

COUR DE CASSATION

Audience publique du **7 avril 2010**

Rejet

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 428 F-D

Pourvoi n° V 09-11.853

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Puériculture de France, société par actions simplifiée, exerçant sous le nom commercial Chicco Prénatal, dont le siège est 17/19 avenue de la Métallurgie, 93200 Saint-Denis,

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

1°/ à la société Epse Joué Club, coopérative de commerçants - détaillants à conseil d'administration, dont le siège est 26 rue Roger Touton, 33300 Bordeaux,

2°/ à la société Carrefour France, dont le siège est zone industrielle, route de Paris, 14120 Mondeville,

3°/ à la société Légo, dont le siège est 21 rue de la Banque, 75002 Paris,

4°/ à la société Maxi Toys France , société anonyme, dont le siège est Garocentre, rue de l'Yser, B7110 Houdeng Goegnies (Belgique),

5°/ à la société Méga Brands Europe, dont le siège est Laagstraat, 14 B, 9140 Tamise (Belgique),

6°/ à la société Hasbro France, dont le siège est Savoie Technolac, 73370 Le Bourget du Lac,

7°/ au président du Conseil de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

8°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

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 Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Puériculture de France, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, les conclusions de Mme Petit, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Puériculture de France SAS exerçant sous le nom commercial de Chicco Prénatal (Puériculture) de son désistement partiel à l'encontre des sociétés Epse Joué Club, Carrefour France, Lego, Maxi Toys France SA, Mega Brands Europe et Hasbro France ;

Sur le second moyen, pris en sa troisième branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 janvier 2009), que, saisi par le ministre de l'économie, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (le Conseil), a, par décision n° 07-D-50 du

20 décembre 2007, sanctionné plusieurs fabricants et distributeurs de jouets sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, devenu l'article 101 TFUE, en raison d'ententes verticales ayant pour objet et pour effet d'empêcher la fixation des prix des jouets aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence ;

Attendu que la société Puériculture fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision n° 07-D-50 du Conseil l'ayant condamnée au paiement d'une amende de 600 000 euros, alors, selon le moyen, *qu'aucune entente ne saurait être constituée par un accord obtenu par la contrainte de l'une des entreprises par l'autre ; qu'en décidant que la circonstance que Puériculture de France ait été conduite à participer à la police des prix sous la pression de la société Carrefour, qui était son plus gros acheteur, n'était pas de nature à l'exonérer de toute responsabilité, la cour d'appel a violé les articles 81 § 1 du Traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;*

Mais attendu qu'après avoir relevé que la preuve d'une entente entre la société Puériculture, fournisseur de jouets, et ses distributeurs était rapportée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants résultant de la conjonction, en premier lieu de l'évocation entre eux des prix de vente des jouets aux consommateurs, que ce soit sous forme de négociation d'un prix d'achat correspondant au seuil de revente à perte ou bien en raison de la diffusion par le fournisseur de prix conseillés, en deuxième lieu de la mise en oeuvre par la société Puériculture, à la demande de la société Carrefour qui était son plus gros acheteur, de mesures visant à faire respecter par ses autres distributeurs les prix de vente évoqués, en troisième lieu de l'application significative de ces prix par les distributeurs, l'arrêt retient que la société Puériculture, qui compte parmi les acteurs importants du jouet en France, ne démontre pas que la puissance d'achat des distributeurs l'aurait mise dans l'impossibilité de s'opposer aux modalités de rémunération décidées par ces derniers, ne serait-ce qu'en dénonçant ces pratiques aux autorités compétentes ; qu'en l'état de ces énonciations faisant ressortir l'absence de toute pression irrésistible subie par la société Puériculture, la cour d'appel n'a pas méconnu les textes invoqués ;

Et attendu que le premier moyen et le second, pris en ses première et deuxième branches, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Puériculture de France SAS exerçant sous le nom commercial de Chicco Prénatal aux dépens ;

Vu l'article R. 470_2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé 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 au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils pour la société Puériculture de France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours de la société Puériculture de France contre la décision n° 07-D-50 du Conseil de la concurrence, l'ayant condamnée au paiement d'une amende de 600.000 euros ;

Aux motifs que «la notification de griefs, en se référant à l'ensemble des déclarations, messages, courriers et autres pièces recueillies au cours de l'enquête, vise les pratiques commerciales en vigueur dans le secteur du jouet, les politiques de fixation des prix de vente aux consommateurs, l'application de prix de détail identiques alignés sur le seuil de revente à perte des grandes surfaces alimentaires et spécialement l'application des prix catalogues, la préconisation des prix de vente au détail et la surveillance/police des prix ; que tous les griefs notifiés trouvent leur source dans ce même ensemble de faits ; que dans les développements relatifs à la qualification des pratiques, la notification des griefs, rappelant que le Conseil a identifié deux types de preuves démontrant l'existence d'ententes verticales, distingue : - d'une part, l'application des prix préconisés, laquelle se prouve par le faisceau d'indices établissant la connaissance par les distributeurs des prix de détail souhaités par les fabricants, l'exercice d'une police des prix et l'application significative de ces prix par les distributeurs, - d'autre part, la négociation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé qui se démontre par le caractère faussement conditionnel de certaines remises ou de faux accords de coopération commerciale ; que cette distinction se reflète dans le libellé des griefs notifiés, d'une part à la société Lego et à ses distributeurs, d'autre part aux sociétés Puériculture de France, Hasbro et Mega Brands et aux sociétés Carrefour et EPSE Joué Club auxquelles il était reproché de s'être entendues, entre fabricants et distributeurs, «en négociant un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence», pratique prohibée par les dispositions des articles L.420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ; que les sociétés Puériculture de France, Hasbro, Mega Brands, Carrefour et EPSE Joué Club soutiennent que la différence ainsi retenue par les rapporteurs les a conduites à se défendre seulement sur le caractère prétendument faussement conditionnel des remises et la réalité du contenu des accords de coopération commerciale ; que, dès lors, le Conseil les ayant sanctionnées sur le fondement d'une pratique d'entente

verticale prouvée par les trois indices d'évocation des prix, de surveillance ou de police des prix et d'application significative des prix évoqués, le principe du droit à un double degré de juridiction et celui du contradictoire ont été violés et les droits de la défense méconnus ; qu'un grief doit être analysé par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification de celui-ci ; qu'en l'espèce, les rapporteurs ont notifié aux requérantes un grief d'entente entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de revente aux consommateurs ; qu'il résulte des explications qui précèdent l'énoncé formel de ce grief pour chacune des entreprises poursuivies qu'en visant la négociation « d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence », les rapporteurs ont seulement entendu préciser comment l'entente en question était démontrée ; qu'il suit de là que le Conseil, qui n'était pas tenu par l'analyse des rapporteurs, n'a pas porté atteinte aux droits des requérantes en retenant, pour apprécier si le grief notifié était établi, un mode de preuve différent, plus favorable en définitive aux parties poursuivies en ce qu'il suppose la réunion de plusieurs éléments - évocation des prix par les fournisseurs à l'intention des distributeurs, police des prix et application généralisée de ces prix par les distributeurs - dès lors qu'il ne s'est fondé pour ce faire sur aucun élément qui n'eût été soumis au débat contradictoire ; qu'au demeurant, contrairement à leurs allégations, les parties se sont défendues, non pas seulement sur les faits analysés sous l'angle des fausses marges arrière, mais sur l'ensemble des faits relevés au titre du faisceau d'indices, comme le montrent leurs observations opposées à la notification de griefs ; que c'est ainsi que la société Carrefour, dans ses observations en réponse à la notification de griefs (p. 36) « croit ainsi comprendre de la lecture des points 299 et suivants que la Notification de griefs déduit l'existence d'un tel accord de volonté des 3 éléments suivants : (i) l'alignement des prix catalogues des distributeurs concernés au seuil de revente à perte, (ii) la prétendue préconisation des prix de vente, (iii) la prétendue surveillance / police des prix de vente » ; que, quoiqu'elle formule une appréciation critique de la méthode suivie par les rapporteurs, elle n'en développe pas moins jusqu'à la page 53 du même document son argumentaire tendant à démontrer que les trois points ainsi énoncés, qui correspondent aux trois indices du faisceau, ne sont pas établis en ce qui la concerne ; que la société Puériculture de France (p. 28 et suivantes de ses observations) invoque la puissance d'achat des distributeurs pour contester la « prétendue préconisation des prix de revente au consommateur » - qui équivaut en fait au premier indice de l'évocation des prix - et discute les éléments retenus à son encontre au titre d'une participation à « une prétendue police des prix » ; que la société Mega Brands et la société EPSE Joué Club font valoir que l'absence de démonstration, dans la notification de griefs, de l'existence

des trois indices ne saurait justifier la réduction du standard de preuve au seul caractère fictif des remises et des services de coopération commerciale ; qu'enfin, la société Hasbro, de la page 61 à la page 72 de ses observations en réponse à la notification de griefs, entend « démontrer, pour chacune des parties cumulatives du faisceau d'indices qui aurait dû être appliqué [...] que les éléments évoqués de façon éparses dans la notification ne sont ni assez nombreux, ni assez précis, ni assez probants » et discute « l'absence d'indices graves, précis et concordants susceptibles d'établir l'existence de prix de vente au détail souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs » (point 3.3.2.1.), « l'application significative des prix souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs » (point 3.3.2.2.) et « la mise en oeuvre d'une police des prix » (point 3.3.2.3.) ; qu'en définitive, le moyen n'est pas fondé » (cf. arrêt p. 6, ult. al., et p. 7 et 8) ;

Alors, d'une part, qu'en vertu des articles 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, nul ne peut être condamné pour une pratique anticoncurrentielle non visée dans la notification de griefs, peu important à cet égard que les parties se soient expliquées devant le Conseil de la concurrence sur ce point ; qu'en condamnant Puériculture de France pour une application forcée de prix imposés, lorsque ne lui avait été notifié qu'un grief de négociation de « fausses marges arrière », au motif que Puériculture de France avait invoqué la puissance d'achat des distributeurs pour contester « la prétendue préconisation des prix de revente aux consommateurs », la cour d'appel a violé les textes susvisés, ensemble l'article L.463-1 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, et en tout état de cause qu'en vertu de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article 14-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la notification de griefs qui est assimilable à un acte d'accusation doit être claire et précise pour permettre aux parties de présenter utilement leur défense ; qu'à cet égard, le ou les griefs retenus doivent être précisés de manière synthétique dans le « dispositif » de la notification de griefs, sans pouvoir suppléer à une omission du rapporteur, en se fondant sur des motifs, au demeurant imprécis ; qu'en l'espèce, le grief notifié à Puériculture de France concernait exclusivement la négociation de « fausses marges arrière » entre un fournisseur et des distributeurs, mais nullement l'application forcée de prix conseillés imposée par un fournisseur à ses distributeurs ; qu'en décidant néanmoins que le Conseil de la concurrence avait pu condamner la société Puériculture de France pour l'application forcée de prix conseillés imposés par un fournisseur à ses distributeurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés, ensemble l'article L. 463-1 du Code de commerce ;

Alors enfin, qu'en tout état de cause, le Conseil de la concurrence n'a pas le pouvoir de requalifier les faits, sans qu'il soit renvoyé à l'instruction, afin que le rapporteur procède à une nouvelle notification de griefs mentionnant dans son dispositif la nouvelle qualification ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 14-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et L. 463-1 du Code de commerce.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours de la société Puériculture de France contre la décision n° 07-D-50 du Conseil de la concurrence l'ayant condamnée au paiement d'une amende de 600.000 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 arrières 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 - que 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 ; 2.2.1. Sur les conditions commerciales négociées entre, fournisseurs et grandes surfaces alimentaires : qu'il ressort des éléments de l'enquête repris dans la décision et non contestés que la société Puériculture de France n'accorde aucune remise sur facture et que ses tarifs sont identiques pour tous ses distributeurs, que, pour la société Hasbro, les négociations se font essentiellement par le biais de marges arrière, que les conditions de vente de Mega Brands ne prévoient aucune remise sur factures pour les grandes surfaces alimentaires, que, dans le secteur des jouets, les fabricants négocient principalement des marges arrière avec les distributeurs et que les grandes surfaces alimentaires adoptent toutes une politique de marge avant nulle sur les jouets présents dans leur catalogue de fin d'année ; qu'il en résulte, étant rappelé que la législation en vigueur à l'époque des faits interdisait aux distributeurs de revendre à un prix inférieur au prix d'achat déduction faite des seules remises sur factures, que, dans le cas d'absence systématique de telles remises déductibles, le prix d'achat, augmenté de la TVA, équivalait nécessairement au prix de revente minimum ; que par ailleurs, il ressort des éléments de l'enquête repris aux § 56 et 64 à 185 de la décision que la renonciation générale des grandes surfaces alimentaires à réaliser des marges avant était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans la seule rémunération, globalement négociée au moyen d'instruments contractuels génériques tels que des contrats cadres ou des contrats types imposés par les distributeurs, de divers services commerciaux, aussi variés que parfois difficiles à appréhender ; que cette fonction réelle des marges arrière, révélée par l'enquête, consistant non pas seulement à payer des services commerciaux, réels ou non, mais à suppléer l'absence convenue de toute marge avant, conduit nécessairement à la conclusion que les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte, ce qui suffit à démontrer que, dans la mesure où le profit du distributeur, assuré par les seules marges arrière, ne dépendait pas du niveau du prix de revente, les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les uns et acceptés par les autres ; que de multiples déclarations des représentants des

entreprises en cause confirment que tous les professionnels savaient que les produits étaient, en période de fin d'année revendus « à la planche », c'est à dire au prix plancher déterminé par l'interdiction de vendre à un prix inférieur au seuil de revente à perte identique pour toutes les grandes surfaces alimentaires ; qu'il en résulte que les moyens des sociétés Carrefour, Puériculture de France, Mega Brands et Hasbro tirés de l'absence d'examen détaillé de chacune des dispositions contractuelles relatives aux marges arrière, du défaut de démonstration du caractère fausement conditionnel de certaines remises, de l'absence de légitimité du Conseil pour apprécier la proportionnalité de la rémunération d'un service, de la réalité de certains autres, ne constituent pas des critiques pertinentes de l'analyse de ce système par le Conseil qui en a exactement déduit qu'il permettait que le prix de vente minimum aux consommateurs souhaité par les fournisseurs fût connu de distributeurs ; que ces moyens sont inopérants ; 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 rémunérerait 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 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
Puériculture de France	94 %	99 %	78 %	00 %
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				

	–	7 %	96 %	98 %
Carrefour	98 %	97 %	97 %	98 %

qu'eu 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, que ne saurait constituer une entente entre entreprises au sens des articles 81 § 1 du Traité de Rome et L. 420-1 du Code de commerce, le fait pour un distributeur de commander de la marchandise à un fournisseur qui ne pratique aucune remise sur facture ; que dès lors, en décidant qu'indépendamment de l'absence d'examen détaillé des clauses contractuelles relatives aux marges arrières, du défaut de démonstration du caractère faussement conditionnel de certaines remises, et de l'absence de légitimité du Conseil pour apprécier la proportionnalité de la rémunération d'un service, le fait que le prix d'achat augmenté de la TVA soit nécessairement équivalent au prix de revente minimum, ce qui implique pour la cour une absence convenue de toute marge avant, était constitutif d'une entente, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Alors, d'autre part, que l'exposante avait fait valoir qu'elle n'avait jamais entretenu de relations commerciales avec Maxi Toys qui n'a jamais été son distributeur, ce qui excluait qu'il pût y avoir entre eux une entente qu'en relevant, pour retenir une entente fondée sur la diffusion de prix conseillés par les fournisseurs aux distributeurs, que certaines sociétés, dont Puériculture de France, étaient très attentives à la connaissance par la société Maxi Toys de leurs tarifs respectifs, sans répondre aux conclusions susvisées du mémoire de l'exposante, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors, en tout état de cause, qu' aucune entente ne saurait être constituée par un accord obtenu par la contrainte de l'une des entreprises par l'autre ; qu'en décidant que la circonstance que Puériculture de France ait été conduite à participer à la police des prix sous la pression de la société Carrefour, qui était son plus gros acheteur, n'était pas de nature à l'exonérer de toute responsabilité, la cour d'appel a violé les articles 81 § 1 du Traité de Rome et L. 420-1 du Code de commerce.