



**Avis n° 95-A-09 du 24 mai 1995
relatif à une question posée par Monsieur Charpier, premier juge d'instruction,
près le Tribunal de Grande Instance de Versailles**

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 2 février 1995 sous le numéro A 160, par laquelle le premier juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Versailles, instruisant une plainte avec constitution de partie civile déposée par la société Chief, a, sur le fondement des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis tendant à ce qu'il lui soit indiqué si les sociétés Bonnet Névé et El.Fi ont violé les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance précitée ;

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

Vu les lettres en date du 14 avril 1995 par lesquelles le rapport a été communiqué aux sociétés Chief, Bonnet Névé et El.Fi ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et les sociétés Chief, Bonnet Névé et El.Fi ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bonnet Névé, El.Fi et Chief entendus ;

Est d'avis de répondre à la question dans le sens des observations suivantes :

La société Chief, qui commercialise principalement du matériel de réfrigération commerciale (buffets réfrigérants destinés aux supermarchés et magasins en libre service) met en cause, devant le Tribunal de grande instance de VERSAILLES, la société Bonnet Névé (anciennement S.E.I.F.) et le groupe El.Fi, dont cette dernière constitue une des filiales. Selon la société Chief, ces entreprises auraient procédé à des manœuvres, constitutives d'abus de position dominante et d'action illicite, tendant à éliminer la société Chief du marché.

A - LA PROCEDURE

La société Bonnet Névé et la société El.Fi ont allégué, dans leurs observations écrites, qu'il y aurait eu violation du principe du contradictoire et impossibilité pour elles d'assurer leur défense dans la mesure où le président du Conseil de la concurrence a refusé de leur accorder un délai supplémentaire d'un mois pour présenter leurs observations, et qu'elles n'ont disposé que d'un accès partiel au dossier, car celui-ci ne contient pas l'ensemble des documents figurant au dossier d'instruction.

L'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que le Conseil de la concurrence "*ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire*" et l'article 22-1 du décret du 29 décembre 1986, modifié, précise que : "*La procédure contradictoire prévue à l'article 26 de l'ordonnance comporte la communication du rapport aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, aux autres personnes dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance. Le président du Conseil de la concurrence leur impartit, à compter de cette notification, un délai qui ne peut être inférieur à un mois pour consulter le dossier et présenter des observations écrites (...)*".

Or, le délai accordé aux parties par le président du Conseil de la concurrence a été fixé à un mois et ce délai est conforme aux dispositions de l'article 22-1 du décret du 29 décembre 1986, précité.

De plus, il n'est pas contesté par les parties que le rapport, qui leur a été communiqué, comportait la totalité des pièces figurant au dossier du Conseil. Par ailleurs, il n'appartient pas au président du Conseil de la concurrence de faire mettre à la disposition des parties des pièces, réunies dans le dossier du juge d'instruction du Tribunal de grande instance de VERSAILLES, sur lesquelles le rapporteur ne s'est pas fondé.

Dans ces conditions, la procédure contradictoire fixée par l'ordonnance du 1er décembre 1986 a bien été respectée.

B - LES CARACTERISTIQUES DU MARCHE

1) Les produits et services concernés.

L'équipement en vitrines réfrigérées appartient à la fois à deux secteurs, le secteur du froid commercial, c'est à dire toutes les installations frigorifiques qui équipent les points de vente des produits agro-alimentaires, et le secteur de l'équipement des magasins qui inclut le précédent et comprend aussi le mobilier de vente, le matériel d'encaissement et de lutte contre la démarque inconnue.

L'équipement de la surface de vente des magasins représente en France un chiffre d'affaires de plus de 7 milliards de francs en 1992 et celui relatif au mobilier réfrigéré s'élève à plus de 1 milliard de francs. Ce dernier représente ainsi moins du trentième de l'investissement total du commerce, tant mobilier qu'immobilier.

Le secteur du froid commercial a bénéficié de la forte croissance (supérieure à 4 % en volume jusqu'en 1991) de la demande de produits frais et surgelés, conjuguée à l'augmentation du nombre des grandes surfaces de vente. Depuis cette date la situation s'est détériorée. En effet, le secteur du froid commercial et celui de l'équipement des magasins évoluent en fonction de trois paramètres principaux : d'abord, le développement du commerce de détail, caractérisé par un accroissement constant des grandes et moyennes surfaces de vente, ensuite, le rythme de renouvellement de l'équipement des points de vente, enfin l'évolution technologique des produits qui tend à raccourcir ce cycle de renouvellement.

La modification du cadre réglementaire a exercé une influence à la fois stimulante et contraignante sur le marché depuis la découverte des répercussions possibles des gaz réfrigérants C.F.C. (chlorofluorocarbones) sur l'environnement. Ce nouveau cadre réglementaire a conduit à l'interdiction de la production de ces fluides le 30 juin 1997, ce qui a pour conséquence la généralisation de meubles fonctionnant avec des liquides de transition (R22, H.C.F.C.) et la mise au point d'équipements fonctionnant avec des liquides de substitution (R134A, R141B).

Les grands fabricants présentent à leur clientèle une offre fondée sur une production standardisée d'éléments modulables.

Les meubles commerciaux réfrigérés sont destinés à la présentation des denrées alimentaires périssables et à leur mise à disposition des consommateurs, sur l'aire de vente des magasins. Ils peuvent être séparés en trois catégories : les meubles avec ou sans groupe incorporé, les meubles ouverts ou fermés et les armoires vitrées montées sur chambre froide. Pour un même usage, les produits comparables des grandes marques sont presque totalement substituables.

La vente de vitrines réfrigérées s'accompagne systématiquement de prestations distinctes de la vente et liées à l'installation que les fournisseurs de meubles n'assurent pas totalement eux-mêmes (déchargement, montage, mise en linéaire, branchement à la centrale de production de froid et service de garantie commerciale).

L'installation du matériel de réfrigération commerciale, accessoire à la vente de ces produits et indissociable de celle-ci, constitue donc une opération connexe, dont l'évolution est directement subordonnée à celle du marché des meubles réfrigérés.

Le marché de référence est celui délimité géographiquement par le territoire français. Le directeur du marketing de la société Bonnet Névé reconnaît que *"les principaux marchés de l'entreprise peuvent être segmentés géographiquement comme suit : la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Europe du sud (Espagne, Italie, Grèce, Portugal), la Scandinavie, l'Europe centrale et de l'Est et l'Asie"*.

2) La demande de vitrines réfrigérées.

La clientèle de vitrines réfrigérées comprend deux catégories d'utilisateurs, les supermarchés et les hypermarchés d'une part et les magasins du commerce traditionnel ou du petit commerce, d'autre part. La grande distribution constitue l'essentiel de la demande adressée aux cinq grands fabricants de vitrines réfrigérées sur le marché français.

La demande de la grande distribution concerne principalement des vitrines réfrigérées ouvertes et alimentées par des groupes frigorifiques extérieurs, destinées à la présentation de produits alimentaires frais et surgelés.

La grande distribution alimentaire comprend plus de 7000 supermarchés (de 400 à 2500 m², 1000 m² en moyenne) et près de 100 hypermarchés (plus de 2500 m², 5600 m² en moyenne), représentés par 239 enseignes appartenant à 102 entreprises.

Ces magasins à grande surface sont exploités sous deux formes : le commerce associé et le commerce intégré. Le premier regroupe des entreprises indépendantes autour de centrales d'achat et s'oriente vers un franchisage de ses adhérents (que ce soit des groupements de sociétés indépendantes, comme Leclerc et Intermarché, des sociétés coopératives de détaillants, comme Système U, ou des chaînes volontaires créées à l'initiative de grossistes, comme Promodès). Le second comprend les grands magasins ou les magasins populaires (Prisunic), les maisons à succursales multiples (Comptoirs Modernes, Docks de France, Casino) et les grandes entreprises exploitant des grandes surfaces (Rallye, Cora, Carrefour, Auchan).

Les ouvertures de grandes surfaces sont suivies avec attention par les directions commerciales des fournisseurs de vitrines réfrigérées, une ouverture d'hypermarché représentant une acquisition de vitrines d'un montant de plus d'un million de francs. Cette évolution se caractérise par : le maintien du rythme d'ouverture des supermarchés (271 en 1992, 309 en 1993), une forte progression des ouvertures de magasins "discount" (70% des ouvertures), par des sociétés d'origine allemande notamment et une réduction du nombre des ouvertures d'hypermarchés (25 en 1990, 13 en 1993).

Les plus grandes enseignes de distribution procèdent à un référencement de leurs fournisseurs de vitrines réfrigérées, qui sont organisés sous forme d'appel d'offres annuel sur la base d'un cahier des charges représentant l'équipement standard d'un magasin type.

3) L'offre de vitrines réfrigérées.

Deux catégories d'offreurs interviennent conjointement sur les marchés de la vente et de l'installation de vitrines réfrigérées : les fournisseurs de meubles, qu'ils soient fabricants ou importateurs et les installateurs-frigoristes.

Traditionnellement, ce sont les installateurs qui procédaient à la vente des meubles réfrigérés à groupe extérieur. Les ventes directes des fabricants et importateurs se sont développées.

La fourniture de mobilier commercial réfrigéré est le fait de cinq sociétés : la SA Bonnet Névé et la SARL Costan France, qui forment la composante française de la branche Réfrigération commerciale du groupe El.Fi, la SARL Linde Froid et Climatisation ; la SNC Electrolux CR et la SA Chief.

Tableau comparatif des fournisseurs de meubles à groupe extérieur.

Entreprise	Chiffre d'affaires total (M.F.) (CA meubles à groupe extérieur)			Quantités vendues en France		
	1991	1992	1993	1991	1992	1993
SARL LINDE	154,3	163,2	135,9	4 200	4 700	4 400
SNC ELECTROLUX CR	70,3 (68.6)	72,4 (66.1)	59,1 (56.5)	1 600	1 600	1 000
SARL COSTAN FRANCE	64,9 (63.7)	65,9 (63.7)	79,8 (77.8)	1 192	1 190	1 084
SA BONNET NEVE	746,0 (534,8)	590,7 (384,6)	477,1 (288,5)	14 982	11 023	9 770
SA CHIEF		97,8 * (91,6)	100,2 (79,8)	3 709	4 526	5 700

* 1991 et 1992

A l'exception de la société Chief, toutes ces entreprises sont intégrées à de grands groupes industriels européens :

Le groupe international Linde, d'origine allemande, constitue un ensemble industriel basé essentiellement sur le traitement du gaz, dont la branche "techniques du froid" forme la plus petite division industrielle du groupe ; les ventes de sa société concernent à 90% les vitrines réfrigérées auprès de grandes et moyennes surfaces, pour l'essentiel par des ventes directes auprès de "hard discounters" allemands.

Le groupe Electrolux, d'origine suédoise, constitue le cinquième groupe européen dans le secteur industriel de la construction électrique et électronique. Sa branche réfrigération commerciale, qui comprend 23 filiales, est surtout développée en Europe septentrionale et centrale, mais également aux Etats-Unis et en Asie.

Le groupe El.Fi, créé en 1947, s'est diversifié en 1987, à la suite de mouvements de concentration dans l'électroménager européen, en constituant un pôle de réfrigération commerciale par l'achat de la société Costan, puis en 1988 celui de Bonnet Réfrigération et de FSB. La société holding El.Fi S.p.A., dont le siège se situe à Milan, contrôle la société El.Fi S.A. qui contrôle elle-même l'ensemble des entreprises françaises du groupe (à l'exception de Costan SARL, filiale de Costan S.p.A.) et leurs filiales étrangères, dont la société Bonnet Névé. La branche réfrigération commerciale comprend deux pôles de taille comparable, sur les marchés français et italiens, Bonnet Névé SA (et sa filiale BR Italie) et Costan S.p.A. (et ses cinq filiales, dont Costan SARL).

L'ensemble des activités de la branche génère un chiffre d'affaires d'environ un milliard et demi de francs, dont un peu moins de la moitié (600 millions) est réalisé par les deux sociétés françaises. La filiale française SARL Costan de la société Costan S.p.A. vend traditionnellement la plus grande partie de ses matériels par l'intermédiaire d'installateurs-frigoristes. Elle a toutefois modifié sa politique de distribution au point de réaliser désormais la moitié de ses ventes directement auprès de la grande distribution. Néanmoins, ses ventes indirectes restent plus importantes que celles de ses concurrents car elles comptent beaucoup plus de meubles à groupe logé, destinés principalement au commerce traditionnel.

A cet égard, la politique de vente de la société Costan en France se révèle complémentaire de celle de la société Bonnet Névé, qui fournit principalement des meubles à groupe extérieur, équipant surtout les magasins à grande surface.

La société Chief a été créée le 27 septembre 1991 par d'anciens cadres de la société Bonnet Réfrigération qui ont quitté l'entreprise en mésentente avec leur employeur. Elle a débuté son exploitation le 1er août 1991. Cette société réalise l'essentiel de ses ventes de meubles réfrigérés, sous les marques Koxka et Sanyo, auprès de la grande distribution.

4) Les installateurs-frigoristes.

La profession des installateurs-frigoristes est restée très atomisée. Elle comprend environ 2 500 entreprises d'installation de froid et de conditionnement d'air qui emploient près de 20 000 personnes (l'effectif moyen d'une entreprise s'élevant à huit personnes) et réalisent un chiffre d'affaires global de 18 milliards de francs. Elle est marquée par une implantation locale ou régionale (Seulement 10 à 15 % des installateurs travaillent au niveau national et emploient plus de 10 salariés).

Toutefois, la fin des années 1980 a été marquée par un processus d'industrialisation et de concentration des entreprises d'installation de meubles réfrigérés, soit par regroupement régional sous l'égide d'un installateur indépendant plus puissant, soit par création de groupements nationaux, filiales de grands groupes industriels.

A la fois prestataires de services et revendeurs de matériels, les installateurs-frigoristes interviennent à plusieurs titres dans le domaine du froid commercial. Ils assurent la réparation et la maintenance de tous équipements frigorifiques (centrale de production de froid, vitrines, chambres froides), activité qui tend à se développer chez les plus grandes entreprises, au détriment de la revente de mobilier en raison de la politique d'achats directs des grands utilisateurs, principalement les magasins à grande surface. Cependant la prestation des installateurs se concentre sur les services que les fournisseurs de meubles ne peuvent assurer eux-mêmes (montage, branchement à la centrale de production de froid et garantie commerciale).

La double activité d'abord de conseil des clients puis de sous-traitant du service de garantie commerciale des fournisseurs, qui renforce la proximité immédiate des installateurs-frigoristes auprès des utilisateurs finals, incite les constructeurs et importateurs de matériels à établir des

liens privilégiés avec un ou plusieurs installateurs-frigoristes dont la compétence est reconnue par la clientèle.

80 % des installateurs-frigoristes sont des entreprises indépendantes, à l'origine artisanales et familiales, qui exercent une influence locale ou régionale très variable. Seuls les plus importants installent des équipements de réfrigération commerciale dans le secteur de la grande distribution alimentaire.

De ce fait, seulement quelques centaines d'installateurs-frigoristes sont capables d'accéder au marché des meubles réfrigérés pour le grand commerce, leur part de chiffre d'affaires réalisé dans ce secteur variant de 20 % à 90 %, et seule une quarantaine de frigoristes est en mesure de prendre en charge les installations les plus importantes.

Les installateurs-frigoristes sont représentés par deux organisations professionnelles, dont la plus importante est le SNEFCCA (Chambre Syndicale nationale des Entreprises du Froid, d'Équipements de Cuisines Professionnelles et du Conditionnement de l'Air). Le SNEFCCA rassemble 670 adhérents parmi lesquels figurent principalement des installateurs-frigoristes mais aussi 43 autres membres (constructeurs ou distributeurs de matériels frigorifiques, de climatisation, ou de cuisine professionnelle) dont notamment les principaux fournisseurs de vitrines.

5) La définition du marché pertinent.

Compte tenu de ce qui précède, le marché pertinent doit être défini comme celui de la vente des vitrines réfrigérées aux grandes et moyennes surfaces alimentaires sur le territoire français. Le marché de l'installation de ces équipements est connexe de celui de la vente.

6) La position des sociétés du groupe El.Fi.

Les données fiscales fournies par l'enquête montrent que, sur les cinq fournisseurs de meubles, Bonnet Névé, Linde, Electrolux, Chief et Costan, la première entreprise occupe en 1993 une part du marché de 45,18 % (en chiffre d'affaires) et de 49,56 % (en volume), alors que la part de ses concurrents est beaucoup plus faible (21,29 % et 23,70 % pour Linde, 8,84 % et 5,39 % pour Electrolux, 12,50 % et 15,51 % pour Chief, et 12,19 % et 5,84 % pour Costan). Si l'on agrège les données du groupe El.Fi, cette part est encore plus importante (57,37 % et 55,40 %).

On constate ainsi que la société Bonnet Névé détient une part de marché plus de deux fois plus importante (2.1 fois en chiffre d'affaires et en volume) que celle du deuxième fournisseur, la société Linde, et si l'on agrège les parts de marché des sociétés Bonnet Névé et Costan, cette proportion est proche des deux fois et demi (respectivement 2.7 et 2.3 fois).

De plus, contrairement à la société Chief, le groupe El.Fi constitue un groupe puissant d'entreprises au chiffre d'affaire consolidé de douze milliards de francs environ. Sa branche Réfrigération commerciale, qui comprend deux pôles de taille comparable, les sociétés Bonnet Névé en France et Costan en Italie, génère un chiffre d'affaires d'un milliard et demi de francs, dont six cents millions de francs pour la SA Bonnet Névé et la SARL Costan.

L'objectif stratégique fondamental du groupe El.Fi a consisté, selon le vice-président de la branche Réfrigération commerciale, à *"devenir un des leaders européens dans chacun de ses domaines d'activité"*. Cette stratégie a donné lieu à la définition d'objectifs tactiques, présentés dans un document du 6 juillet 1993, intitulé *"Proposition d'axes de travail par marché et par produit entre BONNET NEVE et COSTAN"* : *"Une des caractéristiques de notre métier en Europe est d'avoir des opérateurs industriels qui s'appuient tous sur une position dominante dans leur marché domestique. LINDE est leader en Allemagne, ELECTROLUX en Scandinavie, BONNET NEVE en France, COSTAN en Italie et KOXKA en Espagne avec une part de marché proche de 50 %"*.

Après avoir rappelé que la société Bonnet Névé subissait depuis 1991 deux contraintes fortes sur le marché français, la baisse de 25 % du marché en volume entre 1990 et 1993 et la concurrence inattendue de Chief et Koxka à partir de 1991, ce document précise que : *"Dans le cadre d'une stratégie au niveau du groupe El.Fi, il apparaît évident qu'il n'est pas nécessaire que les deux sociétés du groupe, BONNET NEVE et COSTAN, aient une approche agressive sur le marché domestique de la société soeur (...). a) Marché français : BONNET NEVE est leader incontesté sur ce marché et doit le rester. COSTAN doit disposer d'une petite structure commerciale permettant de toucher certains segments (le marché des pétroliers), certains clients (type Métro) où BONNET NEVE n'est pas introduit. b) Marché italien : COSTAN est leader incontesté sur ce marché et doit le rester. BONNET NEVE doit disposer d'une petite structure commerciale permettant de répondre aux besoins de quelques chaînes d'hypermarchés et supermarchés, généralement françaises, se développant en Italie (Carrefour et Auchan voire Intermarché) (...). Nous pensons que la concurrence nouvelle de KOXKA est la priorité stratégique première à résoudre pour la branche réfrigération commerciale d'EL.FI pour deux raisons : - BONNET NEVE et COSTAN sont les leaders incontestés sur les marchés d'Europe du sud (France, Italie, Espagne, Portugal, Grèce) avec une part de marché égale à 50 % sur le total de ces marchés, et EL.FI ne doit pas laisser un acteur mineur venir perturber sa situation sur son marché domestique. - De par le caractère déloyal de la concurrence de CHIEF, nous pensons que cette entreprise est à même de pourrir le marché européen de la réfrigération commerciale. Par ailleurs, la connaissance interne que CHIEF a de BONNET NEVE en fait un concurrent particulièrement dangereux pour BONNET NEVE"*.

Enfin, il résulte du dossier que la position de la société lui a permis d'imposer à ses distributeurs de conclure un contrat d'exclusivité. Certes, ce contrat a été contesté par ces professionnels, qui ont toutefois été contraints de le signer, comme il ressort d'un document expédié à ses membres le 28 avril 1992 par la "*Commission juridique et de concertation des installateurs*" créée aux fins de réfléchir sur les propositions de la société Bonnet Névé.

Compte tenu de ces différents éléments, part de marché, part relative des autres intervenants près de deux fois et demi plus faible, appartenance à un groupe d'entreprises puissantes et notoriété de la marque qui a contraint les frigoristes à conclure des contrats d'exclusivité, il y a lieu de considérer que la société Bonnet Névé détenait, au moment des faits, une position dominante sur le marché français de la vente de vitrines réfrigérées aux grandes et moyennes surfaces de distribution alimentaire ainsi que sur une partie substantielle du marché commun. Cette position dominante était d'ailleurs renforcée par le fait que la société Costan appartenait au même groupe que la société Bonnet Névé et que la stratégie de ces deux sociétés était coordonnée.

Si les sociétés Bonnet Névé et El.Fi soutiennent dans leurs observations qu'elles ne peuvent être en position dominante puisque leur situation a pu être contestée car leur part de marché s'est érodée de 1991 à 1993 et puisque la société Bonnet Névé a eu de mauvais résultats financiers à partir de 1993, il est constant que cette circonstance, si elle suggère que la position des sociétés en cause était encore plus importante avant 1991, n'est pas de nature, au regard des éléments rappelés ci-dessus, à modifier l'appréciation du caractère toujours dominant de la position de ces sociétés au moment des faits.

C - LES PRATIQUES

La société Chief se plaint de manoeuvres de la société S.E.I.F. (devenue Bonnet Névé) et du groupe El.Fi, tendant à l'éliminer du marché de la vente de matériel de réfrigération commerciale.

- Elle fait d'abord valoir que la société S.E.I.F. s'est efforcée de fermer le marché à Chief début 1992 en proposant aux installateurs de souscrire un contrat d'exclusivité d'approvisionnement. Elle soutient aussi que S.E.I.F. a adopté au mois d'avril 1992 un plan d'action commerciale dont l'objet consistait à contrer la concurrence et en priorité celle de Chief.

- Elle dénonce ensuite les manoeuvres de la société S.E.I.F. à l'égard de la société Chief visant à isoler cette dernière au sein de la profession et à entraver son entrée sur le marché, notamment en cherchant à la faire exclure du SNEFCCA.

- Elle se plaint enfin des pratiques de baisses sélectives de prix en vue d'éliminer un concurrent déterminé du marché.

1) Les éventuelles manoeuvres d'éviction du SNEFCCA.

Aucun élément de l'instruction n'a permis d'établir qu'il y ait eu une quelconque manoeuvre d'éviction du SNEFCCA.

Les liens entre le président de ce syndicat professionnel (ancien concessionnaire Bonnet Réfrigération, membre de la "*Commission juridique et de concertation des installateurs*" des anciens réseaux Bonnet Réfrigération et FSB) et la société Bonnet Névé sont insuffisants pour démontrer que cette dernière ait procédé à des manoeuvres visant à exclure la société Chief du SNEFCCA.

Par ailleurs, il n'est pas établi que le fait de ne pas appartenir à ce syndicat constitue un handicap commercial pour la société Chief.

2) Les pratiques de prix de la société Bonnet Névé.

Le P.D.G. de la société Chief a communiqué une liste d'affaires pour lesquelles il a déclaré avoir "*de sérieuses présomptions de pratiques similaires de prix prédateurs à notre égard*". Par ailleurs, il a fourni, dans ses observations écrites, une liste complémentaire de neuf affaires concernant les enseignes Carrefour, Leclerc et Super U que sa société aurait perdues contre la société Bonnet Névé en 1993.

L'enquête n'a pas permis d'établir que la société Bonnet Névé ait vendu ses équipements à des prix inférieurs à la moyenne de ses coûts variables. Ses prix ne peuvent donc être qualifiés de prix manifestement prédateurs. En revanche, si la société Bonnet Névé a procédé à des ventes à des prix inférieurs à la moyenne de ses coûts totaux, ceux-ci ne peuvent être considérés comme abusifs que si leur fixation avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'éliminer un concurrent.

Le dossier n'établit pas que les prix fixés pour ces affaires par la société Bonnet Névé n'aient eu d'autre objet que de répondre aux prix concurrentiels des autres opérateurs sur le marché, qu'il s'agisse de Chief ou d'autres distributeurs comme la société Linde.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que la société Bonnet Névé ait mis en oeuvre, par ses baisses de prix, une pratique prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

3) La constitution du réseau d'installateurs-revendeurs Bonnet.

La mise en place d'un réseau national de distribution et d'installation par la société Bonnet Névé est le résultat d'un projet dénommé Alliance, dont le lancement a été rendu difficile par l'accueil très réservé des installateurs.

Jusqu'en 1992, la société S.E.I.F. disposait, pour la commercialisation de ses produits en France, des deux réseaux de distribution des anciennes marques de meubles à groupe extérieur du groupe Thomson, Bonnet et FSB.

La société Chief, dont l'exploitation a commencé le 1er août 1991, a été créée le 27 septembre 1991, après avoir signé le 23 septembre 1991 un contrat de concession exclusive avec la société espagnole Iberica Del Frio, qui fabrique des vitrines réfrigérées de marque Koxka.

Il résulte du texte de la restitution le 10 octobre 1991 d'une étude commandée par la société Bonnet Névé à M. Saint-Upéry que celle-ci doit : *"6.4) EMPECHER LE DEVELOPPEMENT DES CONCURRENTS ETRANGERS EN FRANCE. (...) Un concurrent étranger qui vendrait en direct et qui trouverait des installateurs crédibles ouverts à l'idée de travailler avec lui serait une menace plus sérieuse et qui deviendrait d'autant plus sérieuse qu'un plus grand nombre d'installateurs serait prêt à travailler avec lui. La seule façon pour S.E.I.F. de lutter contre cette menace, autrement que par des baisses de prix, est de faire en sorte que les installateurs crédibles n'acceptent pas de se mettre au service de concurrents étrangers. S.E.I.F. dispose pour ce faire d'un moyen de pression simple qui consiste à proposer aux installateurs crédibles d'être avec S.E.I.F. ou contre S.E.I.F. Si les installateurs sont avec S.E.I.F., ils sont assurés que S.E.I.F. les favorise. S'ils sont contre S.E.I.F., ils n'ont plus accès aux meubles S.E.I.F. aux conditions qui permettent de se placer commercialement. Cette approche permet de verrouiller le marché puisqu'un concurrent étranger ne trouvera plus ainsi d'installateurs pour installer et entretenir ses vitrines"*

La société Bonnet Névé reprend ces dispositions à son compte puisqu'elle élabore un plan, intitulé *"PROJET S.E.I.F. FRANCE"*, le 14 novembre 1991. Ce document constate *"l'abaissement des barrières d'entrée : De plus en plus, un fabricant de vitrines sans réseau peut prétendre vendre en France de façon significative"*. La société S.E.I.F. se donne pour but *"de modifier significativement et rapidement notre politique commerciale en France afin de retrouver la maîtrise de notre part de marché tant en volume qu'en niveau de rentabilité"*. Le document définit les objectifs suivants : *"- Fidéliser et contrôler, sur la base d'intérêts vrais et partagés, les meilleurs installateurs frigoristes de France de la Réfrigération commerciale ; - Défendre systématiquement une offre globale (vitrine+installateurs) permettant une remontée effective du prix moyen de l'offre ; - Sécuriser nos parts de marché en France"*. Au titre des moyens à mettre en place, il est indiqué : *"* Création d'un réseau d'installateurs "BARONS" : 35 à 40 (dont 60 % seront indépendants) avec qui les marques de S.E.I.F. travailleront de façon privilégiée et présentant toujours une offre globale"*. Ce plan se fonde notamment *"sur le fait que la défense d'une offre globale favorisera la hausse des prix moyens de vente (supérieure à 5 %) permettant d'absorber l'éventuelle érosion de part de marché qui pourrait survenir et de financer les conditions attractives de ventes aux "Barons". c) sur le fait que notre position de leader sur le marché français sera consolidée par une association forte avec les installateurs frigoristes les plus compétents du domaine"*. Des cartes annexées au projet permettent de visualiser la couverture de l'ensemble du territoire métropolitain. En outre une intégration de Costan est prévue : *"Cette politique pourra conduire dans certains cas des clients à rechercher une alternative de fournisseur autre que SEIF. Il faudra donc intégrer Costan pour le promouvoir dans ce rôle"*.

Le projet Alliance du 20 novembre 1991 pose le principe de la hiérarchisation du réseau entre deux catégories d'installateurs : "- RESEAU A : installateurs privilégiés, "cessionnaires A" pour les deux BONNET REFRIGERATION et FSB, - Réseau B : les autres installateurs, concessionnaires des marques BONNET REFRIGERATION et FSB". Il contient aussi une "Préférence mutuelle : * S.E.I.F. s'engage à réserver l'application des barèmes de remise définis contractuellement à son RESEAU A ou à son RESEAU B respectivement. Un installateur qui n'appartiendrait pas à ces réseaux achètera les meubles au prix public, tant qu'il n'aura pas, par son action et les moyens mis en oeuvre, reçu le label A ou B * Les installateurs s'engagent à : - Vendre exclusivement les meubles réfrigérés des marques BONNET REFRIGERATION et FSB dans une proportion qui ne devra pas être inférieure à 90 %. Ce niveau de fidélité, ainsi que ses modalités d'applications seront concertés lors de la réunion de lancement du RESEAU A. - Réaliser des installations de froid associant exclusivement des meubles BONNET REFRIGERATION ou FSB, dans le cadre d'une fidélité identique au § ci-dessus. Ces dispositions visent à créer une puissante communauté d'intérêt entre S.E.I.F. et ses réseaux". Le projet est complété par un engagement de pratiques loyales : "transparence, confiance , bonne conduite" et par une demande de participation minoritaire aux membres du Réseau A.

A la suite du Projet Alliance, des négociations ont eu lieu de décembre 1991 à février 1992 entre la société Bonnet Névé et les entreprises pressenties pour constituer le "Réseau A". Plusieurs types de contrats ont été proposés. Le "contrat de concessionnaire associé" a été présenté le 27 décembre 1991 ; il est à l'origine de la création par les frigoristes de la "Commission juridique et de concertation des installateurs" précitée. Devant les réticences des installateurs-frigoristes, un contrat modifié, dénommé "contrat d'approvisionnement exclusif", a été soumis à cette commission le 11 février 1992 qui l'a refusé. Enfin, à partir du deuxième trimestre de 1992, pour répondre aux critiques persistantes des frigoristes, un "contrat d'approvisionnement à durée déterminée" leur a été finalement présenté. Dès le 21 avril 1992, la société Bonnet Névé a défini son plan d'action commerciale : "*Quelle démarche adopter à partir de maintenant ? I. ARRETER DE DEPENSER DE L'ENERGIE DANS LA NEGOCIATION DES CONTRATS. Tout a été dit et nous n'avons plus rien à négocier (...). III. CONTRER LA CONCURRENCE ET EN PRIORITE CHIEF (KOXKA)*".

Le "contrat d'approvisionnement à durée déterminée" comprend, comme précédemment, une clause d'approvisionnement exclusif ainsi qu'une interdiction "*sauf accord entre les parties, (de) vendre, directement ou indirectement, des matériels d'autres origines, identiques ou substituables aux Matériels faisant l'objet du présent contrat*". Il contient aussi l'interdiction d'installer des produits concurrents (l'installateur-frigoriste doit "*informer le FABRICANT préalablement à toute installation d'autres origines, identiques ou substituables aux Matériels faisant l'objet du présent contrat, pour permettre une démarche commerciale commune et s'interdit de procéder à une telle installation en cas de refus fondé de (celui-ci)*") ainsi que l'engagement des cocontractants de ne pas contrôler une entreprise concurrençant la société Bonnet Névé. Ces conditions sont parfois accompagnées d'avantages tarifaires supplémentaires accordés à certains installateurs-frigoristes, sans que ceux-ci, négociés avec discrétion, aient toujours une contrepartie objective.

L'objectif de ces contrats apparaît clairement, d'une part, dans une lettre de transmission du contrat d'approvisionnement exclusif par la société Bonnet Névé expédiée le 28 février 1992 à 47 entreprises représentant les principaux frigoristes et, d'autre part, dans des notes manuscrites intitulées *"Politique branche Europe, France, Italie"* en date du 29 juin 1993 émanant de M. Cahen, directeur général de la branche Réfrigération commerciale du groupe El.Fi et P.D.G. de la société Bonnet Névé.

Dans le premier document, on peut lire : *"Nous tenons à affirmer la nature et l'esprit de ce contrat d'approvisionnement exclusif. Nous nous engageons en conséquence à respecter ce principe, et résilierons ce contrat pour toutes entreprises qui feraient directement ou indirectement des offres comprenant des produits concurrents, identiques ou substituables à ceux des marques BONNET REFRIGERATION et FSB"*.

Dans le second document, M. Cahen retient comme objectifs : *"(...) - Maxi-miser/augmenter au niveau branche la PM (part de marché) - Laisser le leader maître de son marché comme c'est le cas dans tous les cas - Développer les synergies industrielles, optimiser les coûts de développement au niveau Branche - Aider à la création de barrières d'entrée (technique ou commerciale) - CASSER/FAIRE BARRAGE A COSTAN (lire KOXKA) (...)"*.

L'introduction de telles clauses par la société Bonnet Névé dans les contrats de distribution la liant avec les installateurs-frigoristes les plus importants, émanant d'une société qui dispose d'une position dominante et ayant pour objet de créer des *"barrières d'entrée"* (selon l'expression employée par M. Cahen, directeur général de la branche Réfrigération commerciale dans ses notes en date du 29 juin 1993) en verrouillant *"le marché puisqu'un concurrent étranger ne trouvera plus ainsi d'installateurs pour installer et entretenir ses vitrines"* (selon les termes employés par M. Saint-Upéry dans son rapport du 10 octobre 1991) constitue un abus ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché, abus prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

De plus, insérées à partir du deuxième trimestre 1992 dans des *"contrats d'approvisionnement à durée déterminée"* de court terme, ces clauses ont un effet anticoncurrentiel d'autant plus important que les installateurs-frigoristes concernés pouvaient craindre, s'ils ne les respectaient pas, que leurs contrats ne soient pas renouvelés par la société Bonnet Névé.

Alors que les anciens réseaux Bonnet Réfrigération et FSB comptaient respectivement 88 et 81 sociétés en 1991, le nouveau réseau rassemblait 137 entreprises le 6 octobre 1992, 128 en août 1993, puis 110 en 1994.

D - CONDITIONS D'EXONERATION

Le 2 de l'article 10 de l'ordonnance de 1986 dispose que : *"Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : (...) 2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent*

imposer de restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès".

Le bénéfice de ces dispositions est subordonné, pour les entreprises qui le revendiquent, à la production par leurs soins de tous éléments établissant d'une part, qu'elles ont réservé aux utilisateurs une partie équitable du profit résultant des pratiques anticoncurrentielles constatées et d'autre part, que le développement du progrès économique revendiqué est la conséquence directe de ces pratiques, que ce développement n'aurait pu être obtenu sans la mise en oeuvre de ces pratiques, et qu'il soit suffisamment important pour compenser les atteintes à la concurrence impliquées.

Il n'est ni allégué par les sociétés Bonnet Névé et El.Fi ni établi par l'instruction que les pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par la société Bonnet Névé aient contribué au progrès économique dans les conditions ci-dessus rappelées.

E - ANALYSE DES PRATIQUES AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE

La société Bonnet Névé, qui détenait seule et avec la société Costan une position dominante sur le marché français, disposait ainsi d'une position dominante sur une partie substantielle du marché commun. Les sociétés Bonnet Névé et Costan sont également *"leaders sur les marchés d'Europe du sud (France, Italie, Portugal, Grèce) avec une part de marché égale à 50 % sur le total de ces marchés"*

De plus, les conditions de la création du réseau d'installateurs-revendeurs Bonnet sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres dans la mesure où la société Chief est concessionnaire exclusif en France des produits Koxka fabriqués par l'entreprise espagnole Iberica Del Frio et qu'elles altèrent les flux économiques transfrontaliers, en limitant les importations de ces matériels en provenance d'Espagne par la création d'une barrière à l'entrée pour la société Chief, commercialisant ces équipements sur le territoire français.

La Cour de justice européenne a, dans l'arrêt Hoffmann-La-Roche du 13 février 1979, défini l'exploitation abusive comme *"une notion objective qui vise les comportements d'une entreprises en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence"*.

La circonstance que les accords d'approvisionnement exclusif soient soumis aux dispositions du règlement d'exemption (CEE) n° 1984/83 de la Commission du 22 juin 1983 n'est pas de nature à modifier cette appréciation dès lors, d'une part, que parmi les diverses clauses du "contrat d'approvisionnement à durée déterminée", certaines d'entre elles ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption et d'autre part, si tel était le cas, que le Tribunal de première instance des Communautés européennes a estimé dans son arrêt Tetra Pak Rausing 517 c/Commission du

10 juillet 1990 que " l'article 86 exclut, en raison de la nature même de son objet, à savoir un abus, toute possibilité d'exemption à l'interdiction".

De telles clauses ont bien eu pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur le marché en limitant notamment les importations de la société Chief en provenance d'Espagne.

CONCLUSION

Les pratiques de la société Bonnet Névé du groupe El.Fi consistant à faire souscrire aux frigoristes un contrat d'approvisionnement à durée déterminée contenant des clauses d'achat et d'installation exclusifs, ainsi que l'engagement de ne pas contrôler une entreprise concurrençant le fabricant, liés à des avantages tarifaires supplémentaires, émanant d'une société qui dispose d'une position dominante et ayant pour objet de créer des barrières à l'entrée sur le marché de la vente des vitrines réfrigérées aux grandes et moyennes surfaces alimentaires sur le territoire français sont prohibées par l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986.

Les auteurs de ces pratiques ne justifient pas qu'elles ont eu pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Elles ne peuvent être exonérées sur le fondement du 2. l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Dans la mesure où la société Bonnet Névé détenait également, seule et avec la société Costan, une position dominante sur une partie substantielle du marché commun et que les agissements constatés sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, ces pratiques sont également prohibées par l'article 86 du Traité de Rome.

Délibéré sur le rapport oral de M. Bernard Lavergne, par M. Barbeau, président, M. Jenny, vice-président, MM. Blaise, Robin, Thiolon et Urbain, membres.

Le Rapporteur général,
Marie PICARD

Le Président,
Charles BARBEAU