

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 16 OCTOBRE 2007

(n° **31**, 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2006/17900**

Décision déferée à la Cour : n° **06-D-24** rendue le **24 juillet 2006** par le **Conseil de la Concurrence**

DEMANDEUR AU RECOURS :

- La société BIJOURAMA

agissant poursuites et diligences de son représentant personnel
dont le siège social est : 13, rue du Moulin à Poudre 76150 MAROMME

représentée par Maître François TEYTAUD, avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Alain BENSOUSSAN, avocat au barreau de PARIS
Toque E 241
29, rue du Colonel Pierre Avia 75508 PARIS Cedex 15

DÉFENDEUR AU RECOURS :

- La société FESTINA FRANCE, SAS

prise en la personne de son représentant personnel
dont le siège social est : 1, rue Auguste Jouchoux 25042 BESANCON CEDEX 3

représentée par la SCP MONIN - D'AURIAC de BRONS, avoués associés près la Cour
d'Appel de PARIS
assistée de Maître Emmanuel ARNAUD, avocat au barreau de PARIS
Toque C 0722
24, rue de Madrid 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté par M. Jean-Marc BELORGEY, muni d'un pouvoir

- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI

59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS

non représentée

17

BG

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 26 juin 2007, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Madame Brigitte GUYOT, Présidente
- Mme Brigitte HORBE'ITE, Conseillère
- Monsieur Jean-Pierre MARCUS, Conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au Ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues WOIRHAYE, Avocat Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du nouveau Code de procédure civile.

- signé par Mme Brigitte GUYOT, présidente et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

La société Bijourama (ci-après Bijourama), entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée créée en 2002, a pour activité la vente de produits d'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie, exclusivement sur Internet ("pure player"). Elle propose plus de 3.000 références de montres d'environ 35 marques sur son site, et plus particulièrement une gamme étendue de montres de marques grand public vendues à partir de 80 euro comme Timex, Casio, Beuchat, Serge Blanco, Speedo, et de luxe comme Lacoste, Ted Lapidus, Paco Rabanne, Tommy Hilfiger et Cylca. Elle déclare assurer la livraison de ses produits partout dans le monde et offrir à ses clients un service après-vente. Elle indique exploiter d'autres sites de ventes en ligne destinés à l'étranger.

La société par actions simplifiée Festina France (ci-après Festina France) a pour activité l'import, l'export, la vente et la distribution d'articles d'horlogerie et joaillerie. Elle appartient au groupe espagnol Festina Lotus et est depuis 1993 le fournisseur pour la France de l'ensemble des marques et produits de ce groupe - à l'exception de la marque Jaguar -, et plus particulièrement des montres Festina, dont les ventes représentent un chiffre d'affaires de 27 millions d'euros sur le chiffre d'affaires total de 34.084.764 euros réalisé en 2004. Ses produits sont distribués à travers un réseau de distribution sélective qui compte 2600 revendeurs disposant de magasins répartis sur l'ensemble du territoire national.

Par lettre recommandée du 3 mai 2005, Bijourama a demandé à Festina France de l'agréer comme distributeur, puis elle lui a fait sommation par huissier, le 15 juin 2005, de lui communiquer ses conditions générales de distribution des produits Festina ainsi que ses tarifs de vente à ses distributeurs.

17

BG

Dans sa réponse du 23 juin 2005, Festina France a motivé son refus d'agrément par le fait qu'elle vendait ses montres exclusivement par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective constitué de détaillants possédant des magasins de vente ouverts à la clientèle.

En réponse, Bijourama s'est plainte d'un traitement discriminatoire en invoquant les dispositions de l'article 1^{er} du contrat-cadre de distribution que Festina France avait annexé à sa lettre, lequel mentionnait l'existence d'un contrat spécifique rédigé à l'intention des sociétés de vente par correspondance pour la distribution des montres de la marque Festina, sous réserve de remplir certaines conditions. Elle a mis en demeure Festina France de lui adresser, sous huitaine, ce contrat.

Dans sa réponse du 4 juillet 2005, Festina France a indiqué que les dispositions contractuelles ainsi invoquées concernaient les sociétés de vente par correspondance traditionnelles et non les ventes par Internet. Elle a ajouté que, sous réserve de l'existence de points de vente de détail ouverts au public répondant aux critères objectifs fixés par elle dans ses contrats, elle n'était pas opposée à la vente par correspondance et sur Internet par ses distributeurs-détaillants, soit sur la base d'un contrat-type à élaborer, soit, en attendant, sur la base d'autorisations ponctuelles.

Le 13 octobre 2005, Bijourama a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques de Festina France, en dénonçant, d'une part, le caractère illégitime et discriminatoire du refus d'agrément qui lui était opposé, et, d'autre part, le caractère illicite du contrat de distribution sélective de Festina France en ce qu'il excluait la vente sur Internet comme mode de distribution.

Accessoirement à sa saisine au fond, elle a demandé au Conseil de prononcer à l'encontre de Festina France les mesures conservatoires suivantes :

- accorder à Bijourama et à toute entreprise qui en ferait la demande, l'agrément à son réseau de distribution sélective
- lui livrer les produits Festina visés dans sa sommation du 15 juin 2005
- à défaut, communiquer à Bijourama et à toute entreprise qui en ferait la demande, un contrat type de distribution autorisant la vente en ligne selon des critères objectifs et non discriminatoires
- cesser d'opérer des discriminations dans l'agrément de ses distributeurs.

A la suite d'une première séance le 26 janvier 2006, le Conseil a relevé que, son contrat de distribution ne contenant aucune disposition régissant la vente sur Internet, Festina France ne pouvait se fonder uniquement sur celui-ci pour justifier son refus d'agrément. Il a considéré que l'absence de règles applicables à la vente sur Internet, alors que des autorisations ponctuelles et informelles de recourir à ce type de vente étaient données à des distributeurs agréés disposant d'un magasin, était susceptible de conduire à des restrictions de vente active ou passive, et que les questions soulevées, au delà de la validité du refus opposé à la demande d'agrément de Bijourama, portaient sur le problème plus général de la licéité du contrat de distribution sélective de Festina France au regard des règles communautaires et nationales applicables aux restrictions verticales, identifiant ainsi des préoccupations de concurrence.

Compte tenu de la proposition de Festina France de modifier ou compléter son contrat-type de distribution sélective, le Conseil, par décision n°06-S-01 du 23 février 2006, a sursis à statuer et fixé à Festina un délai expirant le 22 mars 2006 pour proposer, par écrit, ses engagements.

Après la communication par Festina France du détail de ses engagements, et l'analyse des observations des tiers intéressés recueillies à la suite de la publication par le Conseil d'un communiqué de procédure contenant un résumé de l'affaire et les projets des nouveaux contrats de distribution proposés par Festina France, le Conseil, par décision

17

RG

n°06-D624 du 24 juillet 2006 a considéré (point 101) "que les engagements proposés apportent une réponse satisfaisante aux problèmes identifiés en l'espèce. Ils portent sur une modification substantielle et crédible de la pratique de l'entreprise concernée et l'abandon d'un contexte susceptible de déboucher sur des comportements anticoncurrentiels", et s'est prononcé ainsi :

Article 1^{er} : Le Conseil accepte les engagements présentés par la société Festina France de proposer à ses distributeurs actuels et futurs son nouveau contrat-cadre de distribution intégrant des stipulations contractuelles applicables à la vente à distance, notamment la vente par Internet, ainsi que ses deux nouveaux contrats spécifiques pour la vente à distance, en ligne par Internet ou par correspondance, tels qu'acceptés lors de la séance du 7 juin 2006. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa publication, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.(...)

Article 2 : Il est mis fin aux procédures enregistrées sous les numéros 05/0077 F et 05/0078M."

Cette décision a été notifiée aux parties le 6 Septembre 2006 puis par lettre en date du 19 Septembre 2006 rectifiant l'erreur matérielle commise dans l'information relative au délai de recours, et précisant que ce délai était d'un mois et non de dix jours.

CECI ETANT EXPOSE

Vu le recours formé le 18 octobre 2006 par Bijourama qui demande d'annuler, subsidiairement de réformer la décision,

Vu la déclaration de jonction à l'instance déposée le 16 novembre 2006 par Festina France, partie en cause devant le Conseil de la concurrence,

Vu l'exposé de ses moyens déposé le 20 novembre 2006 par Bijourama, qui demande de juger recevable et bien fondé son recours, en conséquence de :

- prononcer l'annulation de la décision
- prononcer à l'encontre de Festina France les mesures suivantes :
 - * accorder à la société Bijourama et à toute entreprise qui en ferait la demande, l'agrément à son réseau de distribution sélective, et ce dans le délai d'un mois de la décision à intervenir
 - * livrer à la société Bijourama les produits Festina visés dans sa sommation du 15 juin 2005, et ce dans le délai d'un mois de la décision à intervenir
 - * à défaut, communiquer à la société Bijourama et à toute entreprise qui en ferait la demande, un contrat type de distribution autorisant la vente en ligne selon des critères objectifs et non discriminatoires et ce dans le délai d'un mois de la décision à intervenir
 - * enjoindre à la société Festina France de cesser d'opérer des discriminations dans l'agrément de ses distributeurs
 - * condamner la société Festina France à lui payer la somme de 15.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure civile, ainsi qu'en tous les dépens

Vu le mémoire en réponse de Festina France déposé le 22 février 2007, complété par ses observations déposées le 29 mai 2007, demandant de :

- déclarer recevable et bien fondée sa déclaration de jonction à l'instance
- déclarer mal fondé le recours de Bijourama
- confirmer la décision du Conseil de la concurrence en toutes ses dispositions
- débouter la société Bijourama de l'ensemble de ses demandes
- condamner la société Bijourama à lui payer la somme de 15.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure civile ainsi qu'en tous les dépens,

17

BG

Vu les observations du Conseil de la concurrence déposées le 18 avril 2007,

Vu les conclusions écrites du Ministère public en date du 26 juin 2007, tendant à voir déclarer Bijourama irrecevable en son recours, faute d'intérêt à agir, subsidiairement irrecevable en ses demandes de mesures conservatoires, faute de recours contre la décision du Conseil formé dans les dix jours de sa notification et par assignation, subsidiairement et au fond, mal fondée,

Où à l'audience publique du 26 juin 2007, en leurs observations orales, le Ministère public, les conseils de Bijourama et de Festina, qui ont été mis en mesure de répliquer, et le représentant du Conseil de la concurrence,

SUR CE LA COUR :

- Sur la recevabilité du recours de Bijourama :

Considérant que le Ministère public soutient l'irrecevabilité, pour défaut d'intérêt, du recours formé par Bijourama, partie saisissante, au motif que la décision attaquée n'a pas rejeté sa saisine, ni ne l'a déclarée irrecevable, et qu'elle l'a même validée puisque, après avoir constaté qu'il y avait lieu de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées, le Conseil a prononcé l'une des décisions prévues à l'article L 464-2-2 du code de commerce, en l'occurrence l'acceptation d'engagements de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles, apportant ainsi une réponse positive à une saisine dénonçant de telles pratiques ;

Considérant que l'article L 464-2, alinéa 2 du code de commerce issu de l'ordonnance n°2004-1173 du 4 Novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence dispose que le Conseil de la concurrence peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ; que l'article L 464-8 du même code précise que les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées aux articles L 464-2 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel;

Qu'il résulte de la combinaison de ces textes que Bijourama, qui était en cause devant le Conseil de la concurrence en qualité de partie saisissante, et qui justifie d'un intérêt dans la mesure où la décision d'acceptation d'engagements, en mettant fin à la procédure, ne fait pas droit à ses demandes, est recevable à exercer un recours contre cette décision ;

- Sur la recevabilité de la demande de mesures conservatoires :

Considérant que, selon le Ministère public, faute pour Bijourama d'avoir contesté le rejet de sa demande de mesures conservatoires par voie d'assignation dans les dix jours de la notification de la décision du 24 Juillet 2006 conformément aux dispositions de l'article L 464-7 du code de commerce, sa demande de mesures conservatoires présentée également devant la cour est irrecevable ;

Mais considérant que, s'il n'a pas prononcé de décision spécifique rejetant la demande de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence, en acceptant les engagements proposés, de nature à mettre un terme à une pratique pouvant être qualifiée d'anticoncurrentielle, et en mettant ainsi fin à la procédure, a implicitement rejeté la demande de mesures conservatoires dont il était saisi ; que dès lors, cette même demande, présentée par Bijourama comme étant la conséquence de sa demande d'annulation de la décision, est recevable ;

17

BC

- Au fond, sur l'acceptation des engagements proposés par Festina France :

Considérant que le Conseil de la concurrence a retenu que le règlement de la Commission européenne n°2790/1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accord verticaux était applicable au réseau de distribution sélective de Festina France, et qu'en vertu de l'article 3, paragraphe 1 du dit règlement, cet accord était couvert par l'exemption par catégorie dès lors que la part de marché de Festina France n'était pas supérieure à 30 % ;

Considérant que Bijourama conteste en l'espèce, l'application du dit règlement en l'absence, selon elle, d'affectation du commerce entre Etats membres ;

Considérant que les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales sont tenues, chaque fois qu'elles appliquent leur droit national à des ententes, d'appliquer également des articles 81 et 82 du traité CE, dès lors que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ; que l'affectation du commerce peut n'être potentielle. et est indépendante de la notion de marché en cause, un accord vertical couvrant un seul Etat membre pouvant affecter le commerce entre plusieurs Etats membres ; qu'en l'espèce, sont en cause les conditions dans lesquelles les membres du réseau de Festina France peuvent vendre sur Internet les montres fournies par cette société, et la question de savoir si des vendeurs "pure players" comme Bijourama sont en droit d'effectuer de telles ventes ; que du fait de l'importance du réseau de distribution de Festina France, de sa répartition sur l'ensemble du territoire, y compris dans les zones frontalières, et de la vocation de l'ensemble de ses distributeurs à vendre sur Internet, qui par nature est ouvert au commerce transfrontalier, les questions de concurrence soulevées sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et relèvent donc de l'application du droit communautaire de la concurrence ; que le Conseil a à juste titre estimé que la situation était différente de celle examinée dans sa décision n° 03D60 du 17 Décembre 2003 dont se prévaut Bijourama ; que les exemples cités par Bijourama à l'appui de son recours sont également inopérants, la cour de cassation ne s'étant pas prononcée sur l'affectation du commerce intracommunautaire ;

Considérant ensuite que Bijourama reproche au Conseil d'avoir appliqué le seuil de 30 % sans procéder à une analyse approfondie du marché pertinent et sans rechercher si, par l'effet cumulatif des réseaux de distribution sélective du groupe Festina Lotus dans l'ensemble de la communauté européenne, ce seuil de 30 % n'était pas atteint ou dépassé ;

Mais considérant à cet égard que le Conseil de la concurrence a justement estimé que la procédure d'engagements présentait des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des articles L 410-1 ou L 410-2 du code commerce, ni a fortiori à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent ; que le Conseil, s'appuyant sur un ensemble de données fournies, tant par les organismes professionnels du secteur de l'horlogerie, que par les études réalisées sur ce marché, a pu exactement constater que, quel que soit le marché pertinent par nature de produits - montres de gamme économique, de moyenne gamme entre 100 euros et 300 euros, ou de plus haute gamme - , Festina France ne détenait pas une part de marché supérieure à 30 % ; qu'en effet, en 2004, année de référence au sens de l'article 9 -2, a) du règlement 2790/1999, la part de marché de Festina France était de 6 % sur le marché des montres économiques et de 9 % sur le marché des montres de moyenne gamme ; qu'au surplus, en 2005, elle n'avait réalisé que 3,4 % des ventes totales de montres en France, observation étant faite qu'il n'a jamais été contesté par Bijourama que le marché en cause était national et non européen, ce qui rend inopérante son argumentation relative à un éventuel effet cumulatif des réseaux de distribution du groupe Festina Lotus dans l'ensemble de la communauté ;

17 RG

Considérant que Bijourama soutient que le choix de réserver la vente sur Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective disposant d'un point de vente physique constitue une interdiction de ventes passives, et en tant que telle une restriction caractérisée de concurrence ne pouvant bénéficier d'aucune exemption ; qu'elle prétend en outre que l'exigence de la possession d'un point de vente physique ne repose sur aucune considération objective ;

Mais considérant qu'ainsi que l'a rappelé le Conseil, Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vente sur Internet, ni ne se réserve cette activité, et qu'il résulte même des engagements présentés, que chacun des distributeurs de son réseau peut recourir à la vente sur Internet sous réserve de respecter certaines conditions ; que, présente non seulement sur le segment des montres de moyenne gamme, mais aussi sur le segment haut avec la marque Festina Or, elle est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n'intervienne, dans l'intérêt même des consommateurs, qu'en complément d'un point de vente physique ;

Considérant que Bijourama soutient encore que le Conseil de la concurrence a fait une mauvaise appréciation des effets discriminatoires, à son égard, de ventes de montres du groupe Festina Lotus à un "pure player", la société "vente-privée.com", réalisées du 17 au 19 mai 2006 et du 15 au 17 novembre 2006, qui illustrent selon elle l'absence de crédibilité des arguments invoqués pour justifier l'exclusion des vendeurs "pure-players" du réseau de distribution de Festina France ;

Mais considérant qu'il ressort des éléments produits que les ventes dont s'agit sont occasionnelles, limitées à quelques jours, qu'elles s'adressent aux membres abonnés d'un club et qu'elles concernent des produits de fins de série ; que c'est donc par des motifs pertinents que le Conseil de la concurrence a estimé que ces ventes étaient suffisamment distinctes, tant de celles effectuées par des "pure player" comme Bijourama, que de celles effectuées par les membres du réseau de distribution sélective de Festina France, pour ne pas affecter de manière substantielle le cadre de l'analyse des engagements de Festina France ;

Considérant que les contrats proposés par Festina France ouvrent expressément la possibilité aux distributeurs agréés de vendre les produits sur Internet et par correspondance, selon des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires ; que les obligations spécifiques prévues par le contrat de vente sur Internet, concernant en particulier la mise en valeur des marques du groupe Festina sur les sites, le contrôle de la publicité et la fourniture d'informations aux clients, ne sont pas de nature à entraver la vente en ligne ; que c'est par une exacte appréciation que le Conseil a estimé que ces engagements, rendus obligatoires par sa décision d'acceptation, mettaient fin aux préoccupations de concurrence identifiées ;

Considérant qu'il convient en conséquence de débouter Bijourama de son recours et de rejeter l'ensemble de ses demandes, étant relevé par ailleurs que celle-ci, à l'appui de sa demande de mesures conservatoires, n'établit en rien l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs et même à ses propres intérêts, le fait qu'elle ne puisse distribuer les montres de la marque Festina pouvant tout au plus constituer un simple manque à gagner ;

Considérant que Bijourama, qui échoue dans ses prétentions, devra supporter la charge des dépens ;

PAR CES MOTIFS :

Dit recevable, mais non fondé, le recours de la société Bijourama

En conséquence, le rejette

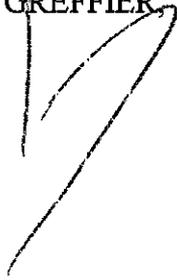
17

BC

Condamne la société Bijourama aux entiers dépens

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, condamne la société Bijourama à verser à la société Festina France la somme 15.000 euros.

LE GREFFIER,



LA PRÉSIDENTE,

