

COMM.

JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du **8 juin 2017**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 876 F-D

Pourvoi n° K 15-26.151

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la Société nouvelle des yaourts Littée (SNYL), société par actions simplifiée, dont le siège est Habitation Directoire Vert Pré, 97231 Le Robert,

2°/ la Société de fabrication de glaces et de crèmes glacées (Socrema), société par actions simplifiée, dont le siège est zone industrielle de Jarry, 97001 Baie-Mahault,

3°/ la société Antilles glaces, société par actions simplifiée, dont le siège est 150 impasse Lareinty 1, 97232 Le Lamentin,

contre l'arrêt rendu le 8 octobre 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1^o/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, TELEDOC 252, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 25 avril 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Société nouvelle des yaourts Littée, de la Société de fabrication de glaces et de crèmes glacées et de la société Antilles glaces, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, l'avis de Mme Pénichon, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 octobre 2015), que la Société nouvelle des Yaourts Littée (la société SNYL), filiale à 100 % de la Société de fabrication de glaces et crèmes glacées (la société Socrema), elle-même filiale à 100 % de la société Antilles glaces, fabrique des produits laitiers frais qu'elle commercialise en Martinique, pour le compte de la marque « Yoplait » ou sous marques de distributeur ; qu'ayant constaté que certains de ses concurrents, notamment la société Laiterie de Saint-Malo (la société LSM), apposaient sur leurs produits laitiers frais exportés vers les Antilles des dates limites de consommation (DLC) d'une durée de 55 à 60 jours, supérieures à celles, d'une durée de 30 jours, appliquées aux mêmes produits commercialisés en métropole, la société SNYL a fait effectuer des analyses par un laboratoire et a conclu à la non-conformité des produits de la société LSM, dont elle a fait part, dans une lettre du 11 décembre 2007, au syndicat national des fabricants de produits laitiers frais (Syndifrais), dont elles étaient toutes deux membres, ainsi qu'à son principal concurrent auquel elle a transmis copie de sa lettre ; que, sur la base de ces informations, Syndifrais a exclu de ses rangs la société LSM ; que l'information selon laquelle les produits laitiers frais de la société LSM ne respectaient pas la réglementation sanitaire s'est ensuite propagée auprès

des professionnels de la distribution alimentaire aux Antilles, conduisant certaines enseignes à retirer ces produits de leurs rayons ; qu'après s'être saisie d'office de pratiques relevées dans le secteur de la commercialisation des produits laitiers aux Antilles françaises, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a, par décision n° 14-D-08 du 24 juillet 2014, infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles glaces (les sociétés) une sanction pécuniaire pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce, en leur reprochant un abus de position dominante par dénigrement ; que la cour d'appel a réformé cette décision sur le montant de la sanction, qu'elle a réduit ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés font grief à l'arrêt de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros alors, selon le moyen :

1°/ qu'est en position dominante sur un marché donné l'entreprise qui est en mesure de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs, sans tenir compte des contraintes concurrentielles que ces agents économiques tenteraient d'exercer et sans que cette attitude lui porte préjudice ; que la position dominante d'une entreprise s'apprécie au regard d'un ensemble de critères comprenant les parts de marché respectives de l'entreprise et de ses concurrents, l'existence ou l'absence d'une menace crédible d'expansion, l'existence ou non de barrières importantes à l'entrée du marché, l'existence ou non de forts contre-pouvoirs ; que si la détention de plus de 50 % des parts de marché peut faire présumer la situation de position dominante de l'entreprise, cette présomption est simple et peut être combattue par la preuve de l'absence de liberté de comportement de l'entreprise ; que, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait valoir qu'il n'existant aucune barrière à l'entrée du marché où la concurrence était de plus en plus importante ainsi qu'en témoignait l'essor des marques de distributeur, celui des ventes effectuées par la société SAPY sous marque Danone et le propre effritement de ses positions de sorte qu'il ne lui était pas possible de déterminer une politique commerciale indépendante de ses concurrents ; qu'en se bornant, pour dire que la présomption de position dominante n'était pas renversée, à affirmer qu'en dépit de la variation de la part de la société SNYL sur la période considérée, la part de ses concurrents était restée modeste et que la structure du marché demeurait caractérisée par la présence d'un opérateur très puissant y occupant des positions importantes, sans rechercher si, indépendamment des parts de marché détenues, la présence de concurrents et l'absence de barrières à l'entrée du marché n'étaient pas de nature à exclure que la société SNYL soit en mesure de s'abstraire des contraintes concurrentielles, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2^o/ que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait valoir qu'il existait sur le marché une puissance d'achat compensatrice particulièrement forte, la grande et moyenne distribution en Martinique, composée de grands groupes fortement implantés et représentant 92% de la demande de produits laitiers, qui excluait qu'elle puisse, sans préjudice, s'abstraire des conditions du marché ; qu'elle observait, à cet égard, éléments de preuve à l'appui, qu'alors que le prix d'achat des principales matières premières avait fortement augmenté entre 2008 et 2012, (+ 44%), elle n'avait pu répercuter ces hausses sur ses prix de vente, ce qui l'avait constraint à réduire significativement sa marge de l'ordre de 9% ; qu'en se bornant, pour dire que la pression concurrentielle subie par la société SNYL restait modeste et insuffisante à faire perdre sa position dominante, à énoncer que « dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, et qui avaient trait aux prix pratiqués par la GMS », l'Autorité de la concurrence « a rappelé que les relevés de prix avaient révélé des écarts substantiels entre la métropole et les départements d'outre-mer et qu'avaient été constatées des pratiques de prix conseillés identiques », la cour d'appel qui a statué par des motifs généraux et sans rechercher, comme il lui était demandé, si la baisse de marge subie par la société SNYL n'établissait pas la contrainte concurrentielle exclusive de toute indépendance du fabricant au regard des exigences de la grande et moyenne distribution, partant l'absence de position dominante de la société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3^o/ que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait également valoir que les seuls relevés de prix figurant au dossier de l'Autorité de la concurrence, comparant les prix pratiqués par la société SNYL et la société LSM, faisaient apparaître pour plusieurs produits un différentiel de prix en faveur des produits de la société SNYL, établissant ainsi l'impossibilité pour la société de s'abstraire de la concurrence par les prix imposée par la grande et moyenne distribution ; qu'en se bornant, pour dire que la pression concurrentielle subie par la société SNYL restait modeste et insuffisante à faire perdre sa position dominante, à énoncer que « dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'Outre-Mer, et qui avaient trait aux prix pratiqués par la GMS », l'Autorité de la concurrence « a rappelé que les relevés de prix avaient révélé des écarts substantiels entre la métropole et les départements d'outre-mer et qu'avaient été constatées des pratiques de prix conseillés identiques », sans rechercher, comme il lui était demandé, s'il ne ressortait pas des relevés de prix pratiqués, la preuve de la concurrence par les prix imposée par la grande et moyenne distribution, la cour d'appel a encore

privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé le degré élevé de concentration du marché de la distribution alimentaire dans les départements ultra-marins et les spécificités qui le rendent peu concurrentiel, et analysé l'évolution des parts de marché de la société SNYL et de ses concurrents entre 2007 et 2009 sur les marchés pertinents retenus de l'approvisionnement de la grande et moyenne surface en yaourts et spécialités laitières et en fromages frais et spécialités fromagères en Martinique, l'arrêt relève que la société SNYL détient les parts de marché les plus importantes, demeurant à des niveaux toujours supérieurs à 63 % et atteignant quelque fois 68 %, tandis que, dans le même temps, son principal concurrent a vu ses parts diminuer sur le marché des fromages frais, pour n'atteindre que 12,2 %, et stagner sur celui des yaourts à un niveau de 25,4 % ; qu'il retient que si l'intensification de la concurrence a entraîné la fin de la situation quasi-monopolistique dont jouissait la société SNYL, elle ne modifie pas la structure du marché, caractérisée par la présence d'un opérateur très puissant, y occupant des positions importantes, et par la part modeste représentée par ses concurrents ; qu'il ajoute que la puissance d'achat des groupes de distribution invoquée par la société SNYL, qui ne peut être discutée dans son principe, doit être tempérée dans ses effets, comme l'établissent les constatations de l'avis de l'Autorité n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, concomitantes aux agissements reprochés à la société SNYL, qui font état de pratiques de prix conseillés et du respect de ces prix par la grande distribution ; qu'il en déduit que la pression concurrentielle à laquelle est soumise la SNYL reste modeste et en tous cas insuffisante pour lui faire perdre sa position dominante ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la première branche et qui n'était pas tenue de procéder aux autres recherches que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les sociétés font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o/ que le dénigrement pouvant être constitutif d'abus de position dominante, suppose que soit jeté publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié en vue de bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant un compétiteur déterminé ; que la cour d'appel a expressément constaté que les analyses, effectuées à la demande de la société SNYL et communiquées au syndicat Syndifrais, portaient non sur les seuls produits laitiers de la société LSM mais également sur ceux de la société Savoie Yaourts ; qu'en retenant cependant que la société SNYL

avait, par la transmission des résultats erronés de ces analyses au syndicat, dénigré la société LSM, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir que la société SNYL n'avait pas dénigré un concurrent identifié mais combattu la pratique de certains producteurs métropolitains de yaourts consistant à apposer, sur les produits laitiers destinés à l'Outre-Mer, une date limite de consommation, distincte de celle apposée pour les mêmes produits à destination de la métropole, et dépassant le délai d'usage dans la profession de 30 jours ; qu'elles indiquaient ainsi, éléments de preuve à l'appui, que « contrairement à l'affirmation préemptoire de l'Autorité, les analyses commandées au Laboratoire MAP n'ont pas été ciblées sur les seuls produits Malo », que « les analyses figurant au dossier concernent en effet également les produits des fabricants Savoie Yaourts (pour les produits à marque propre Carrefour) et Pechalou », et elles rappelaient encore que la lettre adressée par la société SNYL en décembre 2007 au syndicat Syndifrais, déplorant le non-respect des règles adoptées par le syndicat, visait tant la société Savoie Yaourt que la société LSM ; qu'en retenant que la société SNYL avait, par la transmission des résultats erronés de ces analyses au syndicat Syndifrais, dénigré la société LSM, sans répondre au moyen tiré de ce que le comportement reproché n'avait pas jeté le discrédit sur un concurrent précisément et exclusivement identifié en vue de le pénaliser, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'un dénigrement mis en oeuvre par une entreprise en position dominante n'est constitutif d'un abus de position dominante que s'il existe un lien entre la position dominante et le dénigrement reproché ; qu'en l'espèce, les sociétés requérantes faisaient valoir, dans leur mémoire, que l'Autorité de la concurrence n'avait, dans la décision entreprise, caractérisé aucune lien entre la position dominante de la société SNYL et le dénigrement qui lui était reproché ; qu'elles indiquaient que la « renommée de Mme Littée », sur laquelle la décision était fondée, datant des années 50, était, à supposer qu'elle ait existé, aujourd'hui inexiste, que les opérateurs du marché n'associaient plus depuis longtemps la société SNYL à Mme Littée et que le fait que la société SNYL soit associée à la marque Yoplait, par laquelle elle détient une part de marché de 25% pour les yaourts et 19% pour les fromages frais n'était pas de nature à caractériser une renommée telle qu'il existait un lien entre la position dominante de la société SNYL et le dénigrement reproché ; qu'en retenant, pour prononcer à l'encontre des sociétés requérantes une sanction pécuniaire, l'existence d'un abus de position dominante de la société SNYL sans répondre au moyen tiré de l'absence de lien entre la position dominante de la société et le

dénigrement reproché, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève qu'après avoir fait réaliser des analyses sur les produits LSM et Savoie Yaourts, selon une méthodologie erronée, et en avoir tiré des résultats trompeurs, la société SNYL a mis en cause, nommément, la société LSM dans une lettre du 11 décembre 2007 adressée à leur syndicat professionnel commun, qu'elle a également transmise en copie à son principal concurrent, la société Sapy, ce qui a conduit à sa propagation auprès des distributeurs ; qu'il retient que les termes de cette lettre ne se contentent pas d'attirer l'attention du syndicat sur les agissements de ses adhérents, mais mettent gravement en cause, et de manière explicite, les produits de la société LSM, accusant cette dernière de tromperies sur les qualités substantielles des produits vendus ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a répondu au moyen invoqué par la deuxième branche, a caractérisé le discrédit jeté sur la société LSM, peu important que les analyses effectuées par la SNYL aient également concerné un autre concurrent ;

Et attendu, en second lieu, que par motifs adoptés, l'arrêt relève, d'abord, que la société SNYL disposait d'une notoriété locale remarquable à raison de la marque qu'elle commercialisait en nom propre, de sa position de leader incontesté des produits laitiers frais et de l'association de son nom à celui de « Yoplait » dont elle était le fournisseur exclusif en Martinique depuis 1976, ensuite, que c'est l'autorité, la notoriété et l'influence que lui conférait sa position dominante, qui lui ont permis de donner leur plein effet aux propos dénigrants véhiculés ; qu'en cet état, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les sociétés font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir, quant aux analyses des yaourts, que l'Autorité de la concurrence avait considéré, de manière erronée, que les résultats des analyses pratiquées, qui établissaient la non-conformité de 10% des échantillons prélevés, étaient « fallacieux », faute d'indiquer la numération de chacune des deux souches composant la flore lactique, quand la méthodologie applicable, (norme ISO 7889/FIL 117), n'imposait nullement de faire apparaître dans les résultats la numération précise de chacune d'entre elles ; qu'elles produisaient, à l'appui de leur démonstration, la consultation de M. Soroste, expert en matière

d'hygiène et de réglementation des produits laitiers ; qu'en retenant cependant l'existence d'un discours dénigrant basé sur les résultats erronés des analyses de yaourts effectuées, sans répondre au moyen tiré de l'erreur commise par l'Autorité de la concurrence dans l'application de la norme, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/que le principe de la présomption d'innocence, consacré par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis à suffisance de droit et sans qu'il ne subsiste plus aucun doute par l'autorité de poursuite les faits constitutifs de l'infraction reprochée ; que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir, contrat annuel et bon de commande à l'appui, qu'il ressortait des dispositions de ce bon, rédigé par le laboratoire MAP, que la demande d'analyses de la société SNYL visait la recherche de « levures et moisissures et de la flore lactique à DLC » sans aucune indication donnée quant aux critères applicables pour la flore lactique et portait sur les onze produits décrits en annexe 3, soit huit yaourts et trois fromages blancs et non « 9 yaourts à analyser » comme indiqué par le laboratoire ; qu'elles observaient encore que les allégations du laboratoire, faisant suite à une lettre « menaçante » du rapporteur, étaient délibérément inexactes, qui invoquaient une prétendue assimilation, sous la dénomination « yaourts et assimilés » des fromages frais et yaourts dans le contrat principal conclu avec la société SNYL pour l'analyse de ses propres produits, afin de soutenir que la société cliente avait voulu que soit appliqué le même critère de détermination de la flore lactique aux fromages frais qu'aux yaourts ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL était à l'origine de l'erreur méthodologique ayant faussé les résultats, à relever que les termes de la lettre du rapporteur n'étaient nullement de nature à disqualifier la réponse du laboratoire, confirmée par le bon de commande visant des produits comprenant également des fromages frais et par l'absence de réaction de la société SNYL pendant deux ans quand ces éléments n'étaient nullement de nature à exclure tout doute raisonnable sur la culpabilité de la société SNYL et sans rechercher, comme il lui était demandé, si, au regard des stipulations du contrat, les explications du laboratoire n'étaient pas dépourvues de toute crédibilité, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et L 420-2 du code de commerce ;

3°/qu'interdiction est faite au juge de dénaturer les documents de la cause ; que si l'avis du conseil national de la consommation rendu le 8 février 1990 rappelle, pour mémoire, que certains produits, tels les fromages frais, les oeufs frais les crèmes fraîches font l'objet d'une définition réglementaire, il ne prévoit aucune exclusion de ces produits quant à son

application dès lors qu'il s'agit de produits présentés comme « frais » ; qu'en affirmant néanmoins, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais, qu' « il ressort de la simple lecture de cet avis que les produits faisant l'objet d'une réglementation particulière sont purement et simplement exclus de son champ d'application », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cet avis, en violation de l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause ;

4°/ que l'usage professionnel et commercial peut être source de droit ; que dans leur mémoire les sociétés requérantes faisaient valoir que même si le conseil national de la consommation n'était investi d'aucun pouvoir réglementaire, les avis qu'il délivrait pouvaient déterminer ou consacrer un usage s'imposant à tous les professionnels ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais, à affirmer que « quels que soient l'intérêt et l'autorité qu'on peut attacher aux avis du CNC ceux-ci n'ont pas de force normative, de sorte qu'on ne peut affirmer, sans verser dans la confusion, qu'une DLC supérieure à 30 jours est contraire à la réglementation applicable », sans rechercher s'il ne résultait pas de l'avis rendu le 8 février 1990 la consécration d'un usage professionnel applicable à tous, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

5°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir que la date limite de consommation, obligatoire pour les denrées microbiologiquement très périssables, dont les yaourts et fromages frais, est la date limite au-delà de laquelle un produit ne peut être consommé sans présenter un danger pour la santé humaine et que sont interdites la détention en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit, la mise en vente, la vente ou la distribution à titre gratuit des denrées alimentaires comportant une date limite de consommation dès lors que cette date est dépassée ; qu'elles observaient qu'il en résulte que des produits identiques ne peuvent avoir une date limite de consommation différente sauf à ce que cette date soit, du fait des conditions de transport, de stockage... de certains produits en raison de leur destination, rapprochée de celle de la production, de sorte que la pratique d'une date limite de consommation de 55 ou 60 jours, pratiquée par la société LSM, pour les produits à destination de l'outremer, quand elle apposait une date limite de consommation de 30 jours pour les mêmes produits vendus en métropole, était illicite ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais et l'exigence d'une date limite de consommation de 30 jours, à relever qu'aucun texte réglementaire n'imposait une date limite de consommation des yaourts et produits frais à 30 jours, sans rechercher si la pratique d'une double date limite de consommation selon la destination des produits n'était pas illicite, la cour

d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles R. 112-22 et R. 112-25 du code de la consommation, alors applicables, ensemble l'article L. 420-2 du code de commerce ;

6°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir que si le conditionneur détermine sous sa seule responsabilité la date limite de consommation des denrées microbiologiquement très périssables, il a l'obligation, en application des articles 1 et 5 du règlement CE n°852/2004 du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, de mettre en place, pour la détermination de cette date limite de consommation, des procédures fondées sur la méthode HACCP, lesquelles impliquent des tests de vieillissement effectués de manière cohérente avec les conditions de transport, stockage et commercialisation vraisemblables des produits ; qu'elles indiquaient encore qu'il ressortait des dires mêmes de la société LSM que celle-ci n'avait effectué ses premiers tests relatifs à la date limite de consommation de ses yaourts et fromages frais vendus en outre-mer qu'en 2007 et qu'elle n'avait inclus de tests relatifs à la présence de flore lactique à la date limite de consommation qu'en 2010 ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais et l'exigence d'une date limite de consommation de 30 jours, à relever qu'aucun texte réglementaire n'imposait une date limite de consommation des yaourts et produits frais à 30 jours, sans rechercher si l'absence de procédure de contrôle n'était pas de nature à rendre illicite l'usage d'une date limite de consommation à 55 ou 60 jours des produits vendus en Outre-Mer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1 et 5 du règlement CE n° 852/2004 du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, ensemble l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt, après avoir énoncé que l'abus de position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence, rappelle que le dénigrement figure parmi les actes répréhensibles dès lors qu'il est en lien avec la position dominante de son auteur et qu'il consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié ; qu'après avoir rappelé que la diffusion d'une information négative, voire la simple instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'une denrée alimentaire périssable peut suffire à jeter la suspicion sur ce produit et conduire les distributeurs à ne plus le proposer à la vente, compte tenu de l'attitude prudente de ces derniers, sensibles au risque de voir leur responsabilité engagée au titre des règles d'hygiène et de

sécurité alimentaires, l'arrêt relève que la société SNYL a accusé la société LSM de tromperies au détriment des consommateurs et diffusé ce discours auprès de Syndifrais, dans une lettre qu'elle a également transmise en copie à son principal concurrent, la société Sapy ; qu'il ajoute que l'impact de cette communication a été d'autant plus fort que les dirigeants de la société Sapy, qui commercialise des produits de la marque Danone en Martinique, sont communs à la société SGPY, qui commercialise les mêmes produits en Guadeloupe ; qu'il relève que s'il est loisible à une entreprise d'attirer l'attention d'un syndicat sur les agissements de l'un de ses adhérents au regard des règles de conduite qu'il préconise, la démarche de la société SNYL est allée au-delà en mettant gravement en cause les qualités substantielles des produits de la société LSM ; qu'il ajoute qu'il n'appartenait pas à la société SNYL de se substituer aux missions dévolues aux autorités administratives compétentes pour vérifier le respect, par la société LSM, de son obligation d'auto-contrôle de la qualité sanitaire de ses produits ; qu'en l'état de ces seuls motifs, établissant que la diffusion opérée par la société SNYL relevait d'un comportement abusif indépendamment du bien-fondé des allégations diffusées, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder aux différentes recherches invoquées par le moyen, que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième branches :

Attendu que les sociétés font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la présomption d'innocence, consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis à suffisance de droit et sans qu'il ne subsiste plus aucun doute par l'autorité de poursuite la responsabilité personnelle de l'entreprise poursuivie quant aux faits reprochés ; que la cour d'appel a constaté que la société SNYL n'était pas intervenue auprès du groupe Safo ; qu'en retenant cependant, pour condamner les sociétés à une sanction pécuniaire, que si la société SNYL n'était pas présente à la réunion où les propos s'étaient tenus, elle était à l'origine du discours dénigrant qui s'est propagé, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et L 420-2 du code de commerce ;

2°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, directeur général du groupe 3H, que la société SNYL s'était bornée à faire remarquer à ce dernier, sans

aucune mention ni copie des analyses effectuées, que la date limite de consommation des yaourts Malo était supérieure à celle des autres produits similaires, remarque sans aucun caractère dénigrant ; qu'en affirmant cependant que la mesure de retrait des produits effectués dans les magasins du groupe 3H était la conséquence du « discours dénigrant » tenu par la société SNYL, sans indiquer en quoi la teneur de la remarque avait un caractère dénigrant, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et L 420-2 du code de commerce ;

3°/ que la présomption d'innocence, consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis par l'autorité de poursuite les faits constitutifs de l'infraction reprochée y compris sa durée ; que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, directeur général du groupe 3H, que la mesure de retrait des produits dans les magasins 3H avaient été maintenue jusqu'en novembre 2009 en raison de l'absence de réponse de la DGCCRF à la société sur la licéité de la pratique de double date limite de consommation ; qu'en affirmant, pour dire que le discours dénigrant de la société SNYL avait eu pour effet le retrait des produits des magasins 3H, de décembre 2008 jusqu'en novembre 2009, que « même en admettant que cette décision ait eu le caractère d'une mesure de précaution, étant rappelé que la réponse attendue n'est pas arrivée, il n'en reste pas moins qu'elle était la conséquence directe des propos dénigrants de la société SNYL, qui ont alarmé le groupe 3H et sont à l'origine de la décision », la cour d'appel a violé les articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et par fausse application l'article L. 420-2 du code de commerce ;

4°/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, que la mesure de retrait des produits dans les magasins 3H ne concernaient que les yaourts et non l'ensemble des produits de la société LSM ; qu'elles indiquaient encore que si Mme Moreau avait évoqué la suspension de « l'ensemble de la gamme » de la société LSM, elle avait très précisément indiqué préalablement que « 3H avait suspendu les yaourts MALO dans l'attente d'une réponse », ce qui confirmait que la gamme des produits suspendus était la seule gamme des yaourts ; qu'en affirmant cependant, pour dire que le discours dénigrant de la SNYL était à l'origine de la suspension de l'ensemble des produits, yaourts et fromages blancs, de la gamme MALO, que « s'il se déduit des déclarations de M. Coridon qu'aurait été suspendue la commercialisation des yaourts, Mme Moreau, dans les déclarations ci-dessus rapportées, a indiqué que le retrait avait porté sur l'ensemble de la gamme fabriquée par LSM », la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 6 § 2 de la Convention

européenne des droits de l'homme, ensemble et par fausse application l'article L. 420-2 du code de commerce ;

5^o/ que la cour d'appel a constaté que la société SGPY était à l'origine des retraits de fromages frais MALO opérés dans les magasins du groupe GBH en décembre 2009 ; qu'en retenant cependant, pour condamner les sociétés à une sanction pécuniaire, que ces retraits ont eu pour cause le discours dénigrant de la société SNYL, tenu en 2007, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et L. 420-2 du code de commerce ;

6^o/ que dans leur mémoire, les sociétés faisaient valoir que rien ne justifiait d'imputer à la société SNYL la mesure de retrait à laquelle elle était radicalement étrangère, fondée sur les affirmations d'un dirigeant de la société SGPY relatives à de possibles contrôles de la DGCCRF, en suite d'une réunion tenue à la préfecture en septembre 2009 sur le sujet des dates limites de consommation ; qu'en affirmant cependant qu' « il n'est pas discuté que les retraits opérés ont pour cause le discours dénigrant de la société SNYL », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du mémoire soumis, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir, par motifs propres et adoptés, rappelé que les distributeurs sont sensibles au risque de voir leur responsabilité engagée et particulièrement attentifs à la conformité aux règles d'hygiène et de sécurité alimentaires des produits qu'ils commercialisent et que la simple instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'une denrée alimentaire périssable, comme les yaourts et les fromages frais, peut suffire à jeter la suspicion sur cet aliment et les conduire à ne plus le proposer à la vente, l'arrêt relève que la diffusion s'est d'abord opérée en interne, auprès de Syndifrais, conduisant son conseil d'administration à exclure la société LSM du syndicat, puis en externe auprès de la société Sapy, son concurrent historique ; qu'il constate ensuite que le discours s'est propagé, les dirigeants de la société Sapy, qui commercialise des produits de la marque Danone en Martinique, étant communs à la société SGPY, qui commercialise les mêmes produits en Guadeloupe ; qu'après avoir rappelé les différents témoignages recueillis ainsi que les documents circulant en interne au sein du groupe SAFO, l'arrêt retient que l'origine de la diffusion des informations relatives à la non-conformité des produits de la société LSM a été clairement identifiée par les distributeurs comme provenant de la société SNYL, «Yoplait Martinique», même si ces critiques ne leur ont pas toujours été personnellement communiquées par cette société mais ont été portées à leur connaissance, notamment, à l'occasion des réunions de leur syndicat professionnel qui leur ont assuré une publicité efficace ou ont été relayées par la société SGPY ; qu'il rappelle encore les différents témoignages concordants, dont il ressort

que ce sont ces allégations de non-conformité des produits LSM et les craintes qu'elles ont suscitées qui ont conduit les groupes 3H et GBH à retirer des produits LSM de leurs rayons ; qu'en l'état de ces seuls motifs, c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations ni l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la cour d'appel, qui a souverainement apprécié la portée de ce faisceau d'indices graves, précis et concordants, a retenu que la société SNYL était à l'origine du discours dénigrant qui s'est propagé auprès des distributeurs martiniquais et guadeloupéens et des retraits temporaires de marchandises qui en sont résultés ; que le moyen, inopérant en sa dernière branche qui critique des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le cinquième moyen :

Attendu que les sociétés font toujours le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; qu'en l'espèce, les sociétés faisaient valoir que le dommage causé à l'économie était extrêmement limité puisque portant sur le seul département de la Martinique, dont la population était équivalente à celle d'un seul d'un seul arrondissement parisien ; qu'en se bornant, pour dire que la proportion de 6 % de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, à affirmer que la circonstance que l'ampleur des pratiques ait été géographiquement limitée n'était pas de nature à démontrer l'absence de dommage à l'économie, sans rechercher s'il ne ressortait pas de la détermination du marché concerné le caractère limité du dommage porté à l'économie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée

par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; que si la part de marché détenue par l'auteur de la pratique anticoncurrentielle peut, pour certaines infractions, en matière d'entente notamment, influer sur le dommage causé à l'économie du fait de cette pratique, tel n'est pas le cas lorsque le comportement reproché consiste en un dénigrement d'un concurrent ; qu'en se fondant cependant, pour dire que la proportion de 6 % de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, sur le constat que la société SNYL détenait sur la période considérée, des parts de marché toujours supérieure à 63 %, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant encore sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ que le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; que, dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que le dénigrement reproché n'avait causé qu'un très faible dommage à l'économie dès lors que seul un groupe de grande distribution alimentaire, sur les cinq existants, avait procédé au retrait de yaourts Malo, que la société LSM avait poursuivi son développement et vu ses parts de marché augmenter durant toute la période litigieuse et que les pratiques litigieuses n'avaient eu aucun effet sur les prix ; qu'en se bornant, pour dire que la proportion de 6% de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, à affirmer que les effets anticoncurrentiels résultant des agissements reprochés ont été démontrés, sans rechercher quelle avait été effectivement l'importance du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a également privé encore sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que les faits reprochés correspondaient à une pratique d'éviction, ayant eu pour effet de freiner la progression des ventes des produits d'un concurrent sur un marché dominé, l'arrêt relève l'ampleur de l'infraction et sa durée, dont les effets limités à la Martinique et très ponctuellement à la Guadeloupe ont été pris en compte, ainsi que les caractéristiques du secteur concerné ; qu'il relève encore les effets concrets qu'elle a produits sur les marchés en cause, où la pression concurrentielle est faible et où la société SNYL a maintenu sa position dominante avec des parts de marché très importantes ; qu'il retient que la traduction chiffrée de la proportionnalité de l'assiette des ventes à la réalité

économique de l'infraction et au poids relatif sur le secteur concerné de la société SNYL pour la détermination du montant de base permet également d'ajuster la sanction aux dimensions du marché affecté par les pratiques ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches requises, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le quatrième moyen, pris en sa première branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la Société nouvelle des yaourts Littée, la Société de fabrication de glaces et de crèmes glacées et la société Antilles glaces aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 5 000 euros et rejette leur demande ;

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 juin deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la Société nouvelle des yaourts Littée, la Société de fabrication de glaces et de crèmes glacées et la société Antilles glaces

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles Glaces une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros,

AUX MOTIFS QUE sur la position dominante, les requérants contestent que la société SNYL ait occupé une position dominante sur le marché d'approvisionnement de la GMS en yaourts et fromages frais dans le département de la Martinique ; que s'ils conviennent que cette société détenait une part importante du marché, supérieure à 50 %, ils rappellent qu'il ne résulte du franchissement de ce seuil qu'une présomption réfragable et ils soutiennent que les critères permettant d'écartier celle-ci sont réunis en l'espèce ; que c'est ainsi qu'ils font valoir, en premier lieu, que la société SNYL doit faire face sur son marché à une concurrence réelle et effective, en particulier de la part de son principal concurrent, la société Sapy, qui détient en Martinique près de 27 % du marché des yaourts et 15,5 % du marché des fromages frais. Ils ajoutent qu'existent de surcroît plusieurs marques de distributeurs (MDD), dont la part totale de marché atteint 20 % ; que les requérants en concluent que cette concurrence empêche la société SNYL de se comporter de manière indépendante sur le marché et qu'il lui faut, au contraire, tenir compte du comportement et de la réaction de ce concurrent majeur ; que, cependant, force est de constater, au vu des chiffres qu'elle a elle-même fournis, qu'en dépit de cette concurrence, la société SNYL conserve des parts de marché de loin les plus importantes, puisque s'établissant, à l'époque des faits, à des niveaux toujours supérieurs à 63 %, et atteignant quelquefois 68 % ; que sur le marché des fromages frais, cette part a d'ailleurs augmenté entre 2007 et 2009, passant de 63,3 % à 68,2 %, tandis que la société Sapy voyait baisser sa part, passée de 15,5 % à 12,2 % ; que sur le marché des yaourts, si la part de la SNYL a baissé de 2007 à 2009, c'est dans une proportion réduite, puisque passant de 65 % à 63,8 %, tandis que la part de la société Sapy est restée stable, passant de 25,3 % à 25,4 % ; qu'il en ressort qu'en dépit de la variation de la part de la société SNYL sur la période considérée, – en toute hypothèse toujours très supérieure au seuil de 50 % du marché –, la part relevant de ses concurrents, par ailleurs répartie entre plusieurs producteurs, est restée modeste, de sorte que la présomption de dominance ne s'en trouve pas renversée ; que la même constatation s'impose, en conséquence, en ce qui concerne l'argument des requérants tirés de la menace que représenterait pour la société SNYL la progression régulière de ses concurrents, qui

conduit à un « effritement » de sa position sur le marché, qu'elle dominait à 95 % il y a 25 ans, cet argument étant étayé par la référence à une précédente décision du Conseil de la concurrence (Cons. conc. Décis. N° 99-D-20 du 9 mars 1999, Secteur des implants intraoculaires) ; que, comme l'Autorité l'a relevé dans sa décision, l'intensification constatée de la concurrence ces dernières années, si elle a entraîné la fin de la situation quasimonopolistique dont jouissait la société SNYL, ne remet pas en cause le constat selon lequel la structure de ce marché est caractérisée par la présence d'un opérateur très puissant et y occupant des positions importantes, dans les proportions ci-dessus rappelées ; qu'enfin, les requérants invoquent la « puissance compensatrice d'achat » de la GMS en Martinique, dont l'importance est, selon eux, de nature à « exclure toute détention d'une position dominante » ; que sur ce point, si la puissance d'achat des groupes de distribution ne peut être discutée dans son principe, c'est à juste titre que l'Autorité a relevé dans sa décision que les effets en résultant devaient être tempérés ; que c'est ainsi que l'Autorité s'est référée aux constatations qu'elle avait faites dans le cadre de son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, et qui avaient trait aux prix pratiqués par la GMS, étant précisé que ces constatations sont concomitantes aux agissements reprochés à la société SNYL ; qu'elle a rappelé que, selon ces constatations, les relevés de prix avaient révélé des écarts substantiels entre la métropole et les départements d'outremer et qu'avaient été constatées des pratiques de prix conseillés identiques ; qu'il en ressort que la pression concurrentielle subie par la société SNYL reste modeste et en tout cas insuffisante à faire perdre à cette société sa position dominante ; qu'il y a donc lieu de considérer que la société SNYL, qui détenait au moment des faits reprochés des parts de marché très supérieures à 50 %, et dont il est démontré qu'elle continuait à pouvoir adopter un comportement indépendant vis-à-vis de la concurrence et des consommateurs, occupait une position dominante sur le marché pertinent, sans qu'aucun des critères qui permettraient d'écartier cette conclusion ne soient remplis en l'espèce ;

1 – ALORS QU' est en position dominante sur un marché donné l'entreprise qui est en mesure de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs, sans tenir compte des contraintes concurrentielles que ces agents économiques tenteraient d'exercer et sans que cette attitude lui porte préjudice ; que la position dominante d'une entreprise s'apprécie au regard d'un ensemble de critères comprenant les parts de marché respectives de l'entreprise et de ses concurrents, l'existence ou l'absence d'une menace crédible d'expansion, l'existence ou non de barrières importantes à l'entrée du marché, l'existence ou non de forts contre-pouvoirs ; que si la détention de plus de 50% des parts de marché peut faire présumer la situation de position dominante de l'entreprise, cette présomption est simple et peut être combattue par la

preuve de l'absence de liberté de comportement de l'entreprise ; que, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait valoir qu'il n'existe aucun barrière à l'entrée du marché où la concurrence était de plus en plus importante ainsi qu'en témoignait l'essor des marques de distributeur, celui des ventes effectuées par la société SAPY sous marque Danone et le propre effritement de ses positions de sorte qu'il ne lui était pas possible de déterminer une politique commerciale indépendante de ses concurrents ; qu'en se bornant, pour dire que la présomption de position dominante n'était pas renversée, à affirmer qu'en dépit de la variation de la part de la société SNYL sur la période considérée, la part de ses concurrents était restée modeste et que la structure du marché demeurait caractérisée par la présence d'un opérateur très puissant y occupant des positions importantes, sans rechercher si, indépendamment des parts de marché détenues, la présence de concurrents et l'absence de barrières à l'entrée du marché n'étaient pas de nature à exclure que la société SNYL soit en mesure de s'abstraire des contraintes concurrentielles, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2 – ALORS QUE dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait valoir qu'il existait sur le marché une puissance d'achat compensatrice particulièrement forte, la grande et moyenne distribution en Martinique, composée de grands groupes fortement implantés et représentant 92% de la demande de produits laitiers, qui excluait qu'elle puisse, sans préjudice, s'abstraire des conditions du marché ; qu'elle observait, à cet égard, éléments de preuve à l'appui, qu'alors que le prix d'achat des principales matières premières avait fortement augmenté entre 2008 et 2012, (+ 44%), elle n'avait pu répercuter ces hausses sur ses prix de vente, ce qui l'avait contraint à réduire significativement sa marge de l'ordre de 9% ; qu'en se bornant, pour dire que la pression concurrentielle subie par la société SNYL restait modeste et insuffisante à faire perdre sa position dominante, à énoncer que « dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, et qui avaient trait aux prix pratiqués par la GMS », l'Autorité de la concurrence « a rappelé que les relevés de prix avaient révélé des écarts substantiels entre la métropole et les départements d'outre-mer et qu'avaient été constatées des pratiques de prix conseillés identiques », la cour d'appel qui a statué par des motifs généraux et sans rechercher, comme il lui était demandé, si la baisse de marge subie par la société SNYL n'établissait pas la contrainte concurrentielle exclusive de toute indépendance du fabricant au regard des exigences de la grande et moyenne distribution, partant l'absence de position dominante de la société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

3 – ALORS QUE dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société SNYL faisait également valoir que les seuls relevés de prix figurant au dossier de l'Autorité de la concurrence, comparant les prix pratiqués par la société SNYL et la société LSM, faisaient apparaître pour plusieurs produits un différentiel de prix en faveur des produits de la société SNYL, établissant ainsi l'impossibilité pour la société de s'abstraire de la concurrence par les prix imposée par la grande et moyenne distribution ; qu'en se bornant, pour dire que la pression concurrentielle subie par la société SNYL restait modeste et insuffisante à faire perdre sa position dominante, à énoncer que « dans son avis n°09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, et qui avaient trait aux prix pratiqués par la GMS », l'Autorité de la concurrence « a rappelé que les relevés de prix avaient révélé des écarts substantiels entre la métropole et les départements d'outre-mer et qu'avaient été constatées des pratiques de prix conseillés identiques », sans rechercher, comme il lui était demandé, s'il ne ressortait pas des relevés de prix pratiqués, la preuve de la concurrence par les prix imposée par la grande et moyenne distribution, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à larrêt attaqué d'avoir infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles Glaces une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros,

AUX MOTIFS QUE sur l'abus, l'Autorité a rappelé dans sa décision que le dénigrement d'un concurrent par une entreprise en position dominante pouvait être constitutif d'un abus relevant de l'article L. 420-2 du code de commerce, dès lors que le discours commercial en cause procédait non de constatations objectives mais d'assertions non vérifiées, qu'il consistait à jeter le discrédit sur un concurrent ou ses produits et donc qu'il tendait à restreindre la concurrence et, enfin, qu'il était lié à la position dominante de son auteur, dont la notoriété et la confiance que lui accordent les acteurs du marché renforcent significativement l'impact de ce discours. Elle a considéré qu'au cas d'espèce, ces conditions étaient réunies et que le discours dénigrant de la société SNYL, qui mettait en cause la conformité aux normes réglementaires des produits de la société LSM, reposait sur deux confusions volontairement entretenues et portant, d'une part, sur les résultats, fallacieux, des analyses microbiologiques de ces produits et, d'autre part, sur le respect de la DLC ;

1 – ALORS QUE le dénigrement pouvant être constitutif d'abus de position dominante, suppose que soit jeté publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié en vue de bénéficier d'un

avantage concurrentiel en pénalisant un compétiteur déterminé ; que la cour d'appel a expressément constaté que les analyses, effectuées à la demande de la société SNYL et communiquées au syndicat Syndifrais, portaient non sur les seuls produits laitiers de la société LSM mais également sur ceux de la société Savoie Yaourts, (arrêt, p. 6, al.4) ; qu'en retenant cependant que la société SNYL avait, par la transmission des résultats erronés de ces analyses au syndicat, dénigré la société LSM, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que la société SNYL n'avait pas dénigré un concurrent identifié mais combattu la pratique de certains producteurs métropolitains de yaourts consistant à apposer, sur les produits laitiers destinés à l'outremer, une date limite de consommation, distincte de celle apposée pour les mêmes produits à destination de la métropole, et dépassant le délai d'usage dans la profession de 30 jours ; qu'elles indiquaient ainsi, éléments de preuve à l'appui, que « contrairement à l'affirmation péremptoire de l'Autorité, les analyses commandées au Laboratoire MAP n'ont pas été ciblées sur les seuls produits Malo», que « les analyses figurant au dossier concernent en effet également les produits des fabricants Savoie Yaourts (pour les produits à marque propre Carrefour) et Pechalou », (mémoire, p.15, al.4 et 5) et elles rappelaient encore que la lettre adressée par la société SNYL en décembre 2007 au syndicat Syndifrais, déplorant le non-respect des règles adoptées par le syndicat, visait tant la société Savoie Yaourt que la société LSM, (mémoire, p.31, al.7) ; qu'en retenant que la société SNYL avait, par la transmission des résultats erronés de ces analyses au syndicat Syndifrais, dénigré la société LSM, sans répondre au moyen tiré de ce que le comportement reproché n'avait pas jeté le discrédit sur un concurrent précisément et exclusivement identifié en vue de le pénaliser, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3 – ALORS QU' un dénigrement mis en oeuvre par une entreprise en position dominante n'est constitutif d'un abus de position dominante que s'il existe un lien entre la position dominante et le dénigrement reproché ; qu'en l'espèce, les sociétés requérantes faisaient valoir, dans leur mémoire, que l'Autorité de la concurrence n'avait, dans la décision entreprise, caractérisé aucune lien entre la position dominante de la société SNYL et le dénigrement qui lui était reproché ; qu'elles indiquaient que la « renommée de Mme Littée », sur laquelle la décision était fondée, datant des années 50, était, à supposer qu'elle ait existé, aujourd'hui inexistante, que les opérateurs du marché n'associaient plus depuis longtemps la société SNYL à Mme Littée et que le fait que la société SNYL soit associée à la marque Yoplait, par laquelle elle détient une part de marché de 25% pour les yaourts et 19% pour les fromages frais n'était pas de nature à caractériser une renommée telle qu'il existait un lien entre la position dominante de la société

SNYL et le dénigrement reproché, (mémoire, p.44) ; qu'en retenant, pour prononcer à l'encontre des sociétés requérantes une sanction pécuniaire, l'existence d'un abus de position dominante de la société SNYL sans répondre au moyen tiré de l'absence de lien entre la position dominante de la société et le dénigrement reproché, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles Glaces une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros,

AUX MOTIFS, d'une part, QUE Sur les analyses,

Entre mai 2007 et décembre 2009, la société SNYL a commandé au laboratoire Méthode Analyse Procédé (ci-après MAP), accrédité par le Comité français d'accréditation, plusieurs tests microbiologiques de prélèvements qu'elle avait fait effectuer par huissier sur des produits laitiers des sociétés LSM et Savoie Yaourts.

Le grief qui lui est reproché a trait à la méthodologie de ces analyses, lesquelles n'ont pas distingué entre les yaourts et les fromages frais, et ont ainsi conduit à des résultats fallacieux qui ont fondé le discours dénigrant par lequel la société SNYL a jeté le discrédit sur les produits de la société LSM.

En effet, les yaourts et les fromages frais relèvent de définitions réglementaires différentes, notamment quant à l'exigence de présence bactérienne dans la flore lactique de ces produits. C'est ainsi que le décret n° 88-1203 du 30 décembre 1988 relatif aux laits fermentés et au yaourt ou yoghourt réserve la dénomination « yaourt » ou « yogourt » au « lait fermenté obtenu, selon les usages loyaux et constants, par le développement des seules bactéries lactiques thermophiles spécifiques dites *Lactobacillus bulgaricus* et *Streptococcus thermophilus*, qui doivent être ensemencées simultanément et se trouver vivantes dans le produit fini, à raison d'au moins 10 millions de bactéries par gramme rapportées à la partie lactée (...) ». En revanche la réglementation n'impose aucun seuil de présence bactérienne dans la flore lactique des fromages frais. En effet, selon le décret n° 2007-628 du 27 avril 2007 relatif aux fromages et spécialités fromagères, la dénomination « fromage frais » est réservée « à un fromage non affiné qui, lorsqu'il est fermenté, a subi une fermentation principalement lactique » ; il précise que les fromages blancs commercialisés avec le qualificatif « frais » ou sous la dénomination « fromage frais » doivent « renfermer une flore vivante au moment de la vente au consommateur ».

Or, il est avéré que les analyses commandées par la société SNYL ont recherché la présence de flore lactique, à hauteur de 10 millions par gramme, dans les yaourts, mais aussi dans les fromages frais. Ce n'est qu'à partir du 23 novembre 2009 que, sur instructions données par la société SNYL, les analyses ont été effectuées en distinguant les critères de définition propres, d'une part, aux yaourts et, d'autre part, aux fromages frais. Cette confusion a entraîné des résultats trompeurs dont le rapporteur a dressé la synthèse, et d'où il ressort que le taux de « non-conformité » des fromages frais de la société LSM était en 2007 et 2008 de 84 % et 77 %, par application – erronée – du critère applicable aux seuls yaourts, et de 0 % en 2009, par application du critère pertinent de présence de flore lactique (rapport du rapporteur p. 42).

Aussi l'Autorité a-t-elle considéré que ces analyses « ont stigmatisé à tort, comme globalement non conformes à la réglementation, des produits répondant bien aux critères de leur définition réglementaire » et qu'elles « n'autorisaien pas la SNYL à tirer des conclusions dont elle s'est prévalu auprès de Syndifrais » (décision § 204 et 205).

Les requérants conviennent de l'erreur méthodologique affectant, jusqu'au mois de novembre 2009, les analyses effectuées pour le compte de la société SNYL, mais ils soutiennent que celle-ci n'en est pas à l'origine et qu'elle n'a donné au laboratoire MAP aucune instruction quant aux critères de recherche à appliquer, qui serait venue fausser les résultats obtenus.

Les éléments du dossier, cependant, viennent contredire ces allégations.

C'est ainsi que le laboratoire MAP a, dans un courrier du 11 juillet 2011 adressé au rapporteur de l'Autorité, exposé ainsi les circonstances dans lesquelles la société SNYL lui avait commandé les analyses microbiologiques des produits de la société LMS (cotes 1971 et 1972) : « (...) Il nous a été demandé de réaliser des analyses de flore lactique à DLC avec un critère d'acceptabilité devant être au moins de 10 000 000 de bactéries par gramme (...) Pour confirmation, il faut se reporter au bon de commande du 3 mai 2007 validé par la SNYL où il est précisé : 'Nous vous proposons de réaliser l'analyse 9 types de yaourts à réaliser 12 fois. Les germes recherchés seront : les levures et moisissures et la flore lactique à DLC. Les références des yaourts ainsi que les lieux de prélèvement sont décrits en annexe 3'. Sur cette page jointe au bon de commande, on constate que dans la catégorie 'yaourts' apparaît 'pot verre, fromage blanc, fromage frais...' yaourts étant un générique. Par conséquent, il a été réalisé ce même critère 'client' l'ensemble des produits prélevés ». Il en ressort qu'alors que le critère de recherche de flore lactique à hauteur d'au moins 10 000 000 de bactéries par gramme correspond à la définition réglementaire des seuls yaourts, le terme « yaourt » a été employé comme

un terme « générique », désignant également des fromages frais et des fromages blancs. Le laboratoire, en outre, souligne que les factures de ses prestations mentionnaient clairement que ce critère avait été appliqué à des fromages frais et des fromages blancs, sans susciter aucune observation de la part de son client. Enfin, il a précisé dans ce courrier que de nombreux échanges téléphoniques avaient eu lieu avec la société SNYL, et que ces échanges avaient confirmé que celle-ci souhaitait que le critère de flore lactique soit appliqué « sur l'ensemble des produits ».

La société SNYL soutient qu'on ne saurait tirer aucune conséquence de ce courrier. Elle souligne que celui-ci a été rédigé en réponse à une demande du rapporteur de l'Autorité, dont elle déplore le « ton menaçant », et elle prétend que le laboratoire MAP n'a cherché qu'à se disculper en lui faisant porter la responsabilité du choix de la méthode mise en œuvre indistinctement sur les yaourts et sur les fromages frais.

Ces seules affirmations, cependant, ne sauraient suffire à écarter les déclarations ci-dessus rapportées du laboratoire MAP. Ainsi, les termes de la demande du rapporteur dénoncés par la société SNYL, - qui vise le passage suivant de cette demande : « je me permets d'attirer votre attention sur l'importance des justificatifs en cause, non seulement pour nos investigations, mais également pour votre entreprise » -, ne sont nullement de nature à disqualifier la réponse faite par le laboratoire MAP et à lui retirer toute crédibilité. Sur le fond, par ailleurs, les déclarations du laboratoire sont confirmées par l'examen des pièces du dossier. Il en va ainsi, en particulier, du bon de commande cité par le laboratoire, dont l'annexe 3 correspond au document intitulé « Veille Import », qui comprend une liste de 12 produits, au sein de laquelle figurent d'autres produits laitiers que des yaourts, ainsi des « fromage blanc nature », « fromage frais à la menthe » et « fromage frais vanillé » (cote 1947).

Par ailleurs, l'application aux fromages frais du critère de recherche de flore lactique par gramme, réglementairement applicable aux seuls yaourts, apparaît clairement dans les nombreux rapports qu'à l'issue de ses analyses le laboratoire MAP adressait à la société SNYL, sans que cette anomalie n'ait suscité de réaction de la part de celle-ci. Ces rapports, en effet, mentionnent que l'analyse des prélèvements de fromages frais (cotes 1845 à 1847, 1854, 1861 à 1865, 1868 à 1875, 1878, 1884 à 1886, 1888 à 1890, 1892, 1894) et de fromages blancs (cotes 1848, 1850, 1853, 1855 à 1857, 1860), voire de crèmes fraîches (cote 1858), avait eu pour objet la recherche dans la flore lactique de présence bactérienne à hauteur d'au moins 10 000 000 par gramme, et compte tenu de son insuffisance, concluent au caractère « non satisfaisant » du résultat. Seules les analyses réalisées après le mois de novembre 2009, c'est-à-dire après que la société SNYL a demandé au laboratoire de n'appliquer le critère de recherche bactérienne qu'aux yaourts, conduisent alors à un « résultat satisfaisant » (cotes 1899 à 1916).

Enfin, il convient d'observer que lorsque la société SNYL a, en novembre 2009, demandé au laboratoire MAP de distinguer désormais, dans ses analyses, entre les yaourts et les fromages frais, elle n'a nullement indiqué qu'il s'agissait de rectifier une erreur méthodologique qu'elle aurait récemment découverte. En effet, cette demande a été faite par un courriel du 23 novembre 2009 ainsi rédigé (cote 1964) :

« Bonjour,

Concernant ces derniers prélèvements, je souhaite vous préciser un point important pour la réalisation des analyses et l'interprétation des résultats sur le critère Bactéries lactiques.

Les yaourts et les fromages frais sont soumis à des réglementations différentes :

YAOURT : Décret n° 88-1203 du 30/12/1988 : Il doit contenir « au moins 10 millions de bactéries par gramme ».

FROMAGES FRAIS : Décret n° 207-628 du 27/04/2007 : il doit « renfermer une flore lactique ». Il convient donc qu'en fonction des produits analysés, vous réalisiez les dilutions ad hoc afin de pouvoir conclure soit par la présence / absence de bactéries lactiques dans le cas des fromages, soit par une numération dans le cas des yaourts ».

Force est de constater que ce courrier se présente comme annonçant une simple modification des instructions que la société SNYL avait précédemment données, mais qu'il ne fait pas allusion au fait que ces instructions mettaient jusqu'alors en oeuvre un critère de recherche erroné et contraire aux textes applicables, pas plus qu'il ne reproche au laboratoire MAP de ne pas avoir signalé cette erreur, confirmant ainsi le caractère volontaire de la confusion entretenue.

Il résulte de ces constatations que les analyses menées pendant deux années selon les critères de recherche fixés par la société SNYL ne pouvaient conduire qu'à des résultats inéluctablement faussés et, en conséquence, mettant en cause la conformité réglementaire des produits de la société LSM.

1 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir, quant aux analyses des yaourts, que l'Autorité de la concurrence avait considéré, de manière erronée, que les résultats des analyses pratiquées, qui établissaient la non-conformité de 10% des échantillons prélevés, étaient « fallacieux », faute d'indiquer la numération de chacune des deux souches composant la flore lactique, quand la méthodologie applicable, (norme ISO 7889/FIL 117), n'imposait nullement de faire apparaître dans les résultats la numération précise de chacune d'entre elles, (mémoire, p.17 et 18) ; qu'elles produisaient, à l'appui de leur démonstration, la consultation de M. Alain Soroste, expert en matière d'hygiène et de réglementation des produits laitiers ; qu'en retenant cependant l'existence d'un discours dénigrant basé sur les résultats erronés des analyses de yaourts effectuées, sans répondre

au moyen tiré de l'erreur commise par l'Autorité de la concurrence dans l'application de la norme, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2 - ALORS QUE le principe de la présomption d'innocence, consacré par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis à suffisance de droit et sans qu'il ne subsiste plus aucun doute par l'autorité de poursuite les faits constitutifs de l'infraction reprochée ; que dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir, contrat annuel et bon de commande à l'appui, qu'il ressortait des dispositions de ce bon, rédigé par le laboratoire MAP, que la demande d'analyses de la société SNYL visait la recherche de « levures et moisissures et de la flore lactique à DLC » sans aucune indication donnée quant aux critères applicables pour la flore lactique et portait sur les onze produits décrits en annexe 3, soit huit yaourts et trois fromages blancs et non « 9 yaourts à analyser » comme indiqué par le laboratoire ; qu'elles observaient encore que les allégations du laboratoire, faisant suite à une lettre « menaçante » du rapporteur, étaient délibérément inexactes, qui invoquaient une prétendue assimilation, sous la dénomination « yaourts et assimilés » des fromages frais et yaourts dans le contrat principal conclu avec la société SNYL pour l'analyse de ses propres produits, afin de soutenir que la société cliente avait voulu que soit appliqué le même critère de détermination de la flore lactique aux fromages frais qu'aux yaourts, (mémoire, p.18 et 19) ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL était à l'origine de l'erreur méthodologique ayant faussé les résultats, à relever que les termes de la lettre du rapporteur n'étaient nullement de nature à disqualifier la réponse du laboratoire, confirmée par le bon de commande visant des produits comprenant également des fromages frais et par l'absence de réaction de la société SNYL pendant deux ans quand ces éléments n'étaient nullement de nature à exclure tout doute raisonnable sur la culpabilité de la société SNYL et sans rechercher, comme il lui était demandé, si, au regard des stipulations du contrat, les explications du laboratoire n'étaient pas dépourvues de toute crédibilité, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et L 420-2 du code de commerce ;

ET AUX MOTIFS, d'autre part, QUE Sur la DLC, L'Autorité reproche à la société SNYL d'avoir tenu et propagé le discours selon lequel les produits de la société LSM portant une date limite de consommation aux Antilles supérieure à 30 jours, n'étaient pas conformes à la réglementation applicable. Elle a considéré que ce faisant, la société avait volontairement entretenu une confusion entre un usage professionnel et le cadre réglementaire en l'occurrence moins contraignant, puisque laissant aux

professionnels la responsabilité de déterminer la DLC des produits qu'ils fabriquent ou conditionnent.

Les requérants récusent ce grief et ils soutiennent qu'au contraire, l'apposition d'une DLC supérieure à 30 jours s'imposait à la société LSM dans la mesure où cette durée correspondait, à la fois, à une règle professionnelle adoptée par le syndicat Syndifrais et à un avis adopté en 1990 par le Conseil national de la consommation (CNC), de sorte que l'«alerte» donnée par la société SNYL était pleinement justifiée.

Les obligations des professionnels en matière d'apposition d'une DLC sur les denrées alimentaires périssables sont fixées par les articles R. 112-9 et suivants du code de la consommation. Comme l'Autorité l'a rappelé dans la décision déférée, ces dispositions transposent en droit français le principe, - consacré par les règlements et directives communautaires adoptés dans le cadre du « paquet hygiène » -, de la responsabilité des professionnels en matière d'hygiène et de sécurité alimentaires à tous les stades de la fabrication et de la commercialisation des denrées. Il en résulte que, s'agissant en particulier des « denrées microbiologiquement très périssables», tels les produits laitiers frais, et susceptibles de présenter, après une courte période, un danger immédiat pour la santé humaine, il incombe aux professionnels de déterminer, sous leur responsabilité et dans le cadre d'une obligation de résultat, la DLC qu'ils doivent apposer sur leurs produits.

Les requérants font valoir, en premier lieu, que le respect d'une DLC de 30 jours s'imposait néanmoins, par l'effet de l'avis précité du CNC, rendu le 8 février 1990, et réservant l'emploi du terme « frais » aux denrées alimentaires ayant été produites ou fabriquées « depuis moins de 30 jours ». Ils en concluent que la société SLM contrevenait à cette règle en apposant sur ses fromages frais une DLC supérieure à trente jours et que la société SNYL était donc fondée à dénoncer cette transgression.

Cependant, les requérants conviennent eux-mêmes que le CNC n'étant investi d'aucun pouvoir réglementaire, son avis ne saurait être présenté comme une règle d'application obligatoire. Ils soulignent que cet avis, pour autant, n'est pas sans valeur juridique, puisqu'il peut être considéré comme un usage professionnel permettant d'apprécier le caractère trompeur d'une allégation faisant référence à la fraîcheur d'une denrée ; ils font valoir qu'en conséquence, cet avis pourrait servir de fondement à des poursuites, voire à des sanctions.

Il n'en reste pas moins que quels que soient l'intérêt et l'autorité qu'on peut attacher aux avis du CNC, ceux-ci n'ont pas de force normative, de sorte qu'on ne peut affirmer, sans verser dans la confusion, qu'une DLC supérieure à 30 jours est contraire à la réglementation applicable. De

surcroît, cet avis écarte de son champ d'application les produits « faisant l'objet d'une définition réglementaire » et, à ce titre, vise explicitement les «fromages frais ».

Sur ce point, les requérants prétendent que par cette formule, les auteurs de l'avis ont seulement entendu rappeler que certains produits frais étaient par ailleurs soumis à une réglementation particulière. Cet argument, cependant, ne peut être retenu puisqu'il ressort de la simple lecture de cet avis que les produits faisant l'objet d'une réglementation particulière sont purement et simplement exclus de son champ d'application.

Les requérants, en second lieu, exposent que le syndicat Syndifrais, s'appuyant notamment sur l'avis précité du CNC, avait adopté en 2004 une « règle commune » selon laquelle la DLC des produits laitiers frais ne devait pas excéder trente jour. Ils font valoir que cette règle s'imposait à tous les membres de ce syndicat, dont faisait partie la société LSM, et qu'au demeurant elle est devenue une « valeur de référence », au point que le Ministère de l'économie la recommande aux acheteurs publics dans le cadre de leurs appels d'offres.

Mais si la règle des trente jours avait ainsi une valeur contractuelle, obligeant les membres du syndicat à la respecter – sous la sanction, le cas échéant, d'une exclusion, à l'instar de celle qui sera prononcée contre la société LSM–, elle ne relevait pas, pour autant, de la réglementation applicable aux produits laitiers frais, de sorte que l'apposition d'une durée plus longue ne devait en aucun cas être considérée, comme l'a prétendu la société SNYL, comme une violation de cette réglementation.

3 – ALORS QU' interdiction est faite au juge de dénaturer les documents de la cause ; que si l'avis du conseil national de la consommation rendu le 8 février 1990 rappelle, pour mémoire, que certains produits, tels les fromages frais, les oeufs frais les crèmes fraîches font l'objet d'une définition réglementaire, il ne prévoit aucune exclusion de ces produits quant à son application dès lors qu'il s'agit de produits présentés comme « frais » ; qu'en affirmant néanmoins, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais, qu' « il ressort de la simple lecture de cet avis que les produits faisant l'objet d'une réglementation particulière sont purement et simplement exclus de son champ d'application », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cet avis, en violation de l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause ;

4 – ALORS QUE l'usage professionnel et commercial peut être source de droit ; que dans leur mémoire les sociétés requérantes faisaient valoir que même si le conseil national de la consommation n'était investi d'aucun pouvoir réglementaire, les avis qu'il délivrait pouvaient déterminer ou

consacrer un usage s'imposant à tous les professionnels, (mémoire, p. 22) ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais, à affirmer que « quels que soient l'intérêt et l'autorité qu'on peut attacher aux avis du CNC ceux-ci n'ont pas de force normative, de sorte qu'on ne peut affirmer, sans verser dans la confusion, qu'une DLC supérieure à 30 jours est contraire à la réglementation applicable », sans rechercher s'il ne résultait pas de l'avis rendu le 8 février 1990 la consécration d'un usage professionnel applicable à tous, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

5 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que la date limite de consommation, obligatoire pour les denrées microbiologiquement très périssables, dont les yaourts et fromages frais, est la date limite au-delà de laquelle un produit ne peut être consommé sans présenter un danger pour la santé humaine et que sont interdites la détention en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit, la mise en vente, la vente ou la distribution à titre gratuit des denrées alimentaires comportant une date limite de consommation dès lors que cette date est dépassée ; qu'elles observaient qu'il en résulte que des produits identiques ne peuvent avoir une date limite de consommation différente sauf à ce que cette date soit, du fait des conditions de transport, de stockage... de certains produits en raison de leur destination, rapprochée de celle de la production, de sorte que la pratique d'une date limite de consommation de 55 ou 60 jours, pratiquée par la société LSM, pour les produits à destination de l'outremer, quand elle apposait une date limite de consommation de 30 jours pour les mêmes produits vendus en métropole, était illicite (mémoire, p.24 et svtes) ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais et l'exigence d'une date limite de consommation de 30 jours, à relever qu'aucun texte réglementaire n'imposait une date limite de consommation des yaourts et produits frais à 30 jours, sans rechercher si la pratique d'une double date limite de consommation selon la destination des produits n'était pas illicite, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles R 112-22 et R 112-25 du code de la consommation, alors applicables, ensemble l'article L 420-2 du code de commerce ;

6 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que si le conditionneur détermine sous sa seule responsabilité la date limite de consommation des denrées microbiologiquement très périssables, il a l'obligation, en application des articles 1 et 5 du règlement CE n°852/2004 du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, de mettre en place, pour la détermination de cette date limite de consommation, des procédures fondées sur la méthode HACCP, lesquelles impliquent des tests de vieillissement effectués de manière cohérente avec les conditions de transport, stockage et commercialisation vraisemblables des produits ;

qu'elles indiquaient encore qu'il ressortait des dires mêmes de la société LSM que celle-ci n'avait effectué ses premiers tests relatifs à la date limite de consommation de ses yaourts et fromages frais vendus en outre-mer qu'en 2007 et qu'elle n'avait inclus de tests relatifs à la présence de flore lactique à la date limite de consommation qu'en 2010, (mémoire, p. 25 et svtes) ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait entretenu une confusion sur la réglementation applicable aux produits laitiers frais et l'exigence d'une date limite de consommation de 30 jours, à relever qu'aucun texte réglementaire n'imposait une date limite de consommation des yaourts et produits frais à 30 jours, sans rechercher si l'absence de procédure de contrôle n'était pas de nature à rendre illicite l'usage d'une date limite de consommation à 55 ou 60 jours des produits vendus en outre-mer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1 et 5 du règlement CE n°852/2004 du 29 avril 2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, ensemble l'article L 420-2 du code de commerce ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles Glaces une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros,

AUX MOTIFS QUE Sur la propagation du discours dénigrant,

L'Autorité a considéré que le discours dénigrant de la société SNYL à l'encontre de la société LSM, mettant en cause les qualités substantielles de ses produits, s'était propagé de deux manières ; d'abord, en interne, par la saisine du syndicat Syndifrais puis, en externe, en étant relayé auprès des distributeurs.

Les requérants contestent cette analyse et font valoir que pour constituer un abus de position dominante, le dénigrement doit se caractériser, selon la jurisprudence même de l'Autorité, par « un concours d'action et de communication globale et structurée de l'entreprise en cause de nature à assurer la diffusion du discours dénigrant auprès d'un large public », et ils soutiennent que tel n'est pas le cas en l'espèce ;

En ce qui concerne la propagation auprès du syndicat Syndifrais, les requérants affirment que la société SNYL était légitime à saisir celui-ci, comme elle l'a fait par son courrier du 11 décembre 2007, car les analyses microbiologiques auxquelles elle avait fait procéder concluaient à la non-conformité des produits analysés. Mais s'il lui était effectivement loisible d'appeler l'attention du syndicat sur les agissements de l'un de ses adhérents, en faisant valoir que ces agissements étaient contraires aux règles de conduite adoptées par ce même syndicat, il convient de constater

que la démarche de la société SNYL est allée au-delà. En effet, le courrier précité adressé au syndicat, et transmis en copie à la société Sapy, met en cause explicitement les produits de la société LSM et allèguent des « tromperies sur les qualités substantielles des produits vendus, au regard des textes applicables » (cote 511).

En ce qui concerne la propagation auprès des distributeurs, les requérants considèrent qu'il n'est établi par le dossier qu'un seul échange direct, avec un représentant du groupe 3H, mais ils en minimisent la portée. En revanche, ils contestent que la société SNYL soit intervenue auprès du groupe Safo ; cependant, tel n'est pas le reproche fait à la société SNYL par l'Autorité, qui ne prétend pas que cette société serait directement intervenue auprès du groupe Safo, mais qui établit que les accusations jetées contre la LSM et ses produits ont été portées à la connaissance du groupe Safo, non directement par la SNYL, mais par M. Coridon du groupe 3H, comme en atteste le courriel suivant, interne au groupe Safo : « [S]ommes informés à l'instant par S. Daire, retour d'une réunion avec le SGDA [Syndicat de la distribution et des grossistes alimentaires] : Suite à plusieurs remarques de Yoplait Martinique [la société SNYL est franchisée Danone en Martinique], les yaourts Malo n'auraient pas droit à l'appellation « yaourt » et comporteraient, de plus, des ingrédients non conformes. Yoplait menace de porter plainte si nous ne retirons pas la marque de nos linéaires (...) ». Si les requérants récusent ces déclarations, en soulignant qu'elles font état de propos tenus au cours d'une réunion à laquelle la société SNYL n'a pas participé, il n'en reste pas moins que le discours dénigrant s'est ainsi propagé et que la société SNYL en est à l'origine.

Les requérants, enfin, contestent que la société SNYL soit intervenue auprès de la société Sapy, son principal concurrent, et de la société SGPY qui lui est liée, ces deux sociétés ayant des dirigeants et un actionnariat communs. Cette dénégation, cependant, est démentie par les éléments du dossier. Il est établi, en effet, que la société SNYL a adressé à la société Sapy une copie de son courrier du 11 décembre 2007 au syndicat Syndifrais. Ce courrier, comme on l'a relevé plus haut, contenait des allégations précises, - relatives à la prétendue violation de « la règle professionnelle établie depuis plusieurs années sur la DLC des produits frais ainsi que [de] la position adoptée par le conseil d'administration [de Syndifrais] le 29 juin 2006 » -, et mettant gravement et nommément en cause la société LSM, accusée de « tromperies au détriment des consommateurs », de «tromperies sur les qualités substantielles des produits vendus, au regard des textes applicables » et de « concurrence déloyale ».

L'impact de la communication d'une copie de ce courrier a été d'autant plus fort que les dirigeants de la société Sapy sont, comme on l'a relevé, communs avec la société SGPY. C'est ainsi qu'il est établi que le discours

dénigrant qu'il véhiculait a été porté par la société SGPY à la connaissance des gérants de magasins Carrefour, qui seront amenés à retirer de leurs rayons les produits de la société LSM, comme en attestent les déclarations faites par M. Leboulanger, directeur-adjoint de l'enseigne Carrefour Destrellan en Guadeloupe au moment des faits, aux services de l'Autorité dans les termes suivants :

[A] la date du 17 décembre 2009, je suis destinataire d'une information de SGPY, selon laquelle il y aurait un problème sur les références fromages frais Malo (...) Ce même fournisseur indique des contrôles probables de la DGCCRF. Nous retirons les produits immédiatement et j'en informe les autres magasins Dillon et Génipa » (cote 2522).

Sur les effets de la propagation du discours dénigrant

Les requérants soutiennent que c'est à tort que l'Autorité a considéré que le discours dénigrant qui lui est imputé, et qu'elle conteste, a eu des effets tenant, d'une part, à l'exclusion de la société LSM du syndicat Syndifrais et, d'autre part, au retrait de produits de cette même société des rayons de plusieurs magasins.

Sur l'exclusion de la société LSM du syndicat Syndifrais

Il ressort de la lecture même de la décision déférée que l'Autorité n'a pas pris en compte cette exclusion au titre des effets du discours dénigrant dont elle impute la responsabilité à la société SNYL.

Le reproche des requérants n'est, en conséquence, pas fondé.

Sur les retraits des produits de la société LSM du groupe 3H

L'Autorité a relevé dans sa décision que la propagation du discours dénigrant de la société SNYL avait entraîné le retrait de l'ensemble des magasins du groupe 3H de tous les produits laitiers frais de la société LSM, de mars à juillet 2008 puis de novembre 2008 à novembre 2009, soit pendant une durée totale de 16 mois. Elle s'appuie, en particulier, sur les déclarations de M. Coridon, représentant le groupe 3H, selon lesquelles la mesure de retrait a été appliquée dans deux hypermarchés (Géant Batelière à Schoelcher et Géant Océanis au Robert) et cinq supermarchés Casino (François, Lorrain, Ducos, Lamentin, Fort-de-France), soit tous les magasins du groupe 3H en Martinique (cote 1987).

Les requérants ne discutent pas la réalité de cette mesure, mais ils en discutent l'importance et la portée. En effet, ils soutiennent que, sur ce point, l'Autorité a opéré un « tri » entre des déclarations contradictoires, – celles, précitées, de M. Coridon et celles de Mme Moreau, agissant pour le compte

de la société LMS –, et qu'elle a ainsi fait preuve d'une « incompréhensible partialité » et s'est livrée à une « interprétation à charge ».

En ce qui concerne la durée de ce retrait, il ressort du dossier que Mme Moreau, agissant pour la société LSM, a déclaré : « [j']ai débuté la commercialisation des produits Malo en août 2007. 1^{er} arrêt en mars 2008. Reprise en juillet 2008. Nouvel arrêt en novembre 2008. Reprise définitive en novembre 2009 et depuis lors, plus aucun blocage. L'ensemble de la gamme fabriquée par LSM a fait l'objet de l'arrêt » (cote 2028). Il y a lieu de constater que ces déclarations, qui font état de deux périodes de retrait des produits LSM (de mars à juillet 2008 et de novembre 2008 à novembre 2009), ne coïncident pas avec les autres déclarations recueillies. C'est ainsi que M. Guigo, directeur commercial de la société LSM, a déclaré (§ 100) : « M. Coridon (...) a dit à ses distributeurs : arrêt immédiat de toutes commandes Malo (...) Ce retrait a duré 6 mois (...) » (cote 363). Enfin, M. Coridon, qui a pris la décision de retrait, n'a dans ses déclarations évoqué qu'une seule période de retrait, de novembre 2008 à novembre 2009 : « [je] vous confirme la date approximative (21/08/2008) de la suspension uniquement des yaourts Malo, en attente d'une réponse de la DGCCRF sur la DLC de ces produits qui n'était pas comme les autres yaourts. Resté sans réponse de la DGCCRF, le 3/11/2009, après un entretien téléphonique avec elle, cette dernière ne m'apportait aucune réponse et ne levait pourtant pas le doute. Ce même jour, j'ai demandé la reprise des yaourts Malo dans nos enseignes (cote 2034) ».

Il résulte donc de ces éléments une incertitude en ce qui concerne la durée exacte du retrait des produits de la société LSM, ce dont convient l'Autorité qui souligne dans ses observations que « la durée exacte de ces retraits peut apparaître relativement incertaine ». Il n'en reste pas moins que la réalité de cette mesure de retrait est établie avec certitude, et qu'elle s'est prolongée jusqu'en novembre 2009.

Quant à la question de savoir si ce retrait a porté sur les seuls yaourts, comme le prétendent les requérants, ou s'il a porté aussi sur les fromages frais, force est de constater que s'il se déduit des déclarations de M. Coridon qu'aurait été suspendue la commercialisation des yaourts, Mme Moreau, dans les déclarations ci-dessus rapportées, a indiqué que le retrait avait porté sur « l'ensemble de la gamme fabriquée par LSM ».

Enfin, les requérants contestent que ce retrait puisse être imputé aux propos dénigrants reprochés à la société SNYL et ils rappellent que M. Coridon et Mme Moreau ont, l'un et l'autre, indiqué que la décision de retrait avait été prise dans l'attente d'une réponse de la DGCCRF, qui avait été saisie à la suite des doutes jetés sur la qualité des produits de la société LSM. Cependant, même en admettant que cette décision ait eu le caractère d'une mesure de précaution, étant rappelé que la réponse attendue n'est pas

arrivée, il n'en reste pas moins qu'elle était la conséquence directe des propos dénigrants de la société SNYL, qui ont alarmé le groupe 3H et sont à l'origine de sa décision.

Sur le retrait des produits de la société LSM du groupe GBH

L'Autorité a également relevé, au titre des effets des pratiques reprochées à la société SNYL, que les fromages frais de la société LSM avaient été retirés, en décembre 2009, des rayons de trois hypermarchés Carrefour du groupe GBH, en Guadeloupe (magasin de Destrellan) mais aussi en Martinique (magasins de Ducos et Dillon). En effet, selon les déclarations ci-dessus relatées de M. Leboulanger, celui-ci, ayant été informé par la société SGPY qu' « il y aurait un problème sur les références fromages frais Malo », a, d'une part, retiré les produits LSM des rayons de son magasin de Guadeloupe du 17 au 19 décembre 2009 et, d'autre part, en a informé les magasins Carrefour de Dillon et Génipa en Martinique, de sorte que cette même mesure a été appliquée dans ces deux magasins, entre le 17 et le 24 décembre 2009 (cote 2522).

Sans doute résulte-t-il de ces déclarations que, comme le soulignent les requérants, M. Leboulanger a été alerté non par la société SNYL, mais par la société SGPY. Cependant, il n'est pas discuté que les retraits opérés ont pour cause le discours dénigrant de la société SNYL, véhiculé en l'occurrence par la société SGPY. C'est donc à juste titre que l'Autorité a considéré que cette suspension de commercialisation des produits de la société LSM dans les magasins Carrefour était un effet des pratiques reprochées à la société SNYL.

1 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes rappelaient que les analyses effectuées par le laboratoire MAP avaient effectivement conclu à la non-conformité d'un nombre non négligeable des yaourts, (mémoire, p.17 et 18 et p.31) ; que l'Autorité de la concurrence, dans la décision entreprise, avait elle-même constaté que plus de 10% des yaourts de marque Malo analysés ne répondait pas aux exigences de l'appellation, (décision, p.41) ; qu'en se bornant, pour dire que la société SNYL avait propagé auprès du syndicat Syndifrais un discours dénigrant, à relever que s'il était loisible à la société d'alerter le syndicat sur les agissements contraires aux règles de conduite de l'un de ses membres, la société SNYL, dans son courrier du 11 décembre 2007 était allée au-delà mettant en cause explicitement les produits de la société LSM et alléguant des « tromperies sur les qualités substantielles des produits vendus au regard des textes applicables », sans rechercher si la non-conformité de plus de 10% des yaourts analysés ne justifiait pas les termes employés, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2 – ALORS QUE la présomption d'innocence, consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis à suffisance de droit et sans qu'il ne subsiste plus aucun doute par l'autorité de poursuite la responsabilité personnelle de l'entreprise poursuivie quant aux faits reprochés ; que la cour d'appel a constaté que la société SNYL n'était pas intervenue auprès du groupe Safo ; qu'en retenant cependant, pour condamner les sociétés requérantes à une sanction pécuniaire, que si la société SNYL n'était pas présente à la réunion où les propos s'étaient tenus, elle était à l'origine du discours dénigrant qui s'est propagé, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et L 420-2 du code de commerce ;

3 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, directeur général du groupe 3H, que la société SNYL s'était bornée à faire remarquer à ce dernier, sans aucune mention ni copie des analyses effectuées, que la date limite de consommation des yaourts Malo était supérieure à celle des autres produits similaires, remarque sans aucun caractère dénigrant, (mémoire, p.32 et 33) ; qu'en affirmant cependant que la mesure de retrait des produits effectués dans les magasins du groupe 3H était la conséquence du «discours dénigrant » tenu par la société SNYL, sans indiquer en quoi la teneur de la remarque avait un caractère dénigrant, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et L 420-2 du code de commerce ;

4 – ALORS QUE la présomption d'innocence, consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et applicable, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des peines, aux procédures relatives à des infractions anticoncurrentielles, impose que soient établis par l'autorité de poursuite les faits constitutifs de l'infraction reprochée y compris sa durée ; que dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, directeur général du groupe 3H, que la mesure de retrait des produits dans les magasins 3H avaient été maintenue jusqu'en novembre 2009 en raison de l'absence de réponse de la DGCCRF à la société sur la licéité de la pratique de double date limite de consommation, (mémoire, p.42) ; qu'en affirmant, pour dire que le discours dénigrant de la société SNYL avait eu pour effet le retrait des produits des magasins 3H, de décembre 2008 jusqu'en novembre 2009, que « même en admettant que cette décision ait eu le caractère d'une mesure de précaution, étant rappelé que la réponse attendue n'est pas arrivée, il n'en reste pas moins qu'elle

était la conséquence directe des propos dénigrants de la société SNYL, qui ont alarmé le groupe 3H et sont à l'origine de la décision », la cour d'appel a violé les articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et par fausse application l'article L 420-2 du code de commerce ;

5 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir, en se fondant sur les déclarations de M. Coridon, que la mesure de retrait des produits dans les magasins 3H ne concernaient que les yaourts et non l'ensemble des produits de la société LSM ; qu'elles indiquaient encore que si Mme Moreau avait évoqué la suspension de « l'ensemble de la gamme » de la société LSM, elle avait très précisément indiqué préalablement que « 3H avait suspendu les yaourts MALO dans l'attente d'une réponse », ce qui confirmait que la gamme des produits suspendus était la seule gamme des yaourts ; qu'en affirmant cependant, pour dire que le discours dénigrant de la SNYL était à l'origine de la suspension de l'ensemble des produits, yaourts et fromages blancs, de la gamme MALO, que « s'il se déduit des déclarations de M. Coridon qu'aurait été suspendue la commercialisation des yaourts, Mme Moreau, dans les déclarations cidessus rapportées, a indiqué que le retrait avait porté sur l'ensemble de la gamme fabriquée par LSM », la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble et par fausse application l'article L 420-2 du code de commerce ;

6 – ALORS QUE la cour d'appel a constaté que la société SGPY était à l'origine des retraits de fromages frais MALO opérés dans les magasins du groupe GBH en décembre 2009 ; qu'en retenant cependant, pour condamner les sociétés requérantes à une sanction pécuniaire, que ces retraits ont eu pour cause le discours dénigrant de la société SNYL, tenu en 2007, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et L 420-2 du code de commerce ;

7 – ALORS QUE dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que rien ne justifiait d'imputer à la société SNYL la mesure de retrait à laquelle elle était radicalement étrangère, fondée sur les affirmations d'un dirigeant de la société SGPY relatives à de possibles contrôles de la DGCCRF, en suite d'une réunion tenue à la préfecture en septembre 2009 sur le sujet des dates limites de consommation, (mémoire, p.43) ; qu'en affirmant cependant qu' « il n'est pas discuté que les retraits opérés ont pour cause le discours dénigrant de la société SNYL », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du mémoire soumis, en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à larrêt attaqué d'avoir infligé solidairement aux sociétés SNYL, Socrema et Antilles Glaces une sanction pécuniaire d'un montant de 1 336 000 euros,

AUX MOTIFS QUE, Sur la sanction

Pour déterminer le montant de la sanction qu'elle a prononcée, l'Autorité a recouru à la méthode qu'elle a définie et présentée dans son communiqué du 16 mai 2011 et dont elle a explicité l'application au cas d'espèce. C'est ainsi que pour le calcul du montant de base de cette sanction, elle a retenu la valeur des ventes de yaourts et de fromages frais réalisées par la société SNYL en Martinique et en Guadeloupe durant l'année 2009, correspondant au dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction, soit la somme de 18 584 695 euros, dont, compte tenu de la gravité des faits et du dommage à l'économie, elle a retenu une proportion de 6 %. Elle a ensuite appliqué un coefficient multiplicateur de 1,5 correspondant à la durée de l'infraction et a constaté qu'il ne ressortait du dossier aucun élément qui aurait pu conduire à diminuer le montant de la sanction. Enfin, elle a considéré que le comportement infractionnel de la société SNYL était aussi imputable à ses deux sociétés mères, les sociétés Socrema SAS et Antilles Glaces SAS, dont elle est une filiale à 100 % et, en conséquence, a infligé à ces trois sociétés, solidairement, une sanction pécuniaire de 1 670 000 euros.

Les requérants critiquent l'application de cette méthode en ce qui concerne tant la détermination du montant de base, - calculé compte tenu de la valeur des ventes, de la gravité des faits et de l'importance du dommage à l'économie-, que le refus de l'Autorité de prendre en compte certaines circonstances spécifiques.(...)

Sur le dommage à l'économie

Selon l'article 464-2 du code de commerce, la sanction prononcée contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles est proportionnée, notamment, à l'importance du dommage causé à l'économie. En application de ce principe, l'Autorité a, dans sa décision, rappelé que si elle n'était pas tenue de chiffrer ce dommage, - qui ne saurait être confondu avec le préjudice subi par les victimes des pratiques en cause et qui s'apprécie en fonction de la perturbation générale causée au marché -, il lui incombaît d'en déterminer l'existence et l'importance en tenant compte de l'ampleur de l'infraction, au vu, notamment, de sa couverture géographique et des parts de marché des entreprises en cause, de sa durée, de ses conséquences ainsi que des caractéristiques du secteur concerné.

C'est ainsi qu'après avoir constaté que la société SNYL était en situation dominante, voire de quasi-monopole, sur le marché en cause, l'Autorité a relevé que celui-ci portait sur des denrées alimentaires très périssables mettant en jeu la santé des consommateurs, et qu'il était, pour cette raison, caractérisé par la grande sensibilité de l'ensemble de la chaîne, de la production à la distribution, aux doutes, rumeurs et insinuations mettant en cause la sécurité sanitaire des produits. Elle a observé que cette caractéristique avait joué un rôle primordial dans le développement d'un

climat de suspicion à l'égard des produits de la société LSM et, par voie de conséquence, dans la réaction des distributeurs au discours dénigrant propagé à l'encontre de ces produits. Cette réaction s'étant traduite par la suspension temporaire de la commercialisation des produits laitiers frais de la société LSM, principalement dans les magasins du groupe 3H mais aussi, plus marginalement, dans ceux du groupe GBH, la clientèle a été privée de l'offre correspondante, en dépit de son appétence pour ces produits, comme en témoigne la progression des parts de marché de la société LSM, et alors que ce marché ne subit qu'une faible pression concurrentielle. Ces constatations ont conduit l'Autorité à fixer à 6 % de la valeur des ventes la proportion retenue pour déterminer le montant de base de la sanction infligée.

Les requérants critiquent cette analyse et font valoir que l'ampleur des pratiques en cause est géographiquement limitée, puisque portant sur le seul département de la Martinique, dont ils soulignent qu'il est faiblement peuplé, sa population totale étant équivalente à celle d'un arrondissement parisien. Cette circonstance, cependant n'est pas, en elle-même, de nature à démontrer l'absence de dommage à l'économie, étant rappelé que la méthode de calcul du montant de base permet, précisément, d'ajuster la sanction aux dimensions du marché affecté par les pratiques sanctionnées.

Ils rappellent, par ailleurs, que la part de marché détenue par la société SNYL était sans doute importante, mais en voie de diminution, et ils en concluent que la pratique en cause n'a eu aucun effet, ni conjoncturel, ni structurel. Force est cependant de constater, - quoi qu'il en soit des variations d'une année sur l'autre de ses parts de marché, et même s'il est avéré que la part de ses concurrents tendait à progresser -, que la SNYL détenait, sur la période considérée, des parts de marché toujours supérieures à 63 %, et atteignant quelquefois 68 %, lui conférant ainsi une indiscutable position dominante dont les effets ont été démontrés par les constatations ci-dessus faites par la cour.

Les requérants, en outre, soutiennent que l'Autorité s'est contredite en faisant du caractère sensible du secteur en cause un facteur d'aggravation des pratiques reprochées à la société SNYL, alors qu'elle a, par ailleurs, affirmé la totale liberté des producteurs en matière de détermination de la DLC et qu'elle a dénié toute légitimité aux alertes lancées par cette société. Force est de constater, cependant, que la motivation exposée par l'Autorité n'est empreinte d'aucune contradiction puisque les réactions des distributeurs, consistant dans la suspension immédiate et quelquefois prolongée de la commercialisation des produits de la société LSM, dès qu'ils étaient avertis des risques prétendus, démontrent au contraire leur forte sensibilité aux mises en cause de la sécurité des produits qu'ils commercialisent.

Enfin, les requérants reprochent à l'Autorité d'imputer à la société SNYL toutes les réactions des distributeurs, alors qu'ils considèrent que la société

LSM elle-même et la DGCCRF y ont contribué. Ce point, cependant a été tranché plus haut, la cour ayant jugé qu'il était établi que les mesures prises par les distributeurs, consistant dans le retrait temporaire de leurs rayons des produits de la société LSM, étaient bien un effet des pratiques reprochées à la société SNYL et lui étaient donc imputables.

Surabondamment, les requérants rappellent qu'il existe en Martinique d'autres groupes de grande distribution alimentaire, qui n'ont procédé à aucun retrait de produits de la société LSM, de sorte qu'aucun effet sérieux sur les consommateurs n'est avéré. Cet argument, cependant, est inopérant, puisque les effets anticoncurrentiels résultant des agissements reprochés à la société SNYL ont, au contraire, été démontrés et qu'ils consistent, en particulier, en une restriction de l'offre dont les consommateurs ont subi les conséquences.

Il résulte de ces constatations que la proportion de 6 % de la valeur des ventes retenue par l'Autorité pour déterminer le montant de la sanction est justifiée.

1 – ALORS QUE le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; qu'en l'espèce, les sociétés requérantes faisaient valoir que le dommage causé à l'économie était extrêmement limité puisque portant sur le seul département de la Martinique, dont la population était équivalente à celle d'un seul d'un seul arrondissement parisien, (mémoire, p. 53) ; qu'en se bornant, pour dire que la proportion de 6% de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, à affirmer que la circonstance que l'ampleur des pratiques ait été géographiquement limitée n'était pas de nature à démontrer l'absence de dommage à l'économie, sans rechercher s'il ne ressortait pas de la détermination du marché concerné le caractère limité du dommage porté à l'économie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

2 – ALORS QUE le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; que si la part de marché détenue par l'auteur de la pratique

anticoncurrentielle peut, pour certaines infractions, en matière d'entente notamment, influer sur le dommage causé à l'économie du fait de cette pratique, tel n'est pas le cas lorsque le comportement reproché consiste en un dénigrement d'un concurrent ; qu'en se fondant cependant, pour dire que la proportion de 6% de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, sur le constat que la société SNYL détenait sur la période considérée, des parts de marché toujours supérieure à 63%, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant encore sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

3 – ALORS QUE le montant de la sanction prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage causé à l'économie, doit se fonder sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects effectifs de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par la pratique en cause, sans que ce dommage ou son importance puissent être présumés ; que, dans leur mémoire, les sociétés requérantes faisaient valoir que le dénigrement reproché n'avait causé qu'un très faible dommage à l'économie dès lors que seul un groupe de grande distribution alimentaire, sur les cinq existants, avait procédé au retrait de yaourts Malo, que la société LSM avait poursuivi son développement et vu ses parts de marché augmenter durant toute la période litigieuse et que les pratiques litigieuses n'avaient eu aucun effet sur les prix, (mémoire, p.54, al.3) ; qu'en se bornant, pour dire que la proportion de 6% de la valeur des ventes retenue par l'Autorité de la concurrence, pour déterminer le montant de base de la sanction, était justifiée, à affirmer que les effets anticoncurrentiels résultant des agissements reprochés ont été démontrés, sans rechercher quelle avait été effectivement l'importance du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a également privé encore sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.