RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Décision n° 95-D-62 du 26 septembre 1995
relative à la situation de la concurrence dans le secteur des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 5 décembre 1991 sous le numéro F 461, par laquelle le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques ;

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 la décision n° 94-D.S.A.-08 du 22 juillet 1994 du président du Conseil de la concurrence, prise en application de l'article 23 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée ;

Vu les observations présentées par la société Guillemot International, la société Innelec S.A., la société Séga France et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Guillemot International, Innelec S.A. et Séga France entendus ;

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

I. - CONSTATATIONS

Le 5 décembre 1991, le Conseil de la concurrence était saisi par le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget de pratiques mises en oeuvre par la société Virgin Loisirs S.A. (ci-après Virgin Loisirs), importateur exclusif de jeux de la marque Séga.

A. - Le secteur concerné

1. Le produit

Au cours des années 1988 à 1993, le jeu vidéo électronique se composait d'une console adaptable aux téléviseurs équipés de prise péritel avec les logiciels de jeux correspondants. Consoles et logiciels étant propres à chaque fabricant, les logiciels étaient adaptés à chaque type de console et les différents jeux étaient généralement disponibles dans chaque catégorie de consoles. A l'époque, ce produit comprenait également les consoles de jeux portables avec

écran incorporé à cristaux liquides dotés de logiciels substituables au sein de la même marque, de type 'game boy' (marque Nintendo) ou 'game gear' (marque Séga).

Destiné aux ménages, ce jeu se distinguait des jeux électroniques à usage collectif, généralement installés dans les salles de jeux et les débits de boisson. Il était également différent des logiciels de jeux adaptables sur micro-ordinateur qui nécessitent la possession de ce type de matériel.

2. Le secteur

Le secteur englobe :

- les consoles dont l'offre et la demande sont spécifiques et pour lesquelles les différentes marques produisent des produits substituables ;
- les logiciels, commercialisés indépendamment des consoles et qui font l'objet d'une demande et d'une distribution distinctes de celles des consoles.

En valeur, le chiffre d'affaires total du secteur des jeux vidéo électroniques se partage de façon à peu près égale entre les ventes de consoles et les ventes de logiciels. En quantité, les consoles représentent un tiers des ventes et les logiciels les deux tiers restant.

Selon les chiffres communiqués par les importateurs, le chiffre d'affaires relatif aux jeux vidéo électroniques était estimé à 350 millions de francs en 1989, à 1 milliard de francs en 1990, à 2,4 milliards de francs en 1991 et à 4,5 milliards de francs en 1992.

Le secteur de la console et du logiciel de jeux vidéo électroniques est alimenté presque exclusivement par importations.

Deux importateurs, la société Bandaï France S.A. pour les produits Nintendo et la société Virgin Loisirs pour les produits Séga, assuraient, au cours des années 1989, 1990 et 1991, 90 p. 100 des ventes en France de jeux vidéo électroniques.

Sur le marché des consoles de jeux vidéo électroniques, au cours des années 1989, 1990 et 1991, la société Virgin Loisirs, avec la marque Séga, a réalisé respectivement 34 p. 100, 20 p. 100 et 27 p. 100 des ventes en France contre 66 p. 100, 77 p. 100 et 66 p. 100 pour la société Bandaï avec la marque Nintendo.

Sur le marché des logiciels, pour les mêmes années, la société Virgin Loisirs a atteint des parts de marché respectivement de 27 p. 100, 21 p. 100 et 27 p. 100 contre 70 p. 100, 74 p. 100 et 68 p. 100 pour la société Bandaï.

Au cours de cette période, la distribution des produits était réalisée à hauteur de 50 p. 100 dans les magasins à grandes surfaces (hypermarchés et supermarchés), l'autre moitié étant répartie de façon à peu près égale entre les autres formes de distribution (multi-spécialistes, grands magasins, revendeurs indépendants de jouets, détaillants en matériels télévision hi-fi vidéo et vente par correspondance).

3. La situation de la société Virgin Loisirs

Jusqu'en 1988, les produits de la marque Séga étaient importés par une société, Cameron Macween, qui commercialisait les produits au travers de trois distributeurs, la société Innelec S.A. (Innelec), la société Guillemot International et la société D.P.M.F.

Depuis septembre 1988, la société Virgin Loisirs importe et distribue en France les matériels de jeux japonais Séga (abréviation de 'Services Games') en application d'un contrat en date du 1er avril 1988 qui lui confie, par l'intermédiaire de la société britannique Virgin Mastertronic Limited, la distribution exclusive des produits Séga sur un territoire couvrant la France, les D.O.M.-T.O.M. et certains pays d'Afrique. Cet accord a été renouvelé en 1990.

La société Virgin Mastertronic Limited est une filiale du groupe britannique Virgin. En 1991, la société Virgin Loisirs a changé de dénomination sociale en Séga France.

De manière générale, la société Virgin Loisirs vend directement aux détaillants. Cependant, la société Virgin Loisirs a signé deux contrats les 21 septembre 1988 et 10 juillet 1990 avec la société Innelec aux termes desquels cette dernière est devenue son grossiste principal. En outre, afin de limiter les effets sur le marché des importations parallèles réalisées par la société Guillemot International, la société Virgin Loisirs a également vendu ses produits en France entre août 1989 et la fin de l'année 1990 par l'intermédiaire de cette entreprise spécialisée dans le négoce en gros de matériel informatique (principalement des logiciels).

Entre août 1989 et la fin de l'année 1990, outre la distribution des produits Séga importés directement par elle, la société Guillemot International a commercialisé, en France, environ 1 p. 100 des consoles, logiciels et accessoires de marque Séga fournis par la société Virgin Loisirs. En 1990, la société Innelec a assuré 10 p. 100 des ventes des produits Séga en France. Au total, au cours des années 1989 à 1990, il est estimé que les sociétés Innelec et Guillemot International ont distribué entre 11 p. 100 et 15 p. 100 des produits de marque Séga importés par la société Virgin Loisirs.

B. - Les pratiques observées

1. Les partages de clientèle

L'enquête a révélé que les sociétés Virgin Loisirs et Guillemot International d'une part, et les sociétés Virgin Loisirs et Innelec d'autre part, avaient conclu des accords pour se répartir la clientèle des distributeurs.

Un accord du 25 septembre 1989 mis en oeuvre par les sociétés Virgin Loisirs et Guillemot International, en récapitulant trente enseignes d'hypermarchés et de grands magasins, réservait ainsi à la seule société Virgin Loisirs la distribution des magasins les plus importants.

Parallèlement, un accord conclu les 1er et 10 juillet 1990 entre les sociétés Virgin Loisirs et Innelec réservait 32 grandes enseignes de la distribution à la société Virgin Loisirs et 54 magasins indépendants à la société Innelec avec un engagement réciproque de chaque partie de ne pas faire concurrence à l'autre partenaire dans les points de vente où il avait déjà développé une coopération commerciale.

2. Les concertations sur les prix

S'agissant des relations entre la société Virgin Loisirs et la société Guillemot International, l'instruction a, en outre, permis d'établir que la société Virgin Loisirs avait conclu un accord avec la société Guillemot International à propos de la fixation du prix de vente aux détaillants de la console Séga Master System, entre août et octobre 1989. Dans une correspondance du 28 août 1989, le directeur commercial de la société Virgin Loisirs devait ainsi demander à la société Guillemot International de modifier à la hausse le prix de la console Séga dans son catalogue (annexe 12 du rapport) dont elle estimait 'qu'un prix de 709,53 F H.T. serait plus raisonnable par rapport aux volumes traités'. La société Guillemot International devait adresser, par télécopie, à la société Virgin Loisirs une justification de son prix pratiqué (581 F H.T.), lequel était inférieur au prix recommandé par la société Virgin Loisirs (709,53 F H.T.), par le fait que les consoles livrées en août 1989 avaient été vendues 'avant nos (leurs) accords pour relever les prix à 709 F' (annexe 13 du rapport).

En outre, dans une correspondance en date du 2 mars 1990 (annexe 14 du rapport), la société Virgin Loisirs a reproché à la société Guillemot International de proposer à ses clients des prix très éloignés de ceux pratiqués par elle sur les cartouches Séga (notamment sur le prix de la cartouche Shinobi), de proposer les marchandises de la société Virgin Loisirs à des prix discountés et de ne respecter en rien leurs accords. Bien que la société Guillemot International ait indiqué ne pas avoir répondu à cette lettre, il faut noter que dans le catalogue de la société Guillemot International pour 1990, le prix de la cartouche 'Shinobi' (227 F) était mentionné à un montant très proche du tarif conseillé par Virgin Loisirs (227,40 F).

S'agissant des relations entre la société Virgin Loisirs et la société Innelec, une lettre du 20 février 1990 adressée par la société Virgin Loisirs à la société Innelec fait référence à des accords 'convenus en cours d'entretiens' entre les deux entreprises, à propos des conditions commerciales de vente des produits Séga pour 1990, d'après lesquels les sociétés Virgin Loisirs et Innelec ont déterminé en commun les tarifs et les remises de la société Innelec pour l'année 1990 avec, en particulier, pour les cartouches, une remise de 14 p. 100 par rapport au prix public conseillé H.T. de la société Virgin Loisirs et, pour les consoles, des prix de vente aux détaillants identiques à ceux de la société Virgin Loisirs avec des remises trimestrielles identiques de 5 p. 100 (annexe 17 du rapport).

La lecture du tarif de la société Innelec, applicable au 1er mars 1990 (annexe 18 du rapport), montre que ces conditions ont été appliquées par cette entreprise. Il apparaît ainsi que, pour les cartouches, la différence entre le prix public H.T. conseillé par la société Virgin Loisirs et le prix affiché sur le tarif H.T. de la société Innelec est uniforme et supérieur à 15 p. 100 et que, pour les consoles, les prix de vente H.T. revendeur étaient identiques pour les deux entreprises (581,79 F pour la console Master System, 834,74 F pour la console Master System Plus, 1 113,25 F pour la console Super System). Le tarif de la société Innelec prévoit, également, l'application à l'acheteur d'une remise trimestrielle conditionnelle de 5 p. 100.

Ces conditions ont d'ailleurs été confirmées par un contrat du 10 juillet 1990 (annexe 12 du rapport) signé entre les deux entreprises et dont le point 2 précise que 'Innelec vendra les articles Séga sur la base d'un tarif fixe ne pouvant donner lieu à aucune remise et aucune ristourne supplémentaire en dehors des remises traditionnelles ou d'éventuelles remises de fin d'année'.

L'enquête a, en outre, révélé que la société Virgin Loisirs qui surveillait la bonne exécution des accords avait demandé à la société Innelec de faire en sorte que les remises sur facture sur les 'Softs Séga' (logiciels, accessoires) ne puissent excéder 18 p. 100. Cette orientation générale indiquée dans une télécopie du 20 avril 1990 (annexe 36 du rapport) devait faire l'objet d'une application particulière à l'égard des magasins Rallye.

A l'égard de cette enseigne, en effet, les deux entreprises se sont mis d'accord pour proposer une participation publicitaire au catalogue (20 000 F sous la condition du respect des prix conseillés) et 'une remise conditionnelle sur le chiffre d'affaires H.T. Séga réalisé par les magasins au 31 décembre 1989'. Les modalités consistaient à ce que les montants des remises soient, dans un premier temps, versés par la société Innelec puis, dans un second temps, remboursés par la société Virgin Loisirs.

Le président-directeur général de la société Innelec a confirmé par procès-verbal (annexe 22 du rapport) que 'dans le but d'implanter des produits Séga chez Rallye, Innelec avait fait part des exigences de Rallye à Virgin', et que la société Virgin Loisirs a fait une offre qui a été retransmise par la société Innelec à la société Rallye par une télécopie du 12 juillet 1989.

Interrogé sur ces pratiques, le président-directeur général de la société Innelec a reconnu que ces échanges d'informations commerciales entre fabricant et distributeur étaient quelque chose d'habituel puisque c'est à partir des coûts et de la marge demandée par le revendeur que l'importateur détermine la remise d'Innelec (annexe 24 du rapport).

3. Les relations commerciales de la société Virgin Loisirs avec les détaillants

La société Virgin Loisirs invitait les détaillants à respecter les prix qu'elle conseillait, notamment sur ses bons de commande pour ses produits, en ayant recours à deux types d'incitation : l'octroi conditionnel d'une remise trimestrielle de qualité dont le principal critère d'attribution était le respect de la politique commerciale de Virgin Loisirs (annexe 3 du rapport) et un système de facturation sans marge apparente (la différence entre les prix nets de facturation et les prix conseillés étant limitée à la T.V.A.) qui appelait l'attention du distributeur sur les prix publics conseillés.

Dans les cas où la diffusion de prix conseillés et les incitations à les respecter ne s'avéraient pas suffisantes, la société Virgin Loisirs avait recours à un système de contrôle des prix pratiqués par les détaillants sous forme soit de courriers, soit d'interventions sur place de ses représentants.

1. Les courriers

Différentes lettres destinées aux enseignes Toys 'R' Us, Cim, Fnac, Carrefour et Nasa montrent que la société Virgin Loisirs a demandé à plusieurs reprises à ces établissements de relever le prix des consoles dont le niveau ne correspondait pas aux prix conseillés.

2. Les interventions sur place des représentants de la société Virgin Loisirs

Il ressort, par ailleurs, des documents saisis au siège de la société Virgin Loisirs que ses représentants commerciaux intervenaient auprès des distributeurs pour les pousser à ajuster leurs prix au niveau des prix conseillés. Plusieurs comptes rendus des représentants de la société Virgin Loisirs indiquent que le 26 octobre 1989 le magasin Auchan, à Vélizy, le 12

juillet 1990, les entreprises Fnac et Boulanger, à Clermont-Ferrand, le 8 octobre 1990, l'entreprise Boulanger, à Lesquin, le 12 octobre 1990, le magasin Auchan, à Angoulême, et le 17 octobre 1990, les magasins Nasa, Auchan, V 2 et Djet Center, à Villeneuve-d'Ascq, auraient donné leur accord pour remonter les prix des consoles Séga au niveau demandé par la société Virgin Loisirs.

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

Sur la procédure :

En ce qui concerne la demande de sursis à statuer :

Considérant que la société Séga France soutient qu'il y a lieu pour le Conseil de la concurrence de surseoir à statuer, en raison des pourvois en cassation formés, par elle, contre trois ordonnances prises sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 du président du tribunal de grande instance de Pontoise en date des 27, 28 novembre 1990 et 16 mars 1994 qui ont autorisé et validé les opérations de saisie contre une ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance de Paris en date du 10 novembre 1994 ;

Mais considérant qu'aux termes du cinquième alinéa de l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 'l'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif' ; que le Conseil de la concurrence peut donc se prononcer en l'état, sans qu'il y ait lieu pour lui de surseoir à statuer dans l'attente des arrêts de la Cour de cassation relatifs à la validité des ordonnances et des opérations de saisie ;

En ce qui concerne la durée de la procédure :

Considérant que la société Séga France fait valoir que les entre-prises ne conservant pas, au-delà d'un délai de trois ans, les éléments justificatifs leur permettant d'expliciter leur gestion commerciale quotidienne, la longueur de la procédure a privé la société Séga France de la possibilité de préserver l'intégralité de ses droits, ce qui doit être considéré comme attentatoire aux droits de la défense et constitue une cause de nullité de la procédure ;

Mais considérant que la société Séga France, qui a disposé, comme les autres parties en cause, à chaque étape de la procédure, sitôt après la notification de griefs, des délais prévus à l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 pour consulter le dossier et présenter ses observations, n'établit pas en quoi elle a été empêchée, par suite d'une éventuelle déperdition des preuves dues à l'ancienneté des faits, de présenter efficacement sa défense ; que la preuve de la violation alléguée ne peut résulter ipso facto de la durée de la procédure ;

En ce qui concerne la non-convocation de l'administrateur judiciaire de la société Innelec :

Considérant que la société Innelec a fait valoir, lors de la séance, que faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ouverte par un jugement du tribunal de commerce de Bobigny le 5 décembre 1994 le Conseil de la concurrence aurait dû convoquer pour la séance l'administrateur judiciaire ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 32 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur ; que le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du tribunal de commerce de Bobigny a confié à l'administrateur une simple mission d'assistance de la débitrice pour tous les actes de gestion ; qu'ainsi M. Denis Thébaut, dont il n'est pas contesté qu'il a bien reçu au nom de l'entreprise Innelec la convocation à la séance et les actes de la procédure, restait, au jour de la convocation adressée avec accusé de réception le 10 août 1995 et au jour de la séance, le représentant légal de la société Innelec ; qu'ainsi le moyen n'est pas fondé ;

Sur les marchés pertinents :

Sur la non-substituabilité des jeux vidéo électroniques avec d'autres types de jeux ou de jouets :

Considérant que la société Séga France conteste les critères de détermination du marché pertinent retenu en faisant valoir que la fonction et les caractéristiques d'un produit ne permettent pas de déduire qu'ils caractérisent, à eux seuls, un marché particulier ;

Considérant que les jeux vidéo électroniques se caractérisent par la possibilité d'une pluralité de joueurs, leur facilité de transport, leur alimentation électrique sur secteur ou par pile, l'éventail très large des logiciels susceptibles d'être utilisés et leur caractère évolutif ;

Considérant que dans l'esprit de la plus grande part des consommateurs, principalement des adolescents mais aussi des adultes, les jeux vidéo électroniques sont valorisés par leur image moderne liée à leurs qualités audiovisuelles et à l'opportunité qu'ils offrent de créer des scènes virtuelles ; qu'ils sont aussi appréciés pour leurs fonctions éducatives permettant de développer les réflexes, la dextérité, l'aptitude au calcul et à la stratégie ;

Considérant que les jeux vidéo électroniques possèdent des caractéristiques technologiques spécifiques mettant en oeuvre des techniques de conception, de savoir-faire et de fabrication sophistiquées ; qu'ainsi les techniques de développement utilisées pour créer un nouveau logiciel de jeu comportent la préparation d'un scénario écrit avec le schéma des personnages, le dessin de chaque personnage et de ses différentes positions, la réalisation du décor fixe, la création de séquences d'animation pour chacun des personnages qui sont ensuite 'superposées' et la conception du logiciel de gestion de l'ensemble ; que cette technologie propre aux jeux vidéo électroniques a rendu nécessaire, à côté des revendeurs traditionnels de jouets, la spécialisation d'un certain nombre de distributeurs dans la commercialisation exclusive de ces jeux comportant notamment des prestations particulières de service après-vente ;

Considérant qu'à la suite d'un avis émis le 7 avril 1993 par la commission de sécurité des consommateurs, un arrêté interministériel du 21 juillet 1993 a institué une réglementation particulière pour ce type de jeux et a rendu obligatoire l'apposition de mises en garde sur l'emballage et la notice d'emploi des jeux vidéo électroniques ; qu'en ce qui concerne, par exemple, les précautions à prendre, il est conseillé au joueur de na pas se tenir trop près de l'écran, d'utiliser de préférence ces jeux sur un écran de petite taille, d'éviter de jouer en cas de fatigue ou de manque de sommeil, de jouer dans une pièce bien éclairée et de faire des pauses de dix à quinze minutes toutes les heures ;

Considérant que le cumul de ses caractéristiques ludiques, consuméristes, techniques et réglementaires rend le jeu vidéo électronique non substituable avec d'autres types de jeux et a fortiori avec d'autres types de jouets ;

Sur la non-substituabilité des jeux vidéo électroniques avec les jeux sur micro-ordinateurs :

Considérant que les caractéristiques d'une console de jeux vidéo électroniques et celles d'un micro-ordinateur sont fonctionnellement très différentes ; que le micro-ordinateur a une fonction principale de traitement de textes et d'information ; qu'en conséquence il répond à un besoin professionnel ou d'études à la différence de la console de jeux qui a une fonction de distraction ; que les utilisateurs concernés par les consoles et logiciels de jeux vidéo électroniques sont principalement des adolescents alors que ceux qui achètent des micro-ordinateurs sont en général des adultes ; que les fabricants de micro-ordinateurs, notamment IBM, Macintosh, Compacq, Dell, Toshiba et IPC, étaient, entre 1989 et 1991, distincts des fabricants de jeux vidéo électroniques avec des modes de distribution différents ; que le rapport des prix entre la console seule de jeux vidéo électroniques et le micro-ordinateur était, durant cette période, de 1 à 7 ou 10 et que la proportion des prix de l'ensemble constitué par la console et le téléviseur par rapport au micro-ordinateur était au minimum de 1 à 2 ; que, par suite, il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'à l'époque des faits, jeux vidéo électroniques et jeux sur micro-ordinateur constituaient des marchés distincts ;

Sur l'existence de deux marchés pertinents, celui des consoles et des logiciels :

Considérant que la société Séga France soutient que les consoles et logiciels Séga sont achetés par un même type d'utilisateurs, qu'ils véhiculent la même image et qu'ils sont vendus uniformément sous les mêmes logos et qu'en conséquence il n'y a pas lieu de distinguer deux marchés ;

Considérant cependant que, s'agissant de l'offre, si les fabricants de consoles de jeux (Atari, Séga, Nintendo, NSK, etc.) peuvent également être éditeurs de logiciels, il existe de très nombreux éditeurs indépendants liés ou non par agrément à un fabricant (Kinami, Capcom, Electronics Arts, Océan, Ifogames, Megasoft, AVE, etc.) ; que les distributeurs de consoles et de logiciels peuvent également être indépendants les uns des autres ;

Considérant que, s'agissant de la demande, même si console et logiciel sont des biens complémentaires et si le jeu d'une marque de logiciel est souvent disponible dans les différents types de consoles, ils correspondent à deux demandes spécifiques ; qu'il était vendu en moyenne à l'époque des faits quatre logiciels pour une console ; que cette proportion varie selon les années et les marques ; que ces simples constatations prouvent que l'achat d'un logiciel est indépendant de celui d'une console ; que l'existence de clubs d'échange de logiciels entre utilisateurs démontre le caractère autonome et indépendant de leur demande ; que, par suite, il y a lieu de distinguer deux marchés pertinents, celui de la console de jeux vidéo électroniques et celui du logiciel de jeu vidéo électronique ;

Sur les pratiques de répartition de marché :

Considérant qu'un importateur exclusif est libre d'organiser la distribution des produits qu'il importe et peut décider de recourir aux services de grossistes pour démarcher certains points de vente tout en assurant lui-même l'approvisionnement d'autres distributeurs dès lors que cette répartition des tâches n'a pas pour objet et n'a pas pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché ; qu'en l'espèce les accords des 25 septembre et 16 octobre 1989 signés entre les sociétés Virgin Loisirs et Guillemot International et ceux des 1er et 10 juillet 1990 signés entre les sociétés Virgin Loisirs et Innelec visaient à rationaliser l'organisation de la distribution des produits Séga en réservant à la société Virgin Loisirs le soin d'approvisionner certaines enseignes avec lesquelles elle pouvait facilement établir de telles relations sans avoir recours aux services d'un grossiste ; qu'à l'inverse ces accords réservaient aux sociétés Guillemot International et Innelec le soin de commercialiser les produits Séga auprès d'autres distributeurs requérant des services plus importants que ceux que la société Virgin Loisirs pouvait fournir ; qu'enfin la société Guillemot International a produit une liste d'enseignes qu'elle a livrées en concurrence avec la société Virgin Loisirs ; qu'il n'est ni allégué ni établi que ces accords auraient eu pour objet ou pour effet de restreindre la capacité d'approvisionnement des détaillants ; qu'au contraire ces accords ont pu permettre à l'importateur de produits Séga de rendre plus efficace son système de distribution et de développer la concurrence entre les marques ; qu'ainsi il n'est pas établi que les accords susmentionnés entre les sociétés Virgin Loisirs et Innelec, d'une part, et entre les sociétés Virgin Loisirs et Guillemot International, d'autre part, aient eu, par eux-mêmes, pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur les marchés français de la console et du logiciel de jeux vidéo électroniques ;

Sur les pratiques de concertation sur les prix :

Sur les pratiques tarifaires concertées entre les société Virgin Loisirs et Guillemot International :

Considérant que la société Guillemot International fait valoir qu'elle n'a jamais participé, de près ou de loin, à la fixation commune avec la société Virgin Loisirs du prix de vente au public des produits Séga ; qu'elle indique, en outre, que le rapport établi par le commissaire principal Le Guillouzer, le 30 septembre 1991, confirme les déclarations de M. Guillemot à propos du prix de la console Master System, selon lesquelles la lettre de la société Virgin Loisirs du 28 août 1989 serait restée sans effet puisque le prix de la console figure dans le catalogue 1990 au prix de 581 F (H.T.) ; qu'elle soutient, enfin, que le rapport n'a retenu, en dernière analyse, qu'une prétendue entente sur le niveau des prix des consoles de jeux vidéo électroniques de marque Séga mais n'a pas retenu d'entente sur les prix des logiciels ;

Considérant que, par lettre en date du 2 mars 1990, la société Virgin Loisirs a reproché à la société Guillemot International de vendre des cartouches Shinobi à un prix de 205 F, très éloigné de celui conseillé par la société Virgin Loisirs et pratiqué par cette dernière (227,47 F) ; que la société Virgin Loisirs indiquait dans cette lettre 'Non seulement vous vous adressez à nos clients mais vous leur proposez nos marchandises à des prix discountés. Vous ne respectez donc en rien nos accords' ; que, sur le catalogue de la société Guillemot International établi pour la période novembre-décembre 1990, la cartouche Shinobi apparaît avec un prix de 227 F proche du prix conseillé par la société Virgin Loisirs ; que cependant l'instruction n'a pas permis d'établir les prix pratiqués par la société Guillemot International pour la cartouche Shinobi entre les mois de mars et de novembre 1990 ; qu'en outre, la société Guillemot International fait valoir qu'entre le mois de mars 1990 et le mois de mai 1990 son prix d'achat de la cartouche Shinobi a augmenté de 10 p. 100, passant de 163,88 F à 180,32 F, et que la répercussion de cette augmentation de coût, sans modification de sa politique commerciale, explique l'accroissement de son prix de revente de la cartouche Shinobi, lequel n'est d'ailleurs pas identique au prix conseillé par la société Virgin Loisirs mais légèrement inférieur à ce prix ; qu'il résulte de ces éléments que l'existence d'une entente de prix de revente aux détaillants pour la cartouche Shinobi entre les sociétés Guillemot International et la société Virgin Loisirs n'est pas établie ;

Mais considérant que, même si la société Guillemot International a fait produire une attestation de son expert-comptable indiquant que pour les mois de septembre, octobre et novembre 1989 les factures de la société Guillemot International faisaient apparaître un prix de 651 F hors T.V.A. pour la console Master System, il ressort du dossier, et notamment d'une télécopie datée du 17 octobre 1989 émanant de la société Guillemot International, signée par un agent commercial de cette dernière et adressée à la société Virgin Loisirs, que la société Guillemot International a confirmé l'existence d'un accord de prix entre ces deux sociétés établi le 25 septembre 1989 pour relever les prix à 709 F ; que cette concertation sur le prix des consoles de marque Séga entre les sociétés Virgin Loisirs et Guillemot International avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ; qu'elle est, par suite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Sur les pratiques tarifaires concertées entre les sociétés Virgin Loisirs et Innelec :

Considérant que la société Innelec fait valoir que, pour apprécier l'existence d'une entente sur les prix, le prix net de toutes remises doit être pris en compte ; qu'il est abusif, selon elle, de présenter comme une entente le fait que la société Virgin Loisirs, dans un document de synthèse, confirme les pratiques de la société Innelec, qui sont d'ailleurs différentes de celles de la société Virgin Loisirs, lesquelles auraient été ignorées de la société Innelec ; que, s'agissant du magasin Rallye, elle soutient qu'il était normal que, face à une affaire qu'elle ne pouvait pas prendre, elle ait sollicité du fabricant Séga des conditions particulières qu'elle rétrocéderait au client ; qu'elle indique encore que tous les documents présentés démontrent que la société Innelec avait sa propre politique commerciale à travers son propre système de remise et qu'il n'a pas été relevé dans le dossier la moindre indication démontrant que la société Innelec voulait imposer un prix public ;

Mais considérant que l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne prohibe pas seulement les ententes sur les prix publics mais toutes les actions concertées qui ont pour objet ou qui peuvent avoir pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ; qu'ainsi toutes les pratiques d'échanges d'informations ou d'ententes sur le montant des coûts ou des prix nets ou bruts, sur le niveau des marges, remises ou rabais sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 7 précité ; que si les accords en cause, et notamment les éléments figurant aux annexes 17, 18 et 19 du rapport, ne font, selon la société Innelec, que confirmer l'autonomie de ses pratiques tarifaires, il ressort du dossier, notamment de l'accord du 20 février 1990, que les deux entreprises ont déterminé en commun leurs conditions de vente portant sur le montant des prix de revente aux détaillants, le niveau des prix publics, les règles et les pourcentages, par type de produits, des remises accordées sur les matériels de marque Séga ; qu'en particulier, dans la lettre concrétisant cet accord, le directeur commercial de la société Virgin Loisirs a rappelé au président-directeur général de la société Innelec les conditions commerciales convenues lors d'entretiens entre les deux entreprises pour 1990 dans les termes suivants : 'Remise de fin d'année sur la totalité du chiffre d'affaires net hors taxes réalisé entre le 1er mars et le 31 décembre 1990 avec les produits Séga, soit une remise sur facture pour les 'soft' de 29,25 p. 100 et pour le 'hard' de 20 p. 100' ; que le point 2 du contrat signé par les deux entreprises le 10 juillet 1990 rappelle qu'à compter de cette date : 'Innelec vendra les articles Séga sur la base d'un tarif fixe ne pouvant donner lieu à aucune remise ou ristourne supplémentaire en dehors des remises trimestrielles ou d'éventuelles remises de fin d'année' ; que la lecture du tarif de la société Innelec à partir du 1er mars 1990 démontre que ces conventions ont été appliquées ; que les conditions accordées par la société Innelec à la société Rallye ont été déterminées en concertation avec la société Virgin Loisirs comme l'a reconnu le président-directeur général de la société Innelec ; que cette concertation sur les prix des consoles et des logiciels de marque Séga entre les sociétés Virgin Loisirs et Innelec avait pour objet et a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ; qu'elle est, par suite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Sur les pratiques tarifaires concertées entre la société Virgin Loisirs et les détaillants :

Considérant qu'entrent dans le champ des pratiques anticoncurrentielles visées par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 les accords liant un ensemble de distributeurs à un fournisseur prévoyant explicitement ou tacitement que l'agrément des distributeurs ou leur approvisionnement est subordonné à l'acceptation par eux de la politique de prix de revente conseillés par le fournisseur ;

Considérant qu'il est établi par les pièces du dossier, d'une part, que la société Virgin Loisirs a diffusé des prix publics conseillés, d'autre part, a instauré dans ses conditions commerciales pour 1990 une remise trimestrielle de qualité dont le principal critère d'attribution était le respect de sa politique commerciale, enfin, que ses représentants ont incité des détaillants à remonter leurs prix ;

Mais considérant qu'il résulte de l'enquête administrative que tous les clients de la société Virgin Loisirs bénéficiaient de la remise trimestrielle alors même que nombre d'entre eux ne suivaient pas la politique de prix conseillés par la société Virgin Loisirs ; qu'ainsi, par exemple, si la société Virgin Loisirs a demandé à la société Carrefour en novembre 1989 d'indiquer un prix de 990 F dans son catalogue national pour la console Séga Master System Plus, la société Carrefour ne s'est pas pliée à cette sollicitation et a préféré 'sortir le catalogue sans indiquer le prix de vente de cette console' afin de laisser le choix à ses magasins de s'aligner sur la concurrence locale ; que, si la société Virgin Loisirs a adressé le 25 août 1989 à la société Toys 'R' US une lettre menaçant cette dernière de perdre certains des avantages financiers consentis par le fournisseur si elle ne remontait pas ses prix de revente, il n'est pas établi que cette lettre ait eu un quelconque effet et il ressort même des notes d'un représentant de la société Virgin Loisirs que le magasin Toys 'R' US d'Aulnay-sous-Bois continuait de ne pas respecter les prix conseillés par la société Virgin Loisirs en septembre 1989 ; que de même si la société Virgin Loisirs est intervenue, en octobre 1990, auprès de la société Inter-Discount France, gérant de l'enseigne Nasa, afin que cette société cesse les livraisons à son magasin de Villeneuve-d'Ascq au motif que ce dernier vendait la console Master System Séga en dessous de son prix d'achat, il résulte de l'instruction que 'le télex de Virgin Loisirs du 23 octobre 1990 (...) est resté sans suite', la société Inter-Discount France estimant qu'il était hors de question de ne pas livrer un de ses magasins ; que si le représentant de la société Virgin Loisirs est intervenu en octobre 1990 auprès d'un magasin Auchan situé à Angoulême, lequel pratiquait un prix de 649 F pour la console Master System dont le prix de vente conseillé par la société Virgin Loisirs était de 690 F, le prix adopté à la suite de la visite de ce représentant a été de 650 F et non pas le prix conseillé ; que de même les magasins Fnac et Boulanger de Clermont-Ferrand ont, le 12 juillet 1990, remonté leurs prix à 650 F à la suite de la visite d'un représentant de la société Virgin Loisirs pour un article dont le prix conseillé était de 690 F ; qu'ainsi il n'est pas établi au cas d'espèce que le respect des prix conseillés par la société Virgin Loisirs ait constitué une condition explicitement ou tacitement acceptée par l'ensemble de ses distributeurs pour accéder à la distribution des produits dont la société Virgin Loisirs était l'importateur exclusif ;

Considérant que, même en l'absence d'une entente explicite ou tacite entre le fournisseur et l'ensemble de ses distributeurs, le fait que l'un ou l'autre des distributeurs accepte de remonter ses prix de revente au niveau du prix conseillé par le fournisseur peut également constituer une entente, entre ce distributeur et le fournisseur ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché de détail du produit concerné, visée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance ;

Considérant que, selon des comptes rendus de visite de représentants de la société Virgin Loisirs, quatre détaillants auraient entre le 26 octobre 1989 et le 8 octobre 1990 accepté de remonter leurs prix de revente d'une console Séga au niveau des prix conseillés par la société Virgin Loisirs ; qu'ainsi, selon un représentant, le magasin Auchan de Vélizy aurait, le 26 octobre 1989, accepté de remonter le prix de la console de base à 990 F ; que, de même, selon un autre représentant, les magasins Nasa, Auchan V2 et Djet Center de Villeneuve-d'Ascq auraient accepté, le 17 octobre 1989, de remonter le prix de la console Master System à 690 F; qu'enfin à la suite d'un télex de la société Virgin Loisirs en date du 8 octobre 1990 lui faisant savoir que son magasin de Clermont-Ferrand vendait la console Master System à 650 F, un responsable de la société Boulanger de Lesquin a répondu à la société Virgin Loisirs qu'il aurait fait remonter ce prix à 690 F ;

Mais considérant qu'en l'absence de relevés de prix sur les lieux de vente ou de procès-verbaux d'audition des distributeurs concernés les éléments figurant au dossier, qui résultent de déclarations unilatérales non confirmées, sont, au cas d'espèces, insuffisants pour établir la matérialité des hausses de prix et l'existence d'accords entre les distributeurs concernés et la société Virgin Loisirs ; qu'ainsi le grief à l'encontre de la société Virgin Loisirs d'entente avec les détaillants sur les prix des consoles de jeux vidéo électroniques de marque Séga n'est pas établi ;

Sur l'absence d'atteinte sensible à la concurrence :

Considérant que la société Séga France soutient que les ententes n'ayant pas d'effet sensible sur un marché pertinent n'ont pas à être poursuivies ou sanctionnées, même si elles ont un objet anticoncurrentiel alors qu'en l'espèce les ententes seraient ponctuelles ou d'une durée extrêmement limitée ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : 'Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées... lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché...' ; qu'en tout état de cause les pratiques ci-dessus analysées de concertation sur les prix de vente des produits Séga entre la société Virgin Loisirs et ses grossistes Innelec et Guillemot International avaient un objet anticoncurrentiel ; qu'en l'espèce il n'est pas contesté que, selon les années, au cours de la période considérée, les produits de marque Séga détenaient sur les marchés des consoles et des logiciels de jeux vidéo électroniques des parts de marché de l'ordre de 20 à 35 p. 100 ; que les ventes totales de consoles et de logiciels de jeux vidéo électroniques se sont élevées à 1 milliard de francs en 1990 ; à 2,4 milliards de francs en 1991 et à 4,5 milliards de francs pour 1992 ; que la circonstance que les quantités distribuées par l'intermédiaire de la société Innelec ou de la société Guillemot International n'auraient représenté que 10 à 15 p. 100 des produits importés par la société Virgin Loisirs est sans portée dès lors qu'il est établi que l'entente avait pour objet et a pu avoir pour effet d'harmoniser les prix de ventes aux détaillants pratiqués par les sociétés Innelec et Guillemot International avec ceux pratiqués par la société Virgin Loisirs ; qu'ainsi le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cumul d'infractions :

Considérant que la société Séga France fait valoir, d'une part, que de mêmes faits ne peuvent revêtir deux qualifications exclusives l'une de l'autre, une pratique unilatérale de prix imposés et une pratique d'entente sur les prix et ne peuvent donner lieu à une double sanction pénale et pécuniaire alors que la société Séga France a déjà fait l'objet, sur les anciens faits avec les mêmes parties, d'une condamnation sur les fondements des articles 31 et 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 concernant la pratique de prix imposés et, d'autre part, que la loi n° 95-884 du 3 août 1995 a amnistié l'infraction pénale déjà sanctionnée ;

Mais considérant que la société Séga France, alors qu'il lui a été demandé par le conseil, a refusé de produire le jugement du tribunal correctionnel dont elle revendique la jurisprudence mais dont elle a reconnu en séance qu'il a condamné des personnes physiques ; que les dispositions du titre IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dans leur rédaction antérieure au 29 janvier 1993 ne concernaient que des personnes physiques alors que l'infraction prévue à l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne peut faire l'objet d'une application par le conseil qu'à des personnes morales ; que la jurisprudence de la Cour de cassation a déjà admis que : 'l'entente sur laquelle le conseil s'est prononcé est distincte du délit de prix imposé reproché à la même société et sur lequel ont statué les juridictions pénales' ; que la loi n° 95-884 du 3 août 1995 a exclu du bénéfice de l'amnistie les infractions à l'article 7 de l'ordonnance précitée ; qu'ainsi le moyen n'est pas fondé ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance : 'Le Conseil de la concurrence (...) 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 réalisé en France au cours du dernier exercice clos (...). 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 (...). Les frais sont supportés par la personne intéressée.'

Considérant que le dommage à l'économie doit s'apprécier en tenant compte du fait que les pratiques en cause ont été mises en oeuvre par des entreprises qui ont commercialisé au cours des années considérées 20 à 35 p. 100 des ventes de consoles et de logiciels de jeux vidéo électroniques en France ; que pour apprécier le degré de gravité des pratiques, il y a lieu de tenir compte de la puissance de négociation dont disposaient les trois opérateurs en cause, compte tenu de la grande notoriété de la marque Séga et des qualités qu'attribuent à ses produits les acheteurs généralement adolescents ;

En ce qui concerne la société Guillemot International :

Considérant que la société Guillemot International a participé, à partir du mois de septembre 1989 et sans précision d'un terme, à une entente sur le niveau du prix d'une console considérée comme un produit 'leader' ;

Considérant que cette entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 329 460 886 F sur le plan national au cours de l'exercice clos le 31 août 1994, dernier exercice clos ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une sanction pécuniaire de 80 000 F ;

En ce qui concerne la société Innelec S.A. :

Considérant que la société Innelec a procédé à des concertations sur le niveau des prix des consoles et des logiciels ; que ces pratiques, qui ont porté sur plusieurs mois et en tout cas sur l'année 1990, ont fait l'objet, par cette entreprise, d'une acceptation sans réserve face à la politique commerciale proposée par la société Virgin Loisirs ;

Considérant que la société Innelec S.A. a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ouverte par un jugement du tribunal de commerce de Bobigny le 5 décembre 1994 ;

Considérant que cette entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 181 648 509 F sur le plan national au cours de l'exercice clos le 31 mars 1995, dernier exercice clos ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de fixer le montant de la sanction pécuniaire à 100 000 F ;

En ce qui concerne la société Séga France :

Considérant que la société Séga France, qui est depuis 1991 la nouvelle dénomination sociale de la société Virgin Loisirs dont elle a acquis l'ensemble des moyens matériels et humains, a pris l'initiative de mener une politique de concertation sur les prix de vente des console, et des logiciels avec ses grossistes en ce qui concerne les prix à pratiquer vis-à-vis des détaillants ; qu'elle s'est efforcée d'assurer la mise en oeuvre effective de ces ententes dont elle a pris l'initiative ;
Considérant que la société Séga France a réalisé un chiffre d'affaires de 475 208 559 F sur le plan national au cours de l'exercice clos le 28 février 1995, dernier exercice clos ; qu'il y a lieu dans ces conditions de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 000 000 F,

Décide :

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

80 000 F à la société Guillemot International ;

2 000 000 F à la société Séga France.

Art. 2. - Le montant de la sanction à l'encontre de la société Innelec S.A. est fixé à 100 000 F.

Délibéré sur le rapport de M. François Vaissette par M. Jenny, vice-président, présidant, MM. Blaise, Gicquel, Robin, Sargos et Urbain, membres.

Le rapporteur général,	Le vice-président, présidant la séance,
Marie Picard	Frédéric Jenny

© Conseil de la concurrence