



Décision 07-D-06 du 28 février 2007
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles
de jeux et des jeux vidéo

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 16 mai 2001 sous le numéro F 1307 (01/0028F), par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Sony Computer Entertainment France dans le cadre du lancement de la console PlayStation® 2 ;

Vu la demande de secret des affaires de la société 3 Suisses en date du 27 mars 2006 et la décision n° 06-DSA-10 en date du 28 avril 2006 ;

Vu la demande de secret des affaires de la société La Redoute en date du 21 mars 2006 et la décision n° 06-DSA-09 en date du 28 avril 2006 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 modifié, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société Sony Computer Entertainment France et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Sony Computer Entertainment France entendus lors de la séance du 17 janvier 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LE SECTEUR DES CONSOLES DE JEUX STATIQUES ET DES JEUX VIDEO

1. LES MARCHES DE PRODUITS EN CAUSE ET L'ORGANISATION DU SECTEUR

1. Un jeu vidéo électronique se compose d'une console et de logiciels de jeux adaptés à chaque type de console. Les logiciels de jeux sont commercialisés indépendamment des consoles mais les liens entre les deux produits confèrent au marché des consoles de jeux les caractéristiques d'un marché biface (*two-sided market*) : les fabricants de consoles offrent une plate-forme dont la valeur aux yeux des consommateurs dépend de la richesse du catalogue de jeux disponibles pour cette console, et réciproquement, la valeur de cette console aux yeux des développeurs de jeux dépend de sa part de marché chez les consommateurs.
2. Ces interdépendances sont source d'effets de réseaux. Ainsi, les éditeurs de jeux vidéo chercheront à créer des produits pour les consoles de jeux les plus utilisées par les consommateurs finals. De même, les consommateurs finals apprécieront davantage les consoles de jeux qui proposeront le plus grand nombre de logiciels.

a) Les consoles de jeux

3. Les consoles de jeux sont, plus précisément, des appareils électroniques spécialisés spécifiquement conçus pour les jeux vidéo, qui se distinguent des jeux électroniques à usage collectif généralement installés dans les salles de jeux et les débits de boisson.
4. La liste des différentes consoles, tant statiques que portables, proposées sur le marché durant l'année 2000, période en cause, est présentée dans le tableau ci-dessous. Y sont également précisés le nom du fabricant de la console, la date de lancement et la puissance du processeur.

Nom de la console	Fabricant	Date de lancement	Processeur
PS1	Sony	Remplace depuis le 29 septembre 2000 la PlayStation® lancée en 1995	64 bits
PS2	Sony	24 novembre 2000	128 bits
N64	Nintendo	1997	64 bits
Dreamcast	Sega	14 octobre 1999	128 bits
Game Boy (console portable)	Nintendo	1989	32 bits

5. Comme les autres équipements informatiques, les consoles statiques sont caractérisées par une innovation technologique constante et rapide ; une nouvelle génération de consoles est mise sur le marché tous les 4 à 5 ans.
6. Ainsi, les consoles Dreamcast, lancées fin 1999, et PS2, offertes en novembre 2000, équipées d'un processeur d'une puissance de 128 bits, ont remplacé les consoles de la génération antérieure : la PlayStation®, lancée en 1995, et la N64, commercialisée en 1997, dont le processeur n'atteignait que 64 bits. La génération des Dreamcast et PS2 comprend également les consoles Xbox et Gamecube, mises sur le marché en 2002. Depuis, une nouvelle génération de consoles est arrivée sur le marché avec le lancement de la Xbox 360 (Microsoft) en décembre 2005, de la Wii (Nintendo) en décembre 2006 et celui prévu en 2007 de la console PS3 (Sony).
7. Le fabricant qui commercialise le premier une console d'une nouvelle génération bénéficie *a priori*, par rapport aux autres, d'un avantage concurrentiel dû à l'innovation. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas comme le montre l'expérience de Sega avec le lancement de la console Dreamcast fin 1999 puisque, lors de l'arrivée de la PS2 de Sony en novembre 2000, Sega connaissait déjà d'importantes difficultés. De plus la console PS2 innovait par rapport à la Dreamcast en étant équipée d'un lecteur DVD. De fait, Sega a été contrainte d'arrêter la production des Dreamcast dès janvier 2001. En revanche, le lancement de la PS2 a été un succès et la société Sony a bénéficié de près de deux ans d'avance sur les consoles des sociétés Nintendo et Microsoft, Xbox et Gamecube, qui ne sont sorties qu'en mars et mai 2002.
8. Les parts de marché des différents fabricants de consoles statiques en France pour les années 2000 et 2001 sont les suivantes :

	Année 2000				Année 2001			
	Volume (en milliers)	% volume	Valeur (Millions de francs)	% Valeur	Volume (en milliers)	% volume	Valeur (Millions de francs)	% Valeur
PS1	566	61,92	446	40,33	347	27,98	273	12,77
PS2	140	15,32	419	37,88	790	63,71	1764	82,55
N64	110	12,04	82	7,41	38	3,07	27	1,26
Dreamcast	98	10,72	159	14,38	65	5,24	73	3,42
Total	914	100	1106	100	124	100	2137	100

9. Un accessoire destiné à une console donnée lui est spécifique : il ne peut pas être utilisé sur une autre console. Il peut s'agir de manettes de jeux, de cartes mémoires, de câbles, etc. Certains des accessoires disponibles peuvent être considérés par les consommateurs comme indispensables pour jouer, telle une deuxième manette de jeu (toute console statique est livrée avec une manette mais nombreux sont les jeux qui nécessitent l'utilisation de deux manettes).

b) Les jeux vidéo

10. Il existe différents supports pour les jeux : CD Rom (Sony, Sega) ou cartouches (Nintendo). Ces jeux sont distribués et vendus aux utilisateurs finals séparément des consoles.
11. *A priori*, un jeu destiné à une console spécifique ne peut pas être utilisé sur une autre console. Un même jeu peut toutefois être disponible en plusieurs versions pour différentes consoles.
12. Sony a conçu la PS2 de telle sorte qu'elle accepte les jeux de la PlayStation®. Néanmoins, acheter une console de nouvelle génération n'est intéressant, pour un consommateur, que si les jeux qu'il peut utiliser sur cette console exploitent complètement ses capacités techniques. La rétro-compatibilité présente un avantage mais n'hypothèque pas le développement du marché des jeux destinés à la nouvelle console.

2. LES INTERVENANTS

Sur le marché des consoles

13. Pendant la période en cause, trois fournisseurs de consoles de jeux sont intervenus sur le marché : Sony, Nintendo et Sega.

Sony

14. Sony Corporation est présente dans les secteurs de l'audio-vidéo, de la téléphonie et du divertissement (Sony Pictures Entertainment, Sony Music Entertainment et Sony Computer Entertainment).
15. La société Sony Computer Entertainment France, responsable en France de la commercialisation des consoles et jeux vidéo électroniques, est la filiale à 100 % de la société Sony Computer Entertainment Europe, basée à Londres. Sony Computer Entertainment Europe est responsable de la vente, du marketing, de la distribution et du développement logiciel pour PlayStation®, PS one® et PlayStation® 2.

Nintendo

16. La société Nintendo France est la filiale française de commercialisation du groupe japonais Nintendo, basé à Kyoto. L'activité de Nintendo France est centrée sur le commerce de gros de jouets, plus précisément sur les jeux vidéo électroniques.

Sega

17. La société Sega France est la filiale spécialisée dans la commercialisation des jeux vidéo électroniques de Sega Europe Ltd, filiale de Sega Corporation, basé à Tokyo. La société développe, édite et distribue des logiciels de divertissements interactifs pour de

nombreuses plates-formes. Après l'échec de la Dreamcast, la société Sega a recentré son activité sur l'édition de jeux multi-console.

Sur le marché des jeux

18. Aux trois offreurs de consoles présentés ci-dessus s'ajoutent de nombreux éditeurs tiers. Plus de 80 d'entre eux étaient recensés en France, en 2000.

En ce qui concerne la distribution

19. Il existe de nombreux grossistes en jeux vidéo en France tels Big Ben, Sodifa, Innelec, JPF, SDO, DCG Madison.
20. Au détail, les consoles et jeux vidéo sont commercialisés par les grandes et moyennes surfaces alimentaires, notamment Auchan, Carrefour, Casino, Cora, Leclerc, Système U et Métro, par les grands magasins tels Printemps, BHV, Galeries Lafayette et Samaritaine ainsi que par les spécialistes et multi-spécialistes tels le groupe Fnac, Conforama, Darty et Virgin.
21. La Camif, la Redoute et les 3 Suisses proposent également à la vente par correspondance des consoles ainsi que des jeux vidéo.
22. Les sites Internet, alors peu développés, sont peu intervenus dans la commercialisation de la PS2. On peut néanmoins citer les Dixon's, Top Achat et CD&co.
23. Enfin, les enseignes spécialisées en jouets voire micro-jeux tels Micromania, Score Games, Strata Games, Toys'R'Us, King Games, Ultima Diffusion, etc. distribuent des consoles et des jeux vidéo.

B. LES PRATIQUES RELEVÉES

1. LE CONTEXTE : DES TENSIONS SUR LA DISPONIBILITÉ DE LA PS2

24. La PlayStation® 2, lancée au Japon le 4 mars 2000, y a rencontré un succès très important et les prévisions de vente ont été dépassées. Sony Computer Entertainment (ci-après SCE) s'est alors rendu compte que les quantités disponibles pour le lancement en Europe seraient insuffisantes. En outre, au cours de l'été 2000, SCE a rencontré des problèmes de production, qui l'ont conduit à reporter le lancement de la PS2 en Europe, initialement prévu le 26 octobre, au 24 novembre 2000. La répartition des consoles disponibles pour le marché européen a été réalisée sur la base de quotas par pays. SCE a ainsi annoncé que, pour la France, seules 71 000 unités seraient disponibles au lieu des 100 000 espérées.
25. La filiale française de distribution de SCE, Sony Computer Entertainment France (ci-après SCEF) a décidé de transformer cette relative rareté en formule marketing (« ...le 24 novembre, elle sera à tous mais tous ne l'auront pas... ») et de mettre en place une opération de pré-réservation, à laquelle ont été affectées 50 000 consoles, 21 000 restant disponibles sans réservation pour le jour du lancement. L'opération de pré-réservation a également porté sur deux jeux vidéo (Ridge Racer V et Tekken Tag Tournament) et sur des accessoires (carte mémoire et manette Dual Shock).

2. LES DIFFERENTES PHASES DE L'OPERATION

a) La mise en place de la pré-réservation

Le choix des magasins participant à l'opération de pré-réservation

26. L'annonce officielle du lancement de la PS2 pour le 26 octobre 2000 a été faite lors du salon du MedPi¹ qui s'est tenu le 28 juin 2000 à Monaco, mais SCEF avait commencé dès le mois de mai à prendre contact avec les centrales d'achat et les grossistes afin de préparer la pré-réservation.
27. Il était prévu que les clients devaient indiquer, au moment même où ils pré-réservaient la PS2, le magasin dans lequel ils choisissaient de la retirer. Le directeur marketing de SCEF a déclaré que *« ce magasin doit être choisi parmi une liste qui leur a été adressée par Sony Computer Entertainment et correspondant :*
- *pour les grandes agglomérations (Paris, Lyon, ...) à une cartographie reprenant tous les points de vente,*
 - *pour les autres agglomérations, à la liste nominative des magasins de la zone de chalandise.*

Ces cartes et listes ont été dressées par une société spécialisée en géomarketing, la société Bertlsmann ».

28. Néanmoins, en ce qui concerne les détaillants servis par les grossistes, SCEF a demandé aux grossistes eux-mêmes d'opérer une sélection parmi leurs clients. Ainsi, selon le PDG de Big Ben Interactive SA, *« Sony m'a imposé de me limiter à 200 clients revendeurs sur les 1 000 référencés par ma société »* et selon le PDG de Sodifa, *« parmi nos 600 à 800 clients réguliers, nous avons été amenés à en sélectionner 200, chiffre fixé par Sony ».*
29. Pour cette opération, les détaillants devaient choisir un seul grossiste parmi leurs fournisseurs habituels. Ainsi, le gérant de la SARL Ludotec de Chambéry témoigne : *« Au début de l'été, j'ai appris par mes 2 fournisseurs-grossistes habituels (Innelec et Big Ben) que Sony allait organiser une opération particulière pour la mise sur le marché français de la Playstation 2. [...] Pour cette opération, je devais choisir un grossiste et un seul. [...] Dans la semaine qui a suivi (en juillet), je me suis engagé, dans le cadre d'un "contrat" signé avec Innelec à ne m'adresser à aucun autre fournisseur pour cette opération ».* Les grossistes ont suivi en cela les indications de SCEF selon le PDG de Big Ben Interactive SA : *« Je devais selon les indications de Sony faire signer un contrat avec chaque revendeur que j'avais agréé pour cette opération »* et comme le confirme un courrier envoyé par Big Ben à ses clients : *« Bien évidemment vous ne pouvez signer ce contrat qu'avec un seul grossiste. En cas contraire, ces contrats multiples seraient purement et simplement annulés ».*

¹ Le MedPi est le rendez-vous annuel du marché des nouvelles technologies numériques et de leurs circuits de distribution grand public et SOHO (Small Office Home Office). Il regroupe l'ensemble des décideurs du marché à un moment stratégique, celui des référencements pour le second semestre.

Les conditions de participation des magasins

30. En juillet 2000, deux documents ont été mis au point par la SCEF :
- une charte d'engagement des distributeurs au niveau de l'enseigne de distribution,
 - un contrat de partenariat avec les magasins.
31. La charte prévoyait les engagements du distributeur avant, pendant et après le lancement. Le contrat de partenariat décrivait la manière dont les opérations devaient se dérouler en magasin et les relations à avoir avec les consommateurs. Les chartes d'engagement ont été adressées par SCEF à ses clients vers le 10/12 juillet 2000 et devaient être renvoyées signées pour participer à la pré-réservation : *« nous vous demandons de nous retourner ces documents signés avant le 20 juillet afin d'enregistrer définitivement votre participation à l'opération »*.
32. Cette procédure est confirmée par les distributeurs. Ainsi, selon le chef du secteur bazar et la responsable du rayon presse-jeux vidéo de l'hypermarché Leclerc de Sélestat : *« au mois de juillet 2000 nous avons reçu de Sony Entertainment France un courrier nous annonçant l'arrivée de consoles de jeux Sony Playstation 2 (PS2) accompagné d'un contrat en double exemplaire que nous devons retourner paraphé et signé. (...) Il était précisé que s'il n'y avait pas de retour du contrat signé en double exemplaire nous n'aurions pas de marchandises »*.
33. La charte d'engagement contenait une clause stipulant que les points de vente s'engageaient :
- « dans le cadre d'une éventuelle communication portant sur le prix de la console, des jeux ou des accessoires avant leur sortie officielle, à ne communiquer que les coûts mentionnés ci-après :*
- *Console : « prix de vente public maximum conseillé : 2 990 F TTC »*
 - *Jeux : « prix de vente public maximum conseillé : 399 F TTC »*
 - *Accessoires : « prix de vente public maximum conseillé : 299 F TTC »*.
34. SCEF a justifié cette clause par les incertitudes qui pesaient sur les prix auxquels la console pourrait effectivement être mise sur le marché du fait de la variabilité de la parité Yen/Franc : *« Ce sont également nos incertitudes en juillet 2000 quant à notre propre prix de vente de la PS2 qui nous ont conduit à prévoir dans la charte d'engagement une clause prévoyant que les distributeurs ne peuvent communiquer que sur les prix de vente maximums conseillés. Nous ne voulions pas que nos clients se retrouvent dans une situation critique telle que la revente à perte ou a contrario, soient déphasés par rapport à un prix de marché »*.
35. Cette clause, dont la période d'application était circonscrite *« avant leur sortie officielle »*, n'a pas été dénoncée durant cette période par Sony.

Les conditions de vente

Les négociations se déroulent parallèlement à la pré-réservation ce qui induit des incertitudes quant au prix d'achat

36. SCEF a déclaré que les conditions de vente de la PS2 n'ont été arrêtées qu'en septembre 2000 : « *Nos conditions générales de vente PSII ont été présentées aux clients, à partir de l'ECTS, salon professionnel qui s'est tenu à Londres le 4, 5 et 6 septembre 2000. Les négociations ont eu lieu tout au long du mois de septembre* ».
37. Pourtant, s'agissant des taux de « remise avant », M. Georges X..., PDG de SCEF, a déclaré que des taux de 2,5 % sur consoles et 5 % sur jeux ont été annoncés dès le salon du MedPi (28 juin 2000 à Monaco) : « *une première présentation générale des conditions de vente de la gamme PS2 a été faite lors du salon du Medpi à Monaco fin juin 2000.* » ce qui a été confirmé par certains distributeurs comme La Redoute : « *Le taux accordé est de 2,5 %. Il a été annoncé au salon du MEDPI qui s'est tenu à Monaco le 28 juin 2000* ».
38. D'autres distributeurs affirment, en revanche, n'avoir eu connaissance des taux de remise qu'en septembre. Big Ben Interactive S.A. déclare ainsi : « *La remise de 2.5 % sur facture nous a été proposée en septembre alors qu'au départ on nous avait indiqué que le prix d'achat sur facture serait égal au prix coûtant de 2 990 F TTC* ». De même, le représentant des Galeries Lafayette explique : « *En tout état de cause, lorsque nous avons élaboré le catalogue de Noël et que j'ai validé les prix publics figurant sur ce catalogue entre le 8 et le 16 septembre 2000, je ne connaissais pas les conditions précises de remises Sony sur ces produits notamment les remises sur facture de 2,5 % sur les PS2 et 5 % sur le software (...) Nous avons reçu un tableau récapitulatif de toutes les conditions commerciales daté du 13 septembre 2000* ».
39. Au final, les conditions générales de commercialisation comprenant les remises, ristournes et accords type de coopération ont été adressées et leur réception accusée début octobre 2000. Ainsi selon le Printemps : « *Nous avons signé les conditions d'achat en octobre 2000 sur lesquelles Sony n'a pas laissé de marge de manœuvre* ».
40. D'autres points de vente ont toutefois assuré, lors des auditions réalisées dans le cadre de l'enquête, au mois de novembre 2000, qu'à cette date ils n'étaient toujours pas informés de l'ensemble des conditions de vente. Ainsi, le magasin Hyper U de Montmorillon a déclaré : « *suite à notre communication téléphonique de ce jour, nous vous confirmons que nous ne sommes pas encore en possession de l'intégralité des accords Sony Computer concernant la PS2* ». De même, l'hypermarché Leclerc de Sélestat : « *Au mois de septembre 2000 nous avons reçu de Sony une documentation destinée à permettre à la clientèle de réaliser la pré-réservation auprès de Sony. (...) Dans les jours qui ont suivi nous avons reçu une communication téléphonique de Sony nous demandant combien de PS2 nous souhaitions commander hors des réservations. Nous en avons commandé 6 à Sony. Lorsque j'ai demandé les conditions d'achat à cette personne, il m'a été répondu que le prix de vente public de la PS2 n'avait pas été fixé définitivement par Sony : le prix pouvait varier entre 2 400 F et 3 000 F* ». Ces distributeurs n'auraient donc pas eu connaissance des conditions générales de vente au moment de la fixation des prix pratiqués lors des phases de pré-réservation et n'auraient donc pas été en mesure de déterminer le seuil de revente à perte.

Un prix de revente à perte proche du prix de vente maximum conseillé

41. Les conditions de vente de la PS2 conduisent à un seuil de revente à perte proche du prix maximum conseillé par SCEF pour la console. En effet, le prix d'achat hors taxe de la console est de 2 500 F. Ce prix conduit, avec une TVA à 19,6 %, à un prix de 2 990 F TTC soit exactement le prix maximum de vente conseillé. Cependant, le taux de remise sur facture pour la console est de 2,5 % (ce taux est identique quel que soit le canal de distribution) ce qui conduit à un prix de 2 437,5 F HT soit un seuil de revente à perte de 2 915,25 F TTC. Le prix maximum conseillé est donc très proche du seuil de revente à perte. Le taux de remise sur facture pour les jeux et accessoires était, quant à lui, de 5 %.
42. Les remises sur facture, les ristournes et la rémunération des accords de coopération sont plus faibles que pour les produits des gammes précédentes. Le total des marges prévues aux conditions de vente a ainsi fortement diminué, passant de 17,5 % pour la console PS1 à 8 % pour la console PS2 en ce qui concerne les hypermarchés, spécialistes, multi-spécialistes, grossistes et VPC, et passant de 16,5 % à 7,5 % en ce qui concerne les indépendants.
43. Les jeux et accessoires ont bénéficié de marges plus importantes que la console, bien qu'également en baisse par rapport à la PS1. Ainsi l'acheteur en jeux vidéo du GIE Auchan international a déclaré : *« la rentabilité sur les jeux étant supérieure, remises différées maximums de 10 % et coopération commerciale maximum de 13 %, cela nous permet d'avoir une marge moyenne honorable »*. De même, la Fnac précisait à ses vendeurs : *« nous vous rappelons que la console PS2 est peu margée, elle n'est qu'un tremplin pour vendre du soft qui lui est bien margé... »*. L'acheteur international en jeux vidéo du GIE Auchan international a également rappelé que *« sur cette console, nous avons très peu de marge différée, remises différées et coopération commerciale : 1,5 % de remise différée au maximum mais cette remise est conditionnelle et en coopération, 4 % maximum. Cette marge est inacceptable mais nous ne pouvons pas nous passer de ce produit compte tenu du succès de son prédécesseur, la console Playstation 1 »*.
44. S'agissant des détaillants approvisionnés par les grossistes, ceux-ci ne leur ont pas toujours répercuté la remise sur facture de 2,5 %. Dans ce cas, le prix de revente à perte de la console était pour eux de 2 990 F. Le responsable du magasin La Ludotec à Chambéry a ainsi précisé : *« Je pense que je dois vendre cette console au prix de 2 990 F et qu'il n'est pas possible de la vendre plus cher. Ce prix correspond, au franc près, à mon prix d'achat de 2 500 F Htaxes. Je bénéficierai d'une marge arrière qui devrait s'établir entre 2 et 6 %. Mon fournisseur (Innelec) n'a pu à ce jour me préciser le montant de cette remise »*.

b) Les deux phases de la pré-réservation

45. Dans les documents des parties mises en cause comme dans la notification de griefs et le rapport d'instruction, l'opération mise en place par SCEF pour le lancement de la PS2 est désignée par le mot *« pré-réservation »*, sans que cette pré-réservation n'ait été suivie d'une *« réservation »* ultérieure. Par souci de simplicité, la décision retient la même dénomination qui doit être entendue au sens courant de *« réservation »*.
46. La procédure de pré-réservation s'est déroulée en deux phases. La première phase s'adressait aux anciens détenteurs d'une console Sony, la seconde phase ouvrait à tous la possibilité de pré-réserver.

47. La première phase de pré-réservation s'est déroulée du 1er au 15 septembre 2000. Elle était dédiée aux consommateurs référencés par SCEF comme des clients fidèles, c'est-à-dire aux clients ayant acheté la première PlayStation®. SCEF les a contactés directement par courrier pour leur proposer de pré-réserver la console PS2. Pour ce faire, ils devaient envoyer un acompte de 300 F en échange d'un bon d'achat de même valeur et choisir le magasin dans lequel ils retireraient leur console, parmi une liste qui leur était fournie. Durant toute cette première phase, comme l'a confirmé la directrice commerciale de SCEF, « *les consommateurs ne connaissaient que le prix de vente maximum conseillé lorsqu'ils choisissaient le magasin où ils iraient acheter leurs produits PlayStation 2* ».
48. Durant cette première phase comme durant la seconde, les consommateurs gardaient la possibilité de résilier leur pré-réservation. Dans ce cas, il était prévu que l'avance de 300 F leur soit intégralement remboursée.
49. Cette première phase de la pré-réservation, du 1^{er} au 15 septembre 2000, a été gérée directement par SCEF. Les détaillants ont reçu la liste des consommateurs ayant choisi de retirer leur console chez eux. Le jour de la mise sur le marché de la console, ils devaient vérifier que le bon d'achat remis par le client indiquait bien l'adresse de leur magasin ; ils pouvaient alors encaisser la différence entre le montant des achats et ce bon d'achat de 300 F.
50. Les distributeurs ont joué un rôle plus actif dans la seconde phase, ouverte du 16 septembre au 7 octobre 2000 à l'ensemble des consommateurs. Notamment, ils ont pu, durant cette seconde phase, faire de la publicité sur les lieux de vente. De plus, chaque enseigne ou grossiste participant à l'opération s'est vu attribuer un numéro de téléphone, les pré-réservations de seconde phase étant effectuées par l'intermédiaire d'un centre d'appel (« *call-center* »). Le *script* du message diffusé sur cette ligne téléphonique gérée par une entreprise spécialisée a été validé par chaque distributeur participant qui était alors en mesure de le personnaliser. Ces *scripts* ont été transmis à SCEF. La directrice commerciale de SCEF décrit ainsi le rôle des détaillants : « *Les conditions de vente de la PS2 et des jeux afférents ont été arrêtées en septembre 2000. C'est à cette époque que nos clients ont validé les scripts des lignes téléphoniques gérées pour leur compte par Client Logic et qui comportent leurs prix de vente. Ils connaissaient donc leurs conditions d'achat qui leur avaient été présentées et négociées avec les responsables grands comptes* » ; « *Dans la seconde phase "call center" qui a débuté le 16 septembre 2000 et s'est déroulée jusqu'au 7 octobre, il y a une participation entière des enseignes qui disposent de leur propre "call center" avec un message qu'elles ont élaboré en disposant de la possibilité de personnaliser leur offre* ». Les pré-réservations ne sont donc pas prises par les points de vente eux-mêmes (à l'exception d'Auchan pour ses clients carte Accord), qui n'encaissent pas non plus les 300 F d'acompte. Ils sont informés par Sony à la fin de l'ensemble du processus de pré-réservation du nombre et de l'identité des consommateurs ayant pré-réservé chez eux.

c) Le lancement

51. La demande globale de pré-réservations s'est élevée à 51 437 unités et a été satisfaite dans sa totalité. La répartition des 19 963 consoles non pré-réservées et disponibles à la vente au 24 novembre 2000 a été effectuée par SCEF selon 3 critères : le nombre de pré-réservations de l'enseigne ; le nombre de points de vente de l'enseigne ; la part de marché historique de l'enseigne. Ainsi, la participation au mécanisme de pré-réservation a fortement conditionné l'approvisionnement en consoles des enseignes pour le jour du lancement.

d) La participation des distributeurs à l'opération de pré-réservation

52. SCEF a fourni un document comportant la liste des distributeurs qui ont renvoyé la charte signée : Géant Casino, Leclerc, Cora, Système U, Toys'R'Us, Ultima Diffusion, Score Games, Difintel Micro, Neuromedia, Fnac, Darty, Virgin, Komogo, Bardou, Boulanger, Innelec, SDO et a déclaré qu'il s'agissait d'« *un tableau de suivi par enseigne permettant d'identifier à un instant donné les clients nous ayant renvoyé leurs CGV, charte et script* » et que « *une case est cochée dans le tableau de suivi dès lors que le document correspondant a été retourné par le distributeur à SCE France* ».
53. Les chartes signées par les enseignes ci-après énumérées figurent également dans les documents fournis pas SCEF : Cora, Hyper U, Ultima Diffusion, Virgin, Komogo, Bardou SEE, SDO. Par ailleurs, un exemplaire de la charte signée a été remis aux enquêteurs par certains distributeurs dans le cadre de l'enquête. C'est le cas de la Samaritaine, du centre Leclerc Paradis de Nantes, de la Sodifa et de Carrefour. Enfin, certaines enseignes ont déclaré lors de leur audition avoir signé la charte. L'acheteur central des Galeries Lafayette précise ainsi : « *Sony nous a proposé de participer à leur campagne de pré-réservation de la PS2 et nous a adressé en fax le 12 juillet 2000 une charte et un contrat de partenariat concernant l'opération de réservation que nous avons accepté dans la mesure où nous ne pouvions faire une meilleure offre de marketing pour cette console* ».
54. D'autres distributeurs déclarent en revanche ne pas avoir signé cette charte comme la société Toys'R'Us qui affirme : « *Nous n'avons signé aucune charte d'engagement Sony comportant un engagement en matière de prix aux consommateurs* ». Toutefois, une télécopie adressée par cette société à SCEF, en date du 20 juillet 2000, précise : « *...nous vous confirmons notre adhésion pour la « pré-sale » de la PS2...* ». SCEF confirme en effet que tous les distributeurs n'ont pas retourné la charte signée : « *Comme d'habitude dans la grande distribution, toutes les chartes ne nous ont pas été retournées signées* », mais déclare qu'une partie des adhésions à l'opération de pré-réservation ont été confirmées par e-mail ou fax : « *...Les chartes d'engagement des distributeurs de début juillet nous ont été retournées par nombre de clients. La totalité des chartes signées sont visées dans le document communiqué à vous-même le 20/11/00 dernier. Les autres clients ont adhéré à l'opération en confirmant par e-mail ou par fax...* ». SCEF précise en outre que « *la communication d'informations telles que le fichier de points de vente, le script du call center, les instructions de livraison de la PLV, faite par mail, fax ou par courrier, ultérieurement à l'envoi de la charte, constitue également une manifestation de l'engagement de participation du distributeur à la campagne de pré-réservation* ». Ont confirmé de cette façon leur participation à l'opération les enseignes suivantes : Score Games, Difintel Micro, Neuromedia, Fnac, Darty, Boulanger, Innelec, Printemps et Toys'R'Us.
55. Par ailleurs, SCEF a fourni la validation des scripts des services d'assistance téléphoniques (*hotlines*) mises en place au cours de la seconde phase pour les sociétés Cora, Metro cash and carry France, Printemps, BHV, Samaritaine, Toys'R'Us, CEDIJ, King Jouet (Gueydon), Micromania, Score Games, Difintel, Espace 3 Games, Ultima Diffusion, Opale (StrataGames et King Games), Neuromedia, Entr'Acte, Cyner J, Dacem (Darty), Extrapole, Virgin, Group Digital, Komogo, Boulanger, Conforama, Innelec, Sodifa, SDO (Selection Disc Organisation), DCG Madison Nuggets et Système U.
56. Parmi les grandes surfaces alimentaires, seule la société Auchan considère ne pas avoir participé à l'opération de pré-réservation mise en place par Sony. L'acheteur international en jeux vidéo au sein du GIE Auchan International a déclaré : « *souhaitant préserver notre indépendance, nous avons mis en place un mécanisme autonome vis à vis de Sony et*

spécifique. (...) Les quantités réservées par les clients Auchan seront prélevées sur les livraisons faites par Sony à Auchan France ». Cependant, SCEF a précisé dans sa réponse du 24 mars 2006 : « La société Auchan a souhaité aller au-delà des phases 1 et 2 de la campagne de pré-réservation officielle SCEF en proposant une offre dédiée à ses clients possesseurs de la carte Accord (...). Afin d'intégrer cette opération dans la campagne de pré-réservation SCEF, Auchan a accepté de transmettre le fichier clients correspondant à un organisme tiers pour dé-doublonner les bases de données, et traiter les réservations via le process général mis en place par SCEF. Auchan a disposé d'un N° de call center dédié et a complété et validé son script personnalisé (...) SCEF a garanti à Auchan (comme à tous ses distributeurs ayant participé aux deux phases de la campagne) la livraison le jour J des commandes prises au cours des phases de la campagne de pré-réservation ».

57. En ce qui concerne les détaillants sélectionnés par les grossistes, le soin de transmettre la charte d'engagement aux revendeurs avec lesquels SCEF n'était pas en contact direct a été laissé aux grossistes. Ainsi la directrice commerciale de SCEF a déclaré : *« Pour les centrales d'achat, deux cas de figure se présentent en fonction de leur organisation juridique :*

- *pour les enseignes intégrées, une seule charte a été adressée,*
- *pour les enseignes d'indépendants (Leclerc) ont été adressées autant de chartes qu'il y a de magasins indépendants.*

Les grossistes ont conclu une charte en leur nom qu'ils répercutent aux magasins qu'ils ont sélectionnés ».

58. Les grossistes ont répercuté les propositions de Sony auprès des détaillants de façon différente. Ainsi, le gérant de l'Intermarché de Cheux a déclaré, s'agissant du contrat-type : *« Auparavant au mois de juillet, j'avais reçu un document intitulé "Opération de réservation de la PS2 – Contrat de partenariat avec les magasins". Refusant de signer, je l'ai détruit. Cependant la Sodifa me l'a refaxé le 23 août 2000 en faisant pression pour que je signe ce document (édité le 11.07 par Sony) si je voulais être livré au moment de la sortie nationale de la console. Je vous remets copie des documents de la Sodifa des 17 et 23 août 2000 m'intimant de signer le contrat Sony ».* En revanche, le PDG de Big Ben Interactive SA a déclaré : *« Je devais selon les indications de la société Sony faire signer un contrat avec chaque revendeur que j'avais agréé pour cette opération (cf. charte du distributeur). J'ai communiqué à Sony les noms des sociétés participantes à l'opération mais je n'ai pas obligé les participants à retourner leur contrat d'engagement ».*

3. LE NIVEAU DES PRIX DES CONSOLES VENDUES DANS LE CADRE DE CETTE OPERATION

59. Lors du lancement, la console a été vendue à 2 990 F par tous les points de vente.

60. Toutefois, dans le cadre de sa propre campagne de pré-réservation à destination des clients détenteurs d'une carte Accord, Auchan offrait une remise différée et un crédit report. D'autres enseignes ont proposé des facilités de paiement, des bons d'achat ou des cadeaux comme, par exemple, les magasins Difintel (*« Difintel met à votre disposition des facilités de paiement, renseignez-vous en magasin »*), Addon Neuromédia (*« achetez aujourd'hui, payez dans trois mois comme vous le désirez »*), Espace 3 Games ont proposé des facilités de paiement. Par ailleurs l'enseigne Komogo a proposé un *« bon d'achat de 149 F TTC à valoir sur un logiciel PS2 si achat de la console chez Komogo »*. Score Games a, quant à elle, complété son offre de réservation de la console PlayStation® 2 en offrant à ses clients la possibilité de *« gagner un carnet de bons d'achat d'une valeur de 4 00 F »*. Enfin,

Virgin a offert 3 mois d'abonnement au magazine « *Les Années Laser* » ainsi qu'un DVD collector et a proposé à ses clients de payer en trois fois. Le magasin Ultima a, pour sa part, communiqué sur l'offre d'un sac de transport et d'un CD collector.

61. En ce qui concerne les jeux ainsi que les accessoires pré-réservés en même temps que la console, la quasi-totalité des enseignes les ont également vendus aux prix maximaux indiqués dans la charte, soit 399 F pour les jeux et 299 F pour les accessoires. Seul Carrefour a répercuté aux consommateurs la remise de 5 % sur facture et proposait, le jour du lancement de la PS2, les deux jeux pré-réservables au prix coûtant apparent. Lors des pré-réservations effectuées auprès de cette enseigne, c'est toutefois le prix convenu de 399 F qui avait été indiqué aux clients. Chez Auchan, les jeux et accessoires ont été vendus le jour du lancement aux prix maximaux indiqués mais les clients détenteurs de la carte Accord bénéficiaient de bons d'achat de 5 % par tranche de 1 000 F d'achat de jeux et accessoires vidéo.

C. LES GRIEFS NOTIFIES

62. Les griefs suivants ont été notifiés :

63. **Grief n°1.** Un grief d'abus de position dominante a été notifié à la société Sony Computer Entertainment France en ces termes :

"Il est fait grief à SONY COMPUTER ENTERTAINMENT FRANCE d'avoir abusé de sa position dominante en instaurant un processus de pré-réservation qui ne permettait pas dans sa première phase à la clientèle de disposer de suffisamment d'informations sur les prix pour opérer un choix éclairé et faire jouer la concurrence. Cet abus de position dominante, dont l'impact est circonscrit formellement à la période de la première phase de la pré-réservation de la console PS2 soit du 1/09/00 au 15/09/00, est contraire à l'article L. 420-2 du code de commerce".

64. **Grief n° 2.** Un grief d'abus de position dominante a été notifié à la société Sony Computer Entertainment France en ces termes :

"Il est fait grief à SONY COMPUTER ENTERTAINMENT FRANCE d'avoir abusé de sa position dominante en imposant des prix de revente. Cet abus de position dominante, dont l'impact est circonscrit formellement à la période correspondant à la seconde phase de pré-réservation et à la période de lancement de la console PS2 soit du 16/09/00 au 24/11/00, est contraire à l'article L. 420-2 du code de commerce".

65. **Grief n° 3.** Un grief d'entente a été notifié à la société Sony Computer Entertainment France en ces termes :

"Il est fait grief à SONY COMPUTER ENTERTAINMENT FRANCE d'avoir mis en place une action concertée avec son réseau de distribution visant à faire obstacle à la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence. Cette entente a conduit à l'application de prix de vente imposés aux consommateurs sur la console PS2, l'accessoire carte mémoire PS2 et sur les jeux Tekken Tag Tournament et Ridge RacerV. Cette entente, dont l'impact est circonscrit formellement à la période correspondant à la seconde phase de pré-réservation et à la période de lancement de la console PS2 soit du 16/09/00 au 24/11/00, est contraire à l'article L. 420-1 du code de commerce".

II. Discussion

A. SUR LE GRIEF TIRE DE L'ABSENCE D'INFORMATION PERMETTANT A LA CLIENTELE DE FAIRE JOUER LA CONCURRENCE PENDANT LA PREMIERE PHASE DE LA PRE-RESERVATION (GRIEF N°1)

1. EN CE QUI CONCERNE LE MARCHE PERTINENT

66. Le Conseil de la concurrence considère traditionnellement que *« le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres (...) Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ».*

a) Sur la séparation entre le marché des consoles statiques et celui des consoles portables

67. SCEF conteste la limitation du marché pertinent aux seules consoles de jeux statiques. Elle soutient que les consoles de jeux, qu'elles soient statiques ou portables, s'adressent aux mêmes consommateurs et sont destinées à satisfaire des besoins identiques. Elle souligne aussi que les deux types de consoles reposent sur les mêmes technologies. Selon SCEF, le seul critère permettant de distinguer les consoles de jeux statiques des consoles de jeux portables, à savoir la portabilité, n'est pas déterminant. Elle ajoute, qu'à tout le moins, la position d'un opérateur sur l'un de ces segments ne peut être appréciée indépendamment de sa situation, ainsi que celle de ses concurrents, sur l'autre segment du marché des consoles de jeux.

68. La Commission européenne a, toutefois, déjà considéré que la portabilité était un élément déterminant en indiquant que les consoles portables et les consoles statiques répondaient à des besoins différents pour les utilisateurs (décision du 30 octobre 2002 : 2003/675/CE). Les consoles statiques sont destinées à être utilisées dans un lieu fixe et doivent être connectées à un poste de télévision. Les consoles portables, quant à elles, peuvent être utilisées n'importe où.

69. Ces deux types de console ont, de plus, des capacités techniques sensiblement différentes. Les consoles statiques offrent un écran de meilleure résolution, la possibilité de jouer à plusieurs et une puissance de calcul plus grande ce qui permet de jouer à des jeux plus sophistiqués. Le rythme d'innovation qui caractérise les consoles statiques est plus soutenu que celui des consoles portables. La seule console portable présente sur le marché en 2000, la Gameboy, a été lancée avant 1990. De nouvelles versions de cette console ont été élaborées depuis cette date mais les innovations demeurent limitées.

70. La Commission met en outre en avant, dans la décision précitée, les écarts de prix importants qu'elle constate, sur la période 1997-1998, entre consoles portables et consoles statiques. Cet écart est réduit en 2000, la fin de vie de la PlayStation® et de la N64 ayant

entraîné une baisse des prix de ces consoles qui se rapprochent alors du prix des consoles portables. Il est cependant possible de rattacher cette baisse des prix des consoles statiques à l'effet du cycle de vie qui les caractérise. Ce phénomène est ponctuel et la nouvelle génération de console rétablit la différence de prix entre console statique et console portable. Ainsi, à la fin de l'année 2000, la Dreamcast est vendue entre 1 499 F TTC et 1 690 F TTC tandis que le lancement de la PS2 est effectué au prix de 2 990 F TTC.

71. De plus, la stabilité du prix de la console Gameboy dans un contexte de baisse des prix des consoles statiques de première génération indique qu'il existe une indépendance entre les prix des consoles portables et ceux des consoles fixes. Si ces deux types de console étaient substituables, la baisse des prix des consoles statiques aurait entraîné soit une baisse du nombre de consoles portables vendues soit une baisse du prix de la console portable Gameboy. Or, sur cette période, malgré la stabilité du prix de la console portable Gameboy, ses ventes ont augmenté alors que les consoles statiques ont vu leurs ventes chuter. Cette indépendance des prix conforte la conclusion de non substituabilité entre ces deux types de console. Elle infirme également l'allégation de SCEF selon laquelle les consoles statiques et portables étant deux segments complémentaires d'un même marché, la situation concurrentielle existant sur l'un de ces segments serait susceptible d'évoluer en fonction de la situation de la concurrence sur l'autre segment.

b) L'impact de l'innovation technologique constante sur la délimitation du marché pertinent

72. SCEF soutient par ailleurs que l'innovation technologique constante et rapide qui caractérise le marché des consoles rend difficile la délimitation du marché pertinent. Selon elle, les consoles développent aujourd'hui de nombreuses fonctionnalités de loisirs autres que le jeu, telles que la possibilité d'écouter de la musique, de visionner des films, de se connecter à Internet, de regarder des photos numériques, etc. L'évolution technique du secteur tendrait vers la mise à disposition des consommateurs d'un éventail de fonctionnalités destinées au multimédia familial (terminal d'acquisition de musique en ligne ou de films...). Dès lors, SCEF considère que les frontières entre les consoles et d'autres produits électroniques tels que lecteurs de DVD, micro-ordinateurs, baladeurs numériques ou même téléphones portables s'estompent.
73. Toutefois, si les consoles de jeux offrent, aujourd'hui, de plus en plus de fonctionnalités, les consoles de deuxième génération dont fait partie la PS2 ne possédaient pas encore, à l'époque des faits, toutes les fonctionnalités citées par SCEF dans ses observations. Or, le pouvoir de marché des entreprises et l'effet sur la concurrence des pratiques dénoncées doivent être évalués sur un marché pertinent délimité en fonction des caractéristiques de l'offre et de la demande prévalant à l'époque, c'est-à-dire en 2000 et non en 2007. Par ailleurs, le fait qu'une console soit équipée d'un lecteur DVD ne permet pas à lui seul de considérer que les consoles de jeux et les lecteurs DVD appartiennent au même marché. Du point de vue des acheteurs comme des offreurs, ces deux produits ne sont pas substituables. De même, le fait que les téléphones portables proposent désormais des jeux ne suffit pas non plus à les situer dans le même marché pertinent.
74. Il résulte de ce qui précède que le marché pertinent concerné par les pratiques dénoncées est celui des seules consoles statiques.

2. EN CE QUI CONCERNE LA POSITION DE L'ENTREPRISE MISE EN CAUSE SUR LE MARCHÉ PERTINENT

a) Les arguments de la société SCEF

Sur la prise en compte des parts de marché

75. Comme il l'a été indiqué plus haut, SCEF souligne que le secteur des consoles de jeux se caractérise par une innovation technologique constante et rapide et ce afin de répondre aux exigences des consommateurs. Pour cette entreprise, les consommateurs ne se montrent pas fidèles à une marque ou à un type de console donné, mais sont au contraire versatiles et nombreux sont ceux qui sont équipés de plusieurs consoles de jeux. SCEF expose que, de ce fait, la position de chaque opérateur est remise en cause à chaque nouvelle génération de consoles. En particulier le succès d'une console ne prédétermine pas le succès de la console suivante. Ainsi, la société Atari, fabricant de la console de jeux Atari 2600 dont le succès ne s'est pas démenti pendant 14 ans, a subi un échec avec la console Jaguar, lancée sur le marché en 1993, bien que celle-ci soit une console plus performante, et a cessé de fabriquer des consoles en 1996. De même, la société Sega, qui disposait de la part de marché la plus importante en 1992 et 1993, avec la console de jeux Megadrive, n'a pas connu le même succès avec la console de la génération suivante, dénommée Saturn. Enfin, l'échec du lancement par Sega de la console Dreamcast a conduit à la sortie de Sega du marché des consoles en mars 2001. SCEF conclut en rappelant que les périodes s'écoulant entre chaque génération de consoles sont très courtes et que de plus, le décalage entre les dates de lancement par les différents fabricants de consoles d'une même génération réduit encore d'autant le temps pendant lequel un opérateur peut bénéficier d'une éventuelle position de force.
76. Dans ces conditions, SCEF considère que la part de marché de 78,2 % qu'elle détenait en 2000, essentiellement réalisée par les ventes de console PS1, ne peut être utilisée pour démontrer qu'elle occupait une position dominante sur le marché des consoles statiques au moment du lancement de la PS2. De plus, SCEF argue de ce que la part de marché détenue par elle sur le marché des consoles statiques en 2001 est un élément postérieur à l'époque des faits et ne peut être utilisé pour mesurer son pouvoir de marché fin 2000. Enfin, SCEF fait remarquer que sa part de marché est tombée, dès 2002, à 67 %, soit une baisse de 11 points de pourcentage entre 2000 et 2002. Selon elle, cette évolution démontre que sa part de marché a été contestée, ce qui confirme qu'elle ne détenait pas une position dominante.

Sur la contestabilité du marché

77. SCEF souligne qu'en tout état de cause, une position forte à un moment donné peut être contestée par l'entrée d'un nouveau concurrent, comme le montrerait l'exemple du lancement de la Xbox par Microsoft. Elle rappelle que les parts de marché constituent un critère important pour déterminer l'existence d'une position dominante mais que d'autres critères peuvent en relativiser l'importance, dont notamment l'absence de barrières à l'entrée. Or, elle estime qu'il n'existe aucune barrière à l'entrée dirimante sur ce marché.
78. Ainsi, si elle reconnaît que la mise sur le marché d'une nouvelle console nécessite des investissements importants, elle précise que les opérateurs présents sur le marché disposent le plus souvent d'une dimension multinationale et sont adossés à des groupes puissants. Elle explique aussi que l'existence de coûts de sortie technologiques pour le consommateur n'empêche pas l'entrée sur le marché d'un nouvel opérateur puisque le consommateur change de console à chaque génération. SCEF allègue enfin que le marché ne présente pas

d'effets de réseaux empêchant l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, dans la mesure où les jeux évoluent en même temps que les consoles. En effet, le renouvellement du marché des consoles entraîne le renouvellement du marché des jeux.

79. SCEF considère en outre que la forte image de marque dont disposait SCEF auprès du public du fait du succès de la première PlayStation® ne peut contribuer à lui conférer une position dominante au moment du lancement de la PS2. En effet, les concurrents de SCEF, comme la société Nintendo, la société Sega ou la société Microsoft, disposent également d'une forte image de marque auprès des consommateurs. Par ailleurs, la détention d'une forte image de marque auprès des consommateurs ne permet pas de préjuger du succès d'un nouveau produit, ainsi que l'a démontré l'exemple de Sega.

b) L'analyse du Conseil

Sur la prise en compte des parts de marché

80. Le marché des consoles statiques présente effectivement certaines spécificités dont il convient de tenir compte afin de mesurer le pouvoir de marché détenu par SCEF à l'époque des faits. Il est caractérisé par le rythme rapide de l'innovation, qui permet l'émergence d'une nouvelle génération de consoles tous les 4 à 5 ans. Les positions acquises par les différents fabricants pour une génération de consoles donnée et leur notoriété sur ce marché peuvent jouer un rôle mais n'apparaissent pas déterminantes pour l'évolution ultérieure du marché, les cartes étant rebattues à chaque nouvelle génération. Les parts de marché peuvent varier fortement dans le temps et, en particulier, une position dominante acquise sur une génération de consoles peut être remise en cause à la suivante. Les parts de marché importantes détenues par SCEF en 2000 (78,2 %), calculées essentiellement sur les ventes de PS1, ne constituent pas un critère suffisant pour évaluer le pouvoir de marché de cet opérateur au moment du lancement de la PS2.

Sur la prise en compte d'autres critères

81. L'observation de la réalité du marché lors de la sortie de la PS2 permet toutefois de constater qu'à cette date, Sony était quasiment le seul offreur sur le marché et était assuré de le rester jusqu'au début de l'année 2002.
82. En effet, si *a priori* c'est le fabricant réussissant le premier à mettre sur le marché une console d'une nouvelle génération qui est susceptible de se placer en tête pour cette génération, tel n'a pas été le cas de Sega avec la console Dreamcast sortie fin 1999. Bien que cette console ait été dotée d'un processeur plus puissant que les consoles de la précédente génération, Sega a rapidement rencontré des difficultés qui l'ont contraint à annoncer en janvier 2001 l'arrêt de sa production. Au moment du lancement de la PS2 en Europe en novembre 2000, la société Sony était donc pratiquement seule sur le marché des consoles 126 bits. De plus, la sortie des modèles Nintendo et Microsoft n'était pas attendue avant 2002 et Sony était donc assuré de garder son avance tout au long de l'année 2001.
83. En outre, les doutes que pouvait nourrir Sony quant à l'accueil que rencontrerait la PS2 auprès du public n'avaient plus lieu d'être à la mi-2000 car la console, lancée le 4 mars 2000 au Japon, y avait rencontré un grand succès, succès dont se prévaut SCEF pour expliquer la pénurie de consoles qui a touché les marchés américains et européens et l'obligation dans laquelle elle se serait trouvée de mettre en place l'opération de pré-réservation dont les modalités sont mises en cause dans la présente affaire.

84. Enfin, même s'il est vrai que le succès d'une console ne prédétermine pas complètement le succès de la console de génération suivante, il n'en demeure pas moins que, dans les premiers temps du lancement, la nouvelle console bénéficie de l'image de marque acquise auprès des consommateurs et des éditeurs de jeux. Ainsi Auchan précise en parlant des faibles marges octroyées par SCEF sur la PS2 : « *Cette marge est inacceptable mais nous ne pouvons pas nous passer de ce produit compte tenu du succès de son prédécesseur, la console Playstation 1* ». SCEF a d'ailleurs cherché à tirer parti de cette image de marque acquise en destinant tout d'abord l'opération de pré-réservation à ses clients fidèles, possesseurs de la PS1 et en assurant la compatibilité des jeux de la PS1 avec la PS2.
85. Il est exact que la contestabilité du marché devient plus forte lors de l'apparition d'une nouvelle génération de consoles intégrant une technologie plus performante. Au moment de la sortie d'une console de plus forte puissance, la clientèle acquise par les différents fabricants sur la base des consoles de la technologie précédente devient moins sensible tant aux coûts de sortie (*switching costs*) liés à l'obligation de renouveler la bibliothèque de jeux, qu'aux effets de réseau que peut générer la richesse du catalogue de jeux édité pour la console précédente : en effet, utilisateurs et éditeurs doivent accepter de supporter le coût de ces changements s'ils tiennent à exploiter les possibilités offertes par la technologie de la nouvelle console. Ce type de comportement avait déjà été noté par le Conseil dans son avis n° 05-A-24 relatif au marché des progiciels destinés aux experts-comptables : « *il apparaît que s'il existe des obstacles à l'entrée sur le marché de concurrents potentiels, liés essentiellement à l'importance des coûts de sortie et du critère de notoriété dans les choix des clients appartenant à la profession comptable, ces obstacles peuvent être surmontés de manière relativement aisée (...) à l'occasion des ruptures technologiques que connaît régulièrement le marché* ».
86. Mais l'entrée d'un concurrent sur le marché constitue une opération lourde, qui n'est à la portée que de quelques grands opérateurs. La surveillance de ce marché très oligopolistique permet que les dates des sorties de nouvelles consoles soient connues et annoncées plusieurs années à l'avance. Ainsi, les périodes de contestabilité du marché sont prévisibles, ce qui est de nature à inciter un opérateur à exploiter son pouvoir de marché pendant la période où il est pratiquement le seul offerant.
87. La confirmation de la forte position de Sony lors du lancement de la PS2 et tout au long de l'année 2001 est fournie par l'évolution des prix sur cette période et celle qui a suivi. Alors que le prix de la console PS2 était de 456 euros lors de son lancement en 2001, il n'a commencé à baisser qu'en début 2002, au moment de la sortie des consoles Xbox et Gamecube, pour finalement atteindre 129 euros (prix actuel). De fait, c'est l'arrivée des consoles Gamecube et Xbox qui explique la baisse de part de marché entre 2000 et 2002 mise en avant par SCEF. Le marché apparaît, certes, concurrentiel lorsque plusieurs consoles de la même génération sont disponibles. Les consoles sont alors tarifées à un prix plus proche de leur coût marginal de production, les fabricants compensant cette baisse par les redevances versées par les développeurs de jeu vidéo. En revanche, pendant la période où il a été seul sur le marché, période dont le terme était d'autant plus déterminé que les dates de sortie des consoles concurrentes étaient annoncées très longtemps à l'avance, Sony était en mesure de se comporter de façon indépendante à l'égard des autres acteurs du marché et des consommateurs, notamment en pratiquant un prix nettement plus élevé que le prix concurrentiel, et occupait donc une position dominante sur le marché pertinent.

3. EN CE QUI CONCERNE L'EVENTUEL ABUS

88. SCEF fait valoir que la première phase de l'opération de pré-réservation, destinée aux consommateurs référencés dans une base de données de SCEF, n'impliquait pas les distributeurs et qu'il ne lui était donc pas possible de prévoir un mécanisme de renvoi aux prix pratiqués par les distributeurs. Elle ajoute qu'elle devait néanmoins annoncer un prix, puisqu'il était demandé aux consommateurs de verser un acompte, et que, dans ces conditions, le prix maximum conseillé était le seul prix qu'elle pouvait légitimement annoncer. Elle justifie la mise en place de cette première phase, malgré cette contrainte, par le fait qu'il s'agissait alors de garantir aux consommateurs les plus passionnés, susceptibles de s'approvisionner à l'étranger ou de patienter plusieurs heures avant l'ouverture des magasins le jour du lancement, qu'ils disposeraient bien d'une PlayStation® 2 dès la date de lancement de celle-ci en France.
89. SCEF soutient toutefois que la faculté laissée au consommateur ayant fait une pré-réservation d'annuler cette réservation sans perte monétaire (l'acompte de 300 F lui étant intégralement remboursé) lui permettait de faire jouer la concurrence en résiliant, si besoin était, sa pré-réservation. SCEF affirme donc que la première phase de l'opération de pré-réservation permettait de satisfaire les consommateurs qui souhaitaient être les premiers à disposer de ce nouveau produit, tout en leur permettant, s'ils s'apercevaient que le choix du distributeur qu'ils avaient opéré n'était pas judicieux en terme de prix, d'annuler leur commande et de pré-réserver leur console chez un autre distributeur lors de la deuxième phase de l'opération. Selon SCEF, à supposer que la pré-réservation n'ait plus été possible à ce moment là, le consommateur pouvait toujours arriver à la première heure le jour du lancement pour disposer de la console ou, dans le pire des cas, attendre quelques jours ou au maximum quelques semaines que le stock des consoles ait été réapprovisionné, sans que cela engendre pour lui le moindre préjudice.
90. Cette possibilité de rétractation est effectivement clairement mentionnée dans les documents reçus par les consommateurs tant sur le premier document publicitaire proposant aux consommateurs de pré-réserver leur console que sur la lettre jointe au bon de 300 F à remettre lors du retrait de la console. En conséquence, bien que le processus de pré-réservation ne leur ait pas permis, dans sa première phase, de disposer de suffisamment d'informations sur les prix pour opérer un choix éclairé, les consommateurs, dans la mesure où ils pouvaient annuler leur pré-réservation sans perte financière, étaient capables de faire jouer la concurrence à partir de la seconde phase ou lors du lancement. Si dans les faits, ils n'ont pas utilisé cette possibilité puisque les consoles ont été vendues au même prix par tous les détaillants, cette situation n'est pas liée à la pratique faisant l'objet de ce grief. Comme cela sera détaillé ci-après, il s'agit d'un effet de la pratique d'entente établie ci-dessous.
91. Il résulte de ces éléments qu'il n'est pas établi que la société Sony a abusé de sa position dominante en instaurant, à l'occasion de la sortie en France de la PS2, un processus de pré-réservation qui, dans sa première phase, n'aurait pas permis à la clientèle de disposer de suffisamment d'informations sur les prix pour opérer un choix éclairé et faire jouer la concurrence.

B. SUR LES GRIEFS DE PRIX IMPOSES

1. SUR LE GRIEF D'ENTENTE (GRIEF N°3)

92. Il est reproché à la société Sony Computer Entertainment France d'avoir mis en place une entente verticale avec chacun de ses distributeurs ayant pour objet et pour effet de fixer les prix de revente au détail de la console PS2, de l'accessoire carte mémoire PS2 et des jeux Tekken Tag Tournament et Ridge RacerV, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.
93. Selon une jurisprudence constante, le Conseil considère qu'une entente sur les prix de revente entre un fabricant et ses distributeurs peut être démontrée s'il existe entre eux un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur (cf. par exemple les décisions du Conseil n° [05-D-07](#) et [05-D-66](#)). La validation par les distributeurs d'un contrat proposé par le fournisseur démontre en effet, à suffisance, l'accord de volonté entre fournisseur et distributeurs.
94. Or, dans le cadre de l'opération de pré-réservation, la plupart des distributeurs ont validé une charte d'engagement dans laquelle SCEF spécifiait clairement que les distributeurs ne devaient communiquer dans le cadre de la campagne de pré-réservation que sur le prix maximum conseillé. En effet, la charte d'engagement envoyée par SCEF à tous les participants à l'opération de pré-réservation comportait une clause stipulant qu'en signant cette charte les distributeurs s'engageaient :

« Dans le cadre d'une éventuelle communication portant sur le prix de la console, des jeux ou des accessoires avant leur sortie officielle, à ne communiquer que les coûts mentionnés ci-après :

- *Console : « prix de vente public maximum conseillé : 2 990 F TTC »*
- *Jeux : « prix de vente public maximum conseillé : 399 F TTC »*
- *Accessoires : « prix de vente public maximum conseillé : 299 F TTC » ».*

a) Les arguments de la société SCEF

95. SCEF considère que la signature de la charte d'engagement ou la confirmation par les distributeurs de leur participation à l'opération ne saurait constituer une mesure d'acquiescement expresse ou tacite des distributeurs à une éventuelle fixation des prix de revente de la console PS2, de l'accessoire carte mémoire et des jeux Tekken Tag Tournament et Ridge Racer V. Elle invoque l'arrêt Volkswagen AG / Commission du 3 décembre 2003 (aff T-208/01) dans lequel le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPICE) a considéré qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, ne constitue un accord entre entreprises, au sens de l'article 81 §1 du Traité CE, que si est établie l'existence d'un acquiescement exprès ou tacite de la part des revendeurs à l'attitude adoptée par les fabricants. SCEF invoque également la décision n° [05-D-06](#) du 25 février 2005 du Conseil de la concurrence, dans laquelle le Conseil rappelle qu'« *il ne peut, par exemple, être constaté de concordance de volontés entre un distributeur et un fabricant, lorsque ce dernier met en place*

unilatéralement une nouvelle politique et que le comportement des distributeurs est, dans les faits, contraire à cette politique ».

96. SCEF allègue en effet que la charte avait pour seul objet d'organiser l'opération de pré-réservation et d'obtenir l'acquiescement des revendeurs à leur participation à cette opération et non d'inviter les distributeurs à ne communiquer que sur le prix maximum.
97. De plus, SCEF souligne que tous les distributeurs n'ont pas signé la charte d'engagement en cause ou donné leur accord exprès.
98. Elle fait également valoir qu'elle n'avait aucun moyen de surveiller la communication sur les prix effectuée par les différentes enseignes. Elle cite le rapport d'enquête qui précise qu'« *il convient de signaler qu'aucun des 75 magasins investigués n'ont fait mention d'une surveillance de la part de SCEF sur leurs prix de vente* ». Elle conteste que l'organisation de la communication des points de vente lors de la seconde phase de pré-réservation ait pu lui permettre de vérifier le prix de détail annoncé par chaque distributeur, au moyen de la remontée des scripts des messages enregistrés sur les « *hotlines* ». En effet, SCEF considère que le système de validation des scripts ne constituait qu'un contrôle purement formel de la conformité matérielle du message aux spécifications techniques portant sur la seule présence des informations nécessaires au mécanisme de pré-réservation. Elle rappelle enfin que ni l'enseigne Carrefour, qui a communiqué sur un prix différent du prix conseillé sur l'un de ses catalogues et a offert à la vente des jeux à un prix inférieur à celui mentionné dans la charte, ni l'enseigne Auchan, qui a mis en place son propre système de réservation, n'ont fait l'objet de mesures de rétorsion. Elle fait encore valoir qu'à supposer que la validation des scripts soit considérée comme un moyen d'obtenir des informations sur les prix communiqués, il s'agissait d'une opération promotionnelle ponctuelle. Dès lors, cette validation ne pouvait, à elle seule, permettre à SCEF de s'assurer du respect de prix imposés pour le lancement de la console PS2.
99. SCEF souligne ensuite que cette soi-disant entente sur les prix n'a, en tout état de cause, pas été respectée par les distributeurs et cite Carrefour et Auchan, représentant près de 35,5 % des consoles pré-réservées, qui ont proposé des jeux à un prix inférieur au prix conseillé. Elle rappelle qu'en tout état de cause, conformément à une jurisprudence constante du Conseil (cf. par exemple, les décisions n° [04-D-33](#) et [05-D-06](#)), si un alignement des prix peut résulter d'une série d'ententes verticales entre un fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur, un tel alignement peut également s'expliquer par un parallélisme de comportements qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de prix conseillés ou de martingales par le fournisseur, parallélisme de comportements uniquement guidé par la concurrence qui règnerait dans ce secteur et qui ferait converger les prix vers des niveaux identiques.
100. Enfin, SCEF invoque plusieurs raisons pour justifier l'introduction de la clause incriminée dans la charte telles que la nécessaire organisation des conditions de pré-réservation, l'information des consommateurs ou encore la protection des distributeurs contre les risques de revente à perte ou de publicité mensongère dans un contexte de pénurie et d'incertitude pesant sur les prix (notamment en raison du niveau de taux de change du Yen) à la date d'envoi des chartes. SCEF considère que dès que l'incertitude sur le prix d'achat de la console par les distributeurs et sur leur taux de rémunération a été levée, c'est-à-dire au début du mois de septembre 2000, les distributeurs étaient en mesure de communiquer sur leurs propres prix de vente, par l'intermédiaire des scripts dont ils déterminaient le contenu.

b) L'analyse du Conseil

101. Selon la jurisprudence du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes citée par SCEF, établir la preuve de l'accord de volonté en matière d'ententes verticales impose de démontrer, d'une part, l'invitation d'une des parties à mettre en oeuvre certaines pratiques anticoncurrentielles, d'autre part, l'acquiescement exprès ou tacite de l'autre partie à des mesures envisagées ou à l'attitude adoptée par la première. Cet acquiescement peut résulter de tout moyen par lequel une entreprise peut marquer sa volonté, de façon expresse ou tacite : la signature d'un contrat, prévoyant explicitement que le détaillant communiquera sur un prix précis ou pratiquera un tel prix, constitue le plus évident de ces moyens. Cette analyse a, par exemple, été développée dans les décisions citées au § 93 ci-dessus.
102. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que les enseignes Cora, Hyper U, Ultima Diffusion, Virgin, Komogo, Bardou SEE, SDO, Samaritaine, Sodifa, Carrefour et Galeries Lafayette ont signé une charte contenant une clause explicite selon laquelle ils s'interdisaient de communiquer sur un autre prix que le prix indiqué par SCEF et précisé sur la charte, peu important que cette clause ne constitue pas l'unique stipulation de la charte ni même la principale. Par ailleurs, les enseignes Score Games, Difintel Micro, Neuromedia, Fnac, Darty, Boulanger, Innelec, Printemps, Toys'R'Us, Metro cash and carry France, BHV, CEDIJ, King Jouet (Gueydon), Micromania, Espace 3 Games, Opale (StrataGames et King Games), Entr'Acte, Cyner J, Extrapole, Group Digital, Conforama, DCG Madison Nuggets et Système U ont accepté de participer à l'opération de pré-réservation, sans contester les conditions de la charte mais sans qu'il soit établi qu'elles l'ont signée (cf. ci-dessus aux § 52 à 55).
103. L'accord de volonté entre la société SCEF et la plupart des détaillants susceptibles de distribuer une console de jeux est donc établi. Cependant aucun grief n'a été notifié aux distributeurs. Il est loisible au Conseil de limiter ses poursuites de pratiques illicites à certains membres de l'entente. Le choix fait en l'espèce de se borner à poursuivre SCEF est fondé sur le rôle prépondérant joué par cette entreprise dans la constitution de l'entente alors que les distributeurs n'ont eu qu'une contribution partielle et ponctuelle à cette entente.
104. Dès lors qu'a été démontré l'accord de volonté entre la société SCEF et l'ensemble des distributeurs, visant à limiter leur communication sur les prix de la console PS2 et des jeux et accessoires adaptés au seul prix indiqué par SCEF, la participation de la société SCEF à une entente dont l'objet est anticoncurrentiel, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce, est établie, sans qu'il soit nécessaire, comme le fait le Conseil lorsqu'il recourt, faute d'avoir au dossier la preuve matérielle de l'accord de prix imposés, à la méthode du faisceau d'indices, de démontrer que SCEF avait les moyens de surveiller les prix communiqués, a réellement exercé une telle surveillance ou a mis en place des mesures de rétorsion à l'encontre de détaillants n'ayant pas respecté leur engagement. Il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que les distributeurs ont effectivement respecté cet engagement ou qu'une proportion anormale des prix effectivement annoncés ou pratiqués sur la période concernée est alignée sur les prix conseillés par SCEF.
105. Il est exact, en effet, que s'agissant d'ententes verticales sur le respect de prix de revente entre un fabricant et des détaillants, le Conseil a considéré à plusieurs reprises (voir par exemple la décision [05-D-66](#) du 5 décembre 2005) que l'acquiescement des détaillants pouvait être établi par l'existence d'un faisceau d'indices relatifs à une police des prix, souvent exercée de concert par le fabricant et les points de vente, et à une concentration anormale des prix pratiqués par les revendeurs. Cependant, les arguments de SCEF

répondant à la méthode du faisceau d'indices employée par le Conseil sont inopérants dès lors que la preuve du consentement des parties à l'entente résulte, en l'espèce, de l'existence d'un contrat revêtu des signatures des parties.

106. Quant aux arguments de SCEF relatifs aux effets de cette entente sur le niveau réel des prix pratiqués lors du lancement de la PS2, ils seront pris en compte dans l'évaluation du dommage à l'économie causé par la pratique.
107. Enfin, les incertitudes évoquées par la société mise en cause sur la parité Franc/Yen et le prix en francs auquel la console allait être vendue aux détaillants ne peuvent justifier qu'elle ait convenu avec l'ensemble de ses distributeurs qu'ils ne communiqueraient que sur un prix identique fixé par elle. Il lui était possible d'interdire aux distributeurs de communiquer sur des prix supérieurs à des prix maximaux, par exemple pour protéger les consommateurs contre une exploitation par les distributeurs de la situation de pénurie qu'elle a géré par le moyen de l'opération de pré-réservation. En revanche, l'appréciation du risque de revente à perte pouvait être laissée aux distributeurs eux-mêmes, qui pouvaient choisir de communiquer avec prudence sur tout prix inférieur au prix maximum annoncé durant la période où ils n'étaient pas encore informés de l'exact prix d'achat de gros de la console, et de communiquer en exploitant l'étroite marge de manœuvre qu'ils ont finalement obtenue entre le seuil de revente à perte et ce prix maximum. En tout état de cause, l'accord sur la communication d'un prix unique de revente était conclu pour une période limitée, selon les termes de la charte, à la période « *avant la sortie officielle* [de la console] », c'est-à-dire du 16 septembre, début de la seconde phase de pré-réservation qui a ouvert aux détaillants la possibilité de communiquer sur l'opération et sur des prix au détail, au 24 novembre, date de la sortie de la console. SCEF n'est donc pas fondée à soutenir que les distributeurs pouvaient communiquer sur le prix de leur choix une fois informés de leurs conditions d'achat de la console, soit en octobre 2000 selon ses déclarations (cf. § 36).
108. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société SCEF a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en convenant avec l'ensemble des détaillants susceptibles de distribuer la console PS2, ses jeux et ses accessoires, de ne pas communiquer sur un prix autre que le prix maximum avant sa sortie officielle.

2. SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE (GRIEF N°2)

109. Si SCEF a pris l'initiative de soumettre la charte d'engagement litigieuse à l'accord des distributeurs, qui ont pour leur quasi-totalité adhéré à l'opération de pré-réservation et à ses modalités, y compris en ce qui concerne le fait qu'ils s'interdisaient de communiquer sur d'autres prix que ceux indiqués dans la charte, le dossier ne contient pas d'éléments démontrant un comportement unilatéral - distinct de l'initiative rappelée ci-dessus - par lequel l'entreprise aurait utilisé son pouvoir de domination pour discipliner, par exemple par des menaces de ne pas livrer ou des refus de livraison, les distributeurs récalcitrants. Au contraire, la société Auchan, qui a mis en place d'autres modalités que celles prévues par la charte d'engagement, ou la société Carrefour, qui a communiqué sur un autre prix dans l'un de ses catalogues, ont reçu les consoles annoncées. Dans ces conditions, la qualification d'entente retenue ci-dessus suffit, dans les faits de l'espèce, à caractériser la pratique.
110. Il y a donc lieu d'écarter pour les raisons indiquées plus haut, le grief d'abus de position dominante décrit au paragraphe 64 sous le n° 2.

C. SUR LES SANCTIONS

111. Les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Par suite et en vertu de la non-rétroactivité des lois à caractère punitif, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables.
112. Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement soit en cas de non exécution 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 et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490 17 euros* ».

Sur la gravité des faits reprochés

113. Dans sa décision n° [04-D-12](#) du 7 avril 2004 le Conseil de la concurrence rappelle que « *s'agissant de la gravité des faits, (...) les ententes et actions concertées, ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et en favorisant artificiellement leur hausse, font partie des pratiques que le Conseil de la concurrence estime particulièrement graves car préjudiciables au bon fonctionnement du marché, et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs* ».
114. Dans la même décision, le Conseil précise : « *Dans son rapport d'activité pour l'année 1987, notamment, le Conseil de la concurrence avait expliqué dans un chapitre consacré aux "ententes sur les prix et les marges" qu'il était très attaché à ce que soit préservée sur les marchés où s'affrontent différents producteurs ou différents distributeurs l'indépendance de chacun des opérateurs dans ses décisions de prix. Cette indépendance dans les décisions est en effet une condition nécessaire à l'émergence d'une compétition sur les prix, qui, pour n'être que l'une des formes par laquelle la concurrence joue, n'en constitue pas moins un des éléments déterminants en ce qu'elle oblige chacun des opérateurs à faire l'utilisation la plus économique possible des ressources qu'il mobilise* ».
115. En l'espèce, l'objectif de l'accord était de s'assurer de l'absence de concurrence par les prix dans le cadre de l'opération de pré-réservation mise en place au moment du lancement de la console PS2, et des jeux et accessoires adaptés. La pratique en cause constitue donc une infraction réputée grave aux règles de la concurrence.
116. Néanmoins, le Conseil de la concurrence précise dans l'étude thématique consacrée aux sanctions figurant dans son rapport d'activité pour l'année 2005: « *Les pratiques ayant un caractère ponctuel ou fortuit doivent aussi être opposées à celles qui sont mises en oeuvre sur une période longue ou de façon suivie et répétée, car la probabilité que leur auteur ait pu ignorer leur effet anticoncurrentiel est de fait réduite. La durée des pratiques, qui est un élément qui majore arithmétiquement le dommage à l'économie, comme on le verra ci-dessous est donc également un élément de fait qui est retenu dans la motivation de la gravité des pratiques. De même, le montant du marché affecté, le nombre d'entreprises*

parties à une entente, le caractère captif des consommateurs - qui sont autant d'éléments susceptibles de peser sur l'importance du dommage à l'économie - caractérisent également la gravité d'une pratique ».

117. Pour apprécier la gravité des pratiques ici considérées, il convient donc de prendre en compte la durée des pratiques, la taille du marché affecté et la nature du produit.
118. Or, en l'espèce, l'entente mise en œuvre par SCEF et ses distributeurs présente un aspect ponctuel. En ce qui concerne la taille du marché affecté, SCEF apporte dans ses observations quelques précisions sur le nombre de consoles, jeux et accessoires concernés par l'opération de pré-réservation. Ainsi, *« cette pratique a concerné un total de 51 437 réservations, soit effectivement 51 437 consoles Playstation 2, 22 572 accessoires et 15 796 jeux effectivement vendus le 24 novembre alors que la société Sony Computer Entertainment a vendu lors de l'année 2000 un total de 159 183 consoles, 176 246 jeux et 236 938 accessoires et pour l'année 2001 un total de 908 807 consoles Playstation 2, 1 100 353 accessoires et 973 367 jeux. »*. Ces consoles ayant été vendues à 2 500 F HT pièce (2 990 F TTC), le montant des ventes hors taxes concerné est donc, pour les consoles, de 19 603 800 euros (128 592 500 F HT). Il est de 801 892 euros pour les jeux vendus à 333 F HT (399 FTTC) et de 860 269 euros pour les accessoires vendus à 250 F HT (299 F TTC), ce qui, au total, porte la taille du marché affecté par la pratique à 21 265 961 euros.

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

119. Afin d'apprécier l'importance du dommage à l'économie, il convient de prendre en compte l'effet réel, sur les prix payés par les consommateurs, de la pratique d'entente sur les prix auxquels les détaillants devaient communiquer dans le cadre de l'opération de pré-réservation de la console PS2.
120. SCEF soutient que la clause de la charte d'engagement mise en cause n'a pas été respectée par les distributeurs et cite Carrefour et Auchan, représentant près de 35,5 % des consoles pré-réservées, qui ont proposé des jeux à un prix inférieur au prix conseillé.
121. Il ressort toutefois des éléments au dossier que les communications de toutes les enseignes, que ce soit par réservation téléphonique sur numéro indigo ou par catalogue, ou encore la pré-réservation parallèle de l'enseigne Auchan n'ont fait état que du seul prix de 2 990 F pour la console PS2. De fait, les consoles PS2 pré-réservées ont été vendues par tous les détaillants au prix de 2 990 F. Une exacte uniformité du prix de l'accessoire carte mémoire PS2 a également pu être constatée sur le marché. En ce qui concerne les jeux Tekken Tag Tournament et Ridge Racer V, toutes les enseignes, à l'exception de Carrefour, les ont également vendus aux prix convenus dans la charte d'engagement.
122. En ce qui concerne les jeux vidéo, les distributeurs, à l'exception de la seule société Carrefour, n'ont ni communiqué sur d'autres prix ni fixé d'autres prix que ceux indiqués dans la charte durant toute la période précédant la sortie officielle de la console. La société Carrefour, après avoir effectivement communiqué pendant la période de pré-réservation sur les prix maximums conseillés, a finalement, le jour de la sortie, proposé les jeux à leur prix coûtant apparent, inférieur au prix mentionné dans la charte d'engagement. Quant à la société Auchan, elle a d'une part communiqué uniquement sur les prix indiqués par SCEF et d'autre part a effectivement tarifé les premiers jeux et accessoires achetés par les consommateurs le jour du lancement aux prix indiqués par SCEF. En effet, les bons d'achat proposés par Auchan, qui répercutaient aux consommateurs les remises de 5 % sur les jeux et accessoires, n'étaient valables que pour les achats futurs.

123. L'entente entre SCEF et ses distributeurs a donc bien eu pour effet d'aligner les prix des distributeurs sur le prix convenu et de priver les consommateurs concernés d'éventuelles ristournes qui auraient pu être accordées à l'initiative de certains distributeurs. En effet, sachant que l'une des conditions prévues par Sony dans le cadre de l'opération de pré-réservation était la communication des seuls prix convenus dans la charte, les différents circuits de distribution n'avaient aucun intérêt à pratiquer de telles ristournes et à communiquer sur des prix inférieurs pour tenter d'attirer les clients.
124. SCEF justifie la pratique en expliquant que l'organisation d'une campagne de pré-réservation lui a permis d'obtenir un quota de consoles PlayStation® 2 plus important que celui qui aurait dû lui être alloué en fonction de la taille du marché français par rapport à celui d'autres pays européens. Ainsi, alors que le marché français de la console PlayStation® 1 représentait 15 % des ventes réalisées sur le marché européen, la société Sony Computer Entertainment France a pu obtenir de son groupe 19 % des approvisionnements en consoles PlayStation® 2 destinés au marché européen au cours de l'année 2000. Selon SCEF, elle a obtenu un quota plus important parce qu'elle a été en mesure de faire valoir auprès de sa société mère l'existence d'un volume de commandes fermes, compte tenu du versement d'un acompte.
125. Elle soutient aussi qu'en l'absence d'un prix conseillé maximum, il existait un risque non négligeable que le prix des consoles s'établisse à un niveau supérieur à celui finalement atteint, compte tenu, d'une part, du contexte de pénurie qui justifiait l'opération de pré-réservation et, d'autre part, du fait que l'opération s'adressait en priorité à des passionnés de jeux vidéo, demande caractérisée par une faible élasticité du prix.
126. Cependant, la pratique mise en cause n'était pas nécessaire à l'obtention de tels effets positifs pour le consommateur, à les supposer avérés. En effet, l'opération de pré-réservation, y compris le versement d'un acompte, pouvait s'appuyer sur l'indication aux consommateurs de prix maximaux sans qu'il soit convenu entre SCEF et les distributeurs qu'ils ne communiqueraient que sur ce seul prix. Le Conseil, comme la Commission européenne dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01, point 47) a souvent précisé que « *la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ou de prix maximaux n'est toutefois pas considérée en soi comme conduisant à des prix de vente imposés* » et, en l'espèce, l'indication de prix maximaux était suffisante, à la fois pour éviter que les prix ne montent au-delà de ce seuil sous l'effet d'un déséquilibre ponctuel entre la demande et l'offre, et pour obtenir des commandes permettant de convaincre la maison mère d'augmenter le quota alloué à la France.
127. Néanmoins, comme le fait valoir SCEF, il convient de tenir compte du fait que certains distributeurs ont offert aux consommateurs des avantages en termes de facilités de paiement (Difintel, Addon Neuromédia, Espace 3 Games, Virgin, Auchan), de bons d'achat à valoir sur de futurs achats (Auchan, Komogo, Micromania), ou des à-côtés (Ultima, Virgin).
128. De plus, comme cela a été vu ci-dessus aux § 117 et 118, la durée de la pratique a été brève puisqu'elle est circonscrite à la période de l'opération de pré-réservation et du lancement de la console PS2, soit du 1^{er} septembre 2000 au 24 novembre 2000. Enfin, la taille du marché affecté a été de l'ordre de 21 millions d'euros.

Sur le montant de la sanction

129. Le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par la société Sony Computer Entertainment France au titre du dernier exercice connu, 2005, s'est élevé à 321 millions d'euros.

130. Compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, il est infligé à la société Sony Computer Entertainment France (SCEF) une sanction d'un montant de 800 000 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il n'est pas établi que la société Sony Computer Entertainment France a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 2 : Il est établi que la société Sony Computer Entertainment France a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 3 : Il est infligé une sanction pécuniaire de 800 000 euros à la société Sony Computer Entertainment France.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Bourguignon, par M. Nasse, vice-président président la séance, Mme Pinot, MM. Bidaud et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence