

COMM.

I.G

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 avril 2008

Rejet

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 488 F-D

Pourvois n° P 07-16.485
E 07-16.500

JONCTION

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° P 07-16.485 formé par la société
Casino Guichard-Perrachon, dont le siège est 42 rue de la Montat, 42008
Saint-Etienne cedex 2,

contre un arrêt rendu le 29 mai 2007 par la cour d'appel de Paris (1re
chambre, section H), dans le litige l'opposant au ministre de l'économie des
finances et de l'industrie, dont le siège est 59 boulevard Vincent Auriol,
75003 Paris cedex 13,

défendeur à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° E 07-16.500 formé par la société
Selection Disc Organisation (SDO), dont le siège est ZA du Giffard, 35410
Domloup,

contre le même arrêt rendu, dans le litige l'opposant au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

défendeur à la cassation ;

En présence de la société Casino Guichard Perrachon,

La demanderesse au pourvoi n° P 07-16.485 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° E 07-16.500 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 11 mars 2008, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Garnier, conseiller doyen, Mme Bonhomme, avocat général, Mme Molle-de Hédouville, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat de la société Selection Disc Organisation, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Casino Guichard Perrachon, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, les conclusions de Mme Bonhomme, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° P 07-16.485, formé par la société Casino Guichard Perrachon et n° E 07-16.500, formé par la société Selection Disc Organisation, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que, saisi le 22 décembre 1999 par le ministre de l'économie de pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre dans le secteur de la commercialisation des vidéocassettes préenregistrées, le Conseil de la concurrence (le Conseil) a, dans une décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005, dit établis des faits d'ententes, d'une part, de 1994 à 1998, entre la société Buena Vista Home Entertainment (BVHE), éditeur qui détient l'exclusivité des droits de commercialisation sur ce support des oeuvres des studios Walt Disney, et les sociétés Carrefour SAS et Casino Guichard Perrachon (Casino) qui détenaient le GIE IC Vidéo centralisant les achats vidéo des hypermarchés des deux enseignes et d'autre part, de 1995 à 1999, entre la société BVHE et la société Selection Disc Organisation (SDO), grossiste en produits vidéo ayant pour principaux clients les supermarchés, et après avoir fait injonction aux sociétés Carrefour SAS et BVHE de se conformer aux engagements par

elles souscrits en application de l'article L. 464-2-III du code de commerce, a infligé aux sociétés Carrefour SAS, BVHE, Casino et SDO des sanctions pécuniaires allant de 2 400 000 à 5 700 000 euros ; que la cour d'appel a rejeté les recours en annulation et réformation formés par les sociétés Casino et SDO ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° P 07-16.485 formé par la société Casino :

Attendu que la société Casino fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision n° 05-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 19 décembre 2005, alors, selon le moyen :

1°/ qu'un groupement d'intérêt économique ayant, une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, des pratiques anticoncurrentielles commises par un GIE ne peuvent pas être imputées à ses affiliés sauf à démontrer l'absence de toute autonomie économique et commerciale de celui-ci ; qu'en retenant que le GIE IC Vidéo ne bénéficiait pas d'une autonomie suffisante quand il lui appartenait d'établir une absence totale d'autonomie de celui-ci, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce, ensemble l'article L. 251-4 du même code ;

2°/ que, selon l'article 2 de ses statuts, le GIE IC Vidéo avait pour objet «la mise en oeuvre de tous moyens propres à faciliter ou à développer l'activité de ses membres dans le domaine de l'approvisionnement en support vidéo enregistrées notamment par la création et l'exploitation de services communs et plus spécialement d'un service commercial chargé à titre exclusif de l'achat en France ou à l'étranger de produits en vue de leurs revente, de l'entreposage des produits en cours de fabrication ou finis, de leur livraison et de leur facturation aux magasins affiliés à leur enseigne» ; que pour imputer aux seuls membres du GIE un détournement de la réglementation interdisant la revente à perte, la cour d'appel a affirmé qu'en application de ce texte, le GIE avait «pour objet la mise en oeuvre de tous moyens propres à faciliter ou à développer l'activité de ses membres... par... l'exploitation de services communs citant la création d'un service commercial chargé de l'achat de produits et de leur livraison aux magasins affiliés et le conseil de ses membres en ce qui concerne les techniques de vente des supports vidéo enregistrés» ; qu'en occultant ainsi la circonstance que le service commercial du GIE était non seulement chargé à titre exclusif de l'achat en France ou à l'étranger de produits en vue de leur revente, mais aussi de la facturation aux magasins affiliés à leur enseigne, ce dont il résultait que le service commercial du GIE devait répondre, par les mentions figurant sur les factures qu'il établissait de la fixation du seuil de revente à perte déterminant le prix plancher des cassettes enregistrées au consommateur final dans chaque enseigne la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que, pour imputer aux sociétés Casino et Carrefour SAS, et non au GIE IC Vidéo, la responsabilité des pratiques en cause d'entente sur les prix avec la société BVHE, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, après avoir relevé que le GIE IC Vidéo, groupement détenu à parts égales par les sociétés Carrefour SAS et Casino, centralisait les achats vidéo des 230 hypermarchés des deux enseignes, retient que ce groupement d'intérêt économique servait d'interface entre les enseignes et la société BVHE et permettait de regrouper plusieurs fonctions logistiques, tels les approvisionnement, livraison, facturation, définies dans les statuts et de réaliser des économies de coûts, mais que chaque enseigne demeurait autonome dans la définition de sa politique tarifaire et commerciale, qu'en particulier, les responsables de chaque enseigne participaient aux réunions annuelles sur la négociation des taux d'avantages tarifaires avec la société BVHE et chaque enseigne déterminait elle-même les prix de revente aux consommateurs des vidéocassettes ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° P 07-16.485 formé par la société Casino :

Attendu que la société Casino fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que l'existence d'une entente verticale entre fournisseur et distributeur suppose que chacune des parties y a librement adhéré en toute connaissance de cause ; qu'en considérant que la société Casino avait adhéré à la politique de prix de revente mise en oeuvre par le fournisseur, après avoir constaté que la société BVHE exerçait des pressions sur les distributeurs refusant d'appliquer ses prix de revente prétendument conseillés, ce dont il résultait que les revendeurs n'avaient pas agi volontairement mais sous la contrainte, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2°/ que l'existence d'une entente verticale entre fournisseur et distributeurs suppose que chacune des parties y a librement adhéré en toute connaissance de cause : qu'il ne peut donc être reproché à un distributeur d'avoir participé à un détournement de la réglementation sur la revente à perte à des fins anticoncurrentielles qu'à la condition de démontrer qu'il a agi en toute connaissance de cause après avoir été informé des conditions réelles d'obtention des ristournes au moment de la vente ; qu'en se bornant à affirmer, pour retenir que la société Casino avait adhéré à la politique tarifaire mise en oeuvre par le fournisseur que les responsables des magasins informaient le grossiste IC Vidéo auquel ils étaient affiliés lorsque des concurrents pratiquaient des prix «visiblement inférieur au seuil de revente à perte», la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à

établir l'adhésion consciente et volontaire de la société Casino à la politique de prix voulue et imposée par la société BVHE, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et L. 442-2 ancien du code de commerce ;

3°/ que des remises assorties pour le fournisseur d'une contrepartie réelle objectivement définie ne présentent aucun caractère anticoncurrentiel ; que seules les réductions de prix acquises à la date de la vente sont susceptibles de diminuer le seuil de revente à perte ; qu'en affirmant, pour retenir que les seuils de revente à perte étaient artificiels du fait du "caractère faussement conditionnel de certaines remises, qu'il ressort notamment de courriers saisis auprès du GIE IC Vidéo faisant état d'une rémunération minimale acquise que les distributeurs étaient assurés de les obtenir quels que soient le volume des ventes, l'objectif fixé, ou le chiffre d'affaires réalisé, tout en admettant que ces courriers mentionnaient l'existence de contreparties, ce dont il résulte que l'attribution des ristournes litigieuses étaient, à la date de la vente, subordonnées à la réalisation de certains objectifs, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 442-2 ancien du code de commerce ;

4°/ que les distributeurs ne peuvent déduire une ristourne du seuil de revente à perte qu'à la condition d'avoir eu connaissance du caractère définitivement acquis de celle-ci au moment de la vente ; qu'en retenant, pour reprocher à la société Casino d'avoir détourné à des fins anticoncurrentielles la réglementation prohibant la revente à perte, que, nonobstant la mention de contreparties «des remises ou ristournes promises ont été (en réalité) accordées de manière quasi systématique et sans réel contrôle du respect des objectifs commerciaux fixés», la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir que le distributeur avait eu connaissance dès l'origine des véritables modalités d'attribution de celles-ci, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et L. 442-2 ancien du code de commerce ;

5°/ qu'il ne peut être reproché à un distributeur d'avoir participé à un détournement de la réglementation sur la revente à perte à des fins anticoncurrentielles qu'à la condition d'avoir eu connaissance du caractère définitivement acquis de celle-ci au moment de la vente ; qu'en se bornant à retenir que des courriers saisis auprès du GIE IC Vidéo faisait état d'une rémunération minimale acquise attestant ainsi du caractère faussement conditionnel de certaines remises, sans rechercher si la société Casino qui n'était pas destinataire des lettres adressées à son seul groupement avait été informée en temps utile des conditions réelles d'obtention des ces remises et partant de la déductibilité de celles-ci, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 420-1 et L. 442-2 ancien du code de commerce ;

6°/ qu'en retenant, pour reprocher à la société Casino d'avoir détourné la réglementation sur la revente à perte à des fins anticoncurrentielles, que la similitude des prix constatés dans différentes enseignes de distribution est d'autant plus inexplicable que les rabais, remises ou ristournes sont «par principe négociés individuellement entre distributeurs et éditeur» quand les constatations du Conseil de la concurrence attestaient précisément qu'en l'espèce, elles n'étaient pas négociées directement et individuellement entre l'éditeur et chaque distributeur mais par le grossiste ou autre groupement auquel chaque revendeur était affilié, ce dont il résultait que de nombreux distributeurs pouvaient ainsi bénéficier de conditions tarifaires identiques, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu que, pour dire établie une entente entre les sociétés BVHE, Casino et Carrefour SAS ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix de vente au détail des vidéocassettes éditées par BVHE par le libre jeu de la concurrence en favorisant artificiellement leur hausse, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, après avoir constaté qu'à l'époque des faits, le GIE IC Vidéo représentait plus de 21% des ventes de la société BVHE, et après avoir relevé, par des motifs vainement critiqués par le premier moyen, que la société Casino demeurait autonome dans la fixation de sa politique tarifaire et commerciale, retient que la société BVHE détaillait dans ses lettres de présentation de nouveautés à ses clients, à la fois le prix net hors taxes correspondant au prix tarif diminué de la remise sur factures consentie à tous les clients et de la sur-remise sur factures consentie pour les commandes passées dans un certain délai avant la sortie du film, et le prix net TTC constituant le seuil de revente à perte, qu'au vu de documents saisis, ce dernier prix correspondait au prix de vente conseillé par BVHE aux distributeurs et, de fait, au vu de l'enquête, au prix de vente constaté dans les relevés effectués sur les lieux de vente et dans les catalogues des distributeurs, que l'enquête a mis en lumière, sur deux titres, dans les hypers ou supers marchés, dont ceux de la société Casino, une homogénéité exemplaire des prix au détail sur l'ensemble du territoire national, certains responsables de magasins précisant que le prix de revente au public indiqué par BVHE était appliqué car "c'était la règle du jeu" et qu'il s'agissait d'éviter "une guerre des prix", qu'un mécanisme de surveillance des prix au détail et de remontée d'informations a été mis en place avec la participation des distributeurs et en particulier des adhérents du GIE IC Vidéo qui informaient ce dernier lorsque des enseignes concurrentes pratiquaient des prix de revente à perte, IC Vidéo relayant l'information à la société BVHE afin qu'elle intervienne auprès de l'enseigne concernée ; que l'arrêt ajoute que la société Casino ne peut soutenir que l'uniformité des prix de vente au détail tient à l'existence de seuils de revente à perte dès lors que ces seuils, identiques pour chacun des distributeurs, étaient artificiels du fait du "caractère faussement conditionnel

de certaines remises", qu'en particulier, le GIE IC Vidéo négociait ex ante avec BVHE, en présence des représentants des enseignes, un taux global de remises qui était acquis quelque soit sa décomposition par type de remise et que si certains courriers font état de contreparties, les remises ou ristournes promises étaient accordées de manière quasi systématique et sans réel contrôle du respect des objectifs commerciaux fixés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir l'adhésion de la société Casino à l'invitation du fournisseur de pratiquer des prix de vente au détail ne résultant pas du libre jeu de la concurrence, la cour d'appel a légalement justifié sa décision et a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen, qui en sa sixième branche critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° P. 07-16.485 formé par la société Casino :

Attendu que la société Casino fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen

1°/ que les entreprises auxquelles des griefs ont été notifiés doivent être en mesure de se défendre utilement et d'exercer sans restriction le recours de plein contentieux dont elles disposent à l'encontre des décisions de condamnation du Conseil de la concurrence les concernant ; qu'en décidant que la société Casino n'était pas recevable à contester la décision du Conseil de la concurrence la condamnant en ce qu'elle avait abandonné tous les griefs d'abus de position dominante contre BVHE quand ces griefs étaient indissociables de ceux retenus à l'encontre de la société Casino et pouvaient être de nature à éclairer le contexte dans lequel les pratiques reprochées à cette dernière avaient été commises, à influencer sur la qualification de ces infractions ou à tout le moins à réduire le montant de la sanction prononcée, la cour d'appel qui a privé la société Casino d'un moyen de défense a violé les articles L. 463-1, L. 463-2, L. 464-2, L. 464-8 du code de commerce et 36 du décret du 30 avril 2002, devenu l'article R. 463-11 du code de commerce, ensemble l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que les notions d'entente et d'abus de position dominante au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu qu'ayant constaté l'adhésion du distributeur à l'invitation du fournisseur de respecter un prix de vente aux consommateurs artificiellement élevé, c'est sans méconnaître les textes invoqués, que la cour d'appel a écarté les conclusions de la société Casino invoquant une pratique

unilatérale de la société BVHE ; que le moyen, inopérant à sa première branche, n'est pas fondé ;

Sur le second moyen du pourvoi n° E 07-16.500 formé par la société SDO :

Attendu que la société SDO fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision n° 05-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 19 décembre 2005, alors, selon le moyen :

1°/ que la constatation d'une entente prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE est subordonnée à la preuve de l'existence d'une volonté commune des opérateurs économiques d'adopter un comportement ou une mesure ; que, l'arrêt attaqué constate que les prix de vente au consommateur étaient fixés de manière unilatérale par la société BVHE et ne constate pas que la fixation de ces prix a fait l'objet d'une négociation entre la Société BVHE, fournisseur, et la Société SDO, grossiste, si bien qu'en sanctionnant la société SDO, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des textes précités ;

2°/ que la société SDO avait fait valoir qu'elle n'avait nullement adhéré aux pratiques mises en oeuvre par la société BVHE mais s'était vue imposer des conditions commerciales qui lui étaient défavorables sans véritable possibilité de négociation face au fournisseur exclusif d'un produit incontournable, qui détenait à l'époque des faits une position dominante sur le marché, si bien qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ que la société SDO avait exposé que si la prestation fournie à ses clients comprenait l'étiquetage des produits, les prix étaient fixés par ses clients eux-mêmes qui, à cette fin, lui remettaient une fiche signalétique intitulée «Codes barres prix» dont quelques exemplaires avaient été régulièrement versés aux débats, si bien qu'en retenant que SDO fixait elle-même les prix en rayon, sans s'expliquer sur ce moyen, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ que la société SDO avait contesté la valeur probante des relevés de prix effectués dans quelques points de vente situés dans 31 départements sélectionnés sans aucun critère statistique, si bien qu'en se fondant sur ces relevés de prix sans s'expliquer sur leur valeur probante contestée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que la société SDO faisait valoir que la télécopie du 6 avril 1995 citée au § 107 de la décision du Conseil de la concurrence ne comportait aucune indication susceptible d'être retenue à charge, que la télécopie relative au magasin d'Orthez lui avait été faussement attribuée tandis qu'elle émanait en réalité de BVHE, que la télécopie du 11 janvier 1995 qui lui était attribuée ne figurait pas au dossier et que la lettre de son dirigeant du 21 octobre 1996, citée au § 108, avait été dénaturée par le Conseil de la concurrence, d'où résultait l'absence de preuve des faits de participation à une police des prix retenus à son encontre, si bien qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

6°/ que la société SDO faisait valoir que la similarité des prix constatée dans seulement quelques magasins ne pouvait résulter que d'un parallélisme de comportement des distributeurs, s'agissant de produits nouveaux et vendus à la veille des fêtes de fin d'année, période au cours de laquelle la majorité des ventes de cassettes vidéo préenregistrées pour enfants sont réalisées et où les distributeurs ont coutume de ne pratiquer aucune marge sur les cassettes vidéo préenregistrées à destination des enfants, a fortiori pour des nouveautés, si bien qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, si ce n'est pas une pétition de principe, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'il n'était pas reproché aux sociétés BVHE et SDO d'avoir négocié la fixation des prix de vente aux consommateurs des vidéocassettes destinées aux enfants ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'écartant les conclusions prétendument délaissées, l'arrêt a souverainement estimé que les relevés de prix effectués en novembre et décembre 1997 sur l'ensemble du territoire national par la DGCCRF, sur deux titres, en particulier dans des supermarchés clients de la société SDO, montrent une homogénéité exemplaires des prix au détail dans les linéaires concernés ;

Attendu, en troisième lieu, que, pour dire établie la participation de la société SDO à la surveillance du respect par les distributeurs des prix conseillés par la société BVHE, l'arrêt, après avoir relevé que la société SDO relayait ces prix auprès des distributeurs qu'elle approvisionnait, retient qu'il résulte des déclarations du directeur général de la société SDO que celle-ci informait la société BVHE lorsqu'un magasin pratiquait des prix inférieurs et lui demandait d'intervenir pour faire cesser cette pratique ; que l'arrêt ajoute, par motifs propres et adoptés, que les déclarations de responsables de certains magasins montrent que la société SDO, qui procédait au pré-étiquetage des prix sur les produits, fixait elle-même le prix de vente en

rayon ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, n'encourt pas les griefs des troisième et cinquième branches du moyen ;

Attendu, en dernier lieu, que, pour dire établie une entente entre les sociétés BVHE et SDO ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix de vente au détail des vidéocassettes éditées par BVHE par le libre jeu de la concurrence en favorisant artificiellement leur hausse, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, après avoir relevé que la société SDO était, après le GIE IC Vidéo, le plus important client de la société BVHE, elle-même premier fournisseur de SDO dans le domaine de la vidéo, retient que les prix de vente aux consommateurs des vidéocassettes Disney ont été systématiquement conseillés par BVHE, que ces prix, qui correspondaient à un seuil de revente à perte artificiellement fixé du fait du caractère faussement conditionnel de certaines remises, ont effectivement et uniformément été appliqués par les distributeurs et que la société SDO a participé à une politique de surveillance du respect de ces prix par les distributeurs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que l'alignement des prix de vente des produits aux consommateurs ne provenait pas d'un parallélisme spontané de comportements des entreprises sur le marché, mais résultait de l'accord des volontés des sociétés BVHE et SDO pour que les prix conseillés par la première soient appliqués par les clients de la seconde, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le quatrième moyen du pourvoi n° P 07-16.485 formé par la société Casino et le premier moyen du pourvoi n° E 07-16.500 formé par la société SDO ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Fait masse des dépens et les met pour moitié d'une part à la charge de la société Casino Guichard Perrachon et d'autre part à la charge de la société Sélection Disc Organisation ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Casino Guichard-Perrachon et la société Sélection Disc Organisation à payer au ministre de l'économie des finances et de l'industrie, chacune, la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit avril deux mille huit.