

COUR DE CASSATION

Audience publique du **24 juin 2020**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 251 F-D

Pourvoi n° G 17-20.177

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 24 JUIN 2020

1^o/ la société Andros et Cie, société par actions simplifiée, dont le siège est
ZI, 46130 Biars-sur-Cère,

2^o/ la société Novandie, société en nom collectif, dont le siège est 19 rue de
la République, 76150 Maromme,

ont formé le pourvoi n° G 17-20.177 contre l'arrêt rendu le 23 mai 2017 par
la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige les opposant :

1^o/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle,
75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié
DGCCRF, bâtiment 5, télédéc 252, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris
cedex 13,

défendeurs à la cassation.

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les trois moyens de
cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Andros et Cie et Novandie, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, et l'avis de Mme Pénichon, avocat général, après débats en l'audience publique du 11 février 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 mai 2017), que par une décision du 11 mars 2015, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a dit établi qu'un certain nombre de producteurs de produits laitiers dont la société Novandie et sa société mère, la société Andros et Cie (la société Andros), avaient enfreint les dispositions des articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du code de commerce, d'une part, en mettant en oeuvre des pratiques concertées sur le marché des produits laitiers frais vendus sous marque de distributeur pour une durée, variable selon les entreprises, comprise entre le 6 décembre 2006 et le 9 février 2012, d'autre part, pour s'être entendues, dans le même secteur, entre le 6 décembre 2006 et le 17 décembre 2008, puis entre le 4 janvier 2011 et le 9 février 2012, sur des taux de hausse de prix par familles de produits, et, entre le 15 juin 2010 et le 9 février 2012, sur des répartitions de volumes et sur les réponses à des appels d'offres de distributeurs ; qu'une sanction unique a été infligée à chacune des sociétés pour l'ensemble de ces infractions ; que certaines d'entre elles, parmi lesquelles la société Novandie et la société Andros, ont formé un recours en annulation, subsidiairement en réformation de la décision de l'Autorité, tandis que d'autres sociétés n'ont formé qu'un recours en réformation ; qu'ayant annulé la décision de l'Autorité en ses dispositions relatives aux sanctions pécuniaires infligées aux sociétés Novandie et Andros, la cour d'appel a fixé le montant de ces sanctions ;

Attendu que les sociétés Novandie et Andros font grief à l'arrêt de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire d'un montant de 35 millions d'euros alors, selon le moyen, que le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que des situations comparables soient traitées de manière différente ; que l'appréciation des situations, partant la justification d'un traitement différencié, de même que l'existence d'une justification objective, s'apprécie au regard de la seule infraction en cause ; qu'il en

résulte que deux entreprises, ayant participé sur une même durée aux pratiques anticoncurrentielles qui leur sont reprochées ne peuvent se voir appliquer, au titre de cette même durée, des méthodes de calcul distinctes, aboutissant à un traitement différencié ; qu'en l'espèce, et alors qu'elle avait décidé de ne prononcer qu'une sanction unique pour les deux griefs, de durée et de gravité inégales, l'Autorité a retenu la durée de l'infraction la plus longue, (grief n° 1) et appliqué un abattement, du fait de la moindre durée de la participation aux infractions, objet du grief n° 2, abattement variant, selon la durée de la participation des entreprises aux différentes pratiques constitutives du grief n° 2, de 35 % à 45 % ; que la cour d'appel, sur la demande formée par certaines des entreprises mises en cause, dont les sociétés Novandie et Andros, d'annulation de la décision, en raison de la méconnaissance du principe du contradictoire, a constaté le bien-fondé de cette demande et annulé l'article 3 de la décision en ce qu'il avait infligé des sanctions pécuniaires à ces entreprises ; que, statuant à nouveau, pour ces seules sociétés, la cour d'appel, qui a adopté une autre méthode de calcul de l'abattement et retenu un abattement variant entre 0 et 35 %, quand les autres entreprises, ayant participé, pour une même durée, aux infractions reprochées se voyaient maintenu l'abattement initialement décidé, a traité, sans aucune justification objective au regard de l'infraction, de manière différente des situations identiques, en violation du principe d'égalité de traitement des articles L. 464-2 du code de commerce, 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu qu'il n'est porté atteinte au principe d'égalité de traitement que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié ; que si le mode de calcul de l'abattement octroyé par l'arrêt aux entreprises ayant obtenu l'annulation de la décision de l'Autorité diffère de celui retenu par l'Autorité et maintenu par l'arrêt à l'égard des entreprises n'ayant formé qu'une demande de réformation de la décision sans contester le taux d'abattement retenu par l'Autorité, cette circonstance ne caractérise pas une violation du principe d'égalité de traitement dès lors que cette différence est le résultat de choix procéduraux distincts selon les entreprises, qui s'imposaient à la cour d'appel, tenue de respecter le principe dispositif, et qui avaient placé lesdites entreprises dans des situations non comparables ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le premier moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, ni sur les deuxième et troisième moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Novandie et Andros et Cie aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros ;

En application de l'article R. 490-5 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 de l'Union 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 vingt-quatre juin deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour les sociétés Andros et Cie et Novandie

PREMIER MOYEN DE CASSATION, (sur la durée des pratiques),

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé, solidairement aux sociétés Novandie et Andros & Cie, au titre des pratiques visées aux articles premiers et 2 de la décision n° 15–D–03, une sanction pécuniaire d'un montant de 35 millions d'euros,

AUX MOTIFS QUE

Sur la prise en compte de la durée des pratiques,

Aux termes du point 42 du communiqué sanctions, dans le cas des infractions qui se sont prolongées plus d'une année, leur durée est prise en considération selon les méthodes suivantes. La proportion de la valeur des ventes retenue est appliquée, au titre de la première année complète de participation de chaque entreprise ou organisme en cause à l'infraction, à la valeur des ventes réalisées pendant l'exercice comptable de référence, et, au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur. Au-delà de la dernière année complète de participation à l'infraction, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

Cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chacune des entreprises aux pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

Afin de garantir l'individualisation et la proportionnalité des sanctions en l'espèce, il y a lieu de déterminer la durée de participation aux infractions de chacune des entreprises concernées.

D'une part, la cour constate qu'aucune des sociétés LNUF MDD, LNUF et LNPF, Yéo Frais, 3A Groupe et Sodiaal Union, Alsace Lait, Lactalis B&C et Groupe Lactalis ainsi que LHT ne conteste le coefficient multiplicateur retenu à leur égard par l'Autorité au paragraphe 330 de la décision attaquée.

D'autre part, s'agissant du coefficient multiplicateur à retenir à l'égard des sociétés Senagral, Novandie et Andros et Cie, MLC ainsi que Laïta, la cour rappelle qu'en l'espèce, la durée de participation au grief n° 1 englobe les

épisodes discontinus durant lesquels les trois infractions successives qui forment le grief n° 2 ont été commises.

Dans la situation particulière de l'espèce où, ainsi qu'il a été expliqué au paragraphe 166 du présent arrêt, la cour a choisi de prononcer une sanction unique pour deux griefs distincts, dont le premier absorbe entièrement dans le temps le second, il est équitable de retenir un coefficient multiplicateur tenant compte de la durée du seul grief n° 1 plutôt que de cumuler les durées des deux griefs. Le coefficient multiplicateur reflète ce choix, favorable aux entreprises, y compris lorsqu'elles ont, comme les sociétés Senagral, Novandie, MLC et Laïta, participé à la totalité des pratiques décrites.

(...)

Sur l'abattement au titre de la participation inégale au grief n° 2

Concernant les sociétés Senagral, Novandie, MLC et Laïta

Ainsi que la cour l'a indiqué au paragraphe 166 du présent arrêt, elle détermine une seule sanction au titre des deux griefs pour chacune des entreprises mises en cause, en ne prenant en considération, comme assiette, qu'une seule et même valeur des ventes, en relation avec l'ensemble des pratiques en cause.

Il découle de ce choix que, aux paragraphes 395 et suivants du présent arrêt, le coefficient multiplicateur a été fixé en fonction de la durée du grief n° 1, alors même que c'est le grief n° 2 qui présentait le caractère de gravité le plus fort et qui, partant, a été déterminant dans la décision de la cour de retenir, au paragraphe 388 du présent arrêt, une proportion de la valeur des ventes de 15 %. Si aucune correction n'était mise en oeuvre, les entreprises se verraient donc appliquer un montant de base déterminé en fonction à la fois de la gravité du grief n° 2 et de la durée du grief n° 1.

Dès lors, il y a lieu de corriger le montant de base en appliquant un abattement dont le mode de calcul est exposé ci-après. Il convient toutefois de préciser que cet abattement ne saurait en aucun cas aboutir à un montant de base de la sanction inférieur à celui qui serait obtenu en tenant compte de la seule durée du grief n° 2.

La cour juge que le critère pertinent pour établir ledit abattement est celui de l'écart entre la durée de la participation de chaque entreprise au grief n° 1 et celle de sa participation au grief n° 2.

En revanche, la prise en compte au surplus de la durée intrinsèque de la participation au grief n° 2 ferait double emploi avec le critère de l'écart de durée, lequel intègre déjà la durée de participation audit grief.

Quant au critère de l'intensité de la participation de chaque entreprise aux pratiques sanctionnées, il n'a pas lieu d'être pris en compte à ce stade de l'analyse.

En effet, conformément à la méthode exposée dans le communiqué sanctions, « [l']Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce » et, « [d]ans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, elle apprécie globalement la gravité des faits, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement » (communiqué sanctions, point 25). Ce n'est donc qu'une fois ce montant de base arrêté, que l'Autorité et, en l'espèce, la cour, est amenée, le cas échéant, à l'ajuster « pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il y a lieu [...], et des autres éléments d'individualisation pertinents tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme » (communiqué sanctions, point 43).

En d'autres termes, au stade de la détermination du montant de base, il convient de prendre en compte la ou les infractions auxquelles ont participé, fût-ce partiellement ou à des degrés d'intensité divers, les entreprises incriminées, sans opérer de distinction entre ces dernières, et fixer, en fonction de la gravité de cette ou de ces infractions et du dommage qu'elles ont causé à l'économie, une proportion de la valeur des ventes commune à toutes les entreprises. Puis, au stade de l'individualisation de la sanction, il convient de prendre en compte les différences de comportement de chaque entreprise – rôle de meneur ou de suiveur ; participation ou non à l'ensemble des pratiques qui, ensemble, ont concouru à l'entente ; intensité de la participation aux dites pratiques, etc. – afin d'adapter la sanction à la hausse ou à la baisse.

Même si la cour n'ignore pas que les autorités de la concurrence des Etats membres infligent des amendes selon leur droit national et ne sont pas tenues par les règles et pratiques suivies par la Commission, dans son rôle d'autorité de la concurrence de l'Union, elle juge pertinent de rappeler que, dans son arrêt du 11 juillet 2013, *Gosselin Group/Commission* (C-429/11 P, points 79 à 108), la CJUE a considéré que la Commission, en sa qualité d'autorité de la concurrence de l'Union, peut, sans violer le principe de la responsabilité personnelle, lequel oblige à procéder à une appréciation individuelle de la gravité de l'infraction, « procéder à une prise en compte de la gravité relative de la participation d'une entreprise à une infraction et des circonstances particulières de l'affaire [...] lors de l'ajustement du montant de base en fonction de circonstances atténuantes et aggravantes », sous réserve que l'appréciation des circonstances atténuantes et aggravantes permette « une prise en compte adéquate de la gravité relative de la

participation à une infraction unique ainsi qu'une éventuelle variation de cette gravité dans le temps ».

Dès lors, conformément à la méthode exposée dans le communiqué sanctions, même à les supposer établis – ce qui sera vérifié ci-après – les arguments des sociétés MLC et Laïta selon lesquels l'intensité moyenne ou faible de leur participation aux pratiques des griefs n° 1 et n° 2 justifient une réduction du montant de base de la sanction, doivent être rejetés en tant qu'ils visent à obtenir un taux d'abattement forfaitaire plus élevé du montant de base, mais seront examinés ci-après, dans le cadre de l'individualisation des sanctions, en tant qu'ils invoquent le bénéfice de circonstances atténuantes.

A la lumière de la durée de participation au grief n° 2, telle qu'elle apparaît dans le tableau figurant au paragraphe 172 de la décision attaquée l'écart de durée dans la participation au grief n° 1 et au grief n° 2 s'établit comme suit, par ordre décroissant d'importance :

- 41 mois : Yéo Frais
- 21 mois : Lactalis B&C
- 19 mois : Yoplait
 - Senagral
 - Novandie
 - MLC
 - Laïta
- 13 mois : LNUF MDD
- 11 mois : Alsace Lait
- pas d'écart : LHT

Se dégagent ainsi quatre catégories d'entreprises :

- une entreprise pour laquelle le coefficient multiplicateur de durée a d'ores et déjà été fixé conformément à la durée de sa participation au grief n° 2, et qui ne pourrait donc prétendre à aucun abattement ;
- des entreprises pour lesquelles l'écart de durée de participation est d'environ un an, pouvant justifier un abattement de 10 % ;
- des entreprises, au nombre desquelles figurent les sociétés Senagral, Novandie, MLC et Laïta, pour lesquelles l'écart de durée de participation approche des deux ans, justifiant un abattement de 20 % ;
- une entreprise pour laquelle l'écart de durée de participation est compris entre trois et quatre ans, pouvant justifier un abattement de 35 %.

Les sociétés Senagral, Novandie et Andros et Cie, MLC ainsi que Laïta bénéficieront donc d'un abattement de 20 %.

Concernant les sociétés LNUF MDD, Alsace Lait et Lactalis B&C

La cour constate que les sociétés LNUF MDD, LNUF et LNPF, Alsace Lait ainsi que Lactalis B&C et Groupe Lactalis ne contestent pas l'abattement de, respectivement, 35 %, 35 % et 40 % qui leur a été accordé par l'Autorité au paragraphe 335 de la décision attaquée.

Dès lors, il y a lieu d'appliquer ces pourcentages au montant intermédiaire mentionné au paragraphe 397 du présent arrêt afin d'arrêter le montant de base concernant ces requérantes.

1 – ALORS QUE le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que des situations comparables soient traitées de manière différente; que l'appréciation des situations, partant la justification d'un traitement différencié, de même que l'existence d'une justification objective, s'apprécie au regard de la seule infraction en cause ; qu'il en résulte que deux entreprises, ayant participé sur une même durée aux pratiques anticoncurrentielles qui leur sont reprochées ne peuvent se voir appliquer, au titre de cette même durée, des méthodes de calcul distinctes, aboutissant à un traitement différencié ; qu'en l'espèce, et alors qu'elle avait décidé de ne prononcer qu'une sanction unique pour les deux griefs, de durée et de gravité inégale, l'Autorité de la concurrence a retenu la durée de l'infraction la plus longue, (grief n° 1) et appliqué un abattement, du fait de la moindre durée de la participation aux infractions, objet du grief n° 2, abattement variant, selon la durée de la participation des entreprises aux différentes pratiques constitutives du grief n° 2, de 35 % à 45 % ; que la cour d'appel, sur la demande formée par certaines des entreprises mises en cause, dont les sociétés Novandie et Andros & cie, d'annulation de la décision, en raison de la méconnaissance du principe du contradictoire, a constaté le bien-fondé de cette demande et annulé l'article 3 de la décision en ce qu'il avait infligé des sanctions pécuniaires à ces entreprises ; que, statuant à nouveau, pour ces seules sociétés, la cour d'appel, qui a adopté une autre méthode de calcul de l'abattement et retenu un abattement variant entre 0 et 35 %, quand les autres entreprises, ayant participé, pour une même durée, aux infractions reprochées se voyaient maintenu l'abattement initialement décidé, a traité, sans aucune justification objective au regard de l'infraction, de manière différente des situations identiques, en violation du principe d'égalité de traitement des articles L 464-2 du code de commerce, 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2 – ALORS, QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise

sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; que le communiqué « sanctions » de l'Autorité de la concurrence, que la cour d'appel a décidé d'appliquer, prévoit, en cas d'infraction continue, et après examen de la gravité des faits reprochés et de l'importance du dommage à l'économie, l'application d'un coefficient multiplicateur, propre à chaque entreprise et fondé sur la durée de sa participation individuelle à l'infraction, permettant ainsi de garantir tout à la fois la proportionnalité des sanctions à la gravité de l'infraction et au dommage à l'économie qui en est résulté et l'individualisation de ces sanctions ; qu'en l'espèce, et alors qu'elle avait décidé de ne prononcer qu'une sanction unique pour les deux griefs, de durée et de gravité inégale, l'Autorité de la concurrence a retenu la durée de l'infraction la plus longue, (grief n° 1) et appliqué un abattement, du fait de la moindre durée de la participation aux infractions, objet du grief n° 2, abattement variant, selon la durée de la participation des entreprises aux différentes pratiques constitutives du grief n° 2, de 35 % à 45 % ; qu'en affirmant, pour écarter la méthode de calcul des abattements retenue par l'Autorité et fixer des abattements variant de 0 à 35 % que « conformément à la méthode exposée dans le communiqué sanction, "l'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce" et, "dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes elle apprécie globalement la gravité des faits, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux qui sont pris en considération ultérieurement" », quand les termes du communiqué cités sont exclusivement relatifs à l'appréciation de la gravité des faits reprochés et non à l'appréciation de la durée de la participation de chacune des entreprises, laquelle est individualisée, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard des articles L 464-2 du code de commerce, 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

3 – ALORS, en tout état de cause, QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; que l'Autorité de la concurrence, alors qu'elle avait décidé de ne prononcer qu'une sanction unique pour les deux griefs, de durée et de gravité inégale, a retenu la durée de l'infraction la plus longue, (grief n° 1) et appliqué un abattement, du fait de la moindre durée de la participation aux infractions, objet du grief n° 2, abattement variant, selon la durée de la participation des entreprises aux différentes pratiques constitutives du grief n° 2, de 35 % à 45 % ; qu'en écartant, pour certaines entreprises seulement, la méthode de calcul de l'abattement ainsi retenue par la décision, sans indiquer pour quels motifs la durée inégale de participation des entreprises aux différentes

pratiques constitutives du grief n° 2 ne devrait pas être prise en compte dans l'appréciation de la durée de l'infraction, aux fins de proportionner à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation des entreprises sanctionnées la sanction prononcée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 464-2 du code de commerce, 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION, (sur les circonstances atténuantes)

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé, solidairement aux sociétés Novandie et Andros & Cie, au titre des pratiques visées aux articles premiers et 2 de la décision n° 15–D–03, une sanction pécuniaire d'un montant de 35 millions d'euros,

AUX MOTIFS QUE, Sur l'individualisation,

Rappel des principes applicables

Ainsi que le prévoit le point 43 du communiqué sanctions, il y a lieu d'ajuster le montant de base pour tenir compte des circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il y a lieu, et des autres éléments d'individualisation pertinents tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme.

S'agissant des circonstances atténuantes, il est précisé, au point 45 du communiqué sanctions, que « [l]es circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :

- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause
- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction
- l'infraction a été autorisée ou encouragée par les pouvoirs publics ».

A la lecture des points 44 et 45 du communiqué sanctions, il ne fait aucun doute qu'a été réservée la possibilité de qualifier de circonstances atténuantes, ouvrant droit à une réduction de la sanction, des circonstances non expressément prévues dans le communiqué sanctions.

Tel est notamment le cas de la moindre gravité de la participation à une infraction unique ainsi que de l'éventuelle variation de cette gravité dans le temps.

Pour pouvoir être prise en considération, une circonstance atténuante doit être démontrée par l'entreprise ou l'organisme qui l'allègue.
(...)

Application au cas d'espèce

Concernant la société Novandie

En premier lieu, les sociétés Novandie et Andros et Cie font valoir que la première a adopté un comportement de franc-tireur dès 2006 et jusqu'en 2010, qui a durablement perturbé l'entente. Elles réclament donc au titre de cette circonstance atténuante, une réduction de la sanction d'au moins 60 %.

A cet égard, il est constant que la société Novandie a été à l'origine du conflit commercial qui l'a notamment opposée à la société Senagral, anciennement Senoble France, pendant l'épisode de « guerre des prix », de la mi-2009 à la mi-2010. La mésentente entre ces deux acteurs majeurs du secteur a conduit à une désorganisation des pratiques qui a duré plusieurs mois durant lesquels les réunions physiques ont été interrompues et les effets de l'entente sur le marché fortement atténués.

En revanche, les sociétés Novandie et Andros et Cie ne démontrent pas que ce comportement de franc-tireur aurait duré plus de quatre ans.

D'une part, les requérantes ne cherchent pas même à décrire quels agissements concrets en 2006, 2007 et 2008 caractériseraient un rôle de franc-tireur de la part de la société Novandie. A cet égard, le fait que celle-ci ait entrepris, avant 2006, et donc avant même le début de l'entente, la construction d'une nouvelle usine à Auneau ne saurait évidemment suffire à rapporter cette preuve.

Les requérantes se prévalent certes d'une pièce saisie, datée du 29 novembre 2007 (cote 6708), dans laquelle la société Yoplait se plaint des « prix pratiqués par Nova pour les marchés 2008 » et de ce que la société Novandie « [a] donc bien l'intention de prendre des volumes sur 2008 ». Mais elles ne démontrent pas que ces craintes de la société Yoplait se sont finalement concrétisées, faute d'établir la réalité des comportements concurrentiels qu'aurait adoptés la société Novandie en 2007 et 2008.

En effet, les requérantes se bornent à citer un épisode, survenu en 2008, dans lequel la société Novandie a pris à la société Lactalis des volumes de vente de crèmes dessert en pot de verre, en remportant un appel d'offres

avec des produits conditionnés dans des pots en PET, épisode évoqué au paragraphe 125 de la décision attaquée et ayant provoqué une crise entre ces deux sociétés. Il résulte toutefois du dossier que, lors de cet épisode, la société Novandie n'était pas dans une démarche de franc-tireur, puisqu'elle s'est alors prévalu du statut d'innovation des pots en PET pour soutenir que la prise à la société Lactalis de volumes de crèmes dessert ne constituait pas une violation de l'entente. Dès lors, quel que fût le bien-fondé de l'argumentation de la société Novandie quant au fait que le remplacement des pots en verre par des pots en PET était une innovation au sens des accords passés entre les parties à l'entente, ledit épisode, loin de caractériser un comportement de franc-tireur de la part de la société Novandie, démontre qu'en 2008 encore, cette société inscrivait sa politique commerciale dans le cadre de l'entente. Une telle analyse s'impose d'autant plus qu'il ressort du dossier (voir, notamment, cote 30585 ainsi que cotes 468 – 11 – 0067AC ; 214 à 215 – 11-0067AC ; et 4402 à 4403), que la définition de ce qui pouvait relever du champ des accords ou en être exclu au titre des innovations a donné lieu à de nombreuses discussions et occasionné des conflits, sans qu'aucune autre entreprise engagée dans de tels conflits soutienne qu'elle avait, ce faisant, adopté un rôle de franc-tireur.

Ainsi, les requérantes n'établissent pas un comportement de franc-tireur de la société Novandie avant sa participation à l'appel d'offres lancé par le groupe Carrefour en juillet 2009.

Certes, la société Yoplait, premier demandeur de clémence, a indiqué dans ses déclarations des 29 septembre et 18 novembre 2011, qu'« [u]ne guerre des prix a eu lieu entre Novandie et Senoble, à partir de mi-2008 et jusqu'en 2010 ». Mais la société Senagral, anciennement Senoble, principale entreprise concernée, a précisé quant à elle que l'épisode de « guerre des prix » n'avait commencé qu'à la mi-2009, à l'occasion de l'appel d'offres lancé par le groupe Carrefour en juillet 2009, ce qu'ont confirmé toutes les entreprises concernées autres que la société Yoplait, de sorte qu'il ne fait pas de doute que les déclarations précitées de la société Yoplait sont, sur ce point, erronées.

D'autre part, les requérantes ne contestent pas que la société Novandie a abandonné son rôle de franc-tireur à la suite des réunions de conciliation des 15 juin et 16 octobre 2010, qui ont mis fin à l'épisode de « guerre des prix ». De fait, elles ne se prévalent d'aucun comportement de la société Novandie postérieur à ces deux dates attestant qu'elle aurait continué à agir en tant que franc-tireur.

Dès lors, la cour constate que la société Novandie n'a adopté le rôle de franc-tireur qu'à compter de la mi-2009 et jusqu'à la mi-2010, soit pendant une année environ.

La société Novandie ayant adopté pendant une année un comportement suffisamment concurrentiel pour perturber le fonctionnement même du cartel, et même si cette perturbation a été limitée dans le temps et s'est achevée par un retour du franc-tireur au sein de l'entente, elle doit bénéficier d'une réduction au titre de cette circonstance atténuante.

Concernant l'importance de la réduction, la cour rappelle, d'une part, qu'ainsi qu'il résulte du communiqué sanctions, c'est l'adoption volontaire d'un comportement concurrentiel durable qu'il y a lieu de prendre en compte à titre de circonstance atténuante.

Or, lorsqu'une entreprise renonce à son rôle de franc-tireur et se soumet de nouveau pleinement à la discipline de l'entente, la prolongation dans le temps des effets du comportement concurrentiel qu'elle a adopté un temps intervient indépendamment de sa volonté nouvelle de voir l'entente produire ses effets anticoncurrentiels, et même contre celle-ci. Dans ces conditions, rien ne justifie de tenir compte de cette prolongation au titre de la circonstance atténuante d'adoption d'un rôle de franc-tireur. Au demeurant, la prolongation des effets concurrentiels du comportement de franc-tireur adopté par une entreprise est prise en compte dans le cadre de la détermination du montant de base de la sanction lorsqu'elle a eu pour conséquence une diminution de l'importance du dommage causé à l'économie.

Il est donc indifférent, aux fins d'apprécier la réduction à accorder à la société Novandie pour son rôle de franc-tireur, que les effets de l'épisode de « guerre des prix » aient pu se prolonger jusqu'aux premières réunions multipartites de janvier 2011, avec lesquelles la réconciliation a trouvé une traduction effective, voire même jusqu'à la fin de l'entente.

D'autre part, la cour constate certes que la durée pendant laquelle la société Novandie a joué un rôle de franc-tireur (un an) représente 20 % environ de la durée totale du grief n° 1 (cinq ans et deux mois). Mais, dans la mesure où le grief n° 2, d'une gravité supérieure, est également reproché à cette société, et où l'épisode de « guerre des prix » ne recouvre pas les périodes pendant lesquelles se sont déroulées les pratiques constitutives de ce grief n° 2 – pour partie avant (du 6 décembre 2006 au 17 décembre 2008) et pour partie après (du 15 juin 2010 au 9 février 2012) –, la société Novandie ne saurait bénéficier d'un abattement égal ou supérieur à ce pourcentage.

La cour considère dès lors qu'il est approprié d'accorder à la société Novandie une réduction de 15 % au titre de son rôle de franc-tireur.

1 - ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie à

l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que constitue, aux termes du communiqué « sanction », une circonstance atténuante, l'adoption durable par une entreprise d'un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ; qu'en l'espèce, les sociétés Andros & Cie et Novandie faisaient valoir, preuves à l'appui, que cette dernière avait adopté, dès 2008, à la suite de l'ouverture d'une nouvelle usine de production, un comportement concurrentiel, marqué par des baisses de prix, pour une part substantielle des produits laitiers frais vendus sous marque de distributeurs, ce qui avait effectivement perturbé le fonctionnement même de l'entente ; que l'attitude pro concurrentielle d'une entreprise ne se résume pas à la prise, réussie, de marchés à des concurrents mais se caractérise encore par des baisses de prix et sans rechercher s'il ne ressortait pas de la déclaration de la société Yeo Frais et des termes intrinsèques des écrits de la société Yoplait en novembre 2007, visant les prix d'ores et déjà communiqués par la société Novandie, au client distributeur pour 2008, la preuve de ce qu'indépendamment de l'épisode précis de « guerre des prix », l'ayant opposé à la société Senoble, à compter de mi-2009, la société Novandie n'avait pas, dès 2008, d'ores et déjà adopté un comportement pro concurrentiel de baisse des prix et conquête des marchés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

2 - ALORS QUE constitue une circonstance atténuante, l'adoption durable par une entreprise d'un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ; que cette circonstance atténuante, qui s'applique, par hypothèse même, à une entreprise participant à l'entente, n'est subordonnée qu'à la double condition de l'adoption d'un comportement durablement concurrentiel et des effets perturbateurs de la pratique en cause, peu important que l'entreprise ait, ou non, alors soutenu qu'elle respectait les termes de l'entente ; que, dans leurs mémoires, les sociétés Andros & Cie et Novandie faisaient encore valoir, pour établir que cette dernière avait adopté, dès 2008, un comportement concurrentiel, qu'elle avait, cette même année, pris des marchés au détriment de la société Lactalis, par une baisse de ses prix, ce qui avait également créé un conflit sur les produits, objets de l'entente, perturbant son fonctionnement ; qu'elle rappelait, à cet égard, les termes de la décision entreprise, (point 125), ayant constaté que la réunion, tenue le 17 décembre 2008, avait eu lieu, selon la société Yoplait « au pic d'une crise entre Novandie et Lactalis concernant des volumes de crème dessert en pot de verre pris par Novandie » ; qu'en se bornant cependant, pour écarter tout

comportement de franc-tireur, à relever que la société Novandie, qui prétendait alors que le remplacement des pots en verre par des pots en PET était une innovation, inscrivait donc sa politique commerciale dans les termes de l'entente, quand cette circonstance était indifférente au caractère concurrentiel du comportement, partant à la qualification de franc-tireur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

3 – ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que le point 45 du communiqué « sanctions » de l'Autorité de la concurrence se borne à donner une liste, expressément non limitative, des circonstances atténuantes ; que dans leurs mémoires, les sociétés Novandie et Andros & Cie faisaient valoir - et le fait n'était pas contesté - que les effets pro concurrentiels de la « guerre des prix », menée par la société Novandie, à un très fort coût pour l'entreprise, avaient perduré à tout le moins jusqu'à la fin de l'année 2011, engendrant pour tous les acteurs et tous les produits du secteur, une baisse sensible des prix des producteurs ; qu'en se bornant, pour écarter toute circonstance atténuante à ce titre, à affirmer que « concernant l'importance de la réduction, la cour rappelle, d'une part, qu'ainsi qu'il résulte du communiqué sanctions, c'est l'adoption volontaire d'un comportement concurrentiel durable qu'il y a lieu de prendre en compte à titre de circonstance atténuante », que « lorsqu'une entreprise renonce à son rôle de franc-tireur et se soumet de nouveau pleinement à la discipline de l'entente, la prolongation dans le temps des effets du comportement concurrentiel qu'elle a adopté un temps intervient indépendamment de sa volonté nouvelle de voir l'entente produire ses effets anticoncurrentiels, et même contre celle-ci », que « dans ces conditions, rien ne justifie de tenir compte de cette prolongation au titre de la circonstance atténuante d'adoption d'un rôle de franc-tireur » et qu'« il est donc indifférent, aux fins d'apprécier la réduction à accorder à la société Novandie pour son rôle de franc-tireur, que les effets de l'épisode de « guerre des prix » aient pu se prolonger jusqu'aux premières réunions multipartites de janvier 2011, avec lesquelles la réconciliation a trouvé une traduction effective, voire même jusqu'à la fin de l'entente », sans rechercher si l'ampleur des conséquences pro concurrentielles du comportement adopté par la société Novandie, ensemble le coût assumé par la société de ce comportement, n'étaient pas de nature, en tant que tels, à justifier l'atténuation de la sanction pécuniaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

4 – ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que la cour d'appel, qui a décidé d'appliquer la méthode de calcul des sanctions décrite dans le communiqué de l'Autorité de la concurrence, a examiné successivement la gravité de l'infraction, l'importance du dommage économique qui en est résulté, la durée de participation de chacune des entreprises puis a pris en compte les circonstances individuelles propres à chaque entreprise ; qu'en affirmant cependant, pour refuser à la société Novandie toute circonstance atténuante, résultant de l'importance dans le temps des effets pro concurrentiels de son comportement, que « la prolongation des effets concurrentiels du comportement de franc-tireur adopté par une entreprise est prise en compte dans le cadre de la détermination du montant de base de la sanction lorsqu'elle a eu pour conséquence une diminution de l'importance du dommage causé à l'économie », quand la détermination du montant de base de la sanction, identique pour toutes les entreprises quel qu'ait été leur comportement, n'est pas de nature à écarter la prise en compte d'une circonstance atténuante, dans le cadre de l'individualisation de la sanction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

5 – ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que la cour d'appel a constaté que la société Novandie avait adopté un comportement de franc-tireur pendant 20 % environ de la durée globale de sa participation aux infractions ; qu'en retenant cependant, pour limiter à 15 % la réduction du montant de la sanction au titre de son rôle de franc-tireur, que le grief n° 2 de la sanction, d'une gravité supérieure, est également reproché à la société et que l'épisode de « guerre des prix » ne recouvre pas les périodes pendant lesquelles se sont déroulées les pratiques constitutives de ce grief n° 2, quand la gravité du grief n° 2 et la participation de la société à ce grief, déjà prises en compte lors de la détermination du montant de base de la sanction n'étaient pas de nature à justifier d'une limitation de la réduction de la sanction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

6 – ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que la cour d'appel a constaté que « la société Novandie a été à l'origine du conflit commercial qui l'a notamment opposée à la société Senagral, anciennement Senoble France, pendant l'épisode de « guerre des prix », de la mi-2009 à la mi-2010 », que « la mésentente entre ces deux acteurs majeurs du secteur a conduit à une désorganisation des pratiques qui a duré plusieurs mois durant lesquels les réunions physiques ont été interrompues et les effets de l'entente sur le marché fortement atténués » et que « la durée pendant laquelle la société Novandie a joué un rôle de franc-tireur (un an) représente 20 % environ de la durée totale du grief n° 1, (cinq ans et deux mois) » ; qu'en se bornant, pour limiter à 15 % la réduction du montant de la sanction au titre de son rôle de franc-tireur, à affirmer que le grief n° 2, d'une gravité supérieure, est également reproché à la société et que l'épisode de « guerre des prix » ne recouvre pas les périodes pendant lesquelles se sont déroulées les pratiques constitutives de ce grief n° 2 – pour partie avant (du 6 décembre 2006 au 17 décembre 2008) et pour partie après (du 15 juin 2010 au 9 février 2012) –, sans rechercher si le comportement de la société Novandie n'avait pas, précisément, permis d'interrompre les pratiques constitutives du grief n°2, les plus graves, entre le 17 décembre 2008 et le 15 juin 2010, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.

ET AUX MOTIFS QUE la société Novandie fait valoir qu'il résulte du dossier qu'elle a subi des pressions pour cesser sa « guerre des prix », notamment de la part de la société Yoplait, demandeur de clémence, et du syndicat professionnel Syndifrais, dont elle a dû se retirer en octobre 2009 ; que selon la requérante, le groupe Andros n'étant pas un groupe intégré, mais dépendant de ses concurrents pour ses approvisionnements en lait, la société Novandie n'était pas en mesure de dénoncer ces derniers, et notamment la société Yoplait ; que le refus de prendre cette circonstance atténuante en compte constituerait une violation du principe constitutionnel d'individualisation des peines et infligerait à la société Novandie une peine qui n'est pas proportionnée aux faits commis ; que, cependant, force est de constater qu'à aucun moment, et notamment pas devant la cour, la société Novandie n'a produit la moindre preuve de la réalité de pressions dont elle aurait fait l'objet et auxquelles elle aurait tenté de résister ; qu'au demeurant, si les requérantes rappellent que le groupe Andros n'est pas un groupe intégré, elles ne soutiennent pas, ni a fortiori ne démontrent, que des menaces de refus d'approvisionnement en lait aurait été adressées, ne serait-ce que de manière indirecte, à la société Novandie pour l'obliger à se

soumettre pleinement à la discipline de l'entente ; que la demande de la société Novandie de bénéficier d'une réduction supplémentaire à ce titre doit être rejetée ; que, rappelant que les sociétés Novandie et Andros et Cie ont renoncé à toute contestation des griefs, et réaffirmé devant la cour qu'elles n'entendent pas revenir sur ce choix, la cour ajoute surabondamment qu'il est reproché, d'une part, à la société Novandie d'avoir participé aux pratiques constitutives du grief n° 1 du 6 décembre 2006 au 9 février 2012, sans que l'épisode de « guerre des prix », de la mi-2009 à la mi-2010 ait marqué la fin de sa participation à ces pratiques, même s'il les a perturbées ; que les requérantes n'allèguent et a fortiori ne démontrent pas que la société Novandie aurait été contrainte de participer à l'entente au moment où celle-ci s'est constituée en 2006 ; qu'elle ne saurait donc se voir appliquer la circonstance atténuante accordée aux entreprises qui ont été contraintes de participer à l'infraction ; qu'il est reproché à la société Novandie, d'une part, d'avoir participé aux pratiques constitutives du grief n° 2 du 6 décembre 2006 au 17 décembre 2008 et du 15 juin 2010 au 9 février 2012 ; que si, s'agissant des pratiques constitutives du grief n° 2, la cessation de l'épisode de « guerre des prix » a coïncidé soit avec la reprise des accords sur les hausses des prix, soit avec le début des accords sur le gel des prix et sur les prix en appel d'offres, la cour relève que, interrogé par les services d'instruction de l'Autorité, le représentant de la société Novandie a expliqué comme suit la reprise des accords sur les hausses des prix : « La réunion du 4 janvier 2011 marque la fin temporaire (un an) de la période de conquête des volumes. Le marché des matières premières se remet à disjoncter fin 2010 (explosion du prix du lait et du sucre à l'automne 2010). Les industriels en ont conclu qu'ils devaient passer des hausses. J'ai été contacté par Yoplait, mais également par Senoble et Lactalis. Cela explique la réunion du 4 janvier 2011. Nous avons tous émis le souhait de passer les hausses ». (cotes 11438 à 11439, citées au § 103 de la décision attaquée) ; qu'il résulte de ces explications que, loin d'avoir été contrainte par ses concurrents de s'associer aux accords de hausse des prix à compter du 4 janvier 2011, la société Novandie l'a fait par intérêt propre ;

7 - ALORS QUE dans son mémoire récapitulatif, la société Novandie faisait valoir que les pièces du dossier établissaient qu'elle avait subi des pressions, initiées par le demandeur de clémence Yoplait et par d'autres entreprises concurrentes, pour cesser sa guerre des prix ; qu'elle rappelait qu'il ressortait de deux courriers, saisis chez des tiers, l'existence d'une concertation entre certains concurrents de Novandie, notamment au sein du syndicat professionnel Syndifrais, afin que la profession et la grande distribution fassent pression sur elle ; qu'elle citait encore une pièce saisie chez un concurrent préconisant un « lobbying à 3 » à l'encontre de Novandie, organisée au « siège Yoplait » et non une action judiciaire, au motif que la « Défense Novandie : casser une entente », (mémoire, point 132 et suivants) ; qu'elle produisait, à l'appui de ses dires, l'ensemble des pièces citées ou visées ; qu'en affirmant, cependant, pour écarter toute

circonstance atténuante liée aux contraintes subies, qu' « à aucun moment, et notamment pas devant la cour, la société Novandie n'a produit la moindre preuve de la réalité de pressions dont elle aurait fait l'objet et auxquelles elle aurait tenté de résister », la cour d'appel a dénaturé, par omission, les pièces objets des annexes 7, 8, 10 à la déclaration de recours de la société Novandie, en violation du principe selon lequel les juges ne doivent pas dénaturer les éléments de la cause ;

8 – ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'il résulte du communiqué « sanction » de l'Autorité de la concurrence, qui se borne à donner une liste, expressément non limitative, des circonstances atténuantes, que l'existence de telles circonstances doit être appréciée en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce ; que les sociétés Novandie et Andros & Cie faisaient valoir, dans leurs mémoires, preuves à l'appui, qu'en suite de l'adoption de son comportement de franc-tireur, la société Novandie avait subi des menaces de répression de ses concurrents, notamment la société Yoplait, pour cesser la « guerre des prix » ; qu'elle indiquait que « s'il est clair que de telles pressions ne suffisent pas à exonérer Novandie de toute responsabilité, il s'agit néanmoins d'éléments de contexte indispensables à l'appréciation du comportement de cette dernière, de circonstances atténuantes à prendre en compte au stade de l'individualisation de la sanction » ; qu'en se bornant, pour écarter toute circonstance atténuante, à relever que « les requérantes n'allèguent et a fortiori ne démontrent pas que la société Novandie aurait été contrainte de participer à l'entente au moment où celle-ci s'est constituée en 2006 », que « loin d'avoir été contrainte par ses concurrents de s'associer aux accords de hausse des prix à compter du 4 janvier 2011, la société Novandie l'a fait par intérêt propre » et qu' « elle ne saurait donc se voir appliquer la circonstance atténuante accordée aux entreprises qui ont été contraintes de participer à l'infraction », sans rechercher si la société Novandie n'avait pas, de mi 2009 à mi 2010, effectivement subi des contraintes, auxquelles elle avait résisté et si cette circonstance n'était pas de nature à justifier une réduction de la sanction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur la capacité contributive)

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé, solidairement aux sociétés Novandie et Andros & Cie, au titre des pratiques visées aux

articles premier et deux de la décision n° 15–D–03, une sanction pécuniaire d'un montant de 35 millions d'euros,

AUX MOTIFS QUE

Concernant la société Novandie,

Après application de la réduction de 16 % accordée au titre de la non contestation des griefs, la sanction envisagée pour les sociétés Novandie et Andros et Cie s'élèvent à 63 252 000 euros.

Ces deux sociétés font ensemble valoir que l'examen des facultés financières ne doit pas être mené au regard du chiffre d'affaires du groupe Andros qui n'a pas pris part aux pratiques.

La société Novandie expose que ses commissaires aux comptes ont attesté qu'elle n'avait jamais été bénéficiaire depuis 2007 et qu'elle avait cumulé plus de 150 millions de déficits entre 2007 et 2014.

Elle explique que la sanction prononcée représentait plus du quadruple de sa situation nette comptable et plus du cinquième des lignes de crédit disponibles. Elle conclut que toute sanction supérieure à sa situation nette comptable aura pour effet d'entraîner une démarche de déclaration de cessation des paiements, qu'elle ne pourra être recouvrée par l'État et qu'elle aura pour effet de restreindre la concurrence du fait de sa disparition. Elle souligne avoir subi, au titre de l'exercice 2014, une perte de 7,6 millions d'euros qui n'a pu être prise en compte par l'Autorité. Elle ajoute que si son résultat s'est amélioré pour 2015, celui-ci reste inférieur à 554 000 €, ce qui est très insuffisant pour absorber ses pertes accumulées.

La société Novandie indique qu'un mandataire ad hoc a été désigné par le tribunal de commerce de Rouen pour veiller à l'exécution d'un accord qu'elle a conclu avec le Trésor public concernant le paiement de la sanction, lequel a attesté des risques que fait peser sur sa viabilité une sanction aussi élevée que celle qui lui a été infligée.

La société Andros et Cie expose, au surplus, que les profits cumulés du groupe ne s'élèvent qu'à 700 000 € sur la période de 2011 à 2013, que le groupe est en difficulté et qu'il a dû se restructurer.

Elle indique que ses commissaires aux comptes ont attesté que la sanction prononcée aboutirait à « mettre en péril l'exploitation de Novandie et obérer pour de nombreuses années les capacités d'investissement de l'ensemble du groupe Andros ».

Elle affirme que la sanction prononcée est excessive comparativement à d'autres sociétés mises en cause dans l'entente ainsi qu'à d'autres affaires.

La cour souligne que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'imputation des pratiques à la société mère Andros et Cie et la condamnation solidaire subséquente de cette dernière, impliquent qu'il y a lieu de prendre en considération, au titre de la capacité contributive, les comptes consolidés de la société Andros et Cie, et non pas les seuls comptes sociaux de la société Novandie. La cour observe, à ce sujet, que, dans le cadre du recours devant elle, la société Andros et Cie n'a produit ni ses comptes consolidés pour l'exercice clos le 31 mars 2014, ni ses informations financières les plus récentes, à savoir les comptes consolidés pour les exercices clos les 31 mars 2015 et 31 mars 2016.

Au regard des éléments dont elle dispose, la cour relève que, si le groupe Andros a connu des exercices déficitaires en 2011 et 2012, le résultat consolidé de l'année 2013 était quant à lui bénéficiaire de plus de 25 millions d'euros. Pour ce même exercice, le chiffre d'affaires mondiale du groupe Andros s'est élevé à près de 2 milliards d'euros et l'excédent brut d'exploitation à près de 260 millions d'euros, soit un montant nettement supérieur à celui de la sanction prononcée. En outre, l'appréciation de la situation particulière des requérantes au titre de leurs capacités contributives ne se limite pas à l'examen du compte de résultat mais à l'ensemble des comptes consolidés. Or, ceux de la société Andros et Cie au 31 mars 2013 permettent de constater des créances pour un montant important, des valeurs mobilières de placement et des disponibilités, soit des montants mobilisables très nettement supérieurs à la sanction prononcée.

Il s'en déduit que la société Andros et Cie dispose de facultés contributives pour payer la sanction qui lui a été solidairement infligée avec la société Novandie, sa filiale à 99,99 %.

En revanche, il est constant et non contesté que la société Novandie connaît d'importantes difficultés financières, lesquelles demeurent, au point qu'un mandataire ad hoc a été désigné pour suivre le paiement de la sanction auprès du Trésor public et a signalé les aléas que ce paiement pourrait faire peser sur la survie de l'entreprise.

Au regard de ces grandes difficultés, si le montant de la sanction était maintenu à 63,2 millions d'euros, son paiement constituerait une charge qui serait de nature à mettre en péril la continuité d'exploitation de la société Novandie au détriment de l'animation concurrentielle du marché à laquelle elles contribuent. Cette conséquence serait disproportionnée par rapport à l'effet dissuasif recherché par la sanction, qui sera suffisamment atteint en la ramenant à 35 millions d'euros.

1- ALORS QUE les sanctions pécuniaires, infligées en répression des pratiques anticoncurrentielles, doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à l'éventuelle réitération et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'aux termes du communiqué « sanction », afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire, le montant de base peut être adapté à la baisse en considération d'autres éléments objectifs propres à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné ; qu'en l'espèce, les sociétés Andros & Cie et Novandie faisaient valoir que la société Novandie n'avait pas « réalisé un seul euro de profits au cours de l'ensemble de la période visée par l'enquête mais a subi au contraire des pertes abyssales, représentant plus de 145 millions d'euros de déficit net cumulé entre 2007 et 2013 », (mémoire de la société Novandie, point 19) ; qu'elles indiquaient encore qu' « aucune pièce visée par la décision ne démontrait un quelconque rôle d'Andros & Cie dans la conception et/ou la réalisation de l'infraction condamnée », que « les seules pièces du dossier mentionnant Andros attestent que cette société incitait sa filiale a adopté une politique offensive de conquête de volumes en baissant notamment les prix », qu'il était « établi que Novandie ne s'est pas appuyée sur son appartenance au groupe Andros pour développer un comportement anticoncurrentiel », que « la méthodologie retenue par la décision aboutit à ce que Andros, dont la filiale Novandie est la seule entreprise à bénéficier d'une circonstance atténuante pour avoir perturbé durablement l'entente, soit condamnée à hauteur de 2,03 % de son chiffre d'affaire mondial consolidé, soit environ le double des autres sociétés n'ayant pas contesté les griefs ayant été poursuivies pour une durée comparable », et que « la société Andros a d'ores et déjà dû faire face à plus de 150 millions d'euros de pertes enregistrées par Novandie pendant toute la durée de l'infraction et que loin de tirer des profits de l'entente sanctionnée, Andros a supporter les pertes de sa filiale et contribuer à financer la guerre des prix initiés par Novandie, laquelle a durablement perturbé l'entente », (mémoire de la société Andros & Cie, p.2 à 4) ; qu'en déterminant la capacité contributive de cette dernière par rapport à la situation de la société Andros & Cie, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, l'article L 464-2 du code de commerce et les articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2- ALORS QUE la capacité contributive d'une entreprise s'apprécie au regard de l'ensemble de son patrimoine, actif et passif, et de ses besoins à venir en financement pour assurer la continuité de son exploitation ; qu'en l'espèce, la société Andros & Cie faisait valoir dans, son mémoire, que le paiement de la sanction financière, tel que fixé par la décision entreprise à la somme de 38,3 millions d'euros « porterait à terme nécessairement atteinte à la viabilité du groupe familial dans son ensemble », qu' « au

31 décembre 2013, aucune provision n'avait été comptabilisée pour le paiement de l'amende dans les comptes sociaux ou consolidés d'Andros & Cie » que les Commissaires aux comptes de la société avaient attesté que « le paiement des amendes infligées par la décision n° 15-D-03 ne peut être honoré sans mettre en péril l'exploitation de Novandie et obérer pour de nombreuses années les capacités d'investissement de l'ensemble du groupe Andros » et que le Ministre de l'économie avait, lui-même, dans ses observations, confirmé le montant déraisonnable des sanctions infligées, rappelant que « le paiement des sanctions ne doit pas obérer la capacité financière des sociétés en cause au point de menacer leur pérennité économique » et concluant que « ces considérations justifiaient une diminution de la sanction », (mémoire récapitulatif de la société Andros & Cie, p. 4, 13 et 17) ; qu'en se bornant, pour fixer à 35 millions le montant de la sanction financière infligée aux sociétés Novandie et Andros & Cie, initialement fixé à 38,3 millions par l'Autorité, à relever la nécessité de ne pas « mettre en péril la continuité d'exploitation de la société Novandie » et l'existence de facultés contributives de la société Andros & Cie, détenteur de « montants mobilisables très nettement supérieurs à la sanction prononcée », sans examiner concrètement la capacité de la société Novandie à poursuivre son activité économique ni motiver sa décision à cet égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.