

COUR DE CASSATION

Chambre commerciale

7 avril 2010

N° de pourvoi : 09-11936

Président : Mme FAVRE

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

Sur le quatrième moyen, pris en sa troisième branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 janvier 2009), que, saisi par le ministre de l'économie, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (le Conseil), a, par décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007, sanctionné plusieurs fabricants et distributeurs de jouets sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, devenu l'article 101 TFUE, en raison d'ententes verticales ayant pour objet et pour effet d'empêcher la fixation des prix des jouets aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence ;

Attendu que la société Carrefour fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil du 20 décembre 2007, qui a dit qu'elle avait enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE et lui a infligé une sanction pécuniaire de 27 400 000 euros, alors, selon le moyen, qu'en faisant sienne l'appréciation faite par le Conseil de la concurrence du montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Carrefour, au motif que le Conseil aurait "souligné à juste titre l'importance du pouvoir de marché de la société Carrefour dont les ventes totales de jouets ont dépassé 1,2 milliards d'euros pour les trois années 2001-2003", sans répondre aux conclusions par lesquelles la société Carrefour soulignait que le Conseil s'était déterminé au vu de données matériellement erronées, en omettant lui-même de tenir compte d'un courrier rectificatif qui lui avait été adressé, ramenant le montant des ventes de jouets réalisées entre 2001 et 2003 de 1,2 milliards d'euros à 700 millions d'euros, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que le montant maximum de la sanction encourue par la société Carrefour s'élevait, conformément aux dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, à 10 % du montant de son chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre, soit du chiffre de 77 901 millions d'euros réalisé en 2006, l'arrêt relève la gravité des pratiques d'ententes verticales auxquelles a participé la société Carrefour sur trois années successives de 2001 à 2003 et le rôle primordial de cette société qui, par le biais d'une campagne publicitaire intitulée "Carrefour rembourse dix fois la différence", a, grâce aux consommateurs, surveillé les prix pratiqués par ses concurrents, ce qui lui a permis de prendre contact avec les fournisseurs de jouets afin qu'ils interviennent auprès des autres distributeurs ; qu'il souligne l'importance du dommage causé à l'économie par ces pratiques ; qu'il rappelle que la société Carrefour a déjà été sanctionnée en septembre 2003 pour des pratiques d'ententes verticales sur les prix des calculatrices à usage scolaire reposant sur le même mécanisme de détournement de la législation sur le seuil de revente à perte et tient compte de la réitération de ces pratiques fin 2003 ; qu'enfin, répondant aux conclusions prétendument délaissées, il précise que c'est à juste titre que le Conseil a souligné l'importance du pouvoir de marché de la société Carrefour dont les ventes totales de jouets ont dépassé 1,2 milliards d'euros pour les trois années 2001-2003 ; qu'en l'état de ces constatations et

énonciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu que les premier, deuxième, troisième moyens et le quatrième moyen, pris en ses première et deuxième branches, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Carrefour France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande ;

Vu l'article R. 470 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société Carrefour France

PREMIER MOYEN DE CASSATION

– Sur la modification par le Conseil du grief notifié à Carrefour –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société CARREFOUR FRANCE SAS contre une décision du Conseil de la concurrence, en date du 20 décembre 2007, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE et lui a infligé une sanction pécuniaire de 27.400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « la notification de griefs, en se référant à l'ensemble des déclarations, messages, courriers et autres pièces recueillies au cours de l'enquête, vise les pratiques commerciales en vigueur dans le secteur du jouet, les politiques de fixation des prix de vente aux consommateurs, l'application de prix de détail identiques alignés sur le seuil de revente à perte des grandes surfaces alimentaires et spécialement l'application des prix catalogues, la préconisation des prix de vente au détail et la surveillance/police des prix ; que tous les griefs notifiés trouvent leur source dans ce même ensemble de faits ; que, dans les développements relatifs à la qualification des pratiques, la notification des griefs, rappelant que le Conseil a identifié deux types de preuves démontrant l'existence d'ententes verticales, distingue : - d'une part, l'application des prix préconisés, laquelle se prouve par le faisceau d'indices établissant la connaissance par les distributeurs des prix de détail souhaités par les fabricants, l'exercice d'une police des prix et l'application significative de ces prix par les distributeurs ; - d'autre part, la négociation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé qui se démontre par le caractère faussement conditionnel de certaines remises ou de faux accords de coopération

commerciale ; que cette distinction se reflète dans le libellé des griefs notifiés, d'une part à la société Lego et à ses distributeurs, d'autre part aux sociétés Puériculture de France, Hasbro et Mega Brands et aux sociétés Carrefour et EPSE Joué Club auxquelles il était reproché de s'être entendues, entre fabricants et distributeurs, « en négociant un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence », pratique prohibée par les dispositions des articles L.420-1 du Code de Commerce et 81 du Traité CE ; que les sociétés Puériculture de France, Hasbro, Mega Brands, Carrefour et EPSE Joué Club soutiennent que la différence ainsi retenue par les rapporteurs les a conduites à se défendre seulement sur le caractère prétendument faussement conditionnel des remises et la réalité du contenu des accords de coopération commerciale ; que, dès lors, le Conseil les ayant sanctionnées sur le fondement d'une pratique d'entente verticale prouvée par les trois indices d'évocation des prix, de surveillance ou de police des prix et d'application significative des prix évoqués, le principe du droit à un double degré de juridiction et celui du contradictoire ont été violés et les droits de la défense méconnus ; qu'un grief doit être analysé par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification de celui-ci ; qu'en l'espèce, les rapporteurs ont notifié aux requérantes un grief d'entente entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de revente aux consommateurs ; qu'il résulte des explications qui précèdent l'énoncé formel de ce grief pour chacune des entreprises poursuivies qu'en visant la négociation « d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence », les rapporteurs ont seulement entendu préciser comment l'entente en question était démontrée ; qu'il suit de là que le Conseil, qui n'était pas tenu par l'analyse des rapporteurs, n'a pas porté atteinte aux droits des requérantes en retenant, pour apprécier si le grief notifié était établi, un mode de preuve différent, plus favorable en définitive aux parties poursuivies en ce qu'il suppose la réunion de plusieurs éléments –évocation des prix par les fournisseurs à l'intention des distributeurs, police des prix et application généralisée de ces prix par les distributeurs –dès lors qu'il ne s'est fondé pour ce faire sur aucun élément qui n'eût été soumis au débat contradictoire »

ALORS QU'UNE entreprise ne peut être sanctionnée par le Conseil de la concurrence pour des faits distincts de ceux visés par la notification des griefs, fussent-ils identiquement qualifiés ; qu'aux termes de la notification des griefs, il était reproché à la société Carrefour de s'être entendue avec plusieurs fabricants de jouets « en négociant un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence » ; qu'il ressort des énonciations mêmes de l'arrêt attaqué que, renonçant à analyser dans le détail le contenu des accords négociés entre Carrefour et ses fournisseurs pour y rechercher la preuve du caractère fictif de la coopération commerciale ou du caractère faussement conditionnel des ristournes convenues, le Conseil de la concurrence a estimé que les ententes verticales alléguées étaient suffisamment établies par un faisceau d'indices montrant que les prix de détail souhaités par les fabricants avaient été évoqués avec la société Carrefour et significativement appliqués par celle-ci, en conjonction avec la mise en oeuvre de mesures de police des prix ; qu'en jugeant que le Conseil de la concurrence s'était par là borné à modifier le standard de preuve proposé par les rapporteurs sans pour autant altérer la substance du grief notifié à Carrefour et à ses fournisseurs, cependant qu'il résultait de ses propres constatations que le Conseil s'était fondé sur des faits distincts de ceux visés dans la notification des griefs, la Cour d'appel a violé les articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, ensemble l'article 6, §. 1 de la Convention

Européenne des Droits de l'Homme.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

– Sur l'entente prétendue entre Carrefour et les fabricants dont les produits ont été revendus au seuil de revente à perte –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société CARREFOUR FRANCE SAS contre une décision du Conseil de la concurrence, en date du 20 décembre 2007, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE et lui a infligé une sanction pécuniaire de 27.400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE que la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volonté des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en oeuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation; que, s'agissant d'une entente sur les prix, cette démonstration résulte soit de la signature de clauses contractuelles claires, soit de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants, généralement constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs, des prix de revente au public, la mise en oeuvre d'une police ou au moins d'une surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués, la preuve de chacun de ces indices étant elle-même libre et pouvant être établie par tout moyen ; qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rechercher si certaines clauses contractuelles, négociées en vue d'accorder des marges arrière aux distributeurs, parce qu'elles seraient anticoncurrentielles par elles-mêmes, constitueraient une preuve suffisante des ententes, ce mode de preuve proposé par les rapporteurs pour certaines des sociétés poursuivies, contesté par le commissaire du gouvernement, ayant été délaissé par le Conseil au profit du faisceau d'indices, plus exigeant puisque, s'il retient de telles clauses pour sa démonstration, il les appréhende, non comme anticoncurrentielles en elles-mêmes, mais seulement comme étant de nature à établir le premier indice, relatif à l'évocation des prix, appelant nécessairement l'examen des deux autres, police ou surveillance des prix et application dans une proportion significative des prix évoqués ; Qu'il en résulte que la cour doit, dès lors, examiner les preuves de chacun des trois indices à la charge de chacune des entreprises ; Sur l'évocation des prix : que s'agissant de rechercher si les fabricants de jouets ont pu faire connaître aux distributeurs les prix auxquels ils souhaitaient voir leurs produits vendus aux consommateurs - étant souligné qu'une telle évocation n'est pas illicite en soi mais n'est envisagée qu'au titre du premier indice d'une entente verticale sur les prix, amenant nécessairement la vérification de l'existence du deuxième, puis du troisième indice - le Conseil a d'abord examiné la négociation des conditions commerciales, puis étudié certains aspects des relations entre fournisseurs et grandes surfaces spécialisées, enfin constaté dans certains cas la diffusion directe de prix conseillés ; qu'il ressort des éléments de l'enquête repris dans la décision et non contestés que la société Puériculture de France n'accorde aucune remise sur facture et que ses tarifs sont identiques pour tous ses distributeurs, que, pour la société Hasbro, les négociations se font essentiellement par le biais de marges arrière, que les conditions de vente de Mega Brands ne prévoient aucune remise sur factures pour les grandes surfaces alimentaires, que, dans le secteur des jouets, les fabricants négocient principalement des marges arrière avec les distributeurs et que les grandes surfaces alimentaires adoptent toutes une politique de marge avant nulle sur les jouets présents dans leur catalogue de fin d'année ; Qu'il en résulte, étant rappelé que la législation en vigueur à l'époque des faits interdisait aux distributeurs de revendre à un prix inférieur au prix d'achat déduction faite des seules remises sur factures, que, dans le cas d'absence systématique de

telles remises déductibles, le prix d'achat, augmenté de la TVA, équivalait nécessairement au prix de revente minimum ; Que, par ailleurs, qu'il ressort des éléments de l'enquête repris aux § 56 et 64 à 185 de la décision que la renonciation générale des grandes surfaces alimentaires à réaliser des marges avant était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans la seule rémunération, globalement négociée au moyen d'instruments contractuels génériques tels que des contrats cadre ou des contrats types imposés par les distributeurs, de divers services commerciaux, aussi variés que parfois difficiles à appréhender; que cette fonction réelle des marges arrière, révélée par l'enquête, consistant non pas seulement à payer des services commerciaux, réels ou non, mais à suppléer l'absence convenue de toute marge avant, conduit nécessairement à la conclusion que les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte, ce qui suffit à démontrer que, dans la mesure où le profit du distributeur, assuré par les seules marges arrière, ne dépendait pas du niveau du prix de revente, les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les uns et acceptés par les autres ; que de multiples déclarations des représentants des entreprises en cause confirment que tous les professionnels savaient que les produits étaient, en période de fin d'année, revendus « à la planche », c'est à dire au prix plancher déterminé par l'interdiction de vendre à un prix inférieur au seuil de revente à perte identique pour toutes les grandes surfaces alimentaires ; qu'il en résulte que les moyens des sociétés Carrefour, Puériculture de France, Mega Brands et Hasbro tirés de l'absence d'examen détaillé de chacune des dispositions contractuelles relatives aux marges arrière, du défaut de démonstration du caractère faussement conditionnel de certaines remises, de l'absence de légitimité du Conseil pour apprécier la proportionnalité de la rémunération d'un service, de la réalité de certains autres, ne constituent pas des critiques pertinentes de l'analyse de ce système par le Conseil qui en a exactement déduit qu'il permettait que le prix de vente minimum aux consommateurs souhaité par les fournisseurs fût connu de distributeurs; que ces moyens sont inopérants ; Sur les mesures de police ou de surveillance des prix : que la saisine du Conseil dans le cadre de la présente procédure trouve principalement son origine dans une opération mise en oeuvre par la société Carrefour intitulée « Carrefour rembourse 10 fois la différence » analysée comme une mesure de surveillance ou de police des prix ; qu'en effet, en promettant à ses clients de leur payer dix fois la différence, pour un produit déterminé, entre le prix payé à Carrefour et le prix de vente appliqué par un concurrent dans un rayon de trente kilomètres, cette société rémunérait d'éventuels indicateurs chargés de la renseigner sur le comportement de ses concurrents ; que les conditions de mise en oeuvre de cette opération, reconduite de 2001 à 2004, l'exploitation des renseignements ainsi obtenus, et d'autres indices, tirés d'éléments de preuve de toute nature, tels que dénonciations, rappels à l'ordre, pressions ou menaces, ont révélé que des actions de police des prix dans le secteur objet de l'enquête avaient été menées à l'initiative de certains fournisseurs et avec la participation de divers distributeurs dont il convient de préciser, pour chacun d'eux, la nature des agissements; 2.2.1. Sur l'opération mise en oeuvre par la société Carrefour: que la décision, se référant aux éléments recueillis lors de l'enquête, expose, aux § 237 et suivants, que la société Carrefour a centralisé, au moyen de cette opération, les informations relatives aux demandes de remboursement révélatrices de prix pratiqués par la concurrence inférieurs aux siens dans des documents décrivant, pour chaque cas, la réponse à apporter à l'écart de prix constaté, laquelle pouvait être, soit de baisser ses propres prix dans l'hypothèse où elle-même avait commis une erreur dans le calcul du seuil de revente à perte, soit d'agir auprès du fournisseur pour obtenir un nouveau prix d'achat ou pour que celui-ci intervienne à son tour auprès du concurrent pour que celui-ci relève ses prix; que cette pratique, démontrée par l'élaboration, en 2001, de tableaux intitulés « alignements concurrents du jouet de Noël », a été reconduite et systématisée en 2002 et 2003 par la

création d'une note diffusée auprès de tous les magasins, intitulée « info du Père Noël », ayant pour objet de diminuer le nombre des demandes de remboursement en avisant les responsables des « informations telles que les errata de nos concurrents ou les alignements de prix que nous aurons négociés » ; que le processus mis en oeuvre. à l'occasion de cette campagne a été décrit précisément par le « leader métier jouet » de la société Carrefour qui a expliqué : « nous avons contacté les différents producteurs de jouets de marque en France suite aux différents litiges consommateurs afin de comprendre comment des concurrents qui s'approvisionnent aux mêmes conditions que Carrefour (en France à des tarifs uniques et sans remises avant) peuvent pratiquer des prix inférieurs aux nôtres alors que nous sommes au seuil de revente à perte ... Dès que nous ne comprenons pas comment un concurrent peut pratiquer des prix inférieurs aux nôtres par rapport au seuil de revente à perte, nous contactons les fabricants qui contactent les concurrents ; nous sommes destinataires des errata publiés par ces derniers. Si un fabricant n'a pas d'explication à nous fournir, nous nous efforçons de renégocier le prix d'achat du produit à la baisse dans l'intérêt des consommateurs » ; que le mécanisme ainsi décrit est illustré par plusieurs exemples, mentionnés dans la décision, d'interventions auprès de fabricants, mais aussi auprès de distributeurs concurrents, suivies, soit de corrections à la hausse des prix de ces concurrents, soit de compensations financières obtenues des fabricants, soit encore du retrait des rayons des articles litigieux ; que cet ensemble d'éléments caractérise la mise en oeuvre d'une surveillance des prix suivie d'actions menées aux fins d'obtenir de la part des fournisseurs qu'ils exercent une police des prix sur les distributeurs concurrents ; Sur l'application significative des prix évoqués : Que, de même que l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut s'interpréter comme une imitation des premiers aux seconds à s'entendre sur ces prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardée comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en oeuvre d'une police des prix ; Que l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que des relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application ; Que, s'agissant des éléments qualitatifs, que les déclarations du représentant de la société Carrefour, à la lumière des documents cités au § 347 de la décision, montrent que les produits en catalogue de fin d'année sont vendus sans marge alors que les conditions générales de vente sont les mêmes pour toute la grande distribution et aboutissent au même seuil de revente à perte ; que le représentant de la société EPSE Joué Club a déclaré : « notre savoir faire et notre expérience nous permettent d'anticiper les produits qui seront en GSA et nous incitent à mettre les produits au prix tarif + TVA. Les remises. qu'elles soient sur facture ou non, ne sont jamais réintégrées dans les prix de vente en raison des coûts que nous devons supporter et des frais d'activités des magasins dans le jouet » ; que de multiples messages, courriers ou déclarations de distributeurs analysés aux § 356 et suivants de la décision ne laissent aucun doute quant à l'application généralisée par la distribution des prix de vente conseillés par la société Lego pour ses produits, comme le révèlent des formules telles que : « Le respect des PVC est aujourd'hui relativement bien maîtrisé dans l'ensemble des enseignes », ou « j'ai contrôlé la zone de chalandise .. , la concurrence est au bon prix », ou encore, dans un message de la société Carrefour se plaignant du comportement des magasins Leclerc : « nous rencontrons des difficultés de PVC avec LEGO. En effet, il me semblait que les PVC préconisés étaient appliqués par tous y compris les concurrents » ; Que s'agissant des éléments quantitatifs, que, le Conseil ayant défini l'entente poursuivie comme portant sur la distribution des jouets figurant sur les catalogues diffusés par les distributeurs à partir de fin octobre et valables jusqu'en décembre de chaque année entre 2001 et 2004, l'étude des prix relevés sur ces mêmes catalogues est

pertinente s'agissant de rechercher dans quelle mesure les prix de vente des jouets présentés sur ces catalogues, significativement identiques pour les produits des fabricants quel que soit le distributeur, sont au moins égaux aux prix évoqués entre fournisseurs et distributeurs, étant rappelé que, en l'espèce, les prix évoqués sont, soit les prix de vente des fournisseurs aux distributeurs dans la mesure où, comme il a été indiqué, ces prix ont été fixés dans des conditions telles (absence systématique de marges avant et négociations portant sur les seules marges arrière envisagées globalement) qu'ils représentaient en réalité des prix de revente minimums, soit les prix conseillés ; Qu'au contraire de ce que soutiennent certaines sociétés requérantes, qu'il n'y a pas lieu de rechercher si, au regard de la diversité des jouets mis en rayon, l'échantillonnage de ceux présentés sur catalogue est suffisamment représentatif, ni de tenir compte des remises effectuées en caisse, qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser les clients et constituent des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu et ne sauraient dès lors être pris en considération dans l'appréciation de la politique tarifaire du distributeur vis-à-vis des marques ; que les prix figurant sur les catalogues sont au demeurant obligatoires pour les magasins qui les diffusent, ainsi que l'ont confirmé les représentants des sociétés Carrefour et EPSE Joué Club ; Que le Conseil relève enfin pertinemment que les catalogues distribués à domicile jouent un rôle déterminant dans l'arbitrage des consommateurs entre les différentes enseignes et que la mise sous presse et la diffusion, à l'initiative des distributeurs, de ces catalogues présentant des prix convenus avec les fournisseurs constituent un premier indice d'un accord de volonté entre fournisseurs et distributeurs sur une pratique d'entente de nature à fausser le jeu de la concurrence ; Qu'il n'est pas contesté qu'une étude de cette sorte est jugée démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués ; Que les tableaux récapitulatifs dressés à partir des relevés de prix sur les catalogues, reproduits aux § 375, 377 et 378 de la décision, font apparaître que les prix de référence, tels que précédemment définis, ont été appliqués dans des proportions bien supérieures à ce seuil de 80 % ; Qu'en égard à ce qui a été précédemment indiqué sur le seuil de 80 % à partir duquel la proportion des prix appliqués doit être regardée comme significative, que ces données démontrent une application significative des prix, tant du point de vue des distributeurs en cause pour les quatre années examinées, sauf pour la société Maxi Toys en 2001, que de celui des producteurs, sauf pour les sociétés Puériculture de France en 2003 et Lego en 2002 et 2004 ; qu'à ce stade, c'est en définitive par des motifs suffisants, exacts et pertinents, que la cour fait siens, que le Conseil a estimé que la réunion des trois indices était établie et, par suite, démontrée l'existence d'une entente verticale ayant pour objet et pour effet d'empêcher la fixation de prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence entre : - la société Puériculture de France et l'ensemble de ses distributeurs en 2002, - la société Hasbro et l'ensemble de ses distributeurs en 2002 et 2003, - la société Mega Brands et l'ensemble de ses distributeurs en 2002, - la société Lego et l'ensemble de ses distributeurs en 2001, 2002 et 2003 - la société Maxi Toys avec ses fournisseurs Puériculture de France, Goliath et Mega Brands en 2002 et Hasbro en 2002 et 2003 - la société Carrefour avec ses fournisseurs Puériculture de France, Goliath et Mega Brands en 2002, Hasbro en 2002 et 2003 et Lego en 2001, 2002 et 2003 - la société ESPE Joué Club avec son fournisseur Goliath en 2002. »

1. ALORS QUE ne sont pas soumises aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE les pratiques qui ne constituent que l'application d'une disposition légale impérative ; qu'ainsi, la circonstance que des distributeurs aient aligné leurs prix de vente sur le seuil légal de revente à perte ne peut caractériser à elle seule leur

adhésion à la mise en oeuvre d'une entente verticale, dès lors qu'il leur était légalement interdit de revendre à un prix plus bas ; que, pour retenir l'existence d'ententes verticales entre plusieurs fournisseurs de jouets et la société Carrefour, l'arrêt attaqué relève que le choix des fabricants de pratiquer des prix de vente uniformes et d'exclure toute remise sur facture leur permettait de s'assurer du respect par leurs distributeurs d'un prix minimal de revente conforme à leurs souhaits, lui-même égal au seuil légal de revente à perte, de sorte que « les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les uns et acceptés par les autres » ; qu'il retient encore que l'adhésion des distributeurs à cette politique tarifaire résulte de l'application significative qui a été constatée de ces prix de revente minimum calqués sur le seuil de revente à perte ; qu'en se déterminant par de tels motifs, cependant qu'elle constatait que les grandes surfaces alimentaires étaient toutes « tenues de respecter un prix de revente minimum par l'effet conjugué de l'absence systématique de remise déductible et de la loi interdisant la revente à perte », ce dont il s'évinçait que la circonstance qu'elles aient pratiqué des prix égaux ou supérieurs au seuil de revente à perte ne pouvait, à défaut de solution alternative pour elles, caractériser une entente, la Cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 420-4 du Code de commerce, ensemble l'article 81 du Traité CE.

2. ALORS, de deuxième part, QUE si le choix d'un fabricant de pratiquer des conditions de vente uniformes excluant toute remise sur factures conduit nécessairement à une uniformisation du seuil de revente à perte sous le régime antérieur à la loi du 2 août 2005, l'adhésion des distributeurs à la mise en oeuvre d'une entente sur les prix ne peut se déduire de ce que chacun d'eux s'est adapté à cette stratégie en acceptant de vendre sans marge et de trouver son seul profit dans la rémunération de services de coopération commerciale individuellement négociés ; qu'en l'état de la prohibition des conditions de vente discriminatoires, en vigueur à l'époque des faits, la renonciation d'un distributeur à négocier des remises sur facture, par hypothèse insusceptibles de lui procurer un avantage concurrentiel, ne pouvait, en effet, caractériser son adhésion à la mise en oeuvre d'une pratique anticoncurrentielle ; que, pour retenir l'existence d'ententes verticales entre la société Carrefour et les sociétés Chicco-Puériculture de France, Hasbro et Megabrands et Goliath, l'arrêt retient que les conditions générales de vente des fournisseurs susvisés excluaient toute remise sur facture au bénéfice des grandes surfaces alimentaires et que celles-ci avaient accepté de vendre sans marge et de trouver leur seul profit dans la rémunération de services de coopération commerciale individuellement négociés ; qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser une quelconque « adhésion » de la société Carrefour à une entente, dès lors qu'il lui était contractuellement impossible et sans intérêt d'un point de vue concurrentiel de chercher à obtenir des remises qui auraient indistinctement profité à tous ses concurrents, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE.

3. ALORS, de troisième part, QU'EN présence, d'une part, d'un dispositif légal interdisant aux distributeurs de revendre à perte et, d'autre part, d'une politique commerciale des fabricants refusant toute remise sur facture au bénéfice de la grande distribution alimentaire, la démonstration des ententes verticales imputées à la société Carrefour ne pouvait résulter que de la preuve d'accords conclus entre cette enseigne et ses fournisseurs en vue de rehausser artificiellement le seuil de revente à perte moyennant la rétribution de services fictifs ou l'attribution de ristournes faussement conditionnelles ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a néanmoins jugé que les moyens tirés de l'absence d'examen détaillé par le Conseil des dispositions contractuelles relatives aux marges arrières, de la réalité des services rétribués et du défaut de démonstration du caractère faussement conditionnel de certaines remises, étaient

inopérants, en ce qu'ils ne constituaient pas des critiques pertinentes de l'analyse du Conseil de la concurrence, lequel avait exactement énoncé que ce système permettait aux fournisseurs de jouets de s'assurer du respect par leurs distributeurs d'un prix minimal de revente conforme à leurs souhaits ; qu'en statuant de la sorte, cependant qu'elle constatait que les grandes surfaces alimentaires étaient toutes « tenues de respecter un prix de revente minimum par l'effet conjugué de l'absence systématique de remise déductible et de la loi interdisant la revente à perte », ce dont il s'évinçait que l'examen des moyens précités était indispensable à la caractérisation même d'une pratique anticoncurrentielle prohibée, la Cour d'appel a derechef violé les textes susvisés.

4. ALORS, de quatrième part, QUE, tenu d'établir la participation individuelle de chacune des entreprises qu'il sanctionne aux ententes qui lui sont imputées, le Conseil de la concurrence ne peut se fonder sur des éléments de preuve généraux visant indistinctement l'ensemble des entreprises intervenant sur un marché ; que, pour retenir l'existence d'ententes verticales entre la société Carrefour et plusieurs fournisseurs de jouets nommément désignés, l'arrêt attaqué retient que la preuve de telles ententes peut être administrée par la réunion d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs des prix de revente au public, la mise en oeuvre d'une police ou surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ; que s'agissant toutefois de rapporter la preuve de l'évocation des prix de détail entre Carrefour et ses fournisseurs, l'arrêt attaqué se borne à énoncer que « tous les professionnels savaient que les produits étaient, en période de fin d'année, revendus « à la planche », c'est à dire au prix plancher déterminé par l'interdiction de vendre à perte », que « la renonciation générale des grandes surfaces alimentaires à réaliser des marges était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans la seule rémunération, globalement négociée au moyen d'instruments contractuels génériques tels que des contrats cadre ou des contrats types imposés par les distributeurs, de divers services commerciaux aussi variés que difficile à appréhender » et qu'ainsi, « les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte, ce qui suffit à démontrer que (...) les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les unes et acceptés par les autres » ; qu'en se déterminant par de telles considérations, impropres à caractériser des indices graves et précis d'une évocation entre Carrefour et ses fournisseurs des prix de revente souhaités par ces derniers, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE.

5. ALORS, enfin, QUE ne constituent pas des mesures de « police » des prix révélatrices d'une entente les mesures prises par un distributeur afin de veiller à ce que ses concurrents ne s'arrogent pas un avantage concurrentiel illicite en revendant à perte ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé que la pratique habituelle de la société Carrefour, dans le cadre de l'opération « Carrefour rembourse dix fois la différence », était, lorsqu'elle constatait une différence de prix avec l'un de ses concurrents s'approvisionnant aux mêmes conditions tarifaires, de s'enquérir auprès du fabricant sur les raisons pour lesquelles ce concurrent pouvait afficher des prix inférieurs au sien, alors même que Carrefour vendait déjà au seuil légal de revente à perte ; qu'en jugeant néanmoins que cette pratique, qui ne tendait qu'à préserver les intérêts légitimes de la société Carrefour, caractérisait son implication dans la mise en oeuvre d'une police des prix destinée à assurer l'effectivité de l'entente, la Cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

– Sur l'entente prétendue entre Carrefour et Lego –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société CARREFOUR FRANCE SAS contre une décision du Conseil de la concurrence, en date du 20 décembre 2007, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE et lui a infligé une sanction pécuniaire de 27.400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE de même que l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut s'interpréter comme une imitation des premiers aux seconds à s'entendre sur ces prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardée comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en oeuvre d'une police des prix ; Que l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que des relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application ; Que, s'agissant des éléments qualitatifs, que les déclarations du représentant de la société Carrefour, à la lumière des documents cités au § 347 de la décision, montrent que les produits en catalogue de fin d'année sont vendus sans marge alors que les conditions générales de vente sont les mêmes pour toute la grande distribution et aboutissent au même seuil de revente à perte ; que le représentant de la société EPSE Joué Club a déclaré: «notre savoir faire et notre expérience nous permettent d'anticiper les produits qui seront en GSA et nous incitent à mettre les produits au prix tarif + TVA. Les remises, qu'elles soient sur facture ou non, ne sont jamais réintégrées dans les prix de vente en raison des coûts que nous devons supporter et des frais d'activités des magasins dans le jouet » ; que de multiples messages, courriers ou déclarations de distributeurs analysés aux § 356 et suivants de la décision ne laissent aucun doute quant à l'application généralisée par la distribution des prix de vente conseillés par la société Lego pour ses produits, comme le révèlent des formules telles que: « Le respect des PVC est aujourd'hui relativement bien maîtrisé dans l'ensemble des enseignes », ou «j'ai contrôlé la zone de chalandise .. , la concurrence est au bon prix », ou encore, dans un message de la société Carrefour se plaignant du comportement des magasins Leclerc : « nous rencontrons des difficultés de PVC avec LEGO. En effet, il me semblait que les PVC préconisés étaient appliqués par tous y compris les concurrents » ; Que s'agissant des éléments quantitatifs, que, le Conseil ayant défini l'entente poursuivie comme portant sur la distribution des jouets figurant sur les catalogues diffusés par les distributeurs à partir de fin octobre et valables jusqu'en décembre de chaque année entre 2001 et 2004, l'étude des prix relevés sur ces mêmes catalogues est pertinente s'agissant de rechercher dans quelle mesure les prix de vente des jouets présentés sur ces catalogues, significativement identiques pour les produits des fabricants quel que soit le distributeur, sont au moins égaux aux prix évoqués entre fournisseurs et distributeurs, étant rappelé que, en l'espèce, les prix évoqués sont, soit les prix de vente des fournisseurs aux distributeurs dans la mesure où, comme il a été indiqué, ces prix ont été fixés dans des conditions telles (absence systématique de marges avant et négociations portant sur les seules marges arrière envisagées globalement) qu'ils représentaient en réalité des prix de revente minimums, soit els prix conseillés ; Qu'au contraire de ce que soutiennent certaines sociétés requérantes, qu'il n'y a pas lieu de rechercher si, au regard de la diversité des jouets mis en rayon, l'échantillonnage de ceux présentés sur catalogue est suffisamment

représentatif, ni de tenir compte des remises effectuées en caisse, qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser les clients et constituent des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu et ne sauraient dès lors être pris en considération dans l'appréciation de la politique tarifaire du distributeur vis-à-vis des marques; que les prix figurant sur les catalogues sont au demeurant obligatoires pour les magasins qui les diffusent, ainsi que l'ont confirmé les représentants des sociétés Carrefour et EPSE Joué Club; Que le Conseil relève enfin pertinemment que les catalogues distribués à domicile jouent un rôle déterminant dans l'arbitrage des consommateurs entre les différentes enseignes et que la mise sous presse et la diffusion, à l'initiative des distributeurs, de ces catalogues présentant des prix convenus avec les fournisseurs constituent un premier indice d'un accord de volonté entre fournisseurs et distributeurs sur une pratique d'entente de nature à fausser le jeu de la concurrence ; Qu'il n'est pas contesté qu'une étude de cette sorte est jugée démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués ; Que les tableaux récapitulatifs dressés à partir des relevés de prix sur les catalogues, reproduits aux § 375, 377 et 378 de la décision, font apparaître que les prix de référence, tels que précédemment définis, ont été appliqués dans des proportions bien supérieures à ce seuil de 80 % ; Qu'en égard à ce qui a été précédemment indiqué sur le seuil de 80 % à partir duquel la proportion des prix appliqués doit être regardée comme significative, que ces données démontrent une application significative des prix, tant du point de vue des distributeurs en cause pour les quatre années examinées, sauf pour la société Maxi Toys en 2001, que de celui des producteurs, sauf pour les sociétés Puériculture de France en 2003 et Lego en 2002 et 2004 ; qu'à ce stade, c'est en définitive par des motifs suffisants, exacts et pertinents, que la cour fait siens, que le Conseil a estimé que la réunion des trois indices était établie et, par suite, démontrée l'existence d'une entente verticale ayant pour objet et pour effet d'empêcher la fixation de prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence entre : la société Carrefour avec ses fournisseurs Puériculture de France, Goliath et Mega Brands en 2002, Hasbro en 2002 et 2003 et Lego en 2001, 2002 et 2003 »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE les relevés des prix catalogues confirment l'alignement des prix de Carrefour sur les prix évoqués : seuil de revente à perte pour les produits Chicco, Goliath, Hasbro et MegaBrands et Lego en 2003 ; prix de vente conseillés pour Lego en 2001 et 2003. Toutefois, il convient de relever que les catalogues Carrefour dans lesquels les relevés de prix ont été relevés ne contenaient qu'un petit nombre de jouets de certaines marques.

C'est le cas de MegaBrands (deux jouets en 2002, six en 2003). C'est aussi le cas de Lego (quatre en 2001, dont trois étaient au prix de vente conseillé par Lego, trois en 2002, dont aucun n'était au PVC, cinq en 2003 pour lesquels le PVC correspond à son SRP), de sorte qu'il ne peut être tiré aucune conclusion de ces relevés quant au caractère significatif de l'application par Carrefour de prix convenus avec Lego. Toutefois, le Conseil tient compte, pour apprécier le caractère significatif de l'application des prix par un distributeur auquel il est reproché d'avoir pris une part prépondérante aux ententes verticales de prix, de son application des prix de l'ensemble des fournisseurs auxquels il est reproché une entente. Relevé des prix dans les catalogues de Carrefour 2001 ; 2002 ; 2003 2001

[...]

Qu'au total, il existe au dossier une série d'éléments concordants qui attestent de l'application significative par Carrefour des prix évoqués en 2001, 2002 et 2003 avec l'ensemble des fournisseurs formé de Chicco, Goliath, Hasbro, Lego et MegaBrands, conformément à la pratique décisionnelle appliquée dans la décision n° 06-D-04 bis »

ALORS QUE le consentement d'un distributeur doit être distinctement apprécié par le Conseil de la concurrence pour chacune des ententes verticales auxquelles il lui est reproché d'avoir adhéré ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé, par motif adopté de la décision du Conseil de la concurrence (§. 665), qu'en raison du faible nombre de jouets de marque Lego présents dans les catalogues de Noël édités par la société Carrefour (4 en 2001, dont 3 étaient au prix de vente conseillé par Lego, 3 en 2002, dont aucun n'était au prix de vente conseillé), il ne pouvait être tiré aucune conclusion de ces relevés de prix quant au caractère significatif de l'application par Carrefour des prix conseillés par Lego ; que pour affirmer néanmoins que Carrefour avait significativement respecté les prix de vente conseillés par Lego, la Cour d'appel s'est fondée, toujours par motif adopté (loc. cit.), sur la circonstance que cette enseigne de la grande distribution avait généralement respecté les prix de vente conseillés par d'autres fabricants de jouets, ce dont il pouvait être déduit qu'elle s'était comportée de la même manière dans ses rapports avec Lego ; qu'en se livrant à une telle induction pour pallier la carence des preuves d'entente entre Carrefour et Lego, la Cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

– Sur la motivation de la sanction –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société CARREFOUR FRANCE SAS contre une décision du Conseil de la concurrence, en date du 20 décembre 2007, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE et lui a infligé une sanction pécuniaire de 27.400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « les entreprises en cause ne sont pas fondées à invoquer, au titre d'un facteur d'atténuation de la gravité des pratiques, la législation en vigueur qui interdisait la revente à perte ; que le Conseil a accumulé les indices montrant qu'en l'espèce, le seuil de revente à perte avait été déterminé au contraire de telle sorte qu'il soit identique au moins pour toutes les grandes surfaces alimentaires et serve de référence à tous les distributeurs, mêmes les grandes surfaces spécialisées bénéficiant de conditions commerciales différentes et qui ne se trouvaient donc ni dans l'obligation juridique ni dans la nécessité économique d'appliquer les mêmes prix ; qu'il en résulte que le dispositif légal invoqué, loin d'expliquer ou de justifier les pratiques incriminées, n'en a été, par le détournement de son objet, que l'instrument » (page 18) ; (...) que les pratiques reprochées à la société Carrefour se sont renouvelées sur trois années successives ; que ses opérations « Carrefour rembourse dix fois la différence » ont eu un rôle primordial dans l'efficacité des ententes auxquelles elle a pris part ; que le Conseil a souligné à juste titre l'importance du pouvoir de marché de la société Carrefour dont les ventes totales de jouets ont dépassé 1,2 milliards d'euros pour les trois années 2001-2003 ; que la société Carrefour a été sanctionnée par le Conseil de la concurrence pour des ententes verticales sur les prix des calculatrices à usage scolaire mettant en oeuvre le même principe de détournement de la législation interdisant la revente à perte par décision du 25 septembre 2003 ; (...) qu'il y a donc lieu, dans la présente espèce, de tenir compte de la réitération des

pratiques reprochées à la société Carrefour ; qu'il n'est pas contesté que le chiffre d'affaires mondial le plus élevé en tenant compte des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre s'est élevé à 77.901 millions d'euros en 2006 ; que la sanction prononcée contre la société Carrefour a été justement appréciée (page 20) ;

1. ALORS, de première part, QUE les sanctions pécuniaires encourues par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles doivent être fixées à proportion du dommage qu'elles ont causé à l'économie ; que, dans son appréciation de la sanction encourue par un distributeur au titre d'une entente verticale sur les prix, le Conseil de la concurrence doit ainsi tenir compte, le cas échéant à titre de facteur d'atténuation de la gravité des pratiques relevées, des contraintes qui découlent de l'environnement juridique dans lequel évoluent les entreprises et, notamment de l'uniformisation des conditions de concurrence induite par l'interdiction légale de la revente à perte et par l'interdiction des conditions de vente discriminatoires ; qu'en affirmant, au contraire, que les entreprises en cause n'étaient pas fondées à invoquer, comme facteur d'atténuation de la gravité de leurs pratiques, la législation en vigueur interdisant la revente à perte, au motif, inopérant à l'égard de Carrefour, que les grandes surfaces spécialisées dans la vente de jouets bénéficiaient de conditions tarifaires plus favorables que les grandes surfaces alimentaires et ne se trouvaient donc ni dans l'obligation juridique, ni dans la nécessité économique d'aligner leurs prix sur le seuil de revente à perte applicable dans la grande distribution alimentaire au niveau de seuil de revente à perte, la Cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

2. ALORS, de deuxième part, QU'EN statuant de la sorte, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations d'après lesquelles les grandes surfaces alimentaires – au nombre desquelles figure Carrefour – étaient toutes « tenues de respecter un prix de revente minimum par l'effet conjugué de l'absence systématique de remise déductible et de la loi interdisant la revente à perte », violant ainsi de plus fort le texte susvisé ;

3. ALORS, de troisième part, QU'EN faisant sienne l'appréciation faite par le Conseil de la concurrence du montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Carrefour, au motif que le Conseil aurait « souligné à juste titre l'importance du pouvoir de marché de la société Carrefour dont les ventes totales de jouets ont dépassé 1,2 milliards d'euros pour les trois années 2001-2003 », sans répondre aux conclusions par lesquelles la société Carrefour soulignait que le Conseil s'était déterminé au vu de données matériellement erronées, en omettant lui-même de tenir compte d'un courrier rectificatif qui lui avait été adressé, ramenant le montant des ventes de jouets réalisées entre 2001 et 2003 de 1,2 milliards d'euros à 700 millions d'euros, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.