



Décision n° 91-D-22 du 14 mai 1991
relative à des pratiques constatées dans le secteur des produits et matériels pour
kinésithérapeutes

Le Conseil de la concurrence,

Vu les lettres enregistrées le 23 novembre 1987 sous les numéros F 121 à F 126 par lesquelles la S.A.R.L. Sodev et les Etablissements Verson ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les entreprises Enraf-Nonius France, Nemectron France, M.T.M.-Leader, Inter-Kiné, Développement Application Laser et Groupe Delta;

Vu la lettre enregistrée le 24 janvier 1988 sous le numéro F 137 par laquelle le Syndicat national des masseurs, kinésithérapeutes, rééducateurs, se joignant à M. Verson, a saisi le Conseil de la concurrence de la 'pratique de la concurrence déloyale dans la vente de matériel professionnel';

Vu l'article 85 du Traité de Rome du 25 mars 1957 et le règlement n° 17-62 du 6 février 1962 du Conseil de la C.E.E. modifié, pris pour son application;

Vu les ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 modifiées, relatives respectivement aux prix et à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique;

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

Vu les observations présentées par les parties et par le commissaire du Gouvernement;

Vu les autres pièces du dossier;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les parties ayant demandé à présenter des observations orales entendus,

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

I. - CONSTATATIONS

A. - Caractéristiques du secteur

Pour exercer leur activité, les kinésithérapeutes utilisent d'une part des produits consommables et, d'autre part, divers matériels qui se répartissent en matériels 'classiques' (tables de massage, espaliers, etc.) et matériels de physiothérapie (électrothérapie, ultrasons, lasers, biofeedback).

La consommation nationale annuelle est estimée à 50 millions de francs hors taxe pour le matériel classique et à 70 millions de francs hors taxe pour le matériel de physiothérapie, dont 40 millions pour la seule électrothérapie.

Sur les différents marchés concernés, face à la demande des 36 000 kinésithérapeutes français, l'offre est assurée par quelques fabricants ou importateurs importants et un grand nombre d'entreprises petites ou moyennes. Pour le matériel classique, trois fabricants se partagent 50 p. 100 environ des ventes : 'Fournitures générales pour centres de kinésithérapie (F.G.C.K.)', Franco et Genin Médical. Pour le matériel de physiothérapie, les cinq principaux offreurs sont Enraf-Nonius, Nemectron, Bosch, E.T.M. et Groupe Delta. Les trois premiers sont les filiales françaises de sociétés hollandaise et allemandes.

La distribution est assurée par près de 300 revendeurs, dont une douzaine d'importance régionale ou nationale. Parmi eux, les trois principaux fabricants de matériel classique et 'le groupe Verson'. Installé dans le Sud de la France, M. Verson est gérant de la S.A.R.L. Sodev à Marseille et son épouse dirigeait l'entreprise Thierry Verson à Montpellier alors exploitée sous forme individuelle. La Sodev a ouvert trois agences dans le Bas-Rhin, à Toulouse et à Paris. Contrairement aux pratiques de la profession M. Verson a choisi de mener et de faire connaître par la publicité une politique de prix bas.

Il existe deux organisations professionnelles de kinésithérapeutes : la Fédération française des masseurs, kinésithérapeutes, rééducateurs (F.F.M.K.R.) et le Syndicat national des masseurs, kinésithérapeutes, rééducateurs (S.N.M.K.R.). C'est ce dernier qui a saisi le Conseil de la concurrence.

Le 'syndicat des fabricants et revendeurs d'appareils et produits destinés à des fins médicales, paramédicales, esthétiques et sportives' a succédé en 1978 à une association régie par la loi de 1901, le 'groupement des industriels et commerçants d'appareils de rééducation et d'esthétique' ou 'Gicare', dont il a conservé le sigle. Cette organisation syndicale interprofessionnelle, créée à l'origine afin d'organiser un salon professionnel annuel, accueille les principaux fabricants et revendeurs de produits et matériels pour les kinésithérapeutes.

B. - Les pratiques relevés

La quasi-totalité des fabricants ou importateurs établissent des prix conseillés ou imposés de vente aux kinésithérapeutes et rémunèrent leurs revendeurs par l'octroi de remises sur ces prix conseillés ou imposés. La concurrence par les prix que peuvent se faire les offreurs (revendeurs et fabricants eux-mêmes) consiste donc à répercuter tout ou partie de ces remises aux kinésithérapeutes. Une telle concurrence a été mise en œuvre et rendue publique, sur une large échelle, par M. Verson.

a) Les ententes horizontales

1. La limitation des remises au sein du Gicare

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 11 avril 1985 'M. le président Lavanchy rappelle que l'unité de notre syndicat suppose la solidarité de l'ensemble de ses membres, et qu'il croit comprendre que la majorité souhaite plus de discipline, ainsi que l'application des sanctions prévues par les statuts'.

Lors de l'assemblée générale ordinaire du 27 novembre suivant le président de cette organisation déclarait, à propos des remises accordées aux kinésithérapeutes : 'Je me propose de mettre sur pied des sanctions sévères allant jusqu'à l'expulsion pure et simple de l'exposition Gicare, sur la pratique des remises lamentablement exagérées (...) Messieurs, si au Gicare vous décidez de faire des remises, mettons-nous d'accord sur le montant. Et il faut s'y tenir. Si vous êtes d'accord sur le principe, je vous proposerai à la prochaine assemblée une ébauche de règlement sanctionnant ces remises.'

Enfin, pour le salon 1987, l'assemblée générale ordinaire du 24 septembre 1987 a décidé de limiter les remises à 10 p. 100.

Les adhérents du Gicare ont effectivement respecté ce plafond de 10 p. 100, y compris à l'extérieur du salon, à l'exception de Franco et Genin qui, pour les produits de leur fabrication, ont accordé jusqu'à 15 et 20 p. 100 de remise.

Par ailleurs, la 'règle des 10 p. 100' a également été appliquée par des non-adhérents : Franco-Kinérama, Bosch France, Médi-K.E. et Phytomédisa.

Les marges commerciales des distributeurs, après avoir connu une baisse sensible en 1986, se sont redressées au cours de l'exercice 1987, année d'instauration de la 'règle des 10 p. 100'.

2. Les difficultés commerciales de la S.A. Franco & Fils en 1987

Au début de 1987, le président-directeur général de la S.A. Franco & Fils a augmenté ses prix et tenté de remplacer sa politique de ventes à prix conseillés avec remises par des ventes à prix nets. Par circulaire non datée, mais antérieure à mai 1987, il en a avisé ses distributeurs. Mais il s'est heurté à une opposition de leur part. Selon lui, 'l'absence de prix conseillés les obligeait à modifier leurs méthodes commerciales car il ne pouvaient plus mettre en avant des 'remises'. Je suis donc revenu à des tarifs de prix conseillés.'

Parmi les revendeurs qui se sont opposés à sa décision, il a cité les entreprises Somethy, F.G.C.K., Franco Kinerama, Guy, Setma, Solabo et Serezat.

La S.A. F.G.C.K. a envoyé une circulaire du 29 avril 1987 à ses revendeurs les informant de cette nouvelle politique de prix nets de la S.A. Franco & Fils et les invitant à ne pas acheter ses productions. Elle a réalisé un chiffre d'affaires avec Franco de 49 000 F pour les quatre premiers mois ayant suivi sa circulaire du 29 avril 1987, contre 149 000 F pour les quatre mois qui l'avaient précédée.

La S.A. Somethy a écrit à la S.A. Franco & Fils, par lettre du 22 mai 1987, pour marquer sa surprise devant la nouvelle tarification et la hausse de prix concomitante et pour l'informer de ce qu'elle ne préconiserait plus 'le matériel Franco' à ses clients. Elle ajoutait : 'Notre cas ne doit pas être isolé car nous avons reçu des courriers de nos confrères nous signalant qu'ils retiraient de leur catalogue vos fabrications.'

Au cours de l'instruction, la S.A. Somethy elle-même a versé au dossier les copies des circulaires des 29 avril et 16 septembre 1987 de F.G.C.K.

b) Les réseaux de distribution des fabricants et importateurs

La plupart des fabricants ou importateurs du secteur ont encadré la distribution de leurs produits dans des réseaux réservataires, concession exclusive ou distribution sélective, et ils ont refusé de vendre à certains distributeurs, notamment Verson.

1. La S.A. Enraf-Nonius France

Sélection des distributeurs agréés

Lors de l'instruction, il est apparu que les critères de sélection des distributeurs agréés étaient à l'entière discrétion d'Enraf-Nonius. Ils n'étaient définis dans aucun document contractuel. Selon un responsable commercial de l'entreprise, ont été agréés à partir de 1983 les revendeurs 'sérieux', 'formés techniquement' et qui n'usent pas de 'techniques commerciales désastreuses (ventes à n'importe quel prix, pressions pour obtenir des remises)', qui ne 'vendent (pas) les remises qu'on (leur) accorde'. L'actuel président du directoire a affirmé, sans préciser sur quels critères ils ont été sélectionnés, que 'les distributeurs agréés Enraf-Nonius France suivent régulièrement une formation technique et commerciale qui leur permet de promouvoir, vendre et réparer notre matériel dans l'esprit E.N.F. et avec le label E.N.F. Nous devons nous entourer de distributeurs compétents, et devons rester très stricts sur les prix de vente et remises consenties.'

Dans la pratique, Enraf-Nonius a agréé aussi bien des distributeurs bien implantés qui commercialisaient déjà du matériel de physiothérapie (Suire, Physo, Paramedic) que des spécialistes de matériel médical soucieux de se diversifier (S.M.B.) ou que de jeunes créateurs d'entreprises (Saint-Nabor, 3 Medis).

En fait, coexistent dans le même réseau des distributeurs agréés 'définitifs', des distributeurs agréés 'd'essai' et des revendeurs sans contrat. Parmi ceux-ci, certains sont implantés dans des zones non attribuées par ailleurs, qu'ils soient 'réguliers' ou occasionnels, et les autres oeuvrent dans des zones déjà attribuées. Enfin, Enraf-Nonius effectue des ventes directes dans les zones non attribuées.

La contrepartie de la sélection des revendeurs consiste à refuser de vendre aux distributeurs non sélectionnés. Mais Enraf-Nonius a aussi refusé de poursuivre les relations commerciales qu'elle avait nouées depuis plusieurs années avec deux distributeurs parmi les plus importants, Locaduc en juillet 1988, et Verson en juin 1987. La seule explication avancée par Enraf-Nonius à ces deux refus de poursuivre les relations commerciales est que 'compte tenu de notre organisation (...) nous demandons aux revendeurs de toutes régions de prendre contact avec nos distributeurs agréés (...)'

Protection territoriale des distributeurs

Dans ses contrats de concession exclusive, Enraf-Nonius assure aux revendeurs agréés une protection territoriale absolue. En contrepartie de leur obligation de ne pas commercialiser de produits concurrents, elle leur garantit d'être seuls concessionnaire, chacun dans sa zone. Elle leur garantit en outre une exclusivité de vente, aucun revendeur agréé n'étant autorisé à vendre en dehors de sa zone. La police de cette exclusivité était assurée par l'obligation pour chaque revendeur d'indiquer à Enraf-Nonius les nom et adresse de chaque client final.

Toutefois, lors de l'instruction, près de la moitié du territoire métropolitain n'était pas attribuée à des distributeurs agréés. Ainsi des revendeurs sans contrat installés dans la zone d'un distributeur agréé ont pu être approvisionnés : leurs clients étaient situés hors secteur 'protégé'. De même, il est versé sa marge habituelle à un revendeur agréé lorsque Enraf-Nonius vend directement à un client situé dans la zone de celui-ci.

Politique de prix du réseau

Enraf-Nonius établit et diffuse un tarif de prix de vente conseillés. Ces prix sont applicables à tous les clients finaux, quel que soit le vendeur.

Les responsables commerciaux de l'entreprise ont exposé que 'sur le plan de l'image de marque, une bataille à coups de remises est mauvaise. Le client ne sait plus quel est le juste prix'. Mais ils observent que 'de toute façon, tout le monde applique le tarif que nous étions et que nous diffusons'.

La clause 'Prix' de leur contrat engage les distributeurs agréés, définitifs ou d'essai, à 'vendre (...) au prix du tarif général avec une latitude de plus ou moins 10 p. 100, sauf accord particulier préalable avec E.N.F. pour certaines affaires. Tout manquement à cette règle entraînerait la caducité du contrat'. Mais cette 'latitude' n'est jamais utilisée, comme l'a déclaré un responsable commercial.

Pour sa part, Enraf-Nonius pratique ces mêmes prix conseillés sans remise lors de ses ventes directes.

L'enquête administrative a montré que, dans les faits, les prix 'conseillés' par Enraf-Nonius étaient les réellement pratiqués.

Sur le commerce intracommunautaire

Selon Enraf-Nonius France, sa maison mère Enraf-Nonius Delft (Pays-Bas) 'ayant une organisation internationale renvoie systématiquement toutes demandes de prix ou autres vers leurs filiales de chaque pays concerné dans le monde'. Dans la Communauté économique européenne, le groupe hollandais dispose de trois filiales de commercialisation, en France, au Royaume-Uni et en Allemagne.

Enraf-Nonius France, comme les autres filiales nationales, bénéficie d'une exclusivité d'achat et de vente des matériels fabriqués par sa maison mère pour le pays où elle est installée.

Au surplus, le contrat de concession conclu avec ces distributeurs agréés contient la clause suivante : 'Le distributeur n'est pas autorisé à remettre aucun document, catalogue, schéma ou

prix à un quelconque organisme ou société en vue de l'exportation. Cette fonction relève uniquement de E.N.F. ainsi que de son siège international en Hollande.'

2. La S.A.R.L. Nemectron France

Nemectron France est importateur exclusif de fait de sa société mère allemande Nemectron GmbH et ne commercialise les produits de cette dernière qu'en France.

A partir de 1983-1984, elle a choisi de vendre directement aux kinésithérapeutes par l'intermédiaire de représentants et de bureaux de vente à Paris, Lyon et Aix-en-Provence. Elle a néanmoins continué à vendre à certains distributeurs, choisis selon des critères non explicites : jusqu'en septembre 1985 à Genin Medical à Nîmes, jusqu'à juillet 1988 à Locaduc à Paris et jusqu'à ce jour à Medi-K.E. à Toulouse.

Ce dernier, qui a refusé de signer le 'contrat de vente exclusive' pour 1987, parce qu'il distribuait des produits concurrents (Bosch, Physiquelec), estime néanmoins être titulaire d'une exclusivité dans

la région Midi-Pyrénées, les trois départements du Sud de l'Aquitaine et les deux départements du Sud-Ouest du Languedoc-Roussillon, ce que confirme Nemectron.

Ainsi, les deux entreprises sont liées par une exclusivité pour la région concernée. De même, Nemectron, d'une part, Genin et Locaduc, d'autre part, étaient convenus de poursuivre une distribution dérogatoire de la politique générale de ventes directes du fournisseur.

M. Verson a demandé en février et mars 1987 à être aussi approvisionné. Nemectron a refusé, alléguant sa politique de ventes directes. Une nouvelle demande de M. Verson de juillet 1987 a reçu la même réponse négative, Nemectron proposant seulement une commission d'indication de clientèle de 5 p. 100, alors qu'elle est de 10 p. 100 pour les autres revendeurs. M. Verson a également essayé en août suivant d'entrer en relations commerciales, sans plus de succès, avec Locaduc, Genin Medical et Medi-K.E.

Dans la zone qui lui est concédée, Medi-K.E. bénéficie d'une protection territoriale absolue : non seulement elle est le seul distributeur de cette zone approvisionnée par Nemectron (exclusivité d'achat), mais cette dernière, qui est le seul autre offreur possible, s'interdit de vendre directement elle-même dans cette zone (exclusivité de vente).

A l'inverse Medi-K.E. ne vend pas de produits Nemectron en dehors de sa zone : elle n'a pas donné suite à la demande de M. Verson d'août 1987, pas plus que ne l'avaient fait Locaduc et Genin Medical.

Pour ses ventes directes, Nemectron interdit à ses représentants d'accorder des remises supérieures à 10 p. 100 sans son autorisation préalable, et ampute leur commission pour toute remise supérieure à 5 p. 100. Pour sa part Medi-K.E. reproduit dans son tarif et pratique en fait les prix conseillés par Nemectron, comme le prévoyait le contrat de concession à son article XXIV. Il en a été de même de Genin Medical.

3. La S.A. Robert Bosch France

Bosch France ne commercialise ses appareils de physiothérapie que par l'intermédiaire de revendeurs. Depuis 1987, et pour 'apporter un peu plus de rigueur dans l'organisation de la distribution', la société a conclu des 'contrats de distribution' avec Sedem et avec Sodev et un 'accord de coopération commerciale' avec Medi-K.E.

Ces trois contrats confèrent, en contrepartie d'un engagement de promouvoir les appareils Bosch et de réaliser un chiffre d'affaires annuel minimum, un droit non exclusif de distribuer ces appareils et une remise de 35 p. 100 (30 p. 100, plus éventuellement 1 à 2 p. 100 pour Sodev) par rapport aux prix conseillés de vente aux kinésithérapeutes.

Pour ses autres clients, Bosch France distingue entre les revendeurs 'réguliers' à qui elle accorde une 'remise de 30 p. 100 qui peut aller jusqu'à 35 p. 100 et s'accompagner de ristournes différées' et les revendeurs 'occasionnels' à qui elle accorde seulement 18 p. 100 de remise.

Pour la division 'vente électronique médicale' (V.E.M.) de Bosch France, sont considérés comme 'réguliers', et bénéficient donc de cet avantage de prix, les revendeurs qui présentent les cinq caractéristiques suivantes : 1° ils entretiennent avec elle 'un courant d'affaire régulier, sur plusieurs années consécutives'; ils doivent 2° 'assurer la garantie et le service après-vente des matériels vendus, soit dans (leurs) propres ateliers, soit dans ceux d'un sous-traitant agréé (la société Damélec par exemple)'; 3° 'promouvoir le matériel Bosch, par plusieurs V.R.P., par des mailings centrés sur ce matériel, par l'organisation d'expositions de ce matériel dans des salons régionaux, etc.'; 4° 'détenir un stock de ce matériel'; 5° 'être situé(s) dans une zone géographique à fort potentiel de vente, comme le Sud-Est et, plus récemment, l'Ouest, la région parisienne, etc.'.

Bosch France attribue, à deux revendeurs au moins, un 'secteur' géographique : Solle, qui 'reprend le secteur d'Orgamed' et Verson et Sodev qui sont invités à 'exclusivement vendre sur leur secteur géographique'.

Bosch France établit et diffuse des 'prix publics conseillés' aux kinésithérapeutes, sur la base desquels sont calculés, en dehors de toutes conditions générales de vente écrites, les remises accordées aux revendeurs.

La responsable de la division V.E.M. a déclaré : 'En ce qui concerne nos tarifs, nous n'avons aucun système de surveillance des prix pratiqués par nos revendeurs. Je pense que dans les trois quarts ils appliquent le tarif conseillé' et 'à ma connaissance, (les 'prix publics conseillés' que j'établis) sont très largement appliqués par les revendeurs aux kinésithérapeutes, parfois plus cher, mais plus souvent avec une remise de 10 et même 15 p. 100'.

L'instruction a montré qu'en 1988, trois revendeurs 'réguliers' (Novedi, Sud-Est Médical et Solle Médical) avaient bénéficié d'une remise de 30 p. 100 et de ristournes supplémentaires et qu'une remise de 35 p. 100 avait été accordée à un autre (Médi-K.E.), et ce de façon discriminatoire. En 1987, les conditions d'attribution des remises (30 et 35 p. 100) et ristournes (de 0 à 5 p. 100) de neuf clients 'réguliers' (Solabo, Sedem, Magnus, Solle, Biotop, Lemoine, B.E.M., Sodev et D.E.M.M.) n'obéissaient à aucune logique perceptible.

Les revendeurs occasionnels (comme Sonotronix en 1988) percevaient une remise de 18 p. 100, qui a été considérée comme insuffisante pour leur permettre d'en rétrocéder une partie significative à leurs clients kinésithérapeutes.

Dans sa lettre du 10 mars 1986 à M. Verson, revendeur 'régulier', Bosch France a reproché à celui-ci son annonce, parue dans la revue Rééducation de novembre 1985, mentionnant un prix inférieur au prix conseillé. Invoquant 'des raisons de déontologie' et se défendant de vouloir imposer son prix public conseillé, elle l'invitait à n'indiquer que celui-ci, ou aucun, 'dès qu'il s'agit de communications qui touchent un secteur géographique important'.

M. Verson a exposé que si des 'pressions' avaient été exercées sur lui il ne pouvait pour autant se 'passer de Bosch du fait de sa position sur le marché et surtout de son image de marque. Ne pas pouvoir proposer du Bosch à nos clients est dévalorisant à leurs yeux'.

Lors du salon du Gicare, la responsable de la division V.E.M. de Bosch France qui, à la suite des discounts pratiqués par M. Verson avait dû systématiquement aligner les remises accordées à ses distributeurs pour leur permettre de vendre 'sans sacrifier leur marge', avait présenté un 'ultimatum' à M. Verson : il devait 'exclusivement vendre sur (son secteur géographique, et respecter les prix conseillés dans (ses) publicités; à défaut, Bosch réorganiserait) son réseau et ses conditions de distribution, en choisissant des concessionnaires, et (le) passant à 18 p. 100 de remise au lieu de 30'.

4. La S.A.R.L. Groupe Delta

Jusqu'à la fin de 1989, l'entreprise distribuait directement 30 p. 100 de sa production. Le reste était commercialisé par le canal de revendeurs, arbitrairement sélectionnés et avec lesquels aucun contrat écrit n'avait été conclu. Un des plus importants de ceux-ci était Genin Médical, qui assurait le rôle d'"agent général'.

Il existait un accord de fait entre Delta et ses revendeurs pour leur réserver la commercialisation des produits Delta, accord à la base d'un réseau réservataire assimilable à un réseau de distribution sélective. C'est en raison de cet accord que Groupe Delta a refusé de poursuivre les ventes directes à M. Verson et qu'elle a refusé de nouer des relations commerciales avec six distributeurs.

Groupe Delta établissait et diffusait des 'prix publics conseillés' de vente aux kinésithérapeutes. Les remises accordées aux revendeurs sur ces prix s'étagaient de 0 à 40 p. 100. Le responsable commercial de l'époque a déclaré : 'Les remises sont fonction du potentiel commercial du client et du service qu'ils sont en mesure de délivrer à la clientèle finale (démonstration, S.A.V., formation). Il n'est pas fait mention sur nos tarifs des remises et ristournes.' Les conditions générales de vente elles-mêmes n'étaient consignées, jusqu'au 1er novembre 1989, dans aucun document écrit qui aurait pu être communiqué aux distributeurs. Les prix 'conseillés' étaient largement pratiqués, et la société Groupe Delta y veillait.

Après avoir directement approvisionné M. Verson de juillet à septembre 1984, elle l'a renvoyé, par lettre du 30 novembre 1984, à l'"agent général' qu'elle venait de nommer en lui reprochant de porter un tort considérable à sa marque puisqu'il consentait 'des remises excessives, ce qui tend à laisser croire que la vente de ces appareils au prix que nous les faisons est un véritable vol'.

5. La S.A.R.L.-M.T.M. Leader

Les 30 janvier, 15 avril et 1er octobre 1987, M.T.M.-Leader a conclu, selon des critères de sélection non connus, des contrats d'exclusivité pour la vente de son 'arthrocame' respectivement avec M. Verson (Sud de la France), M. Gueguen (les cinq départements bretons) et B.E.M. Diffusion (onze départements de l'Est). Ces trois contrats ne comportaient pas de clause interdisant aux revendeurs de commercialiser d'éventuels produits concurrents.

Les objectifs de vente prévus en contrepartie de l'exclusivité accordée n'ayant jamais été atteints, et M.T.M.-Leader s'étant interdit de vendre directement aux kinésithérapeutes dans les zones 'concedées', elle a mis fin à ces contrats le 7 octobre 1988 pour B.E.M. Diffusion, à la même époque pour les deux autres.

M.T.M.-Leader a établi un prix de vente aux kinésithérapeutes de 11 500 F T.C.C. Elle le pratique elle-même lors de ses ventes directes, et il est porté sur les contrats conclus avec M. Gueguen, B.E.M. Diffusion et M. Verson. La rémunération de ces derniers est constituée par des remises (35 p. 100 généralement) par rapport à ce prix 'conseillé' dont un responsable de M.T.M.-Leader a déclaré qu'il 'n'est pas un prix public imposé. Le revendeur peut pratiquer le prix qu'il veut. Il m'arrive de faire des rabais lorsque je vends en direct'.

Au cours du deuxième semestre 1987, M. Verson a diffusé, par voie de mailings, des publicités sur l'arthrocame' qui indiquaient un prix de 10 000 F au lieu de 11 500 F et qui avaient été envoyées à des kinésithérapeutes situées hors de sa zone 'concedée', c'est-à-dire dans la zone d'autres revendeurs qui, d'accord avec M.T.M.-Leader, s'étaient vus reconnaître dans le contrat une exclusivité de vente dans leur zone.

Par lettres des 4 août et 16 décembre suivant, M.T.M.-Leader s'est plaint auprès des M. Verson de cette initiative dont il disait qu'elle était préjudiciable à lui-même comme à ses revendeurs puisqu'ils allaient 'devoir amener (leur) prix à celui que vous avez si imprudemment et impudemment affiché'. Il lui demandait par ailleurs de 'ne plus procéder à aucune action quelle qu'elle soit en dehors des départements' de sa zone.

6. La S.A.R.L. S.E.R.E.M.E.

Pour commercialiser ses matériels de rééducation uro-gynécologiques par biofeedback, S.E.R.E.M.E. a conclu des contrats de concession exclusive avec cinq revendeurs (Franco et Fils, Médi-K.E., B.M.M., M.C. Equipement et S.P.I.D.). Deux contrats semblables, 'moraux' (non écrits), ont été convenus avec deux autres revendeurs : Nord Médi Labo et Médi Pro. En contrepartie de l'exclusivité qui lui est accordée dans un 'secteur' géographique, le concessionnaire s'interdit de vendre des matériels concurrents.

Les critères de choix des distributeurs agréés avec lesquels ont été conclus des contrats écrits ou des 'contrats moraux' sont 'leurs capacités et leur désir à obtenir la compétence'.

Pour les régions non concedées, la S.E.R.E.M.E. vend directement aux kinésithérapeutes, aux prix du tarif conseillé qu'elle établit et diffuse auprès de ses revendeurs.

S.E.R.E.M.E. établit des prix conseillés, qui figurent sur les tarifs des revendeurs, lesquels consentent parfois des remises.

7. La S.A.R.L. Laboratoires Phytomédis

De fin 1984 à fin 1988, Phytomédis (alors Inter-Kiné) a commercialisé ses crèmes de massage soit par l'intermédiaire d'un agent commercial (Var et Bouches-du-Rhône) et de deux concessionnaires exclusifs : M. Verson (Hérault, Lozère et Gard) et France-Savoie (zone non précisée), soit par ventes directes aux kinésithérapeutes dans les zones non concédées. A l'expiration de ces contrats, elle a poursuivi la commercialisation de ses produits soit directement, soit via des revendeurs non exclusifs.

A la différence du contrat convenu avec France-Savoie, le contrat de concession de M. Verson lui interdisait de vendre 'd'autres produits similaires ou indirectement concurrentiels'.

Phytomédis établissait et diffusait un barème de prix conseillés de vente aux kinésithérapeutes sur la base desquels étaient accordées des remises aux concessionnaires : 40 p. 100 à M. Verson, 45 p. 100 à France-Savoie. Ces prix conseillés, présentés comme n'étant pas imposés, sont reproduits sur les bons de commande eux-mêmes et sont effectivement pratiqués par Phytomédis elle-même et le sont très largement par les revendeurs.

Au début de 1986, M. Verson a proposé à sa clientèle, outre les crèmes Inter-Kiné, des crèmes d'un autre fabricant. Le 11 août 1986, Inter-Kiné l'a mis en demeure de renoncer soit à la commercialisation de ces crèmes concurrentes, soit à distribuer ses produits. M. Verson ayant répondu en expliquant qu'il souhaitait pouvoir proposer deux gammes, l'une (Phytonat), meilleur marché, et l'autre (Inter-Kiné), avec une 'image de marque forte', Inter-Kiné a résilié son contrat à compter du 3 décembre 1986.

Depuis cette date, M. Verson est donc un revendeur ordinaire. Inter-Kiné lui a opposé un refus de vente le 12 janvier 1987 sauf s'il renonçait à distribuer les produits concurrents et s'il cessait de vendre dans les Bouches-du-Rhône.

8. La S.A.R.L. Groupe Sodipar

En mai-juin 1988, Sodipar a conclu quatre contrats de distribution exclusive : avec Fug (dix départements du Centre-Est). La Maison du Médecin (six départements méridionaux), Inter-Praticiens (sept départements de la région parisienne) et D.L.M. (sept départements au Nord de Paris). Ces distributeurs ont été choisis en '(...) fonction de la notoriété dans la profession de distributeur de matériel médical et de kinésithérapie, compétence, solvabilité, possibilité 'apparente' de gérer prospection et distribution sur les départements consentis'.

Dans leurs secteurs, Sodipar 's'engage à ne pas introduire d'autres distributeurs' et, pour Inter-Praticiens, 's'interdit de pratiquer toute forme de vente' aux kinésithérapeutes libéraux. En contrepartie, les concessionnaires s'engageaient à ne pas distribuer de produits concurrents, sauf Inter-Praticiens à qui il était seulement interdit d'exposer des produits concurrents et de vendre ceux-ci sans demande expresse de ses clients.

Enfin, Inter-Praticiens s'engageait 'à ne pas minorer ou majorer les prix de cession professionnels définis par l'annexe II', les trois autres distributeurs s'engageant 'à ne pas minorer ou majorer les prix de cession professionnels définis par l'annexe II de plus de 5 p. 100. Cette latitude étant considérée à utiliser de façon exceptionnelle'. Cette annexe II aux contrats était intitulée 'Tarif public des spécialités à l'usage des kinésithérapeutes au 1er mars 1988' et sous-titrée 'Prix professionnels imposés'.

Parmi les 'obligations' des distributeurs exclusifs, Sodipar considérait comme étant la première celle d'avoir à 'appliquer un tarif de vente qui vous est imposé'. Ces prix imposés qui, comme les conditions de vente, ont été établis en tenant '(...) compte outre des frais de recherche, des tests légaux, du coût-produit et de conditionnement, des frais de prospection et de commercialisation', étaient effectivement pratiqués par les distributeurs comme par Sodipar elle-même.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRECEDENT, LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Considérant que les faits constatés sont visés à la fois par les dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et par celles de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant que les saisines du 21 novembre 1987 ont interrompu le cours de la prescription quant aux pratiques des entreprises qui y étaient visées; que la saisine du 20 janvier 1988 du S.N.M.K.R. a interrompu le cours de la prescription pour les autres entreprises concernées; que les faits antérieurs respectivement au 21 novembre 1984 et au 20 janvier 1985 ne peuvent donc être qualifiés par le Conseil de la concurrence; qu'ils peuvent cependant être relatés à seule fin de permettre la compréhension des griefs retenus et relatifs à des faits encore susceptibles d'être sanctionnés;

En ce qui concerne la procédure :

Considérant que la société Enraf-Nonius France a fait valoir qu'au cours de l'instruction tous ses cadres n'avaient pas été entendus; qu'il n'existe aucune obligation légale en la matière et que cette circonstance est donc sans incidence sur la régularité de la procédure dès lors que, comme en l'espèce, toutes les parties intéressées ont été mises en mesure de présenter en temps utile leurs observations tant sur la notification de griefs que sur le rapport, ainsi que de présenter leurs observations orales devant le conseil;

Considérant que les sociétés Bosch France et S.E.R.E.M.E. ont fait valoir qu'elles n'avaient pas fait l'objet de plaintes, qu'elles n'avaient pas été nommément visées dans les saisines et que leur mise en cause serait le résultat d'un 'amalgame' qui ne serait pas 'conforme à l'examen des situations particulières';

Mais considérant que le Conseil de la concurrence est saisi in rem; que l'instruction a donc porté sur l'ensemble des marchés du secteur; que tous ces marchés concernent la fourniture des kinésithérapeutes et sont à la fois proches et complémentaires du fait que la plupart des revendeurs interviennent sur ces différents marchés qu'un salon professionnel et un syndicat interprofessionnel, le Gicare, rassemblent fabricants, importateurs et distributeurs qui pratiquent tous les prix conseillés ou imposés le plus souvent dans le cadre de réseaux de distribution réservataires;

En ce qui concerne les pratiques constatées :

Sur les ententes horizontales :

Considérant qu'il est établi que le Gicare a organisé, lors de son assemblée générale du 24 septembre 1987, une entente entre ses membres visant à limiter à 10 p. 100 des prix conseillés le montant des remises à accorder aux kinésithérapeutes; que, quel qu'ait été le nombre d'adhérents présents lors de cette assemblée générale, la décision qui y a été prise engage cette organisation interprofessionnelle et que c'est à bon droit qu'elle a seule été mise en cause; que la circonstance que l'instruction n'a pas établi qu'une sanction ait été prise à l'encontre d'un éventuel contrevenant à cette entente est sans incidence sur son appréciation dès lors qu'il est établi qu'elle avait pour objet et pu avoir pour effet de restreindre et de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés concernés; qu'elle tombe sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée;

Considérant qu'il est établi que plusieurs revendeurs de la S.A. Franco & Fils ont échangé des informations sur la pratique qu'ils envisageaient d'adopter à l'égard de celle-ci après qu'elle a décidé en avril 1987, de modifier ses prix et conditions de vente, notamment, en facturant à prix nets; que si certains de ces revendeurs n'ont pu être identifiés lors de l'instruction et si leur participation éventuelle à cet échange d'informations n'a pu être prouvée, il ressort des pièces du dossier que les entreprises Somethy et F.G.C.K. ont participé audit échange d'informations, qu'elles ont quasiment cessé leurs achats auprès de Franco et qu'elles ont invité leurs clients à faire de même; que cet échange d'informations avait pour objet et a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence en limitant l'accès au marché et les débouchés de la S.A. Franco & Fils, en faisant obstacle à la fixation des prix de celle-ci par le libre jeu du marché, et qu'il tombe sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 susvisée;

Sur les ententes verticales :

Considérant que, dès lors qu'ils préservent une certaine concurrence sur le marché, les systèmes de distribution exclusive ou sélective sont conformes aux dispositions de l'article 50 de l'ordonnance de 1945 et de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, si les critères de choix ont un caractère objectif, n'ont pas pour objet ou pour effet d'exclure par nature une ou des formes déterminées de distribution et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire; que si des fabricants de produits et matériels pour kinésithérapeutes présentant un caractère de technicité particulier peuvent ainsi en réserver la distribution à certains revendeurs, il ne leur appartient pas de limiter la liberté commerciale de ceux-ci et notamment la liberté de fixer leurs prix de vente ou celle de vendre en dehors de la zone qui leur est attribuée, ni de subordonner leur agrément à des critères non objectifs ou appliqués de façon discriminatoire;

Considérant qu'il est établi par l'instruction que la S.A. Enraf-Nonius France, la S.A.R.L. Laboratoires Phytomédecina (ex Interkine) et la S.A.R.L. Groupe Sodipar ont, chacune, mis en place un système de distribution exclusive; que la S.A.R.L. Nemectron France, la S.A. Robert Bosch France, la S.A.R.L. Groupe Delta et la S.A.R.L. M.T.M.-Leader ont, chacune, mis en place un système de distribution sélective;

Considérant que les critères de sélection des distributeurs agréés dans ces systèmes de distribution ne sont pas objectifs et sont appliqués de façon discriminatoire; que les distributeurs agréés de Enraf-Nonius, Nemectron et M.T.M.-Leader jouissent d'une protection territoriale absolue; que les prix de revente aux kinésithérapeutes sont soit imposés (Sodipar), soit conseillés (Enraf-Nonius, Phytomédisa, Nemectron, Bosch, Groupe Delta et M.T.M.-Leader); que ces six dernières entreprises ont conféré un caractère minimum à leurs prix conseillés par des pressions pouvant aller jusqu'à la rupture des relations commerciales, exercées à l'encontre de certains revendeurs ainsi que par des discriminations de remises ou d'exclusivité et, pour deux d'entre elles (Enraf-Nonius et Nemectron), par des clauses de prix dans les contrats;

Considérant que les accords intervenus entre chacune des entreprises Enraf-Nonius France, Nemectron France, Robert Bosch France, Groupe Delta, M.T.M.-Leader, Phytomédisa et Groupe Sodipar et leurs distributeurs agréés leur ont permis de maîtriser la politique commerciale de leurs revendeurs; que cette maîtrise a assuré l'efficacité de l'entente conclue entre les principaux fabricants, importateurs et distributeurs dans le cadre du Gicare pour limiter à 10 p. 100 le montant des remises pouvant être consenties aux kinésithérapeutes; que cette entente entre les réseaux a pu être d'autant plus strictement respectée que certains producteurs étaient aussi d'importants distributeurs de leurs confrères, ce qui établissait une solidarité d'intérêt entre eux; que, dans les faits, la limitation des remises décidée dans le cadre du Gicare a été pratiquée par la plupart des adhérents de cette organisation mais également par des non-adhérents pour l'ensemble de leurs transactions, même en dehors du salon professionnel; que l'ensemble de ces pratiques a ainsi pu avoir pour effet non seulement de restreindre la concurrence intramarque au sein de chaque réseau, mais également la concurrence intermarque entre les réseaux en limitant la possibilité, pour les membres de chacun de ces réseaux, de consentir des rabais à la clientèle et de développer ainsi leur part de marché; que ces pratiques tombent sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 susvisée; qu'en ce qui concerne Nemectron France, Groupe Delta et Phytomédisa, il y a lieu d'observer que, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986, les faits ci-dessus qualifiés étaient d'ores et déjà visés par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945;

Considérant que les accords conclus entre Enraf-Nonius France et Nemectron France et leurs distributeurs agréés sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre Etats membres de la Communauté économique européenne; qu'il sont donc incompatibles avec le Marché commun et se trouvent interdits par l'article 85-1 du traité de Rome du 25 mars 1957;

Considérant en revanche qu'il n'est pas établi, dans l'état du dossier, que le système de distribution exclusive mis en place par la S.A.R.L. S.E.R.E.M.E. ait eu un objet ou puisse avoir un effet anticoncurrentiel;

Considérant que les différentes pratiques anticoncurrentielles visées ci-avant ne résultent pas de l'application d'un texte législatif ou réglementaire et qu'il n'est ni établi ni même allégué qu'elles aient contribué au progrès économique;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu d'appliquer l'article 13 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée et que, pour les entreprises, le plafond de la sanction applicable à chacune doit être déterminé en fonction du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours de l'exercice 1990 tel que communiqué par la direction générale de la

concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes; qu'il convient ensuite, pour chacune des entreprises comme pour le syndicat, de tenir compte à la fois des capacités contributives et de la part prise dans le comportement sanctionné, ainsi que des incidences correspondantes sur les marchés dont il s'agit,

Décide :

Art. 1er. - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

100 000 F au syndicat des fabricants et revendeurs d'appareils et produits destinés à des fins médicales, paramédicales, esthétiques et sportives (Gicare);

120 000 F à la S.A. 'Fournitures générales pour centres de kinésithérapie' (F.G.C.K.);

100 000 F à la S.A. Somethy;

500 000 F à la S.A. Enraf-Nonius France;

60 000 F à la S.A.R.L. Nemectron France;

90 000 F à la S.A. Robert Bosch France;

65 000 F à la S.A.R.L. Groupe Delta;

10 000 F à la S.A.R.L. M.T.M.-Leader;

20 000 F à la S.A.R.L. Laboratoires Phytomedica;

12 000 F à la S.A.R.L. groupe Sodipar.

Art. 2. - Il est enjoint aux entreprises Enraf-Nonius France, Nemectron France, Robert Bosch France, Groupe Delta, M.T.M.-Leader, Laboratoires Phytomedica et groupe Sodipar de mettre fin, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision, à toute convention ou pratique visant à conférer un caractère minimum aux prix de vente aux kinésithérapeutes, à accorder une protection territoriale absolue à leurs distributeurs et à sélectionner ceux-ci à l'aide de critères non objectifs et discriminatoires.

Art. 3. - Dans un délai de deux mois suivant sa notification, le texte intégral de la présente décision sera publié, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, par les entreprises et organisation professionnelle visées à l'article 1er dans Le Quotidien du Médecin. Cette publication sera précédée de la mention 'Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques constatées dans le secteur des produits et matériels pour kinésithérapeutes'.

Délibéré en section sur le rapport de M. Jean-Claude Facchin dans sa séance du 14 mai 1991, où siégeaient :

M. Béteille, vice-président, président; MM. Bon et Fries et Mme Hagelsteen et Lorenceau, membres.

Le rapporteur général,
F. Jenny

Le vice-président, président la séance,
R. Béteille