cette omission n'est pas sans conséquences. En effet, le contexte juridique et économique dans lequel s'insèrent les pratiques faisant l'objet de la Proposition de Décision invalide les conclusions de l'Auditorat.*

178. *Sur le plan économique, l'Auditorat méconnaît dans la Proposition de Décision l'impact du manque de concurrence structurel du secteur de la pharmacie et de la parapharmacie, pourtant flagrant (section 4.1.1) sur l'imputabilité à Caudalie de la responsabilité d'un éventuel problème de concurrence sur les prix des pharmaciens pour ses produits.*

179. *Sur le plan juridique, l'Auditorat va à l'encontre de la propre pratique décisionnelle récente de l'ABC, laquelle a établi que l'Ordre des Pharmaciens empêchait les pharmaciens de se porter concurrence sur les prix (section 4.1.2 ci-dessous). Ce faisant, l'Auditorat se contredit et instruit le dossier uniquement à charge et non également à décharge de Caudalie. Cette absence de prise en compte d'un problème concurrentiel pourtant constaté dans des décisions récentes a pour conséquence d'imputer implicitement à Caudalie la responsabilité de l'infraction commise par l'Ordre des Pharmaciens en ce qui concerne ses produits.*

180. *Il résulte de ce qui précède que les griefs avancés par l'Auditorat de l'ABC dans la Proposition de Décision sont insuffisamment étayés pour permettre de conclure à l'existence d'une infraction par objet.*

L'analyse du contexte économique et juridique du secteur de la pharmacie et de la parapharmacie en Belgique réfute le grief de pratique de prix imposés

4.1.1 *Le secteur de la pharmacie et de la parapharmacie en Belgique souffre d'un manque structurel de concurrence dû notamment au système APB et à l'action de l'Ordre des pharmaciens*

181. *La culture du secteur de la pharmacie et la déontologie des pharmaciens ont longtemps fait obstacle à toute concurrence entre les pharmaciens, en ce compris la concurrence sur les prix.*

Historiquement, le pharmacien belge n'a jamais considéré qu'il exerçait une activité commerciale. L'ancien code de commerce prévoyait d'ailleurs que les activités des pharmaciens ne constituaient pas des actes de commerce. Le pharmacien exerce une profession libérale et a longtemps estimé qu'à la différence des commerçants, il n'était pas tenu de se soumettre à une quelconque forme de concurrence. Offrir des promotions a, jusqu'à très récemment, été considéré comme « indigne » par l'Ordre des Pharmaciens (voir section 4.1.2 ci-dessous). Par conséquent, à de rares (et récentes) exceptions, les pharmaciens sont très peu enclins à mener une politique de prix agressive. S'agissant de ces quelques pharmaciens souhaitant mener une politique de prix agressive, ils demeurent marqués par le fonctionnement spécifique du marché induit par le mécanisme APB et ne baissent leurs prix que quand ils achètent moins cher. C'est la raison pour laquelle Newpharma et d'autres pharmacies demandent à Caudalie de financer leur baisse de prix.

182. *Par exemple, dans la pièce V.B.5, [Madame U] (Newpharma) écrit à [Madame E] (Caudalie) : « [é]tant donné que nous souhaitons vous mettre à -25% durant le mois d'août, serait-il possible d'avoir 15% de réduction supplémentaire sur notre prochaine commande ? ». De la même façon, la pièce IV.156 contient un e-mail datant du 26 juillet 2017 de [Monsieur B] (Caudalie) à [Madame V.P] ([Distributeur 4]) dans lequel M. [B] explique avoir dû « faire valider ce point avec la direction » et que celle-ci ne souhaite pas [CONFIDENTIEL]. M. [B] souhaite néanmoins satisfaire [Distributeur 4] en proposant d'autres réductions de prix : « [n]ous sommes tout à fait d'accord pour [CONFIDENTIEL] ». Cet épisode démontre qu'un pharmacien ne baisse ses prix que si ses coûts sont réduits. Les* ***pièces n°9 à 12*** *du dossier de pièce de Caudalie confirment que les échanges entre Caudalie et [Distributeur 4] portaient sur les remises accordées par Caudalie à [Distributeur 4].*

183. *Les pharmaciens pourraient diminuer leur marge sur les produits de Caudalie sans difficulté s'ils le voulaient. En effet, le secteur de la cosmétique ne représente qu'une proportion réduite du chiffre d'affaires des pharmaciens en Belgique. Ces derniers pourraient très bien choisir de diminuer leurs marges sur ces produits afin d'attirer davantage de clientèle dans leur pharmacie. Ils ne le font toutefois pas et appliquent le système APB aux produits cosmétiques.*

- *Par exemple, dans la pièce III.13.D, la Pharmacie [Distributeur 15] indique que « les prix pratiqués sont ceux de l'APB ».*
- *De même, dans la pièce III.21.F2, [Distributeur 17] écrit à l'Auditorat: « [l]es modifications de prix sont automatiquement ajustées dans la pharmacie grâce au logiciel. Nous ne recevons donc ici aucune communication de Caudalie elle-même. Tous les mois, nous imprimons les changements de prix à partir du logiciel et nous nous assurons que les prix dans la pharmacie sont à nouveau corrects »*[423]*.*
- *Dans la pièce III.28.E2, [Distributeur 23] indique à l'Auditorat: « [l]es prix recommandés seront fournis via notre logiciel comme pour tous les autres produits et seront automatiquement ajustés en cas d'augmentation des prix »*[424]*.*

184. *L'attachement des pharmaciens aux prix APB affichés a forcé les entreprises à obtenir des codes APB différents en cas de promotion. S'agissant de Caudalie, il y a donc deux codes APB sur les produits en promotion. En effet, si Caudalie octroie une remise plus importante aux pharmaciens sans solliciter un nouveau code APB et donc sans conseiller de prix de vente adapté à cette promotion, les pharmacies ne répercutent pas la remise obtenue puisqu'elles continuent d'appliquer le prix APB affiché (et inchangé). Malgré les promotions obtenues de Caudalie, les pharmacies vendent donc au prix plein, ce qui n'augmente pas les ventes. Pour que les remises soient répercutées sur le prix public, Caudalie doit donc créer un nouveau code APB dans lequel le prix de vente prend en compte la remise octroyée en amont.*

185. *Ce réflexe qu'ont les pharmaciens de considérer les prix recommandés par les fournisseurs comme des prix obligatoires (même en l'absence d'indications en ce sens de la part des fournisseurs) a été*

[423] Traduction libre du texte original en néerlandais : « *prijswijzigingen worden in de apotheek automatisch aangespast met de software. Hier krijgen we dus geen mededeling van Caudalie zelf. Maandelijks printen we de prijswijzigingen af uit de software en zorgen we dat de prijzen in de apotheek terug allemaal correct staan* ».

[424] Traduction libre du texte original en néerlandais : « [d]e *aanbevolen prijzen worden wel zoals bij al de andere producten in ons softwareprogramma via ons softwareprogramma aangeleverd en automatisch aangepast inien er prijsverhogingen zijn*».

confirmé par les pharmaciens eux-mêmes. Ainsi, dans la pièce III.6.F2, la Parapharmacie [Distributeur 5] écrit à l'Auditorat : « [i]l est bien connu de notre part que le tarif des produits cosmétiques comme beaucoup d'autres (hormis les médicaments remboursés dont le prix est fixé par l'INAMI) est signalé dans notre logiciel comme un prix informatif et que la loi nous permet d'appliquer le prix de notre choix pourvu que nous ne vendons pas à perte. La complexité économique actuelle a rendu obligatoire, pour fidéliser le client, une approche commerciale attractive et je n'ai jamais eu à me plaindre de Caudalie pour quoique [sic] ce soit. Une information sur la règle des prix devrait d'ailleurs être envoyé [sic] à tous les pharmaciens qui ne comprennent pas la règlementation à ce sujet. Etant Présidente du groupement [CONFIDENTIEL], j'ai dû régulièrement expliqué [sic] cette réglementation, le pharmacien croyant à tort mais de bonne fois [sic], ne pas pouvoir déroger au prix indicatif… »

186. *Par conséquent, l'ensemble du secteur de la pharmacie belge se caractérise par un manque de culture de la concurrence, lié d'une part à la forte réglementation des prix des médicaments et d'autre part à la conception historique du métier de pharmacien, défendue jusqu'il y a peu par l'Ordre des Pharmaciens.*

187. *Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat considère que « lorsqu'un marché est déjà peu concurrentiel, […], les accords et/ou pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre sur ce marché constituent des infractions plus graves que si le marché était concurrentiel »*[425]*. L'Auditorat cite à cet égard la décision du Collège de la concurrence du 28 mai 2019.*

188. *Ce raisonnement ne peut toutefois être accepté.*

189. *<u>Premièrement</u>, comme il sera démontré dans la section 4.1.2 ci-dessous, cette logique contredit de manière flagrante la jurisprudence de l'ABC et plus précisément la décision du Collège de la concurrence du 28 mai 2019. L'Auditorat impute en effet à Caudalie la responsabilité de pratiques qui ont été reprochées à l'Ordre des pharmaciens et pour lesquelles l'Ordre a précisément été sanctionné.*

190. *<u>Deuxièmement</u>, les pratiques dont il est question dans le passage cité par l'Auditorat sont des stratégies d'éviction mises en place par l'Ordre des pharmaciens dans l'intérêt de ses membres, soit, des accords horizontaux qui sont par nature plus nocifs pour la concurrence que les accords verticaux*[426]*.*

191. *<u>Troisièmement</u>, la position de Caudalie est tout à fait différente de celle de l'Ordre des pharmaciens de sorte que le passage cité ci-dessus n'est pas pertinent. L'Ordre des pharmaciens est le dépositaire de missions d'intérêt public qui lui permettent d'exercer un contrôle sur ses membres et de leur imposer des sanctions en vue d'assurer le respect de la loi et de la déontologie, le cas échéant. Les actions de l'Ordre des pharmaciens ont donc un impact direct sur le comportement des pharmaciens sur l'ensemble du marché des services prestés par les pharmacies, déjà peu concurrentiel.*

[425] Proposition de Décision, §303.
[426] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.,* C-32/11, EU:C:2013:160, § 43. Voy., également les Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), §6.

À l'inverse, Caudalie est une entité privée, active sur le marché de la production des produits dermo-cosmétiques, qui, contrairement au marché des services prestés par les pharmacies, ne remplit aucune mission d'intérêt public et ne dispose que de parts de marché très modestes. En d'autres termes, alors que la position de l'Ordre des pharmaciens lui permet d'influencer et de limiter de manière significative la concurrence sur le marché des services prestés par les pharmacies, celle de Caudalie ne lui permet pas d'affecter significativement la concurrence entre les pharmaciens. Par conséquent, la position de Caudalie ne peut pas être comparée avec celle de l'Ordre des pharmaciens dont la nature est tout à fait particulière.

192. *Quatrièmement, et de manière plus fondamentale, l'Auditorat semble mal comprendre la position de Caudalie. Celle-ci n'argumente pas que dans les marchés où la concurrence est faible, les entreprises sont dispensées de se conformer au droit de la concurrence. Ce que Caudalie affirme, en revanche, c'est que dans un secteur comme celui de la pharmacie où, en raison d'une très forte régulation et du poids des traditions, les pharmaciens s'opposent au jeu de la concurrence ou ne s'y prêtent que de mauvais gré, il ne peut être reproché à Caudalie que ces mêmes pharmaciens ne se portent pas une concurrence aussi intense que l'Auditorat le souhaiterait. En d'autres termes, l'Auditorat ne peut pas imputer à Caudalie la responsabilité de faire évoluer un secteur entier vers davantage de concurrence, tout particulièrement au regard de la place très modeste qu'occupe Caudalie dans le chiffre d'affaires des pharmaciens (voir, à ce sujet, la section 9.1.3 ci-dessous).*

4.1.2 *La pratique décisionnelle récente de l'ABC a confirmé l'absence généralisée de concurrence entre les pharmaciens*

193. *Pendant des années, l'Ordre des pharmaciens a considéré que la concurrence par les prix était contraire à la déontologie des pharmaciens et a activement cherché à dissuader, voire à sanctionner, toute pharmacie qui chercherait à se démarquer par des promotions. Cet état d'esprit et ce comportement ont toujours un impact considérable sur la mentalité de l'ensemble du secteur de la pharmacie.*

194. *L'ABC a pu constater par elle-même l'absence généralisée de concurrence entre les pharmaciens dans le cadre de sa pratique décisionnelle récente. Le Collège de la concurrence de l'ABC a conclu dans l'affaire MediCare-Market c. Ordre des Pharmaciens qu'il existe « une interprétation de certaines dispositions du code de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre qui ont pour effet de restreindre, voire d'annihiler, toute possibilité de publicité pour des produits de parapharmacie, et en particulier de ristournes offertes sur ces produits. Même si ces dispositions sont motivées comme allant à l'encontre du principe de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dont le pharmacien doit faire preuve dans l'exercice de sa profession, une interprétation stricte de ces dispositions, telles qu'effectuée par les conseils provinciaux en réponse à la requête du Conseil national, a pour effet d'empêcher le développement d'une concurrence en prix sur les produits de parapharmacie tant entre pharmacies qu'entre pharmacies et parapharmacies au bénéfice des consommateurs »*[427].

[427] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §48, p. 232.

195. *Le Collège de la concurrence a également considéré, dans la même affaire, que « [c]ette restriction de la concurrence en prix est particulièrement dommageable pour le consommateur belge dans la mesure où le Collège observe qu'en dépit d'une réglementation en matière de prix limitée à l'imposition de prix maximums pour les médicaments sur prescription, les pharmaciens semblent généralement ne pas s'écarter de ces prix maximums pour les médicaments sur prescription ou des prix proposés par les fournisseurs pour les autres produits »*[428].

196. *Ce refus des principes de concurrence a été constaté sur le terrain. L'enquête réalisée par Dedicated à la demande de MediCare-Market en avril 2017 a révélé que « moins de 10% des interviewés pensent que les pharmaciens ont la liberté de fixer les prix des OTC et des produits de parapharmacie […]. En plus, seulement 14% de ces mêmes interviewés considèrent que les prix des OTC […] et de la parapharmacie […] sont « au juste prix ». En conséquence, 31% des belges renoncent (parfois/souvent) à acheter des OTC pour des raisons financières […] et 23% font des achats à l'étranger de ces mêmes OTC […], principalement pour des raisons de prix […] »*[429]*. Cette idée de « juste prix » est révélatrice d'un état d'esprit que Caudalie a également pu constater : un pharmacien qui constate qu'un produit Caudalie est vendu moins cher ailleurs va s'en plaindre à Caudalie, estimant « injuste » que l'autre pharmacien ne respecte pas les « règles du jeu ». Les règles de ce jeu ne sont pas établies par Caudalie mais par les pharmaciens eux-mêmes. Caudalie n'impose pas de prix de revente de ses produits aux pharmaciens ; ce sont les pharmaciens qui s'imposent des prix de revente en exigeant de Caudalie (comme d'autres fournisseurs) un prix recommandé qu'ils considèrent ensuite comme étant le « juste prix ». Cette pratique est loin de n'affecter que Caudalie. En effet, dans l'affaire MediCare-Market c. Ordre des Pharmaciens, il a été constaté que « le développement d'une concurrence par les prix […] a fait réagir de nombreux pharmaciens concurrents qui se sont plaints auprès de leurs associations représentatives »*[430]*.*

197. *La Proposition de Décision recèle de nombreux exemples de cette culture du « juste prix » qu'ont les pharmaciens et de leur souhait de ne pas se concurrencer.*

198. *C'est, par exemple, dans ce sens qu'il faut comprendre la pièce IV.174 du dossier de procédure, qui contient un e-mail de [Madame V] (Newpharma) à [Monsieur B] (Caudalie) dans lequel [Madame V] informe Caudalie que Farmaline fait des promotions de -20% sur ses produits.*

199. *C'est également le sens de l'e-mail de [Monsieur C.M] (pharmacie [Distributeur 12]) à [Madame L] (Caudalie) qui manifeste son mécontentement concernant le prix de 17,16 euros pour le coffret « Thé des vignes » sur le site de Newpharma (pièce IV.34). M. [C.M] écrit notamment : « Nous voulions mettre votre coffret dans le folder PARAPHARMA en avant avec un prix correcte [sic] de 21,99€, je compte sur vous pour compenser cette promo acceptable !!! » Cette phrase est très révélatrice de la notion de « juste prix » évoquée plus haut. Elle confirme également la volonté des pharmaciens de ne pas baisser leurs prix si cela va diminuer leurs marges bénéficiaires (voir, ci-dessus, section 4.1.1).*

[428] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §49, p. 232.
[429] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §50, p. 232.
[430] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §47, p. 11.

200. *Les réponses que Caudalie apporte à certaines pharmacies se plaignant des prix pratiqués par leurs concurrents confirment que cette culture du « juste prix » n'est pas imputable à Caudalie mais aux pharmaciens eux-mêmes. Ainsi, lorsque, le 8 octobre 2015, la pharmacie [W] se plaint des prix pratiqués par Newpharma, Pharmasimple et [Distributeur 1] et demande à Caudalie si elle cautionne ces prix (pièce IV.179), Caudalie lui répond, en date du 9 octobre 2015, que « la législation européenne stipule très clairement que les prix sont librement fixés par chacun des distributeurs » (pièce IV.180). De même, la pièce IV.144 contient un e-mail dans lequel la pharmacie [Distributeur 33] dénonce les prix pratiqués par Pharmasimple. Dans sa réponse, Caudalie indique : « nous sommes en procédure depuis 6 mois concernant ce site internet car il continue à vendre la marque alors que nous avons dénoncé son contrat il y a 1 an et stoppé les livraisons depuis 1 an ». L'Auditorat utilise cette pièce aux paragraphes 54, 72 et 233 de la Proposition de Décision mais ne semble retenir que les propos du pharmacien tout en ignorant les clarifications apportées par Caudalie dans cette même pièce. Or, la réponse de Caudalie ne confirme pas l'existence de prix de revente imposés mais indique simplement que le site Internet concerné vend sans agrément de Caudalie. Cette réponse constituait pour Caudalie une manière simple et diplomate de clore le débat, sans entrer dans le jeu du « juste prix » voulu par la pharmacie [Distributeur 33] mais sans non plus heurter ce pharmacien en lui envoyant le même rappel de la loi que celui qu'a reçu la pharmacie [W].*

201. *S'agissant des ristournes, l'Auditorat de l'ABC a constaté dans l'affaire Ordre des pharmaciens que les pharmaciens luttaient pour préserver leur culture d'absence de concurrence sur les prix. Selon l'Auditorat, les articles 106 à 111 du Code de déontologie de l'Ordre des pharmaciens sont « utilisés depuis de nombreuses années pour justifier les sanctions adressées aux pharmaciens ayant octroyé un taux élevé de ristournes »*[431].

202. *L'Auditorat a en outre constaté que « dans plusieurs décisions, les conseils disciplinaires ont eu égard à l'existence d'une norme généralement admise en matière de ristournes qu'il conviendrait de ne pas dépasser ou à l'octroi ou non de telles ristournes par les pharmacies voisines. Ce faisant, les instances disciplinaires visent à éviter qu'une pharmacie n'octroie des ristournes supérieures à ce que font la plupart des pharmacies. Ainsi, elles tendent à instaurer indirectement un prix minimum pour les produits vendus en pharmacie, qu'il s'agisse de produits de parapharmacie ou de médicaments »*[432].

203. *L'Auditorat rappelle en outre que « d'après l'étude réalisée par MediCare-Market, 99% des pharmacies pratiquent le prix maximum autorisé sur les médicaments non remboursés »*[433].

[431] Décision n°ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, §36, p.8.
[432] Décision n°ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, §78-§79, p. 16, §79.
[433] Décision n°ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, §80, p.16.

204. *L'ABC en conclut que l'Ordre des pharmaciens « fixe […] indirectement les prix de vente des produits de parapharmacie et des médicaments »*[434].

La pratique décisionnelle récente de l'ABC confirme dès lors intégralement le manque de concurrence entre pharmaciens. Le secteur de la pharmacie en Belgique rejette la notion de commerce ou de concurrence sur les prix. Les pharmaciens exigent de leurs fournisseurs d'obtenir des prix recommandés qu'ils traitent ensuite comme le « juste prix ». Ils n'hésitent pas à agir pour empêcher tout écart par rapport à ce « juste prix », que ce soit au niveau individuel, en se plaignant au fournisseur dès qu'ils constatent qu'un produit est en promotion dans une autre pharmacie, ou au niveau collectif, en défendant une vision de leur déontologie incompatible avec des ristournes et en chargeant l'Ordre des pharmaciens de sanctionner les pharmacies qui offrent des remises importantes.

205. *Cette responsabilité des pharmaciens est confirmée par les pharmaciens eux-mêmes. Medi-Market a expliqué à l'ABC dans l'affaire Ordre des Pharmaciens qu'« [i]l existe sur le marché une collusion entre les pharmaciens d'appliquer les prix dits « recommandés », automatiquement intégrés d'ailleurs dans les logiciels des pharmaciens au travers du code CNK, mis en place par l'APB. La mise en œuvre est assurée par le harcèlement des pharmaciens qui osent dévier de cet accord »*[435].

206. *L'Ordre des Pharmaciens a indiqué à l'ABC que l'APB, également incluse dans la plainte de MediCare-Market, a joué un grand rôle dans les pratiques en cause, notant que « [l]e dossier d'instruction atteste le rôle critique que l'APB a joué dans le cas MediCare-Market »*[436]*. Ce problème de concurrence n'est pas imputable à Caudalie mais bien aux pharmaciens eux-mêmes. Caudalie n'a pas, à elle seule, le pouvoir de changer la culture et les usages d'une profession dans son ensemble. L'Auditorat de l'ABC ne peut pas, comme il le fait dans la Proposition de Décision, écarter et ne pas tenir compte de ces problèmes systématiques de concurrence dont le Collège de la concurrence de l'ABC a pourtant constaté l'existence en se fondant sur l'instruction effectuée par l'Auditorat lui-même.*

4.1.3 *Conclusion : l'Auditorat ne peut sciemment écarter l'existence d'un problème structurel de concurrence dans le secteur de la pharmacie et imputer à Caudalie la responsabilité d'un manque de concurrence entre pharmaciens*

207. *La pratique décisionnelle de l'ABC établit la responsabilité des pharmaciens, celle de l'Ordre des pharmaciens et celle de l'APB (bien que cette dernière n'ait pas été condamnée) dans la fixation des prix de revente des produits de parapharmacie.*

208. *L'ABC ne peut pas prétendre que les pratiques en cause sont uniquement imputables à Caudalie alors qu'elle a décidé que, du 22 octobre 2015 au 28 mai 2019 au moins, l'Ordre des pharmaciens a été coupable de maintenir des prix élevés dans le secteur de la parapharmacie. En d'autres*

[434] Décision n°ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, §81.
[435] Décision n°ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017, affaire CONC-V/M-17/0017, §282.
[436] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §63, p. 107.

termes, l'ABC ne peut imputer à Caudalie la responsabilité des prix pratiqués par les pharmaciens pour ses produits sans méconnaître ses propres constatations dans les décisions précitées.

Au surplus, l'Auditorat de l'ABC ne démontre pas l'existence d'une pratique de prix de revente imposés

4.1.4 *Remarque préliminaire : l'Auditorat de l'ABC se focalise sur les prix alors que, dans le secteur de la dermo-cosmétique, le prix n'est pas le facteur concurrentiel le plus important*

209. *L'Auditeur rappelle que « si la qualité des produits en cause joue un rôle important, il en va de même des prix des produits »*[437]*. Caudalie souhaite souligner que l'importance du facteur prix dépend du marché en cause. Les produits vendus dans le secteur dermo-cosmétique se caractérisent par leur nature de produits de luxe, pour lesquels le prix n'est pas le facteur de concurrence déterminant dans la décision d'achat des consommateurs. Ce sont des critères tels que l'expérience client ainsi que la qualité et la présentation des produits qui constituent les facteurs de concurrence essentiels dans le secteur des produits de luxe.*

210. *Le caractère exclusif des produits de Caudalie explique que leurs points forts soient leur qualité, leur présentation et la qualité du service offert au client (section 0). L'attractivité des produits de Caudalie ne se situe pas principalement au niveau de leur prix, ce qui explique qu'il ne soit pas nécessaire pour les pharmaciens de se focaliser sur l'offre de promotions. La qualité et la présentation des produits jouent en effet un rôle essentiel dans le marché dermo-cosmétique.*

211. *L'attention que porte Caudalie à la présentation, à la qualité de ses produits et au service à la clientèle constitue, en soi, une démarche concurrentielle visant à se distinguer de ses concurrents par une offre de produits plus qualitative. L'Auditorat de l'ABC a volontairement écarté ce facteur concurrentiel alors qu'il joue un rôle particulièrement important dans un secteur comme celui des produits dermo-cosmétiques. En d'autres termes, l'Auditorat se concentre sur le facteur prix alors que la concurrence se joue ailleurs.*

212. *La Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'affaire Metro que « la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit – de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée – ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue »*[438]*.*

213. *De même, dans l'affaire AEG Telefunken, la Cour de justice a considéré « qu'il existe des exigences légitimes, tel le maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, qui justifient une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix »*[439]*.*

214. *L'Auditorat ne peut pas ignorer l'investissement de Caudalie dans des critères de concurrence qualitatifs et se limiter à examiner ses prix sans méconnaître à la fois la jurisprudence de la Cour de justice et le secteur de la dermo-cosmétique.*

---

[437] Proposition de Décision, §209.
[438] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 25 octobre 1977, *Metro*, affaire 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, §21.
[439] Arrêt du 25 octobre 1983, *AEG Telefunken,* C-107/82, ECLI:EU:C:1983:154, §33.

4.1.5 *Caudalie n'impose pas de prix minimum mais encadre la présentation de ses produits, en ce compris la présentation des promotions*

215. *L'Auditorat de l'ABC assimile à tort le contrôle par Caudalie de la présentation des promotions effectuées par les pharmaciens sur ses produits à l'imposition d'un prix minimum de revente.*

216. *Le droit de la concurrence n'empêche pas un fournisseur de produits de luxe de contrôler l'image de sa marque. La Cour de justice a indiqué dans les affaires Copad et Coty que « la qualité de tels produits résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe, que cette sensation constitue un élément essentiel desdits produits pour qu'ils soient distingués, par les consommateurs, des autres produits semblables, et que, dès lors, une atteinte à ladite sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits »[440]. La Cour de justice a par ailleurs confirmé dans l'arrêt Coty la légalité d'un système de distribution sélective visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe des produits concernés. La Cour de justice se réfère plus précisément à l'importance de la présentation des produits afin de préserver la sensation de luxe : « l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante de produits de prestige dans le point de vente est de nature à contribuer à la réputation des produits en question et donc au maintien de leur sensation de luxe »[441].*

217. *Similairement, dans une affaire concernant des marques dermo-cosmétiques, le Conseil de la concurrence français a indiqué que « Compte tenu de la nature des produits en cause, le fabricant peut légitimement vouloir en réserver la commercialisation à des distributeurs sélectionnés par lui dans le cadre d'un réseau sélectif. Un tel choix permet alors d'améliorer les services rendus aux consommateurs, sous forme de présentation, de valorisation et d'exposition des produits, de conseils prodigués aux acheteurs et éventuellement de services après-vente. Comme ces services sont coûteux, il est économiquement efficace de vouloir protéger les distributeurs qui les offrent d'une concurrence par les prix trop intense. Celle-ci détruirait à moyen terme les incitations à offrir les services »[442].*

218. *En outre, dans un jugement du 6 mars 2018[443], le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf a considéré que le droit des marques autorisait un fabricant de produits cosmétiques à interdire aux chaînes de supermarché de vendre ses produits cosmétiques dans leurs magasins physiques ainsi qu'en ligne au motif qu'une telle vente endommagerait la réputation de la marque cosmétique de luxe. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal s'est notamment appuyé sur les arrêts Copad et Coty. Plus particulièrement, le Tribunal a considéré comme pertinent le fait que les produits cosmétiques étaient vendus aux côtés de produits de masse et de produits à des prix réduits et que la plateforme se concentrait sur les prix, n'hésitant pas à afficher des offres spéciales*

[440] Arrêt du 23 avril 2009, *Copad*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, §§24-26 ; arrêt du 6 décembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, §25.
[441] Arrêt du 6 décembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, §27.
[442] Conseil de la concurrence français, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, §§82-83.
[443] OLG Düsseldorf, jugement du 6 mars 2018 - I-20 U 113/17.

surlignées, des prix barrés et le pourcentage d'économie réalisé en comparaison avec le prix d'origine.

219. *Le souci de Caudalie de protéger l'image de sa marque et le prestige de ses produits en veillant à la présentation de ces derniers est donc tout à fait légitime. Cet intérêt légitime vaut également en période de promotions : Caudalie peut légitimement demander à un pharmacien de veiller à ce que les promotions qu'il applique soient présentées de manière sobre et ne nuisent pas à l'image de la marque de Caudalie. A cet égard, Caudalie fournit à ses distributeurs agréés des affichettes promotionnelles que ces derniers peuvent exposer dans leurs officines pour la vente des produits Caudalie. Ainsi, l'affichage promotionnel est encouragé par Caudalie sous réserve qu'il respecte les critères qualitatifs de présentation des produits. Les* ***pièces n°13 à 15*** *du dossier de pièces de Caudalie incluent des exemples d'affichettes promotionnelles.*

220. *La préservation de l'image de marque d'un produit passe par le contrôle de la manière dont il est exposé et de l'environnement dans lequel il est placé. La présentation des offres promotionnelles joue un rôle important à cet égard : des autocollants (« pastilles ») annonçant des réductions de prix par des couleurs criardes, typiques des soldeurs, nuisent au prestige du produit concerné, quel que soit le prix auquel ce dernier est proposé.*

221. *Cette pratique a d'ailleurs été admise, en ce qui concerne Caudalie SAS, par le Conseil de la concurrence français en 2007. Le contrat cadre de distribution en ligne de Caudalie intègre la clause suivante : « l'obligation de recueillir l'accord préalable et écrit de Caudalie pour les publicités ou promotions de ses produits et l'interdiction d'utiliser des termes dévalorisants tels que « discount » ou « remises x% » »*[444]*, laquelle a été approuvée par l'ADLC et n'a pas été remise en question par la suite. Tant l'ADLC que l'ABC sont des autorités de concurrence. Toutes deux ont pour mission d'assurer le respect des règles de concurrence européennes ainsi que de leur droit de la concurrence national, dont le contenu est quasiment identique. Dans sa décision, l'ADLC confirme explicitement que l'encadrement des initiatives promotionnelles est légal et qu'il ne participe pas à l'imposition d'un prix minimum de revente. Il est donc logique, sous peine de porter gravement atteinte au principe de sécurité juridique, que les deux autorités n'adoptent pas des positions contradictoires en ce qui concerne des questions identiques.*

222. *L'Auditorat lui-même reconnaît, dans sa Proposition de Décision, que « l'interdiction des pastilles promotionnelles et des prix barrés ne constitue pas en soi une infraction au droit de la concurrence »*[445]*.*

223. *En considérant que « Caudalie se sert de l'argument de la nécessité de garantir l'image de qualité et de luxe de ses produits pour dissimuler l'imposition d'un prix de vente minimum »*[446]*, l'Auditorat de l'ABC passe entièrement sous silence le fait que plusieurs distributeurs lui ont très clairement affirmé disposer d'une totale liberté concernant la détermination de leur prix de revente. Ceci suggère une instruction exclusivement à charge du dossier par l'Auditorat.*

[444] Conseil de la concurrence français, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, §54 (**pièce n°1** du dossier de pièces de Caudalie).
[445] Proposition de Décision, §213.
[446] Proposition de Décision, §212.

224. *À cet égard, de nombreuses pièces du dossier de procédure confirment que Caudalie ne réglemente pas les prix des pharmaciens mais uniquement la présentation de ses produits, que ce soit pendant les promotions ou en-dehors de celles-ci. Par exemple, dans la pièce III.12.B2, [Madame S.E] (Pharmacie [Distributeur 10]) indique : « [l]a société Caudalie ne m'impose pas un prix de vente. J'affiche le prix que je veux. La société demande cependant de ne pas pratiquer une politique de "prix barrés" ».*

225. *Dans la pièce V.B.5, [Madame U] (Newpharma) confirme également que Newpharma applique des promotions sur les produits Caudalie et que seule la présentation de ces promotions (et non leur niveau) est réglementée par Caudalie. [Madame U] écrit en effet à [Madame E] (Caudalie) : « [é]tant donné que nous souhaitons vous mettre à -25% durant le mois d'août, serait-il possible d'avoir 15% de réduction supplémentaire sur notre prochaine commande ? ». [Madame U] ne demande pas l'accord de Caudalie pour pratiquer cette promotion : la demande porte uniquement sur le fait que Caudalie applique à son tour une réduction sur les prix qu'elle facture à Newpharma. [Madame U] précise que cette promotion respectera les exigences de forme de Caudalie : « il n'y aura pas de prix barré ni d'annonce « -25% » en respect de nos accords. »*

226. *De même, dans la pièce III.6.F2., la Parapharmacie [Distributeur 5] indique à l'Auditorat : « Caudalie n'a jamais mis d'objection face à nos propres promotions […] ».*

227. *Dans la pièce III.8.C2, [Distributeur 6] écrit à l'Auditorat : « Promotions personnelles = -15% toute l'année ».*

228. *Dans la pièce III.16.B2, la Pharmacie [Distributeur 14] indique à l'Auditorat qu'elle pratique en ligne une « remise permanente de 16% toute l'année financée sur ma propre marge » et, en surface de vente, « [d]epuis 2012, une à deux promos personnelles par an. Un été, mais je ne me rappelle plus lequel, ce fut une promo sur les gels douche. Pendant un hiver, ce fut une promo sur les sticks lèvres. Je change chaque année de gamme pour les promos saisonnières. Caudalie ne m'a jamais imposé de faire une promotion particulière depuis ma collaboration avec eux ».*

229. *Dans les pièces III.19.C2, III.19.E3 et III.19.G2, la pharmacie [Distributeur 15] indique qu'elle pratique plusieurs « promotions personnelles » et qu'elle n'a jamais eu à se plaindre de Caudalie, les relations entre les Pharmacies [Distributeur 15] et Caudalie étant « très professionnelles et cordiales ».*

230. *Dans la pièce III.20.B2, [Madame K.VG] ([Distributeur 16]) écrit à l'Auditorat : « [i]l est très agréable de travailler avec Caudalie, ils ont certaines attentes pour donner à leur marque un aspect qualitatif parfaitement justifiable et en ligne avec les autres marques de cosmétiques »*[447]*.*

231. *Dans la pièce III.26.B2, [Madame I.D] ([Distributeur 21]) écrit, en réponse à la question « Veuillez indiquer les différentes modifications que vous avez dû apporter, tant pour la vente physique que pour la vente en ligne, afin de pouvoir commercialiser les produits Caudalie »: « n'a pas vraiment*

[447] Traduction libre du texte original en néerlandais : « *Het is is heel aangenaam samenwerken met Caudalie, ze hebben bepaalde verwachtingen om hun merk kwalitatieve uitstraling te geven wat perfect te verantwoorden is en in lijn is met andere cosmeticamerken* ».

reçu d'instructions pertinentes, a seulement insisté sur une telle classification et une présentation correcte sur le site web en fonction de la qualité que la marque a en tête »[448].

232. *Dans la pièce III.31.D2, la pharmacie [Distributeur 26] indique à l'Auditorat : « Actuellement (août 2019), je fais une promotion sans coopération avec Caudalie : 20% de réduction sur les crèmes solaires. J'effectue cette promotion moi-même. Je n'ai jamais demandé à Caudalie si elle était d'accord, et je n'ai pas non plus reçu de commentaires de sa part. J'affiche le prix public recommandé et je mentionne "20 de réduction" »*[449].

233. *La pièce III.35.B2 reprend la réponse de [Distributeur 48] à l'Auditorat : « Lors de la création d'article le fournisseur remplit un fichier reprenant son tarif et son prix de vente conseillé. Après c'est notre cellule tarification qui définit les PV suivant notre politique tarifaire ».*

234. *Les pièces III.4.F2 et III.4.B3 contiennent les réponses de [Distributeur 1] à des demandes de renseignements de l'Auditorat. [Distributeur 1] écrit : « [l]es prix recommandés sont transmis par l'Association Pharmaceutique Belge (« l'APB ») via un numéro de code national (« CNK »). Ce code permet l'identification de chaque produit. […]. Caudalie ne transmet pas directement ses tarifs de revente recommandés et il n'y a donc pas d'échange entre Caudalie et [Distributeur 1] à ce sujet » (pièce III.4.F2). Contrairement à ce que soutient l'Auditorat, [Distributeur 1] affirme déterminer librement sa politique promotionnelle. [Distributeur 1] indique en effet dans la pièce III.4.B3 :*

- *avoir « fixé ses remises permanentes, différentes pour chaque marque il y a 3 ans. Le taux de remises ainsi fixé dépend de la rentabilité attendue, du prix habituel sur le marché en pharmacie, de l'image de la marque, etc. Sur la marque Caudalie, cette remise a été fixée à -[5-15]% sur le prix recommandé envoyé par l'APB. Elle n'a plus été revue depuis » ;*
- *appliquer en plus de la remise généralisée à la marque « une remise supplémentaire […] sur une série de produits faisant l'objet d'une vive concurrence […]. [CONFIDENTIEL]font partie de ces produits avec une remise oscillant entre [50-60%] sur ces derniers mois. » ;*
- *mettre en œuvre des promotions ou des mises en avant « au gré du plan promotionnel de [Distributeur 1] ou du fournisseur, ainsi que de la saisonnalité », [Distributeur 1] indique avoir personnellement mis en place trois promotions en 2016, trois promotions en 2017 et sept promotions jusqu'en juin 2018 ;*
- *accorder « [t]oute origine de promotion et type de produit confondu […] des remises d'environ [10-20%] sur toute la gamme Caudalie » ; et*
- *avoir toujours « mené une politique de prix indépendante et plus agressive que ses concurrents ».*

235. *La pièce III.5.B2 reprend la réponse de [Distributeur 4] à une demande de renseignements de l'Auditorat : « [d]epuis mai 2016, nous gérons de manière structurée notre propre politique de prix*

[448] Traduction libre du texte original en néerlandais : « *niet echt relevant instructies gekregen, enkel werd aangedrongen op een dergelijke indeling en degelijke presentatie op de website in de lijn van de degelijkheid dit het merk voor ogen heeft* ».
[449] Traduction libre du texte original en néerlandais : « *Momenteel (augustus 2019) doe ik een actie zonder samenwerking met Caudalie: 20% korting op de zonnecrèmes. Die promo draag ik zelf. Ik heb nooit de vraag gesteld aan Caudalie of zij akkoord zijn, en ik heb hierover van hen ook geen opmerkingen gekregen. Ik afficheer de aanbevolen publieksprijs en vermeld "20 korting* ».

sur les produits en vente libre dans nos officines et sur notre site internet. Pour la marque Caudalie, nous appliquons des baisses de prix par rapport au prix recommandé sur certaines références, augmentons les prix sur d'autres ou éventuellement appliquons le prix recommandé par le fournisseur ».

236. *Caudalie a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que les prix sont librement déterminés par les distributeurs. Par exemple :*

- *dans un e-mail du 24 juillet 2017 (écrit bien avant que Caudalie apprenne l'existence de l'instruction menée à son encontre), [Monsieur B] indique à l'une de ses commerciales qu'« [i]l appartient à chaque dépositaire de pratiquer les prix qu'il veut » (pièce IV.155).*
- *dans un e-mail du 9 octobre 2015, [Monsieur B] explique à [Monsieur W] (Pharmacie [W]) que « les prix sont librement fixés par chacun des distributeurs. Les marques Ne doivent aucunement imposer une politique de prix » (pièce IV.180).*
- *le 23 janvier 2017, en réponse à un e-mail de [Madame U] (Newpharma) qui se plaint de commandes bloquées à cause d'une promotion à -20%, [Monsieur B] répond qu'« il appartient à chaque distributeur de procéder à sa politique de prix » (pièce V.B.43).*
- *de même, la pièce V.B.72 contient un échange entre [Madame V.B] ([Distributeur 18]) et [Monsieur B] dans lequel M. [B] apporte des éclaircissements à Mme [V.B] qui ne semble pas comprendre que la raison pour laquelle elle a reçu un courrier de mise en demeure est liée au non-respect des critères précisés dans le contrat (notamment l'absence de référence [CONFIDENTIEL], prix affichés barrés, l'absence de [CONFIDENTIEL]). À cet égard, M. [B] indique : « nous tenons à dissiper tout malentendu s'agissant de votre politique tarifaire. Nous vous confirmons que vous demeurez entièrement libre de déterminer vos prix de revente dans le cadre de nos relations commerciales. […] Nous n'avons aucunement la volonté de vous faire ajuster vos tarifs. Nous vous avons seulement demandé de respecter vos engagements contractuels, tels que précisés à l'Article A.3 […] ».*

237. *Aux paragraphes 214 à 216 de la Proposition de Décision, l'Auditorat cite certaines pièces qu'il interprète comme démontrant que Caudalie se sert de l'interdiction des prix barrés et des pastilles promotionnelles pour dissimuler l'imposition d'un prix de revente[450]. Cependant, l'Auditorat effectue des raccourcis pour chacune de ces pièces, en essayant de leur conférer l'interprétation qu'il souhaite :*

- *La pièce IV.226 contient un projet de mise en demeure rédigé par Caudalie à l'attention de [Distributeur 34] le 1er décembre 2015. L'Auditorat considère que le fait que le courrier de mise en demeure de Caudalie se réfère à des « promotions (prix plus bas sur la gamme Caudalie dans son entièreté) »[451] démontre l'existence d'une pratique de prix de revente imposés. Cependant, ce ne sont pas les « prix plus bas sur la gamme Caudalie dans son entièreté » qui posent problème à Caudalie mais le fait que les promotions « détériorent*

[450] Proposition de Décision, §§214-216.
[451] Traduction libre faite par l'Auditorat du passage suivant : « *promoties (lagere prijzen op de complete Caudalie-gamma)* » (§214 de la Proposition de Décision).

l'image de la marque »[452]*. Cela ressort des* ***pièces n°19 à 22*** *du dossier de pièces de Caudalie. Ces pièces contiennent l'e-mail envoyé à [Distributeur 34] ainsi que ses pièces jointes (absentes du dossier d'instruction de l'Auditorat). Les photos figurant en pièces jointes de cet e-mail sont claires. On y distingue des prix barrés et pastilles -20% sur les produits Caudalie. Les reproches de Caudalie concernant ce site étaient donc bien relatifs à un affichage promotionnel non conforme en dehors de toute pratique de prix de revente imposé.*

- *De même, il ressort de la pièce III.4.B56 utilisée à l'encontre de Caudalie et contenant une conversation entre [Monsieur B] et [Monsieur O.L] ([Distributeur 1]) que [Distributeur 1] affichait les produits de Caudalie sur le site [Distributeur 1] sans respecter les critères relatifs à la présentation des produits (prix barrés, utilisation de l'expression « remise x% », pastilles promos). L'e-mail de [Monsieur B] à [Monsieur O.L] ne constitue donc pas, comme le soutient l'Auditorat, un « rappel sur les prix ». Le fait que cet e-mail soit envoyé quelques minutes seulement après l'envoi des mises en demeure incluses dans la pièce III.4.B55, portant exclusivement sur des problèmes d'affichage démontrent bien que les rappels de Caudalie portaient sur l'affichage promotionnel. L'expression « rappel sur les prix » est un raccourci de langage visant à indiquer que le problème se situe au niveau de l'affichage des prix. Cette lecture est également confirmée par les captures d'écran du site [Distributeur 1] incluses dans les* ***pièces n°16 à 18*** *du dossier de pièces de Caudalie. Il ressort clairement de ces captures d'écran que les promotions portant sur les produits de Caudalie sont présentées de manière non conforme au contrat de distribution.*
- *La pièce III.4.B57 contenant un e-mail entre [Monsieur O.L] ([Distributeur 1]) et un certain Nicolas ([Distributeur 1]), qui n'inclut pas Caudalie, ne peut davantage être utilisée pour démontrer l'existence de prix de revente imposés. En effet, cet échange d'e-mails n'inclut pas M. [B] (Caudalie) et ne concerne pas nécessairement les mêmes questions que celles que M. [B] aborde dans la pièce III.4.B56. La référence à une « politique de prix » dans les e-mails internes de [Distributeur 1] peut avoir de nombreuses significations et ne permet pas de considérer que Caudalie impose des prix de revente. Se servir de cet e-mail à charge de Caudalie relève dès lors de l'extrapolation. Cette extrapolation est confirmée à la lecture de l'e-mail de M. [B] à M. [O.L] (pièce III.4.B56) puisqu'il n'y est pas question du niveau des prix mais uniquement de l'affichage de ces prix par [Distributeur 1].*
- *En outre, lorsque, dans la pièce IV.198, M. [B] écrit à Mme [H] (Caudalie) en octobre 2016 que le site Internet [Distributeur 39] va recevoir un recommandé car « ils vendent Caudalie sans agrément et à -20% », M. [B] n'entend pas dénoncer un distributeur qui ne respecte pas des prix imposés, comme le sous-entend l'Auditorat. En réalité, il ne s'agit pas d'un distributeur mais d'une entreprise tierce qui essaie de tirer un profit de l'image de marque de Caudalie sans accord de cette dernière et donc sans investir dans la présentation des produits et dans la qualité du service requis pour des produits haut de gamme. Il est évidemment crucial pour Caudalie de se protéger contre les revendeurs non agréés étant donné que leur existence même menace l'intégrité de son réseau de distribution sélective. Il est également normal pour Caudalie de recueillir des informations sur les distributeurs*

[452] Traduction libre faite par l'Auditorat du passage suivant : « *dit het imago van het merk beschadigen* » (§214 de la Proposition de Décision).

non agréés vendant ses produits et en particulier sur les modalités d'affichage promotionnel de ses produits.

238. *En ne distinguant pas la question des prix appliqués par les pharmaciens de la question de la présentation des produits (en ce compris la manière de présenter les promotions), l'Auditorat de l'ABC considère de manière lapidaire que la protection de l'image de marque constitue une infraction au droit de la concurrence. Ce faisant, l'Auditorat méconnaît la jurisprudence des affaires Copad et Coty ainsi que l'application qui en a été faite par les juridictions nationales. L'Auditorat contredit au surplus l'analyse de l'ADLC, qui a examiné les exigences de présentation des produits de Caudalie et les a autorisées. Enfin, le grief de prix imposés avancé par l'Auditorat est incompatible avec les pièces du dossier d'instruction qui confirment que Caudalie est attentive à la présentation de ses produits mais n'impose pas de prix de revente.*

4.1.6 *L'Auditorat de l'ABC ne démontre pas l'existence de la pratique généralisée d'imposition des prix de revente qu'elle allègue*

239. *L'article 6 de la CEDH dispose que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». La Cour européenne des droits de l'homme a précisé, notamment dans son arrêt Menarini, que les garanties consacrées par l'article 6 de la CEDH trouvaient à s'appliquer dans le cadre de procédures du droit de la concurrence*[453]*.*

240. *La Cour de justice de l'Union européenne a jugé dans l'affaire Hüls que « eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes »*[454]*.*

241. *La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans l'affaire Eturas, que la présomption d'innocence « constitue un principe général du droit de l'Union, énoncé désormais à l'article 48, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que les Etats membres sont tenus de respecter lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de la concurrence de l'Union »*[455]*.*

242. *La Cour de cassation belge a, quant à elle, jugé que :*

« Telle qu'elle est consacrée par l'article 6.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la présomption d'innocence impose que toute personne accusée d'une infraction soit présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie; elle s'oppose à ce qu'une personne soupçonnée de faits faisant l'objet d'une instruction judiciaire soit présumée en être l'auteur »[456]*.*

[453] Cour. Eur. D.H., arrêt *Menarini Diagnostics SRL c. Italie,* 27 septembre 2011.
[454] Arrêt de la Cour de justice du 8 juillet 1999, *Hüls v Commission*, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, §§149-150.
[455] Arrêt de la Cour de justice du 21 janvier 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, ECLI:EU:2016:42, §38.
[456] Cass., 23 novembre 2006, *Pas.*, 2006, liv. 11, 2470.

243. *Enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a rappelé l'importance de la présomption d'innocence dans les procédures du droit de la concurrence dans un arrêt de 2016*[457].

244. *Il est par conséquent nécessaire, sous peine de porter atteinte à la présomption d'innocence, que les autorités de concurrence fassent « état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise »*[458].

245. *Or, les pièces invoquées dans la Proposition de Décision ne peuvent pas suffire à emporter une ferme conviction que l'infraction a été commise, car elles peuvent donner lieu à plusieurs interprétations et explications alternatives plausibles dont l'Auditorat de l'ABC n'a pas tenu compte.*

246. *En effet, la Proposition de Décision n'établit pas l'existence d'une pratique généralisée de fixation des prix. L'Auditorat interprète à tort certaines pièces en ce sens et extrapole ensuite cette interprétation à l'ensemble des produits de Caudalie pour l'ensemble de la Belgique, sans jamais démontrer l'existence d'une infraction de cette ampleur. En outre, l'Auditorat n'envisage pas d'autre interprétation que celle d'une infraction à la concurrence et n'explique pas non plus en quoi l'existence d'une pratique de prix imposés est la seule explication possible aux pièces du dossier de procédure sur lesquelles s'appuie la Proposition de Décision.*

247. *Dans sa réponse à la CG, Caudalie a démontré que la CG recelait d'erreurs d'interprétation effectuées par l'Auditorat. Puisque la Proposition de Décision se réfère à plusieurs reprises à la CG et puisqu'elle contient la « position de l'Auditeur dans la communication des griefs », Caudalie estime qu'il est nécessaire de reprendre ces exemples d'interprétation erronée ci-dessous.*

248. *En pratique, l'Auditorat assimile les rappels à l'ordre et sanctions imposés par Caudalie à ses distributeurs comme constituant des sanctions du non-respect des prix de revente, sans prendre en considération des explications alternatives. Parmi ces explications alternatives plausibles, relevons par exemple le fait que le site internet du distributeur [CONFIDENTIEL] ou encore l'utilisation d'étiquettes promotionnelles portant atteinte à l'image de marque.*

249. *Les exemples d'interprétation erronée concernant la relation entre Caudalie et [Distributeur 1] sont nombreux.*

250. *C'est par exemple le cas de la pièce III.4.B53. Celle-ci contient un e-mail de [Monsieur B] (Caudalie) à [Monsieur O.L] ([Distributeur 1]) indiquant que [Distributeur 1] commercialise les produits Caudalie « présentés avec des initiatives promotionnelles (prix barrés sur toute la gamme Caudalie) dépréciant l'image de marque de Caudalie ». La parenthèse est importante : ce n'est pas l'existence d'initiatives promotionnelles qui déprécie l'image de marque de Caudalie mais la forme de ces initiatives, à savoir des prix barrés. C'est d'ailleurs le sens de la suite du message, où*

---

[457] Bruxelles, 30 juin 2016, *R.C.B.*, 2017, liv. 2, 150, §81 : *« Par ailleurs, la Cour de justice reconnait l'importance de la présomption d'innocence, qui constitue « un principe général de droit de l'Union, énoncé désormais à l'article 48, paragraphe 1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...) et que les Etats membres sont tenus de respecter lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de la concurrence de l'Union » (Arrêt de la Cour du 21 janvier 2016 dans l'affaire C-74/14, Eturas UAB, § 38, et les références à la jurisprudence antérieure de la Cour)*

[458] Arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, *JFE Engineering c Commission*, T-67/00, ECLI:EU:T:2004:221, §179 (pourvois rejetés).

[Monsieur B] rappelle à [Monsieur O.L] que le distributeur « s'abstiendra d'initiatives promotionnelles, susceptibles de déprécier l'image de marque ». Le recours à ces codes graphiques typiques des soldeurs donne en effet l'image d'une marque pour laquelle les bas prix l'emportent sur la qualité des produits.

251. *C'est également dans ce sens que doit être comprise la phrase « ces initiatives promotionnelles ne doivent pas constituer l'argument de vente essentiel au détriment notamment des prestations de conseil qualifié et personnalisé qui incombent au distributeur », incluse dans le même message. Cette phrase confirme que Caudalie n'interdit pas les initiatives promotionnelles mais souhaite simplement que celles-ci ne soient pas présentées de manière à donner au client l'impression qu'il achète à bas prix un produit dont la qualité est tout aussi basse.*

252. *C'est cette volonté d'assurer une présentation de ses produits conformes à son image de marque qui a mené Caudalie à envoyer des courriers mettant [Distributeur 1] en demeure de mettre fin aux affichages promotionnels portant atteinte à son image de marque (courriers contenus dans les pièces III.4.B53 et III.4.B32). Il ressort en effet des photos figurant dans la pièce III.4.B53 et dans la pièce III.4.B33 du dossier de procédure (jointe à la mise en demeure du 25 novembre 2015 incluse dans la pièce III.4.B32) que le site [Distributeur 1] affichait des prix barrés et des pastilles promotionnelles « -x% ». Cet affichage ne respectait donc pas les obligations contractuelles de [Distributeur 1]. Au contraire de ce que l'Auditorat affirme, c'est le non-respect des conditions d'affichage qui a donné lieu aux courriers de mise en demeure. La pièce IV.77 fournit un autre exemple de ce décalage entre les pièces et l'interprétation qu'en fait l'Auditorat. Il contient un e-mail d'[Monsieur A.B] ([Distributeur 35]) à [Madame E] (Caudalie) du 7 décembre 2017 et la réponse de celle-ci le même jour. M. [A.B] annonce à Mme [E] que sa pharmacie « a lancé une grande action cosmétique -20% sur toutes nos gammes » mais que, « par respect » pour le partenariat avec Caudalie, Caudalie ne soit pas évoquée dans le folder afin de préserver son image de marque. Il se plaint qu'un folder de la concurrence présente les produits de Caudalie avec les « prix barrés et votre logo ». L'Auditorat de l'ABC interprète cette pièce comme une preuve de prix de revente imposés[459]. Or, une lecture totalement différente est possible. En effet, dans ce document, M. [A.B] indique bien que la promotion à -20% s'applique à toutes les gammes, ce qui inclut forcément Caudalie. Seul le folder promotionnel ne mentionne pas Caudalie pour éviter de donner à la marque un aspect « discount ». La plainte de M. [A.B] va d'ailleurs dans ce sens : il ne se plaint pas des prix des concurrents mais bien de l'utilisation de « prix barrés » et du logo de Caudalie dans des folders concurrents. La pièce IV.68, qui inclut le folder concerné, confirme ce point.*

253. *La réponse de Mme [E] confirme également cette interprétation (et infirme l'interprétation de l'Auditorat). Si Caudalie avait imposé des prix de revente à [Distributeur 35], Mme [E] aurait réagi en demandant à M. [A.B] de faire remonter ses prix. Or, Mme [E] ne le demande pas. Au contraire, sa réponse se focalise sur l'apparition de prix barrés à côté du logo de Caudalie dans le folder du concurrent, ce qui « déroge » au contrat de distribution de Caudalie. L'indignation de M. [A.B], et*

[459] Proposition de Décision, § 72.

la réponse de Mme [E], ne portent donc pas sur les prix de revente des produits Caudalie mais bien sur la présentation des promotions portant sur ces produits.

254. *Cette interprétation est également confirmée par la pièce III.12.B2, dans laquelle [Madame S.E] (Pharmacie [Distributeur 10]) indique, en réponse à une demande de renseignements de l'Auditorat : « [l]a société Caudalie ne m'impose pas un prix de vente. J'affiche le prix que je veux. La société demande cependant de ne pas pratiquer une politique de « prix barrés » »*

255. *De la même façon, la pièce V.B.60 doit être interprétée comme un rappel au pharmacien concerné que les affiches comportant des termes tels que « remise X% » sont interdites et non comme un rappel de l'obligation de respecter un prix de revente. Il est vrai que le début de l'e-mail adressé par [Madame E] (Caudalie) à [Madame S.E] (Pharmacie [Distributeur 10]) le 11 décembre 2017 prête à confusion à cause de la formulation « nous refusons les publicités telles que -20% sur tel produit ou tel coffret de notre gamme ». Cette confusion est toutefois rapidement dissipée lorsque Mme [E] ajoute, dans le même paragraphe « [i]l est évident que nous pouvons trouver des alternatives ensemble. (Ex : Un produit acheté, un en cadeau, …) ». Cela indique clairement que le problème ne se situe pas dans l'existence d'une promotion (offrir un produit en cadeau constitue une forme de promotion) mais bien dans la présentation de ces promotions sous la forme de remises avec l'indication « - X% ».*

256. *La fin du message de Mme [E] confirme cette interprétation puisqu'elle termine son message par ce rappel : « Extrait de notre contrat article A point 3 : « Sont formellement interdits : - toute étiquette sur la face avant du produit – toute étiquette de couleur fluorescente ou assimilé [sic] sur ou à côté des produits – toute affiche comportant les mots tels que « discounts », « prix barrés », « prix cassés », « remise x% » ». Dans sa réponse, Mme [S.E] aborde la question des prix des concurrents qui, selon elle, pratiquent des prix barrés et trop bas, et demande à Caudalie d'intervenir. Les demandes n'engagent toutefois que les personnes qui les formulent et le message de Caudalie ne contient aucun discours de ce type. Cette pièce ne constitue donc pas une preuve de prix imposés dans le chef de Caudalie.*

257. *La pièce IV.68, qui inclut un e-mail d' [Monsieur A.B] ([Distributeur 35]), adressé le 7 décembre 2017 à Mme [E] (Caudalie), confirme que le problème dont il est question dans la pièce V.B.60 concerne la présentation des promotions et non leur existence ou leur niveau. M. [A.B] explique dans cet e-mail avoir lancé « une grande action cosmétique -20% sur toutes nos gammes » (et donc aussi sur la gamme Caudalie) mais n'avoir pas inclus Caudalie dans le folder présentant cette action « afin de préserver votre image de marque ». M. [A.B] joint à son e-mail un folder de la pharmacie [Distributeur 10], en indiquant : « Ci-joint, un folder de la concurrence présentant une partie de votre gamme avec des prix barrés et votre logo. Nous souhaitons que les règles du jeu soient respectées par tout le monde ». Le folder litigieux en question est un catalogue de Noël sur lequel figurent des pastilles -20% et des prix barrés sur les produits Caudalie. Il ne fait aucun doute, notamment en raison des dates rapprochées des deux e-mails, que c'est la communication de ce folder qui a conduit Mme [E] à rappeler à l'ordre la pharmacie [Distributeur 10]. Les reproches concernant la pharmacie [Distributeur 10] étaient donc bien relatifs à un affichage promotionnel non conforme en dehors de toute pratique de prix de revente imposé.*

258. *La pièce IV.58 doit quant à elle être lue en parallèle avec la réponse apportée par M. [B], figurant dans la pièce IV.140, que l'Auditorat omet de prendre en compte. Dans la pièce IV.58, M. [B] écrit, de manière quelque peu ambiguë : « [CONFIDENTIEL] ». La pharmacie [Distributeur 38] répond alors : « Si je comprends bien, vous pouvez imposer aux revendeurs un plafond de remises (max [5-15]%) et leur interdire de mettre des prix barrés (faire des promotions) ? ». Cette réponse permet à M. [B] de se rendre compte de cette ambiguïté et de la dissiper immédiatement. En effet, il répond, moins d'une demi-heure plus tard, que chaque détaillant est « libre de fixer les prix qu'il souhaite » mais qu'« en revanche notre contrat impose de ne pas mettre de prix barrés, prix avec remise, ce que nous essayons de faire respecter » (pièce IV.140). Cette réponse claire de M. [B], écrite in tempore non suspecto (parce que bien avant que Caudalie ne soit informée de l'ouverture d'une instruction à son encontre), démontre que Caudalie règlemente uniquement l'affichage promotionnel en dehors de toute imposition de prix de revente.*

259. *Enfin, la pièce V.B.72 démontre de manière évidente que l'interprétation adoptée par l'Auditorat de l'existence de prix imposés est erronée. En réponse à un e-mail de [Madame V.B] ([Distributeur 18]) du 5 juillet 2016 qui suggère que Caudalie lui a envoyé un courrier recommandé en raison de ses prix de revente, [Monsieur B] énumère les nombreux manquements contractuels de la pharmacie : [CONFIDENTIEL], prix « affichés barrés » (ce qui indique bien que le problème est l'affichage), [CONFIDENTIEL], etc.*

260. *Dans cette pièce, M. [B] confirme sans ambiguïté que Caudalie ne règlemente que l'affichage des prix et non leur niveau : « Nous vous avons seulement demandé de respecter vos engagements contractuels, tels que précisés à l'article A.3 […]. Ainsi nous vous avons demandé de ne pas écrire de manière apparente un pourcentage de réduction ou un prix barré mais d'inclure votre réduction dans le prix ». M. [B] répond très clairement aux reproches de Mme [V.B] : « au regard des termes de votre courriel du 5 juillet 2016, nous tenons à dissiper tout malentendu s'agissant de votre politique tarifaire. Nous vous confirmons que vous demeurez entièrement libre de déterminer vos prix de revente dans le cadre de nos relations commerciales. Notre connaissance du marché nous permet uniquement de vous communiquer des prix de vente conseillés, que vous pouvez suivre ou non. Nous n'avons aucunement la volonté de vous faire ajuster vos tarifs ». Il est intéressant de constater que cette confirmation intervient in tempore non suspecto, le 18 juillet 2016. C'est plus d'un an avant la plainte de Newpharma et plus d'un an et demi avant les perquisitions effectuées par l'Auditorat dans les bureaux de Caudalie.*

261. *De même, l'Auditorat interprète de manière erronée le sens des échanges quotidiens entre Caudalie et les pharmaciens qui vendent ses produits. L'Auditorat interprète à tort comme des preuves d'imposition de prix de revente les refus de Caudalie de financer certaines remises que les pharmaciens souhaitent faire sur ses produits.*

262. *La pièce IV.7, qui contient un e-mail envoyé par [Monsieur B] (Caudalie) à [Madame V.P] ([Distributeur 4]) en octobre 2017, constitue une illustration parlante de cette erreur d'interprétation. Contrairement à ce que déduit l'Auditorat de cette pièce, les propos de M [B] portaient uniquement sur la participation de Caudalie au financement de la baisse des prix appliqués par [Distributeur 4] et non sur le respect d'un quelconque prix imposé. Dans le cadre de la mise en place de sa politique de prix verts, consistant en une baisse des prix de 15% sur une*

sélection d'articles, [Distributeur 4] avait demandé à ses fournisseurs de financer la baisse des prix à concurrence de la moitié des 15% de réduction (7,5%). Après plusieurs échanges, [CONFIDENTIEL]. L'e-mail de M. [B] doit donc être compris comme un rappel de l'accord qui avait été passé entre Caudalie et [Distributeur 4] [CONFIDENTIEL]. Cette interprétation est confirmée par la pièce IV.156. Cette pièce contient un e-mail datant du 26 juillet 2017 de [Monsieur B] (Caudalie) à [Madame V.P] ([Distributeur 4]) dans lequel ce dernier explique : « [CONFIDENTIEL] ».

263. *Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'interprétation retenue par l'Auditorat est incompatible avec les déclarations de [Distributeur 4] elle-même. En effet, dans sa réponse à une demande de renseignements de l'Auditorat, [Distributeur 4] indique : « nous gérons de manière structurée notre propre politique de prix sur les produits en vente libre dans nos officines et sur notre site internet. Pour la marque Caudalie, nous appliquons des baisses de prix par rapport au prix recommandé sur certains références, augmentons les prix sur d'autres ou éventuellement appliquons le prix recommandé par le fournisseur » (pièce III.5.B2). En d'autres termes, [Distributeur 4] elle-même confirme l'absence de prix de revente imposés, et infirme la lecture que fait l'Auditorat du dossier d'instruction.*

264. *D'autres pièces sont tellement manifestement influencées par les intérêts personnels de leurs auteurs qu'elles ne sont pas de nature à être utilisées à titre de preuve.*

265. *La pièce III.7.C inclut la réponse d'un pharmacien, [Monsieur S], à une demande de renseignements de l'Auditorat du 20 juin 2018. [Monsieur S] indique « au vu de la concurrence je devais pratiquer une ristourne directe de [5-15]% pour pouvoir continuer à vendre leurs produits, toujours par rapport à la concurrence je m'adaptais en faisant des promotions temporaires de l'ordre de 20% ». Il ajoute que le « directeur de Caudalie est passé à mon officine d'une manière anonyme, et vraisemblablement cette pratique ne lui à pas plue [sic], puisque j'ai reçu mi 2017 une lettre m'annonçant la fin de notre collaboration ».*

266. *L'Auditorat considère qu'il ressort des déclarations de la pharmacie [S] qu'un représentant de Caudalie leur aurait indiqué lors d'un passage « que la ristourne maximale autorisée sur les prix recommandés était de [5-15]% »[460].*

267. *Or, cela ne ressort absolument pas de la déclaration de la pharmacie [S] incluse dans la pièce III.7.C. En effet, la pharmacie [S] ne fait nullement référence à une ristourne « maximale » qui lui aurait été imposée mais indique au contraire pratiquer une réduction de [5-15]% et parfois de 20%. En d'autres termes, l'Auditorat lit dans cette pièce des informations qui ne s'y trouvent pas. Cela amène à se demander si l'Auditorat ne base pas cette interprétation sur la « conversation téléphonique » entre [Monsieur S] et l'Auditorat à laquelle [Monsieur S] fait référence dans son e-mail. Caudalie ose espérer que ce n'est pas le cas, puisqu'il s'agirait d'une atteinte flagrante à son droit d'accès à l'ensemble des éléments composant le dossier de procédure et, par là même, une violation sérieuse de son droit à un procès équitable.*

[460] Proposition de Décision, §50.

268. *Par ailleurs, par cette déclaration de [Monsieur S], l'Auditorat suppose de manière erronée que le mécontentement de Caudalie trouvait sa source dans le niveau des promotions pratiquées.*

- *D'une part, cette interprétation attribue sans le moindre fondement des pensées à un représentant de Caudalie, ce qui constitue une base particulièrement fragile pour une preuve utilisée ensuite à charge par l'Auditorat dans une procédure en droit de la concurrence. Il est probable que la réponse de [Monsieur S] soit inspirée de la question qui lui est posée, puisque l'e-mail de l'Auditorat (auquel il répond) fait explicitement référence à l'imposition d'un prix minimum de revente.*
- *D'autre part, cette interprétation est contredite par les faits. La **pièce n°23** du dossier de pièces de Caudalie inclut un e-mail du 6 juin 2017 de [Monsieur B] à [Monsieur B.B] (avocat en droit du travail et de la sécurité sociale du cabinet [CONFIDENTIEL]). La page 16 de cette pièce démontre que la pharmacie [S] avait apposé dans son point de vente physique de très grandes pastilles promo rouges « -20% », manifestement non conformes aux critères de présentation inclus dans le contrat de distribution. La **pièce n°24** du dossier de pièces de Caudalie inclut un e-mail de suivi de M. [B] à M. [B.B] daté du 14 juillet 2017 dans lequel M. [B] annonce avoir dénoncé le contrat de la pharmacie [S]. La résiliation du contrat de la pharmacie [S] n'est donc pas liée au prix pratiqué par cette dernière mais à un affichage promotionnel non conforme.*

269. *La pièce III.4.B39 contenant un e-mail de [Monsieur Y], [fonction] de Nuxe Belgique du 25 mai 2017 adressé aux responsables de Pharmasimple, [Distributeur 4], Newpharma et [Distributeur 1] est un exemple type démontrant que certaines pièces reflètent davantage les intérêts privés de leurs auteurs, entièrement opposés à ceux de Caudalie, que le comportement de Caudalie sur le marché. Le CEO de Nuxe, visiblement agacé par le succès de Caudalie, écrit que « NUXE perd des parts de marché en Belgique (source IMS) et CAUDALIE en gagne ». Cette constatation l'amène à créer des rumeurs visant à nuire à la réputation de Caudalie auprès de ses distributeurs.*

270. *[Monsieur Y] joint à son e-mail un tableau comparatif des prix Nuxe et Caudalie réalisé par ses soins (pièce III.4.B40) :*

[TABLEAU CONFIDENTIEL]

271. *Selon [Monsieur Y], ce tableau démontrerait qu'il existe une concurrence sur les prix concernant les produits Nuxe alors que les pharmacies appliquent toutes le même prix sur les produits Caudalie, à l'exception de Pharmasimple (qui a perdu son agrément). Selon [Monsieur Y], Caudalie imposerait donc les prix à ses distributeurs et exercerait une police des prix à l'égard de ceux qui ne les respectent pas.*

272. *Plusieurs remarques s'imposent et démontrent que les déclarations de [Monsieur Y] sont (volontairement) erronées.*

273. *<u>Premièrement</u>, et comme déjà indiqué ci-dessus (section 4.1.5), de nombreux pharmaciens offrent des remises sur les produits Caudalie, certaines d'entre elles dépassant largement les [5-15]%. L'affirmation que « tout le monde pratique la remise maximum autorisée par CAUDALIE de [5-15]% sur les prix de revente ! De bons élèves bien appliqués ! » se base donc uniquement sur un*

mélange de calomnie et de rancœur de la part d'un concurrent moins performant et non sur les faits.

274. *<u>Deuxièmement</u>, contrairement à ce que sous-entend [Monsieur Y] (« Le seul qui « ose » pratiquer des remises supérieures à [5-15]% sur Caudalie n'est plus un distributeur attitré de la marque »), Pharmasimple n'a pas été victime d'une police des prix par Caudalie. Ce distributeur a perdu son agrément car Caudalie s'est aperçue que le site internet « pharmasimple.org » [CONFIDENTIEL]. L'agrément Internet lui a donc été retiré en août 2015. [CONFIDENTIEL].*

275. *<u>Troisièmement</u>, le tableau de [Monsieur Y] est particulièrement trompeur. En effet, la base de produits pour lesquels une comparaison de prix a été faite est biaisée :*

[CONFIDENTIEL].

276. *[CONFIDENTIEL].*

277. *[CONFIDENTIEL].*

278. *Afin de démontrer ce qui précède, [Monsieur B] (Caudalie) a, lui aussi, procédé à un comparatif des prix Nuxe et Caudalie en 2019 :*

[TABLEAU CONFIDENTIEL]

279. *Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat soutient que cette « démonstration n'est pas convaincante » car « elle compare les prix des produits Caudalie et Nuxe en 2019, soit une époque située en dehors de la période d'infraction »*[461]*. Si l'on suit le raisonnement de l'Auditorat, cela reviendrait à exclure tout droit de contestation de Caudalie dans la mesure où elle n'est bien évidemment pas en mesure de contester des données du tableau de Nuxe datant de 2017, Caudalie n'ayant pris connaissance de ce tableau qu'au moment des opérations de visites et saisies en février 2018.*

280. *Bien que datant de 2019, cette comparaison reflète une situation qui existe de longue date. [CONFIDENTIEL]. Par conséquent, ni l'e-mail de [Monsieur Y] (pièce III.4.B39) ni le tableau qui y est joint (pièce III.4.B40) ne sont de nature à établir une infraction au droit de la concurrence dans le chef de Caudalie. En conséquence, la seule interprétation acceptable permettant d'expliquer ces variations de prix dans le tableau datant de 2019, est le fait que les produits de Caudalie et de Nuxe figurant dans le tableau de [Monsieur Y] ne sont pas comparables. Par conséquent, l'argumentation de l'Auditorat au sujet de cette pièce doit être rejetée.*

281. *Par ailleurs, l'interprétation de la pièce III.18.B2 par l'Auditorat est également erronée. L'Auditorat utilise la déclaration de la pharmacie [W] qui mentionne de « fortes recommandations de la part de Caudalie et [d]es manager belges ainsi que [d] commerciaux qui inspectent les pharmacies, les différences de prix ». Il apparaît en réalité de la réponse de la pharmacie [W] à la demande de renseignement de l'Auditorat que les reproches de Caudalie concernaient un affichage promotionnel non conforme et non le non-respect d'un prix imposé. Cela ressort de l'e-mail de M.*

[461] Voy., Proposition de Décision, §242.

[B] à M. [W] qui indique : « Comme vu ensemble ce jour, voici le screen shot de votre site internet avec la pastille promo -20% sur Caudalie » ainsi que de la réponse de la pharmacie [W] confirmant avoir publié une pastille promotionnelle non conforme : « Je découvre en effet cette pastille. Je la supprime immédiatement. C'est un oubli sur le site » (pièce III.18.B1). La photo de cette pastille figure en ***pièce n°25*** *du dossier de pièces de Caudalie. On y distingue un code barre promotionnel faisant figurer le terme « Promo » en rouge et indiquant -20% sur les produits Caudalie.*

282. *De même, la pièce III.32.F5 ne soutient pas le grief de prix imposés avancé par l'Auditorat. Cette pièce contient la réponse de Shop Apotheke à la demande de renseignements que lui a envoyée l'Auditorat le 20 juin 2018. Il apparaît dans ce document que Shop Apotheke est mécontente du refus de Caudalie de coopérer avec elle et se sert de la demande de renseignements de l'Auditorat pour tenter de contraindre Caudalie à accepter ses exigences.*

- *Il est frappant de constater que, de son propre aveu, Shop Apotheke n'a pas vendu de produits Caudalie en Belgique (mais uniquement en Allemagne et en Autriche de 2012 à 2015). Les déclarations de Shop Apotheke sont dès lors sans pertinence dans le cadre d'un grief de prix imposés en Belgique.*
- *En ce qui concerne son site allemand, Shop Apotheke vendait les produits de Caudalie via All Pharma Services Nettedal GmbH (**APS**) ayant conclu un contrat avec Caudalie le 11 décembre 2012. Le contrat entre Caudalie et APS était subordonné à [CONFIDENTIEL].*

  Le contrat entre Caudalie et Europa Apotheek a été résilié en 2015, en raison de [CONFIDENTIEL].

  [CONFIDENTIEL] étant une condition essentielle pour la vente de produits de Caudalie en ligne, le contrat de distribution Internet d'APS est devenu caduc[462]. La résiliation du contrat avec APS n'est pas liée au non-respect d'un prix de revente prétendument imposé (comme l'affirme l'Auditorat au paragraphe 76 de la Proposition de Décision) mais s'explique par le fait qu'APS ne disposait d'aucun agrément pour distribuer les produits de Caudalie en ligne au moment de ladite résiliation. C'est ce qui a mené Caudalie à ordonner le retrait de ses produits des sites de Shop Apotheke et Europa Apotheek[463].
- *Quant à Apotheek Priringen (dont Shop Apotheke a acquis le commerce en ligne en septembre 2016 – il s'agit de « Farmaline » et de « Vitazita »), elle ne dispose pas d'un contrat de distribution pour les produits de Caudalie. En effet, Caudalie a dû résilier leur contrat de distribution car [CONFIDENTIEL]. Shop Apotheke indique que Caudalie a résilié le contrat de distribution en ligne conclu avec Farmaline et Vitazita. Les extraits cités par Shop Apotheke indiquent que Shop Apotheke vendait les produits de Caudalie sans son accord et sans respecter les critères de sélection auxquels sont soumis les distributeurs agréés, ce qui « enfreint l'image de marque de Caudalie »[464].*

[462] Pièce III.32.F16.
[463] Pièce III.32.F17.
[464] Traduction libre du texte original en néerlandais : "*Door op uw website de CAUDALIE-producten te verkopen zonder hiervoor de toestemming van onze onderneming gekregen te hebben en zonder aan de selectiviteitscriteria die aan onze erkende distributeurs opgelegd worden te voldoen, schendt u het merkimago van CAUDALIE en verricht u een daad van oneerlijke concurrentie ten opzichte van de andere distributeurs*".

- *Shop Apotheke relate également les « incidents » ayant, selon elle, émaillé la relation entre Caudalie et Apotheek Priringen (relation à laquelle elle n'est pourtant pas partie). Ces incidents se rapportent toutefois à la présentation des promotions et non à leur existence ou à leur niveau de prix. Par exemple, l'incident 7 a trait à l'existence de « prix barrés concernant les produits de Caudalie sur leur site Internet ». Il en va de même de l'incident n° 9 (utilisation de bannières promo) et 12 (affichage de prix barrés). De la même façon, l'incident 11 (repris dans la pièce III.32.F30) contient un e-mail de [Monsieur X] (Farmaline) qui informe M. [B] que « [Distributeur 18]vent [sic] Caudalie à 25% », ce à quoi M. [B] répond : « je leur fait [sic] retirer la maque pour le [sic] instant ». La réponse de M. [B] s'explique par le fait que (i) le site [Distributeur 18] ne respectait pas le contrat de distribution car il faisait apparaître des pastilles promotionnelles et des prix barrés (voir **pièce n°26** du dossier de pièces de Caudalie) et (ii) le site [Distributeur 18] n'avait pas d'agrément pour vendre la marque Caudalie en ligne.*

283. *Quant à la pièce IV.195, elle est tellement peu claire qu'elle ne peut pas servir de preuve de quoi que ce soit. Les visuels inclus dans cette pièce sont extrêmement pixelisés au point où ils sont indéchiffrables. Le niveau des prix est dans la plupart des cas illisible et l'identification des pharmacies concernées très incertaine également. On peut tout au plus y détecter des prix barrés et remplacés par de nouveaux prix figurant pour certains en rouge ou accompagnés de pastilles promos en orange vif.*

284. *Ces visuels semblent avoir été envoyés par [Monsieur D.C] ([Distributeur 24]) à [Monsieur B]. Celui-ci répond : « [d]es courriers demandant le retrait des produits partent dès demain. Sauf pour vitazita & [Distributeur 42], à qui on a demandé d'enlever les prix barrés et de mettre le prix directement à –[5-15]% ». La première phrase précise que s'agissant de revendeurs non agréés, il leur a été adressé une demande de retrait des produits. Comme l'indique la **pièce n°27** du dossier de pièces de Caudalie, cette demande est due au fait que les sites en question « distribuent la marque sur internet sans contrat ». Quant à la deuxième phrase, elle concerne des revendeurs agréés pour lesquels le problème n'est pas le prix lui-même, mais la présentation en « prix barré » : M. [B] ne s'oppose pas à la réduction de [5-15]% mais demande qu'elle soit appliquée en réduction directe afin de préserver la présentation des produits Caudalie. Au final, cette pièce n'établit donc pas l'existence de prix imposés.*

285. *L'Auditorat donne également une interprétation erronée aux documents internes de Caudalie.*

286. *La pièce V.B.98 (et les pièces V.B.99 et V.B.100, qui semblent représenter le même document mais sous une forme très déstructurée et dès lors incompréhensible) ne constituent pas non plus des preuves de l'existence de prix imposés. La pièce V.B.98 (et probablement les pièces V.B.99 et V.B.100) contiennent un tableau reprenant une liste de pharmacies ne respectant pas les critères de distribution sélective des produits de Caudalie. L'Auditorat de l'ABC interprète ce tableau comme une confirmation de l'existence de prix imposés alors qu'il ne porte en aucune manière sur les prix des pharmaciens.*

287. *Premièrement, il est inexact d'indiquer, comme le fait l'Auditorat au paragraphe 64 de la Proposition de Décision, qu'une « attention particulière est accordée à l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de la marque » : il s'agit d'un critère parmi de nombreux*

autres, qui ne figure d'ailleurs qu'à la 21ème colonne sur un total de 24 colonnes. Parmi les critères apparaissant dans le tableau avant la colonne mise en cause par l'Auditorat figurent [CONFIDENTIEL].

288. *En outre, s'il est exact, comme le relève l'Auditorat, que, dans la colonne « Absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de la marque », le pourcentage de ristourne est indiqué pour certaines des pharmacies figurant dans ce tableau, il ne s'agit pas d'un niveau de détail particulièrement inhabituel par rapport au reste du tableau : ainsi, les colonnes « [CONFIDENTIEL] », « [CONFIDENTIEL] » et « [CONFIDENTIEL] » incluent également des explications plus précises que simplement « ok » ou « NO ». Le montant des promotions constitue simplement une information comme une autre. Aucune règle de concurrence n'interdit à un fournisseur de détenir des renseignements concernant les promotions qui portent sur ses produits.*

289. *Enfin, et de manière plus importante, l'Auditorat semble interpréter de manière erronée le sens du critère « Absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de la marque ». Ce critère n'empêche pas les promotions sur les produits Caudalie mais uniquement les promotions présentées de manière telle qu'elles déprécient l'image de la marque. Il s'agit donc uniquement d'une question de forme : présence de pastilles promotionnelles, couleurs criardes, prix barrés et autres codes typiques des soldeurs.*

290. *Le code couleur utilisé dans le tableau semble d'ailleurs confirmer ce point : seules deux des quatre cases de la colonne « Absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de la marque » qui mentionnent l'existence de promotions sont surlignées en roses. Ces cases mises en avant ne concernent que deux des trois réductions à -[5-15]% et non la réduction à -20% également mentionnée dans le tableau. Cela indique que ce n'est pas le niveau des promotions qui pose problème mais la manière dont ces promotions sont présentées. D'ailleurs, seules deux cases de cette colonne sont en rose alors que, par exemple, les colonnes « [CONFIDENTIEL] », « [CONFIDENTIEL] » et « [CONFIDENTIEL] » contiennent beaucoup plus de cases de cette couleur (11, 8 et 10 respectivement).*

291. *Par conséquent, ce tableau ne démontre pas l'existence de prix imposés mais confirme au contraire les explications de Caudalie concernant l'importance du conseil du pharmacien et de la présentation de ses produits, en ce compris quand ceux-ci sont en promotion.*

292. *En outre, Caudalie n'a pas eu recours à une imposition générale de prix minimum puisque plusieurs pharmaciens ont offert des promotions sans pour autant se voir immédiatement exclus du réseau de distribution de Caudalie pour cette raison, alors même que certaines de ces promotions incluaient les pastilles et couleurs criardes préjudiciables à l'image de marque de Caudalie. Le dossier de procédure recèle d'exemples de telles promotions :*

- *La pièce I.A21 inclut une photographie démontrant que le magasin [Distributeur 1] d'[CONFIDENTIEL] applique des prix barrés sur les produits Caudalie.*
- *Dans la pièce I.A25, qui contient une newsletter de Newpharma, le mot « PROMO » est apposé (sur fond rouge) à côté de la marque Caudalie.*

- *Les pièces III.4.B36 et III.4.B37 semblent présenter des promotions supérieures à [5-15]% sur plusieurs produits Caudalie (allant jusqu'à 59% d' « Extra Promo [Distributeur 1] » dans la pièce III.4.B37).*
- *La pièce III.16.B2 inclut la réponse de la Pharmacie [Distributeur 14] à une demande de renseignements de l'Auditorat. [Monsieur M.M] indique pratiquer en ligne une « remise permanente de 16% toute l'année financée sur ma propre marge » et, en surface de vente, « [d]epuis 2012, une à deux promos personnelles par an. Un été, mais je ne me rappelle plus lequel, ce fut une promo sur les gels douche. Pendant un hiver, ce fut une promo sur les sticks lèvres. Je change chaque année de gamme pour les promos saisonnières. Caudalie ne m'a jamais imposé de faire une promotion particulière depuis ma collaboration avec eux ».*
- *La pièce IV.68 inclut un message d'[Monsieur A.B] ([Distributeur35]) à [Madame E] (Caudalie) : « Ce mois-ci [Distributeur 35] a lancé une grande action cosmétique -20% sur toutes nos gammes ».*
- *Dans la pièce V B.5, [Madame U] (Newpharma) annonce à [Madame E] (Caudalie) : « [é]tant donné que nous souhaitons vous mettre à -25% durant le mois d'août, serait-il possible d'avoir 15% de réduction supplémentaire sur notre prochaine commande ? », tout en précisant que cette promotion se ferait de manière sobre : « il n'y aura pas de prix barré ni d'annonce « -25% » en respect de nos accords. »*
- *Dans la pièce V.B.48, [Madame U] (Newpharma) confirme faire des promotions tout en prenant soin de ne pas les présenter de manière grossière : « [c]omme Caudalie refuse que nous affichions des prix barrés sur leurs produits, nous avions dû configurer manuellement une promotion supplémentaire produit par produit pour que la promotion s'applique sans prix barré ».*

293. *Enfin, l'Auditorat n'établit pas que ces promotions sur les produits de Caudalie sont moins nombreuses que celles qui portent sur d'autres produits de parapharmacie. Au contraire, comme le démontre le Baromètre des prix web effectué par l'outil de veille tarifaire Pricing Assistant, « [c]ôté e-commerçants, il s'avère que les prix moyens des marques varient considérablement. Ainsi, les produits Caudalie passent de [CONFIDENTIEL] euros en moyenne sur 1001Parmacies [sic] à [CONFIDENTIEL] euros sur Vitazita. L'observation d'une sélection de produits phares confirme que selon les revendeurs, leur prix peut passer du simple ou double »*[465].

294. *Il est également frappant de constater que la Proposition de Décision ne contredit presque aucune des explications apportées par Caudalie dans sa réponse à la CG. L'Auditorat semble n'y avoir même pas prêté attention puisqu'il réutilise certaines pièces à l'encontre de Caudalie alors que cette dernière y a apporté une explication claire et excluant la thèse de l'Auditorat.*

[465] Pièce IV.55.

295. *C'est le cas des pièces IV.226[466] ; III.4.B56[467] ; III.4.B57[468] et IV. 198[469]. Le paragraphe 237 de ces observations reprend l'argumentation développée par Caudalie dans sa réponse à la CG et démontre clairement que ces pièces ne peuvent servir à soutenir la thèse de l'Auditorat selon laquelle Caudalie se sert de l'interdiction des prix barrés et des pastilles promotionnelles pour dissimuler l'imposition d'un prix de revente.*

296. *De même, l'Auditorat ignore les explications de Caudalie concernant la pièce V.B.60, citée au paragraphe 331 de la Proposition de Décision. Comme démontré au paragraphe 255 de ces observations, les échanges contenus dans cette pièce sont relatifs à un affichage promotionnel non conforme en dehors de toute pratique de prix de revente imposé et ne peuvent donc pas soutenir la thèse de l'Auditorat.*

297. *C'est également le cas de la pièce IV.7 du dossier de procédure contenant une conversation entre [Monsieur B] et [Madame V.P] de [Distributeur 4][470]. Comme expliqué au paragraphe 262 de ces observations, les propos de M. [B] portaient uniquement sur la participation de Caudalie au financement de la baisse des prix appliqués par [Distributeur 4] et non sur le respect d'un quelconque prix imposé. L'Auditorat choisit également, parmi les rares pièces sur lesquelles il décide d'insister dans la proposition de décision, de réutiliser un autre échange entre [Monsieur B] et [Madame V.P] dans lequel [Madame V.P] écrit « Voici la liste de vos références Prix Bas chez nous. Merci de bien vouloir me confirmer l'accord pour 2017 »[471]. L'Auditorat sort cette phrase de son contexte. Les* ***pièces n°9 à 12*** *du dossier de pièce de Caudalie confirment clairement que les échanges entre Caudalie et [Distributeur 4] portaient sur les remises accordées par Caudalie à [Distributeur 4] et à la participation de Caudalie au financement de la baisse des prix appliqués par [Distributeur 4].*

298. *La pièce IV.144 est également réutilisée par l'Auditorat, sans tenir compte des explications apportées par Caudalie. Cette pièce contient un e-mail de [Monsieur B.P], pharmacien, à [Madame Q], de Caudalie et dans lequel ce dernier dénonce Pharmasimple en demandant: « est-ce normal ou la ristourne qu'on peut faire est plafonnée à -[5-15]% ?? »[472]. Comme Caudalie l'a expliqué dans sa réponse à la CG (le passage pertinent étant repris au paragraphe 200 de ces observations), [Monsieur B] a indiqué en réponse à cet e-mail: « nous sommes en procédure depuis 6 mois concernant ce site internet car il continue à vendre la marque alors que nous avons dénoncé son contrat il y a 1 an et stoppé les livraisons depuis 1 an ». La réponse de Caudalie ne confirme pas l'existence de prix de revente imposés mais indique simplement que le site Internet concerné vend sans agrément de Caudalie.*

299. *Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat insiste sur le fait que chacune des preuves apportées ne doit pas être considérée comme sérieuse, précise et concordante mais qu'il suffit que le faisceau*

[466] Proposition de Décision, §214.
[467] Proposition de Décision, § 215.
[468] Proposition de Décision, §215.
[469] Proposition de Décision, §216.
[470] Proposition de Décision, §64 et 227, h).
[471] Proposition de Décision, §233, c).
[472] Proposition de Décision, §233, b).

d'indices apprécié globalement réponde à cette exigence[473]. Il faut cependant noter que cette jurisprudence ne peut en aucun cas être utilisée par l'Auditorat pour justifier les erreurs d'interprétation qui affectent l'ensemble de la Proposition de Décision.

300. *L'Auditorat soutient également qu' « il incombe aux entreprises concernées non de présenter simplement une alternative plausible à la thèse de l'autorité de concurrence, mais bien de soulever l'insuffisance des preuves que cette dernière a retenues dans la décision attaquée »[474]. C'est précisément ce que fait Caudalie : montrer que les pièces du dossier doivent recevoir une autre interprétation que celle que leur donne l'Auditorat revient à démontrer l'insuffisance des preuves avancées par ce dernier. En outre, la position de l'Auditorat sur ce point contredit directement la jurisprudence de la Cour de justice. Il résulte en effet de cette jurisprudence que, contrairement à ce qu'avance l'Auditorat, il ne peut être considéré qu'une autorité a prouvé l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence, « lorsque les entreprises concernées avancent une argumentation qui donne un éclairage différent aux faits établis par la Commission et qui permet ainsi de substituer une autre explication plausible des faits à celle retenue par la Commission pour conclure à l'existence d'une infraction»[475]. Par conséquent, il ressort de ces explications alternatives ainsi que de l'ensemble des preuves à décharge ignorées par l'Auditorat que les preuves utilisées dans la Proposition de Décision ne peuvent pas être considérées comme étant suffisamment sérieuses, précises et concordantes.*

301. *En tout état de cause, le nombre de pièces erronément interprétées par l'Auditorat est interpellant et soulève la question de savoir si l'Auditorat a réellement instruit l'affaire à charge et à décharge. Comme souligné dans l'exposé des motifs d'une récente proposition de loi portant notamment remplacement du livre IV « protection de la concurrence » du Code de droit économique, « [l]' auditeur doit mener l'instruction tant à charge qu'à décharge »[476]. En ignorant de nombreuses pièces à décharge ainsi que les explications apportées par Caudalie dans sa réponse à la CG, l'Auditorat méconnait les obligations qui lui incombent.*

302. *Il résulte de ce qui précède que non seulement l'Auditorat ne parvient pas à établir l'existence de la pratique de prix imposés généralisée qu'elle allègue, mais qu'en outre ce grief est contredit par de nombreuses pièces du dossier d'instruction. Or, comme le souligne l'Avocat général Bobek dans l'affaire Budapest Bank, il ne peut être admis de « demeurer approximatif, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'infliger de lourdes sanctions administratives »[477]. Par conséquent, l'Auditorat n'a pas démontré à suffisance de droit l'existence d'un accord et/ou de pratiques concertées visant à imposer un prix de revente minimum.*

---

[473] Proposition de Décision, §§218-221.
[474] Proposition de Décision, §222.
[475] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 novembre 2012, *E.ON Energie / Commission*, C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:738, §74. Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 Mars 1984, *CRAM / Commission*, 29/83 et 30/83, ECLI:EU:C:1984:130, §16
[476] Proposition de loi du 27 février 2019 portant modifications au livre Ier "Définitions", au livre XV "Application de la loi" ainsi que le remplacement du livre IV "Protection de la concurrence" dans le Code de droit économique, p. 19. (disponible ici).
[477] Conclusions de l'Avocat Général Bobek dans l'affaire *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678, § 30.

5. *ABSENCE DE LIMITATION DES VENTES ACTIVES ET PASSIVES*

L'Auditorat de l'ABC a choisi d'interpréter les pièces recueillies à charge de Caudalie alors que d'autres interprétations sont possibles

303. *Un fournisseur distribuant ses produits via un réseau de distribution sélective peut veiller à éviter que ses produits soient revendus à des distributeurs non agréés. C'est même essentiel afin de préserver l'intégrité de son réseau : si un fournisseur laissait n'importe quel distributeur revendre ses produits, il ne serait plus nécessaire pour un distributeur de chercher à remplir les conditions lui permettant de rejoindre le réseau de distribution sélective, ce qui mènerait inévitablement à l'effondrement de ce dernier.*

304. *Les preuves avancées par l'Auditorat de l'ABC à l'appui de la Proposition de Décision se réfèrent explicitement à cette nécessité de préserver l'intégrité du réseau. L'Auditorat reconnaît d'ailleurs avoir erronément interprété certaines pièces puisqu'il indique que « certaines preuves portent notamment sur ce point » de « la nécessité de préserver l'intégrité et l'étanchéité du réseau de distribution sélective »*[478]*. Pourtant, dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat ne tire aucune conséquence de l'existence de cette interprétation légitime pour se focaliser sur l'hypothèse d'une atteinte à la concurrence.*

305. *Le souci de Caudalie de protéger l'intégrité de son réseau, de préserver son image de marque et d'assurer un service de qualité aux consommateurs justifie que, lorsque des distributeurs envisagent d'étendre la territorialité de leurs ventes en ligne, Caudalie vérifie au préalable que :*

- *Le site est traduit dans la langue du pays envisagé ;*
- *Tous les critères de présentation de la gamme Caudalie exposés dans le contrat sont respectés dans la langue ; et*
- *Il est prévu un conseil personnalisé dans cette langue, [CONFIDENTIEL].*

306. *Le Conseil de la concurrence français a approuvé la clause figurant dans le contrat de « vente à distance sur internet » de Caudalie prévoyant « la possibilité d'étendre la vente en dehors du territoire français « à condition de traduire le site dans la langue du pays envisagé et de prévoir un conseil personnalisé dans ladite langue, [CONFIDENTIEL] » »*[479]*. L'intervention de Caudalie se limite donc à la vérification des conditions de vente en ligne à l'étranger, afin d'éviter que cette vente porte atteinte à l'intégrité du réseau et à son image de marque.*

307. *Comme précisé dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales, « le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général »*[480]*. Les Lignes directrices précisent encore que la restriction des ventes sur internet est autorisée pour « empêcher un distributeur désigné membre d'un système de*

[478] Voy., Proposition de Décision, §244.
[479] Conseil de la concurrence français, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, §54.
[480] Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), §54.

distribution sélective de vendre, à tous les stades commerciaux, à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où un tel système est actuellement appliqué ou sur lequel le fournisseur ne vend pas encore les produits contractuels »[481].

308. *Enfin, Caudalie doit veiller à ce que ses produits soient offerts aux consommateurs situés dans l'Union européenne plutôt que d'être immédiatement exportés notamment vers l'Asie. Cet intérêt est parfaitement conforme aux règles belges et européennes de concurrence. Ce problème d'exportations vers l'Asie ressort très clairement du deuxième Enregistrement Secret inclus dans le dossier de procédure. L'Auditorat de l'ABC a choisi d'ignorer cet Enregistrement Secret à décharge de Caudalie alors que l'Auditorat a par ailleurs fait usage de manière extensive de l'autre Enregistrement Secret à charge de Caudalie dans la Proposition de Décision*[482].

309. *Comme expliqué dans la section 0 ci-dessous, l'ensemble des preuves utilisées par l'Auditorat pour démontrer ce grief ont en réalité une interprétation alternative à celle retenue par l'Auditorat. En choisissant d'interpréter les pièces recueillies à charge de Caudalie alors que des interprétations conformes au droit de la concurrence sont possibles, l'Auditorat a instruit le dossier à charge et non à décharge et n'a pas démontré l'existence d'une infraction.*

L'Auditorat de l'ABC ne dispose pas de preuves suffisantes pour établir l'existence de ce grief

310. *Les preuves citées par l'Auditorat de l'ABC dans la Proposition de Décision à l'appui de soi-disant restrictions territoriales sont rares.*

311. *La CG ne cite aucune pièce à l'appui de ce grief pour 2014, une seule pièce pour 2015, une seule pièce pour 2016 et quelques courriels relatifs à un seul épisode de conflit entre Caudalie et Newpharma pour 2017. L'ensemble de ces pièces ne peut démontrer, comme allégué au paragraphe 100 de la Proposition de Décision, que Caudalie chercher à limiter la concurrence par les prix et assurer le respect d'un prix minimum de revente par pays aux consommateurs. Comme indiqué au point 0, ces quelques pièces peuvent être comprises de manière très différente du sens que leur prête l'Auditorat.*

312. *Par exemple, les échanges de courriels entre des employés de Caudalie datant de 2017, cités au paragraphe 245 de la Proposition de Décision, se réfèrent à des conditions [CONFIDENTIEL] appliquées par les distributeurs. Ces courriels internes mentionnent également [CONFIDENTIEL]. Quant au non-respect [CONFIDENTIEL], l'Auditorat n'explore absolument pas la possibilité qu'il s'agisse d'une référence au fait que des distributeurs (ici, Newpharma) revendent en Allemagne et en Autriche en ne respectant pas les conditions fixées par le contrat de distribution sélective. Or, il est parfaitement légal de veiller à ce que les distributeurs respectent leurs engagements contractuels, que ceux-ci vendent les produits de Caudalie en Belgique ou dans d'autres Etats membres de l'Union européenne. En outre, limiter [CONFIDENTIEL] est admis au regard du droit de la concurrence en ce que cela permet d'éviter que les produits soient acquis par des*

[481] *Ibid*, §55.
[482] Proposition de Décision, §63 ; §81, §§87-88 ; §232.

distributeurs non agréés et ensuite revendus en dehors du réseau. Cette limitation [CONFIDENTIEL] a ainsi été validée par l'ADLC en 2007 (Article 8 alinéa 1er du contrat de Caudalie)[483].

313. *Aucun des documents utilisés par l'Auditorat dans la Proposition de Décision ne permet de démontrer que les références « [CONFIDENTIEL] » ou à une politique « [CONFIDENTIEL » visent le montant des prix affichés*[484]*. Cette interprétation ne peut donc être acceptée, faute de preuve.*

314. *Par ailleurs, selon l'Auditorat, Caudalie aurait transféré à Newpharma un e-mail contenant « le tarif à respecter pour la vente en Allemagne et en Autriche »*[485]*. Une lecture attentive de la pièce en question montre que Caudalie n'indique à aucun moment que ce tarif doit être respecté. Rien ne démontre qu'il ne s'agit pas simplement de prix recommandés. La pièce V.B.50 ne contient pas la pièce jointe à l'e-mail. Il est dès lors impossible pour l'Auditorat de déduire de cette pièce que Caudalie impose à Newpharma de respecter ces prix. Au demeurant, l'Auditorat choisit d'interpréter ce passage comme signifiant que Caudalie cherche à limiter les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs, en se basant sur des déclarations de Newpharma qui n'ont reçu aucune réponse de la part de Caudalie. Il faut cependant constater que les pièces utilisées, même appréciées globalement, ne permettent pas de démontrer à suffisance de droit une quelconque pratique de limitation des ventes passives et actives.*

315. *En ce qui concerne la pièce datant de 2016, citée au paragraphe 246 de la Proposition de Décision, elle ne démontre nullement la volonté de Caudalie de restreindre les ventes passives et/ou actives de ses distributeurs, ni de recadrer le taux de remise prétendument imposé. Elle illustre simplement la politique de Caudalie quant aux conditions de présentation de ses produits qui interdit l'utilisation de pastilles « promo » et de termes tels que « remises % ».*

316. *La Proposition de Décision cite également la pièce IV.34 comme preuve à l'appui de l'existence de restrictions territoriales*[486]*. L'Auditorat utilise une fois de plus une phrase sortie de son contexte pour en tirer une interprétation non fondée et sans explorer d'explications alternatives. Or, le site internet Farmaline ne respectait pas les conditions fixées dans le contrat de « vente à distance sur internet » pour vendre les produits de Caudalie dans d'autres pays de l'Union européenne et ne disposait donc pas de l'autorisation de Caudalie pour vendre les produits dans les pays en question. Plus précisément, pour obtenir cette autorisation, le distributeur doit s'assurer que son site internet est traduit dans les langues des pays mentionnés et qu'il y ait [CONFIDENTIEL]. Ce n'était pas le cas de Farmaline au moment de l'envoi de cet e-mail. Contrairement à ce que l'Auditorat affirme dans la Proposition de Décision, le fait que l'e-mail de [Monsieur B] reste succint quant aux raisons de sa demande de retirer les produits Caudalie de plusieurs marchés ne prouve aucune infraction au droit de la concurrence puisque Farmaline devait connaître les raisons de cette demande (à savoir l'absence d'autorisation pour vendre sur ces sites). En outre, selon l'Auditorat, si la demande était fondée sur la clause 9 du contrat de distribution sélective pour la vente en ligne, « [Monsieur B] aurait demandé de corriger la langue et non de retirer les produits ».*

[483] Conseil de la concurrence français, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.
[484] Proposition de Décision, §245.
[485] Proposition de Décision, §245.
[486] CG, §89. Proposition de Décision, §247.

Cependant, comme expliqué précédemment, Caudalie octroie une autorisation après avoir vérifié au préalable que certaines conditions sont respectées, afin d'assurer l'étanchéité du réseau. L'absence d'autorisation préalable (dans ce cas en raison de l'absence de traduction et de [CONFIDENTIEL]) justifie une demande de retrait des produits. À nouveau, cette pratique n'est pas contraire au droit de la concurrence et ne peut servir de preuve à l'existence de l'infraction alléguée par l'Auditorat.

317. *L'Auditorat utilise également le courriel du 31 mai 2017 de [Monsieur A], [fonction] de Caudalie à [Monsieur B] à l'encontre de Caudalie*[487]*. [Monsieur A] justifie son refus de collaborer avec des sites par le fait qu'il n'y a « [CONFIDENTIEL] » : en d'autres termes, ces sites pourraient vendre les produits de Caudalie à des revendeurs non agréés. L'Auditorat affirme que l'expression « [CONFIDENTIEL] » du réseau ne peut être comprise que comme concernant « la vente de produits uniquement dans certains pays et aux prix applicables dans ces pays ». Rien dans la pièce en question n'indique que ce soit le cas. En y voyant une preuve de restrictions territoriales, l'Auditorat méconnait le sens de cette pièce.*

318. *Par ailleurs, la Proposition de Décision se réfère également à la présentation Powerpoint interne de Caudalie contenant les instructions e-retail*[488] *ainsi qu'au contrat type de Caudalie. L'Auditorat considère que « le fait de requérir l'accord de Caudalie pour vendre dans une autre langue et donc dans un autre pays pour des raisons qualitatives n'est pas problématique, en soi […] »*[489]*. L'Auditorat ajoute cependant que tel n'est pas le cas lorsqu'une telle clause est utilisée à d'autres fins, « avec pour objectif de limiter les ventes actives et passives des distributeurs sélectifs »*[490]*. L'Auditorat conclut que tel est le cas en l'espèce mais n'apporte pas de preuve démontrant la manière dont le contrat a été appliqué en pratique. Or, un contrat peut être interprété et appliqué de diverses manières. Ce qui importe, c'est de déterminer comment les parties l'ont appliqué (et non comment l'interprète l'Auditorat). L'affirmation de l'Auditorat selon laquelle la clause exigeant l'accord de Caudalie pour vendre dans d'autres pays est problématique au motif qu'elle vise à limiter les ventes actives et passives des distributeurs sélectifs est donc totalement inopérante.*

319. *Enfin, l'Auditorat a choisi d'ignorer l'Enregistrement Secret du 17 novembre 2017 alors que celui-ci révèle que Caudalie n'empêche pas la vente de ses produits entre Etats membres de l'Union européenne mais bien leur exportation massive hors Union européenne. Dans cet enregistrement, qui figure dans le dossier de procédure sous le code I.A.27.2, [Madame E] (Caudalie) explique à [Madame U] (Newpharma) que Caudalie limite les quantités de certains produits spécifiques qu'elle fournit à tous les pharmaciens afin d'éviter que ces produits ne soient immédiatement exportés en Asie et ne soient par conséquent pas mis à la disposition des consommateurs situés dans l'Union européenne. Comme expliqué ci-dessus (section 0), Caudalie n'a pas, en soi, d'objections à ce que l'Auditorat n'utilise pas cet Enregistrement Secret, bien au contraire : en effet, les Enregistrements Secrets constituent des pièces irrégulières, peu fiables et incompatibles avec le droit de Caudalie à un procès équitable. Toutefois, il est interpellant de constater qu'alors*

[487] Proposition de Décision, §248.
[488] Pièces II.G4 et IV.241.
[489] Proposition de Décision, §249.
[490] Proposition de Décision, §249.

que l'Auditorat n'a pas hésité à utiliser l'Enregistrement Secret du 18 octobre 2016 à charge de Caudalie, il s'est abstenu de tenir compte de l'Enregistrement Secret du 17 novembre 2017 qui est à décharge de Caudalie. L'Auditorat n'a même pas pris la peine de retranscrire l'Enregistrement Secret du 17 novembre 2017. Ce choix non seulement d'utiliser des preuves irrégulières et déloyales, mais en plus de ne les utiliser qu'à charge et non à décharge, renforce le doute sérieux qui existe sur l'objectivité de l'instruction effectuée par l'Auditorat[491].

320. *Il résulte de ce qui précède que l'ensemble des preuves citées aux paragraphes 245 à 249 de la Proposition de Décision, soit l'ensemble des preuves soutenant le grief relatif à la restriction des ventes actives et passives comporte une interprétation alternative à celle apportée par l'Auditorat. En d'autres termes, toutes les preuves utilisées par l'Auditorat sont au pire ambigües, ou confirment l'interprétation de Caudalie et en particulier son objectif de protection et d'étanchéité de son réseau.*

321. *Or, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que le doute doit bénéficier à la partie mise en cause :*

« eu égard à la présomption d'innocence qui s'applique aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence susceptibles d'aboutir à l'infliction d'amendes ou d'astreinte, le doute droit profiter à l'entreprise de la décision constatant une infraction »[492].

L'importance de la présomption d'innocence dans les procédures de droit de la concurrence a également été soulignée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 30 juin 2016[493].

322. *Par conséquent, l'Auditorat de l'ABC n'a pas prouvé à suffisance de droit l'existence d'une infraction unique et continue de restrictions territoriales dans le chef de Caudalie.*

6. *L'AUDITORAT DE L'ABC NE PROUVE PAS L'EXISTENCE D'UNE INFRACTION UNIQUE ET CONTINUE DU 24 NOVEMBRE 2014 AU 27 FÉVRIER 2018*

323. *À supposer même que les pratiques décrites dans la Proposition de Décision soient établies (ce que Caudalie conteste), le dossier de procédure ne permet pas d'établir l'existence d'une infraction unique et continue du 24 novembre 2014 au 27 février 2018, date des perquisitions chez Caudalie.*

324. *Caudalie note le changement de position de l'Auditorat qui reconnaît que la date du 31 mars 2014, à savoir la date d'entrée en fonctions de M. [Monsieur B] ne correspond pas en elle-même à la commission d'une quelconque infraction. L'Auditorat reconnaît également que son interprétation de la pièce IV.174, datée du 24 octobre 2014 était erronée et qu'elle ne peut dès lors servir de date de début de l'infraction alléguée*[494].

[491] Section 2 ci-dessus.
[492] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mai 2020, *NKT Verwaltung et NKT c. Commission*, C-607/18 P, ECLI:EU:C:2020:385, §237, ainsi que la jurisprudence citée.
[493] Bruxelles, 30 juin 2016, *R.C.B.*, 2017, liv. 2, 150, §81.
[494] Proposition de Décision, §327.

325. *Caudalie considère que la seule autre pièce de la Proposition de Décision datant de l'année 2014 ne peut être suffisante à elle seule afin de fixer le début de l'infraction alléguée. En effet, cette pièce contient une plainte de la pharmacie [Distributeur 12] considérant que d'autres pharmaciens pratiquent des prix trop bas*[495]*. Le mécontentement d'un pharmacien ne peut pas être considéré comme preuve d'une quelconque infraction de la part de Caudalie. Contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat, rien n'indique dans cette pièce que « le distributeur a connaissance de l'exigence imposée par Caudalie de respecter un prix minimum ». La pharmacie [Distributeur 12] exprime simplement sa frustration par rapport aux promotions effectuées par Newpharma par rapport au tarif APB. Elle ne demande pas à Caudalie d'intervenir auprès de Newpharma. Au contraire, la pharmacie [Distributeur 12] demande à Caudalie de compenser une promotion qu'elle souhaite mettre en place. Par ailleurs, aucune pièce d'une date rapprochée ne permet de renforcer le caractère probant que l'Auditorat confère à cette pièce. Par conséquent, aucune des pièces datant de l'année 2014 ne démontre l'existence de mesures prises par Caudalie à l'encontre de ses distributeurs.*

326. *En outre, le dossier de procédure ne soutient pas les griefs soulevés par l'Auditorat de l'ABC pour le reste de la période concernée. En effet, comme relevé aux sections précédentes, la Proposition de Décision fait état de nombreuses pièces éparses pouvant recevoir une interprétation distincte de celle retenue par l'Auditorat.*

327. *Par ailleurs, la Proposition de Décision ne cite qu'une seule pièce datant de début janvier 2018 (pièce IV.4)*[496]*, dans laquelle M. [B] demande à [Distributeur 4] de retirer une action de -15%. L'Auditorat sort cette phrase de son contexte alors qu'il ressort clairement des échanges entre [Distributeur 4] et Caudalie que le problème concernait un affichage promotionnel non conforme. [Distributeur 4] indique en effet que l'offre de réduction « -15 % sur la gamme Premier Cru […] est communiquée dans nos magasins avec des étiquettes prix Promo, sur notre site avec un visuel (voir en pièce jointe) ». La photo des étiquettes promotionnelles présentes en magasin est jointe à la fin de la pièce IV.4 et fait apparaître des étiquettes « Promo » rouges non conformes. La* ***pièce n°28*** *du dossier de pièces de Caudalie démontre quant à elle que les visuels du site internet de [Distributeur 4] faisaient apparaître des étiquettes rouges -15%.*

328. *L'Auditorat ignore en outre les explications de [Monsieur B] (Caudalie), figurant juste au-dessus de la phrase utilisée à l'encontre de Caudalie dans la Proposition de Décision, qui indique : « Nous sommes très ennuyé [sic] de cette situation, notre gamme 1*^{er} *cru a un positionnement haut de gamme, la voir avec des étiquettes promo rouge [sic] altère notre image de marque ». L'Auditorat ne peut donc déduire de cette pièce une pratique de prix de revente imposé.*

329. *L'Auditorat ignore également les explications de [Distributeur 4] qui lui a pourtant affirmé, en réponse à une demande de renseignements, déterminer librement ses prix de vente : « [d]epuis mai 2016, nous gérons de manière structurée notre propre politique de prix sur les produits en vente libre dans nos officines et sur notre site internet. Pour la marque Caudalie, nous appliquons*

[495] Pièce IV.175, citée au §326 de la Proposition de Décision.
[496] Proposition de Décision, §329.

des baisses de prix par rapport au prix recommandé sur certaines références, augmentons les prix sur d'autres ou éventuellement appliquons le prix recommandé par le fournisseur » (pièce III.5.B2).

330. *Selon l'Auditorat, l'ambigüité de cette pièce suffit pour la considérer comme preuve valable[497]. Ce raisonnement ne peut être accepté.*

Premièrement, l'ambigüité n'existe que lorsque la phrase de [Monsieur B] est sortie de son contexte. Comme expliqué aux paragraphes qui précèdent, il ressort de l'ensemble des échanges entre [Monsieur B] et [Distributeur 4] que la pièce IV.4 se rapporte à un problème d'affichage promotionnel.

Deuxièmement, le fait qu'une preuve soit ambigüe ne peut profiter à l'Auditorat. En effet, il est de jurisprudence constante de la CJUE que « le doute doit profiter à l'entreprise de la décision constatant une infraction »[498]. Le principe selon lequel le doute doit bénéficier à Caudalie découle également de l'article 6, §1er de la CEDH, qui, comme cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation belge[499], est directement applicable en droit belge. Comme expliqué à la section 2 de ces observations, l'article 6, §1er de la CEDH s'applique dans le cadre de procédures de droit de la concurrence.

Par conséquent et contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat, cette pièce ne démontre pas que l'infraction a perduré jusqu'au 27 février 2018.

331. *En outre, les pièces datant du mois de décembre 2017, citées par l'Auditorat au paragraphe 331 de la Proposition de Décision, ne permettent pas non plus d'établir l'imposition d'un prix minimum de revente. La pièce IV.11 contient des échanges relatifs à un affichage promotionnel non conforme. En effet, elle contient un e-mail de [Monsieur A.B] de [Distributeur 35] se référant à « une grand action cosmétique -20% » lancée par [Distributeur 35] sur l'ensemble de ses gammes sans évoquer Caudalie de manière à préserver son image de marque et dénonçant « un folder de la concurrence présentant une partie de votre gamme [la gamme Caudalie] avec des prix barrés ».*

De plus, le tableau de veille internet figurant en pièce V.B.101 évalue le respect par les distributeurs vendant les produits de Caudalie en ligne, des critères de distribution sélective figurant dans le contrat.

Ces critères sont similaires à ceux de la pièce V.B.98. Or, il a été démontré dans ces observations que l'ensemble de ces critères est conforme avec la politique de Caudalie et ne confirme nullement l'existence de prix imposés[500]. Contrairement à ce que l'Auditorat soutient, le tableau ne distingue pas clairement entre le taux de la ristourne et l'affichage de la promotion. En effet, le contrat de distribution interdit le recours à des expressions de type « discount », « prix barrés », « remise

[497] Proposition de décision, §329.
[498] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mai 2020, *NKT Verwaltung et NKT c. Commission*, C-607/18 P, ECLI:EU:C:2020:385, §237, ainsi que la jurisprudence citée.
[499] Cass., 23 novembre 2006, *Pas.*, 2006, liv. 11, 2470.
[500] Voy., §285 et suivants de ces observations.

X% ». Il est dès lors logique que des indications telles que « -20% » soient épinglées dans le tableau, et ce indépendamment du niveau des prix pratiqués par les pharmaciens.

Une explication a par ailleurs déjà été apportée par Caudalie en ce qui concerne la pièce V.B.60, démontrant que le mail de [Madame S.E] ne se rapporte pas à un prix prétendument imposé[501]*.*

La pièce V.B.59, dans laquelle [Madame E] (Caudalie) demande s'il est normal qu'il y ait « des coffrets à 20% » est quant à elle trop ambigüe pour être considérée comme preuve.

332. *L'Auditorat de l'ABC ne dispose dès lors pas des preuves nécessaires pour affirmer que l'infraction alléguée a débuté le 24 novembre 2014 et qu'elle s'est poursuivie de manière continue jusqu'au 27 février 2018.*

7. *LES PRATIQUES REPROCHÉES À CAUDALIE EN BELGIQUE NE PEUVENT PAS ÊTRE IMPUTÉES À CAUDALIE SAS*

333. *Contrairement à ce qui ressortait de la CG, l'Auditorat reconnaît dans la Proposition de Décision que les clauses figurant dans le contrat de distribution sélective n'ont pas de caractère anticoncurrentiel*[502]*. Caudalie accueille favorablement cette position qui correspond à la jurisprudence Copad et Coty*[503]*. Cette position est également conforme à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence français qui a expressément confirmé la légitimité de la démarche de Caudalie et a validé le contrat de distribution sur internet de Caudalie SAS prévoyant « l'obligation de recueillir l'accord préalable et écrit de Caudalie pour les publicités ou promotions de ses produits et l'interdiction d'utiliser des termes dévalorisants tels que « discount » ou « remises x% » »*[504]*.*

334. *Malgré cela, l'Auditorat adresse la Proposition de Décision à Caudalie SAS en estimant « qu'il suffit de constater que les accords et pratiques concertées en cause l'ont été dans le cadre d'un contrat de distribution sélective conclu par Caudalie SAS pour considérer que cette société a bel et bien participé à l'infraction »*[505]*. Or, ces raisons ne permettent pas d'imputer à Caudalie SAS les griefs reprochés à Caudalie Belgique.*

335. *<u>En premier lieu</u>, il n'existe pas de lien de contrôle entre Caudalie Belgique SPRL et Caudalie SAS. Caudalie SAS et Caudalie Belgique SPRL sont toutes deux détenues en quasi-totalité par Caudalie International SE Holding. Caudalie SAS ne contrôle pas Caudalie Belgique SPRL et réciproquement.*

---

[501] Voy., §§255 et suivants de ces observations.

[502] Proposition de Décision, §213.

[503] Comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Coty* et *Copad*, la qualité des produits de luxe tels que les produits de la marque Caudalie « *résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe,* [de sorte] *que cette sensation constitue un élément essentiel desdits produits pour qu'ils soient distingués, par les consommateurs, des autres produits semblables, et que, dès lors, une atteinte à ladite sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits* ». Arrêt du 23 avril 2009, *Copad*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, §24 à 26 ; arrêt du 6 décembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, §25.

[504] Conseil de la concurrence français, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

[505] Proposition de Décision, §23.

Caudalie SAS et Caudalie Belgique SPRL sont dès lors ce qu'il convient d'appeler des sociétés sœurs. Par conséquent, Caudalie SAS ne peut être tenue responsable des pratiques que l'Auditorat de l'ABC reproche à Caudalie Belgique SPRL, même si ces pratiques interviennent dans le contexte du contrat de distribution sélective conclu par Caudalie SAS.

336. *Contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat, le simple fait que des pratiques aient eu lieu dans le cadre du contrat conclu par une certaine entité ne permet pas de tenir cette entité responsable de ces pratiques. En effet, l'Auditorat affirme dans la Proposition de Décision que « l'interdiction des pastilles promotionnelles et des prix barrés ne constitue pas en soi une infraction au droit de la concurrence ». Ce faisant, l'Auditorat reconnaît que le contrat conclu entre Caudalie SAS et ses distributeurs est conforme au droit de la concurrence. En réalité, les griefs retenus dans la Proposition de Décision portent sur l'exécution et non le contenu de ce contrat. Or, selon l'Auditorat, « [l]a plupart des comportements décrits ci-dessous [dans la Proposition de Décision] sont le fait d'employés et de dirigeants responsables de la société Caudalie Belgique SPRL ». Il ressort donc de la Proposition de Décision que les faits allégués sont reprochés à Caudalie Belgique SPRL. Par conséquent, l'Auditorat ne peut tenir Caudalie SAS responsable de comportements visant uniquement Caudalie Belgique SPRL sans méconnaître les principes de responsabilité personnelle et de présomption d'innocence.*

337. *<u>En second lieu</u>, en sa qualité de tête de réseau, et pour assurer la cohérence et l'étanchéité de son réseau, il incombe à Caudalie SAS de veiller au respect des contrats de distribution par les distributeurs agréés, ce qui n'est pas en soi répréhensible. Cette police de réseau implique nécessairement le contrôle du respect par les sites internet des distributeurs belges des critères du contrat.*

338. *L'Auditorat semble considérer que la surveillance de « l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque » permet de démontrer l'implication de Caudalie SAS dans la pratique alléguée d'imposition d'un prix de revente. Cependant, l'Auditorat assimile à tort cette veille à un contrôle du respect de prix de revente imposés ou minimaux. Ce faisant, l'Auditorat omet sciemment que la veille effectuée par Caudalie SAS porte sur la forme des initiatives concernées et n'empêche pas les distributeurs d'effectuer des promotions.*

339. *L'Auditorat s'appuie sur plusieurs tableaux[506] et se focalise sur le critère de « l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque » alors qu'il ne s'agit que d'un critère parmi de nombreux autres. Il ne figure qu'à la 21ème colonne sur un total de 24 colonnes dans les tableaux de monitoring, ce qui constitue en soi une bonne indication de son faible niveau de priorité[507]. En effet, le contrat de distribution interdit le recours à des expressions de type « discount », « prix barrés », « remise X% », afin de protéger l'image de marque de Caudalie. Il est par conséquent normal que des indications telles que « -[5-15]% » ou encore « -20% » figurent dans le tableau. Ces pièces ne démontrent pas que Caudalie SAS a participé à la commission d'une quelconque infraction au droit de la concurrence.*

[506] Pièces IV.44, V.B.101, V.V.102, V.B.103 et V.B.106.

[507] Les critères figurant avant la 21ème colonne dans les pièces V.B.101 et V.B.106 sont les suivants : [CONFIDENTIEL]

Par conséquent, ce monitoring sur le critère de « l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque » ne constitue qu'une infime fraction de la veille effectuée par Caudalie SAS.

340. *Plus fondamentalement, et comme cela a déjà été expliqué, le contrôle effectué par Caudalie SAS de la présentation de ses produits est en soi conforme au droit de la concurrence et ne peut dès lors pas lui être reproché. Caudalie SAS exige uniquement que les promotions respectent certaines conditions de forme telles que l'absence de pastilles promotionnelles, de prix barrés et d'autres affiches typiques des soldeurs afin d'éviter qu'elles ne portent atteinte à l'image de marque de Caudalie.*

341. *Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat, il ne ressort pas des tableaux communiqués aux pièces V.B.101, V.B.102, V.B.103 ou encore V.B.106 que Caudalie SAS « adresse à Caudalie Belgique la liste des points à fermer ». Au contraire, ces tableaux font état de nombreuses questions posés par Caudalie SAS à Caudalie Belgique sur les actions qu'elle compte entreprendre (ex : «Non conforme à fermer ?», « Courrier [CONFIDENTIEL] ? », etc) ou des demandes formulées directement par Caudalie Belgique à Caudalie SAS (« Demande de [Monsieur B] à Laure le 26/10 pour envoi courrier [CONFIDENTIEL] »). Ainsi, ce n'est pas Caudalie SAS qui dresse directement la liste des points de vente à fermer, cette dernière se contentant uniquement de rassembler les informations communiquées par Caudalie Belgique.*

342. *Il résulte de ce qui précède que l'Auditorat n'a aucunement démontré que Caudalie SAS s'est rendue coupable d'un quelconque des griefs reprochés dans la CG.*

343. *Par conséquent, Caudalie SAS demande à l'Auditorat de constater qu'aucun des griefs émis à son encontre n'est fondé et donc de mettre fin de manière définitive à l'instruction entamée à son encontre, conformément à l'article IV.46, §2, 2° du CDE.*

8. *CAUDALIE INTERNATIONAL SE HOLDING N'EST MISE EN CAUSE QU'EN RAISON DES PARTS QU'ELLE DÉTIENT DANS CAUDALIE BELGIQUE ET DANS CAUDALIE SAS*

344. *Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat ne modifie pas sa position selon laquelle Caudalie International SE Holding doit être destinataire de la décision.*

345. *Cependant, Caudalie déduit de la CG et de la Proposition de Décision que l'Auditorat n'a pas le moindre grief à adresser directement à Caudalie International Holding SE, puisqu'il ne relève aucun courrier ni aucune pièce à sa charge. La seule raison de l'envoi de la Proposition de Décision à Caudalie International Holding SE réside dans sa possession de parts dans Caudalie Belgique SPRL et dans Caudalie SAS, qui amène l'Auditorat à présumer que Caudalie International Holding SE exerce une influence décisive sur ces sociétés.*

346. *Cette présomption ne reflète en rien la réalité des faits. Caudalie International SE n'a exercé et n'exerce à ce jour aucune influence décisive sur ses filiales. Dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat tente de démontrer l'influence que Caudalie International SE exerce sur Caudalie Belgique par la circonstance que [Monsieur C] est devenu [fonction] de Caudalie Belgique le 17 juin 2020. Pourtant, comme l'Auditorat lui-même le souligne, cet évènement récent ne permet pas*

de déduire que Caudalie SE Holding exerçait, lors de la période de l'infraction alléguée, une influence déterminante sur Caudalie Belgique. Au contraire, le fait que M. [C] soit devenu [fonction] de Caudalie Belgique alors qu'il ne l'était pas jusque récemment semble indiquer qu'il a souhaité avoir sur la gestion de Caudalie Belgique un regard dont il ne disposait pas précédemment.

347. *L'Auditorat se contente, pour le surplus, d'imputer à Caudalie International Holding SE la charge d'établir une preuve négative, celle de l'inexistence d'une influence décisive. Or, il est bien connu qu'une preuve négative est quasiment impossible à rapporter.*

348. *Caudalie International SE tient toutefois à porter à l'attention du Collège de la concurrence de l'ABC que, même si elle le voulait (ce qui n'est pas le cas), elle ne serait pas en mesure d'influencer le comportement de ses filiales. Caudalie International SE n'est en effet qu'une holding financière qui chapeaute les sociétés opérationnelles Caudalie SAS et Caudalie Belgique SPRL sans disposer des ressources opérationnelles de ces dernières. Contrairement à ce que soutient l'Auditorat, elle agit comme un simple investisseur financier « qui détient des participations dans une société aux fins de la réalisation d'un profit financier, mais qui s'abstient de toute implication dans sa gestion et dans son contrôle », et auquel, selon la jurisprudence, aucune responsabilité pour l'infraction commise par sa filiale ne peut être imputée[508]. Plus particulièrement, Caudalie International SE ne dispose pas d'un personnel suffisant pour avoir la possibilité, même théorique, d'exercer une influence décisive sur ses filiales.*

9. *CONCERNANT LE CALCUL DE L'AMENDE ENVISAGÉE*

L'Auditorat de l'ABC n'établit pas que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble de la gamme de produits Caudalie

349. *Le chiffre d'affaire à prendre en considération est le chiffre d'affaire en relation directe ou indirecte avec l'infraction alléguée. Or, il résulte de ce qui précède que seul un nombre limité de produits a été effectivement concerné, sur de courtes périodes, par les pratiques alléguées par l'Auditorat de l'ABC. La Proposition de Décision et le dossier de procédure dans son ensemble ne démontrent nullement que l'ensemble de la gamme des produits Caudalie était en relation directe ou indirecte avec les pratiques alléguées. À titre d'exemple, les [CONFIDENTIEL] font régulièrement l'objet d'importantes promotions. Il paraît donc évident que ces produits ne relèvent pas de l'infraction. Par conséquent, l'impact potentiel de ces pratiques – pour autant que ces pratiques aient existé, ce que Caudalie conteste – n'a pu qu'être faible et doit être relativisé au regard de ce qui précède.*

350. *L'Auditorat reconnaît expressément que le fait que les pratiques alléguées n'ont porté que sur un nombre limité de produits est pertinent et « peut avoir un impact sur le pourcentage de gravité reconnu »[509]. Le montant de toute amende susceptible d'être infligée à Caudalie devrait donc refléter ce constat. Il serait en effet contraire au principe de proportionnalité de sanctionner*

[508] Arrêt du Tribunal de l'union européenne du 12 décembre 2012, T-392/09, ECLI:EU:T:2012:674, §§50-52.
[509] Proposition de Décision, §372.

Caudalie aussi lourdement que si elle avait pris part à une entente organisée ayant réussi à bloquer les prix de l'ensemble des pharmaciens de Belgique pendant toute la durée de l'infraction alléguée.

L'Auditorat de l'ABC n'établit pas que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble du territoire belge

351. *L'Auditorat de l'ABC présume que la pratique s'applique à l'ensemble du territoire belge. Toutefois, les pièces sur lesquelles repose la Proposition de Décision ne concernent qu'un nombre limité de pharmacies et ne permettent pas de démontrer l'existence d'une pratique significative s'étendant sur l'ensemble du territoire belge. À titre d'exemple, les pièces de la Proposition de Décision relatives aux pharmacies situées en Région flamande sont rares et éparses. En outre, de nombreuses pièces du dossier confirment explicitement l'absence de prix de revente imposés.*

352. *En voici quelques exemples :*

- *[Distributeur 4] a écrit en réponse à une demande de renseignements de l'Auditorat : « depuis mai 2016, nous gérons de manière structurée notre propre politique de prix sur les produits en vente libre dans nos officines et sur notre site internet. Pour la marque Caudalie, nous appliquons des baisses de prix par rapport au prix recommandé sur certaines références, augmentons les prix sur d'autres ou éventuellement appliquons le prix recommandé par le fournisseur »[510] .*
- *La Parapharmacie [Distributeur 5] a écrit: « Caudalie n'a jamais mis d'objection face à nos propres promotions […] »[511] ;*
- *[Distributeur 6] a également indiqué, en réponse à une demande de renseignements de l'Auditorat : « Promotions personnelles = -15% toute l'année » (ce qui contredit la thèse selon laquelle Caudalie limite les promotions sur ses produits à [5-15]%)[512] ;*
- *[Madame S.E] (Pharmacie [Distributeur 10]) a également répondu à une demande de renseignements de l'Auditorat en indiquant : « [l]a société Caudalie ne m'impose pas un prix de vente. J'affiche le prix que je veux. La société demande cependant de ne pas pratiquer une politique de "prix barrés" »[513] ;*
- *Autre réponse à une demande de renseignements, cette fois-ci d'[Distributeur 16]: « [h]et is heel aangenaam samenwerken met Caudalie, ze hebben bepaalde verwachtingen om hun merk kwalitatieve uitstraling te geven wat perfect te verantwoorden is en in lijn is met andere cosmeticamerken »[514] ;*
- *[Madame I.D] ([Distributeur 21]) écrit, en réponse à la question « Veuillez indiquer les différentes modifications que vous avez dû apporter, tant pour la vente physique que pour la vente en ligne, afin de pouvoir commercialiser les produits Caudalie » posée par l'Auditorat: « n'a pas vraiment reçu d'instructions pertinentes, a seulement insisté sur une*

[510] Pièce III.5.B2.
[511] Pièce III.6.F2.
[512] Pièce III.8.C2.
[513] Pièce III.12.B2.
[514] Pièce III.20.B2.

telle classification et une présentation correcte sur le site web en fonction de la qualité que la marque a en tête »[515].

- *La Pharmacie [Distributeur 14] écrit à l'Auditorat qu'elle pratique en ligne une « remise permanente de 16% toute l'année financée sur ma propre marge » et, en surface de vente, « Depuis 2012, une à deux promos personnelles par an. Un été, mais je ne me rappelle plus lequel, ce fut une promo sur les gels douche. Pendant un hiver, ce fut une promo sur les sticks lèvres. Je change chaque année de gamme pour les promos saisonnières. Caudalie ne m'a jamais imposé de faire une promotion particulière depuis ma collaboration avec eux »*[516].
- *La pharmacie [Distributeur 15] indique qu'elle pratique plusieurs « promotions personnelles » et qu'elle n'a jamais eu à se plaindre de Caudalie, les relations entre les Pharmacies [Distributeur 15] et Caudalie étant « très professionnelles et cordiales »*[517].
- *[Distributeur 48] a écrit à l'Auditorat : « [l]ors de la création d'article le fournisseur remplit un fichier reprenant son tarif et son prix de vente conseillé. Après c'est notre cellule tarification qui définit les PV suivant notre politique tarifaire »*[518].
- *[Monsieur B] écrit dans un e-mail interne à Caudalie qu'« [i]l appartient à chaque dépositaire de pratiquer les prix qu'il veut »*[519].
- *Dans un e-mail du 9 octobre 2015, [Monsieur B] explique à [Monsieur W] (Pharmacie [W]) que « les prix sont librement fixés par chacun des distributeurs. Les marques Ne doivent aucunement imposer une politique de prix »*[520].
- *Le 23 janvier 2017, en réponse à un e-mail de [Madame U] (Newpharma) qui se plaint de commandes bloquées à cause d'une promotion à -20%, M. [B] répond qu'« il appartient à chaque distributeur de procéder à sa politique de prix »*[521].
- *Dans un e-mail à [Madame V.B] ([Distributeur 18]), [Monsieur B] indique : « nous tenons à dissiper tout malentendu s'agissant de votre politique tarifaire. Nous vous confirmons que vous demeurez entièrement libre de déterminer vos prix de revente dans le cadre de nos relations commerciales. […] Nous n'avons aucunement la volonté de vous faire ajuster vos tarifs. Nous vous avons seulement demandé de respecter vos engagements contractuels, tels que précisés à l'Article A.3 […] »*[522].

353. *Le fait que plusieurs distributeurs sélectifs de Caudalie soient présents en ligne ne change pas la conclusion selon laquelle les pratiques alléguées ne se sont pas étendues sur l'ensemble du territoire belge. Si ceux-ci ont la possibilité de vendre à n'importe quel consommateur belge, « voire à des consommateurs vivant en dehors de la Belgique » comme l'affirme l'Auditorat,*

[515] Pièce III.26.B2. Traduction libre du texte original en néerlandais : « *niet echt relevante instructies gekregen, enkel werd aangedrongen op een degelijke indeling en degelijke presentatie op de website in de lijn van de degelijkheid die het merk voor ogen heeft* ».
[516] Pièce III.16.B2.
[517] Pièces III.19.C2, III.19.E3 et III.19.G2.
[518] Pièce III.35.B2.
[519] Pièce IV.155.
[520] Pièce IV.180.
[521] Pièce V.B.43.
[522] Pièce V.B.72.

encore faut-il démontrer que tel soit effectivement le cas. Accepter le raisonnement de l'Auditorat permettrait aux autorités de concurrence de considérer que des pratiques analysées s'étendent automatiquement à l'ensemble du territoire national, européen, ou davantage, dès lors que l'une des parties vend ses produits en ligne.

354. *Par conséquent, toute amende que le Collège de la concurrence de l'ABC déciderait d'imposer à Caudalie doit tenir compte du fait que de nombreuses pharmacies ont déterminé librement les prix et promotions qu'elles appliquaient aux produits de Caudalie et que l'infraction, à supposer qu'elle ait eu lieu, ne peut dès lors être que d'ampleur très limitée par rapport au nombre de pharmacies en Belgique qui, mi-2018, s'élevait à 4841[523].*

L'Auditorat de l'ABC surestime la gravité de l'infraction alléguée

355. *Comme l'indique la Commission européenne, « [l]es restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales »[524]. C'est également la position de la CJUE, qui a confirmé que « […] les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux […] »[525]. Ce constat devrait dès lors se refléter dans le pourcentage de gravité retenu par l'Auditorat de l'ABC.*

356. *Caudalie constate que l'Auditorat a reconnu le caractère excessif du pourcentage de 20% qui était retenu dans la CG. Le pourcentage de 10% retenu dans la Proposition de Décision reste néanmoins trop élevé.*

357. *<u>Premièrement</u>, il est frappant de constater que, dans le cadre de la dernière décision adoptée en matière d'imposition de prix de revente[526], l'Auditorat a retenu un pourcentage de gravité de 5 à 10% alors que l'infraction a duré bien plus longtemps que les faits reprochés à Caudalie (du 9 avril 2008 au 12 octobre 2016 inclus) et qu'elle s'est déroulée dans un environnement normalement concurrentiel (à la différence du secteur de la parapharmacie), ce qui implique que l'entreprise en cause a dû déployer des efforts significatifs afin de parvenir à réduire une concurrence qui était structurellement présente. Aucune de ces circonstances ne pourrait s'appliquer à Caudalie, à supposer que les griefs retenus contre elle soient établis (ce que Caudalie conteste).*

358. *<u>Deuxièmement</u>, dans sa Proposition de Décision, l'Auditorat souligne que certaines circonstances particulières à cette affaire sont de nature à avoir un impact sur le pourcentage de gravité reconnu, à savoir (i) le fait que les pratiques alléguées n'aient pas eu un impact sur l'ensemble de la gamme de produits Caudalie[527] ainsi que (ii) le fait que de nombreux distributeurs aient fréquemment effectué des promotions sur les produits Caudalie[528].*

---

[523] Information disponible sur la page suivante du site Internet de l'APB : https://www.apb.be/fr/corp/sante-publique/La-pharmacie/Nombre-de-pharmacies/Pages/default.aspx#:~:text=Mi%2D2018%2C%20la%20Belgique%20comptait,les%20plus%20denses%20d'Europe.

[524] Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), §6.

[525] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.,* C-32/11, EU:C:2013:160, § 43.

[526] Décision n°BMA-2019/I/O-03 AUD du 24 janvier 2019 dans l'affaire MEDE-I/O-16/0030.

[527] Proposition de Décision, §372.

[528] Proposition de Décision, §374.

359. *Ces circonstances, ainsi que les parts de marché limitées de Caudalie, devraient amener le Collège de la concurrence, s'il décide d'imposer une amende, à appliquer un pourcentage moins élevé. En effet, il ressort d'une jurisprudence constante que « pour la détermination du montant des amendes, il y a lieu de tenir compte de la durée des infractions et de tous les éléments de nature à entrer dans l'appréciation de la gravité de celles-ci, tels que le comportement de chacune des entreprises, le rôle joué par chacune d'elles dans l'établissement des pratiques concertées, le profit qu'elles ont pu tirer de ces pratiques, leur taille et la valeur des marchandises concernées ainsi que le risque que des infractions de ce type représentent pour la Communauté européenne » et que « des éléments objectifs tels le contenu et la durée des comportements anticoncurrentiels, leur nombre et leur intensité, l'étendue du marché affecté et la détérioration subie par l'ordre public économique doivent être pris en compte. L'analyse doit également prendre en considération l'importance relative et la part de marché des entreprises responsables ainsi qu'une éventuelle récidive »[529] (nous soulignons).*

360. *Troisièmement, le principe général de proportionnalité consacré par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne requiert que le Collège de la concurrence prenne en compte l'impact limité qu'a pu avoir l'infraction de Caudalie si elle est établie (ce que Caudalie conteste), tant en ce qui concerne les produits concernés qu'en ce qui concerne les distributeurs concernés. En outre, et à supposer que les griefs inclus dans la Proposition de Décision soient établis (ce que Caudalie conteste), il convient également de prendre en considération le fait que rien ne permet d'affirmer que les épisodes décrits dans la Proposition de Décision aient eu de manière continue un impact sur les produits concernés.*

361. *Quatrièmement, contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat au paragraphe 375 de la Proposition de Décision, le fait que les comportements de Caudalie prennent place dans un marché déjà peu concurrentiel ne renforce pas la gravité de l'infraction. Comme déjà expliqué ci-dessus, ce raisonnement adopté par l'Auditorat méconnaît gravement la jurisprudence récente de l'ABC. De plus, la position de Caudalie sur le marché ne peut être comparée à celle de l'Ordre des pharmaciens. La décision du Collège de la concurrence du 28 mai 2019 ne peut dès lors être transposée automatiquement à la présente affaire. L'Auditorat ne cite par ailleurs aucune autre décision de jurisprudence belge ou européenne permettant de soutenir sa thèse.*

362. *Au contraire, les circonstances particulières de cette affaire devraient amener le Collège de la concurrence, s'il décide d'imposer une amende, de s'écarter de la méthodologie générale pour la fixation d'amendes comme le permet le paragraphe 37 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 qui stipule que : « Bien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21 ». La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la gravité de l'infraction doit « être établie en fonction de*

[529] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, §§56-57 et jurisprudence citée.

critères tels que les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes »[530].

363. *Or, comme indiqué ci-dessus, Caudalie ne peut être tenue responsable pour des comportements et pratiques déjà existants sur le marché de la parapharmacie et sur lesquels elle n'a pas d'emprise, à savoir le manque de culture de la concurrence des pharmaciens belge. Ces circonstances justifient dès lors que le Collège de la concurrence, s'il décide d'imposer une amende à Caudalie, utilise le paragraphe 37 afin de réduire l'amende proposée par l'Auditorat dans la Proposition de Décision.*

L'Auditorat de l'ABC omet de prendre en compte les circonstances atténuantes dont pourrait bénéficier Caudalie si le Collège de la Concurrence considérait l'infraction établie

9.1.1 ***L'absence de dynamique concurrentielle parmi les pharmaciens joue un rôle décisif dans la détermination des prix de revente dans le secteur de la parapharmacie***

364. *Comme expliqué ci-dessus (sections 0 et 4.1.1), le secteur de la pharmacie est fortement régulé et se caractérise par une absence généralisée de concurrence. Jusqu'à récemment, l'Ordre des Pharmaciens empêchait activement les pharmaciens de se faire concurrence. Plusieurs dispositions du code de déontologie des pharmaciens étaient interprétées de manière à empêcher toute forme de publicité et de ristournes sur les produits de parapharmacies. Il est par ailleurs d'usage que, face à un pharmacien qui casse les prix, les autres pharmaciens sollicitent l'aide de l'APB et de l'Ordre des pharmaciens et qu'ils demandent aux marques de faire pression sur les pharmaciens en question pour remonter les prix. Newpharma elle-même fait expressément référence à l'hostilité dont les pharmaciens font preuve face à la concurrence : « [l]a relation avec les officines est toujours un peu tendue. On est dans leur radar et dès qu'elles peuvent porter plainte contre nous, elles le font. […] »*[531]*. Ou encore, « une série de pharmaciens ont tenté de nous contrer, parfois avec une certaine violence. Il s'agit d'un secteur très protecteur »*[532]*.*

365. *En outre, les produits Caudalie étant des produits dermo-cosmétiques vendus en pharmacie et parapharmacie, Caudalie est tenue de les enregistrer auprès de l'APB. Bien que les distributeurs soient libres de déterminer leurs prix de revente, la plupart des pharmacies et parapharmacies belges revend les produits cosmétiques à un prix proche ou égal au prix conseillé par l'APB. Ce cadre mis en place par l'APB tend donc à uniformiser les prix de revente des produits et crée des conditions de concurrence particulières en Belgique.*

366. *Ces circonstances rendent particulièrement difficile l'exercice d'une concurrence sur les prix sur le marché des produits dermo-cosmétiques. L'Auditorat affirme à tort que ce manque de concurrence renforce la gravité de l'infraction alléguée. Comme démontré à plusieurs reprises dans ces observations, ce faisant, il méconnait gravement sa propre jurisprudence. Or, contrairement à l'Ordre des pharmaciens, Caudalie n'a aucune emprise sur les problèmes*

[530] Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. / Commission*, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, §90.
[531] Pièce I.A6, Newpharma pièce 3 plainte, p. 2.
[532] Pièce I.A7, Newpharma pièce 4 plainte, p. 4.

structurels qui résultent d'un contexte particulier. Elle ne peut dès lors pas en être tenue responsable.

9.1.2 *La seule raison qui a pu amener Caudalie à discuter des prix de revente de certains de ses produits (sans néanmoins enfreindre les règles de concurrence) réside dans le souci d'apaiser ses clients*

367. *Les pharmaciens ont longtemps exercé leur profession dans un climat où la concurrence était totalement absente et même contraire à leur déontologie. Inévitablement, ce contexte a une influence sur le fonctionnement actuel du marché de la parapharmacie.*

368. *Cette dynamique particulière au secteur pharmaceutique explique les pressions que les pharmaciens ont pu exercer sur Caudalie. Comme le démontre la Proposition de Décision, de nombreux pharmaciens souhaitent maintenir un climat dans lequel la concurrence est réduite et n'hésitent pas à exercer une certaine contrainte sur Caudalie. Les pharmaciens indépendants étant ses partenaires commerciaux principaux et sa voie d'accès vers le consommateur final, Caudalie a logiquement pour objectif de les satisfaire autant que possible. Les pharmaciens le savent et n'hésitent pas à mettre Caudalie sous pression.*

369. *Ils sont d'autant plus libres de le faire que le secteur de la cosmétique ne représente qu'une part modeste de leur chiffre d'affaires et que, avec [0-10]% de parts de marché, Caudalie est loin d'être en position de force dans ses négociations avec les pharmaciens. Les cosmétiques représentent environ 10% des produits vendus en pharmacie. Parmi ces 10%, Caudalie détient environ [0-10]% des parts de marché. Les produits de Caudalie ne représentent donc qu'environ [0-10]% des produits vendus en pharmacie. Il en résulte que les pharmaciens mènent une politique de prix indépendante de Caudalie qui est loin d'être un partenaire commercial incontournable. Le fait que l'un des nombreux distributeurs de Caudalie affirme que « Caudalie est une marque « must-have » » ne change pas cette conclusion.*

370. *La Proposition de Décision présume que les plaintes par lesquelles les pharmaciens dénoncent les promotions de certains de leurs concurrents prouvent l'existence d'un prix minimum de revente imposé par Caudalie. Au contraire, ces plaintes illustrent le pouvoir des pharmaciens de mettre Caudalie sous pression afin de garder leur propre marge intacte (voir section 4.1.1).*

371. *En effet, il ressort du dossier de procédure que les pharmaciens eux-mêmes sont demandeurs d'une intervention de Caudalie lorsqu'ils constatent que leurs concurrents effectuent des promotions. C'est le cas par exemple de la pièce IV.47. L'Auditorat interprète cette pièce comme prouvant que Caudalie impose des prix alors qu'elle démontre au contraire les pressions que Caudalie subit des pharmaciens en ce qui concerne les prix pratiqués par leurs concurrents tels que les sites Newpharma, [Distributeur 1] ou Pharmasimple. Cette pièce n'établit pas l'existence de prix imposés ni d'aucune autre pratique commerciale. Elle ne fait que révéler le discours que Caudalie prépare en interne afin de se protéger des pressions des pharmaciens, comme le confirment les premiers mots du passage épinglé par l'Auditorat : « [s]i ils vous font une remarque là-dessus, dites que ».*

372. *Contrairement à ce que suggère l'Auditorat, le rapport de force entre les pharmaciens et Caudalie penche incontestablement en faveur des pharmaciens. Les produits de Caudalie ne représentent*

qu'une part infime de leur chiffre d'affaires, ce qui leur permet d'exercer une pression sur cette dernière, sans que cela n'entraîne des risques financiers importants pour leur activité.

373. *Le rôle des pharmaciens qui distribuent les produits de Caudalie ne peut donc pas être ignoré dans l'évaluation de l'infraction alléguée. Le Conseil de la concurrence luxembourgeois a d'ailleurs adopté trois décisions en ce sens le 18 novembre 2020*[533]*. Ces décisions sanctionnent le fournisseur de produits alimentaires Bahlsen ainsi que trois de ses distributeurs (Auchan, Cactus et Delhaize) pour des prix imposés à la revente des produits Bahlsen. Elles démontrent que la responsabilité d'une éventuelle infraction de RPM de Caudalie (que celle-ci conteste) est partagée avec les pharmaciens de Caudalie, qui en tirent directement profit. Si le Collège de la Concurrence devait considérer Caudalie responsable d'une infraction au droit de la concurrence (quod non), il lui faudrait tenir compte de cette responsabilité partagée avec les pharmaciens.*

374. *L'Auditorat soutient en outre dans la Proposition de Décision que « sans l'initiative et la pression exercée par Caudalie vis-à-vis de ses distributeurs sélectifs, ceux-ci ne seraient pas parvenus à uniformiser leur prix ». À nouveau, par cette affirmation, l'Auditorat méconnaît la jurisprudence de l'ABC elle-même. Il ressort en effet clairement de la décision du Collège dans l'affaire MediCare-Market c. Ordre des Pharmaciens du 28 mai 2019 que la culture du secteur pharmaceutique, le Code de déontologie pharmaceutique et les pratiques mises en place par l'Ordre des pharmaciens ont mené à une absence de concurrence et finalement à une uniformisation des prix sur le marché des services prestés par les pharmacies. Le Collège de la concurrence de l'ABC a en effet conclu qu'il existe :*

> *« une interprétation de certaines dispositions du code de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre qui ont pour effet de restreindre, voire d'annihiler, toute possibilité de publicité pour des produits de parapharmacie, et en particulier de ristournes offertes sur ces produits. Même si ces dispositions sont motivées comme allant à l'encontre du principe de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dont le pharmacien doit faire preuve dans l'exercice de sa profession, une interprétation stricte de ces dispositions, telles qu'effectuée par les conseils provinciaux en réponse à la requête du Conseil national, a pour effet d'empêcher le développement d'une concurrence en prix sur les produits de parapharmacie tant entre pharmacies qu'entre pharmacies et parapharmacies au bénéfice des consommateurs »*[534]*.*

375. *Autrement dit, l'Auditorat a lui-même reconnu que les pharmaciens étaient capables d'uniformiser leurs prix sans aucune intervention de Caudalie. L'affirmation selon laquelle ils n'y seraient pas parvenus sans Caudalie n'est dès lors pas fondée.*

9.1.3 *À supposer même qu'elle soit établie (ce que Caudalie conteste), l'infraction alléguée par l'Auditorat de l'ABC n'a eu qu'un impact très limité, voire insignifiant, sur le marché*

376. *À supposer même que les pratiques reprochées à Caudalie soient établies (ce qui n'est pas le cas) et que ces pratiques soient généralisées à l'ensemble de la gamme Caudalie (ce qui n'est pas*

[533] Conseil de la concurrence du Luxembourg, Décisions 2020-FO-03, 2020-FO-04 et 2020-FO-05, 18 novembre 2020.
[534] Décision n°ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019, affaire CONC-I/O-16/0011, §48, p. 232.

établi) et à l'ensemble de la Belgique (ce qui n'est pas non plus démontré), l'impact de l'infraction alléguée n'en serait pas moins extrêmement réduit.

377. *L'impact extrêmement réduit de toute infraction (non-démontrée à ce jour) que pourrait avoir commise Caudalie est confirmé par la plainte de Newpharma. En effet, la pièce I.A.42 (jointe à la plainte de Newpharma) attribue à Caudalie une part de marché de [0-10]% pour 2017[535]. Caudalie apparaît loin derrière ses concurrents : selon ce document, La Roche Posay a [10-20]% de parts de marché, Louis Widmer en a [10-20]%, Vichy en a [10-20]%, Avène en a [0-10]%, Eucerin en a [0-10]%, Bioderma en a [0-10]% et Nuxe Belgium en a [0-10]%. Seule Lierac figure derrière Caudalie, avec [0-10]% de parts de marché. Contrairement à ce qu'affirme l'Auditorat au paragraphe 384 de la Proposition de Décision, si l'impact de l'infraction alléguée est notamment reflété par la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec celle-ci, la position de Caudalie sur le marché doit en outre être directement prise en compte dans la détermination de la gravité de l'infraction. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'analyse de la détermination du montant des amendes doit « prendre en considération l'importance relative et la part de marché des entreprises responsables »[536].*

378. *L'Auditorat lui-même prend fréquemment en compte la position relative sur le marché des entreprises responsables d'infractions au droit de la concurrence. L'Auditorat a ainsi octroyé des réductions d'amende dans deux affaires récentes, considérant que les entreprises sanctionnées ne faisaient pas partie d'un grand groupe[537]. De manière similaire, comme indiqué au paragraphe 165 et suivants des présentes observations, plusieurs autorités nationales de concurrence ont considéré que de faibles parts de marché permettaient d'exclure l'existence d'une infraction au droit de la concurrence. Par conséquent, le Collège de la concurrence devrait à tout le moins prendre en compte les faibles parts de marché de Caudalie dans la détermination du montant d'une éventuelle amende.*

379. *En outre, à supposer même qu'elle soit établie (ce qui n'est pas le cas), l'infraction n'a pas eu d'effets continus pendant toute la période infractionnelle. Le dossier de procédure démontre que les pharmaciens ont, à de nombreuses reprises, appliqué des promotions sur les produits Caudalie. Certaines de ces pièces ont été répertoriées aux sections 4.1.5 et 4.1.6.*

380. *À supposer même que l'infraction alléguée soit considérée établie (ce que Caudalie conteste), elle n'a pu avoir, dans le pire des cas, qu'un impact insignifiant sur le marché, ce qui n'est nullement reflété dans la Proposition de Décision de l'Auditorat.*

---

[535] Selon le panel Pharmatrend International PEC 2017 (édité par IMS), Caudalie ne détient que [0-10]% du marché belge des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique en 2016 et [0-10]% en 2017 (pièce II.D.3) Cette part de marché légèrement supérieure à celle mentionnée par Newpharma ne modifie pas l'analyse quant au poids très marginal de Caudalie sur ce marché.

[536] Arrêt de la Cour de justice du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. / Commission*, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, §91.

[537] Décision n°BMA-2019/I/O-03 AUD du 24 janvier 2019 dans l'affaire MEDE-I/O-16/0030, § 119 et Décision n°ABC-2016-I/O-15-AUD du 27 mai 2016 dans l'affaire CONC-I/O-14/0028, § 107.

10. *CONCLUSION : DEMANDES DE CAUDALIE EN RÉPONSE À LA PROPOSITION DE DÉCISION DU 20 NOVEMBRE 2020*

381. *Au regard des éléments qui précèdent, Caudalie formule au Collège de la concurrence les demandes suivantes.*

382. *<u>À titre principal</u>, en raison des atteintes graves et irrémédiables aux droits de la défense de Caudalie, et plus précisément à son droit à un procès équitable et au principe de l'égalité des armes découlant des irrégularités ayant entaché la procédure d'instruction, Caudalie demande au Collège de la concurrence de considérer que l'instruction est entachée d'illégalité, ce qui requiert l'abandon de manière définitive des poursuites à l'encontre de Caudalie.*

383. *<u>Au surplus</u>, en raison des moyens de défense développés par Caudalie dans les présentes observations, les griefs émis à l'encontre de Caudalie ne sont pas fondés et par conséquent Caudalie demande au Collège de la concurrence de constater qu'il n'existe pas de pratique restrictive de concurrence en application de l'article IV.52, 3° du CDE.*

384. *[CONFIDENTIEL]*

385. *<u>À titre plus subsidiaire</u>, Caudalie demande au Collège de la concurrence de tenir compte dans sa décision des éléments du dossier à décharge de Caudalie, notamment :*

- *L'existence de problèmes structurels de concurrence dans le secteur de la pharmacie dus à l'action de l'Ordre des pharmaciens (ainsi que l'ABC l'a établi dans sa pratique décisionnelle récente), à l'APB influant le comportement individuel des pharmaciens, qui ne sont pas imputables à Caudalie ;*
- *Concernant le grief d'imposition des prix de revente :*
  - *La légalité de l'encadrement par Caudalie de la présentation de ses produits ;*
  - *Les nombreux témoignages de pharmaciens confirmant que Caudalie ne leur impose pas de prix de revente ;*
  - *L'existence d'autres interprétations possibles des pièces retenues à charge de Caudalie, conformes au droit de la concurrence ;*
- *Concernant le grief de limitation des ventes actives et passives :*
  - *La rareté des pièces retenues à charge de Caudalie ;*
  - *L'existence d'autres interprétations possibles de ces pièces, conformes au droit de la concurrence ;*
- *Concernant le calcul de l'amende que le Collège de la concurrence de l'ABC pourrait éventuellement imposer à Caudalie :*
  - *L'absence de preuve que les pratiques reprochées à Caudalie s'étendent à toute sa gamme et à l'ensemble du territoire belge ;*

- *L'existence de circonstances atténuantes dont pourrait bénéficier Caudalie si le Collège de la concurrence estimait l'infraction établie.*

IV. Observations de Newpharma

21. Le 22 janvier 2021, Newpharma a transmis les observations suivantes : «

La plaignante a l'honneur de présenter les observations suivantes concernant la proposition de décision déposée le 20 novembre 2020 par l'auditeur en application de l'article VI.46, §4 du Code de droit économique dans les affaires portant les numéros CONC-P/K-17/0038 et CONC-P/K-18/0001 faisant suite aux plaintes déposées les 27 novembre et 12 décembre 2017 par Newpharma et par Pharmasimple en vue de dénoncer les pratiques restrictives de concurrence des sociétés du groupe Caudalie.

I. BREF RAPPEL DU CONTEXTE FACTUEL

1. ***Newpharma : présentation. –*** *Newpharma est une pharmacie d'officine enregistrée en Belgique, Rue Basse-Wez 315, à 4020 Liège et agissant sous la responsabilité de sa « pharmacienne responsable », Madame [CONFIDENTIEL][538].*

Outre cette officine « physique », Newpharma vend également sur Internet des produits parapharmaceutiques et des médicaments à usage humain non soumis à prescription (www.newpharma.be). Depuis sa création, en 2008, Newpharma a développé une activité de commerce électronique avec des ventes principalement en Belgique. Elle est désormais présente sur d'autres marchés de l'Union européenne : en Allemagne, en France, en Autriche, aux Pays-Bas et en Suisse.

2. ***Difficultés à l'origine de la plainte. –*** *Conformément à la politique de distribution pratiquée par Caudalie, Newpharma a signé un premier contrat de distribution sélective le 20 novembre 2011 par lequel elle devint distributeur agréé de la marque (**pièce n° 1 – A de la plainte**). L'agrément fut renouvelé le 24 avril 2013 à l'occasion de la signature d'un second contrat de distribution sélective (**pièce n° 1 – B de la plainte**).*

A la fin du mois de septembre 2016, Newpharma lança une campagne promotionnelle appliquant une réduction de 20 % sur les prix de vente demandés pour les produits Caudalie en vente sur son site Internet.

*En réaction à cette baisse des prix pourtant réalisée dans le cadre d'une campagne publicitaire tenant dûment compte des conditions énoncées dans le contrat de distribution, Caudalie refusa durant plus d'un mois de livrer à Newpharma les commandes qu'elle lui avait passées. Cette suspension de livraison avait pour objet de forcer une conversation entre le responsable de Caudalie pour la Belgique et la direction de Newpharma (**pièce n° 7 de la plainte**).*

[538] Numéro Association Pharmaceutique Belge : 626376.

*La conversation voulue par Caudalie eut lieu le 18 octobre 2016, laquelle confirma que le blocage de la commande de Caudalie faisait suite à la campagne publicitaire précitée de Newpharma. Caudalie conditionna à cette occasion le déblocage des commandes au fait que les prix pratiqués par Newpharma soient remontés à -[5-15]% des prix de vente conseillés (**pièces n° 8, 9 et 10 de la plainte**).*
*Le 24 octobre 2016, Newpharma informa Caudalie que les prix relatifs à ses produits avaient été augmentés conformément à la conversation téléphonique précitée et lui demanda en conséquence de débloquer la commande du 13 octobre 2016 (**pièce n° 10 de la plainte**).*

*Le 7 novembre 2016, Newpharma envoya un mail à Caudalie, attirant son attention sur le fait que les commandes en cause n'avaient toujours pas été débloquées. A la demande du responsable de Caudalie pour la Belgique, ce courriel fut suivi d'une conversation téléphonique au cours de laquelle il fut à nouveau question de la pratique de prix suivie par Newpharma (**pièces n° 11 et 13 de la plainte**).*

*Suite à celle-ci, Caudalie envoya les tarifs de prix de vente conseillés pour la vente de ses produits sur Internet (ci-après, le « Tarif e-retail 2016 ») dans l'objectif que Newpharma adapte ses prix en fonction des montants qui y étaient mentionnés (**pièce n°12 de la plainte**). Cela fut suivi d'effets (**pièce n° 13 de la plainte**), mais pas de manière suffisante aux yeux de Caudalie (**pièce n° 14 de la plainte**), ce qui conduisit à une nouvelle augmentation des prix des produits de Caudalie offerts au public sur le site de Newpharma (**pièce n° 30 de la plainte**) qui permit de débloquer les commandes que cette dernière avait passées auprès de Caudalie (**pièce n° 15 de la plainte**).*

*Au regard de la récurrence de ce genre de blocages, Newpharma tenta de continuer à mettre en place des campagnes de réduction des prix en contournant le pouvoir de blocage de Caudalie, au moyen des commandes anticipées (**pièces n° 35 et 36 de la plainte**). Compte tenu des pressions passées exercées par Caudalie, certaines campagnes furent toutefois annulées à la dernière minute, afin d'éviter que cela n'entraîne des problèmes d'approvisionnement (**pièce n° 37 et 38 de la plainte**).*

*Une dernière campagne eu lieu au mois de juin 2017, à l'occasion de laquelle Newpharma souhaita lancer une campagne promotionnelle, pourtant tout à fait raisonnable (15% de réduction), sur les produits Caudalie (**pièce n° 23 de la plainte**). A la fin de ce mois, toutefois, Caudalie lui notifia qu'elle lui retirait son agrément et que Newpharma ne pourrait dès lors plus vendre de produits Caudalie à partir du 1er janvier 2018 (**pièce n° 5 de la plainte**).*

3. ***Plainte et instruction. –** Face à cette décision de Caudalie, faisant suite à plusieurs mois de mesures destinées à empêcher les campagnes publicitaires et promotionnelles initiées par Newpharma, celle-ci se résigna à saisir l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, l' « ABC ») de ce problème au moyen d'une plainte déposée le 27 novembre 2017 afin de dénoncer le comportement de Caudalie, qu'elle considérait être des pratiques restrictives de concurrence*

contraires aux articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et IV.1. du Code de droit économique (ci-après « CDE »).

Suite à cette plainte, complétée par une autre, similaire, émanant de Pharmasimple, l'auditorat a procédé à une instruction approfondie, à l'occasion de laquelle de nombreux éléments de preuve ont été réunis, démontrant que le comportement dénoncé par Newpharma constitue en réalité une pratique généralisée que Caudalie imposait ou, à tout le moins, tenait d'imposer à tous ses distributeurs présents en Belgique.

Au cours de cette instruction, furent notamment organisées des perquisitions aux sièges de l'entreprise Caudalie en Belgique et en France la semaine du 26 février 2018, la dernière par l'Autorité française de la concurrence.

4. ***Proposition de décision. –*** *Le 20 novembre 2020, l'auditorat a déposé sa proposition de décision en application de l'article VI.46, §4 du CDE, par laquelle il propose au Collège de la concurrence de : **(i)** de constater que les comportements tels que décrits dans cette 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 SRL Belgique (ci-après, « Caudalie Belgique »), Caudalie SAS (ci-après, « Caudalie France ») et Caudalie International SE Holding (ci-après, « Caudalie Holding »).*

Par courrier du 18 décembre 2020, Newpharma a demandé à recevoir copie de cette décision, de manière à pouvoir formuler des observations à son sujet, ce qui lui fut octroyé le 6 janvier 2021.

5. ***Plan. –*** *Par les présentes observations, Newpharma souhaite revenir sur la durée de la pratique infractionnelle retenue par l'auditorat (sub, « **II** », « **A** ») et sur le respect du droit à un procès équitable de Caudalie (sub, « **II** », « **B** »), avant de commenter brièvement la politique de contrôle des prix pratiquée par Caudalie sous le couvert de son réseau de distribution sélective (sub, « **III** ») ainsi que sur l'importance que la décision à intervenir la dissuade de continuer à en faire usage (sub, « **IV** »).*

II. GÉNÉRALITÉS

A. DURÉE DE LA PRATIQUE INFRACTIONNELLE

(i) Position de la question

1. ***Période infractionnelle retenue. –*** *L'auditorat souligne disposer de preuves démontrant la mise en œuvre effective de la stratégie de Caudalie visant à imposer un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs à partir de 24 novembre 2014. L'auditorat considère toutefois que cette pratique restrictive de concurrence aurait pris fin au plus tôt le 27 février*

2018, à savoir le jour du début de la perquisition dans les locaux de Caudalie (voy. les points 324 à 333 de la proposition de décision).

(ii) Observations de Newpharma

2. ***Bref rappel des principes applicables. –*** *La durée de l'infraction est un élément constitutif de la notion d'infraction au titre de l'article 101 du TFUE ou IV.1 du CDE, élément dont la charge de la preuve incombe, à titre principal, à l'auditorat*[539]*. Il est toutefois admis qu'il suffit à cet égard qu'il existe des éléments de preuve se rapportant à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, de façon qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises*[540]*.*

3. ***En l'espèce. –*** *La plaignante se réjouit de l'instruction approfondie menée par l'auditorat dans cette affaire, laquelle a permis de mettre à jour, sans aucune équivoque, l'existence de pratiques restrictives de concurrence mises en place par Caudalie par le biais de son réseau de distribution sélective (à ce sujet, voy. infra, « **III** »).*

Newpharma s'interroge toutefois sur la raison pour laquelle l'auditorat n'a pas cherché à poursuivre ses investigations et a décidé, d'une manière quelque peu surprenante, de fixer la fin de la période infractionnelle au moment des perquisitions ayant eu lieu dans les locaux de Caudalie. Aucun motif particulier n'est invoqué par l'auditorat à ce sujet, qui se borne à affirmer que la période infractionnelle aurait pris fin au plus tôt le 27 février 2018.

La plaignante se permet de souligner à cet égard qu'à l'heure actuelle, elle est toujours exclue du réseau de distribution sélective de Caudalie, sans qu'aucune explication ne lui ait été fournie à ce sujet. Or, d'autres acteurs, présentant des sites internet comparables, tel que [Distributeur 1] ou [Distributeur 34] en font toujours partie. A ses yeux, cela confirme que son exclusion continue d'être justifiée uniquement par une volonté de sanctionner ses campagnes promotionnelles passées. L'infraction identifiée par l'auditorat continue dès lors de produire ses effets au jour de la rédaction des présentes observations.

Par ailleurs, une vérification sur les sites internet des deux concurrents précités, qui semblent toujours faire partie du réseau de distribution sélective de Caudalie, laisse apparaître que les pressions dénoncées par Newpharma et confirmée par l'instruction de l'auditorat sont toujours présentes[541]*.*

Ainsi, il est éclairant de comparer la page dédiée aux produits Caudalie à celle des produits Nuxe sur le site de [Distributeur 1]. Si l'on trie la page selon le critère de « réduction décroissante », l'on constate qu'environ la moitié des produits Nuxe affichés sur la première page sont présentés avec une réduction entre 20 et 40% par rapport aux prix de référence

[539] TUE, 2 juin 2016, *Moreda Rivière*, T-426/10, point 108.
[540] CJUE, 21 septembre 2006, *Technisqche Unie*, C-113/04, point 169.
[541] Les sites internet ont été consultés le 20 janvier 2021.

*(**pièce B**). Pour les produits de la marque Vichy, se sont même tous les produits qui font l'objet d'une telle réduction (**pièce C**).*

*En comparaison, suivant le même critère de recherche, aucun des produits affichés sur la page dédiée à Caudalie ne sont présentés comme faisant l'objet d'une promotion (**pièce A**).*

*Le même constat peut être effectué sur le site d'[Distributeur 34], où les produits Nuxe et Vichy, triés par popularité, sont tous indiqués comme faisant l'objet d'un réduction de 20% (**pièces E et F**), alors que les produits Caudalie ne sont pas affichés comme faisant l'objet d'une quelconque promotion (**pièce G**). Une telle différence, saisissante, apparaît également à la lecture de la newsletter d'[Distributeur 34] du 14 décembre dernier, où tous les produits mentionnés sont présentés comme faisant l'objet d'une promotion, sauf, là encore, les produits Caudalie (**pièce D**).*

Cela tend à démontrer que l'interdiction d'afficher, d'une quelconque manière, l'existence d'une promotion sur les produits Caudalie continue à exister.

Or, une telle interdiction est problématique dans la mesure où Caudalie vend également ses produits sur son propre site internet, à un prix plus élevé. Le défaut de mention des offres promotionnelles est donc de nature à orienter plus facilement le consommateur vers ce site internet, voire vers des officines physiques qui sont, traditionnellement, moins favorables à l'application de réductions. Dans les deux cas, cela intervient au détriment du consommateur, qui achète un produit similaire, à un prix plus élevé.

En outre, la comparaison entre les prix précisés sur les site de [Distributeur 1] et [Distributeur 34], d'une part, et sur le site Caudalie et les prix qu'elle a communiqué aux pharmaciens par le biais de l'APB, d'autre part, tend également à confirmer que cette dernière continue à imposer à ses membres un plafond maximal de réduction par rapport aux prix qu'elle recommande.
[TABLEAU CONFIDENTIEL]
Il apparaît très clairement de cette comparaison que le montant maximal de réduction de [5-15]% imposé par Caudalie continue à être d'application. Rien n'explique en effet que des distributeurs proposant entre 20% et 40% sur des produits de marques comparables se bornent à ne proposer que [5-15]% pour les produits Caudalie. Bien souvent, c'est même le prix communiqué par l'APB qui est appliqué, sans aucune réduction ou avec une réduction purement anecdotique.

Newpharma regrette dès lors que l'auditorat n'ait pas cherché à vérifier que la pratique dont elle dénonce l'existence a bien pris fin à la date des perquisitions, puisque, tout au contraire, à première vue, il ne semble pas que tel soit effectivement le cas.

Il importe dès lors que le Collège de la concurrence soit conscient que, si les preuves récoltées par l'instruction ne dépassent pas l'année 2018, c'est plus en raison d'un choix effectué par

l'auditorat qu'en raison d'une modification du comportement de Caudalie vis-à-vis des membres de son réseau de distribution sélective.

*La sanction de l'infraction constatée, ainsi que les motifs la justifiant, devront donc, aux yeux de la plaignante, être suffisamment clairs pour que Caudalie ne persiste pas dans le modèle qu'elle a mis en place, manifestement défavorable à l'émergence d'une concurrence par les prix dans le secteur pharmaceutique (à ce sujet, voy. également infra, « **IV** »).*

B. RESPECT DU DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE DE CAUDALIE

(i) Position de la question

4. ***Atteintes alléguées au droit à un procès équitable de Caudalie. –*** *En substance, Caudalie soutient que les poursuites intentées contre elle devraient être abandonnées en raison de l'atteinte irrémédiable à son droit à un procès équitable découlant d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés à son insu (voy. les points 105 à 117 de la proposition de décision).*

(ii) Observations de Newpharma

5. ***Bref rappel des principes applicables.*** *– La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer, dans ses arrêts du 13 décembre 2019 et 31 janvier 2020[542], qu'il n'existait pas, en droit belge, de principe général du droit de loyauté applicable de manière générale aux procédures de nature juridictionnelle.*

Par ailleurs, plus spécifiquement en matière pénale, la Cour de cassation souligne que la loyauté dont doit faire preuve la partie poursuivante est présumée exister et qu'il faut des éléments précis et objectifs pour renverser cette présomption[543]. En outre, cette loyauté vise uniquement et strictement à interdire les atteintes injustifiées aux droits de la défense de la partie concernée et à protéger la bonne administration de la justice[544]. Il ne saurait dès lors être question de sa violation lorsque la partie poursuivie a pu utilement faire valoir sa défense au sujet des faits qui lui sont reprochés.

C'est ce que la Cour de cassation confirme lorsqu'elle décide que, même s'il existe une atteinte procédurale aux droits octroyés à une partie poursuivie, cette seule circonstance ne suffit pas, en elle-même, à porter atteinte de manière irrémédiable à son droit de se défendre – et, de manière plus générale, à son droit à un procès équitable – lorsque cette partie a été en mesure de critiquer et de contester les éléments de preuve présentés contre elle[545].

6. ***En l'espèce. –*** *En premier lieu, Newpharma souhaite souligner que les conversations qu'elle a enregistrées ne peuvent en aucun cas être analysées comme un piège qu'elle aurait tendu à Caudalie. Ainsi, la conversation ayant eu lieu le 18 octobre 2016 fait suite au blocage des*

[542] *JT,* 2021, p. 53.
[543] Cass, 12 mai 2015, *Pas*, 2015, p. 1174.
[544] Cass, 24 juin 2020, RG n° P.19.0667.F.
[545] Cass, 16 décembre 2020, RG n° P.20.0818.F.

*commandes qu'elle avait passées auprès de Caudalie, étant entendu que ledit blocage était précisément destiné à assurer qu'une telle conversation ait lieu (**pièce n° 7** de la plainte). La conversation en question a donc été organisée à la demande de Caudalie et selon un agenda fixé par elle.*

Il ne saurait donc être question d'une conversation déloyale, à l'occasion de laquelle Newpharma aurait cherché à piéger Caudalie (voy. le point 105 de la proposition de décision).

Tout au contraire, cette conversation a été voulue par Caudalie et son contenu reflète parfaitement la manière dont elle exerce des pressions sur ses distributeurs afin qu'ils respectent les prix de vente conseillés (ci-après, les « PVC ») qu'elle leur fait parvenir. Il n'y a donc, en aucun cas, eu de déloyauté dans l'obtention de cet élément de preuve, l'auditorat rappelant de surcroît à juste titre que le participant à une conversation téléphonique a le droit de l'enregistrer sans en avertir préalablement son interlocuteur.

Enfin et en outre, il est faux d'affirmer que Newpharma aurait eu tout intérêt à nuire à Caudalie (voy. le point 111 de la proposition de décision). En sa qualité de fournisseur, celle-ci ne constitue en effet pas un concurrent mais bien un partenaire commercial.

L'importance pour Newpharma de pouvoir distribuer des produits Caudalie est en outre démontrée par le fait que les produits Caudalie sont toujours disponibles sur son site internet, Newpharma étant toutefois contrainte, pour ce faire, d'avoir recours à d'autres distributeurs faisant office de fournisseurs, ce qui limite sa possibilité de proposer des réductions sur ces produits et de demeurer compétitive.

La plainte de Newpharma n'avait dès lors en aucun cas pour objectif d'évincer un concurrent mais plutôt de mettre fin au comportement illégal d'un partenaire commercial dont elle n'a jamais entendu cesser de distribuer les produits.

III. QUANT À LA PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

A. POSITION DE LA QUESTION

7. ***Prétendue absence de concurrence dans le marché pertinent et raison d'être de l'intervention de Caudalie.*** *– Caudalie invoque le contexte juridique et économique à l'appui de sa position, en soutenant que le manque de concurrence structurel du secteur de la pharmacie et parapharmacie, appuyé par la pratique décisionnelle de l'Ordre des pharmaciens, empêcherait en pratique les pharmaciens de se porter concurrence sur les prix (voy. le point 293 de la proposition de décision).*

Caudalie souligne à cet égard que, selon elle, la plupart des pharmaciens pensent que les prix indicatifs enregistrés auprès de l'association pharmaceutique belge sont des prix obligatoires dont il convient de ne pas s'éloigner (voy. le point 296 de la proposition de décision). Elle en

conclut que le secteur de la pharmacie se caractérise par une absence généralisée de concurrence, rendant particulièrement difficile l'exercice d'une concurrence sur les prix sur le marché des produits dermo-cosmétiques (voy. les points 356 et 358 de la proposition de décision).

Caudalie soutient également que ses interventions auprès de ses distributeurs auraient eu pour seul objectif de répondre aux pressions de certains pharmaciens et qu'elle serait de surcroît loin d'être un partenaire commercial incontournable, sous-entendant le caractère peu important du pouvoir d'influence dont elle disposerait sur les membres de son réseau (voy. le point 360 de la proposition de décision).

B. OBSERVATIONS DE NEWPHARMA

8. ***Principes applicables. –*** *Le déploiement des services de parapharmacie sur Internet est vu comme une évolution positive, notamment pour la raison que le commerce électronique est reconnu comme un vecteur d'innovation en termes de services, de diversification de l'offre et d'allégement des coûts qui se traduit par une baisse de prix*[546]*.*

La vente en ligne constitue dès lors un facteur majeur d'animation concurrentielle des marchés[547]*, permettant d'assurer la diminution significative des prix de vente des produits qui en sont l'objet, au bénéfice évident des consommateurs de ces produits*[548]*. Par ailleurs, il est également acquis que la possibilité d'afficher de manière claire et évidente les prix de vente pratiqués est un outil essentiel d'information de l'acheteur final, permettant au distributeur de faire connaître la différence du prix qu'il pratique avec celui de ses concurrents et, partant, le mettant en position d'attirer de nouveaux clients*[549]*.*

L'accroissement de la transparence et de la concurrence par les prix amène toutefois les fournisseurs à exercer un contrôle accru sur les réseaux de distribution (sélective) afin de mieux contrôler les prix proposés.

---

[546] En ce sens, voy. l'avis de l'autorité de la concurrence française n° 12-A-23 du 13 décembre 2012 relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la directive n° 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011.

[547] Voy. not. les avis n°13-A-12 du 10 avril 2013 et 12-A-20 du 18 septembre 2012 de l'autorité française de la concurrence ou encore l'arrêt de la CJUE du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre c. Autorité de la concurrence française*, C-436/09.

[548] C.J.U.E., 13 octobre 2011 *Pierre Fabre c. Autorité de la concurrence française*, C-436/09, §26.

[549] « *Competition between retailers includes them making use of the various available channels to attract and win prospective customers, including by signalling the existence of price and non-price advantages over their competitors (…) The provision of product and price information plays an important role in this respect. In this context, the internet can be particularly important as a means to make such information easily accessible to end-consumers (…) As a result, having the freedom to advertise retail prices on the internet can intensify price competition between retailers and enable consumers to obtain better value for money (…)Without the freedom to advertise their below-RRP selling prices online, Retailers are hampered in using the internet as a method of marketing (…) in the absence of the Below-RRP Online Price Advertising Prohibition, each Retailer of mobility scooters would be able to determine independently its own policy as regards its online advertising of prices (and to adapt itself to the existing and anticipated conduct of its competitors)* » (Office of Fair Trading, 27 mars 2014, *Pride Mobility Products*, CE/958-12, points 1.18 et suivants).

Ainsi, la Commission a eu l'occasion de sanctionner l'interdiction faite à un distributeur de pratiquer des rabais sur les produits dont il est chargé d'assurer la vente[550] et la Cour de justice a sanctionné la clause exigeant du distributeur qu'il retire toute publicité ou annonce contre laquelle le fournisseur aurait émis des protestations écrites « il est évident [que le fournisseur] s'occupait des termes d'annonces publicitaires concernant les prix de vente, et que la clause litigieuse a été rédigée de manière à permettre à la requérante d'interdire de telles annonces », et cela même si le fournisseur en justifiait le bien-fondé comme lui permettant d'assurer un programme publicitaire de haut niveau[551].

La Commission précise en outre, dans sa communication sur les lignes directrices sur les restrictions verticales[552], que sont problématiques « les systèmes de distribution sélective [qui] empêchent de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre les produits en question de manière adéquate (notamment les magasins discount ou les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas) d'accéder au marché [ou de s'y maintenir], limitant de la sorte la distribution au bénéfice de certains canaux existants et au détriment des consommateurs finals »[553] et que « lorsqu'une majorité des principaux fournisseurs sur le marché concerné pratiquent la distribution sélective, il en résultera un affaiblissement sensible de la concurrence intramarque, une éventuelle éviction de certains types de distributeurs et un risque accru de collusion entre lesdits fournisseurs »[554]

9. ***En l'espèce. –*** *Il est faux d'affirmer, comme le fait Caudalie, qu'il n'existerait pas d'acteurs sur le marché de la dermo-cosmétologie dont le modèle économique est fondé sur la concurrence par les prix. Tout au contraire, ce marché a vu l'émergence de plusieurs nouveaux acteurs défendant une telle approche. Le développement de la part de marché de ces pharmacies et parapharmacies d'un type nouveau confirme la pertinence et la viabilité de ce modèle dans le domaine pharmaceutique. Newpharma en est bien entendu un exemple, mais elle est loin d'être la seule[555].*

Ainsi, Medicare-Market, autre acteur bien connu sur le marché, créé en 2014 à Gosselies, se présente lui-même comme étant : « un groupe européen (…) dont la philosophie est de démocratiser l'expertise santé et bien-être (…) [et dont le concept repose] d'une part, sur un supermarché de la parapharmacie avec 9.000 références et, d'autre part, sur des prix attractifs pour les médicaments non remboursés et les produits de parapharmacie. Ceux-ci peuvent être jusqu'à 30% moins chers que ceux proposés en pharmacie, et ce, grâce aux volumes vendus, à l'organisation, la localisation, et surtout à la négociation des prix

[550] Décision de la Commission du 13 juillet 1983, *Vimpoltu.*
[551] C.J.U.E., 21 février 1984, *Hasselblad*, C-86/82, point 49.
[552] Commisison européenne, communication sur les lignes directrices sur les restrictions verticales, 10 mai 2010, SEC(2010) 411 final (ci-après, les « Lignes directrices »).
[553] Lignes directrices, point 179.
[554] Lignes directrices, point 178.
[555] Voy. not., rien qu'en ce qui concerne le commerce en ligne, les sites internet : www.multipharma.be ; www.farmaline.be ; www.pharmaexpress.be ; www.24pharma.be ; www.viata.be ; www.pharmachezvous.be ; www.colispharma.be

d'achat »[556]*. Ce groupe soutient être en pleine expansion puisque d'environ 43 points de vente en 2018, son ambition était d'ouvrir 70 points de vente en Belgique d'ici 2020*[557]*.*

Il est donc faux d'affirmer que, même sans l'intervention de Caudalie, il n'existerait pas de concurrence sur les prix concernant les produits dermo-cosmétiques.

En revanche, il est vrai que, traditionnellement, la concurrence par les prix est faible entre les pharmaciens, notamment en raison des nombreuses interventions de l'Ordre des pharmaciens en ce sens. La volonté de l'Ordre de freiner le développement d'un tel type de concurrence sur le marché concerné a d'ailleurs été sanctionnée par l'Autorité belge de la concurrence[558]*. L'Ordre s'est toutefois engagé à modifier ses règles de déontologie afin de permettre aux pharmaciens de mettre en œuvre, sans risque de représailles, les techniques commerciales nécessaires au développement d'un tel modèle économique*[559]*.*

C'est donc malgré ces circonstances défavorables que les nouveaux acteurs tels que Newpharma tentent de défendre un modèle novateur, fondé sur la concurrence par les prix, jusqu'il y a peu encore inexistant sur ce marché.

Il est dès lors particulièrement grave et dommageable qu'un fournisseur cherche, sous le couvert de son réseau de distribution sélective, à écarter les pharmaciens (actuels ou potentiels) développant un business model fondé sur la concurrence tarifaire, avec pour objet immédiat le maintien de prix minima de vente de produits de parapharmacie.

La plaignante pense d'ailleurs que la réticence de Caudalie à laisser se développer les acteurs présents en ligne se reflète dans sa part de marché en ligne et hors ligne, la seconde étant nettement plus importante que la première comme le démontre le tableau ci-dessous, réalisé à partir des données fournies par IQVIA[560]*.*

[TABLEAU CONFIDENTIEL]

Par ailleurs, comme le relève à juste titre l'auditorat, la gravité du comportement de Caudalie est renforcée par le fait qu'elle interdit en pratique aux membres de son réseau de distribution sélective d'avoir recours à toute une série de techniques promotionnelles pourtant tout à fait courantes, destinées à indiquer l'existence de promotions sur les produits qu'ils proposent à la vente (voy. le point 53 de la proposition de décision).

[556] Autorité belge de la concurrence, 28 mai 2019, *MediCare-Market c. Ordre des pharmaciens*, affaire n° CONC-I/O-16/0011, points 39 et 45.
[557] Autorité belge de la concurrence, 28 mai 2019, *MediCare-Market c. Ordre des pharmaciens*, affaire n° CONC-I/O-16/0011, point 44.
[558] Autorité belge de la concurrence, 28 mai 2019, *MediCare-Market c. Ordre des pharmaciens*, affaire n° CONC-I/O-16/0011
[559] Voy. Autorité belge de la concurrence, 15 octobre 2019, affaires n° CONC-P/K-10/0024 *et alii.*
[560] **Pièce J.**

C'est en réalité toute mention de l'existence même de la promotion que Caudalie cherche à empêcher. Une telle pratique constitue, aux yeux de la plaignante, une mesure totalement démesurée et excessive, qui ne pourrait en aucun cas être considérée comme une exigence pouvant légitimement être attachée à la mise en place d'un réseau de distribution sélective.

Newpharma pense dès lors important que Votre Collège dénonce spécifiquement l'illégalité de cet élément aggravant dans les motifs de sa décision à intervenir.

En effet, compte tenu des caractéristiques du marché pertinent, il est prévisible que la mise en place d'un réseau de distribution sélective dans lequel le fournisseur intervient régulièrement auprès de ses membres pour limiter des campagnes promotionnelles jugées, de manière tout à fait arbitraire, inadéquates, a pour effet immédiat d'inciter les pharmaciens à renoncer à toute diminution des prix appliqués sur les produits Caudalie.

IV. QUANT À LA SANCTION ENVISAGÉE

A. POSITION DE LA QUESTION

10. ***Amende de 10% de la valeur des ventes réalisées par Caudalie en Belgique. –*** *L'auditorat considère que le marché pertinent est le marché des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil-pharmaceutiques en Belgique (voy. le point 40 de la proposition de décision). L'auditorat rappelle toutefois que plusieurs distributeurs de Caudalie, présents en ligne, peuvent vendre les produits Caudalie à des consommateurs vivant en dehors de la Belgique (voy. le point 373 de la proposition de décision).*

L'auditorat propose que le comportement reproché à Caudalie soit sanctionné au moyen d'une amende représentant 10% du chiffre d'affaires réalisé en Belgique par le Groupe Caudalie durant l'année 2017, multiplié par trois années et trois mois, constituant la durée retenue du comportement infractionnel (voy. les points 365 à 379 de la proposition de décision). Sur cette base, l'auditorat suggère qu'une amende d'un montant de 859.310 euros soit infligée à Caudalie.

B. OBSERVATIONS DE NEWPHARMA

(i) Bref rappel des principes applicables

11. ***Sanctions pouvant être prononcées par l'ABC. –*** *Il ressort de la lecture combinée des articles VI.52, §1er, IV.79, §1er et IV.84, §1er du CDE que, si Votre Collège peut sanctionner les comportements infractionnels au moyen de l'imposition d'amendes, il dispose également de la possibilité de condamner la partie concerné à publier ou informer les différents membres d'une entente de la décision rendue afin de faire cesser la pratique attentatoire à la concurrence constatée*[561]*.*

[561] En ce sens, voy. Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit, Beslissing BMA-2020-V/M-28 van 28 augustus 2020, p. 44 ; Collège de la Concurrence de l'Autorité belge de la Concurrence, Décision n°ABC-2015-V/M-68 du 24 novembre 2015

Une telle mesure permet de s'assurer que le caractère illégal de l'entente soit clairement établi, ce qui présente une utilité particulièrement importante dans des domaines dans lesquels les membres de l'entente sont nombreux et non directement impliqués dans la procédure de sanction et/ou sont moins bien informés des implications pratiques découlant des règles et principes consacrés par le droit de la concurrence.

Par ailleurs, concernant plus spécifiquement le montant de l'amende que Votre Collège peut infliger, il est constant que la notion de « valeur des ventes » sur la base de laquelle celle-ci doit être fondée ne peut être circonscrite à la valeur des seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette infraction, mais doit être comprise comme visant les ventes réalisées sur le marché concerné par l'infraction.

L'objectif est en effet de retenir comme point de départ pour le calcul de l'amende infligée à une entreprise un montant qui reflète l'importance économique de l'infraction et le poids de cette entreprise dans celle-ci[562]*. Or, le législateur a eu l'occasion de souligner à cet égard qu'avant sa modification par l'article 3 de la loi du 2 mai 2019, l'article IV.84 du CDE avait pour conséquence « que, dans de nombreux dossiers, une amende tenant compte de la gravité et de la durée de l'infraction ne [pouvait] être infligée »*[563]*. Il importe en effet de prendre dûment compte de la modernisation des pratiques commerciales des entreprises, telles que la vente en ligne, de manière à ne pas négliger l'éclatement géographique de certaines activités.*

(ii) En l'espèce

12. ***Importance de la décision à intervenir. –*** *Il convient tout d'abord de souligner que, comme le constate l'auditorat, certains distributeurs sélectifs de Caudalie contribuent au contrôle qu'elle exerce sur les membres de son réseau. Il existe en effet un véritable mécanisme de dénonciation auprès d'elle de toute pratique promotionnelle dépassant le seuil toléré par Caudalie, ce qui confirme le caractère systémique du modèle qu'elle a mis en place (voy. not. les points 68 à 72 de la proposition de décision).*

Or, il a été rappelé ci-avant qu'un tel système présente un caractère particulièrement dommageable dans le domaine dermo-cosmétique, où le développement d'une concurrence par les prix et de la vente en ligne a longtemps été combattu par l'Ordre des pharmaciens et l'association pharmaceutique belge.

Plus que de se contenter de sanctionner un comportement passé, la décision que Votre Collège est amenée à adopter devra dès lors, aux yeux de Newpharma, être destinée à faire passer

relative au suivi de la Décision n° ABC-2015-V/M-23 du 27 juillet 2015, pp. 29 et s. ; Collège de la concurrence de l'Autorité belge de la concurrence, Décision n° ABC-2020-V/M-36 du 19 novembre 2020 en application de l'article IV.73 CDE, p. 155.

[562] C.J.U.E., 1er février 2018, *Künhe + Nagel International AG et al. v. Commission européenne*, aff. C-261/16 P, § 65 ; C.J.U.E., 1er février 2018, *Schenker Ltd v. Commission européenne*, aff. C-263/16 P , § 60 ; C.J.U.E., 1er février 2018, *Panalpina World Transport (Holding) Ltd et al. v. Commission européenne*, aff. C-271/16 P, § 30.

[563] *Doc. Parl.*, Ch. repr., session 2018-2019, doc. n° 3621/001, p. 42.

un message particulièrement limpide aux pharmaciens membres du réseau de distribution de Caudalie. En effet, seule une décision condamnant clairement l'imposition de prix de revente minimums et les excès de certaines interdictions promotionnelles imposées par Caudalie sera susceptible de changer la mentalité des membres de cette profession, seule autorisée à vendre les produits en cause.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Newpharma demandait, dans sa plainte du 27 novembre 2017, qu'il soit enjoint à Caudalie : (i) de publier la décision à intervenir sur son site Internet pendant six mois au moins, moyennant une référence visible sur la page d'accueil du site comportant un lien au texte intégral ; et (ii) d'aviser les membres de son réseau de distribution en Belgique de son contenu par un écrit contenant au minimum son dispositif et un lien à son texte intégral (40ème feuillet de la plainte).

A défaut de proposition en ce sens de la part de l'auditorat, Newpharma pense qu'il est d'autant plus important que l'amende à infliger, éclairée par ses motifs, soit de nature à faire passer un tel message.

13. ***Détermination du montant de l'amende. –*** *L'auditorat constate très justement que l'infraction commise par Caudalie est d'une particulière gravité (voy. les points 375 et s. de la proposition de décision). Cette évaluation est confirmée par ce qui est rappelé au point précédent des présentes observations.*

C'est également à juste titre que l'auditorat rappelle que « plusieurs distributeurs sélectifs de Caudalie présents en ligne sont directement concernés » (voy. point 373 de la proposition de décision) et que « ceux-ci peuvent vendre à n'importe quel consommateur belge, peu importe où il est situé, voire à des consommateurs vivant en dehors de la Belgique » (voy. le point 373 de la proposition de décision). L'auditorat souligne en outre que l'étendue géographique de l'infraction est « à tout le moins[564] *le territoire de la Belgique » (voy. le point 101 de la proposition de décision).*

Par ailleurs, l'auditorat constate également qu'« au moment des faits, c'est la société Caudalie SAS qui facturait et encaissait le chiffre d'affaires réalisé par les distributeurs agréés en Belgique et non Caudalie Belgique ». En raison de l'organisation juridique propre à Caudalie, le chiffre d'affaire concerné par la pratique infractionnelle est donc réparti géographiquement à tout le moins entre la Belgique et la France (voy. le point 23 de la proposition de décision).

Newpharma suppose que ces différents éléments ont bien été pris en compte par l'auditorat dans la détermination du montant de l'amende qu'il convient d'infliger à Caudalie. Ils justifient, en tous cas, que l'amende retenue présente un degré suffisant d'importance, dès

[564] Soulignement ajouté.

lors que les restrictions apportées aux ventes en ligne présentent généralement un impact économique substantiel.

C'est d'autant plus le cas qu'il a été constaté par l'auditorat que c'est en parfaite connaissance de cause que Caudalie a agi et que tout semble indiquer qu'elle n'entend pas se défaire de ses méthodes anti-concurrentielles, que la plaignante constate encore produire ses effets au jour de la rédaction des présentes conclusions.

Newpharma n'a, en effet, jamais eu l'opportunité de réintégrer le réseau de distribution sélective de Caudalie, ce qui lui est dommageable en termes de compétitivité et la conduit à une situation précaire vis-à-vis de la possibilité concrète de fournir des produits Caudalie à sa clientèle. Le caractère manifestement punitif de cette situation continue à retentir au sein du réseau de Caudalie comme un exemple des conséquences du non-respect de ses injonctions, pourtant illégales, concernant les prix de revente de ses produits.

Si la pratique anticoncurrentielle devait effectivement avoir cessé en 2018, Newpharma s'étonne de ne pas avoir pu redevenir distributeur officiel des produits Caudalie, alors qu'elle en était devenue un distributeur privilégié (voy. le point 79 de la proposition de décision). Mis à part le différend relatif à la politique tarifaire, rien ne justifie que leur relation commerciale n'ait pas repris.

Newpharma espère dès lors que Votre Collège saura choisir une sanction adaptée en vue non seulement de sanctionner le comportement infractionnel passé, dont l'existence a été parfaitement démontrée par l'auditorat, mais également, et c'est sans doute le plus important, afin d'écarter le risque de récidive, que tout indique être particulièrement élevé dans ce dossier.

V. Réplique de Caudalie

22. Le 19 février 2021, Caudalie a transmis au greffe du Collège de la concurrence la réplique suivante aux observations déposées le 22 janvier 2021 par Newpharma : «

1. INTRODUCTION

*1. Le présent document constitue la réplique de Caudalie Belgique SPRL, de Caudalie International SE Holding et de Caudalie SAS (**Caudalie**) aux observations de Newpharma (les **Observations**), déposées en date du 22 janvier 2021 dans le cadre du dossier CONC-P/K-17/0038 et CONC-P/K-18/0001 actuellement pendant devant le Collège de la Concurrence de l'Autorité belge de la Concurrence (**ABC**).*

2. À titre préliminaire, Caudalie souhaite indiquer qu'elle réfute fermement l'ensemble des allégations de Newpharma incluses dans ses Observations. A de rares exceptions près (voir, section 4 ci-dessous), les Observations de Newpharma sont soit sans fondement, soit sans pertinence, soit les deux. Par conséquent, Caudalie limitera sa réplique à certains points choisis.

3. En particulier, Caudalie rappellera la relation conflictuelle qui l'oppose à Newpharma depuis de nombreuses années et qui explique la volonté continue de Newpharma de lui nuire et de détourner la

procédure devant l'ABC à des fins commerciales (section 2). Caudalie répondra ensuite à l'argumentation de Newpharma quant à la durée de l'infraction alléguée (section 3). Enfin, Caudalie abordera le manque de concurrence sur le marché pharmaceutique qui, comme le confirment les Observations de Newpharma, ne peut être imputé à Caudalie (section 4).

2. NEWPHARMA CHERCHE À NUIRE À CAUDALIE ET À DÉTOURNER LA PROCÉDURE DEVANT L'ABC À DES FINS COMMERCIALES

4. Newpharma indique dans ses Observations qu'elle n'a pas d'intérêt à nuire à Caudalie[565]. Cette affirmation est toutefois démentie par la décision de Newpharma d'enregistrer à l'insu de Caudalie des conversations téléphoniques afin d'élaborer sa plainte. Cette affirmation est également contredite par l'ensemble de la section IV de ses Observations, dans laquelle Newpharma plaide pour un alourdissement des sanctions que l'Auditorat propose au Collège de la Concurrence d'infliger à Caudalie. Il appartient à l'Auditorat de proposer des sanctions s'il l'estime justifié et au Collège de décider ou non de les imposer. Newpharma est totalement étrangère à ce processus et n'a pas d'autre intérêt à exiger des sanctions plus lourdes que celui de nuire à Caudalie.

5. Plus globalement, les Observations de Newpharma s'inscrivent dans un conflit qui existe depuis plusieurs années entre Newpharma et Caudalie et qui est sans lien avec les règles de concurrence. Comme il sera expliqué ci-dessous (section 3), Newpharma se sert de la procédure devant l'ABC afin de contraindre Caudalie à la réintégrer à son réseau de distribution sélective, tout en méprisant les critères d'agrément de ce réseau et en portant atteinte à son intégrité.

3. DURÉE DE LA PÉRIODE INFRACTIONNELLE

6. Newpharma suggère dans ses Observations que l'infraction alléguée perdure jusqu'à ce jour[566]. Newpharma avance deux arguments à l'appui de sa position. D'une part, Newpharma rappelle qu'elle est toujours exclue du réseau de distribution de Caudalie et considère que son exclusion continue est «justifiée uniquement par une volonté de sanctionner ses campagnes promotionnelles passées »[567]. D'autre part, Newpharma affirme que les prix publics de deux des nombreux distributeurs de Caudalie révèlent l'existence d'une infraction dans le chef de cette dernière[568]. Ces allégations manquent en fait et en droit.

7. Caudalie a mis fin au contrat de distribution sélective de Newpharma en décembre 2017 en raison des manquements contractuels systématiques de Newpharma[569] . Contrairement à ce qu'avance Newpharma, Caudalie l'a informée des motifs de sa décision[570]. Il est frappant de constater que Newpharma présente son exclusion du réseau de distribution sélective de Caudalie comme s'il s'agissait, en soi, d'une infraction au droit de la concurrence, alors que Newpharma reconnait par ailleurs qu'elle viole de façon manifeste et continue le réseau de distribution sélective de Caudalie en persistant à vendre les produits de Caudalie en dehors de toute relation contractuelle[571].

---

[565] Observations, §6.
[566] Observations, §3.
[567] Observations, §3.
[568] Observations, §3.
[569] Voy., à ce sujet, les observations de Caudalie en réponse à la proposition de décision de l'Auditorat de l'ABC, section 3.3.
[570] Voy., à ce sujet, les observations de Caudalie en réponse à la proposition de décision de l'Auditorat de l'ABC, §152 et §155.
[571] Observations, §6 : « les produits Caudalie sont toujours disponibles sur son site Internet, Newpharma étant toutefois contrainte, pour ce faire, d'avoir recours à d'autres distributeurs faisant office de fournisseurs ».

8. Comme toute entreprise, Caudalie est libre de choisir ses partenaires commerciaux et de ne contracter qu'avec les distributeurs en lesquels elle peut raisonnablement avoir confiance. En l'occurrence, tant le mépris manifeste de Newpharma à l'égard de l'intégrité du réseau de distribution sélective de Caudalie que son intention affirmée de ne pas respecter les termes et conditions du contrat de distribution sélective justifient le choix de Caudalie de ne pas reprendre de relation contractuelle avec ce distributeur.

9. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que Newpharma, qui appartient au groupe Colruyt[572], dispose des ressources nécessaires pour poursuivre ses activités sans avoir besoin de vendre les produits de Caudalie, dont les parts de marché sont inférieures à [0-10]%[573].

10. Enfin, les arguments que Newpharma tente de dériver du prix de ses concurrents pour accuser Caudalie d'une infraction au droit de la concurrence sont inopérants en l'absence de la moindre preuve soutenant ses allégations. Il va de soi que quelques prix relevés par Newpharma sur le site de deux pharmacies concurrentes ne démontrent pas à eux seuls l'existence d'un quelconque accord anticoncurrentiel. En outre, d'autres produits Caudalie vendus par ces deux pharmacies affichent des différences de prix plus marquées[574]. Les allégations de Newpharma relèvent donc purement et simplement de la spéculation.

4. NEWPHARMA CONFIRME QUE LE MANQUE DE CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ NE PEUT ÊTRE IMPUTÉ À CAUDALIE

11. Newpharma reconnaît l'existence d'un manque de concurrence généralisé des prix dans le secteur de la pharmacie et de la parapharmacie. Dès le paragraphe 3 de ses Observations, Newpharma indique que les points de vente physiques sont « traditionnellement, moins favorables à l'application de réductions ». Newpharma ajoute, au paragraphe 9 :

> *« il est vrai que traditionnellement, la concurrence par les prix est faible entre les pharmaciens, notamment en raison des nombreuses interventions de l'Ordre des pharmaciens en ce sens. La volonté de l'Ordre de freiner le développement d'un tel type de concurrence sur le marché concerné a d'ailleurs été sanctionnée par l'Autorité belge de la Concurrence »[575].*

12. Caudalie confirme ce fait et constate que sa position et celle de Newpharma se rejoignent sur un point : le secteur de la pharmacie se caractérise de longue date par un manque de concurrence qui ne peut être imputé à Caudalie.

13. Caudalie s'oppose néanmoins à la déformation de certains de ses propos par Newpharma.

14. D'une part, contrairement à ce qu'allègue Newpharma, Caudalie n'affirme absolument pas qu'il n'existe pas « d'acteurs sur le marché de la dermo-cosmétologie dont le modèle est fondé sur la concurrence par les prix »[576]. En tant que fournisseur de produits haut de gamme, Caudalie a constaté que le prix n'était pas le facteur décisif dans la décision d'achat des consommateurs et fonde dès lors son

---

[572] Voy., https://www.colruytgroup.com/wps/portal/cg/en/home/brands.
[573] Voy., Observations de Caudalie en réponse à la proposition de décision de l'Auditorat de l'ABC, section 9.4.3.
[574] C'est notamment le cas [CONFIDENTIEL] (dernière vérification : le 15 février 2021).
[575] Observations, §9.
[576] Observations, §9.

modèle de concurrence sur des critères qualitatifs tels que l'accompagnement et le conseil [CONFIDENTIEL] et la présentation de ses produits. C'est sur ce point que Caudalie insiste dans ses observations en réponse à la proposition de décision de l'Auditorat de l'ABC. Il va de soi que d'autres acteurs sur le marché ont choisi un autre modèle, tout aussi légitime que celui adopté par Caudalie, pour vendre leurs produits.

15. D'autre part, Caudalie n'affirme pas non plus que « sans l'intervention de Caudalie, il n'existerait pas de concurrence sur les prix concernant les produits dermo-cosmétiques »[577]. Caudalie soutient en revanche que le manque de concurrence existant sur le marché des produits dermo-cosmétiques ne peut lui être reproché. Ce manque de concurrence de longue date est voulu par les pharmaciens eux-mêmes, par le biais notamment de l'Ordre des pharmaciens.

16. Enfin, c'est également à tort que Newpharma « pense » que la différence entre les parts de marché de Caudalie en ligne et en officine explique la soi-disant « réticence de Caudalie à laisser se développer les acteurs présents en ligne »14. Cette différence n'est pas due à une quelconque réticence mais bien au positionnement qualitatif des produits de Caudalie. Les consommateurs qui se rendent en officine ont la possibilité de tester les produits de Caudalie et bénéficient [CONFIDENTIEL], ainsi que l'exige le contrat de distribution de Caudalie. Il n'est dès lors par étonnant que les produits de Caudalie se vendent mieux en officine que sur Internet, étant d'ailleurs précisé que de nombreux pharmaciens ne sont pas présents sur Internet.

5. CONCLUSION

17. Les Observations de Newpharma doivent être ignorées en ce qu'elles ne sont pour l'essentiel ni fondées ni pertinentes pour la décision finale du Collège de la concurrence de l'ABC. En outre, elles déforment non seulement la réalité de la relation entre Newpharma et Caudalie mais également la position de Caudalie dans sa réponse à la proposition de décision de l'Auditorat de l'ABC. »

VI. L'analyse du Collège de la concurrence

VI.1 Saisine de l'autorité et entreprises visées

VI.1.1 Saisine de l'autorité

23. Le Collège constate que la Proposition de décision de l'auditeur porte sur deux affaires enregistrées sous les numéros CONC-P/K-17/0038 et CONC-P/K-18/0001 concernant des plaintes de l'entreprise Newpharma, pharmacie disposant d'un site internet sur lequel sont vendus des médicaments non soumis à prescription et des produits de parapharmacie, et de l'entreprise Pharmasimple, qui est une parapharmacie en ligne.

24. Cette décision clôture les deux dossiers.

VI.1.2 Entreprises visées

25. Le Collège prend acte du fait que l'auditeur a décidé de poursuivre et de proposer l'imposition d'une amende uniquement aux sociétés faisant partie du groupe Caudalie définies au par. 4 de la Proposition de décision pour les raisons qu'il a développées aux pars. 5-18 et 23-28 de la Proposition de décision.

[577] Observations, §9.

26. Les droits belge et européen de la concurrence visent les activités des entreprises, et la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité[578].

27. Lorsqu'une entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction. Le Collège confirme la thèse de l'auditeur que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère lorsque la société mère exerce une influence décisive sur sa filiale, notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché. Dans une telle situation, la société mère et sa filiale faisant partie d'une même unité économique et formant ainsi une seule entreprise au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE, l'autorité de concurrence peut adresser une décision imposant des amendes à la société mère sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction[579].

28. Le Collège décide conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice que lorsque la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère, l'autorité de concurrence peut présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale. Elle peut par la suite considérer la société mère comme tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché[580]. Et lorsque plusieurs personnes juridiques peuvent être tenues responsables pour la participation à une infraction de la même entreprise, elles doivent être considérées comme solidairement responsables de cette infraction.

29. Le Collège constate qu'il apparaît de l'instruction par l'auditeur que la plupart des comportements décrits ci-dessous sont le fait d'employés et de dirigeants responsables de la société Caudalie Belgique SRL (ci-après « Caudalie Belgique »). Celle-ci a donc participé directement à l'infraction et est, dès lors, à ce titre, destinataire de la présente décision.

30. Caudalie SAS est la société avec laquelle le contrat de distribution sélective est conclu[581]. L'auditeur a constaté que ce sont les employés de Caudalie SAS qui se sont chargés de la veille des sites internet situés en Belgique[582]. Cette veille porte entre autres sur l'absence d'initiative promotionnelle dépréciant l'image de marque et, notamment, l'absence d'affichage du taux de ristournes appliqué par les sites internet. Et c'est Caudalie SAS qui a adressé à Caudalie Belgique la liste des points de vente à fermer pour non-respect du contrat[583]. Ceci démontre bien selon le Collège l'implication de la société Caudalie SAS. La société Caudalie SAS est dès lors destinataire de la présente décision.

---

[578] CJUE, arrêt du 13 juin 2013 , C-511/11 P, *Versalis*, par. 51.

[579] Voy. notamment CJUE, arrêt du 10 septembre 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*, pars. 56 et 58-59 ; CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, pars. 37-39 et CJUE, arrêt du 29 septembre 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine*, pars. 53-55.

[580] CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, C-440/11P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, par. 41.

[581] Voy. notamment les documents I.A4, I.A5, II.G3, II.G4, III.4.B4 à III.4.B22 et III.8.C3.

[582] Voy. notamment les documents IV.44, V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106.Voy. aussi le par. 42 de la Proposition de décision.

[583] Voy. notamment les documents V.B.101, V.B.102, V.B.103 et V.B.106. Voir aussi les autres éléments énoncés au par. 24 de la proposition de décision

31. Caudalie Belgique SRL était durant les périodes de l'infraction détenue à [CONFIDENTIEL]% par Caudalie International SE Holding, soit quasi-totalement[584]. Il existe dès lors un contrôle de droit, présumé de manière irréfragable, de Caudalie Belgique par Caudalie International SE Holding au sens du droit des sociétés. En effet, le Code des sociétés et des associations prévoit que « *Le contrôle est de droit et présumé de manière irréfragable: 1° lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou autres titres de la société en cause* »[585]. Et durant les périodes de l'infraction, Caudalie SAS était détenue à [CONFIDENTIEL]% par Caudalie International SE Holding, soit quasi-totalement. Par conséquent, Caudalie International SE Holding est présumée avoir exercé une influence décisive sur Caudalie Belgique SRL et sur Caudalie SAS[586]. Le Collège constate que Caudalie nie que les reproches à Caudalie en Belgique peuvent être imputés à Caudalie International SE Holding, sans apporter de preuve réfutant cette présomption à suffisance de droit[587]. La société Caudalie International SE Holding est dès lors également, en sa qualité de société mère de Caudalie Belgique SRL et de Caudalie SAS, destinataire de la présente décision.

VI.2 Admissibilité d'éléments de preuve et composition du dossier d'instruction

VI.2.1 Rappel de quelques principes généraux

32. Le Collège rappelle, tel que l'auditeur l'a fait valoir dans sa Proposition de décision[588], qu'il est, conformément à une jurisprudence constante, nécessaire pour établir l'existence d'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de faire état de preuves sérieuses, précises et concordantes[589]. Il résulte toutefois aussi de cette jurisprudence qu'il n'est pas indispensable que chacune des preuves apportées réponde à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqués, apprécié globalement, réponde à cette exigence[590]. Différents éléments de preuve peuvent ainsi se renforcer mutuellement[591]. La jurisprudence constate également que, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer la preuve d'une violation des règles de la concurrence[592].

33. La jurisprudence reconnait expressément que l'autorité de concurrence peut tenir compte d'éléments établis en dehors de la période d'infraction, si ces éléments font partie du faisceau d'indices qu'elle invoque afin de prouver ladite infraction et qu'ainsi, elle peut se prévaloir de circonstances factuelles

[584] Voy. document II.ZE2, en particulier l'annexe 1.
[585] Art. 1 :14, § 2, 1°, du Code des sociétés et des associations.
[586] Voy. document II.ZE2, en particulier l'annexe 1.
[587] Voir aussi les pars. 26-28 de la Proposition de décision.
[588] Voy. les pars. 218-223 de la Proposition de décision.
[589] Voy. notamment, CJUE, arrêt du 14 mai 2020, C-607/18 P, *NKT Verwaltungs GmbH*, par. 180 ; CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, C‑613/13 P, *Keramag Keramische Werke GmbH*, par. 52 ; CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, C‑239/11 P *et alii*, *Siemens*, par. 133 ; CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, *Knauf*, par. 47 ; TUE arrêt du 7 novembre 2019, T‑240/17, *Campine*, par.109 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T‑472/13, *Lundbeck*, par. 109.
[590] Voy. la note précédente et aussi TUE, arrêt du 7 novembre 2019, T‑240/17, *Campine*, par.110 ; TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, *Pometon*, par. 110 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish*, par. 92 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T‑472/13, *Lundbeck*, par. 110.
[591] Voy. notamment TUE, arrêt du 29 février 2016, T‑264/12, *UTI Worldwide*, par. 39 ; TUE, arrêt du 21 mai 2014, T‑519/09, *Toshiba*, par. 93 ; TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, *Ordre national des pharmaciens*, par. 56.
[592] Voy. notamment CJUE, arrêt du 1er juillet 2010, C 407/08 P, *Knauf*, par. 49 ; TUE, arrêt du 12 juillet 2018, T‑449/14, *Nexans*, par. 122 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish*, par. 94.

antérieures à un comportement anticoncurrentiel pour confirmer le contenu d'un élément objectif de preuve[593].

34. La crédibilité et donc la valeur probante d'un document dépendent de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu. Ainsi, il convient d'accorder une importance particulière aux documents qui ont été établis en liaison immédiate avec les faits ou par un témoin direct de ces faits[594].

35. Le Collège rappelle en outre qu'il résulte de la jurisprudence Antigone de la Cour de cassation, contrairement à la lecture de Caudalie[595], que : *« la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement : - soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ; - soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ; - soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable*.[596] » Et la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant de la question de savoir si, dans un contexte pénal, un élément de preuve illégalement obtenu prive un accusé d'un procès équitable et emporte violation de l'article 6 de la CEDH, a considéré que : « *Si la [CEDH] garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national […] La Cour rappelle par ailleurs que, par le passé, elle a déjà eu l'occasion de déclarer que l'utilisation d'un enregistrement illégal, et de surcroît comme unique élément de preuve, ne se heurte pas en soi aux principes d'équité consacrés par l'article 6, [paragraphe 1, de la CEDH], y compris lorsque cet élément a été obtenu en violation des exigences de la [CEDH], en particulier celles de [son article 8…]* »[597].

VI.2.2 Usage d'enregistrements de communications téléphoniques

VI.2.2.a Arguments de Caudalie

36. Caudalie fait valoir, en substance, que l'utilisation d'enregistrements de communications téléphoniques violerait son droit à un procès équitable, consacré notamment à l'article 6 CEDH car ces pièces auraient été obtenues illégalement et en violation de son droit au respect de la vie privée, consacré notamment à l'article 8 CEDH. Caudalie considère à cet égard que les enregistrements ont été réalisés dans l'objectif manifeste de piéger Caudalie et en conclut que ces atteintes graves vicient intégralement les poursuites et justifient la fin de la procédure.

---

[593] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, *Pometon*, par. 113 et TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, *FSL Holdings*, par. 178. .

[594] Voy. notamment TUE, arrêt du 28 mars 2019, T‑433/16, *Pometon*, pars. 116-117 ; TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, *Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG*, pars. 73 et 77 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish*, par. 95 ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, *FSL Holdings*, par. 183.

[595] Observations écrites de Caudalie du 22 janvier 2021 (ci-après les Observations écrites de Caudalie), pars. 3 et 13.

[596] Cass., 14 octobre 2003, P.003.0762.N. par cet arrêt, la Cour de cassation a renversé sa jurisprudence antérieure qui consistait à écarter toute preuve recueillie de manière illégale. La jurisprudence antérieure est généralement reliée à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1923, *Pas*., 1924, I, p. 66.

[597] Cour EDH, 26 avril 2007, Popescu c. Roumanie, CE:ECHR:2007:0426JUD007152501, par. 106 ; TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, Goldfish, par. 54.

37. Les pièces en cause sont deux enregistrements de communications électroniques entre Caudalie et Newpharma[598]. La première porte sur une conversation téléphonique qui aurait eu lieu entre [Monsieur T] de Newpharma et [Monsieur B] de Caudalie en date du 18 octobre 2016. La seconde porte sur une conversation téléphonique qui aurait eu lieu entre [Madame U] de Newpharma et [Madame E] de Caudalie en date du 17 novembre 2017.

38. Caudalie reconnait avoir pris connaissance de ces pièces lors de la prise de connaissance de la communication des griefs mais n'avoir jamais autorisé leur utilisation[599].

39. Caudalie fait valoir que le droit au respect de la vie privée tel que consacré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation belge, s'oppose à la transmission de ces communications à une autorité de concurrence et à l'utilisation de ces communications par l'autorité, et qu'aucune disposition législative belge n'autorise Newpharma à procéder à de tels enregistrements et à les divulguer.

40. Elle considère l'utilisation de ces enregistrements contraire au droit à un procès équitable de Caudalie, ce qui entrainerait selon Caudalie le fait que les conditions de la jurisprudence Antigone sont remplies et, par conséquent, que ces preuves ne peuvent être utilisées.

41. De l'avis de Caudalie, ces preuves ont été obtenues en violation de l'obligation du principe de loyauté dans la recherche et l'administration des preuves, qui constituerait un principe général de droit. Caudalie renvoie à cet égard à l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2007600, ainsi qu'à deux arrêts de la Cour de cassation française, et elle fait valoir que, vu que ce principe découle du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH, il devrait être appliqué également en Belgique.

42. Caudalie fait en outre remarquer que l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques interdit de « prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement », de stocker ces données et d'en faire un usage quelconque, à moins d'obtenir le consentement de « toutes les personnes directement ou indirectement concernées » et que, si une exception existe pour les actes accomplis par les agents habilités par le ministre qui a l'économie dans ses attributions, celle-ci ne porte pas sur l'écoute de communications[601]. Pour Caudalie, permettre l'utilisation d'enregistrements téléphoniques communiqués par Newpharma aurait pour conséquence que l'ABC puisse « *éviter l'application de [l'article 124 de la loi du 13 juin 2005] dans le cadre de ses missions en s'appuyant sur un tiers particulièrement intéressé, le plaignant, sans offrir la moindre garantie procédurale à l'entreprise poursuivie* »[602].

43. Caudalie conteste aussi que la conversation entre Messieurs [B] et [T] du 18 octobre 2016 puisse démontrer l'intention d'imposer un prix minimum par Caudalie[603].

44. Caudalie conclut de l'ensemble des éléments que, vu l'illégalité de ces enregistrements et la violation du droit à un procès équitable au vu de leur utilisation, ceux-ci ne peuvent être utilisés. Par ailleurs,

[598] Observations écrites de Caudalie, par. 4.
[599] Observations écrites de Caudalie, par. 9.
[600] Voy. Observations écrites de Caudalie, par. 49.
[601] Voy. pars. 46-47 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs et par. 73 des Observations écrites de Caudalie.
[602] Par. 50 de la réponse de Caudalie à la communication des griefs.
[603] Observations écrites de Caudalie, pars. 33-35.

Caudalie estime que, au vu de l'importance attribuée à ces enregistrements par l'auditorat, leur illégalité imposerait l'abandon des poursuites à l'encontre de Caudalie. A titre subsidiaire, elle estime que les enregistrements ainsi que toute pièce ou document de procédure se basant sur ces enregistrements devront à tout le moins être écartés et détruits.

VI.2.2.b Décision du Collège

45. Le Collège fait observer en premier lieu avec l'auditeur[604] que, conformément à une jurisprudence constante concernant les moyens de preuve qui peuvent être invoqués concernant une infraction au droit de la concurrence, le principe qui prévaut est celui de la libre administration des preuves[605]. Le seul critère pertinent pour apprécier la valeur probante des différents éléments de preuve réside dans leur crédibilité[606]. Le Tribunal de l'Union européenne a déjà mis en avant la nécessité d'éviter de rendre insoutenable la charge de la preuve de la Commission, au motif que cela serait incompatible avec sa mission de surveillance de la bonne application du droit de la concurrence, attribuée par les traités[607].

46. Le Collège rappelle aussi avec l'auditeur que la Cour de cassation belge a jugé dans un arrêt du 9 septembre 2008 que « Nonobstant la protection des communications privées prévue à ces dispositions conventionnelles, le seul fait d'enregistrer une telle conversation à laquelle on participe soi-même, n'est pas illicite même si cet enregistrement est fait à l'insu des autres participants »[608]. Et la Cour a jugé dans son arrêt du 17 novembre 2015 : « Ni l'article 8.1 de la Convention, ni l'article 314bis du Code pénal n'interdisent le simple enregistrement d'une conversation par un participant à cette conversation à l'insu des autres participants »[609].

47. Le Collège constate que l'autorité a obtenu ces éléments de preuve régulièrement conformément à l'article IV.41, §3 al.3 CDE applicable au moment des faits, qui dispose que les membres du personnel de l'ABC « *recueillent tous renseignements, reçoivent toutes dépositions ou tous témoignages écrits ou oraux, se font communiquer, quel qu'en soit le détenteur, tous documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie et procèdent sur place aux constatations nécessaires.* »[610]. Le Collège constate qu'il apparait du dossier que l'équipe d'instruction a reçu des documents ou éléments d'information de la part du plaignant, ce qui est conforme à l'article IV.41, §3 al.3 CDE, et donc dans l'exercice d'un pouvoir d'instruction accordé par des dispositions d'ordre public. Il s'agit par ailleurs de transcriptions de conversations et non pas d'écoutes téléphoniques ou Enregistrements Secrets par l'équipe d'instruction[611].

48. Le Collège ne peut pas accepter que l'utilisation de pièces régulièrement obtenues nécessite l'accord de l'entreprise concernée.

---

[604] Pars. 154-156 de la Proposition de décision.
[605] Voy. notamment TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, *Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG*, par. 71 ; TUE, arrêt du 29 février 2016, T‑264/12, *UTI Worldwide*, par. 38 et TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, *FSL Holdings*, par. 182.
[606] Voy. notamment TUE, arrêt du 13 juillet 2018, T-58/14, *Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG*, par. 72 et TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish*, par. 95.
[607] Voy. notamment TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish* ; TUE, arrêt du 16 juin 2015, T 655/11, FSL Holdings, par. 182 et TUE, arrêt du 11 juillet 2014, T‑541/08, *Sasso*l, par. 234.
[608] Cass., 9 septembre 2008, N° P.08.0276.N.
[609] Cass., 17 novembre 2015, P.15.0880.N. Voy. également Cass. 8 janvier 2014 P.13.1935.F
[610] Voy. l'actuel article IV.40 par. 2, al. 3 CDE
[611] Contrairement au par. 19 des Observations écrites de Caudalie.

49. Et comme l'auditorat de l'ABC a obtenu les transcriptions dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction conformément à l'article IV.41, §3 al.3 CDE, le Collège partage l'opinion de l'auditeur que l'allégation de violation de l'article 124 de la loi 13 juin 2005 doit être écartée. Il décide que les actes d'instruction sont à tout le moins couverts par l'exception prévue à l'article 125 § 1, 5° /1 de la loi du 13 juin 2005 qui s'applique également aux agents de l'ABC. Car, contrairement à ce que Caudalie allègue, les termes « *et ne concernent pas l'écoute de communications* » (en néerlandais: « *en niet het afluisteren van communicaties betreffen* ») portent uniquement sur l'interception à leur insu de communications entre tiers ou l'usage ou communication de communications illégalement interceptées ou enregistrées, ce qui est attesté par le renvoi aux articles 259bis et 314bis du Code pénal[612].

50. Au sujet des conversations téléphoniques de Newpharma et la question de savoir si à l'occurrence leur *utilisation* pourrait constituer une atteinte à l'article 8 CEDH, le Collège rappelle qu'il y a lieu d'apprécier si l'utilisation constitue une atteinte à l'article 8 CEDH en recourant notamment au critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée des participants à la conversation ou de l'objectif poursuivi par l'utilisation de l'enregistrement en ayant égard, à cet effet, notamment à la teneur de la conversation, aux circonstances dans lesquelles elle a eu lieu, à la qualité des participants et à la qualité du destinataire de l'enregistrement[613]. Le Collège constate avec l'auditeur[614] que le contenu des conversations est de nature purement professionnelle et est relative aux relations commerciales entre respectivement un fournisseur et son distributeur sélectif. En outre, l'enregistrement des conversations téléphoniques a été transmis à une autorité publique dont les membres sont tenus au secret professionnel615 et qui est chargée d'assurer le respect de règles d'ordre public dans le cadre d'une procédure assurant le respect des droits de la défense des entreprises concernées. Le Collège rappelle que la Cour des marchés a admis dans son arrêt Brabomills explicitement que des contacts téléphoniques soient utilisés comme preuve[616].

51. Au vu de ce qui précède, le Collège conclut avec l'auditeur que la réception et l'utilisation des enregistrements en cause ont respecté les dispositions pertinentes du livre IV du CDE et l'article 8 CEDH eu égard à la jurisprudence belge.

52. Le Collège décide en outre que l'usage de preuves légalement obtenues et utilisées dans le respect de l'article 8 CEDH, auxquelles la défenderesse a eu accès pour la préparation de ses réponses à la Communication des griefs et à la Proposition de décision, et dont elle n'a pas remis en cause le contenu ni l'authenticité[617], ne peut être considéré comme portant atteinte au droit de Caudalie à un procès

---

[612] Les termes « écoute de communications » / « afluisteren van communicaties » renvoient à la terminologie utilisée par les articles 259bis et 314bis du Code pénal insérés initialement par la loi du 30 juin 1994 (*M.B*. 24 janvier 1995) et donc avant leur replacement par la loi du 25 décembre 2016 (*M.B*. 17 janvier 2017). Or, l'exposé des motifs de la loi du 30 juin 1994 déclare : « *il peut uniquement être question d'écoute punissable lorsque l'interception a lieu pendant la transmission, c'est-à-dire sur le trajet entre l'émetteur et le récepteur. Par conséquent, la soustraction ou la prise de connaissance du résultat d'une transmission de données (par exemple, le texte imprimé d'un massage télécopie ou le message « electronic mail » mis en mémoire chez le destinataire) ne sont pas comprises dans cette incrimination* » (Doc. Parl. Sénat 1992-93, nr. 843/1, p.6). De même, l'écoute d'un enregistrement d'une communication téléphonique ne tombe dans les termes « écoute de communications » / « afluisteren van communicaties » au sens de l'article 125 de la loi du 13 juin 2005.

[613] Cass., 9 décembre 2008, P.08.0276.N ; et et 17 novembre 2015, P.15.0880.N. Voy. aussi les Observations écrites de Newpharma du 22 janvier 2021, p. 11.

[614] Par. 161 de la Proposition de décision.

[615] Voy. l'article IV.34 CDE applicable au moment des faits, actuellement article IV.32 § 1er CDE.

[616] Voy. Cour des marchés, arrêt du 12 mars 2014, 2013MR6, *Brabomills – E*, pp. 25-27.

[617] Comp. TUE, arrêt du 8 septembre 2016, T-54/14, *Goldfish*, par. 69.

équitable au sens de l'article 6 CEDH. Il fait observer que la jurisprudence mentionnée dans les paragraphes précédents de cette décision concerne spécifiquement l'usage d'enregistrements ou de leur transcription, tandis que les arrêts de la Cour de cassation belge auxquels Caudalie fait référence concernent des faits et contextes différents[618], et que des actes de procédure doivent être appréciés dans leur propre contexte juridique.

53. Le Collège constate toutefois qu'il n'apparaît pas avec la clarté requise que la transcription de la conversation entre Messieurs [B] et [T] du 18 octobre 2016 démontre que Monsieur [B] ait exigé dans cette conversation que Newpharma respecte un prix minimum[619]. Le Collège retient cet élément uniquement comme preuve des efforts de Caudalie de faire respecter des clauses contractuelles qui ne sont en soi pas contraires au droit de la concurrence, mais qui, dans le contexte de l'ensemble des éléments de preuve, sont de nature à faciliter l'imposition d'une pratique anti-concurrentielle.

54. Le Collège fait observer aussi, à titre tout à fait subsidiaire, que même au cas où l'obtention ou l'usage d'un élément de preuve seraient entachés d'une illégalité, il résulte de ce qui suivra que les deux enregistrements de conversations téléphoniques ne sont pas les seules preuves qui ont été retenues comme preuve des infractions qui ont fait l'objet des griefs[620]. Et il fait remarquer que l'auditeur général peut décider d'ouvrir un dossier et demander un mandat de perquisition sur base d'indications sans que ces indications aient en soi force de preuve.

VI.2.3 Composition du dossier d'instruction

VI.2.3.a Arguments de Caudalie[621]

55. Caudalie relève que l'ensemble des pièces saisies lors des perquisitions effectuées dans les locaux de Caudalie SAS en France ne se retrouve pas dans le dossier d'instruction établi par l'ABC et que les saisies informatiques figurant dans le dossier d'instruction ne constituent qu'une fraction des pièces saisies en France.

56. L'auditeur confirme qu'un tri des documents transmis par l'Autorité française a été effectué par l'ABC[622]. Le directeur des affaires juridiques a toutefois fait remarquer en audience que ce tri concernait les pièces que l'auditorat utiliserait pour l'instruction, et qui n'est pas à confondre avec le tri des documents in-or-out-of-scope et l'élimination des pièces faisant l'objet d'un privilège légal auxquels avait déjà procédé l'Autorité française qui auraient uniquement pu faire l'objet d'un recours devant les juridictions françaises.

57. Caudalie fait valoir qu'il y aurait violation du CDE, en particulier de l'article IV.46, §1er CDE qui prévoit que l'auditorat donne accès aux parties incriminées à toutes les versions non confidentielles des documents et données du dossier d'instruction, celui-ci comprenant, aux termes de l'article IV.42 CDE, tous les documents et données qui ont été reçus, obtenus, copiés, produits ou recueillis au cours de

[618] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 43-59.
[619] Voy. les Observations écrites de Caudalie, pars. 33-35.
[620] Des listes d'éléments de preuve mentionnés par l'auditeur dans les pars. 56-76, 83-92, 100 et 227 de la Proposition de décision et dont le Collège a pu prendre connaissance dans le dossier de procédure, seuls les pars. 63 (une conversation téléphonique et 4 pièces dont 3 qui ont été saisies lors de la perquisition en Belgique), 81 (une conversation téléphonique et 3 pièces qui ont été saisies lors de la perquisition en Belgique) et 87 (une conversation téléphonique et 6 pièces dont une seule a été saisie lors de la perquisition en France) contiennent des références à des enregistrements de communications téléphoniques. Voy. aussi le par. 106 de la Proposition de décision.
[621] Observations écrites de Caudalie, pars 88-131.
[622] Par. 120 de la Proposition de décision.

l'instruction, ainsi que tous les documents qui sont rédigés par ou à la requête de l'ABC, à l'exception des documents et données qui ont été écartés en application de l'article IV.40, § 6.

58. Caudalie fait valoir que ses droits de la défense et à un procès équitable sont violés, car les pièces n'apparaissant pas dans le dossier d'instruction ont été saisies chez Caudalie SAS et non chez Caudalie Belgique et que Caudalie Belgique ne peut dépendre de la bonne volonté de Caudalie SAS pour se défendre.

59. Caudalie conteste la légalité du tri effectué par l'ABC sur pièces saisies en France[623]. Elle n'aurait pas pu assister au tri par l'Auditorat et donc ni pu vérifier quelles pièces saisies en France avaient fait l'objet du tri par l'ABC, ni pu vérifier qu'il n'y avait pas d'autres documents à décharge.

60. Pour ces raisons, Caudalie conclut qu'il convient d'abandonner les poursuites.

VI.2.3.b Décision du Collège

61. Le Collège constate que des perquisitions ont été menées dans les locaux de Caudalie Belgique par l'ABC et dans les locaux de Caudalie SAS par l'Autorité française de la concurrence, à la suite d'une demande d'assistance de l'ABC sur base de l'article 22, § 1er du règlement 1/2003. Ainsi que le prévoit le règlement 1/2003, chaque autorité applique sa procédure en matière de perquisitions. La perquisition par l'Autorité française a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris validant les perquisitions[624]. Il n'est pas contesté que Caudalie a reçu à l'issue des perquisitions, tant en France qu'en Belgique, une copie et/ou une liste de l'entièreté des documents saisis. L'auditeur a adopté, le 12 novembre 2020, une décision sur base de l'article IV.40 § 6 CDE visant à restituer les pièces informatiques saisies par l'Autorité française de la Concurrence, à l'exception des 107 pièces reprises dans le dossier d'instruction accompagnant la communication des griefs[625]. Et l'Auditeur a joint à la Proposition de décision la liste des documents saisis[626].

62. L'équipe d'instruction a utilisé le même logiciel que celui utilisé lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Caudalie Belgique et a fait usage de la liste de mots-clés utilisée dans ce cadre[627]. Il n'est pas contesté que les pièces retenues à la suite de cette sélection sont celles qui figurent dans le dossier d'instruction. Le Collège constate par ailleurs que Caudalie ne conteste pas la méthode utilisée mais conteste le fait que les pièces non-retenues ne se trouvent pas dans le dossier d'instruction et qu'elle a uniquement été informée du tri effectué sur les pièces saisies lors de la perquisition en France sans la possibilité de se prononcer sur la sélection en temps utile.

63. Le Collège décide qu'il fait partie des bonnes pratiques d'instruction de procéder à un tri informatique avec l'usage de mot clés[628].

64. Il constate que Caudalie a disposé, bien avant d'avoir reçu la Communication des griefs, d'une liste complète des documents saisis, y compris des documents qui n'ont pas été retenus pour la composition

---

[623] Observations écrites de Caudalie, pars 93-112.
[624] Voy. document V.0 reprenant l'ordonnance du 19 juin 2019 de la Cour d'appel de Paris. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Cassation française du 17 février 2021 rejetant un recours concernant l'utilisation de pièces saisies dans le cadre de cette perquisition dans l'instruction d'un dossier de l'Autorité française de concurrence.
[625] Voy. document II.ZZL2. Voy. également document II.ZZM.
[626] Voy. document V.5.
[627] Voy. document IV.0G.
[628] Voy. *Lignes directrices de l'ABC dans le cadre des procédures de perquisition,* 9 décembre 2015, https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20131217_guidelines_perquisitions.pdf

du dossier d'instruction. Il n'est pas contesté qu'il s'agit sans exceptions de pièces dans la possession de Caudalie. Elle connait le résultat du tri effectué sur les pièces saisies lors de la perquisition en France depuis la réception de la Communication des griefs le 29 mai 2020[629]. Le délai de réponse a été prolongé à deux reprises à plus de trois mois et trois semaines[630]. Caudalie était dès lors en mesure de demander que des pièces soient ajoutées au dossier en temps utile pour préparer ses réponses à la Communication des griefs et à la Proposition de décision.

65. Le Collège rappelle qu'il considère le groupe Caudalie comme constituant une entité économique au sens du droit de la concurrence. Il appartenait au groupe d'organiser sa défense. Les trois entreprises ont d'ailleurs répondu ensemble à la Communication des griefs[631] et à la Proposition de décision.

66. Le Collège décide pour ces raisons que le tri effectué des documents reçus après la perquisition en France n'entraine pas une atteinte au droit de Caudalie à un procès équitable ni à ses droits de la défense.

67. Le Collège constate toutefois que le tri informatique des documents saisis lors de la perquisition en France et transmis à l'ABC a eu lieu sans la présence d'un représentant de Caudalie, contrairement à la procédure qui a été suivie pour les documents saisis lors de la perquisition en Belgique et prévue dans les lignes directrices pour les perquisition en Belgique[632]. Le Collège fait observer, à titre tout à fait subsidiaire, que même au cas où l'usage d'un élément de preuve serait entaché d'une illégalité, il résulte de ce qui suivra que les pièces saisies lors de la perquisition en France ne sont pas les seules preuves qui ont été retenues comme preuve des infractions qui ont fait l'objet des griefs[633]. Et le Collège ne considère pas crédible qu'il puisse y avoir eu parmi les pièces saisies en France qui ne figurent pas dans le dossier de procédure, des éléments à décharge contredisant des pièces saisies en Belgique avec des arguments que Caudalie n'ait pas pu développer en prenant connaissance des pièces utilisées par l'auditorat et sur base de sa connaissance de son entreprise.

68. Le Collège, l'instance avec la compétence d'infliger des amendes, fait par ailleurs observer qu'il prend, conformément à l'article IV.46, §4 CDE, uniquement connaissance du dossier de procédure qui doit contenir, conformément à l'article IV.42, §2 CDE, les documents et données du dossier d'instruction sur lesquels l'auditeur s'appuie dans sa proposition de décision.

VI.3 Les produits concernés et la politique commerciale de Caudalie

69. Le Collège se réfère pour la description des produits concernés, de l'organisation juridique de la distribution de Caudalie et de sa politique commerciale aux pars. 37-46 de la Proposition de décision et

[629] Voy. Observations écrites de Caudalie, par. 89.
[630] Voy.doc. II.ZZG.
[631] Voy. doc. II.ZZH3.
[632] Voy. par. 110 des Observations écrites de Caudalie ; et *Lignes directrices de l'ABC dans le cadre des procédures de perquisition,* 9 décembre 2015, https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20131217_guidelines_perquisitions.pdf
[633] Des listes d'éléments de preuve mentionnés par l'auditeur dans les pars. 56-76, 83-92, 100 et 227 de la Proposition de décision et dont le Collège a pu prendre connaissance dans le dossier de procédure, les pars. 56 (3 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 57 (4 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 58 (3 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 59 (9 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 64 (8 pièces dont 6 saisies lors de la perquisition en France),), 72 (5 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 74 (7 pièces dont 4 saisies lors de la perquisition en France), 83 (2 pièces saisies lors de la perquisition en France), (3 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 87 (9 pièces dont une saisie lors de la perquisition en France), 95 (une pièce saisie lors de la perquisition en France), 100 (9 pièces dont 3 saisies lors de la perquisition en France) et 227 (11 pièces dont 4 ont uniquement été saisies lors de la perquisition en France), contiennent des références à des pièces saisies lors de la perquisition en France.

aux pars. 132-142 des Observations écrites de Caudalie. Cette décision concerne la distribution sélective et les ventes en ligne de produits cosmétiques. Eu égard à la qualification par le Collège des pratiques qui font l'objet de cette décision comme des infractions caractérisées, le Collège ne le considère pas nécessaire de donner une définition du marché à prendre en considération. Caudalie a confirmé en audience que le réseau de distribution sélective ne couvre pas tous les Etats membres de l'UE.

70. Le Collège constate qu'en vue d'assurer son image de luxe, Caudalie distribue ses produits via un réseau de distribution sélective qui doit respecter des interdictions, telle que l'interdiction d'étiquette sur la face avant du produit et d'affiche comportant les mots tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés » ou encore « remise x% »[634]. La vente en ligne n'est autorisée que si [CONFIDENTIEL]. Par ailleurs, le nombre de distributeurs en ligne doit être limité à, en principe, une pharmacie en ligne par [CONFIDENTIEL] de chiffre d'affaires obtenu dans le pays[635].

71. Le Collège constate qu'un avenant au contrat de vente pour la vente en ligne de Caudalie[636] dispose notamment, que les distributeurs ne peuvent accepter de commande d'un même consommateur pour plus de [0-10] produits de la même référence[637]. Un distributeur ne peut étendre la territorialité de ses ventes à d'autres pays qu'après un accord écrit de Caudalie notamment[638]. Le contrat de distribution en ligne prévoit en son article 7 que « *le distributeur est libre de fixer ses prix de revente. Toutefois, il s'abstiendra d'initiatives promotionnelles susceptibles de déprécier l'image de marque des produits ou susceptibles de constituer l'argument de vente essentiel au détriment notamment des prestations de conseil qualifié et personnalisé qui lui incombent* ».

72. Le Collège prend note de la constatation de l'auditeur que le chiffre d'affaires de Caudalie en Belgique s'élevait en 2017[639] à [CONFIDENTIEL] euros, avec une part de marché de [0-10]% sur le marché pertinent d'après Caudalie, soit le marché des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseils pharmaceutiques en Belgique[640], et que ce chiffre d'affaires s'élevait en 2019 à [CONFIDENTIEL] euros[641].

73. Le Collège constate que Caudalie affirme [CONFIDENTIEL][642].

74. En ce qui concerne la fixation des prix de vente au détail en Belgique, [CONFIDENTIEL]. Les premiers consistent en prix recommandés. La liste de prix pour chaque produit est communiquée par Caudalie Belgique et mise à jour régulièrement auprès de l'Association Pharmaceutique Belge (ci-après, « APB ») qui centralise sur son logiciel toutes les données, notamment de prix, pour les produits pharmaceutiques et/ou parapharmaceutiques. Les pharmacies appliquent généralement sur les prix de ces produits une

[634] Voy. article A.3 du contrat de distribution sélective conclu entre Caudalie et Newpharma le 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma.
[635] Voy. notamment document IV.90. Ce point de vue est explicitement nié par Caudalie dans sa réponse à la question 17 de la demande de renseignements du 26 avril 2018.
[636] Articles 1 et 2 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[637] Article 8 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[638] Article 9 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma. Cette obligation a pour but de permettre à Caudalie de vérifier si le site est correctement traduit dans la langue du ou des pays envisagé(s).
[639] Voy. la réponse de Caudalie à la question 15 de la demande de renseignements du 26 avril 2018
[640] Voy. la réponse de Caudalie à la question 15 de la demande de renseignements du 26 avril 2018 et l'annexe 5 de la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 26 avril 2018
[641] Voy. document II.ZE2, p. 3 (Réponse de Caudalie à la question 3 de la demande de renseignements du 25 avril 2019) et II.ZO2, p. 1 (Réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 20 février 2020).
[642] Voy. document II.ZE2.p. 2.

ristourne de [5-15]% sur [CONFIDENTIEL]. Quant au prix e-retail, il correspond au prix recommandé diminué d'une ristourne forfaitaire de [5-15]%, équivalente à la ristourne octroyée dans les pharmacies aux patients sur [CONFIDENTIEL].

VI.4 Griefs

VI.4.1 L'imposition d'un prix minimum de revente

75. Le Collège constate que les distributeurs membres du réseau de distribution sélective des produits Caudalie peuvent en principe, selon la clause contractuelle, fixer librement le prix de revente des produits aux consommateurs[643].

76. Le Collège constate toutefois qu'il ressort de l'instruction que Caudalie exerce une pression sur ses distributeurs, sinon exige de ses distributeurs que les ristournes qu'ils appliquent sur les prix recommandés ne soient pas supérieures à [5-15]%[644]. Voyez notamment les pièces :

a. pour l'année 2014 : IV.175,

b. pour l'année 2015 : IV.84, IV.121, IV.176, IV.226[645]; et saisie dans la perquisition en France : V.B.3,

c. pour l'année 2016 : IV.45,

d. pour l'année 2017 : IV.7, IV.159,

e. sans indication de l'année : III.32.F.5.

77. Caudalie rappelle à l'ordre, voire sanctionne, les distributeurs sélectifs ne respectant pas ce prescrit et refusent de modifier les prix après un rappel à l'ordre[646]. Voy. notamment les pièces :

a. pour l'année 2015 : III.4.B31, III.4.B52, III.32.F27, III.32.F30, IV.34, IV.86, IV.121, IV.177, IV.182-185,

b. pour l'année 2016 : I.A.10, IV.79, IV.195, IV.B.196 ; et saisie dans la perquisition en France : V.B.72,

c. pour l'année 2017 : IV.73, IV.77, IV.96 ; saisies lors de perquisition en France : V.B.58-60, V.B.98-101[647],

d. pour l'année 2018 : IV.4,

e. sans indication de l'année : III.17.B.

78. Le Collège ne retient par contre pas les pièces suivantes comme éléments qui constituent en soi une preuve suffisante :

---

[643] Voy. notamment les pièces IV.140, IV.180 et IV.196.
[644] Voy. les pars. 57-59 de la Proposition de décision. Cette ristourne maximale peut toutefois être augmentée [CONFIDENTIEL]. (Voy. notamment les pièces IV.47, IV.83, IV.132 et V.B.28.)
[645] Le Collège considère que le passage cité par l'auditeur n'est pas contredit par le fait que la pièce adresse aussi des aspects de présentation, ni par l'intention de protéger l'image de marque (voy. par. 234 des Observations écrites de Caudalie).
[646] Voy. les pars. 62-66 et 73-99 et 227 de la proposition de décision. Voy. aussi le par. 2 des Observations écrites de Newpharma ;
[647] Démontrant au moins un monitoring des prix pratiqués par les distributeurs (contrairement au par. 286 des Observations écrites de Caudalie).

a. À cause de l'absence de contrat de distribution : IV.198,

b. Parce que la pièce fait mention de ristournes de [5-15]% sans exprimer ou suggérer une obligation : IV.69,

c. Concerne une plainte d'un pharmacien ou concurrent : IV.34, IV. 54, IV.58, IV.76, IV.78, IV.81, IV.89, IV.144, V.174-175, IV.179, et annexe 25 à la plainte de Newpharma,

d. Par ce qu'il n'est pas suffisamment établi que la pièce est preuve d'une imposition de prix minimum et peut concerner uniquement la présentation d'une publicité: III.4.B57, III.7.C, IV.43, IV.47, IV.171, et V.B.28.

79. Le Collège considère que ces éléments de preuve contredisent les arguments de Caudalie que les distributeurs sont libres de fixer leurs prix de revente et qu'elle se limiterait à encadrer la présentation en ce compris la présentation de promotions[648]. Les éléments de preuve portent sur le prix et non pas uniquement ou même pas sur des aspects de présentation[649]. Le Collège ne peut accepter que l'imposition de prix minimum soit justifiée par un souci de protection d'image de marque, même si ce souci est susceptible de justifier l'imposition de conditions qualitatives aux distributeurs sélectifs en ligne comme pour la distribution en magasin. Les références multiples aux prix et ristournes reprises ci-dessus et l'interdiction contractuelle de formes de publicité pour des ristournes sont par ailleurs de nature à semer un doute au sujet de l'intention légitime de certains critères qui pourraient être qualitatifs.

80. Le Collège précise à cet égard que la présente affaire ne concerne que la pression exercée par Caudalie afin de faire respecter un prix minimum et l'appréciation de clauses contractuelles dans ce contexte, et non pas les actes qui visent uniquement le respect de critères purement qualitatifs.

81. Le Collège décide que les éléments de preuve auxquels se réfèrent les pars. 57, 59, 62, 64 et 96-97 de la Proposition de décision apportent sans ambigüité la preuve que Caudalie a eu une politique visant à imposer des prix minimum à ses distributeurs sélectifs en Belgique, principalement par une interdiction de fait de pratiquer des ristournes supérieures au pourcentage accepté par Caudalie, et cela non seulement pour leurs ventes en ligne.

VI.4.2 La limitation des ventes actives et passives en ligne

82. L'auditeur fait valoir que Caudalie veillait à limiter les ventes actives et passives de distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals afin de limiter la concurrence par les prix et d'assurer le respect par pays d'un prix minimum de revente aux consommateurs.

83. Caudalie a fait valoir en audience que Newpharma n'a pas signé avec Caudalie un contrat de distribution sélective en ligne. Elle fait valoir en outre que les quelques éléments de preuve invoqués par l'auditeur ne sont pas correctement interprétés et visent uniquement à préserver l'intégrité du réseau de

[648] Ce constat n'est pas contredit par le fait qu'il y a aussi des pièces qui adressent uniquement des aspects de présentation (voy. la conclusion du Collège au sujet des pièces IV.43, IV.47, IV.171, V.B.28), ni par des réponses de pharmaciens qui déclarent qu'il n'ont pas ressenti une pression afin de respecter un prix minimum (voy. pars.226-235 et 292 des Observations écrites de Caudalie).

[649] Voy. les pars.57-59 et 62-66 de la Proposition de décision.

distribution sélective et qu'elle peut à cette fin éviter que des produits soient revendus à des distributeurs non agréés[650].

84. Le Collège constate au sujet des éléments de preuves invoqués par l'auditeur au par. 100 de la Proposition de décision:

a. Que le contrat de distribution sélective type pour la vente en ligne et une présentation power point concernant les instructions e-retail, indiquent que, suite à la conclusion du contrat de distribution sélective, le distributeur sélectif ne peut livrer que dans le pays dans lequel est logé le site, sauf accord de Caudalie, et qu'il s'engage à bloquer les quantités vendues à [0-10] unités[651] - ces éléments concernent des livraisons et dès lors des ventes passives aussi bien qu'actives ;

b. Que le mail du 31 mai 2016 de Monsieur [A] concerne explicitement le '*[CONFIDENTIEL]*' [652];

c. Que les mails internes et à destination de Newpharma entre février 2017 et avril 2017[653] apportent la preuve d'une relations commerciale entre Caudalie et Newpharma même dans l'absence d'un contrat de distribution sélective pour ventes en ligne. Il y a dès lors eu des contrats de vente 'au cas par cas'.

d. Que les mails internes et à destination de Newpharma entre février 2017 et avril 2017 donnent au moins l'impression de viser sinon expriment l'intention de viser des ventes passives destinées à des marchés d'autres Etats membres[654];

85. Que les mails du 29 octobre 2015 de Monsieur [B] et le mail interne du 18 mai 2016[655] peuvent par contre viser uniquement des ventes actives. Le Collège se réfère à son analyse juridique des griefs au sujet de la qualifications de ces éléments de preuve et les conclusions qu'il en tire.

VI.4.3 Etendue géographique des pratiques visées

86. Le Collège conclut avec l'auditeur pour les raisons qu'il a développées au par. 101 de la Proposition de décision que les pratiques visées concernaient à tout le moins tout le territoire de la Belgique.

VI.5 Analyse juridique des griefs

VI.5.1 Les règles applicables de droit de concurrence belge et du TFUE

87. Il apparaît sans ambiguïté des griefs que les pratiques visées étaient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres[656] et ils doivent dès lors être examinés à la lumière des règles de concurrence du TFUE.

---

[650] Voy. pars 139-144 de la Proposition de décision.
[651] Voy. pièces II.G4, points 8 et 9, et IV.241.
[652] Voy. le document V.B.69 saisi lors de la perquisition en France.
[653] Voy. IV.136, ainsi que document V.B.50, saisi lors de la perquisition en France.
[654] Voy. IV.136, ainsi que document V.B.50, saisi lors de la perquisition en France.
[655] Voy. documents IV.34 et IV.193.Le Collège partage l'interprétation de l'auditeur de la pièce IV.34 et fait observer (par. 316 des Observations écrites de Caudalie).
[656] Par exemple le par. 84 (a, b et d) et le par.100 de la Proposition de décision où référence est faite aux marchés en Allemagne, en Autriche et aux Pays-Bas.

88. Eu égard aux conclusions du Collège au sujet de la durée des pratiques visées, elle doivent, sans préjudice de l'applicabilité des règles de concurrence du TFUE, à l'égard du droit matériel et des règles en matière de sanctions, être appréciées conformément aux dispositions du livre IV du CDE tel que introduit par la loi du 3 avril 2013 et les lignes directrices y afférentes.

VI.5.1.a Accords et pratiques concertées

89. Le Collège rappelle avec l'auditeur[657] que la Cour de Justice, statuant sur la preuve d'une entente verticale, a statué que « *pour constituer un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE* (maintenant l'article 101 TFUE)*, il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins*[658] *»* et que « *la volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat de concession en question que du comportement des parties et, notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur* ».[659]

90. Il est aussi de jurisprudence constante que des conditions imposées ou poursuivies dans le cadre de l'exécution d'un accord par une des parties, même contre la volonté d'une autre partie, peuvent mettre en cause la compatibilité avec le droit de la concurrence de l'accord, ou le cas échant des clauses pertinentes[660].

91. Le Collège rappelle en outre qu'il est de jurisprudence constante que la notion de pratique concertée vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence[661].

VI.5.1.b Accords verticaux

92. Plusieurs études ont mis en exergue les différences de niveau de prix, notamment en supermarchés, entre la Belgique et ses pays voisins, et le fait que des restrictions territoriales d'approvisionnement (TSC) contribuent à organiser et à maintenir des différences de niveau de prix d'approvisionnement et dès lors des prix à la consommation[662]. La même conclusion vaut pour des pratiques imposant le maintien de prix de revente (RPM), et les deux types de pratiques se soutiennent mutuellement. L'ABC doit dans ce contexte constater que des TSC et RPM sont parmi les explications significatives[663] du fait que le

---

[657] Par. 256 et suiv. de la Proposition de décision.
[658] Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans l'affaire C-74/04, *Volkswagen AG*, par.37
[659] Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans l'affaire C-74/04, *Volkswagen AG*, pars.37 et 39.
[660] Voy. l'arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000 dans l'affaire T-42/96, Bayer se référant aux arrêts de la Cour du 8 février 1990 dans l'affaire C-279/87, Tipp-EX ; et du 11 janvier 1990 dans l'affaire C-277/87, Sandoz. Voy. aussi sur la notion d'application abusive d'un contrat de distribution sélective l'arrêt de la Cour du 25 octobre 1983 dans l'affaire C-107/82, *AEG Telefunken*.
[661] Arrêt de la Cour du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-199/92 P, *Hüls AG contre Commission*, par.158.
[662] Voy. par exemple Belgische Mededingingsautoriteit (2012), *Prijsniveau in supermarkten*, https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20120213-studie_prijsniveau_supermarkten.pdf,; Instituut voor de nationale rekeningen, Prijzenobservatorium (2018), *Jaarverslag 2017*, hoofdstuk III, 'Vergelijking van het consumptieprijsniveau in België, Duitsland, Frankrijk en Nederland'; objet de l'audition du président de l'ABC à la Commission Economie de la Chambre le 30 septembre 2020; Federaal Planbureau*, Consumptieprijzen in België en de buurlanden - Aandachtspunten voor het beleid,* Working Paper 13-12, oktober 2012; Secretariaat-Generaal, *Territoriale leveringsbeperkingen in de detailhandel in België, Nederland en Luxemburg*, http://www.benelux.int/files/4115/2696/8143/beneluxstudie.pdf .
Voir pour l'Euro zone: ECB, "Grocery prices in the Euro area: findings from the analysis of the disaggregated price dataset", *Issue I,* 2015. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/art01_eb201501.en.pdf.
[663] Voy. ABC/SPF Economie (2012), *Niveau de prix dans les supermarchés,* p. 57 ; voy. aussi sur la réaction de Comeos dont le Livre blanc mentionne également les différences de prix d'approvisionnement : https://trends.levif.be/economie/entreprises/pourquoi-nos-magasins-sont-plus-chers-qu-en-france-et-aux-pays-bas/article-normal-206465.html.

consommateur en Belgique ne peut bénéficier de ce qu'il est en droit d'attendre d'un bon fonctionnement du marché intérieur. C'est pour ces raisons et en faisant référence aux études pertinentes que les relations entre les commerces de détail et leurs fournisseurs ont figuré pendant toute la période pertinente parmi les priorités de l'ABC[664].

93. Il est dans ce contexte socio-économique pour l'ABC particulièrement important que les pratiques tendant à imposer un prix minimum de revente soient considérées comme des restrictions caractérisées de concurrence[665]. Cette qualification vaut pour les ventes en ligne comme pour des ventes en magasin[666]. Le Collège rappelle que si l'intention des parties peut être prise en considération, elle ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction[667], et d'autant moins quand le Collège considère une infraction comme étant une infraction caractérisée par objet à cause de ses conséquences particulièrement dommageables. Il fait remarquer que la qualification d'infraction par objet doit se faire eu égard à l'impact négatif d'une pratique sur le territoire pertinent (pour l'ABC le marché belge) et non pas en fonction de l'impact d'un cas spécifique comme il est propre à l'appréciation d'une infraction par effet. Ceci explique par ailleurs que la qualification d'infraction par objet exclut le bénéfice de la communication *de minimis*[668].

94. Le Collège considère que la qualification d'un accord ou pratique comme infraction caractérisée dans le Règlement 330/2010 exprime la conviction du législateur de l'Union que, notamment l'imposition d'un prix minimum ou des restrictions territoriales, peuvent être considérées par leur nature même comme nuisibles au bon fonctionnement de la concurrence au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice[669]. Le Collège considère que c'est d'autant plus le cas parce que les restrictions territoriales dont la mise en œuvre est facilitée par l'imposition d'un prix minimum nient au consommateur le bénéfice du marché intérieur. Il le considère dès lors justifié de les qualifier comme des restrictions à la concurrence par objet[670], dont il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord au cas par cas[671].

95. La qualification de restriction caractérisée crée ainsi une présomption, difficile à réfuter, qui exclut l'application des articles IV.1(3) CDE et 101(3) TFUE, ainsi que de la Communication *de minimis*[672].

VI.5.1.c Accords de distribution sélective : critères qualitatifs et ventes actives et passives

96. Le Collège rappelle qu'un contrat de distribution sélective peut imposer des conditions et obligations qui visent à assurer la qualité du produit et des services. Ces conditions doivent toutefois être proportionnelles à l'objectif légitime visé.[673]

---

[664] Voy. les Rapports annuels de l'ABC 2015 (p. 39), 2016 (p. 37), 2017 (p. 37), 2018 (p. 39) et 2019 (p. 38).
[665] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Règlement 330/2010), art. 4. Lignes directrices sur les restrictions verticales, par. 223.
[666] Commission européenne, décision du 24 juillet 2018, *Denon & Marantz*, CASE AT.40469.
[667] Voy. CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13P, *Groupement cartes Bancaires.*
[668] Communication JO 2014/C 291, par. 2.
[669] Voy. par exemple l'arrêt du 11 septembre 2014, aff. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, par. 50.
[670] Voy. les Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, pars. 23 et 96 et le Commission Staff Working Document*, Guidance on restriction of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice,* p.18.
[671] Voy. notamment CJEU, arrêt du 8 juillet 1999, *Commission / Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, par. 99 et CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline/Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, par. 55.
[672] Communication JO 2014/C 291, par. 2.
[673] Point 174 des Lignes directrices sur les restrictions verticales.

97. Le Collège rappelle qu'un fournisseur peut dans le cadre d'un contrat de distribution sélective exiger que ses distributeurs revendent des produits dans le territoire du réseau de distribution sélective uniquement à des utilisateurs finals ou à des revendeurs agréés[674]. Conformément au point 52 des Lignes directrices sur les restrictions verticales[675], les ventes en ligne sont assimilées à des ventes passives. Aux termes de l'article 4 c) du Règlement 330/2010, la restriction des ventes passives à des utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective constitue une restriction caractérisée[676], ce qui vaut aussi pour des restrictions de ventes actives et passives à des acheteurs établis dans des Etats membres qui ne font pas partie de la zone géographique du réseau de distribution sélective[677].

98. Un fournisseur peut veiller au respect des obligations légalement imposées aux distributeurs. Ceci implique toutefois que non seulement ces obligations mais aussi les dispositions et mesures prises afin d'assurer leur respect soient proportionnelles.

VI.5.2 Argumentation de Caudalie

99. Caudalie a déclaré en audience que Newpharma n'a pas signé avec Caudalie un contrat de distribution sélective en ligne. Elle fait en outre valoir :

a. que l'auditeur n'a pas pris en compte les parts de marché limitées de Caudalie et qu'elle a méconnu le débat sur la nuisibilité des RPM[678],

b. qu'elle se serait à tort dispensée d'un examen sérieux des contextes économique et juridique,

c. qu'elle n'aurait pas tenu compte du manque de concurrence structurel du secteur de la pharmacie et de la parapharmacie[679] et de la pratique décisionnelle récente de l'ABC qui a établi que l'Ordre des Pharmaciens empêchait les pharmaciens de se porter concurrence sur les prix[680],

d. qu'elle n'aurait pas tenu compte des pratiques des pharmaciens[681],

e. que la Proposition de décision méconnaitrait le fait que Caudalie mettait l'accent sur le respect des critères qualitatifs [682],

f. qu'elle a mal interprété les pièces qu'elle invoque comme preuve d'une imposition de prix minimum[683] et d'une limitation des ventes actives et passives[684].

---

[674] Art. 4, b, iii et c du Règlement 330/2010 .
[675] *JO* 2010, C 130/1.
[676] Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Voy., plus précisément, l'article 4 du règlement.
[677] Eu égard à la portée de l'exemption à l'interdiction telle que définie à l'article 4, b, iii et c du Règlement 330/2010 en matière d'accords de distribution sélective.
[678] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 159-180.
[679] Voy. Observations écrites de Caudalie, par. 186 parle toutefois surtout d'un manque de culture de concurrence.
[680] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 189, 193-195 et 201-206.
[681] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 183-185 et 196-200.
[682] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 209-224.
[683] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 223-238.
[683] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 311-319.

VI.5.3 Décision du Collège

100. Le Collège fait référence aux considérations précédentes au sujet de la qualification de l'imposition d'un prix minimum et des restrictions de vente visées comme des infractions caractérisées par objet.

101. Le Collège ne peut accepter que le fait que l'Ordre des pharmaciens a été condamné pour des pratiques spécifiques qui visaient l'octroi de ristournes par une entreprise identifiée puisse exonérer une politique restrictive en matière de ristournes dans le chef de Caudalie[685]. De même, la pression qui aurait été exercée par les pharmaciens ne peut exonérer Caudalie pour ses accords et pratiques vis-à-vis de ses distributeurs. Le Collège se réfère à cet égard au principe de droit exprimé dans l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[686].

102. Caudalie ne conteste d'ailleurs pas que ledit 'système APB' ne s'applique pas aux produits cosmétiques[687], et le Collège considère qu'une pratique ou obligation d'introduire un prix de vente que Caudalie qualifie d'informatif dans un logiciel APB[688] ne justifie nullement l'imposition d'un prix minimum. Il fait par ailleurs observer que cette affaire ne concerne que la politique de Caudalie vis-à-vis de ses distributeurs et non pas la compatibilité avec le droit de la concurrence d'arrangements qui peuvent exister entre l'APB et les fournisseurs ou les pharmaciens, ni les réactions des pharmaciens.

VI.5.3.a Existence d'accords entre entreprises et/ou de pratiques concertées

103. Le Collège constate que Caudalie a conclu avec ses distributeurs sélectifs des contrats de distribution sélective utilisant le contrat-type de Caudalie pour la vente physique et, si le distributeur sélectif est également présent en ligne, par des contrats-types vente physique et vente en ligne[689]. Le réseau de distribution sélective de Caudalie ne couvre pas tout le territoire de l'UE.

104. Le Collège constate qu'il n'est pas établi que Newpharma ait signé avec Caudalie un contrat de distribution sélective en ligne. Il n'est toutefois pas contesté que Caudalie a vendu et livré des produits à Newpharma en vue d'une revente en ligne[690].

105. Le Collège décide dès lors qu'il y a accords de distribution et contrats de vente entre Caudalie et ses distributeurs[691] au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

106. Il constate que notamment l'interdiction aux distributeurs de livrer dans un autre pays que le pays dans lequel leur site est logé sauf accord de Caudalie, figure dans le contrat de distribution de vente à distance[692]. Et il n'est pas contesté que les pratiques et actions qui font l'objet des éléments de preuve auxquels se réfèrent les pars. 76-78 et 84 de cette décision, se cadrent dans la mise en œuvre des accords de distribution sélective ou contrats de vente entre Caudalie et ses distributeurs.

107. Le Collège qualifie dès lors les actions de Caudalie qui font l'objet des éléments de preuve auxquels se réfèrent les pars. 76-78 et 84 de cette décision comme des actes de Caudalie dans le cadre de la mise en

---

[685] Voy. Par ailleurs aussi les Observations écrites de Newpharma du 22 janvier 2021, p.14 concernant l'existence d'une concurrence sur les prix.
[686] Voy. W. Van Gerven, *Algemeen deel,* De Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen 1969, pp. 420 et 424.
[687] Voy. Observations écrites de Caudalie, par. 144.
[688] Voy. Observations écrites de Caudalie par. 148.
[689] Pour ces contrats, voy. pièces II.G3 et II.G4.
[690] Voy. Observations écrites de Newpharma, par.2.
[691] Voy. le contrat de distribution sélective conclu avec Newpharma du 24 avril 2013, annexe 1 à la plainte de Newpharma, et le contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[692] Article 8 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.

œuvre des accords pertinents de distribution sélective ou contrats de vente, notamment en ce qui concerne les rapports entre Caudalie et Newpharma y compris au sujet des ventes en ligne.

108. A titre subsidiaire, il qualifie ces actions comme constituantes d'une pratique concertée au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE dans la mesure où un distributeur y a donné suite[693].

VI.5.3.b Pratiques qui constituent des infractions caractérisées par objet

109. Le Collège considère que la qualification d'un accord ou pratique comme infraction caractérisée dans le Règlement 330/2010 exprime la conviction du législateur de l'Union que, notamment l'imposition d'un prix minimum ou des restrictions territoriales, peuvent être considérées par leur nature même comme nuisibles au bon fonctionnement de la concurrence au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice[694]. Le Collège considère que c'est d'autant plus le cas parce que les restrictions territoriales dont la mise en œuvre est facilitée par l'imposition d'un prix minimum nient au consommateur le bénéfice du marché intérieur. Il considère dès lors justifié de les qualifier comme des restrictions à la concurrence par objet[695], dont il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'un accord au cas par cas[696].

110. La qualification de restriction caractérisée crée ainsi une présomption, difficile à réfuter, qui exclut l'application des articles IV.1(3) CDE et 101(3) TFUE, ainsi que de la Communication *de minimis*[697].

i) Imposition de prix minimum

111. Le Collège considère pour les raisons énoncées ci-dessus[698] établi à suffisance de droit qu'il ressort de ces éléments de preuve que Caudalie a imposé un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs, ce qui, vu notamment l'article 4 a) du Règlement 330/2010, constitue une restriction caractérisée de concurrence par objet au sens des articles IV.1. § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.

112. Le Collège considère que l'interdiction de certaines formes de pastilles ou de prix barrés à laquelle l'auditeur se réfère aux pars. 211-215 de la Proposition de décision peut être justifiée à condition qu'il n'y ait pas un soupçon de vouloir faire respecter un prix minimum. Ces interdictions doivent être appréciées dans le contexte des autres éléments de preuve. Lue ainsi, la clause du contrat de distribution sélective pour la vente physique qui prévoit que sont formellement interdits : « toute affiche comportant les mots tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés », « remise x% »[699], tend à renforcer l'imposition d'un prix minimum par l'interdiction de fait de pratiquer des ristournes qui dépassent le pourcentage admis par Caudalie. En effet, « l'utilité des ristournes est en pratique annihilée lorsqu'il est impossible de communiquer sur l'octroi de ces ristournes. » [700].

- ***La limitation des ventes actives et passives : la qualification des rapports entre Caudalie et Newpharma en matière de ventes en ligne***

---

[693] Voy. dans ce sens l'échange de mails entre madame [E] et Madame [Z], du 13 avril 2017, Document V.B.50.
[694] Voy. par exemple l'arrêt du 11 septembre 2014, aff. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, par. 50.
[695] Voy. les Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, pars. 23 et 96 et le Commission Staff Working Document*, Guidance on restriction of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice,* p.18 .
[696] Voy. notamment CJEU, arrêt du 8 juillet 1999, *Commission / Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, par. 99 et CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline/Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, par. 55.
[697] Communication JO 2014/C 291, par. 2.
[698] Voy. pars. 76-78 et 84 de cette décision.
[699] Voy. l'article 3A du contrat de distribution sélective pour la vente physique, document II.G3.
[700] Décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre 2020 dans les affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, par. 119.

113. Eu égard aux faits qu'il n'est pas établi que Newpharma ait signé avec Caudalie un contrat de distribution sélective en ligne et que Caudalie a vendu et livré des produits à Newpharma en vue d'une revente en ligne[701], le Collège doit constater que ces transactions doivent en principe être qualifiées comme des ventes en dehors d'un contrat de distribution sélective. Il apparaît toutefois des éléments de preuve auxquels se réfère le paragraphe 84 de cette décision, tel qu'il est implicitement reconnu par Caudalie[702], que Caudalie a adressé à Newpharma le même type de remarques qu'aux distributeurs agréés. Les ventes en dehors d'un contrat de distribution ne peuvent toutefois pas bénéficier de l'exemption accordée à l'article 4 (b iii) et (c) du Règlement 330/2010. Et dans l'absence d'un contrat de distribution sélective il n'y a pas de réseau dont il serait légitime de protéger l'intégrité.

114. Le Collège doit dès lors conclure qu'il est en principe établi que toute restriction formulée par Caudalie à l'adresse de Newpharma en matière de ventes en ligne constitue une infraction caractérisée par objet aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

115. Le Collège ne peut toutefois pas exclure que les échanges et transactions entre Caudalie et Newpharma en matière de ventes en ligne puissent indiquer que leur pratique prouvait l'existence d'un contrat de distribution sélective de vente en ligne, même si ce contrat n'était pas signé, eu égard à la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *Volkswagen*[703]. Les rapports entre Caudalie et Newpharma en matière de ventes en ligne sont dans cette hypothèse à assimiler à des ventes dans le cadre d'un contrat de distribution sélective.

- ***Les accords de distribution pour vente en ligne de Caudalie***

116. Le fournisseur peut dans le cadre d'un contrat de distribution sélective exiger que le distributeur vende dans le territoire du réseau de distribution sélective uniquement à des consommateurs finaux ou d'autres distributeurs agréés. Mais le Collège constate qu'un avenant au contrat de vente pour la vente en ligne de Caudalie[704] dispose que les distributeurs ne peuvent accepter de commande d'un même consommateur pour plus de [0-10] produits de la même référence[705]. Et une présentation power point concernant les instructions e-retail indique que, suite à la conclusion du contrat de distribution sélective, le distributeur sélectif ne peut livrer que dans le pays dans lequel est logé le site, sauf accord de Caudalie[706]. Ces restrictions limitent inévitablement la possibilité d'approvisionnement de clients établis dans des Etats membres qui ne font pas partie de la zone géographique du réseau de distributions sélective, ainsi que les ventes passives à des consommateurs finaux et aux distributeurs agréés. L'exigence d'un accord préalable de Caudalie donne en outre un droit de regard disproportionnel à Caudalie sur la pratique commerciale et les transactions envisagées par les distributeurs. Caudalie n'a pas apporté des éléments pour réfuter la conclusion que ces restrictions sont disproportionnelles par rapport aux objectifs que le fournisseur peut légitimement poursuivre pour assurer le respect de conditions qualitatives proportionnelles imposées à des distributeurs dans un réseau de distribution sélective. Et une interdiction de vendre en ligne à des acheteurs établis dans un Etat membre en dehors du territoire du réseau de

[701] Voy. Observations écrites de Newpharma, par.2.
[702] Pars. 311-318 des Observations écrites de Caudalie.
[703] Arrêt de la Cour du 13 juillet 2006 dans l'affaire C-74/04, *Volkswagen AG*, pars.37 et 39.
[704] Articles 1 et 2 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[705] Article 8 du contrat de distribution sélective vente à distance sur internet, annexe 2 à la plainte de Newpharma.
[706] Voy. pièces II.G4, points 8 et 9, et IV.241.

distribution sélective ne bénéficie d'aucune exception à l'interdiction de l'article 4 du Règlement 330/2010.

117. Eu égard à l'assimilation des ventes en ligne à des ventes passives[707], le Collège ne se prononce pas sur le grief dans la mesure où il viserait des ventes actives dans la zone géographique du réseau de distribution sélective.

118. Le Collège considère pour les raisons énoncées ci-dessus établi à suffisance de droit que Caudalie a, dans le cadre de ses contrats de distribution sélective et ces rapports avec un acheteur en dehors du réseau, eu comme politique de limiter des ventes passives de produits Caudalie destinés ou susceptibles d'être destinés aux marchés d'autres Etats membres[708], ainsi que des ventes passives et actives à des acheteurs établis dans un Etat membre en dehors de la zone géographique du réseau de distribution sélective, ce qui, vu notamment l'article 4 (c) du Règlement 330/2010, constituent des mesures restrictives caractérisées de concurrence par objet au sens des articles IV.1. § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.

VI.5.3.c Non application des articles IV.1 § 3 CDE et 101, §3 TFUE

119. Eu égard à l'article 4, a, b, et c du Règlement 330/2010, les accords et pratiques en cause ne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie accordée par ce Règlement.

120. Les lignes Directrices sur les restrictions verticales considèrent peu probable qu'un accord qui contient des restrictions caractérisées remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, afin de bénéficier d'une exemption individuelle[709]. Et même s'il n'est pas exclu que les entreprises puissent démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, force est de constater que le Collège ne dispose d'aucun élément permettant de renverser la présomption suivant laquelle ces infractions ne remplissent pas les conditions cumulatives des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE[710].

121. Le Collège rappelle par ailleurs que, malgré les parts de marchés limitées, la qualification des infractions comme des infractions caractérisées par objet exclut le bénéfice de la Communication *de minimis*[711].

VI.5.3.d Infraction unique et continue

i) Principes

122. Le Collège rappelle avec l'auditeur[712] que suivant une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 TFUE peut résulter d'une série d'actes ou d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition. Lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble» en raison de leur objet identique, faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, une autorité de concurrence est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble[713].

[707] Point 52 des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales.
[708] Voy. les pars. 76-78 et 84 de cette décision.
[709] Voy. Lignes directrices, par. 47.
[710] Voy. le par. 290 de la Proposition de décision.
[711] Communication *JO* 2014 C 291/1, pars. 2 et 13.
[712] Voy. les pars. 308-313 de la Proposition de décision.
[713] Voy. entre autres CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, C-204/00, *Aalborg Portland et alii*, , par. 258.

Le caractère continu d'une infraction doit être apprécié dans le contexte du fonctionnement de l'entente en question[714].

123. Il rappelle en outre que le fait que dans le cadre d'une infraction s'étendant sur plusieurs années, les manifestations de l'entente peuvent intervenir à des périodes différentes, pouvant être séparées par des laps de temps plus ou moins longs, demeure sans incidence sur l'existence de cette entente, pour autant que les différentes actions qui font partie de cette infraction poursuivent une seule finalité et s'inscrivent dans le cadre d'une infraction à caractère unique et continu. Il faut toutefois que les éléments de preuve se rapportent à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, pour qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises[715].

124. Plusieurs critères ont été identifiés par la jurisprudence comme étant pertinents pour apprécier le caractère unique d'une infraction, à savoir l'identité des objectifs des pratiques en cause, l'identité des produits et des services concernés, l'identité des entreprises qui y ont pris part et l'identité des modalités de sa mise en œuvre. En outre, l'identité des personnes physiques impliquées pour le compte des entreprises et l'identité du champ d'application géographique des pratiques en cause sont également des éléments susceptibles d'être pris en considération aux fins de cet examen.

125. Lorsque ces conditions sont réunies, la notion d'infraction continue permet ainsi d'infliger une amende pour l'ensemble de la période infractionnelle prise en considération[716].

ii) Argumentation de Caudalie

126. Caudalie fait valoir que seulement deux preuves pour l'année 2014 qui consistent, en fait, en des plaintes de pharmaciens considérant que d'autres pharmaciens pratiquent des prix trop bas, seraient insuffisantes pour constater qu'une infraction aurait existé en 2014. Caudalie relève aussi que la seule entrée en fonction de [Monsieur B] ne peut pas non plus être considérée comme une infraction aux règles de concurrence[717].

127. Caudalie conteste l'interprétation par l'auditeur des pièces qui démontreraient la nature continue de l'infraction alléguée[718] et elle fait valoir que les reproches à Caudalie en Belgique ne peuvent être imputés à Caudalie SAS[719].

128. En ce qui concerne l'année 2018, Caudalie note que l'auditorat n'apporte qu'une seule preuve, datant de janvier 2018 et que celle-ci ne permet pas de déduire l'existence de l'imposition d'un prix de revente minimum, puisqu'elle s'expliquerait uniquement par les visuels « Promo » rouge, allant à l'encontre de l'image de marque de Caudalie[720].

VI.5.3.e Décision du Collège

i) Durée des pratiques visées

[714] Voy. TUE, arrêt du 16 juin 2015, FSL Holdings *et alii*, T-655/11, par. 483.
[715] Voy. notamment TUE, arrêt du 2 juin 2016, T‑426/10 à T‑429/10, T‑438/12 à T‑441/12, Moreda-Riviere Trefilerías, par. 111.
[716] TUE, arrêt du 17 mai 2013, Trelleborg c. Commission, T-147/09 et T-148/09, pars. 59-62.
[717] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 324-325.
[718] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 326-331.
[719] Voy. Observations écrites de Caudalie, pars. 334-348.
[720] Voy. Observations écrites de Caudalie, par. 330.

129. Le Collège constate que le premier élément de preuve soumis par l'auditeur qui fait preuve de la mise en œuvre d'une politique d'imposition de prix minimum est le document IV.175 du 25 novembre 2014. Il considère que l'entrée en fonction de Monsieur [B] ne constitue pas une infraction. Les mails du 24 octobre et 24 novembre 2014[721] peuvent suggérer que Caudalie a une politique de prix minimum mais n'émanent pas de Caudalie. Même si le Collège considère qu'ils pourraient constituer un élément de preuve de la continuité d'une infraction, il ne les retient pas comme la preuve du début de celle-ci.

130. Le Collège prend note de l'estimation de l'auditeur que l'infraction ait pris fin le 27 février 2018, soit le jour du début de la perquisition dans les locaux de Caudalie. Il considère que l'échange de mails du début janvier 2018 entre Monsieur [B] et [Distributeur 4][722] doit être lu dans le contexte du mail de Madame [S.E] du 11 décembre 2017[723] et les autres échanges qui démontrent une opposition de Caudalie à l'octroi de ristournes de plus de [5-15]%[724]. Il n'y a d'une part aucun élément qui suggère une modification de politique commerciale entre le 11 décembre 2017 et début janvier 2018. Et le document IV.4 ne se limite d'autre part pas à mentionner la forme de l'action commerciale mais l'identifie avec la référence aux ristournes de -15%. Le Collège considère vraisemblablement que Caudalie ait poursuivi sa politique jusqu'au jour de la perquisition. Mais vu le peu de temps passé entre l'échange de mails du début janvier 2018 ou même le mail du 11 décembre 2017, et le 27 février 2018, le Collège ne se prononce pas sur la force de preuve de la présomption de l'auditeur.

131. Il fait observer aussi que l'auditeur doit à un moment donné clôturer l'instruction et définir la durée de l'instruction à prendre en considération dans la décision du Collège. Cette détermination n'exclut pas qu'il puisse y avoir des infractions après cette date, mais le Collège peut uniquement se prononcer sur les fait qui ont fait l'objet de la Proposition de décision[725].

132. Le Collège décide que les infractions ont au moins duré de novembre 2014 jusqu'à la fin de 2017.

ii) Infraction unique et continue

133. Le Collège constate que l'imposition par Caudalie d'un prix minimum de revente à ses distributeurs sélectifs, et sa politique de limiter des ventes passives de produits Caudalie destinés ou susceptibles d'être destinés aux marchés d'autres Etats membres, qu'il considère prouvées à suffisance de droit, sont reprochées au même acteur tel que identifié au par. 7-9 de cette décision.

134. Le Collège constate qu'il dispose d'éléments de preuve pour chacune des années de 2015 à 2017[726].

135. Il considère aussi démontré à suffisance de droit que les deux griefs qui peuvent tous les deux être qualifiés comme une infraction caractérisée[727], sont très liés, sans qu'il soit nécessairement clair si Caudalie vise à limiter les ventes passives à l'exportation afin de maintenir des prix minimum, ou inversement[728].

iii) Conclusion du Collège

[721] Par. 326 de la Proposition de décision.
[722] Voy. document IV.4.
[723] Document V.B.60.
[724] Voy. pars. 76-77 de cette décision.
[725] Réponse par rapport au par. 3 des Observations écrites de Newpharma.
[726] Voy. les pars. 76-78 et 84 de cette décision.
[727] Voy. pars. 109 de cette décision.
[728] Voy. par. 100 de la Proposition de décision.

136. Pour ces raisons, le Collège conclut à l'existence d'une infraction unique et continue qui a débuté au plus tard le 25 novembre 2014 et s'est terminée au plus tôt début janvier 2018. L'infraction a dès lors duré au moins trois ans et 1 mois accompli.

VI.6 L'offre d'engagements de Caudalie[729]

VI.6.1 L'offre de Caudalie

137. 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° CDE.

Caudalie y ajoute que cet offre d'engagements ne constitue pas une reconnaissance de culpabilité de la part de Caudalie et ne peuvent en aucun cas être interprétés comme tels.

138. Les engagements offerts sont les suivants :

a. 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 ;

b. 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 ;

c. [CONFIDENTIEL]

VI.6.2 La décision du Collège

139. Le Collège accepte que l'interdiction de certaines indications et présentations peut être justifiée et que les entreprises disposent de peu d'indications qui peuvent les aider à identifier des obligations qualitatives compatibles avec le droit de la concurrence.

140. Le Collège considère que les engagements visés par le paragraphe 115 de cette décision sous (a) et (b) sont de nature à faciliter le développement d'indications au sujet d'obligations qualitatives qui visent la protection de l'image de marque du fournisseur tout en étant compatibles avec le droit de la concurrence, à condition que les prises de position de l'ABC soient publiées.

[729] Voy. par. 384 des Observations écrites de Caudalie.

141. Il suit toutefois de l'article IV.26, §3, 7° CDE que l'auditeur général a la mission de veiller à l'exécution des décisions du Collège. Le Collège considère dès lors indiqué que les projets auxquels se réfère le paragraphe 115 de cette décision sous (a) et (b) soient soumis à l'auditeur général. Par analogie à ses décisions en matière de remèdes imposés dans le cadre du contrôle des concentrations, le Collège décide que des contestations de positions prises par l'auditeur général peuvent être soumises au Collège.

142. Le Collège considère que les engagements visés par le paragraphe 115 de cette décision sous (c) visent l'obligation d'un programme de compliance au sujet desquels il y a grand nombre de modèles et suggestions[730].

143. 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.

VI.7 Le calcul de l'amende

VI.7.1 Application des lignes directrices

144. Le Collège rappelle avec l'auditeur[731] que le Comité de directions de l'ABC a adopté le 3 mai 2020 des Lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er , premier alinéa CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE (ci-après « les Lignes directrices pour le calcul des amendes »).

145. Ces Lignes directrices s'appliquent à partir du jour de leur publication au Moniteur belge, soit le 25 mai 2020, à toutes les affaires pour lesquelles, à ce jour, une proposition de décision motivée n'a pas encore été transmise au Collège de la concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'auditeur a déjà communiqué un montant de l'amende éventuelle et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction[732].

146. Le point 3 des Lignes directrices concernant le calcul des amendes se lit comme suit : L'ABC se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1, premier alinéa CDE, par les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (Journal officiel 2006/C 210/02) (ci- après : les Lignes directrices de la Commission).

VI.7.2 Argumentation de Caudalie

VI.7.2.a L'Auditorat n'établit pas que les pratiques en cause s'étendent à l'ensemble de la gamme de produits Caudalie[733], et à l'ensemble du territoire belge[734]

147. Caudalie rappelle que le chiffre d'affaires à prendre en considération est le chiffre d'affaires en relation directe ou indirecte avec l'infraction alléguée. Caudalie fait valoir que l'auditorat démontrerait uniquement que l'infraction ait porté sur certains produits, et non sur l'ensemble de la gamme des

[730] Voy. par exemple sur le site de la Commission Européenne l'aperçu par la Chambre internationale de commerce: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdffile
[731] Voy. les pars. 334-336 de la Proposition de décision.
[732] Voy. le par. 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes
[733] Voy. pars. 348-350 des Observations écrites de Caudalie.
[734] Voy. pars. 351-354 des Observations écrites de Caudalie.

produits Caudalie. Caudalie note à cet égard que les [CONFIDENTIEL] font régulièrement l'objet d'importantes promotions.

148. D'après Caudalie, le montant de l'amende devrait refléter ce constat, sous peine de violer le principe de proportionnalité.

149. Caudalie fait valoir que les pièces utilisées par l'auditorat ne concernent qu'un nombre limité de pharmacies et ne permettent pas de démontrer l'existence d'une pratique significative s'étendant sur l'ensemble du territoire belge. Elle considère que l'Auditorat a omis de démontrer que Caudalie a vendu en ligne à des clients sur l'ensemble du territoire.

150. Caudalie fait valoir en outre qu'il y a aussi des pharmaciens qui ne pratiquent pas les prix recommandés en faisant notamment référence à des mails de [Distributeur 4] et de [Distributeur 48][735].

151. Caudalie estime que toute amende que le Collège de la concurrence déciderait d'imposer à Caudalie devrait tenir compte du fait que de nombreuses pharmacies ont déterminé librement les prix et promotions et du fait que l'infraction n'aurait eu qu'une ampleur limitée par rapport au territoire belge.

VI.7.2.b L'Auditorat surestime la gravité de l'infraction alléguée[736]

152. Renvoyant aux lignes directrices de la Commission européenne, Caudalie rappelle que les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. Caudalie estime que ce constat devrait se refléter dans le pourcentage de gravité de l'infraction retenu. Avec un pourcentage de gravité de 20%, pourcentage reflétant davantage la gravité d'un cartel, l'auditorat ne tiendrait pas compte de ce constat. Elle fait valoir que le manque de concurrence dans le secteur de la pharmacie ne peut pas être imputé à Caudalie, mais qu'il résulte du dit « système APB » et de la culture des pharmaciens.

153. Caudalie renvoie également à la décision Healthmate du 24 janvier 2019, soit la dernière décision de l'ABC concernant un prix de revente minimum imposé, dans laquelle le pourcentage de gravité retenu était entre 5 et 10% alors que cette infraction s'était déroulée dans un environnement normalement concurrentiel, ce qui implique, d'après Caudalie, que l'entreprise en cause a dû déployer des efforts significatifs afin de parvenir à réduire une concurrence qui était structurellement présente.

VI.7.2.c L'Auditorat omet de prendre en considération des circonstances atténuantes[737]

154. Caudalie considère qu'une absence de dynamique concurrentielle parmi les pharmaciens et le rôle de l'APB auraient dû être pris en compte comme des circonstances atténuantes.

VI.7.2.d La seule raison qui a pu amener Caudalie à discuter des prix de revente de certains de ses produits (sans néanmoins enfreindre les règles de concurrence) réside dans le souci d'apaiser ses clients[738]

155. Caudalie affirme que, vu le contexte du secteur des pharmacies, elle a fait l'objet de pressions de la part de certaines pharmacies. Ces pressions seraient d'autant plus importantes que Caudalie représente un acteur peu important et est loin d'être un partenaire commercial incontournable. Ainsi, si Caudalie a

[735] Voy. par. 352 des Observations écrites de Caudalie.
[736] Voy. pars. 355-363 des Observations écrites de Caudalie.
[737] Voy. pars. 364-366 des Observations écrites de Caudalie.
[738] Voy. pars. 367-375 des Observations écrites de Caudalie.

discuté des prix de revente de certains de ses produits, ce serait uniquement à la suite de pressions et dans le souci d'apaiser ses clients, sans commettre d'infraction au droit de la concurrence.

VI.7.2.e À supposer même qu'elle soit établie, l'infraction alléguée par l'auditorat n'a eu qu'un impact très limité, voire insignifiant, sur le marché[739]

156. Caudalie met en avant l'impact insignifiant de l'infraction alléguée sur le marché, vu principalement les parts de marché réduites, entre [0-10] et [0-10]%, de Caudalie[740].

157. Caudalie rappelle également qu'en tout état de cause, l'infraction n'a pas eu d'effets continus durant la période infractionnelle dans la mesure où certains pharmaciens ont appliqué des promotions sur les produits Caudalie.

VI.7.3 La décision du Collège au sujet du calcul de l'amende

VI.7.3.a Principe de détermination des amendes

158. Les Lignes directrices de la Commission prévoient que le montant de base de l'amende est établi sur base d'une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction[741], et multipliée par le nombre d'années de l'infraction. L'appréciation de la gravité est évaluée au cas par cas pour chaque type d'infraction, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce[742]. Ce montant de base peut être majoré pour tenir compte des circonstances aggravantes ou diminué pour tenir compte des circonstances atténuantes, et ce sur base d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes[743].

159. La directive ECN+ 2019/1 du 11 décembre 2018 exige dans son article 13 (3) que les autorités de concurrence soient en mesure d'infliger des amendes effectives, proportionnées et dissuasives.

160. Le Collège considère que les Lignes directrices visent à assurer la proportionnalité d'amendes par la référence au chiffre d'affaires en relation directe ou indirecte avec l'infraction. Le facteur de gravité doit non seulement refléter la gravité de l'impact des faits en cause afin d'avoir un effet dissuasif sur les parties en cause. Il doit être déterminé eu égard à la gravité de l'impact du type d'infraction afin de donner un signal dissuasif au marché. Afin d'assurer que des amendes soient dissuasives, le point 25 des Lignes directrices de la Commission prévoit en outre la possibilité d'augmenter le montant de base d'une somme égale à 15 à 25% du chiffre d'affaires pris en considération.

161. L'année de référence prise en compte est la dernière année complète de l'infraction, à savoir 2017.

VI.7.3.b Base de calcul

162. Le Collège fait remarquer que ni les accords de distribution, ni les éléments de preuve auxquels se réfèrent les par. 57-59 et 100 de la Proposition de décision ne donnent une indication que les obligations imposées aux distributeurs ne concernent que quelques produits de la gamme Caudalie. Et Caudalie s'est limité à une remarque générale sans réfuter ces éléments de preuve en démontrant ce qui aurait été leur portée précise et le chiffre d'affaires y afférant.

---

[739] Voy. pars. 376-380 des Observations écrites de Caudalie.
[740] Voy. par. 377 et note 192 des Observations écrites de Caudalie.
[741] Voy. par. 20 des Lignes directrices de la Commission.
[742] Voy. pars. 19-20 des Lignes directrices de la Commission.
[743] par. 27 des Lignes directrices de la Commission.

163. Le chiffre d'affaires visé est le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction dans l'année comptable précédent l'année de la décision[744]. En l'occurrence, il s'agit du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise Caudalie sur le territoire belge. Le Collège constate qu'il ne dispose pas du chiffre d'affaires réalisé en 2020. Il constate avec l'auditeur que celui-ci s'est élevé, en 2019, à [CONFIDENTIEL] euros[745].

i) Gravité de l'infraction et effet dissuasif de l'amende

164. L'imposition d'un prix minimum de revente à des distributeurs et la restriction de ventes passives de produits destinés ou susceptibles d'être destinés à l'exportation dans un réseau de distribution sélective, ainsi que des restrictions de ventes passives et actives dans le territoire de l'UE en dehors de la zone géographique du réseau de distribution sélective, sont considérés chacune comme des infractions caractérisées au droit de la concurrence[746] car particulièrement nuisible pour les consommateurs et autres stakeholders[747].

165. Il s'agit dès lors de deux types d'infractions des plus graves qui se sont mutuellement renforcées par un groupe multinational dans un secteur sophistiqué qui ne saurait ignorer le droit de la concurrence.

166. Le Collège fait remarquer à cet égard que si certaines restrictions verticales peuvent être moins préjudiciables que des restrictions horizontales, ceci n'exclut point que d'autres comme les accords et pratiques en cause puissent être parmi les plus préjudiciables à l'intérêt des consommateurs et à l'intérêt général. Il incombe aux autorités nationales de concurrence de prendre en compte les spécificités de leur marché. Et il apparaît notamment des études auxquelles le Collège a fait référence au par. 70 de cette décision, que le marché belge y est particulièrement sensible. Le Collège fait remarquer en outre qu'il n'est pas tenu par la qualification de la gravité dans une décision de transaction[748].

167. Eu égard au fait que le chiffre d'affaires pris en considération est le total du chiffre de l'entreprise en Belgique, le Collège ne considère pas indiqué d'augmenter le montant de base comme prévu au point 25 des Lignes directrices de la Commission.

168. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments le Collège considère qu'il conviendrait de retenir un pourcentage de 30% du chiffre d'affaires concerné en tant que facteur de gravité ou le maximum de la fourchette mentionnée au par. 21 des Lignes directrices de la Commission.

ii) Durée de l'infraction

169. Le Collège se réfère au par. 110 de cette décision où il a conclu que l'infraction a débuté le 25 novembre 2014 et a pris fin début janvier 2018. L'infraction a dès lors duré trois ans et un mois complet.

iii) Ajustement en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes

[744] Voy. CJUE, arrêt du 1er février 2018, C-261/16 P, *Kühne*, par. 65.
[745] Voy. la réponse de Caudalie à la question 1 de la demande de renseignements du 20 février2020 (document II.ZK3). Voy. également la réponse de Caudalie à la demande de renseignements du 25 mai 2020 (pièces II.ZW).
[746] Voy. les par. 109 et 114 de cette décision.
[747] Voy. par. 92 de cette décision.
[748] Voy. Par analogie TUE, 15 décembre 2015, T-762/14, *Koninklijke Philips*, par. 326.

170. Le Collège considère que l'offre d'engagements par Caudalie peut être acceptée comme une circonstance atténuante.

171. Il partage l'avis de l'auditeur qu'il n'y a pas lieu de retenir des circonstances aggravantes.

172. Le Collège accorde pour ces raisons une réduction du montant de base de 5%.

173. Il en résulte un montant de [CONFIDENTIEL] euros[749].

iv) Seuil légal de 10% du chiffre d'affaires

174. Conformément aux articles IV.79 et IV.84, § 1er, 1° du Code de droit économique, les amendes infligées ne peuvent dépasser 10% du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché belge et à l'exportation par le groupe Caudalie au cours de l'exercice comptable précédant la décision, soit l'exercice comptable de 2019.

175. Le Collège constate que le chiffre d'affaires à prendre en compte s'élève à [CONFIDENTIEL] euros[750].

176. Par conséquent, en l'occurrence, l'amende ne peut excéder [CONFIDENTIEL] euros.

VI.7.3.c Conclusion du Collège au sujet de l'amende

177. Eu égard à l'ensemble de ce qui précède le Collège impose à Caudalie une amende 859.310 euros.

PAR CES MOTIFS

Le Collège de la concurrence

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 Saint-Gilles 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 :

[749] [CONFIDENTIEL].
[750] Voy. pièces II.ZO2, II.ZR2 et II.ZW4.

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.

Ainsi décidé le 6 mai 2021 par le Collège de la concurrence composé de Jacques Steenbergen, Président du Collège de la concurrence, Christian Huveneers et David Szafran, assesseurs à l'Autorité belge de la concurrence.

Pour le Collège,

Jacques Steenbergen
Président