

Décision n° 00-D-66 du 7 janvier 2001
relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des laits infantiles

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre en date du 5 octobre 1993, enregistrée sous le numéro F 654, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur des laits infantiles en raison de l'existence du système " des tours de laits " ;

Vu le livre IV du code du commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Laboratoire Gallia SA (ex Nutripharm Elgi), Nestlé France SA, Milupa SA, Nutricia France SA, Sodilac SAS, Bristol Myers Squibb SA, ITM Marchandises International SA, ITM Entreprises SA, SCA Sucres et Dérivés, Carrefour France SA, Auchan France SA, la Société Française des Laits Médicaux Materna SA, la SA Ancenis Distribution, la SA Lunel Distribution et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du Laboratoire Gallia SA, des sociétés Nestlé France SA, Milupa SA, Nutricia France SA, Sodilac SAS, Bristol Myers Squibb SA, de la Société Française des Laits Médicaux Materna SA, de la SA Ancenis Distribution, de la SA Lunel Distribution, d'ITM Marchandises International SA, d'ITM Entreprises SA, de la SCA Sucres et Dérivés, de Carrefour France SA, de Auchan France SA entendus lors de la séance du 31 octobre 2000 ;

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

I. - Constatations

A. - LE SECTEUR CONCERNE

1. Le marché des laits infantiles

a) Les produits

Les laits infantiles sont des aliments lactés diététiques destinés aux enfants de la naissance jusqu'à l'âge de douze mois. Ils peuvent être utilisés dès la naissance à titre exclusif ou à titre de complément de l'allaitement maternel.

Les laits infantiles sont donc des produits qui concurrencent un produit humain et s'adressent à des consommateurs particulièrement vulnérables, les nourrissons. Compte tenu de ces deux caractéristiques, ces produits sont encadrés par un ensemble de règles internes et internationales qui ont pour but d'assurer leur qualité physiologique et d'éviter que leur mise sur le marché ne s'effectue au détriment de l'allaitement maternel.

a.1) Le cadre réglementaire :

Les arrêtés du 1^{er} juillet 1976 et du 30 mars 1978

Ces textes définissent les mentions qui doivent figurer sur l'emballage des laits infantiles et la qualité physiologique de ces produits. S'agissant de l'emballage, l'arrêté de 1978 prévoit qu'il doit comporter une mention précisant le ou la catégorie de consommateurs concernés, notamment " *nourrissons âgés de plus de quatre mois* ", et " *enfants en bas âge* ". Ces deux décrets ne créent pas d'obligation en matière de publicité.

La directive du 14 mai 1991 et la loi n° 94-442 du 3 juin 1994

La directive du 14 mai 1991 relative aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite a été établie à partir des recommandations émises en 1981 par l'OMS dans le " *code international de commercialisation des substituts du lait maternel* ".

Dans son avis n° 87-A-02 du 31 mars 1987 relatif au code de bonnes pratiques commerciales préconisé par les fabricants de laits infantiles, soumis à son avis, le Conseil relevait que le code précité avait été élaboré pour s'élever contre l'influence néfaste qu'avaient les opérations publicitaires des fabricants d'aliments lactés diététiques sur l'allaitement maternel et était destiné à mettre un terme aux surenchères auxquelles se livraient les producteurs de lait maternisés pour s'attirer les faveurs des consommateurs et des établissements d'accouchement.

Le code précité préconisait notamment que les méthodes de commercialisation des substituts du lait maternel ne devaient pas nuire à la promotion de l'allaitement au sein. Ainsi, il retenait que :

- " *il ne devrait y avoir ni publicité ni aucune forme de promotion auprès du grand public de produits visés par le présent code* " (article 5.1) ;
- " *les fabricants et distributeurs ne devraient fournir ni directement ni indirectement aux femmes enceintes, aux mères ou aux membres de leurs familles des échantillons de produits visés par le présent code* " (article 5.2) ;
- " *Conformément aux paragraphes 5.1 et 5.2, il ne devrait y avoir pour les produits visés par le présent Code ni publicité aux points de vente, ni distribution d'échantillons, ni aucune autre pratique promotionnelle de la vente directe aux consommateurs au niveau du commerce de détail, telle qu'étalages spéciaux, bons de réduction, primes, ventes spéciales, ventes à perte et ventes couplées. Cette disposition ne devrait pas restreindre l'élaboration de politiques de pratiques en matières de prix visant, à long terme, à fournir des produits à meilleur marché.* " (article 5.3).

En ce qui concerne l'étiquetage, l'article 9.2 du code prévoyait notamment que l'emballage devrait comporter : " (...) *b) une mention de la supériorité de l'allaitement au sein ; c) la mention du fait que ce produit ne doit être utilisé que sur avis d'un agent de santé qui en aura indiqué la nécessité et expliqué le mode d'emploi correct* (...) ".

La directive du 14 mai 1991 a défini, tout d'abord, dans son article 1^{er}, alinéa 2, ce que l'on entend par nourrisson, préparation pour nourrissons et préparations de suite :

" *a) nourrissons, les enfants âgés de moins de douze mois (...)* ;

c) les préparations pour nourrissons, les denrées alimentaires destinées à l'alimentation particulière des nourrissons pendant les quatre à six premiers mois de leur vie et répondant à elles seules aux besoins nutritionnels de cette catégorie de personnes ;

d) préparations de suite, les denrées alimentaires destinées à l'alimentation particulière des nourrissons de plus de quatre mois et constituant le principal élément liquide d'une alimentation progressivement diversifiée de cette catégorie de personnes ".

S'agissant de la commercialisation de ces produits, elle précise, dans son article 7, les mentions obligatoires que doivent comporter les emballages : " *une mention relative à la supériorité de l'allaitement au sein* " (alinéa 4, a) et " *une mention recommandant de n'utiliser le produit que sur avis de personnes indépendantes qualifiées dans le domaine de la médecine, de la nutrition ou de la pharmacie, ou d'autres spécialistes responsables des soins maternels et infantiles* " (alinéa 4, b) ;

S'agissant de la publicité, l'article 8 alinéa 2 précise que, pour les préparations pour nourrissons, il ne doit pas y avoir de publicité ou toutes autres pratiques promotionnelles de ventes directes aux consommateurs au niveau du commerce de détail. Enfin, l'alinéa 3 de cet article prévoit, que " *les fabricants et les distributeurs de préparations ne peuvent fournir au grand public ni aux femmes enceintes, aux mères ou aux membres de leur famille des produits gratuits ou à bas prix, des échantillons ou tout autre cadeau promotionnel, ni directement ni indirectement par l'intermédiaire des services de santé de leurs agents* ".

Cette directive a été partiellement transposée en droit interne par la loi n° 94-442 du 3 juin 1994. Les dispositions retenues par la loi ont été introduites dans le code de la consommation. Elles concernent la définition des laits infantiles (article L 121-50 du code de la consommation), la publicité (article L 121-51) et la promotion (articles L 121-52 et L 121-53).

Il résulte de ces éléments qu'étaient en vigueur à l'époque des pratiques objets de la présente saisine les arrêtés de 1976 et 1978 et la directive de 1991.

a.2) Les familles de produits

Il existe deux principales familles de produits au sein des laits infantiles, ainsi que cela ressort des textes précités : les laits premier âge ou " *préparations pour nourrissons* " qui constituent un substitut direct du lait maternel pendant les quatre premiers mois de la vie du nourrisson, les laits deuxième âge au delà du quatrième mois ou " *préparations de suite* ", qui ont pour substitut direct le lait de vache.

Au sein de ces deux familles de produits, on distingue les laits infantiles standard, qui représentent 95 % des ventes de laits, et les laits hypoallergéniques destinés aux nourrissons victimes ou porteurs de gènes allergiques (ou laits spéciaux), qui ne sont délivrés qu'en pharmacie sur prescription médicale, à la différence des laits standard, commercialisés librement dans les pharmacies et les circuits de distribution alimentaire classiques depuis 1989.

Les laits élaborés par les différentes marques sont très proches, ainsi que cela ressort des tableaux comparatifs figurant dans le rapport d'enquête annexé au rapport. Cette situation résulte, comme l'avait déjà souligné le Conseil dans son avis n° 87-A-02 du 31 mars 1987, de la réglementation précitée qui laisse peu de latitude aux producteurs. Cette analyse est également partagée par les professionnels de santé (sages-femmes, pédiatres, gynécologues, pharmaciens) rencontrés au cours de l'enquête qui reconnaissent unanimement qu'à l'exception des laits hypoallergéniques, les laits infantiles sont équivalents et parfaitement substituables entre eux. Ainsi par exemple :

- Hôpital Notre Dame de Bon Secours à Paris : " (...) *Sauf pour les laits H.A (laits hypoallergéniques) ils sont équivalents entre les marques (...)* ".
- Polyclinique de Courlancy à Reims : " (...) En terme de qualité il est possible de considérer que les laits des différentes marques sont équivalents (...)".
- Polyclinique Saint-Vincent à Epernay : " (...) Les laits sont d'ailleurs équivalents entre eux (...)".

b) La demande

Le niveau de consommation des laits infantiles dépend directement du nombre des naissances et du choix des mères d'allaiter ou non leur(s) enfant(s). Actuellement, en France, le nombre des naissances oscille entre 750 000 et 780 000 par an et l'allaitement au sein est choisi dès la naissance par la moitié des mères. Par la suite, on constate que 40 % des mères allaitantes ont arrêté au bout de quatre semaines, 50 % après six semaines, 60 % après huit semaines et 80 à 90 % après trois mois.

La consommation de laits infantiles (premier âge, deuxième âge standard, laits spéciaux) est donc relativement stable, autour de 16 000 tonnes par an. Les laits spéciaux représentent 5 % du marché. Les laits premier âge voient leur part relative diminuer progressivement pour atteindre environ 50 % du marché (80 % en 1980). En revanche, les laits deuxième âge ont progressé pour atteindre 45 % du marché (15 % en 1980). Cette évolution traduit un changement de comportement de la demande qui s'oriente vers des produits plus " *techniques* ", prolongeant la consommation de laits " *médicalisés* ". Depuis que ces produits sont diffusés en grande distribution, les producteurs ont appréhendé ce phénomène et s'efforcent de le prolonger au delà de douze mois en proposant des laits dits " *de croissance* " supplémentés en fer, vitamines et acides gras essentiels, destinés aux enfants de un à trois ans.

La demande des laits infantiles se manifeste d'abord dans les maternités (publiques et privées : 925 en 1992) au moment de la naissance et du court séjour hospitalier postnatal (quatre à huit jours). La quasi-totalité des naissances ont lieu dans les maternités ; celles-ci représentent 10 % de la demande de lait infantile. Les maternités doivent promouvoir l'allaitement maternel conformément au code OMS, mais elles doivent aussi fournir du lait infantile aux mères qui ne désirent pas allaiter leur enfant, cette fourniture faisant partie intégrante de la prestation globale couverte par le prix de journée. Ce lait, livré gratuitement par les fabricants de laits infantiles dans la quasi totalité des maternités (cf infra) sous forme de biberons liquides prêts à l'emploi (nouettes) est préconisé par les établissements d'accouchements aux parents qui n'exercent en pratique aucun choix sur la marque.

Après le retour au domicile, la demande émane des parents (90 % de la demande de lait infantile). A ce stade, si les mères disposent en pratique du choix entre les marques de lait en poudre, sauf prescription médicale impérative de lait hypoallergénique, elles restent fidèles à la marque consommée en maternité pour le lait premier âge comme pour le lait deuxième âge, ainsi que cela ressort des déclarations des producteurs et d'un sondage SOFRES de mai 1991, alors qu'elles pourraient changer de marque sans inconvénient pour leur(s) enfant(s), comme l'ont reconnu les professionnels de santé précités (§ a.2), notamment après quatre mois lorsque les nourrissons commencent à avoir une alimentation diversifiée.

c) L'offre

L'offre émane d'un petit nombre de producteurs. Le marché des laits infantiles est en effet approvisionné par sept entreprises : la Société Française des Laits Médicaux Materna SA, le laboratoire Mead-Johnson, acquis par fusion par la société Bristol Myers Squibb SA, la SA Nutricia France, la SA Milupa, la SAS Sodilac, la SA Sopad-Nestlé, devenue par fusion absorption Nestlé France SA le 30 décembre 1994, la SA Nutripharm-Elgi (devenue Laboratoire Gallia SA).

L'offre est en outre très concentrée. Il ressort du tableau ci-après que, sur la période 1980-1992, les deux premiers producteurs détiennent 60 % du marché, les trois premiers 75 % et les quatre premiers 90 %.

Enfin, ce marché se caractérise par la faiblesse des variations des parts de marché des quatre principaux producteurs, Nestlé, Nutripharm, Milupa, Sodilac, ainsi que cela résulte également du tableau ci-dessous, pour les laits premier et deuxième âge standard.

	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1988	1989	1990	1991	1992
NESTLE	41	42,5	40,6	40,3	37,8	35,6	39,4	35,2	36,3	35,3	35,7	35,4
NUTRIPHARM	24,9	22,5	23,8	24,4	24,3	23,5	18,3	26,3	26,9	24,3	22,8	23,7
MILUPA	15,7	16,7	16,9	18	18,4	19,1	20	18,7	17,7	17,3	17,0	17,3
SODILAC	14,1	14,2	15,1	14	16	18,3	15,5	13,8	12,8	11,3	13,4	12,1
MEAD-JOHNSON	-	-	-	-	-	-	0,4	3,7	3,6	4,4	4,5	4,8
NUTRICIA	-	-	-	-	-	-	1,8	NC-	NC-	5,7	5,5	5,6
MATERNA	1,4	1,4	1,3	1,2	1,4	1,3	1,3	1,3	1,4	1,2	1,1	1,1

Sources : 1980-1986 : statistiques GERS (circuit officine) ; 1988-1992 : statistiques GERS+NIELSEN

En ce qui concerne la distribution, à l'exception des laits hypoallergéniques qui restent exclusivement vendus en pharmacie sur prescription médicale, les laits infantiles sont vendus depuis 1989 à la fois en pharmacie et dans les circuits classiques de distribution alimentaire. Il est à noter qu'en l'espace de trois ans (1989-1992), les pharmacies sont passées d'une quasi-exclusivité à un rôle secondaire (30 % des ventes) au profit de la grande distribution alimentaire (70 % des ventes), en raison de prix plus attractifs.

Par ailleurs, il convient de relever que tous les fabricants de laits infantiles produisent des compléments de nutrition pour enfants (céréales, aliments de régimes, jus de fruits...) qui représentent de 17 % (Milupa) à 43 % (Nutripharm) de leur chiffre d'affaires. Le lait est le produit qui permet de fidéliser les mères à la marque des fabricants, comme en témoigne le document de présentation des investissements promotionnels de la société Milupa, qui précise : " *le lait est la locomotive des céréales et des boissons* ". Le directeur général de la société Nutricia a confirmé ce rôle d'entraînement joué par les laits infantiles pour les autres produits de la marque (procès-verbal du 8/04/99).

B - LES PRATIQUES CONSTATEES

1. Le système des " tours de lait " dans les maternités

Les " tours de laits " dans les maternités consistent pour les fabricants à approvisionner en laits infantiles à tour de rôle, par année, chaque maternité, en obtenant l'assurance que les enfants nés au cours d'une période donnée dans l'établissement seront alimentés exclusivement avec un produit de leur marque et que seront fournis à la mère à sa sortie, soit des échantillons gratuits de " *dépannage* ", soit une fiche ou un livret lui recommandant expressément d'utiliser, après sa sortie, le produit de la marque considérée.

a) Un système généralisé

Les déclarations recueillies auprès des maternités et des producteurs ont permis de mettre en évidence que :

- le système des tours de lait est pratiqué dans la quasi totalité des établissements publics et privés :
 - Société Milupa (procès-verbal du 21/12/1992) :

" D'une façon générale, en maternité, les laits sont diffusés selon le principe des tours de laits, à 90%. En effet, il existe encore quelques établissements qui prennent des fournisseurs au coup par coup ".

- Société Nestlé (procès-verbal du 17/12/1992) :

" Pour la diffusion en maternité elle se fait selon le système des tours de lait ".

- Laboratoire Mead Johnson (procès-verbal du 8/12/1992) :

" ... Pour la diffusion en maternité des laits, elle se fait sur la base des tours de lait, lesquels existent traditionnellement depuis toujours. Ces tours sont établis par les maternités sur la base de critères essentiellement relationnels... ".

En outre, les documents recueillis lors de l'enquête ont permis d'établir que, sur les 925 établissements d'accouchement recensés, Milupa était présente dans 824 établissements soit 89 %, Materna dans 138 soit 15 %, Nutripharm dans 90 % des maternités, Nestlé dans 875 soit 95 %, Nutricia dans 54 maternités soit 5,8 %, Mead Johnson dans 476 soit 51 %.

- le système des tours de lait concerne les laits normaux premier âge et les laits hypoallergéniques :
- Centre hospitalier de Juvisy (procès-verbal du 6/11/1992) :

- " Les deux grandes catégories de laits, normaux 1^{er} âge et hypoallergéniques (HA), sont diffusées avec le système du tour de lait... ".

- Centre hospitalier Louise Michel à Evry (procès-verbal du 5/11/1992) :

" La distribution du lait infantile fonctionne selon le système des tours de lait (...) le tour de lait est établi en quantité soit en 1^{er} âge 9 fournisseurs, en HA (hypo-allergénique) 3 fournisseurs. (...°) ".

Ce système est ancien et est accepté par les fournisseurs

- Hôpital Notre Dame de Bon Secours, Paris (procès-verbal du 29/10/1992) :

" La mise en place de ces tours de laits remonte à plusieurs années. Actuellement le système donne satisfaction et nous nous efforçons de conserver une répartition équitable entre les marques, lesquelles sont également favorables au système. Jusqu'à présent aucune d'entre elles ne l'a remis en cause... ".

- Centre Hospitalier d'Arpajon (procès-verbal du 3/11/1992) :

" ... Les différents types de laits infantiles utilisés le sont sur la base du système des tours de laits... Le planning s'efforce d'accueillir tous les fournisseurs qui se présentent sans discriminations et à tour de rôle ... Le tour de lait est en moyenne de 2 mois par fournisseur. Ce système est établi depuis longtemps et jusqu'à présent est bien accepté par les fournisseurs ".

- Centre Hospitalier Général de Longjumeau (procès-verbal du 3/11/1992) :

" ... Leur distribution fonctionne suivant le système des tours de laits. L'établissement s'efforce de travailler à tour de rôle avec les différents fournisseurs existants, d'autant plus que les produits qu'ils proposent sont sensiblement équivalents. (...°) Ce système du tour de lait existe depuis longtemps et est bien accepté par les fournisseurs ".

- Centre Hospitalier Louise Michel, à Evry (procès-verbal du 5/11/1992) :

" Jusqu'à présent le système du tour de lait est bien accepté par tous les partenaires, et le consensus n'a pas été remis en cause, depuis 10 ans qu'il est établi ici. Les fournisseurs ont été intégrés au fur et à mesure au tour de lait dès lors qu'ils ont pu fournir l'établissement en conditionnement nourette (mini-biberons prêts à l'emploi) ".

- Centre Hospitalier de Juvisy (procès-verbal du 6/11/1992) ;

" Ce système est bien accepté par les fournisseurs... ".

- Polyclinique Courlancy, Reims (procès-verbal du 4/11/1992) :

" La diffusion des laits fonctionne selon le système des tours de lait établi depuis longtemps (...)"

- Société Milupa (procès-verbal du 21/12/1992) :

" (...) La pratique du tour de lait existe depuis au moins 30 ans "

Les tours de laits sont définis par année

- Hôpital des métallurgistes Pierre Rouques à Paris 11^{ème} (procès-verbal du 30/10/1992) :

" (...°) Le planning des tours de lait est établi chaque année en fin d'année pour l'année suivante, par l'établissement. "

- Société Nutripharm (procès-verbal du 23/12/1992) :

" ... Cette diffusion se fait selon la formule des tours de laits c'est-à-dire que les fournisseurs retenus passent à tour de rôle dans l'année. Les tours sont établis par la maternité (...)"

Le tour de lait accordé par les maternités à chaque marque est déterminé soit par période soit par quantités

- Société Milupa (procès-verbal du 21/12/1992) :

" (...°) Le tour de lait consiste en un tour de rôle des fournisseurs retenus, établi par les pédiatres de façon générale. Les tours sont établis sur la base de deux critères :

- soit le temps : nombre de semaines ou mois.

- soit en quantité : nombre de prescriptions.

Le 1^{er} critère est le plus fréquent (...°)".

- Société Nestlé (procès-verbal du 17/12/1992) :

" Pour la diffusion en maternité elle se fait selon le système des tours de lait. Selon le cas le tour de rôle est basé soit sur une période soit sur du quantitatif (nombre de naissances). Approximativement on peut estimer le critère de période répandu à 60%, contre 40% pour le critère quantitatif "

- Société Nutricia (procès-verbal du 11/12/1992) :

" Pour la diffusion en maternité il faut nécessairement passer par le système des tours de lait qui existe partout, c'est-à-dire que les fournisseurs passent à tour de rôle : le plus souvent, dans la grande majorité des cas ce tour de rôle est défini par périodes de temps (1 mois à 3 mois en général) "

- Société Sodilac (procès-verbal du 9/12/1992) :

" Cette diffusion se fait selon le système des tours de lait (T.D.L), c'est-à-dire que dans un établissement les marques retenues passent à tour de rôle, selon les modalités variables :

- par périodes de 1, 2, 3 mois ou autres

- par quantités : en nombre de biberons, en nombre de palettes, etc...

Ce sont les pédiatres ou des personnes appartenant à l'établissement qui sont décideurs et choisissent leurs marques, les modalités et la périodicité ".

b) Le versement de dons aux établissements d'accouchements condition déterminante pour entrer dans les tours de lait

Selon les déclarations des maternités et des producteurs, le choix des fournisseurs serait notamment établi à partir des bonnes relations avec les marques, le sérieux de celles-ci en matière d'approvisionnement, l'étendue de la gamme ou la volonté de privilégier les marques françaises. Toutefois, le versement de dons et de prestations annexes en plus de la livraison gratuite de lait ou à prix très faible aux maternités est le critère déterminant dans le choix des marques par les établissements, comme l'ont reconnu les différents producteurs.

b.1) La reconnaissance par les fournisseurs du caractère déterminant des " dons " pour leur participation aux tours de lait

- Société Sodilac (procès-verbal du 9/12/1992) :

" L'attribution des tours de lait se fait selon les critères suivants :

- qualité ou types de produits (modifiés ou maternisés),(...°).

Les services annexes qui pèsent dans la décision ce sont :

- des participations financières pour des enseignements post-universitaires ;*
- des formations diverses des personnels de l'établissement ;*
- des séminaires et congrès à vocation pédiatrie, gynécologie, puériculture ;*
- des versements à des associations pour l'achat de matériel à vocation médicale.*

Les produits étant très proches, ce sont ces services qui font la différence. Il est fortement probable que si Sodilac cessait d'attribuer ce service, la marque serait écartée du tour de lait dans l'établissement concerné, car tout le monde le fait (...).

Concernant les services annexes précités, ce type de " partenariat " existe dans 95 % au moins des établissements ".

- Société Materna (procès-verbal du 22/12/1992) :

" Pour y être retenu (dans les maternités) les critères sont les suivants par ordre d'importance décroissante :

- en premier lieu la participation financière. Il n'est pas possible d'entrer ou de rester dans une clinique si l'entreprise n'accepte pas de verser un don ou une subvention, c'est la condition sine qua non dans la quasi-totalité des cas.

(...) Les exigences des maternités en matière de " subventions " sont croissantes et il est difficile à Materna compte tenu de sa taille de suivre sur ce terrain les budgets proposés par les concurrents plus importants. Le caractère incontournable de ces budgets et leurs montants constituent une barrière à l'entrée qui ne fait qu'augmenter au fil du temps (...)" .

- Société Nutricia (procès-verbal du 11/12/1992) :

" Bien que Nutricia soit selon les années 2^{ème} ou 3^{ème} fabricant en Europe, il lui est très difficile d'entrer dans les tours de lait (TDL) en France pour les raisons suivantes :

- *faible notoriété car peu connue ;*
- *gamme peu étendue (..°) ;*

- impossibilité pour Nutricia, compte tenu de sa taille, d'offrir des avantages trop importants, comme nous le demandent certaines maternités ;
- volonté dans tous les cas de ne verser qu'à des associations qui n'existent pas partout (...).

Pour les " avantages annexes " Nutricia a défini une éthique qui consiste à n'octroyer des fonds qu'à des associations reconnues, et pour un montant limité (3 à 4000 francs en moyenne), jamais à des personnes physiques ou directement à une clinique.

Concernant ces avantages la demande en est quasi-systématique. Pour Nutricia environ 15 % de ses maternités n'ont pas de contreparties(..°). Le plus souvent, lorsque Nutricia a été confrontée à des blocages de la part de cliniques sur ces avantages, ils concernent plus leur niveau que leur principe même, c'est à dire que Nutricia ne proposait pas assez ".

- Société Nestlé (procès-verbal du 17/12/1992) :

"(...) En outre pour être retenu dans le tour de lait, il faut à quelques exceptions près, octroyer à l'établissement une " aide ", qui peut s'apparenter à une prime de référencement. En général ces avantages sont négociés chaque année, parfois ils sont établis pour deux trois ans. (...).

Les aides sont toujours versées à des associations ou des personnes morales - elles ont pour objet de financer :

- l'achat de matériel médical ou l'amélioration du confort de l'établissement,
- l'aide à l'enseignement post-universitaire (EPU),
- la participation à des séminaires congrès ".
- Société Nutripharm (procès-verbal du 23/12/1992) :

" Pour la présence dans le tour de lait, la majorité des établissements réclament une participation financière sous des formes diverses ".

- Société Milupa (procès-verbal du 21/12/1992) :

" A près de 80% actuellement, pour rester dans les tours de lait il est nécessaire de faire un don à l'établissement.

Pour Milupa ces dons peuvent prendre trois formes :

- convention commerciale
- versement à une association de l'établissement
- achat de matériel par Milupa, livré à l'établissement ".
- Laboratoire Mead-Johnson (procès-verbal du 8/12/1992) :

" En ce qui concerne les avantages annexes octroyés à des maternités, intitulés " subvention " ou " aides financières", dans un souci d'éviter une surenchère, et dans le souci d'une certaine éthique, Mead Johnson a mis en place depuis 1992 des principes et une procédure exposés dans le mémorandum joint au présent procès-verbal, et qui en substance supprime tout lien obligatoire entre l'octroi de ces aides et l'obtention de tours de lait. L'entreprise prévoit d'ailleurs que la mise en place de cette politique peut provoquer la perte de tours de lait auprès de certains établissements ".

b.2) Quelques cas de tours de lait

Différents documents recueillis au cours de l'enquête constitués notamment de fiches de maternités, d'échanges de courriers entre fournisseurs et maternités ou de rapports de visiteurs relatifs à des négociations avec des établissements de santé (rapport administratif p. 85 à 180) ont confirmé le rôle déterminant des dons pour l'obtention par les fournisseurs des tours de lait. A titre d'illustration de ce mécanisme, quelques cas de tours de lait sont décrits à travers des fiches récapitulatives de la société Nestlé et de la société Milupa et par les courriers adressés aux maternités par la société Nutricia.

Les fiches récapitulatives par établissement

Les fiches Nestlé

Elles relèvent le nombre annuel de naissances attribué à chaque fournisseur présent dans le tour de lait, le coût total du tour de lait, le coût par naissance, la périodicité des versements à l'établissement.

- Hôpital d'Arpajon :

Cette fiche, établie le 17 décembre 1991, récapitule l'année 1991 et présente le contrat obtenu pour 1992. Celui-ci est identique au précédent. Six marques sont retenues dont les deux de la société Nestlé. Sur les 400 naissances, Nestlé en a obtenu 170 dont 65 à 250 F pour sa marque Guigoz et 105 à 138 F pour sa marque Nestlé.

- Clinique Caron à Athis-Mons :

Cette fiche ne présente que le contrat de l'année 1992, ce qui signifie qu'il s'agit d'un nouvel établissement pour Nestlé. Il apparaît que les quatre fournisseurs retenus ont chacun un nombre de naissances identique (85 naissances sur un total de 340), pour un coût de 294 F par naissance pour les trois fournisseurs, Jaquemaire, Sodilac, Mead-Johnson, et de 282 F par naissance pour Nestlé. En outre, Nestlé a bénéficié du désistement de Mead-Johnson, 85 naissances supplémentaires pour un coût diminué de moitié (118 F par bébé). Le tour de lait 1992 de la clinique a donc représenté 99 000 F.

- Hôpital de Corbeil :

Cette fiche dresse le bilan de l'année 1992, qui constituait pour Nestlé un premier tour de lait. Quatre fournisseurs étaient retenus dans cet établissement pour 803 naissances. Les deux plus importants fournisseurs étaient présents : Nutripharm avec deux marques (200 naissances pour Gallia; 104 pour Jaquemaire) et Nestlé avec une marque (Guigoz avec 200 naissances). Le reste des naissances était partagé entre Sodilac (104) et Mead-Johnson (195). Pour 1993, le nombre de naissances prévues de 782 est en baisse. Mead-Johnson ne figure plus au tour de lait et ses naissances sont reprises par Nestlé (260) et Nutripharm (415 pour ses deux marques) pour un coût de 154 F par naissance, Sodilac n'obtenant que 66 naissances à 152 F. On constate que l'hôpital, malgré un nombre de naissances en baisse, parvient à obtenir le maintien du montant global des dons qui représente 120 000 F en 1993 contre 120 450 F en 1992, grâce à l'augmentation du coût par naissance.

- Hôpital d'Etampes :

Sur la période 1988 à 1990, Nestlé et Nutripharm ont la co-exclusivité de cet établissement. En 1991 et 1992, sont présents Nutripharm, Wyeth, Mead-Johnson. Les tours de lait sont alors répartis à égalité entre les trois fabricants : 267 naissances à 300 F. Il est à noter que le coût par naissance a plus que doublé entre 1990 et 1991, passant de 144 F à 300 F. Il apparaît également que dans cet établissement les tours de lait sont fixés par avance. En effet la fiche établie au 30/09/91 prévoit non seulement le tour de lait de 1992, mais également ceux de 1993 et 1994. Pour ces deux dernières années, Nestlé et Nutripharm ont à nouveau la co-exclusivité des tours : les deux marques de Nutripharm sont retenues et ont obtenu 560 naissances réparties à égalité entre Gallia et Jaquemaire pour un coût par bébé de 321 F, soit un coût total de 360 000 F ; pour Nestlé, une seule marque sera présente avec 280 naissances pour un coût par bébé de 285 F, soit un coût total de 160 000 F. Entre 1991 et 1994 le montant total des dons annuels des fabricants pour cet hôpital s'est élevé à 480 000 et 520 000 F.

- Hôpital d'Evry :

Sur la période observée, 1991-1992, huit marques sont présentes, les sociétés Nutripharm et Nestlé ont chacune leurs deux marques retenues. En 1991, la répartition des 1680 naissances est identique entre les marques : 200. Nutripharm et Nestlé ont donc obtenu la moitié des naissances. Pour 1992, il apparaît que le nombre des naissances envisagé est en accroissement : 1760. Les fournisseurs retenus sont les mêmes et le coût par naissance est de 150 F pour chaque fournisseur. L'accroissement du nombre des naissances profite aux plus importants : 233 naissances pour Guigoz, Nestlé, Gallia, Jaquemaire, Milupa, contre 200 pour Materna, Mead-Johnson et Sodilac. Les sociétés Nestlé et Nutripharm obtiennent encore la moitié des naissances, grâce à leurs deux marques chacune. En 1992, le montant total des dons s'est élevé à 264 750 F.

- Hôpital de Juvisy :

Cette fiche met en évidence que les tours de lait sont fixés par avance. En effet, établie le 19/06/91, elle récapitule l'année 1991 et prévoit les années 1992 à 1994. Sont retenues six marques dont les quatre des sociétés Nutripharm et Nestlé. Le nombre de naissances par marque en 1991 et 1992 est identique : 110. Les deux sociétés précitées détiennent donc les deux tiers des tours. Le coût pour Nestlé est de 220 F par naissance. Pour 1993-94, ce coût est reconduit. En outre, il est prévu que le paiement de ces tours intervienne dès 1992.

- Hôpital de Longjumeau :

Dans cet établissement, il peut être constaté que, sur la période observée 1990-1992, le nombre de marques retenues varie de trois à cinq. Sont systématiquement présentes, les deux marques de Nestlé et une ou deux marques de Nutripharm. Obtiennent également un tour de lait : Mead-Johnson en 1990, Milupa en 91. Sur 2000 naissances prévues en 1991, Nestlé en a obtenu 1000, Nutripharm 750 pour ses deux marques et Milupa 250. Le coût par naissance est de 150 F contre 100 F en 1990, et pour 1992 le coût retenu est de 175 F. Chaque naissance obtenue est accompagnée du même nombre de régimes, livré en plus des dons.

- Clinique Pasteur de Ris Orangis :

Cette fiche établit le bilan de l'année 1992 et met en évidence le résultat de la négociation de l'année 1993. Il ressort que le tour de lait de l'année 1992 correspondait à 683 naissances. Il a été réparti entre Nestlé 360 naissances (Guigoz, Nestlé), Nutripharm 160 naissances (Gallia), Milupa 160 naissances, au coût unique de 211 F par naissance. L'établissement a ainsi perçu des dons d'un montant total de 144 000 F et 680 régimes de lait. Pour 1993, le tour de lait est réparti entre les mêmes fournisseurs à hauteur de 171 naissances par marque pour un coût de naissance majoré à 222 F. Pour les 684 naissances prévues en 1993, l'hôpital recevra donc 152 000 F soit 12 000 F de plus que l'année précédente.

Les fiches Milupa

Un échantillon de 51 fiches (cf rapport administratif, feuillets 150 à 225) établit également le caractère indispensable des dons ou " *subventions* " accordés par cette entreprise à différentes maternités pour être présente dans leurs tours de lait.

En effet, figurent dans ces fiches :

- le nombre de " *naissances achetées* " par Milupa : de 20 à 1800 bébés ;
- le coût de la naissance de 30 à 440 F et son évolution sur les deux ou trois dernières années selon l'antériorité de la présence de Milupa dans l'établissement, ainsi que l'achat à l'avance de tours de lait ;
- le montant des subventions sollicitées et leur nature (achat de matériel, travaux, participation au financement de colloques, arbre de Noël...) : de 2 500 à 300 000 F ;
- les titulaires des versements. En 1992, 70 % de ceux-ci étaient accordés aux associations d'établissements d'accouchements (508 sur un total de 736).

Dans un certain nombre de cas, le versement des subventions fait l'objet de lettres de remerciements des établissements bénéficiaires.

Ainsi à titre d'exemple, Milupa a obtenu pour les années 1992 et 1993 à l'hôpital de Tonnerre, dans l'Yonne, quarante naissances par année pour un coût de 10 000 F par an, soit 250 F par naissance. Le rôle déterminant du don pour l'obtention de ces tours de lait est établi par le courrier adressé par l'association de l'hôpital destinataire de la somme qui précise :

" Le docteur ... et l'A.S.F.O.R.M.E.T remercient le laboratoire Milupa de leur contribution à l'achat d'une couveuse et d'une lampe de photothérapie nouveau né destinées à la maternité du C.H. Tonnerre.

Cette contribution s'élève à vingt mille francs (20 000 francs). La maternité s'engage en échange à utiliser le lait Milupa deux mois en 1992 et deux mois en 1993. (...°)".

Par ailleurs, Milupa a élaboré une convention sans équivoque sur le rôle des dons dans l'obtention des tours de lait. Celle-ci dispose en effet :

" article 2 : Approvisionnement

En contre partie de la subvention qui lui est accordée, la clinique s'engage à s'approvisionner auprès de Milupa pour les besoins des mères ayant refusé de pratiquer l'allaitement maternel ou nécessitant une prescription particulière, pour tous ses besoins en lait commercialisé sous les marques... à concurrence d'un volume représentant ... de la totalité des accouchements enregistrés dans la Clinique sur une période annuelle "

Les courriers adressés aux maternités

Lorsque la société Nutricia obtient un tour de lait dans un établissement d'accouchements, elle adresse aussitôt à celui-ci la lettre suivante :

" Pour faire suite à votre entretien avec notre collaborateur régional, Monsieur..., nous avons le plaisir de vous adresser sous ce pli, un chèque de 7 500 francs afin de participer au fonctionnement de votre association " Caennaise Promotion Périnatalité " .

Nous vous remercions d'avoir accepté de ce fait, l'introduction de Nutricia dans votre planning Tours de lait 1992 sur une base de 50 naissances ... " .

Un échantillon d'une vingtaine de lettres de cette nature a été recueilli, accompagnées fréquemment d'un courrier de remerciements de l'association bénéficiaire des dons. Le montant de ces derniers s'échelonne de 3 000 à 28 000 F pour un nombre de naissances de 24 à 225.

b.3) L'inflation des dons

L'examen des différents documents recueillis au cours de l'enquête a également mis en évidence que le rôle déterminant des dons financiers dans l'entrée des tours de lait entraîne une surenchère systématique de leurs montants depuis quelques années.

Un document établi par la société Materna intitulé *" Exposé de la situation au cours de l'exercice 1989/90, conjoncture commerciale présente et future : Bases de discussions "* dénonce ce phénomène en ces termes :

" S'il est pratiquement impossible de freiner les subventions (droits d'usage des laits pour obtenir des tours), (..) une situation nouvelle mérite d'être soulignée : il est aussi devenu souvent très difficile d'en payer ! en effet, la lutte est telle entre nos grands concurrents que souvent à présent ils traitent pour l'usage de leurs laits pendant 6 mois ou même 9 mois par an sur plusieurs années (exemple 5 ans à l'hôpital de Montfermeil) (..).

Naturellement s'ajoute à cette finance de nombreuses autres initiatives pendant la durée de l'accord : congrès, croisière, repas pour des centaines de personnes ...(..°).

Chaque fois que nécessaire nos concurrents proposent le double des sommes réclamées par les médecins " .

Cette surenchère, activée par les deux plus importants fournisseurs, ressort également des rapports de visite et de synthèse de la société Milupa, dont quelques extraits sont reproduits ci-après :

Le rapport de synthèse du 25 octobre 1992 :

" Gallia (6 mois) et Guigoz (3) nous ont " doublés " malgré le OK METMME MALKAWI à CL (clinique) Brétigny et maisons-Alfort en proposant 50 000 F/3 mois au lieu de 42 500 F pour 93 " .

Le rapport de synthèse du 16 novembre 1992 de M. Duvivier :

" Gallia-Jaquemaire travaillent de plus en plus ensemble même chose pour Nestlé-Guigoz. Ils essaient de bloquer les établissements à 4 ... " .

Le rapport de synthèse du 16 novembre 1992 de M. Hache :

" (...) Dans une clinique (St Louis 68) GUIGOZ-NESTLE ont 2 mois chacun ; le prix 92 était de 200 F ; le GYN demandait la même chose pour 93 ; le DD GUIGOZ, sans demander quoi que ce soit de plus (et c'est sûr) a proposé 400 F ; résultat, nous avons tous la même chose qu'en 92, à un prix plus élevé (LE GYN a accepté que nous ne donnions " que " 300 F) " .

Le rapport de synthèse du 3 novembre 1992 :

" Nestlé-Guigoz proposent 400 F du Reg dans une clinique où ils ont déjà 6 mois pour en avoir 12 en 93 ; le prix 92 du régime était de 160 F... " .

Un rapport de visite de la société Mead-Johnson (semaine du 25/09/92 au 1/10/1992) a aussi relevé ce front commun des deux plus importants fournisseurs de laits qui provoque une surenchère des dons financiers offerts par les plus petits producteurs aux maternités.

L'extrait suivant est en effet révélateur :

" Clinique Bouchard à Marseille : les labos Gallia-Alma - Nestlé-Guigoz ont demandé de supprimer Milupa et Wyeth des TDL de 93 et offrent une grosse somme - les labos Milupa et Wyeth ont offert le double ! Suite au prochain épisode "

Pour être présent ou pour demeurer dans une maternité, les petits fournisseurs sont donc poussés à la surenchère.

Le compte rendu de visite Nutripharm concernant les *" Cliniques de France (Journal) "* du 3 février 1992 précise en effet :

" Lors d'une réunion tactique que nous avons eu ensemble Gallia et Jaquemaire pour mettre au point notre stratégie pour l'ensemble des cliniques Journal, nous avons proposé 250 F la naissance si nous étions retenues les deux marques dans les cliniques de ce groupement.

Après quelques hésitations dans l'organisation de ces cliniques, nous venons d'apprendre que Milupa et Mead-Johnson avaient pris respectivement 6 mois à 400 F la naissance.

Par ailleurs, dans d'autres maternités, il semble qu'une offensive importante soit lancée par ces deux Sociétés pour reconquérir du terrain à des prix très au-dessus des normes "

Le document interne de la société Nestlé concernant *" les contrats Brétigny/Maison-Alfort "* relève également :

" (...) Il ne serait question de nous (Nestlé) attribuer qu'un seul trimestre pour un semestre prévu (...°) pour les raisons suivantes :

- notre réponse serait parvenue qu'au dix-huitième jour contre une dizaine de jour demandée, mais surtout parce que Milupa propose 10 000 francs de plus par trimestre, soit 50 000 francs pour 134 régimes, soit 375 francs par régime, pour rester en place (...)"

Certains petits fournisseurs prennent même des risques financiers, comme cela ressort d'un rapport de visite et de synthèse de Milupa du 25 novembre 1992 qui révèle que :

" Sodilac a pris marché cl. St jean - Melun pour le mois 93 à 418 F/BB et partout dit décidé à prendre + 5 % marché quitte à être en pertes pendant un temps... "

c) La rigidité du système des " tours de lait "

Elle résulte de la fidélité des maternités aux marques présentes dans les tours de lait et de l'achat à l'avance de tours de lait.

c.1) La fidélité des maternités aux marques présentes dans les tours de lait

Cette fidélité ressort, en premier lieu, des différentes fiches récapitulatives des tours de laits des maternités dont certaines ont été décrites précédemment (cf § b.2) ainsi que des rapports de visite réalisés par les représentants des différentes sociétés. Quelques extraits de rapports de la société Materna mettent clairement en évidence cette fidélité :

- Clinique Bel Air à Bourg en Bresse (19/02/1992) : " Notre tour est terminé - bien que cela se soit bien déroulé nos concurrents n'ont pas apprécié notre présence.

...N'envisage pas de renouveler dans l'immédiat 1 petit tour. A subi la pression de nos concurrents "

- *Clinique Sainte Marie à Chambéry (25/02/1992) : " M'a reçu sans m'accorder d'importance... On prend les mêmes et on recommence "*
- *Hôpital d'Aix-les-Bains (25/01/1992) : " Le Dr... ne veut pas entendre parler d'autres marques que celles utilisées depuis plusieurs années "*
- *Hôpital d'Annecy (25/01/1992) : " Rien à faire ; tjs les m 6 marques ; tjs aucun espoir "*
- *Hôpital de Valence (24 mars 1992) : " Aucun changement à prévoir à terme. On prend les m et on recommence "*

En second lieu, la reconduction dans les tours de lait des marques déjà présentes dans les établissements est également mise en évidence par

les déclarations des maternités et des fournisseurs :

- Centre hospitalier de Melun (procès-verbal du 5/11/1992) : " (...) *En 1986 nous avons envisagé d'y adjoindre (au tour de lait) MILUPA. Mais le représentant de cette marque ayant cherché à introduire son produit directement auprès du personnel pendant un autre tour de lait, il a été décidé de ne pas le retenir. Actuellement les trois mêmes fournisseurs sont toujours présents (...)* ".
- Clinique de l'Yvette à Longjumeau (procès-verbal du 9/11/1992) : " (...) *Trois fournisseurs sont actuellement retenus : Jaquemaire, Milupa et Sodilac, avec des tours de six mois répartis sur les deux étages de l'établissement. Les représentants de Guigoz et Gallia se sont présentés souhaitant entrer dans le tour de lait. Pour l'instant ils n'ont pas été retenus, les " titulaires " donnent satisfaction "* ".
- Polyclinique de Saint-Vincent à Epernay (procès-verbal du 12/11/1992) : " (...) *jusqu'à présent les marques présentes étaient Nestlé-Diétina en janvier-février, Guigoz en mars-avril, Milupa de mai à août, Gallia de septembre à décembre. A compter de 1993, Sodilac est introduit, mais de façon à ne pas léser ses confrères, il lui est attribué 1 mois par an pris à tour de rôle sur ceux-ci (..°)* ".

Parmi les fabricants de laits, la société Nestlé a reconnu la relative stabilité de ses tours de lait (procès-verbal du 17/12/1992). La société Materna a pour sa part déclaré que, si le premier critère d'entrée dans un tour de lait était la participation financière, le second était : *" l'habitude de la pratique de la maternité qui le plus souvent souhaite maintenir le statu-quo, par routine "* (procès-verbal du 22/12/1992).

Enfin, la fidélisation de certaines maternités à certains fournisseurs permet à ces derniers d'obtenir exactement les tours de lait qu'ils souhaitent, comme dans le cas de l'hôpital Robert Debré pour la société Nutripharm. Il a en effet été mis en évidence, dans ce cas, qu'en 1991 le groupe Nestlé était présent dans cet établissement avec ses deux marques (Nestlé, Guigoz) pour cinq mois, Nutripharm avec une marque (Gallia) pour trois mois, Mead-Johnson deux mois, Milupa deux mois. A la suite d'une négociation avec le professeur décideur pour cet établissement à qui il a été fait part *" qu'il était bon d'avoir un poids identique pour les 2 grands Groupes, à savoir : 5 mois Nutripharm, 5 mois Nestlé "*, Nutripharm a obtenu la répartition sollicitée, réussissant ainsi à éliminer de fait un des deux autres fournisseurs, le concurrent restant étant désormais choisi par tirage au sort (cf rapport annexe IV-56).

d) Les tours de lait assurent la fidélisation de la clientèle

d.1) Les déclarations des fournisseurs

Tous les fournisseurs ont reconnu la nécessité pour eux d'être présents dans les tours de lait au motif que ces derniers assurent une fidélisation de la mère à la marque de lait infantile utilisée à la maternité après sa sortie de l'établissement, et notamment les déclarations suivantes :

- Société Nestlé (procès-verbal du 17/12/92) :

" La présence aux tours de lait est fondamentale.

En effet les professionnels ont constaté que si un couple est satisfait d'un lait utilisé pendant le séjour à la maternité, il continuera à utiliser le même lait dans la même marque. La fidélité au lait utilisé à la maternité est donc forte (...).

Cette fidélité forte a pu être grossièrement évaluée au travers de deux phénomènes : la quasi-stabilité des parts de marché des différentes marques malgré l'ouverture de la distribution dans le circuit alimentaire, le fait que Nutricia, initiateur de la vente hors du circuit officinal, malgré des prix de 20 à 25 % inférieur, ait une part de marché qui plafonne à environ 5 %.

L'effort pour le fournisseur doit donc porter sur la présence en maternité, donc dans les tours de lait "

- Société Nutripharm (procès-verbal du 23/12/92) :

" L'intérêt du tour de lait est de fidéliser la mère à la marque qu'elle aura consommée pendant son séjour "

- Société Nutricia (procès-verbal du 11/12/1992) :

" L'absence dans les TDL est une gêne importante car ceux-ci sont essentiels, dans la mesure où la prescription d'une marque pendant le séjour à la maternité pèse dans les achats ultérieurs. En effet une étude effectuée par l'entreprise a démontré que 70 à 75 % des mères restent fidèles à la marque consommée pendant son séjour, ce taux montant à 90 % pour des primipares, du fait de l'importance de l'aspect

médical et affectif pour ce type de clientes ".

- Société Materna (procès-verbal du 22/12/1992) :

" ... L'intérêt du tour de lait est de fidéliser les mères à la marque dont c'est le tour de rôle ".

d.2) Les moyens mis en œuvre pour assurer la fidélisation

Cette fidélisation est assurée, d'une part, par la prescription de la maternité et, d'autre part, par la remise d'échantillons gratuits.

Le rôle de prescription des maternités

Plusieurs fabricants ont reconnu le rôle déterminant de la maternité dans la fidélisation des mères à la marque présente lors du séjour de ces dernières, par le biais de la prescription. Il s'agit notamment des deux plus importants fournisseurs de laits infantiles, les sociétés Nestlé (procès-verbal du 17/12/1992) et Nutripharm (procès-verbal du 23/12/1992).

La Société Sodilac a, pour sa part, précisé (procès-verbal du 9/12/1992) : " L'intérêt du tour de lait est de bénéficier de la prescription et de la caution du corps médical et de fidéliser les mères à la marque pour ses achats futurs ".

En outre, l'enquête SOFRES de mai 1991 réalisée auprès de mères a confirmé leur fidélité à la marque initiale puisqu'il ressort que :

" - La prescription du médecin est primordiale pour choisir une marque : d'accord 88 % ;

- A partir du moment où le médecin a prescrit un lait 1^{er} âge ou 2^{ème} âge, on peut très bien choisir soi-même la marque : pas d'accord 62 % ;

- A partir du moment où le médecin a prescrit un lait 1^{er} âge ou 2^{ème} âge, on peut très bien changer de marque sans en parler au médecin : pas d'accord 98 % ;

- Une promotion sur une marque de lait infantile peut m'amener à acheter une nouvelle marque de lait infantile : pas d'accord 97 % ".

Par ailleurs, dans son avis précité, le Conseil constatait déjà le rôle de prescripteur de produit joué par les établissements d'accouchement auprès des parents et relevait que " En raison de l'image médicale des laits infantiles, la demande pour un lait d'une marque donnée est peu sensible au prix et la relation avec les prescripteurs est donc un enjeu stratégique important pour les fabricants ".

La remise d'échantillons gratuits

Comme l'a clairement indiqué la société Materna dans son procès-verbal du 22/12/1992 :

" Le corollaire en est (du tour de lait) en principe la délivrance à la mère d'un échantillon à la sortie. Toutefois en ce domaine cela reste de l'initiative de l'établissement, sollicité par les marques. Certaines maternités ne souhaitent pas le faire, mais la grande majorité accepte de le faire (environ 10% de refus)... ".

En effet, il ressort notamment des déclarations ci-après des responsables des établissements accoucheurs que rares sont ceux qui ne donnent pas d'échantillons de lait à la sortie des mères.

- Centre Hospitalier d'Arpajon (procès-verbal du 4/11/1992) : " ... A leur sortie, une boîte de la marque dont c'est le tour de lait est remise aux mères... ".
- Polyclinique Saint André, Reims (procès-verbal du 4/11/1992) : " A leur sortie les mères reçoivent une boîte poudre de la marque dont c'est le tour de lait... ".

- Polyclinique de Courlancy à Reims (procès-verbal du 4/11/1992) : " (...) A leur sortie, les mères reçoivent une boîte de la marque dont c'est le tour ... ".
- Centre Hospitalier Louise Michel, Evry (procès-verbal du 5/11/1992) : " (...) Sur ordre de la direction de l'établissement, nous ne donnons pas de boîte à leur sortie aux mères... ".

Dans les rares cas où l'établissement ne délivre pas à la mère un échantillon de la marque de lait fournie lors du séjour à la maternité, il donne néanmoins à celle-ci une fiche indiquant la marque de lait qui a été utilisée ou qui est recommandée à l'issue de l'allaitement, comme l'a déclaré le président directeur général de Nutripharm (procès-verbal du 23/12/1992) :

" La délivrance d'échantillon à la mère à sa sortie relève de l'initiative de la maternité qui le prélève sur le stock qui lui est livré. Pendant son séjour la mère sait quelle marque est utilisée car elle figure sur les biberons prêt à l'emploi. En outre à sa sortie l'établissement délivrera une fiche où figure la marque utilisée ou recommandée à l'issue de l'allaitement ".

Il doit être relevé que la fourniture d'un échantillon gratuit de lait à la mère à sa sortie de la maternité est contraire à l'article 5.2 du code de l'OMS (cf supra A.1.a.1) qui interdit toute distribution directe ou indirecte d'échantillon aux mères ou femmes enceintes par les fabricants de laits infantiles.

d.3) Les déclarations des distributeurs

Les distributeurs ont également reconnu le rôle de fidélisation de la clientèle du système des tours de lait et de la prescription des maternités, ainsi que cela ressort des déclarations suivantes :

- Centrale d'achats Auchan (procès-verbal du 26/02/1993) :

" En tant que distributeur il (l'acheteur) ressent fortement le poids de la recommandation médicale faite au niveau des maternités par le biais des marques. Les mères vont continuer à utiliser la marque consommée pendant son séjour par l'enfant. En conséquence le distributeur est tenu d'avoir en rayon quasiment toutes les marques et surtout les plus présentes en maternité ".

- Centrale d'achats du Galec (procès-verbal du 23/02/1993) :

" Les négociations avec les fournisseurs sont difficiles notamment car le marché est bloqué par le système de la recommandation médicale au niveau des maternités. De fait les produits des marques sont prévenus ce qui laisse peu de marge de manœuvre au distributeur ".

- Carrefour France (procès-verbal du 25/02/1993) :

" Pour ces produits ils considèrent que le marché est bloqué par le système des tours de lait et de la " prescription " au niveau des maternités, qui profitent essentiellement aux marques déjà bien implantées (Nestlé, Nutripharm). Par voie de conséquence les produits de ces marques peuvent être considéré comme prévenus (... °)".

- Comptoirs modernes (procès-verbal du 24/02/1993) :

" (...) Le poids de la prescription au niveau des maternités par les tours de lait est tel que le distributeur est obligé de référencer les marques principalement retenues dans les tours de lait, c'est à dire les trois premières citées (Nestlé, Alma-Gallia (Nutripharm) et Milupa) ".

e) Le coût des tours de lait

Les dépenses engagées par les producteurs pour être présents dans les tours de lait reposent essentiellement sur deux éléments : les dons financiers pour être retenus dans les tours de lait, la fourniture gratuite ou à très bas prix du lait aux maternités.

e.1) Le poids financiers des " dons " par rapport aux ventes de laits infantiles

A partir des différents éléments fournis par les producteurs de laits (rapport d'enquête p. 181-182), a été établi le tableau suivant :

en KF	1988	1989	1990	1991	1992	1993 (prévision)
1) NESTLE - C.A. HT laits - Budgets TDL* . Evolution . Part du CA		329 452 26 200 - 8 %	353 211 31 900 + 21,8 % 9 %	404 676 38 200 + 19,7 % 9,4 %	420 768 48 000 + 25,7 % 11,4 %	- 53 000 + 10,4 % -
2) NUTRIPHARM - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA	- 11 484 - -	231 993 16 178 + 40,9 % 7 %	238 412 30 775 + 90 % 13 %	254 944 33 164 + 7,8 % 13 %	262 655 32 169 - 12 % (11 mois)	
3) MILUPA - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA	- 12 000 - -	186 019 14 000 + 17 % 7,5 %	199 842 15 300 + 9,3 % 7,7 %	202 134 17 000 + 11 % 8,4 %	222 072 20 000 + 17,6 % 9 %	- 23 000 + 15 % -
4) SODILAC - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA			112 534 2 774 (7 mois soit 4 755 pour 12 mois) -2,5 %	119 259 8 943 + 88 % 7,5 %	130 578 9 074 + 1,5 % 6,9 %	- 9 000 - 0,8 % -
5) MEAD-JOHNSON - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA				71 873 13 534 - 18,8 %	70 471 4 718 - 65 % 6,7 %	- 2 343 - 50 % -
6) NUTRICIA - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA				40 633 328 - 0,8 %	41 000 681 x 2,07 1,6 %	
en KF	1988	1989	1990	1991	1992	1993 (prévision)
	88/89	89/90	90/91	91/92 (AVRIL)	Mai à Décembre 92	
7) MATERNA - C.A. HT laits - Budgets TDL . Evolution . Part du CA	14 858 492 - 3,3 %	16 614 977 + 98 % 6 %	16 816 781 - 20 % 4,6 %	14 348 1 002 + 28 % 7 %	8 700 843 + 26 % 9,7 %	

* Budgets TDL : Budgets des tours de laits

Ce tableau met en évidence :

- que tous les budgets des " dons " de Nestlé, Nutripharm, Milupa, Materna, producteurs implantés de longue date sur ce marché, connaissent une augmentation constante sur la période 1989-1993. Cette progression est particulièrement forte pour les sociétés Nestlé et Nutripharm, dont les budgets ont doublé sur cette période ;
- le faible poids des budgets de tours de lait de Nutricia par rapport à ses ventes (1,6 % en 1992), qui confirme la volonté de cette société d'accorder aux maternités des sommes modiques pour participer à leurs tours de lait ;
- l'important investissement consenti par Mead-Johnson, arrivée sur le marché français en 1986, correspondant à 19 % de ses ventes de laits en 1991, pour pénétrer dans les tours de lait des maternités, puis, à compter de 1992, l'importante réduction (- 65 % 92/91 et - 50 % 93/92) du montant des aides financières, correspondant à l'application " de la charte interne " de la société (cf supra).

e.2) La fourniture gratuite du lait aux maternités :

Tous les fournisseurs ont reconnu que, pour la très grande majorité des maternités, les laits utilisés pour nourrir les bébés pendant leur séjour à la maternité sont livrés gratuitement :

- dans 90 % des cas pour Nestlé et Materna ;
- " *quasiment partout* " pour Nutripharm ;
- pour 85 % des maternités chez Milupa ;
- " *la fourniture gratuite est quasi-obligatoire* " pour Nutricia.

Dans 10 à 15 % des cas restants, les fabricants ont reconnu que le lait était facturé aux maternités à un prix très bas, inspiré du tarif dit " *Faton* " établi par la Chambre syndicale des fabricants de laits infantiles en 1981, à la demande des pouvoirs publics, pour mettre un terme aux livraisons gratuites. Les " *nouettes* " des différents producteurs sont ainsi facturées à un prix très proche : de 0,90 à 1,10 F pour Nestlé, Nutripharm, Milupa, Mead-Johnson, Sodilac, et 2 F pour Materna.

A partir des éléments communiqués par les entreprises, le coût des livraisons par rapport aux ventes de lait des fabricants a été évalué à 4,8 % pour Nestlé, 8,2 % pour Nutripharm, 4,3 % pour Milupa, 2,8 % pour Mead-Johnson, 8,7 % pour Sodilac, en 1992, et à 8,7 % pour Materna en 90/91.

Globalement, le cumul des avantages financiers accordés aux maternités, " *dons* " et fourniture gratuite de laits premier âge, représentait en 1992 un coût allant de 15 et 29 % du chiffre d'affaires laits infantiles des producteurs.

2. Les pratiques constatées au stade de la distribution

L'enquête a mis en évidence que les fabricants s'efforçaient de limiter la politique tarifaire des distributeurs par le biais d'une politique commerciale rigide et par une surveillance des prix de vente aux consommateurs.

a) *Une politique commerciale rigide*

Elle repose, d'une part, sur des conditions tarifaires accordant des remises minimales aux distributeurs et, d'autre part, sur une interdiction de la promotion de leurs produits.

a.1) *Des conditions tarifaires reposant sur des remises minimales*

L'enquête a mis en évidence que les trois plus importants fabricants, Nestlé, Nutripharm et Milupa, accordaient des remises très faibles aux distributeurs :

- Nestlé : 1,5 % à 3,5 % en fonction du chiffre d'affaires réalisé ;
- Nutripharm : 1,5 % quel que soit le volume des ventes effectué. Toutefois ce fabricant accorde parfois au distributeur des avantages qui se concrétisent, soit par des livraisons gratuites de produits, soit par des budgets confidentiels aux distributeurs ;
- Milupa : les conditions générales de vente prévoient que les tarifs et barèmes applicables sont exclusifs de tout rabais ou ristournes. Toutefois, des remises d'un montant très faible sont parfois accordées aux distributeurs (2 % pour Auchan en 1992, 1,5 % du chiffre d'affaires pour Paridoc en 1991).

Les producteurs justifient ce comportement par les importants avantages financiers qu'ils consentent en amont aux maternités.

Les autres producteurs de lait consentent aux distributeurs des remises plus importantes qui varient de 8 à 24 % (hors produits gratuits).

a.2) *La surveillance des prix de ventes aux consommateurs*

Les producteurs de laits infantiles diffusent auprès des distributeurs des prix conseillés ou des prix dits " *relevés sur le marché* ". Ainsi, lorsqu'ils considèrent que les prix de vente aux consommateurs sont trop bas, ou que certains distributeurs (ITM, Centres Leclerc Lunel Distribution et Ancenis Distribution, Carrefour France, Docks de France Ouest et Docks de France Paris) demandent des explications sur les prix pratiqués sur leurs produits par d'autres enseignes, les fabricants interviennent auprès des distributeurs en cause au motif que les prix pratiqués ne sont pas " *conformes* " à leurs conditions générales de ventes, voire s'approchent du seuil de revente à perte et leur demandent de rectifier les prix en question. Une telle surveillance des prix de ventes consommateurs a été relevée pour les sociétés Nestlé, Nutripharm,

Milupa, Mead-Johnson et Nutricia.

S'agissant de Nutricia, à l'occasion de la transmission le 31 janvier 1992 des conditions commerciales qu'elle a accordées à ITM pour 1992, ce producteur précise dans son courrier : " *D'autre part, nos responsables secteurs ont été informés d'ores et déjà des actions à entreprendre en ce qui concerne l'augmentation des prix en cours chez vos concurrents de zone de chalandise. Je ne manquerai pas de vous tenir informé de leurs résultats au fur et à mesure de leur arrivée.*

Je vous assure une nouvelle fois que je mettrai tout en œuvre pour vous donner entière satisfaction dans notre partenariat "

Le 10 mars 1992, Nutricia adresse à ITM par télécopie un tableau comportant une liste de seize noms de magasins, en face desquels figurent deux colonnes de prix, intitulées " *ancien et nouveau* " qui permettent de constater une majoration de prix :

Mag. Ville	Ancien	Nouveau
Euro Lyon	16,90?	26,90
Leclerc Saintes	20,80	23,15
Leclerc Gueret	21,30	23,70
Leclerc Auxerre	21,30	23,70
Continent St Malo	21,30	23,70
Leclerc Nevers	21,55	22,90
Cora Heudemont	21,75	23,70
Leclerc Pont de Chevry	22,30	23,70
Leclerc St Dié	22,40	24,70
Leclerc Pau	22,40	24,80
Leclerc St Berthevin	22,45	23,70
Carrefour Thiais	22,50	23,70
Leclerc Plaufragan	22,50	24,20
Leclerc Lamballe	22,60	24,50
Leclerc Tarbes	22,80	22,90
Carrefour Givors	22,80	24,70

Enfin, Nutricia et Mead-Johnson demandent à leurs distributeurs de ne pas répercuter les remises consenties sur le prix de vente des laits.

b) L'interdiction de la publicité et de la promotion

Le code de l'OMS et notamment son article 5.1, repris par l'article 8 alinéa 2 de la directive de la Commission du 14 mai 1991, interdit toute action promotionnelle sur les points de vente aux consommateurs pour les laits destinés aux nourrissons (premier âge).

L'enquête administrative a relevé que les fabricants de laits infantiles (Nestlé, Nutripharm, Milupa, Nutricia, Mead-Johnson), dès lors qu'ils ont connaissance d'actions promotionnelles sur leurs produits, interviennent auprès des distributeurs afin de faire cesser celles-ci, en invoquant le code précité. Certains producteurs (Nestlé, Nutripharm, Milupa) se fondent toutefois sur ce texte pour exiger des distributeurs le retrait de tracts publicitaires portant non seulement sur les laits pour nourrisson, mais également pour les laits deuxième âge et pour refuser des demandes de budgets publicitaires supplémentaires de la part des distributeurs. Seule Nutricia fait la distinction entre les laits premier et deuxième âge dans les courriers qu'elle adresse aux distributeurs lorsqu'elle a connaissance de tracts publi-promotionnels.

C - LES GRIEFS NOTIFIES

Deux types de grief ont été finalement retenus par le rapporteur dans le rapport notifié le 5 mai 2000 :

Il a été fait grief aux sociétés Bristol Myers Squibb SA (laboratoire Mead-Johnson), Materna SA, Milupa SA, Nestlé France SA, Nutricia France SA, Nutripharm-Elgi SA et Sodilac SA de s'être livrées, en participant au système des tours de lait, à une action concertée en vue de limiter l'accès au marché de la fourniture de laits infantiles et le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises et de se répartir le marché des laits infantiles, pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Par ailleurs, il a été fait grief aux sociétés Nutricia et ITM de s'être livrées à des actions concertées qui ont eu pour objet et pour effet d'obtenir la majoration des prix affichés par des distributeurs concurrents d'ITM, pratiques prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

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

SUR LA PROCEDURE

Sur l'irrégularité de la saisine

Considérant que la société Nutricia soutient que l'arrêté du 13 mai 1992 portant délégation de signature du ministre de l'économie à M. Babusiaux, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ne constitue pas un pouvoir dûment publié autorisant le délégué à saisir le Conseil de la concurrence ;

Mais considérant que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 juillet 1990, dont l'analyse a été confirmée sur ce point par la Cour de cassation, par un arrêt du 6 octobre 1992, a reconnu la validité des saisines du Conseil de la concurrence par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, dès lors qu'elles résultent d'une lettre signée par ce dernier, agissant au nom du ministre de l'économie en vertu d'une délégation permanente donnée par celui-ci par arrêté, à l'effet de signer, dans la limite de ses attributions, au nom du ministre, tous actes, arrêtés, décisions ou conventions à l'exclusion des décrets ;

Considérant que M. Babusiaux, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à l'époque des faits, avait reçu délégation permanente à l'effet de signer dans la limitation de ses attributions, au nom du ministre de l'économie, tous actes, arrêtés, décisions ou conventions, à l'exclusion des décrets, aux termes d'un arrêté du 20 avril 1993, signé du ministre de l'économie, publié au journal officiel du 23 avril 1993 ; que, dès lors, la lettre signée par M. Babusiaux par délégation, le 5 octobre 1993, a régulièrement saisi le Conseil ;

Sur la violation des droits de la défense résultant de la double fonction du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Considérant que les sociétés Nutricia et Milupa font valoir que le fait pour M. Babusiaux, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, d'avoir à la fois compétence pour saisir le Conseil de la concurrence et qualité de commissaire du Gouvernement devant le Conseil, constitue une violation des droits de la défense dans la mesure où l'intéressé, en tant que commissaire du Gouvernement, ne peut que prendre des conclusions favorables à sa plainte, ses conclusions à charge n'étant en outre pas communiquées aux défendeurs ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'article L. 462-5 du code de commerce prévoit que le Conseil peut être saisi par le ministre de l'économie et que l'article L. 461-2 du code précité dispose que "*Le commissaire du Gouvernement auprès du Conseil est désigné par le ministre chargé de l'économie*" ; qu'il résulte ainsi des termes de la loi que le même ministre peut saisir le Conseil et désigner le commissaire du Gouvernement ; qu'ainsi, le législateur n'a pas entendu établir de séparation entre ces deux fonctions qui, par leur caractère complémentaire, donnent au ministre les moyens de veiller à la protection de l'ordre public économique ;

Considérant, en deuxième lieu, que ni le ministre de l'économie, ni le commissaire du Gouvernement ne disposent de pouvoirs d'intervention sur le déroulement de l'instruction conduite par un rapporteur désigné, ni sur la formulation des griefs, ni, enfin, sur la qualification des pratiques et le prononcé des sanctions par le Conseil ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en application de l'article L. 463-2 du code de commerce, le commissaire du Gouvernement peut présenter, à la suite de la notification des griefs, des observations écrites qui sont ensuite jointes au rapport du rapporteur, lequel est notifié aux parties ; que ces dernières peuvent consulter dans un délai de quinze jours précédant la séance les mémoires en réponse au rapport, au nombre desquels figurent les observations présentées, à la suite du rapport, par le commissaire du Gouvernement ; que l'ensemble des observations écrites de celui-ci est donc accessible aux parties ; qu'au cours de la séance du Conseil, les parties s'expriment après le commissaire du Gouvernement ; qu'elles ont ainsi la faculté de répondre tant à ses dernières observations écrites qu'à ses observations

orales ; que, dans ces conditions, l'impartialité de la procédure est assurée et les droits de la défense respectés ;

Sur la prescription

Considérant que la société Sodilac fait valoir qu'elle a été destinataire le 5 février 1996 d'une notification de griefs lui reprochant d'avoir participé au système des tours de lait, puis qu'une "*notification de griefs complémentaires*" concernant les pratiques relevées dans la grande distribution lui a été adressée le 8 juillet 1996, qu'aucun acte interruptif de prescription n'ayant ensuite été effectué s'agissant des tours de lait et des pratiques relevées au stade de la distribution avant le 8 avril 1999, date d'audition de la société Nutricia, il s'est donc écoulé plus de trois années entre la notification de griefs initiale et l'audition précitée ; qu'en conséquence les faits reprochés à Sodilac et, plus généralement, ceux relatifs aux tours de lait, sont prescrits ;

Considérant que la société ITM Marchandises International soutient qu'alors que des éléments suffisants existaient pour mettre en cause cette société, tout comme la SCA Sucres et Dérivés, à l'époque de la notification de griefs initiale, en 1996, le premier acte de notification pour ces deux sociétés, à la suite de la saisine du 5 octobre 1993, n'est intervenu que le 2 décembre 1999, c'est-à-dire plus de trois ans après cette saisine ; qu'en conséquence, la prescription est acquise à leur égard ;

Mais considérant que la cour d'appel de Paris (arrêts des 23 janvier et 8 septembre 1998, notamment) a déjà relevé que le Conseil étant saisi *in rem*, tout acte établi dans le délai de prescription de trois ans, tendant à la recherche et à la constatation des faits en cause, produit des effets à l'égard de toutes les parties ; qu'en l'espèce, postérieurement à la saisine du 5 octobre 1993, une notification de griefs est intervenue le 5 février 1996 ; qu'eu égard aux observations de la société Docks de France, la notification de griefs a été, par courrier du 8 juillet 1996, étendue aux sociétés Docks de France Ouest et Docks de France Paris ; que la notification de griefs complémentaires du 2 décembre 1999 a été précédée de l'audition de la société Nutricia du 8 avril 1999 et de celle de la société Mead-Johnson du 18 octobre 1999 ; que ces divers actes ont tendu à la recherche et à la constatation des faits incriminés ; qu'en conséquence, ils ont interrompu la prescription de trois ans prévue par l'article L. 462-7 du code de commerce à l'égard de toutes les parties ;

Sur la violation des articles 6-1 et 6-3 de la Convention européenne des droits de l'homme

Considérant que les sociétés ITM Entreprises et ITM Marchandises International font valoir que la procédure d'instruction du dossier a violé les dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lesquelles "*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable*", en raison du caractère anormalement long de celle-ci, la saisine du ministre datant d'octobre 1993 et aucune complexité particulière de cette affaire ne pouvant justifier cette longueur ;

Mais considérant que, dans un arrêt du 8 septembre 1998, la cour d'appel de Paris a retenu, s'agissant du délai excessif d'instruction, que "*(...) la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le Conseil de se prononcer dans un délai raisonnable résultant du texte précité (article 6-1 de la CEDH) n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès*" ; qu'en outre, les sociétés n'établissent nullement de quel chef la durée de la procédure a pu porter atteinte aux droits de la défense ;

Considérant que les sociétés soutiennent également que les articles 6-1 et 6-3 du texte précité auraient été violés, au motif que des numérotations différentes entre le rapport d'enquête et les pièces du dossier ont rendu la consultation des pièces problématique et celles-ci difficilement identifiables, ce qui n'a pas permis à la société de prendre connaissance "*d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle*" ;

Mais considérant que, pour répondre aux difficultés de consultation des pièces invoquées par la société ITM Entreprises en réponse à la notification de griefs et qui auraient empêché cette société de prendre connaissance de manière détaillée des éléments de preuve retenus contre elle, le rapporteur a établi une notification de griefs complémentaires précisant pour chacune des pièces concernant ITM relevées dans la notification de griefs initiale, la référence de la pièce dans la notification et sa place dans le rapport d'enquête, la citation de l'extrait du rapport d'enquête correspondant à cette pièce et sa référence dans les annexes au rapport d'enquête ; qu'en réponse à la notification de griefs complémentaires, les sociétés ITM Entreprises et ITM Marchandises International ont reconnu que "*l'accusation a été précisée s'agissant de certaines pièces désormais repérées précisément*" ; qu'en outre, le rapport a joint en annexe l'ensemble des pièces sur lesquelles le rapporteur a fondé son analyse ; que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

Sur la mise hors de cause des sociétés ITM Entreprises et ITM Marchandises International

Considérant que la société ITM Entreprises et ITM Marchandise International, précédemment dénommée Inter Marchandises France, en abréviation ITM F. ou ITM France, soutiennent qu'elles doivent être mises hors de cause au motif que les relations commerciales qu'entretiennent les industriels avec ce groupement sont réalisées, soit directement avec les sociétés indépendantes qui exploitent sous

l'enseigne Intermarché, soit avec la filière d'approvisionnement dans le type de produits considérés, en l'espèce la SCA Sucres et Dérivés " filiale spécialisée de la société ITM Marchandises International, qui assure la négociation des conditions, l'achat et la revente des produits ainsi que le suivi des relations avec les fournisseurs de laits infantiles " ;

Mais considérant, en premier lieu, que les documents à l'origine du grief retenu dans le rapport du rapporteur sont constitués du courrier envoyé par Nutricia le 31/01/92 à " ITM, Immeuble d'affaires Chemin Blanc 91 164 Lonjumeau-cedex " à l'attention de M. De Firmas et d'une télécopie du 10/03/92 de Nutricia à " M. de Firmas – ITM " et ne concernent aucun exploitant d'Intermarché ;

Considérant, en second lieu, que dans sa décision n° 94-D-60 relative au secteur des lessives, le Conseil de la concurrence a constaté que " Le groupement Intermarché est un groupement de commerçants indépendants liés par contrat de franchise à un franchiseur, la société anonyme ITM Entreprises, société holding du groupement Intermarché dont la politique commerciale est définie par la société ITM France (...)" ; que la société ITM France a changé de raison sociale le 3 mai 1996 pour devenir " ITM Marchandises International " ; que cette dernière société assure toujours la politique commerciale du groupement ainsi qu'elle l'a reconnu dans son mémoire du 5 mai 2000 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société ITM France, devenue ITM Marchandises International, qui assure la politique commerciale du groupement Intermarché, ne saurait être mise hors de cause ; qu'en revanche, la société ITM Entreprises, société holding du groupement Intermarché, n'a participé à aucun des faits relevés ; qu'elle doit donc être mise hors de cause ;

Sur l'absence de notification de griefs adressée aux maternités

Considérant que la société Nestlé fait valoir que les maternités, qui sont les décideurs des tours de lait, auraient dû être mises en cause dans la notification de griefs dans la mesure où, selon la jurisprudence en matière de pratiques verticales, des griefs ne peuvent être retenus qu'à l'encontre " des entreprises ayant pris l'initiative des pratiques concernées" ; que rien, selon elle, dans le dossier, ne permet d'imputer aux fournisseurs l'origine des tours de lait, qui résulte de décisions unilatérales des maternités, seules à choisir le nombre de fournisseurs qu'elles retiennent ; que, d'ailleurs, le fait que de nombreuses maternités soulignent que ce système est " bien accepté par les fournisseurs " confirme que ceux-ci n'en sont ni les initiateurs, ni les organisateurs ;

Mais considérant que, si rien ne permet d'établir l'origine du système des tours de laits, compte tenu de l'ancienneté de ce dispositif, il a cependant été mis en évidence supra (I, B § 1.a) que, d'une part, les maternités organisent les tours de lait et que, d'autre part, les fabricants ont intérêt à mettre en œuvre les tours de lait puisque ce dispositif assure la fidélisation de la clientèle, comme ils l'ont tous reconnu (cf supra I B § d.1), et notamment la société Nestlé qui a déclaré " La présence aux tours de lait est fondamentale. En effet les professionnels ont constaté que si un couple est satisfait d'un lait utilisé pendant le séjour à la maternité, il continuera à utiliser le même lait dans la même marque. La fidélité au lait utilisé à la maternité est donc forte (...) " ; qu'en tout état de cause, la cour d'appel de Paris a déjà retenu (arrêt Salomon du 25/09/91) que le Conseil n'est pas tenu d'engager une procédure de notification de griefs à l'égard de toutes les parties à une entente ;

SUR LE FOND

Sur le grief de participation aux tours de lait

Considérant, en premier lieu, que le marché concerné est celui des laits infantiles premier et deuxième âge standard et hypoallergénique ; que la demande sur ce marché dépend exclusivement du nombre des naissances ; que le nombre des naissances a oscillé entre 750 000 et 780 000 par an sur la période 1980-1992 ; que le marché des laits infantiles premier et deuxième âge est donc stable ; que cette stabilité des naissances, et par conséquent de la consommation de laits infantiles, a été confirmée par les déclarations de la société Nutricia dans son procès-verbal d'audition du 7 mai 1999 et par les éléments chiffrés communiqués par cette société, qui mettent en évidence que le marché total des laits standards et hypoallergénique premier et deuxième âge s'élevait à 16 000 tonnes en 1993 et à 15 677 tonnes en 1998 ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'offre de laits infantiles émane de sept producteurs et est fortement concentrée, puisque les deux principaux fabricants, Nestlé et Gallia, réalisent 60 % des ventes sur le marché et détiennent quatre marques sur les neuf distribuées ; que les laits infantiles sont distribués dans la grande distribution et dans les officines pharmaceutiques, l'exclusivité de distribution de ces produits dans ces dernières n'existant plus depuis 1989 ;

Considérant, en troisième lieu, que ce marché se caractérise par l'existence de deux demandes successives, celle de la maternité, puis celle de la mère, la première étant déterminante pour la seconde ; que la demande de laits infantiles se manifeste, en effet, d'abord dans les maternités où 95 % des naissances ont lieu ; qu'au moment de la naissance et du court séjour hospitalier de la mère, les maternités fournissent aux mères du lait qui leur est ensuite préconisé par l'établissement à leur sortie ; que les fournisseurs, comme les distributeurs, ont reconnu la grande fidélité des mères à la marque du lait prescrit par la maternité, alors qu'elles pourraient changer de marque sans inconvénient pour

leurs enfants, les laits étant équivalents entre eux en raison de la réglementation, comme l'ont reconnu les professionnels (cf supra I a.2) ; que, dans ces conditions, la demande est relativement inélastique aux prix ; que cette faible sensibilité de la demande au prix du lait d'une marque donnée a déjà été relevée par le Conseil dans son avis n° 87-A-02 du 31 mars 1987 ; qu'en outre, elle a été confirmée par les sociétés Mead-Johnson et Nutricia dans leurs mémoires en réponse à la notification de griefs ; que Mead-Johnson a, en effet, relevé qu'entrée sur le marché français en 1986, elle a rapidement observé qu'en pratiquant des prix inférieurs de 25 à 30 % par rapport à ses concurrents, sa part de marché n'a jamais pu excéder 5 % entre 1986 et 1992 ; qu'elle a ajouté que cette inélasticité aux prix de la demande résultait de la pratique de la prescription, par les maternités, des laits des autres fabricants ; que la société Nutricia a également souligné qu'entrée sur le marché français des laits infantiles en 1986, elle avait adopté une stratégie commerciale fondée sur des prix inférieurs par rapport à ses concurrents de l'ordre de 30 % ; que, toutefois, en raison de la distribution des laits par ses concurrents dans les maternités, cette stratégie ne lui a pas permis de développer ses parts de marché qui s'établissaient, en 1986, à 1,8 % et n'ont jamais pu dépasser 6 % entre 1986 et 1992 ;

Considérant, en quatrième lieu, que, s'agissant des opérations promotionnelles sur ces produits, l'OMS avait, en 1981, souligné l'influence néfaste sur l'allaitement maternel des opérations publicitaires des fabricants d'aliments lactés et préconisé, ainsi que l'avait relevé le Conseil dans son avis n° 87-A-02, une limitation des opérations publicitaires pour " *mettre fin aux surenchères auxquelles se livraient les producteurs du lait maternisé pour s'attirer les faveurs des consommateurs et des établissements d'accouchements* " ; que " *la Société Française de Pédiatrie a, dès 1980, publié une recommandation pour la commercialisation des aliments de l'enfance qui rappelle les limites à apporter aux pratiques promotionnelles sur cette catégorie de produits* " et notamment " *l'interdiction de la publicité directe auprès du consommateur, l'étiquetage des échantillons et documents techniques rappelant la supériorité du lait maternel, la cessation de la distribution gratuite ou de la vente à bas prix de lait aux maternités* " ; que le Conseil observait alors que " *le seul effet de cette première série d'initiative a été d'entraîner la disparition presque générale de la promotion grand public. Elle n'a pas, en revanche, enrayer la surenchère à la baisse des prix de vente du lait infantile auprès des maternités ou la croissance rapide des sommes consacrées à la promotion auprès des prescripteurs* " ; qu'une directive de la Commission européenne en date du 14 mai 1991 relative aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite, établie à partir des recommandations de l'OMS, interdit, d'une part, les actions promotionnelles au stade du détail pour les laits premier âge exclusivement et, d'autre part, les dons d'échantillons gratuits aux mères dans les maternités ; que, si cette directive n'a été partiellement transposée en droit interne qu'en 1994, l'ensemble des éléments de contexte ci-dessus rappelés était de nature à limiter considérablement la capacité d'action des fournisseurs de lait infantiles en matière de promotion de leurs produits auprès des mères ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le marché des laits maternisés est un marché stable sur lequel opère un petit nombre de fournisseurs ; que, faute d'une croissance de la demande globale, le jeu de la concurrence est nécessairement circonscrit aux efforts que font les producteurs pour maintenir ou développer leurs parts de marché au détriment des parts de leurs concurrents ; que, cependant, les producteurs de laits infantiles ne pouvaient à l'époque des faits ni envisager de différencier leurs produits par rapport à ceux de la concurrence en raison de l'encadrement réglementaire des produits, ni essayer de faire jouer la concurrence par les prix en raison tant de la faiblesse non contestée de l'élasticité croisée de substitution de la demande entre les marques des différents fournisseurs, que de l'élasticité de la demande globale de laits infantiles au prix, ni se livrer à des opérations de promotion auprès des mères qui étaient réprochées par l'OMS et contraires aux dispositions de la directive européenne de 1991 ; que, dans ces conditions, la demande pour le lait de chaque fournisseur était presque exclusivement déterminée par l'importance de la " *prescription* " pour ce lait dans les maternités ; qu'en outre, compte tenu de l'attitude des maternités qui, d'une part, pouvaient choisir indifféremment les laits des différents fournisseurs en raison de la grande similitude des produits entre eux et qui, d'autre part, faisaient payer des tours de lait, c'est-à-dire des référencements, pendant une certaine période de temps ou pour un certain nombre de biberons, les fournisseurs de lait premier âge ne pouvaient se dispenser de participer aux tours de lait pour se maintenir ou se développer sur le marché ;

Considérant que, si la pratique des tours de lait est de nature à susciter des interrogations déontologiques qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de trancher, la participation des fournisseurs de laits infantiles à cette pratique ne saurait être considérée comme une pratique contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce, dès lors, d'une part, que cette participation aux tours de lait était la seule possibilité pour chacun d'entre eux d'assurer sa présence sur le marché compte tenu des demandes formulées par les maternités et que, d'autre part, aucun élément du dossier ne suggère que les fabricants se seraient entendus explicitement ou tacitement pour pérenniser cette pratique qu'ils avaient au demeurant essayé d'éliminer ou de limiter quelques années auparavant en élaborant un code de déontologie ; que, d'ailleurs, chacun des producteurs avait un intérêt personnel à participer aux tours de lait même si ses concurrents n'y participaient pas ; qu'enfin, l'environnement réglementaire et la mauvaise information des mères rendaient, en pratique, la concurrence par les mérites extrêmement difficile, et cela, même si la pratique des tours de lait n'avait pas existé ;

Considérant qu'il n'est ainsi pas établi qu'en participant à la pratique des tours de lait dans les maternités les sociétés Nestlé France, Gallia, Milupa, Sodilac, Nutricia, Materna et Mead-Johnson ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur le grief d'entente entre Nutricia et ITM

Considérant qu'à l'occasion de la transmission, le 31 janvier 1992, des conditions commerciales qu'elle a accordées à ITM pour l'année 1992,

la société Nutricia précise dans son courrier " *D'autre part, nos responsables secteurs ont été informés d'ores et déjà des actions à entreprendre en ce qui concerne l'augmentation des prix en cours chez vos concurrents de zone de chalandise. Je ne manquerais pas de vous tenir informé de leurs résultats au fur et à mesure de leur arrivée* "; que le paragraphe précité ne saurait viser, contrairement à ce que soutient Nutricia, la simple constatation de l'entrée en vigueur des augmentations annuelles de tarif entre janvier et mars de chaque distributeur, mais constitue la réponse de ce fournisseur à une demande d'ITM, puisque, d'une part, le courrier relève que les responsables de secteurs de Nutricia " *ont été informés d'ores et déjà des actions à entreprendre* " et, d'autre part, précise " *Je ne manquerai pas de vous tenir informé de leurs résultats au fur et à mesure de leur arrivée* " ;

Considérant, en outre, qu'une télécopie du 10 mars 1992 adressée par Nutricia à ITM comporte un tableau contenant une liste de seize noms de magasins et leurs lieux d'implantation en face desquels figurent deux colonnes de prix intitulées " *ancien et nouveau* " ; que ce document ne saurait être, comme le fait valoir Nutricia, la simple vérification par ce fournisseur de la mise en œuvre par les distributeurs de ses hausses annuelles, dans la mesure où, s'il en avait été ainsi, les relevés de prix en cause auraient dû faire l'objet d'une simple transmission interne à cette société et non pas à ITM ; qu'en outre, lesdits relevés de prix concernent des prix de vente consommateurs ; qu'en effet, ainsi que l'a reconnu en séance le responsable de la société Nutricia, les conditions commerciales jointes au courrier du 31 janvier 1992, applicables à compter du 1^{er} février 1992, comportent des prix consommateurs ; que le prix de vente des laits Nutricia premier et deuxième âge 400g dans les magasins, résultant des conditions commerciales 1992 d'ITM, s'établit à 23,65 F et les prix relevés dans la colonne " *nouveau* " du tableau figurant sur la télécopie du 10 mars 1992 sont, d'une part, tous supérieurs aux prix contenus dans la colonne " *ancien* " et, d'autre part, dans treize cas sur seize au moins, égaux à 23,70 F, soit un prix de vente consommateur supérieur à ITM ;

Considérant, enfin, que, si le courrier du 1^{er} décembre 1992 invoqué par ITM est sans rapport avec les faits relevés, puisqu'il intervient dix mois plus tard et concerne le tarif 1993, il confirme, toutefois, l'existence de concertations entre Nutricia et ITM visant à faire relever les prix de vente des laits Nutricia chez les concurrents directs de ce distributeur, puisqu'il relève " *Nous avons bien transmis à nos services commerciaux et notre réseau GMS les relevés de prix les plus bas observés en magasin, afin qu'ils puissent intervenir, comme nous l'avons fait dans le passé pour obtenir un relèvement conjoint des prix de vente entre les magasins concernés et vos concurrents* " ;

Considérant que, dans ces conditions, ITM, en interpellant Nutricia sur les prix pratiqués par ses concurrents de zones de chalandises, a conduit ce fournisseur à faire pression sur eux, afin qu'ils relèvent leurs prix de vente consommateurs ; que de telles pratiques constituent des actions concertées qui ont eu pour objet et pour effet d'obtenir une majoration des prix affichés par des distributeurs et qu'elles sont donc prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu l'article L. 464-2 du code de commerce) : " *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* " ;

Considérant que l'entente constatée entre Nutricia et ITM a eu pour objet et pour effet de faire remonter artificiellement les prix des concurrents directs d'ITM pour permettre aux magasins sous enseigne Intermarché de vendre, dans la plupart des cas, les laits infantiles Nutricia à des prix inférieurs à ceux pratiqués par ces concurrents ; que, s'agissant de la gravité de la pratique et du dommage à l'économie, il y a lieu de tenir compte, d'une part, de la nature et de la durée de la pratique reprochée, une entente de prix qui s'est déroulée pendant l'année 1992, et, d'autre part, de son ampleur, c'est-à-dire du fait que cette pratique de remontée de prix concernait un producteur de lait infantile distribué en grande surface, dont la part de marché était, en 1992, de 5,6 % et dont les ventes de laits infantiles représentaient 41 millions de francs ;

En ce qui concerne le groupement Intermarché

Considérant qu'en sollicitant puis obtenant la remontée des prix pratiqués par ses concurrents directs sur un certain nombre de zones de chalandises, le groupement ITM, qui occupait, selon la monographie établie en 1997 par la direction du commerce intérieur, la troisième place en 1992 dans la distribution en grande et moyenne surfaces sur le plan national, a fait bénéficier les magasins sous enseigne Intermarché concernés d'un avantage injustifié en pénalisant artificiellement les consommateurs clients de ses concurrents ; que cette

pratique est dès lors grave ; qu'en outre, ayant été mise en œuvre sur des zones de chalandises réparties sur toute la France, elle a causé un dommage certain à l'économie ;

Considérant que la société ITM Marchandise International, anciennement dénommée ITM France, définit la politique commerciale du groupement Intermarché ; que le chiffre d'affaires à prendre en considération pour calculer le plafond de la sanction pécuniaire applicable à la pratique retenue doit donc être celui de la société ITM Marchandise International ; que cette entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 1 597 850 115 F en 1999 sur le plan national au cours de l'exercice 1999, dernier exercice connu ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une sanction pécuniaire de 4 millions de francs ;

En ce qui concerne la société Nutricia France SA

Considérant que la société Nutricia France SA, en répondant à la sollicitation dont elle était l'objet, a fait intervenir ses responsables de secteur pour engager les actions nécessaires pour obtenir la remontée des prix de vente de distributeurs concurrents de magasins à l'enseigne Intermarché ; que cette pratique d'entente de prix revenant à imposer des prix de revente à un certain nombre de distributeurs est grave ; qu'en outre, ayant été mise en œuvre sur des zones de chalandises réparties sur toute la France, elle a causé un dommage certain à l'économie ;

Considérant que cette entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 240 304 112 F en 1999 sur le plan national au cours de l'exercice 1999, dernier exercice connu ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une sanction pécuniaire de 600 000 francs,

Décide :

Article 1^{er} : il n'est pas établi que les sociétés Nestlé France SA, Laboratoire Gallia SA, Milupa SA, Sodilac SAS, Nutricia France SA, Société Française des Laits Médicaux Materna SA, Bristol Myers Squibb SA aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : il est établi que les sociétés Nutricia France SA et ITM Marchandises International SA ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 3 : il est infligé à la société ITM Marchandise International SA une sanction pécuniaire de 4 millions de francs et à la société Nutricia une sanction pécuniaire de 600 000 francs.

Délibéré, sur le rapport de Mme Biolley-Coornaert, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Boutard-Labarde, MM. Bargue et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Patricia Perrin

Le vice-président,

présidant la séance,

Frédéric Jenny