

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 00-D-15 du 3 mai 2000

relative à des pratiques mises en œuvre par la société Ivoclar Division France

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 16 février 1995 sous le numéro F 747 par laquelle les sociétés Centrale du prothésiste dentaire (CAP) et Dental Center ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la SA Ivoclar Division France dans le secteur de la distribution de produits pour prothésistes dentaires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Ivoclar Division France et par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés CAP et Ivoclar Division France entendus au cours de la séance du 8 mars 2000 ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-dessous :

I. - Constatations

A - Le secteur concerné

1. La SA Ivoclar Division France

La SA Ivoclar Division France appartient au groupe Ivoclar-Vivadent, établi au Liechtenstein. Composé des sociétés Ivoclar AG et Vivadent Ets, ce groupe fabrique à Schaan et à Triesenberg au Liechtenstein des produits et fournitures pour dentistes et prothésistes qu'il commercialise par l'intermédiaire de treize filiales établies dans divers pays. Il compte au total 2200 employés.

Ivoclar Division France commercialise en France les deux familles de produits fabriqués par le groupe Ivoclar-Vivadent. La marque Ivoclar comprend les produits et fournitures destinés aux laboratoires de prothèse dentaire : dents artificielles en résine ou porcelaine, résines de base constituant le support des dents artificielles, matériaux pour prises d'empreintes, matériaux en résine ou céramique pour couronnes, bridges,

inlays et autres travaux de réparation, appareils de mise en oeuvre et fours à céramique. Sous la marque Vivadent sont commercialisés les produits de dentisterie conservatrice destinés aux dentistes (amalgames, ciments, accessoires, ...).

En 1995, Ivoclar Division France réalisait un chiffre d'affaires de 96,5 millions de francs, dont environ 84 % réalisé avec les produits de la gamme Ivoclar. Elle comptait 92 salariés.

Durant la même année, les produits de la marque Ivoclar étaient distribués en France uniquement par l'intermédiaire d'un réseau de 24 dépôts dentaires agréés avec lesquels Ivoclar Division France avait passé un contrat de distribution exclusive. Il n'existe pas de contrat similaire pour les produits de la marque Vivadent, qui bénéficient d'une distribution plus large, y compris par correspondance.

2. Les sociétés CAP - Centrale du prothésiste dentaire et Dental Center

La SARL CAP - La Centrale du prothésiste dentaire, créée en 1988, est un grossiste en produits et fournitures pour laboratoires de prothèse dentaire, spécialisé dans la vente par correspondance. Elle édite un catalogue proposant, outre des dents artificielles, tous les matériaux et outils nécessaires à la fabrication des prothèses dentaires amovibles, ainsi que les alliages, résines, céramiques et instruments nécessaires à la réalisation des prothèses dentaires fixes. Elle comptait onze salariés en 1997. En 1998, la société a changé de nom et a diversifié ses activités. Elle s'appelle désormais CAP-Vente par correspondance de produits professionnels et, outre les produits dentaires, commercialise également des produits de podologie.

La société CAP n'a jamais appartenu au réseau des distributeurs agréés pour les produits Ivoclar. Elle a tenté à plusieurs reprises de commander des dents artificielles et d'autres produits de la gamme Ivoclar et s'est vu opposer un refus par la société Ivoclar Division France au motif qu'elle n'appartenait pas au réseau des distributeurs régionaux agréés Ivoclar : *" car les produits de notre marque sont comme vous le savez, diffusés exclusivement par l'intermédiaire d'un réseau de distributeurs régionaux agréés (dépôts dentaires) avec lesquels nous sommes liés contractuellement. Il ne nous est actuellement pas possible d'y intégrer d'autres revendeurs "*.

La société Dental Center était spécialisée dans l'installation de cabinets dentaires. Elle a été dissoute en 1997.

3. Les produits concernés

Les produits concernés par les pratiques dénoncées sont ceux de la gamme " Ivoclar ", c'est-à-dire les produits entrant dans la composition des prothèses dentaires et les matériaux et équipements nécessaires à leur réalisation.

Il existe deux catégories de prothèses dentaires : les prothèses fixes, dite conjointes, comprennent les incrustations " inlay " et " onlay ", les couronnes, les dents à tenon, les dents à pivots et les bridges ; les prothèses amovibles, dites adjointes, partielles ou complètes (dentiers), sont réalisées à partir de dents artificielles, en résine ou en porcelaine. Les produits concernés comprennent également tous les instruments nécessaires à la réalisation de ces prothèses : fours à céramiques, brosses à polir, pâtes à polir, abrasifs,

lustrants, etc.

En l'absence de production nationale, la plupart de ces produits sont importés. Les sociétés Dentsply Detrey, basée aux Etats-Unis, et Vita, basée en Allemagne, sont, avec la société Ivoclar, les plus grands fabricants mondiaux de produits pour laboratoires de prothèse. En France, leurs produits sont commercialisés par des filiales pour les sociétés Dentsply Detrey et Ivoclar, et par la société Atlantic Codental pour les produits de la marque Vita. La société allemande Heraeus Kulzer est également très connue sur ce marché, notamment pour ses résines de base. Les fabricants japonais, comme Shofu, sont surtout présents sur le marché des céramiques. En ce qui concerne les dents artificielles, les marques Major (Italie), Ruthinium (Italie) et Myerson (Etats-Unis) sont également commercialisées en France.

Comme les autres produits dentaires, les produits pour prothésistes ont longtemps été essentiellement commercialisés par l'intermédiaire de dépôts dentaires. Au cours des dernières années, la vente par correspondance s'est cependant beaucoup développée et elle représenterait aujourd'hui près de 50 % des ventes. Cinq sociétés de vente par correspondance sont spécialisées dans le matériel dentaire : CAP-La Centrale du prothésiste dentaire, GEMA, GACD, Promodentaire et Henri Schein France. Les ventes de discounters et les importations parallèles ont également pris de l'importance. La diversification des formes de distribution s'est traduite par une réduction du nombre de dépôts dentaires, passé de plusieurs centaines à une petite centaine aujourd'hui, ainsi que par une compression des marges des distributeurs.

Les utilisateurs finaux des produits pour prothèses dentaires sont principalement les prothésistes dentaires et plus marginalement les chirurgiens-dentistes. Les prothésistes dentaires réalisent le plus souvent les prothèses sur prescription et commande des chirurgiens-dentistes mais il arrive que certains dentistes réalisent eux-mêmes certaines prothèses. Selon l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires (UNPPD), la France comptait en 1999 environ 5 400 à 5 600 laboratoires de prothésistes dentaires qui emploient 18 000 salariés. En incluant les laboratoires des centres hospitaliers et ceux des mutuelles, le secteur emploie 23 000 personnes. L'UNPPD situe le chiffre d'affaires de l'ensemble des laboratoires privés de prothèses dentaires entre 3,5 et 4 milliards de francs.

B. - Les pratiques mises en cause

1. Le contrat type de distribution du réseau Ivoclar

Jusqu'en 1999, les relations entre le groupe Ivoclar et les revendeurs des pays de la Communauté européenne étaient régies, pour les produits de la gamme Ivoclar, par un contrat d'approvisionnement exclusif d'un nombre restreint d'entreprises de distribution professionnellement qualifiées. Les contrats conclus en France comportaient de plus une clause par laquelle les dépôts s'interdisaient de " *pratiquer de quelque façon que ce soit, la vente des produits (Ivoclar) par correspondance* ". L'enquête administrative a établi que l'interdiction de vendre par correspondance était effectivement respectée par les concessionnaires. L'un d'eux, la société Henri Schein France, édite un catalogue de vente par correspondance, mais n'a jamais fait figurer les produits de la marque Ivoclar dans ce catalogue.

La société mère Ivoclar AG a notifié son contrat type à la Commission européenne en 1983 et obtenu, par une décision du 27 novembre 1985, une exemption individuelle au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité

de Rome, pour une durée de dix ans. Dès juillet 1992, Ivoclar AG a demandé la prorogation de cette exemption, demande sur laquelle la Commission ne s'est pas encore prononcée, après avoir le 15 septembre 1993 publié une communication, faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, dans laquelle elle annonçait avoir l'intention de répondre favorablement à la demande de prorogation et priait les tiers concernés de lui adresser leurs observations. La société CAP a répondu à cet avis en adressant à la Commission, le 10 décembre 1993, une lettre dans laquelle elle s'opposait au renouvellement de l'exemption du contrat Ivoclar. Puis elle a, le 7 juillet 1995, porté plainte devant la Commission contre des pratiques mises en œuvre par Ivoclar à l'intérieur de son réseau de distribution.

Dans une lettre établie conformément à l'article 6 du règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission et transmise à la société CAP le 23 février 1999, la Commission annonce que les discussions menées avec la société Ivoclar AG ont amené celle-ci à adapter son système de distribution et à notifier, le 29 novembre 1995, un contrat type de distribution modifié. Elle informe la société CAP qu'elle considère, en l'état actuel des choses, que les éléments recueillis ne permettent pas de donner une suite favorable à sa demande faite conformément à l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 17/62 du 6 février 1962. La Commission retient, en effet, que les marchés pertinents sont au nombre de quatre (les dents artificielles, les matériaux pour prothèses, les matériaux de revêtements et les appareils) et s'étendent à l'ensemble de la communauté. Selon les informations dont elle dispose, Ivoclar AG n'occupe une position dominante sur aucun de ces marchés. Elle précise qu'en admettant même l'existence d'une telle position, *" il ne saurait, d'ailleurs, être question d'un abus d'une telle position, du moment qu'Ivoclar pratique sans discrimination un système de distribution qui est techniquement justifié. Du reste, la Commission ne dispose pas d'indications permettant de conclure, comme vous l'avez affirmé dans votre plainte, qu'Ivoclar contraint les dépôts à respecter certains prix "*. La Commission indique encore que les critères de sélection du nouveau contrat de distribution qui lui a été soumis sont tout à fait justifiés puisque *" Vu la nature de ses produits, Ivoclar doit pouvoir en organiser la distribution de sorte qu'elle réponde aux exigences les plus élevées en matière de conseil. C'est à vous qu'il revient d'adapter votre distribution aux exigences imposées par Ivoclar, comme l'a fait par exemple, selon les informations dont dispose la Commission, le groupe de vente par correspondance H. Schein. "*

En France, Ivoclar Division France (ci-après Ivoclar) applique depuis la mi-1999, dans ses relations avec ses distributeurs, le contrat type modifié à la suite des discussions menées avec la Commission et dont les principales modifications par rapport au contrat initial sont les suivantes :

- la suppression de l'exclusivité territoriale qui était assurée aux dépôts dentaires,
- la suppression de la clause par laquelle les dépôts dentaires s'interdisaient de pratiquer la vente des produits Ivoclar par correspondance,
- la définition de critères de sélection des membres du réseau de distribution Ivoclar.

2. La diffusion d'un tarif " prix de vente utilisateur "

Ivoclar diffuse à ses distributeurs un *" tarif de gros HTVA "*, dans lequel figurent tous les produits de la gamme Ivoclar, avec un prix de gros HTVA, un prix de détail HTVA et un prix de détail TTC. Sur la

couverture de l'exemplaire daté du 2 janvier 1995 est inscrite la mention " *Les prix de détail sont donnés à titre indicatif* ". Elle diffuse également un catalogue, intitulé " *prix de vente utilisateurs* ", qui ne reprend que les prix de détail TTC et sur la couverture duquel figure la mention " *Les prix communiqués ci-après le sont à titre indicatif. Ils risquent d'être soumis à modifications en fonction des fluctuations économiques* ". Ces tarifs sont communiqués aux distributeurs des produits Ivoclar mais aussi aux utilisateurs finaux.

Ivoclar diffuse également un tarif utilisateur d'une page où ne figurent que les dents, intitulé " *Dents : prix de vente utilisateurs* " et sur lequel est inscrit la mention " *prix purement indicatifs* ". Ce tarif indique les prix à l'unité et des prix dégressifs en fonction des quantités achetées, soit, pour les dents en porcelaine, plus de 100 dents, plus de 250, plus de 500 et plus de 1 000, équivalant à des remises quantitatives de l'ordre de 5 %, 10 %, 15 % et 20 %. Pour les dents en résine, les quantités sont plus de 500, plus de 1 000, plus de 2 500 et plus de 5 000, et les remises quantitatives de l'ordre de 2,5 %, 5-6 %, 7-9 % et 10-12 %.

Dans sa saisine, la société CAP-La Centrale du prothésiste dentaire dénonce le fait que la société Ivoclar pratique des prix fortement " *conseillés* " et produit une attestation de M. Arbouin, ancien représentant de la société Omnium Dentaire à Bordeaux, concessionnaire des produits Ivoclar, qui indique : " *J'ai constaté qu'elle (la société Omnium Dentaire) n'avait aucune possibilité de faire jouer la concurrence des prix. Seule la société Ivoclar établissait les prix des produits et les communiquait à l'ensemble de ses distributeurs...* ".

Les déclarations suivantes ont été recueillies auprès des dépôts agréés dans le cadre de l'enquête et de l'instruction.

M. Houalet, président du conseil de surveillance de la société Fournitures dentaires de l'ouest, déclare, le 28 août 1997 : " *Nous recevons à chaque modification des prix les tarifs de gros HTVA d'Ivoclar et le tarif conseillé utilisateur. Lorsqu'un client souhaite connaître le prix des dents, nous lui envoyons le tarif dégressif utilisateur d'Ivoclar avec notre cachet... Nous appliquons les prix conseillés par Ivoclar pour conserver une marge minimum. Pour les remises, les clients arrivent assez facilement au prix quantitatif. Les concessionnaires Ivoclar n'appliquent pas tous un prix identique. Pendant une certaine période, nos commerciaux se sont plaint des prix pratiqués par la société Plandent qui a aujourd'hui cessé la distribution des dents Ivoclar* ".

M. Cotillot, président directeur général de la société Office central de fournitures dentaires, déclare, le 15 septembre 1997 : " *Nous recevons le tarif gros HTVA des dents Ivoclar ainsi que le tarif " prix détail conseillé "*. Mais du fait de la concurrence actuelle ce prix n'est plus utilisé. Nous fixons nos prix à partir de nos prix de gros en fonction de nos coûts de distribution et de possession de stock. Les calculs tarifaires proposés par Ivoclar ne correspondent plus à la réalité économique du marché des dents et ne sont plus utilisables.

Par ailleurs, nous tenons compte du nombre annuel de dents achetées par la clientèle (nombre de dents achetées par modèle). Les remises quantitatives que nous octroyons ne reprennent pas les remises quantitatives conseillées par Ivoclar ".

M. Michaut, président directeur général de la société Omnium Dentaire, déclare, le 26 mars 1999 : " *Il a longtemps été dans la pratique de la profession de distribution de produits dentaires de s'appuyer sur les*

prix de détail conseillés par le fournisseur pour ensuite consentir éventuellement des remises par rapport à ces prix. Aujourd'hui, l'ensemble de la profession pratique différemment : nous prenons le prix d'achat auprès du fournisseur, donc par exemple, le prix de gros Ivoclar, et nous appliquons une marge, qui varie en fonction des quantités et du volume d'achat du client. Ce changement s'est traduit par une baisse significative des marges. Nous n'utilisons que rarissimement les prix du catalogue utilisateur d'Ivoclar, pas plus que les prix de détail indicatifs qui peuvent être fournis par d'autres fabricants, comme Vita ou Dentsply. L'existence de catalogue prix utilisateurs communiqués par les fabricants se justifie en raison des salons où les fabricants ont besoin d'être en mesure de donner une idée aux clients potentiels des prix de détail ".

M. Ifker, directeur général et gérant de la société Henri Schein France, déclare, le 8 avril 1999 : " *Nous pratiquons les prix et les remises que nous voulons. Les remises peuvent être importantes notamment pour les collectivités. Il est arrivé que les autres concessionnaires Ivoclar se plaignent que je pratique des prix trop bas pour les collectivités. Ivoclar a pu me faire part de ces plaintes mais ne m'a jamais demandé de remonter mes prix, ce que je n'aurais accepté en aucun cas. Ivoclar sait très bien qu'il serait illusoire de faire pression sur les distributeurs en matière de prix, tous pratiquant des remises individualisées pour leurs clients ".*

Afin de comparer les prix réellement pratiqués sur les dents artificielles par les dépôts membres du réseau de distribution Ivoclar et les prix du tarif utilisateur diffusé par Ivoclar Diffusion France, des factures ont été demandées à cinq dépôts : la société Henri Schein France, la société Perrigot, les Fournitures dentaires lilloises, les Fournitures dentaires de l'ouest et l'Office central de fournitures dentaires. Chacun de ces dépôts a rassemblé un nombre variable de factures portant globalement sur la première moitié de l'année 1997. Deux groupes de clients ont été distingués : les mutuelles, d'une part, les prothésistes dentaires et les chirurgiens dentistes, d'autre part.

En ce qui concerne les mutuelles, les enquêteurs ont sélectionné au hasard, pour chacun des dépôts, 100 commandes portant sur une référence de dent. La comparaison des prix pratiqués et du tarif utilisateur confirme que les tarifs des dents font l'objet de négociations entre chaque dépôt et les mutuelles qu'il a pour clients. Le tableau 1 ci-dessous présente la fréquence des commandes selon qu'elles respectent le prix utilisateur ou selon qu'elles s'en écartent.

Tableau 1	Henry Schein	Perrigot	FDO	FDL	OFCD
% de commandes respectant le prix conseillé	2	42	79	20	36
% de commandes s'écartant du prix conseillé	98	58	21	80	64

En ce qui concerne les factures adressées aux prothésistes dentaires et aux chirurgiens-dentistes :

- Pour Henry Schein France, on constate que 74 factures sont établies sur la base des prix conseillés du tarif utilisateur pour des commandes supérieures à 1 000 dents, quel que soit le nombre de dents

commandées à cette date là. C'est le volume annuel des commandes qui est pris en compte pour calculer les remises. De plus, sur ces 74 factures, le tarif de la dent " orthotyp PE postérieure " est légèrement inférieur à celui conseillé (10,12 F. au lieu de 10,36 F. dans le tarif utilisateur), le produit en question faisant l'objet d'une offre temporaire. Trente factures, adressées en quasi totalité à des chirurgiens-dentistes, reprennent le tarif unitaire conseillé. Six factures sont établies sur la base de tarifs inférieurs au plus bas des prix conseillés.

- Pour l'Office central de fournitures dentaires, sur quarante et une factures, les dents sont au prix conseillé unitaire, soit le prix conseillé maximal. Vingt factures sont basées sur les prix conseillés pour les achats de plus de 1 000 dents, quel que soit le nombre de dents commandées à cette date là. Quatorze factures sont établies sur la base des prix conseillés pour les commandes de plus de 250 ou 500 dents, quelle que soit la quantité commandée, ou sur la base d'une formule établie à partir de plusieurs prix (certaines dents au prix conseillé pour les commandes de plus de 1 000 dents, d'autres au prix unitaire). Trois factures font apparaître des prix inférieurs au plus bas prix conseillé.
- Pour les Fournitures dentaires de l'ouest, la quasi totalité des factures, soit 76 sur 81, sont établies sur la base des prix conseillés pour les achats de plus de 1 000 dents, quelle que soit la quantité commandée, hormis pour deux types de dents pour lesquelles les prix pratiqués sont inférieurs au plus bas prix conseillé. La SR Antaris est systématiquement facturée à 13,46 F HT contre 14,13 F HT dans le tarif utilisateur et la SR Postaris est facturée à 9,23 F HT contre 9,69 F HT dans le tarif utilisateur. Les cinq autres factures sont établies sur la base du prix unitaire conseillé.
- Pour la société Pierre Perrigot & Cie, quarante-huit factures sont établies sur la base des prix conseillés pour les achats de plus de 1 000 dents (hormis un écart d'un centime sur le prix de SR Orthosit PE). Quarante-deux factures reprennent les prix unitaires conseillés et cinq appliquent le prix le plus bas pour certaines dents et le prix le plus haut pour d'autres. Seule une facture indique un prix inférieur au plus bas prix conseillé, pour la dent SR Orthotyp, facturée à 8,06 F HT au lieu de 8,59 F HT dans le tarif utilisateur.
- Pour les Fournitures dentaires lilloises, sur les 100 factures, 29 ne font apparaître aucune remise, les prix pratiqués étant identiques aux prix unitaires conseillés. Sur 64 factures sont appliqués les tarifs conseillés pour les achats de plus de 1 000 dents, quelle que soit la quantité commandée, soit des remises s'échelonnant de 10,5 % à 16,10 % en fonction du type de dent. Sept factures font apparaître des prix inférieurs au plus bas prix conseillé, soit des remises pouvant aller jusqu'à 21 %.

3. Grievs notifiés

Les grievés suivants ont été notifiés par le rapporteur, le 17 septembre 1999, à la société Ivoclar Division France :

- sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour s'être entendue avec ses distributeurs pour interdire la vente par correspondance de ses produits et avoir ainsi exclu une forme de distribution de son réseau de distribution et, donc, restreint la concurrence intramarque entre différentes formes de distribution, et sur le fondement de l'article 8 pour avoir ainsi abusé de la position dominante qu'elle occupe sur le marché des dents artificielles,
- sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour avoir diffusé un catalogue de prix utilisateurs, favorisant ainsi une uniformisation artificielle des marges de ses distributeurs, et sur le fondement de l'article 8 pour avoir ainsi abusé de la position dominante qu'elle occupe sur le

marché des dents artificielles.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la demande de sursis à statuer,

Considérant qu'Ivoclar observe que la Commission européenne devrait lui accorder dans un bref délai une exemption au titre de l'article 81 paragraphe 3 du traité, comme le prouverait sa lettre établie conformément à l'article 6 du règlement n° 2842/98 et adressée à CAP le 23 février 1999, dans laquelle elle informe celle-ci qu'elle ne souhaite pas donner une suite favorable à sa demande puisqu'elle estime, après une analyse approfondie, que les griefs avancés à l'encontre du réseau de distribution d'Ivoclar ne sont pas fondés ; qu'Ivoclar soutient, de plus, que cette décision d'exemption sera vraisemblablement rétroactive et devrait couvrir la période écoulée depuis la date de notification du contrat à la Commission et ce, alors même que ce contrat a été modifié en cours de procédure, puisque, dès l'origine, la Commission avait émis un avis favorable au renouvellement de l'exemption accordée à ce contrat, en 1985, et considérait donc qu'il était, dans ses grandes lignes, conforme aux pratiques décisionnelles de la Commission en matière de distribution sélective, les modifications ultérieurement apportées au contrat ne résultant que d'une évolution de l'appréciation portée par la Commission sur certaines clauses ; qu'Ivoclar fait valoir que le Conseil ne peut donc que surseoir à statuer, conformément à l'article 9, paragraphe 3, du règlement 17/62 du Conseil du 5 février 1962, qui prive les autorités nationales de la concurrence de leur compétence pour l'application des articles 81 et 82 du traité lorsqu'une procédure a été engagée par la Commission européenne en vue de l'adoption d'une décision ; qu'Ivoclar indique également que le Conseil devrait surseoir à statuer en ce qui concerne l'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, compte tenu du risque de contradiction entre la décision que prendrait le Conseil et la décision à venir de la Commission et de son droit à la confiance légitime et à la sécurité juridique liées à l'instruction de son dossier par la Commission ;

Considérant que, par décision 85/559/CEE du 27 novembre 1985, la Commission européenne a exempté jusqu'au 31 janvier 1993 le contrat type de distribution exclusive des produits de la marque Ivoclar qui lui avait été notifié par la société Ivoclar AG ; que celle-ci a demandé le 31 juillet 1992 la prorogation de l'exemption ; que la Commission européenne a publié le 15 septembre 1993, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62 du Conseil, une communication dans laquelle elle envisageait de prendre une décision positive sur cette demande de prorogation ; que, dans une lettre adressée le 23 février 1999, conformément à l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 2842/98, la Commission expose à la société CAP que les observations que celle-ci lui a adressées suite à la communication du 15 septembre 1993 ont amené la Commission à procéder à des enquêtes supplémentaires dont les résultats ont finalement conduit la société Ivoclar AG à supprimer la clause d'exclusivité territoriale de son contrat type de distribution, à lui annexer des critères qualitatifs de sélection des distributeurs agréés et à supprimer l'interdiction de commercialiser les produits Ivoclar par correspondance qui était en vigueur en France ; que, dans cette même lettre, la Commission indique à la société CAP qu'en l'état actuel des choses, elle considère que les éléments recueillis ne permettent pas de donner une suite favorable à la demande de celle-ci visant à ce que la Commission refuse le renouvellement de l'exemption dont a bénéficié la société Ivoclar de 1983 à 1993 ; que, sans préjuger du sens de la décision que prendra la Commission, l'exemption accordée le 27 novembre 1985 et la communication du 15 septembre 1993 peuvent laisser penser que, dès l'origine, le contrat de distribution de la société Ivoclar AG correspondait dans ses grandes lignes à la pratique

décisionnelle antérieure de la Commission ; que, dans ces conditions, il ne peut être exclu qu'au cas où la Commission déciderait de renouveler l'exemption accordée à ce contrat, elle le fasse rétroactivement à compter du jour de la notification, tant pour la version modifiée que pour la version appliquée primitivement ;

Considérant, de plus, que, le 14 octobre 1998, la société CAP a assigné la société Ivoclar Division France devant le tribunal de commerce de Pontoise, aux fins de faire constater que cette dernière, en refusant de la livrer, abusait de sa position dominante au mépris des dispositions de l'article 82 du traité de Rome et d'obtenir des dommages et intérêts ; que le tribunal a jugé, le 20 octobre 1999, que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convenait de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil de la concurrence ; que l'existence du litige pendant devant la juridiction commerciale est de nature à accroître pour la société Ivoclar Division France la gravité du préjudice qui pourrait résulter pour elle d'une éventuelle condamnation par le Conseil de la concurrence, sur le fondement du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une des clauses du contrat type notifié à la Commission, dans l'hypothèse où celle-ci prendrait ensuite une décision d'exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome bénéficiant tant à la version modifiée du contrat qu'à la version appliquée antérieurement ;

Considérant que, dans ces conditions, il est de bonne administration de surseoir à statuer sur le grief notifié à la société Ivoclar Division France sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour s'être entendue avec ses distributeurs en vue d'interdire la vente par correspondance de ses produits, jusqu'à ce que la Commission ait rendu sa décision ;

Considérant, en revanche, que ni l'engagement par la Commission d'une procédure d'examen d'un contrat de distribution au regard de l'article 81, ni même une décision d'exemption individuelle bénéficiant à ce contrat, ne s'opposent à ce que le Conseil examine la conformité au titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 de pratiques non prévues par ce contrat et qui auraient été mises en œuvre dans le cadre de son application ; qu'il y a donc lieu de statuer sur le grief notifié sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et relatif à la diffusion d'un catalogue de prix utilisateurs ;

Sur le marché de référence,

Considérant que la gamme Ivoclar de produits pour prothésistes dentaires comprend près d'une centaine d'articles ; que si, en principe, le marché pertinent en cause se définit comme le lieu de confrontation entre l'offre et la demande de produits substituables entre eux, mais non substituables à d'autres biens et services, l'application de ce principe, lorsqu'il s'agit de relations entre un fabricant et des grossistes distribuant ses nombreux produits aux utilisateurs finaux, aboutirait à une définition artificielle du marché, alors qu'il n'est pas démontré qu'il existe des méthodes distinctes de distribution pour chacune des familles de produits, à l'égard des diverses clientèles ou encore que les offreurs adoptent un comportement distinct selon qu'il s'agit de vendre, par exemple, des produits différents ; que les professionnels du secteur distinguent, au sein des produits pour prothésistes dentaires, quatre grandes familles : les dents artificielles, qu'elles soient en résine ou en porcelaine - les produits pour prothèses, qui s'identifient comme étant tout ce qui sert de base aux dents artificielles ou aux couronnes, le produit principal de ce groupe étant la résine de base dans laquelle sont fixées les dents pour les prothèses adjoindées - les produits de revêtement, qui, dans les prothèses conjointes, recouvrent le support, et comprennent principalement les systèmes céramique et plus

marginalement les résines - les différents appareils qui servent à confectionner les prothèses ; que, si les grands fabricants de produits pour prothésistes dentaires, comme Ivoclar, sont présents sur l'ensemble des quatre groupes de produits, l'offre se présente de façon différente pour chacun de ces groupes ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est pour chacun des quatre groupes de produits que les pratiques en cause doivent être examinées ;

Considérant que la société Ivoclar conteste la limitation géographique des marchés de produits définis ci-dessus au seul territoire national qui est faite et fait valoir qu'aucun élément n'est avancé permettant de démontrer que la confrontation de l'offre et de la demande de ces produits au niveau national présenterait une spécificité par rapport à l'ensemble du marché européen ; qu'elle rappelle que la Commission a considéré que le marché géographique pertinent pour les produits en cause était communautaire et a réaffirmé sa position dans la lettre adressée à CAP le 23 février 1993 : "*Les quatre groupes de produits sont écoulés par Ivoclar et ses concurrents - comme Detrey, Dentsply et Vita - de la même manière dans l'ensemble du marché commun. En tant que produits dentaires, ils sont soumis à des normes européennes. Ils sont offerts sous emballage et avec un mode d'emploi identique partout en Europe. Pour ces produits, les frais de transport sont négligeables par rapport à leur valeur. Pour ces raisons, le marché géographique en cause doit être défini comme englobant au moins le territoire de la Communauté*" ;

Considérant que le fait que la Commission ait reconnu une dimension communautaire à un marché de produits ne s'oppose pas à ce que le marché pertinent puisse être limité au marché national au motif que l'offre et la demande s'y expriment de façon spécifique ; que, toutefois, dans le cas d'espèce, il est établi que la confrontation de l'offre des fabricants et de la demande des distributeurs pour chacun des quatre groupes de produits définis ci-dessus n'est pas limitée au seul territoire national ; que ces produits bénéficient d'une norme européenne définie dans la directive 93/42/CEE intégrée au code de la santé publique, sous l'article L. 665-3, par le décret n°95-2921 du 16 mars 1995 ; que la plupart de ces produits sont importés sur le territoire français ; que les distributeurs implantés sur le territoire français se fournissent auprès des filiales françaises des fabricants ou d'importateurs exclusifs, mais également par le moyen d'achats directs à l'étranger ; que la demande finale pour ces produits ne présente aucune spécificité ; que l'existence d'un réseau de distribution sélective, qui pourrait être un indice du caractère national du marché aval, n'implique en rien que le marché amont doive être limité au périmètre national ; que le territoire géographique sur lequel s'expriment l'offre et la demande des quatre groupes de produits définis ci-dessus doit donc être considéré comme s'étendant au moins à celui de l'Union européenne ;

Considérant que, sur les marchés pertinents ainsi définis géographiquement, selon les informations recueillies par la Commission et communiquées dans la lettre adressée à la société CAP le 23 février 1999, trois grands fabricants sont présents sur les marchés communautaires concernés : Ivoclar, l'américain Dentsply Detrey, l'allemand Vita ; que, dans la lettre précitée, la Commission indique : "*Sur la base des informations dont dispose la Commission, une position dominante d'Ivoclar sur les marchés des dents artificielles, des matériaux pour prothèses, des matériaux de revêtement et des appareils peut être exclue. Les parts de marché d'Ivoclar et de ses principaux concurrents, Dentsply et Vita, pour les années 1994 à 1997 (premier semestre), sont les suivants (pour la totalité du marché des produits pour dentistes et mécaniciens-dentistes, ainsi que pour les dents artificielles, les matériaux pour prothèses, les matériaux de revêtement et les appareils) :*

MAXIMA DE PARTS DE MARCHE (1994 à 1997)

1994-1997	IVOCLAR	DENTSPLY	VITA
TOTAL DU MARCHE DENTAIRE	23 %	19 %	12 %
DENTS ARTIFICIELLES	22 %	17 %	11 %
MATERIAUX POUR PROTHESES	15 %	10 %	n.d.
MATERIAUX DE REVETEMENT	22 %	32 %	33 %
APPAREILS	10 %	4 %	3 %

qu'il n'est pas établi qu'Ivoclar détiendrait une position dominante sur l'un de ces marchés ; qu'en conséquence, les griefs notifiés sur le fondement de l'article 8 ne peuvent être retenus ;

Sur la publication de tarifs utilisateurs

Considérant que la société Ivoclar conteste que les prix soient largement uniformisés au sein de son réseau de distribution ; que, selon elle, les déclarations recueillies au cours de l'enquête auprès des dépôts dentaires montrent bien que ceux-ci sont libres de fixer leurs prix comme ils l'entendent et que, si des similitudes peuvent être observées, pour certaines factures, entre les prix conseillés et les prix pratiqués, elles s'expliquent par le fait que, par facilité, les revendeurs préfèrent appliquer le prix proposé plutôt que de calculer eux-mêmes un prix de revente ; qu'elle fait valoir que, si le Conseil de la concurrence a considéré à de nombreuses reprises que la diffusion de prix conseillés, voire le simple échange d'informations sur les prix, au sein d'un groupement de distributeurs en situation de concurrence, était de nature à constituer une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il n'en est pas de même en ce qui concerne la diffusion de prix conseillés dans le cadre de relations verticales entre un fabricant et des distributeurs ; qu'elle soutient qu'il ne peut donc être reproché à Ivoclar de diffuser une liste de prix utilisateurs indicatifs, dans la mesure où, en pratique, les indications de prix sont sans ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix imposés ;

Considérant que la diffusion de prix utilisateurs conseillés ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, à condition que ces prix ne revêtent pas en réalité le caractère de prix imposés ;

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des déclarations des responsables des dépôts dentaires qu'ils se considèrent libres de déterminer leurs prix de détail et de négocier librement d'éventuelles remises ; qu'il résulte de l'instruction et notamment de la comparaison des prix pratiqués et du tarif utilisateur qu'en ce qui concerne les mutuelles, les tarifs font l'objet de négociations entre celles-ci et chaque dépôt ;

Considérant, il est vrai, que, dans ses observations, le commissaire du Gouvernement relève que certaines déclarations recueillies au cours de l'enquête font état de pressions ou tout au moins d'une présence appuyée des agents commerciaux d'Ivoclar auprès de certains distributeurs qui se seraient démarqués trop nettement

des prix conseillés ; qu'il cite les extraits de rapports de visite et de procès-verbaux suivants, figurant en annexes au rapport d'enquête administrative, et note qu'en ce qui concerne les deux dernières déclarations, le fait que la société Plandent SA n'existe plus n'enlève rien à leur valeur probante :

- " *EM (E. MISSLIN, représentant d'Ivoclar) : intervenir auprès de Monsieur Gérard Ifker le jeudi 2 mai pour enrayer ces actions...* ",
- " *...il serait urgent de prévoir une assemblée générale des concessionnaires Ivoclar afin qu'US (Ulrich Schmidt) fasse, entre autres, un rappel à l'ordre en prônant une certaine rigueur...* ",
- Mme Amaral, responsable du service fourniture de Plandent SA " *... Nous n'avions pas intérêt à pratiquer des prix trop bas sous peine de perdre la carte Ivoclar. A ma connaissance, Ivoclar n'est intervenu qu'une seule fois auprès de la direction de l'époque à la suite d'une erreur commise par un commercial qui avait proposé un devis à une mutuelle à des prix trop bas* ",
- Mme Rolland, secrétaire commerciale de l'agence Plandent Ouest : " *Nous appliquions les prix conseillés Ivoclar parce que cela nous paraissait normal de les appliquer. Par ailleurs, nous ne nous amusions pas à appliquer d'autres tarifs pour respecter nos engagements avec Ivoclar et de peur de perdre la carte Ivoclar difficile à obtenir. ...D'après mes souvenirs, ce représentant qui n'avait pas l'habitude de vendre des dents Ivoclar, avait proposé une remise de 20 % sur le tarif par 5 000. Un courrier a été envoyé à notre direction nous mettant en garde des risques d'une telle opération. Ivoclar nous a dit que nous risquions de perdre la carte de dépôt si nous continuions dans cette voie* ".

Mais considérant, d'une part, que, s'il ressort des comptes-rendus des visites effectuées par les agents technico-commerciaux d'Ivoclar que certains distributeurs se sont plaints que d'autres membres du réseau, avec lesquels ils pouvaient être en concurrence, pratiquaient des prix jugés par eux trop bas et ont sollicité l'intervention du fabricant, aucun élément du dossier n'établit qu'Ivoclar aurait accédé à leur demande et effectivement fait pression sur un distributeur pour qu'il remonte ses prix ; que la fréquence de ces plaintes montre que les prix conseillés par Ivoclar n'étaient pas respectés par les distributeurs ; que, concernant la mention portée par le représentant d'Ivoclar EM sur un rapport de visite au distributeur Sogim-Grimouille le 24 avril 1996, indiquant son souhait " *d'intervenir auprès de M. Gérard Ifker le jeudi 2 mai pour enrayer ces actions* ", aucun élément ne permet d'établir que cette intervention a réellement eu lieu, ni que les recommandations du fabricant auraient été suivies par le distributeur ; que les remarques des technico-commerciaux concernant les prix pratiqués par les dépôts ne peuvent être considérées comme allant au-delà d'un suivi commercial usuel des produits ;

Considérant, d'autre part, que les déclarations de Mmes Amaral et Rolland, employées de la société Plandent, ne peuvent être retenues comme éléments de preuve dans la mesure où elles sont trop imprécises et où l'incident relaté n'a pu être daté et aurait été de surcroît, selon l'enquêteur, qualifié de très ancien ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en ce qui concerne la comparaison entre les prix utilisateurs conseillés et les prix réellement pratiqués par certains distributeurs, le mode de constitution de l'échantillon des factures recueilli auprès de certains distributeurs, et notamment le choix de cinq distributeurs sur 24, apparaît insuffisamment justifié pour pouvoir être retenu comme élément de preuve que les prix conseillés seraient, en réalité, des prix imposés ; que les informations accompagnant cet échantillon ne permettent pas d'établir si les remises quantitatives sont accordées uniquement selon les recommandations données par le fabricant ou

sont négociées librement par les distributeurs ; qu'en tout état de cause, les factures recueillies font apparaître, comme cela ressort du tableau 1 du II-B-2 ci-dessus, que les distributeurs ont la possibilité de pratiquer des prix inférieurs à ceux des tarifs utilisateurs diffusés par le fabricant et qu'ils usent effectivement de cette possibilité ; qu'en effet, la comparaison entre les prix conseillés et les prix réellement pratiqués par les distributeurs établissent que, pour quatre des cinq distributeurs de l'échantillon, 58 à 88 % des commandes étaient facturées à un prix qui s'écartait du prix conseillé ;

Considérant, en troisième lieu, que, dans sa saisine, la société CAP s'appuie sur une attestation de M. Arbouin, ancien représentant de la société Omnium Dentaire à Bordeaux, concessionnaire des produits Ivoclar, qui indique : "*J'ai constaté qu'elle (la société Omnium Dentaire) n'avait aucune possibilité de faire jouer la concurrence des prix. Seule la société Ivoclar établissait les prix des produits et les communiquait à l'ensemble de ses distributeurs...*" ;

Considérant, cependant, que cette seule circonstance, alors que d'ailleurs la société Ivoclar détenait à l'époque des faits 60 % du capital de la société Omnium Dentaire, ne saurait suffire à établir une infraction aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que M. Arbouin ne cite aucun incident concret dont il aurait eu à connaître au cours duquel la société Ivoclar Division France aurait fait pression sur un autre distributeur pour qu'il applique les prix conseillés ou l'aurait menacé de lui retirer la carte de concessionnaire Ivoclar ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les prix des tarifs utilisateurs diffusés par la société Ivoclar aux membres de son réseau de distribution revêtent le caractère de prix imposés ou de prix minima,

Décide :

Article 1^{er}. - Il est sursis à statuer sur la licéité de la clause du contrat de distribution Ivoclar en vigueur jusqu'au début de l'année 1999 qui interdit aux dépôts dentaires membres du réseau de vendre, de quelque façon que ce soit, les produits Ivoclar par correspondance, jusqu'à ce que la Commission européenne ait rendu sa décision sur la demande d'exemption individuelle présentée par la société Ivoclar, le 31 juillet 1992.

Article 2. - Il n'est pas établi que la société Ivoclar Division France ait enfreint l'article 7 ou l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en diffusant des tarifs utilisateurs.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen