

COMM.

AM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **7 avril 2010**

Non-admission

Mme FAVRE, président

Décision n° 10198 F

Pourvoi n° G 09-11.681

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par la société Maxi Toys France, société anonyme, dont le siège est Garocentre, Rue de l'Yser - B7110, Houdens Goegnies (Belgique),

contre l'arrêt rendu le 28 janvier 2009 par la cour d'appel de Paris (1re chambre civile section H), dans le litige l'opposant :

1°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, domicilié en cette qualité Bâtiment 5, 59 Boulevard Auriol, 75703 Paris cedex 13,

2°/ au président du conseil de concurrence, domicilié en cette qualité 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 mars 2010, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Tric, conseiller doyen, Mme Petit, premier avocat général, Mme Laoufi, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Thomas-Raquin et Bénabent, avocat de la société Maxi Toys France, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président du conseil de concurrence ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les conclusions de Mme Petit, premier avocat général, à la suite desquelles le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

DECLARE non admis le pourvoi ;

Condamne la société Maxi Toys France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept avril deux mille dix.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Thomas-Raquin et Bénabent, avocat aux Conseils pour la société Maxi Toys France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société MAXITOYS contre la décision du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2007, l'ayant condamné pour entente verticale sur les prix à payer une amende de 1.800.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE «la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volonté des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en oeuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation ; que, s'agissant d'une entente sur les prix, cette démonstration résulte soit de la signature de clauses contractuelles claires, soit de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants, généralement constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs, des prix de revente au public, la mise en oeuvre d'une police ou au moins d'une surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués, la preuve de chacun de ces indices étant elle-même libre et pouvant être établie par tout moyen ; qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rechercher si certaines clauses contractuelles, négociées en vue d'accorder des marges arrière aux distributeurs, parce qu'elles seraient anticoncurrentielles par elles-mêmes, constitueraient une preuve suffisante des ententes, ce mode de preuve proposé par les rapporteurs pour certaines des sociétés poursuivies, contesté par le commissaire du gouvernement, ayant été délaissé par le Conseil au profit du faisceau d'indices, plus exigeant puisque, s'il retient de telles clauses pour sa démonstration, il les appréhende, non comme anticoncurrentielles en elles-mêmes, mais seulement comme étant de nature à établir le premier indice, relatif à l'évocation des prix, appelant nécessairement l'examen des deux autres, police ou surveillance des prix et application dans une proportion significative des prix évoqués ; qu'il en résulte que la cour doit, des lors, examiner les preuves de chacun des trois indices à la charge de chacune des entreprises ; 2.1 Sur l'évocation des prix : que s'agissant de rechercher si les fabricants de jouets ont pu faire connaître aux distributeurs les prix auxquels ils souhaitaient voir leurs produits vendus aux consommateurs - étant souligné qu'une telle évocation n'est pas illicite en soi mais n'est envisagée qu'au titre du premier indice d'une entente verticale sur les prix, amenant nécessairement la vérification de l'existence du deuxième, puis du troisième indice - le Conseil a d'abord examiné la négociation des conditions commerciales, puis étudié certains

aspects des relations entre fournisseurs et grandes surfaces spécialisées, enfin constaté dans certains cas la diffusion directe de prix conseillés ; [...]; 2.1.2 Sur les relations entre fournisseurs et grandes surfaces spécialisées : qu'il est constant que, à la différence des grandes surfaces alimentaires qui, comme il a été précédemment indiqué, étaient toutes tenues de respecter un prix de revente minimum par l'effet conjugué de l'absence systématique de remise déductible et de la loi interdisant la revente à perte, les grandes surfaces spécialisées obtenaient de certains fabricants, notamment des sociétés Mega Brands et Hasbro, des remises déductibles qui leur permettaient, parce qu'elles déterminaient pour elles un seuil de revente à perte inférieur, de revendre les mêmes produits moins chers que les grandes surfaces alimentaires ; que néanmoins, il ressort des déclarations du directeur général de la société Mega Brands que : « les spécialistes ne retiennent pas les remises sur factures dans le calcul du seuil de revente à perte. Aussi le SRP sera identique au niveau de l'ensemble de la distribution. Lors de la sortie des catalogues de Noël, tous les professionnels vérifient les prix pratiqués par la concurrence. Ils se rapprochent de notre société afin de connaître les produits qui figureront sur les catalogues des concurrents. Tous les clients nous confirment les prix auxquels ils vont vendre les produits. Je sais à l'avance le prix auxquels ils vont vendre les produits car il s'agit du tarif plus la TVA à savoir le seuil de revente à perte » ; que, parmi les pièces saisies, figurent des contrats de partenariat entre la société Mega Brands et la société Pick Wick, pour Noël 2002 et 2003, sur lesquels la dénomination, la référence et le prix de vente conseillé des jouets sont mentionnés, des télécopies transmises par Mega Brands à Joué Club les 18 et 29 mars 2002, confirmant des prix publics catalogue, égaux au prix tarif plus TVA, ainsi qu'un message électronique de Mega Brands à la société La Grande Récré, du 26 février 2003, dans lequel apparaissent des préconisations de prix sur quelques références ; que le représentant de la société Maxi Toys a par ailleurs indiqué que, Hasbro avait commis une erreur en 2002 en communiquant ses prix, ayant oublié d'y ajouter la TVA ; que ces éléments illustrent le constat que les prix des jouets de ces fabricants dans les catalogues des grandes surfaces spécialisées étaient alignés sur ceux des grandes surfaces alimentaires et correspondaient au seuil de revente à perte de ces dernières, égal au prix d'achat négocié avec les fournisseurs, un tel constat confirmant que les distributeurs spécialisés avaient été mis en mesure de connaître le prix de revente souhaité par leurs fournisseurs ; 2.1.3. Sur la diffusion de prix conseillés par les fournisseurs aux distributeurs : que le représentant de la société Maxi Toys, société belge qui s'approvisionne, non pas auprès de fournisseurs français, mais sur le marché belge, a pourtant expliqué que les fabricants de jouets français communiquaient leurs tarifs à Maxi Toys en lui demandant, « pour ne pas perturber le marché », de s'aligner sur le seuil de revente à perte français ; que certaines pièces du dossier confirment que les sociétés Mega Brands, Puériculture de France et

Hasbro étaient très attentives à la connaissance par la société Maxi Toys de leurs tarifs respectifs ; que le Conseil a constaté que de nombreux éléments du dossier établissaient que la société Lego préconisait les prix de revente aux consommateurs à l'ensemble de ses distributeurs durant les années 2001, 2002, 2003 et 2004 ; que la société Lego ne discute pas ce constat, se bornant à rappeler que les prix conseillés ne sont interdits que s'ils sont, de fait, des prix fixes ou minima imposés ; que telle a été précisément la démarche du Conseil, de vérifier d'abord que les prix de revente avaient été évoqués entre fournisseurs et distributeurs ; que ce premier indice est évidemment caractérisé des lors que, comme c'est le cas de Lego, le fournisseur conseille à ses distributeurs les prix de revente, un tel constat impliquant de rechercher ensuite dans quelle mesure les prix ainsi conseillés sont imposés et appliqués ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est au terme d'une analyse exacte des éléments du dossier et par des motifs pertinents que la cour adopte que le Conseil a retenu que la première branche du faisceau d'indices était caractérisée notamment :

- pour l'ensemble des fournisseurs en cause avec l'ensemble des grandes surfaces alimentaires en 2001, 2002, 2003 et 2004, - pour la société Mega Brands avec les sociétés EPSE Joué Club en 2002, Pick Wick en 2002 et 2003 et La Grande Récré en 2003, - pour l'ensemble des fournisseurs de Maxi Toys en 2001, 2002, 2003 et 2004, - pour la société Lego avec l'ensemble de ses distributeurs en 2001, 2002, 2003 et 2004 ; 2.2. Sur les mesures de police ou de surveillance des prix : que la saisine du Conseil dans le cadre de la présente procédure trouve principalement son origine dans une opération mise en oeuvre par société Carrefour intitulée « Carrefour rembourse 10 fois la différence », analysée comme une mesure de surveillance ou de police des prix ; qu'en effet, en promettant à ses clients de leur payer dix fois la différence, pour un produit déterminé, entre le prix payé à Carrefour et le prix de vente appliqué par un concurrent dans un rayon de trente kilomètres, cette société rémunérait d'éventuels indicateurs chargés de la renseigner sur le comportement de ses concurrents ; que les conditions de mise en oeuvre de cette opération, reconduite de 2001 à 2004, l'exploitation des renseignements ainsi obtenus, et d'autres indices, tirés d'éléments de preuve de toute nature, tels que dénonciations, rappels à l'ordre, pressions ou menaces, ont révélé que des actions de police des prix dans le secteur objet de l'enquête avaient été menées à l'initiative de certains fournisseurs et avec la participation de divers distributeurs dont il convient de préciser, pour chacun d'eux, la nature des agissements ; 2.2.1. Sur l'opération mise en oeuvre par la société Carrefour : que la décision, se référant aux éléments recueillis lors de l'enquête, expose, aux § 237 et

suivants, que la société Carrefour a centralisé, au moyen de cette opération, les informations relatives aux demandes de remboursement révélatrices de prix pratiqués par la concurrence inférieurs aux siens dans des documents décrivant, pour chaque cas, la réponse à apporter à l'écart de prix constaté, laquelle pouvait être, soit de baisser ses propres prix dans l'hypothèse où elle-même avait commis une erreur dans le calcul du seuil de revente à perte, soit d'agir auprès du fournisseur pour obtenir un nouveau prix d'achat ou pour que celui-ci intervienne à son tour auprès du concurrent pour que celui-ci relève ses prix ; que cette pratique, démontrée par l'élaboration, en 2001, de tableaux intitulés « alignements concurrents du jouet de Noël », a été reconduite et systématisée en 2002 et 2003 par la création d'une note diffusée auprès de tous les magasins, intitulée « info du Père Noël », ayant pour objet de diminuer le nombre des demandes de remboursement en avisant les responsables des « informations telles que les errata de nos concurrents ou les alignements de prix que nous aurons négociés » ; que le processus mis en oeuvre à l'occasion de cette campagne a été décrit précisément par le « leader métier jouet » de la société Carrefour qui a expliqué « nous avons contacté les différents producteurs de jouets de marque en France suite aux différents litiges consommateurs afin de comprendre comment des concurrents qui s'approvisionnent aux mêmes conditions que Carrefour (en France à des tarifs uniques et sans remises avant) peuvent pratiquer des prix inférieurs aux nôtres alors que nous sommes au seuil de revente à perte [...]. Dès que nous ne comprenons pas comment un concurrent peut pratiquer des prix inférieurs aux nôtres par rapport au seuil de revente à perte, nous contactons les fabricants qui contactent les concurrents ; nous sommes destinataires des errata publiés par ces derniers. Si un fabricant n'a pas d'explication à nous fournir, nous nous efforçons de renégocier le prix d'achat du produit à la baisse dans l'intérêt des consommateurs » ; que le mécanisme ainsi décrit est illustré par plusieurs exemples, mentionnés dans la décision, d'interventions auprès de fabricants, mais aussi auprès de distributeurs concurrents, suivies, soit de corrections à la hausse des prix de ces concurrents, soit de compensations financières obtenues des fabricants, soit encore du retrait des rayons des articles litigieux ; que cet ensemble d'éléments caractérise la mise en oeuvre d'une surveillance des prix suivie d'actions menées aux fins d'obtenir de la part des fournisseurs qu'ils exercent une police des prix sur les distributeurs concurrents ; 2.2.2. Sur les actions de surveillance ou de police des prix mises en oeuvre par les fournisseurs ; que divers documents analysés aux § 271 à 274 de la décision montrent que la société Puériculture de France, en novembre 2002, est intervenue à la demande de la société Carrefour auprès de distributeurs tels que les sociétés PicWick et Auchan pour que ces derniers remontent à 49,99 euros, prix de vente pratiqué par la société Carrefour, le prix d'un produit qu'elles vendaient elles-mêmes à 44,99 euros ; qu'une intervention de même nature a été effectuée auprès de Maxi Toys ; que, d'ailleurs, un

message de la société Puériculture de France adressé à la société Carrefour le 8 novembre 2002 indique : « nous vous confirmons que notre force de vente contrôle au quotidien les prix pratiqués par cette enseigne » (i.e. Maxi Toys) ; que la circonstance que la société Puériculture de France ait été conduite à participer ainsi à la police des prix sous la pression de la société Carrefour, qui était son plus gros acheteur, n'est pas de nature à l'exonérer de toute responsabilité au titre de ce deuxième indice ; que s'agissant de la société Hasbro que les déclarations du représentant de la société Carrefour, citées au § 285 de la décision, complétées par celles du représentant de la société Maxi Toys, reprises au § 291, selon lesquelles « Hasbro est le fournisseur qui tente le plus d'obtenir des errata afin que nous nous alignions sur les prix français », témoignent de ses efforts pour obtenir l'homogénéité des prix de revente de ses produits par les distributeurs ; qu'il résulte d'un message électronique interne de la société Carrefour du 13 novembre 2002 que, suite au constat d'un prix de revente jugé trop faible par cette société dans un magasin de Saint Malo d'un produit de la société Hasbro, cette dernière « s'est engagée à envoyer sa force de vente sur place pour faire retirer les produits de la vente chez ce revendeur » ; que ces éléments démontrent l'implication de la société Hasbro dans un système de police des prix, comme la décision l'a retenu au § 564 ; que plusieurs documents analysés aux § 321 à 328 de la décision montrent l'influence déterminante de la société Mega Brands auprès de la société Maxi Toys en matière de fixation des prix de revente ; que c'est ainsi que, dans une télécopie envoyée le 23 octobre 2002 par le siège de Maxi Toys à ses magasins, il est précisé, s'agissant de Mega Brands, « il est très important que tous les produits concernés soient bien réétiquetés au prix correct (prix le plus élevé). Nous vous demandons d'être particulièrement attentifs car les fournisseurs vont effectuer des contrôles dans nos magasins » ; que le représentant de la société Mega Brands a lui-même déclaré : « dès qu'une erreur de prix s'est glissée dans le catalogue de l'un de nos clients, cela ne s'est produit qu'une seule fois avec Maxi Toys à Noël 2002, l'ensemble des concurrents me contacte afin de connaître l'origine de cette erreur. Je dois trouver une solution commerciale pour contenter le concurrent mécontent » ; que, en 2003, un message envoyé par la société Mega Brands à la société Carrefour indique : « faisant suite à ton intervention téléphonique [...] à propos des marges négatives développées sur les ventes de certains produits Mega Blocks, nous avons lancé une opération commando avec nos représentants hier soir et avons effectué des relevés de prix dans 14 magasins entre 18 heures et 22 heures dans toute la France » ; que les éléments de l'enquête exposés aux § 299 à 316 et analysés aux § 566 à 571 de la décision démontrent que la société Lego a conduit une police des prix en 2001, 2002 et 2003 ; que les comptes rendus des forces de vente montrent que celles-ci exerçaient une surveillance méticuleuse et systématique de l'application de ses prix conseillés par les distributeurs, distinguant les secteurs sous

contrôle de ceux où une action était à mener ; que d'autres documents font état d'actions «contre les dérapages des prix» ou en faveur de «l'alignement des prix» ou encore «pour les faire remonter» ; 2.2.3. Sur la participation des distributeurs à la police des prix : qu'il a déjà été indiqué que, par l'opération mise en oeuvre par la société Carrefour, précédemment examinée, cette société était intervenue auprès de fournisseurs pour leur dénoncer les distributeurs concurrents qui n'appliquaient pas les prix fixés au seuil de revente à perte ou les prix conseillés ; que les pièces du dossier portent ainsi la trace d'interventions auprès des sociétés Puériculture de France, Hasbro, Mega Brands, Lego et d'autres fournisseurs ; que la participation de la société Carrefour à la police des prix des fournisseurs est établie, comme il a déjà été indiqué ; qu'il est également démontré par nombreux documents que la société Maxi Toys, pourtant bénéficiaire de prix d'achats inférieurs à ceux de ses concurrents dans la mesure où elle se fournissait sur le marché belge, s'est refusée avec constance à pratiquer des prix de vente inférieurs à ses concurrents français, son représentant ayant même benoîtement expliqué : « afin que Maxi Toys ne perturbe pas (souligné par la cour) le marché français, les fabricants de jouets français nous présentent les tarifs d'achat en France et nous demandent d'obtenir des marges supérieures et par conséquent de gagner de l'argent » ; que, comme le démontrent les courriers adressés par la société EPSE Joué Club le 18 octobre 2002 au fournisseur Goliath et le 17 octobre 2002 à la société Mega Brands, ainsi que d'autres éléments rappelés aux § 600 et suivants de la décision, le Conseil a retenu à juste titre que cette société avait non seulement obtempéré aux demandes des fabricants de relever ses prix mais est aussi intervenue directement auprès de fournisseurs pour dénoncer des concurrents déviants en 2002 ; que la preuve, comme l'a retenu le Conseil à juste titre, est ainsi apportée de la mise en oeuvre d'une police des prix par les sociétés Puériculture de France en 2002, Hasbro et Mega Brands en 2002 et 2003, Lego en 2001, 2002 et 2003 et de la participation à celle-ci des sociétés Carrefour en 2001, 2002 et 2003, Maxi Toys en 2002 et 2003 et EPSE Joué Club en 2002 ; 2.3. Sur l'application significative des prix évoqués : que, de même que l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut s'interpréter comme une invitation des premiers aux seconds à s'entendre sur ces prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardés comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en oeuvre d'une police des prix ; que l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que des relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application ; que s'agissant des, éléments qualitatifs, que les déclarations du représentant de la société

Carrefour, à la lumière des documents cités au § 347 de la décision, montrent que les produits en catalogue de fin d'année sont vendus sans marge alors que les conditions générales de vente sont les mêmes pour toute la grande distribution et aboutissent au même seuil de revente à perte ; que le représentant de la société EPSE Joué Club a déclaré : « notre savoir-faire et notre expérience nous permettent d'anticiper les produits qui seront en GSA et nous incitent à mettre les produits au prix tarif + TVA. Les remises, qu'elles soient sur facture ou non, ne sont jamais réintégrées dans les prix de vente en raison des coûts que nous devons supporter et des frais d'activités des magasins dans le jouet » ; que de multiples messages, courriers ou déclarations de distributeurs analysés aux § 356 et suivants de la décision ne laissent aucun doute quant à l'application généralisée par la distribution des prix de vente conseillés par la société Lego pour ses produits, comme le révèlent des formules telles que « Le respect des PVC est aujourd'hui relativement bien maîtrisé dans l'ensemble des enseignes », ou « j'ai contrôlé la zone de chalandise [...] la concurrence est au bon prix », ou encore, dans un message de la société Carrefour se plaignant du comportement des magasins Leclerc : « nous rencontrons des difficultés de PVC avec LEGO. En effet, il me semblait que les PVC préconisés étaient appliqués par tous y compris les concurrents » ; que s'agissant des éléments quantitatifs, le Conseil ayant défini l'entente poursuivie comme portant sur la distribution des jouets figurant sur les catalogues diffusés par les distributeurs à partir de fin octobre et valables jusqu'en décembre de chaque année entre 2001 et 2004, l'étude des prix relevés sur ces mêmes catalogues est pertinente s'agissant de rechercher dans quelle mesure les prix de vente des jouets présentés sur ces catalogues, significativement identiques pour les produits des fabricants quel que soit le distributeur, sont au moins égaux aux prix évoqués entre fournisseurs et distributeurs, étant rappelé que, en l'espèce, les prix évoqués sont, soit les prix de vente des fournisseurs aux distributeurs dans la mesure où, comme il a été indiqué, ces prix ont été fixés dans des conditions telles (absence systématique de marges avant et négociations portant sur les seules marges arrière envisagées globalement) qu'ils représentaient en réalité des prix de revente minimum, soit les prix conseillés ; qu'au contraire de ce que soutiennent certaines sociétés requérantes, qu'il n'y a pas lieu de rechercher si, au regard de la diversité des jouets mis en rayon, l'échantillonnage de ceux présentés sur catalogue est suffisamment représentatif, ni de tenir compte des remises effectuées en caisse, qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser les clients et constituent des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu et ne sauraient dès lors être pris en considération dans l'appréciation de la politique tarifaire du distributeur vis-à-vis des marques ; que les prix figurant sur les catalogues

sont au demeurant obligatoires pour les magasins qui les diffusent, ainsi que l'ont confirmé les représentants des sociétés Carrefour et EPSE Joué Club ; que le Conseil relève enfin pertinemment que les catalogues distribués à domicile jouent un rôle déterminant dans l'arbitrage des consommateurs entre les différentes enseignes et que la mise sous presse et la diffusion, à l'initiative des distributeurs, de ces catalogues présentant des prix convenus avec les fournisseurs constituent un premier indice d'un accord de volonté entre fournisseurs et distributeurs sur une pratique d'entente de nature à fausser le jeu de la concurrence ; qu'il n'est pas contesté qu'une étude de cette sorte est jugée démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués ; que les tableaux récapitulatifs dressés à partir des relevés des prix sur les catalogues, reproduits aux § 375, 377 et 378 de la décision, font apparaître que les prix de référence, tels que précédemment définis, ont été appliqués dans les proportions suivantes : - s'agissant de la proportion des prix catalogue supérieurs à 99 % du prix de référence, par producteur :

| | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|-----------------------|------|------|------|------|
| Périculture de France | 94% | 99% | 78% | 100% |
| Hasbro | 99% | 98% | 96% | 99% |
| Mega Brands | 100% | 99% | 99% | 100% |
| Lego | 80% | 73% | 99% | 56% |

- s'agissant de la proportion des prix catalogue supérieurs à 99 % du prix de référence, par distributeur :

| | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|-----------|------|------|------|------|
| Joué Club | 99% | 98% | 98% | 98% |
| Maxi Toys | — | 97% | 96% | 98% |
| Carrefour | 98% | 97% | 97% | 98% |

qu'en égard à ce qui a été précédemment indiqué sur le seuil de 80 % à partir duquel la proportion des prix appliqués doit être regardée comme significative, que ces données démontrent une application significative

des prix, tant du point de vue des distributeurs en cause pour les quatre années examinées, sauf pour la société Maxi Toys en 2001, que de celui des producteurs, sauf pour les sociétés Puériculture de France en 2003 et Lego en 2002 et 2004 ; qu'en ce qui concerne les distributeurs, le Conseil a cependant précisé ces données de l'enquête en ne retenant de la totalité des prix relevés que ceux appliqués par ces distributeurs pour les seuls produits de fournisseurs à l'égard desquels les autres indices de l'entente avaient été démontrés, soit les sociétés Puériculture de France, Goliath, Hasbro, Lego et Mega Brands pour les sociétés Carrefour et Maxi Toys et les sociétés Goliath et Mega Brands pour la société EPSE Joué Club ; que les données ainsi retraitées, telles qu'elles apparaissent dans les tableaux des § 665, 667 et 673 de la décision, respectivement pour les sociétés Carrefour, EPSE Joué Club, et Maxi Toys, chacune dans ses rapports avec ses fournisseurs et pour les années examinées, révèlent dans chacun des cas des pourcentages largement supérieurs à 80 % ; que s'agissant des fournisseurs et spécialement de la société Lego, que le pourcentage inférieur à 80 % observé pour 2002 a conduit le Conseil à approfondir son étude en procédant à une analyse des relevés de prix distinguant la situation dans les grandes surfaces alimentaires, qui n'ont pas globalement respecté les prix conseillés, et les grandes surfaces spécialisées, dans lesquelles les produits Lego sont beaucoup plus nombreux, qui ont, quant à elles, appliqué les prix de vente conseillés dans une proportion de 90 %, ce qui a permis au Conseil de retenir que, si la société Lego avait rencontré quelques difficultés à faire respecter ses prix conseillés, notamment dans ses relations avec certaines grandes surfaces alimentaires, les données constatées confirmaient néanmoins que, globalement, l'application de ces prix a bien été significative pour la saison 2002 ; que la critique formulée par la société Lego à l'égard de la méthode suivie par le Conseil manque donc en fait en ce qu'elle lui reproche de n'avoir pas distingué entre grandes surfaces alimentaires et spécialisées ; qu'il a déjà été dit que l'observation des prix mentionnés sur les catalogues était pertinente et qu'il n'y a donc pas lieu, compte tenu de l'importance économique et commerciale de ces catalogues, de rechercher si les prix réellement appliqués pouvaient être inférieurs à ceux figurant sur ces catalogues, ni de prendre en compte les prix appliqués par les distributeurs ne diffusant pas de catalogue ; que c'est encore en vain que la société Lego reproche au Conseil de n'avoir pas tenu compte des ventes réalisées par les enseignes ne respectant pas les prix imposés, de l'écart entre le prix qu'elles pratiquent et le prix recommandé, tant en catalogue qu'en rayon, et enfin de l'impact de la politique commerciale de ces enseignes sur le prix moyen d'achat de ses produits par les consommateurs ; que ces suggestions confondent en effet la démonstration du caractère anticoncurrentiel des pratiques et l'appréciation du dommage à l'économie ; que, de même, le nombre de catalogues dans lesquels figure un jouet déterminé n'est pas discriminant dans la mesure où plusieurs facteurs sont susceptibles d'inciter un

distributeur qui est seul à présenter un certain jouet en catalogue à en baisser le prix ; qu'en outre, les remises de fidélité accordées par les distributeurs - à supposer qu'elles fussent toutes connues dans le détail ou qu'il fut justifié d'en tenir compte, ce qui n'est pas le cas - n'étaient pas, en toute hypothèse, de nature à modifier de manière sensible le taux d'application des prix évoqués ; qu'enfin, s'agissant des produits Lego, la revente aux prix recommandés résultait des contraintes liées à l'entente, indépendantes de la réglementation sur le seuil de revente à perte ; 2.4. Récapitulation des griefs : qu'à ce stade, c'est en définitive par des motifs suffisants, exacts et pertinents, que la cour fait siens, que le Conseil a estimé que la réunion des trois indices était établie et, par suite, démontrée l'existence d'une entente verticale ayant pour objet et pour effet d'empêcher la fixation de prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence entre : - la société Puériculture de France et l'ensemble de ses distributeurs en 2002, - la société Hasbro et l'ensemble de ses distributeurs en 2002 et 2003, - la société Mega Brands et l'ensemble de ses distributeurs en 2002, - la société Lego et l'ensemble de ses distributeurs en 2001, 2002 et 2003, - la société Maxi Toys avec ses fournisseurs Puériculture de France, Goliath et Mega Brands en 2002 et Hasbro en 2002 et 2003, - la société Carrefour avec ses fournisseurs Puériculture de France, Goliath et Mega Brands en 2002, Hasbro en 2002 et 2003 et Lego en 2001, 2002 et 2003, - la société EPSE Joué Club avec son fournisseur Goliath en 2002 » (cf. arrêt pp. 9 à 17) ;

ALORS D'UNE PART, QU'en vertu des articles L 420-1 du code de commerce et 81§1 du Traité de Rome, une entente verticale repose sur un accord de volonté entre un fournisseur et le distributeur qu'il fournit ; qu'en retenant, en l'espèce, une entente entre la société MAXITOYS et plusieurs fournisseurs français, tout en constatant que « la société MAXITOYS, société belge... s'approvisionne, non pas auprès des fournisseurs français, mais sur le marché belge », la Cour d'appel a violé les textes précités ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en vertu des articles L 420-1 du Code de commerce et 81 §1 du Traité de Rome, l'entente suppose un accord de volontés non contraintes ; qu'en ne recherchant pas, en l'espèce, comme elle y était invitée si, après avoir dans un premier temps pu résister aux pressions qu'elle subissait de la part des fabricants, dans un second temps, compte tenu de l'incendie survenu le 4 décembre 2002, dans l'entrepôt international de 10.000 m² dont elle disposait, la privant de tout stock avant la période de Noël, la société MAXITOYS n'avait plus eu les moyens de s'opposer aux pressions des fournisseurs, en raison du risque de cessation des livraisons des fabricants, à la centrale d'achat auprès de laquelle elle s'approvisionnait, et si cette contrainte économique ne présentait pas un caractère irrésistible excluant qu'elle ait pu consentir

librement à un alignement de prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

ALORS DE TROISIEME PART, QU'en vertu des articles L 420-1 du Code de commerce et 81 § 1 du Traité de Rome, l'entente suppose un accord de volontés non contraintes ; qu'en relevant que la preuve de la participation de la société MAXITOYS à la police des prix retenue à l'encontre de certains fournisseurs, est établie par le fait que MAXITOYS s'est soumise à la contrainte de ces fabricants, en alignant le prix de ses magasins sur le prix conseillé par le fabricant, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

ALORS DE QUATRIEME PART, QUE la société MAXITOYS avait fait valoir dans son mémoire devant la Cour d'appel, « qu'elle avait mis en place un système qui lui permettait de détourner les pressions que les fournisseurs exerçaient sur elle, les magasins de la société MAXITOYS FRANCE n'appliquant qu'exceptionnellement les errata communiqués à ses fournisseurs » ; que le Conseil avait lui-même relevé le caractère artificiel de ses errata non appliqués » (cf § 598) et que « des éléments du dossier indiquent qu'à plusieurs reprises elle a publié des errata à la hausse à la demande des fournisseurs, tout en continuant à faire bénéficier ses clients des prix antérieurs grâce à des systèmes d'avoirs en caisse » (cf § 730) ; qu'en affirmant néanmoins qu'il « serait démontré par nombreux documents que la société MAXITOYS (...) s'est refusée avec constance à pratiquer des prix de vente inférieurs à ses concurrents français » sans préciser les éléments de preuve sur lesquels elle se fondait ni s'expliquer sur la non application par la société MAXITOYS des errata qu'elle publiait de façon artificielle pour détourner les pressions des fournisseurs, la Cour d'appel a entaché sa décision de défaut de motifs en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS ENFIN QUE dans son mémoire devant la Cour d'appel, la société MAXITOYS avait soutenu que le tableau, dressé par le Conseil de la concurrence (p. 145 § 673 de sa décision) pour démontrer que plus de 80% des prix évoqués avaient été appliqués par la société MAXITOYS, était imprécis et erroné puisque le Conseil se fondait sur 52 références en 2002 et 72 références en 2003, alors que la société MAXITOYS n'avait en tout état de cause commercialisé pendant les périodes incriminées, que 41 des références litigieuses en 2002, et 35 en 2003, ce qui excluait qu'elle ait pu respecter des prix imposés sur des articles non commercialisés ; qu'en se contentant de reprendre les tableaux présentés par le Conseil aux § 375, 377 et 378 de sa décision, c'est-à-dire les tableaux dressés avant la notification de griefs, et donc avant l'ouverture de la procédure contradictoire, puis de se référer aux tableaux des § 665, 667 et 673, établis après la procédure contradictoire, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société MAXITOYS avait bien

commercialisé les produits sur lesquels on lui reproche d'avoir procédé à un alignement de prix, produits visés dans le tableau du §673 de la décision du Conseil, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société MAXITOYS contre la décision du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2007, l'ayant condamné pour entente verticale sur les prix à payer une amende de 1.800.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « l'article L. 461-2 I du code de commerce dispose que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » ; que le même texte dispose encore : « le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » ; 3.1. Sur la gravité des pratiques : que les ententes verticales sur les prix, constitutives de « restrictions caractérisées » au sens du règlement européen n°2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles ; que les effets de telles pratiques, avantageuses pour les fournisseurs comme pour les distributeurs, tendent en effet à éliminer la concurrence intra-marque, laquelle mérite d'autant plus d'être préservée que les consommateurs sont attachés aux marques, même si la concurrence inter-marque demeure ; Que le Conseil appuie son appréciation de la gravité sur des travaux économiques montrant que, s'agissant de l'application de prix minima imposés, l'élimination de la double marge n'est jamais suffisante pour compenser la perte de surplus du consommateur due à la réduction de la concurrence ; que la gravité de telles pratiques est encore accentuée lorsque elle est le fait, ainsi que l'a souligné le Conseil à juste titre, de distributeurs qui se font, auprès du

public, une réputation d'appliquer les prix les plus bas possibles, comme c'est précisément le cas en l'espèce de la société Carrefour et de sa campagne «Carrefour rembourse dix fois la différence », qui a utilisé, à leur insu, les consommateurs comme agents anticoncurrentiels ; que le Conseil a encore pertinemment relevé que la société EPSE Joué Club, à la tête du premier réseau de distribution spécialisé du jouet en France, avait érigé en système l'absence de concurrence sur les prix ainsi que le confirme une déclaration du représentant de cette société n'hésitant pas à évoquer à ce sujet, dans une déclaration recueillie par procès-verbal du 21 juillet 2004 qui figurait dans le dossier ouvert à la consultation, un « code de déontologie » ; que, s'agissant des fabricants, les ententes verticales sur les prix sont d'autant plus graves qu'elles sont le fait de groupes d'envergure internationale tenant une forte position sur le marché, tels que les sociétés Hasbro, Mega Brands, Puériculture de France et Lego ; qu'enfin, les entreprises en cause ne sont pas fondées à invoquer, au titre d'un facteur d'atténuation de la gravité des pratiques, la législation alors en vigueur qui interdisait la revente à perte ; que le Conseil a en effet accumulé les indices montrant qu'en l'espèce le seuil de revente à perte avait été au contraire déterminé de telle sorte qu'il soit identique au moins pour toutes les grandes surfaces alimentaires et serve de référence à tous les distributeurs, même les grandes surfaces spécialisées bénéficiant de conditions commerciales différentes et qui ne se trouvaient donc ni dans l'obligation juridique ni dans la nécessité économique d'appliquer les mêmes prix ; qu'il en résulte que le dispositif légal invoqué, loin d'expliquer ou de justifier les pratiques incriminées, n'en a été, par le détournement de son objet, que l'instrument ; 3.2. Sur le dommage à l'économie : considérant que le dommage à l'économie ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques ; que le Conseil a indiqué que le marché national des jeux et jouets traditionnels était de 2,6 milliards d'euros en 2003, 2,5 milliards d'euros en 2004 et 2,6 milliards d'euros en 2005 et 2006 ; que les pratiques reprochées concernaient la commercialisation des jouets figurant dans les catalogues de fins d'année produits par des fournisseurs ayant déclaré détenir les parts de marchés suivantes : Puériculture de France 0,7 %, Hasbro : entre 10 et 13 %, Lego, entre 3 et 5 %, Mega Brands : entre 0,7 et 1,2 % ; qu'il a souligné l'importance des catalogues dans lesquels sont présentés les jouets les plus vendus, le caractère saisonnier du marché dans la mesure où les deux tiers des ventes se font en fin d'année et le caractère peu élastique de la demande et rappelé que les pratiques s'étaient renouvelées sur trois saisons pour les sociétés Carrefour et Lego, deux saisons pour les sociétés Hasbro et Maxi Toys et n'avaient été retenues que sur une saison pour les sociétés Puériculture de France, Mega Brands et EPSE Joué Club ; qu'il a encore mentionné que le marché comportait des barrières à l'entrée telles que la nécessité

d'autorisations administratives pour ouvrir des magasins d'une certaine taille, qu'il était mature et que l'offre était saturée, que la marque et la publicité « y jouaient un rôle important ; qu'il a enfin observé que le comportement des distributeurs tendant à ne s'approvisionner, sauf exception, qu'auprès de fournisseurs français contribuait à figer la structure tarifaire française ;, que, s'agissant des prix, le Conseil a montré que les différences constatées entre les périodes de Noël et le reste de l'année ne s'expliquaient pas par une concurrence accrue en fin d'année, mais par l'existence de deux équilibres concurrentiels différents ; qu'il a rejeté comme non démonstratives les comparaisons entre les prix observés pendant les années où les pratiques reprochées ont été mises en oeuvre et les années antérieures et postérieures dès lors que les conditions de la concurrence pour ces années ne sont pas connues, que les jouets ne sont pas les mêmes d'une année à l'autre et que de nombreux changements de réglementation sont intervenus dans la période ; que le Conseil a encore expliqué que la diminution du prix des jouets au niveau macro-économique telle qu'elle ressort de l'évolution de la composante correspondante de l'indice des prix calculé par l'INSEE, loin de prouver l'absence d'effet des pratiques invoquée par certaines parties, provenait de la baisse des coûts d'approvisionnement et de l'accroissement des importations en provenance de Chine ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est après une analyse des caractéristiques essentielles de la dimension et de la structure du marché que le Conseil a retenu qu'il convenait d'évaluer l'importance du dommage à l'économie à partir des deux tiers du chiffre d'affaires annuel des fournisseurs mis en cause les années concernées, soit une somme totale d'environ 338 millions, réduite à environ 200 millions compte tenu de ce que sont principalement affectés les jouets de marque représentés dans les catalogues, soit environ 60 % du total ; qu'au contraire de ce que prétend la société Lego, l'article L.464-2 du code de commerce exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; que cette appréciation peut être globale dans la mesure où elle ne constitue qu'une référence à laquelle doit être rapportée chaque sanction individualisée en tenant compte de la situation propre à chaque entreprise ; qu'en toute hypothèse, le dommage à l'économie ne se limite pas, comme le soutient la société Carrefour, au montant des marges arrière anormalement élevées ; qu'il n'est pas non plus atténué par les réductions obtenues en caisse par les clients bénéficiaires de cartes de fidélité, lesquelles ne sont pas réellement représentatives de la politique tarifaire du distributeur ; que les quelques imprécisions ou inexactitudes de dates relevées par la société Lego quant à la durée de validité des catalogues ne sont pas de nature à remettre en cause l'appréciation de portée générale du Conseil selon laquelle ceux-ci sont généralement valables de la mi-octobre à début décembre ; qu'elles sont de toute façon sans influence sensible quant à l'importance du

dommage à l'économie ; que, si tous les produits les mieux vendus de la société Lego ne figurent pas dans les catalogues, ceux qui y sont présentés, et qui sont ceux sur lesquels portent les pratiques, comptent parmi les meilleures ventes ; que c'est précisément la raison de leur présence, ainsi que le représentant de la société l'a expliqué logiquement en déclarant que la présence des produits Lego dans les catalogues de fin d'année des distributeurs est importante car « elle contribue à la communication mais elle est limitée car seule une sélection des produits est en catalogue. Ce sont des produits stratégiques, à fort volume de CA ou de développement » ; que ce dernier a précisé par ailleurs qu'environ 60 % des ventes étaient faites dans la perspective des ventes de fin d'année, ce qui retire toute pertinence au moyen de la requérante qui conteste que la répartition du chiffre d'affaires sur l'année retenue par le Conseil comme une caractéristique du marché lui soit applicable ; considérant enfin que la diminution des prix de revente moyen de ses produits sur la période 2001 – 2003 invoquée par la société Lego, n'est pas pertinente dès lors qu'elle intègre tous les jouets et non pas seulement ceux figurant dans les catalogues, seuls visés par les pratiques reprochées ; qu'elle ne tient pas compte des ajustements de prix particuliers à la période de fin d'année et des variations de sa production d'une année sur l'autre ; que cette diminution, en toute hypothèse, ne suffit pas à démontrer l'absence d'effet des pratiques reprochées ; » (cf arrêt p. 17 à 20).

ET AUX MOTIFS ENCORE QUE «3.3.2. Sur la situation de la société Maxi Toys : qu'au contraire de ce que soutient la société Maxi Toys, le Conseil (cf. § 769 de la décision) a tenu compte de ce que cette société ne disposait pas d'un pouvoir de marché élevé et qu'elle avait manifesté, avant d'y participer, des velléités de s'opposer à l'entente ; considérant que la sanction prononcée contre la société Maxi Toys a été justement appréciée ; que le recours de cette société sera rejeté » (cf arrêt p. 20 in fine et 21).

ALORS D'UNE PART QUE l'amende administrative prononcée par le Conseil de la concurrence doit être individualisée ; qu'en l'espèce, la société MAXITOYS avait, en produisant ses bilans, fait valoir devant la Cour d'appel, que sa situation financière était plus que difficile, puisque les résultats des exercices 2003 à 2006 avaient tous été négatifs, et que le premier résultat positif de 2007, soit 1.650.930 euros ne suffisait même pas à payer l'amende de 1.800.000 euros à laquelle elle avait été condamnée ; qu'en omettant de rechercher si la sanction n'était pas disproportionnée au regard de la situation financière de l'exposante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 I du code de commerce,

ALORS D'AUTRE PART QU'en statuant ainsi sans répondre aux conclusions de la société MAXITOYS démontrant que la sanction prononcée contre elle était disproportionnée au regard de sa situation financière, la Cour d'appel a entaché sa décision de défaut de motifs en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS DE TROISIEME PART QU'en ne recherchant pas non plus comme elle y était invitée, si la contrainte ayant pesé sur MAXITOYS, à supposer qu'elle n'ait pas exclu tout consentement libre, ne justifiait pas une diminution de la sanction, la cour d'appel a encore entaché sa décision de défaut de réponse à conclusions en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS ENFIN, DE QUATRIEME PART QUE le Conseil et la Cour d'appel ont souligné le rôle déterminant de CARREFOUR dans la mise en oeuvre des pratiques en cause, son rôle primordial dans le fonctionnement de la police des prix, son pouvoir de marché très important ainsi que sa récidive dans de telles pratiques ; qu'ils l'ont condamné à une amende représentant 0,035% de son chiffre d'affaires de référence ; qu'ils ont, au contraire, relevé que la société MAXITOYS ne disposait pas d'un pouvoir de marché élevé, et avait essayé de s'opposer à l'entente ; qu'en condamnant toutefois cette société à une sanction représentant 1,28% de son chiffre d'affaires de référence, c'est-à-dire à une sanction plus élevée que le leader de l'entente, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a appliqué une sanction disproportionnée en violation de l'article L 464-2 I du code de commerce.