

Nous avons le plaisir de vous informer du changement d'adresse de notre Cabinet à compter du 1^{er} mai 2006, à savoir :

156 boulevard Haussmann – 75008 PARIS

Nos numéros de téléphone et de télécopie demeurent inchangés.

DEUX DÉCISIONS RÉCENTES ET TOUT PARTICULIÈREMENT IMPORTANTES DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE EN MATIÈRE D'ENTENTES !

Les deux décisions prononcées par le Conseil de la concurrence, en moins d'une semaine, les 9 et 13 mars 2006, respectivement dans le secteur du sanitaire chauffage et dans celui de la parfumerie de luxe, démontrent que le droit de la concurrence est une réalité que les opérateurs économiques ne peuvent pas ignorer ; Les sanctions qui ont atteint pour la première décision un peu plus de 26 millions d'euros et pour la seconde près de 45 millions d'euros doivent fortement sensibiliser les entreprises au strict respect des règles de concurrence ; il convient donc d'être particulièrement vigilant.

SOMMAIRE :

CARTELS : Attention danger !
Vigilance et prudence ! **p. 2**

Décision du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaire, plomberie, climatisation

Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy, Nicolas Geay,

Erwan Le Morhedec, Charlotte Grass **p. 3**

Décision du 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe : Sanctions lourdes pour un secteur fleuron de l'économie nationale

Nathalia Kouchnir-Cargill **p. 8**

Quelques informations **p. 12**

CARTELS : ATTENTION DANGER ! VIGILANCE ET PRUDENCE !

Les accords secrets entre concurrents, souvent désignés sous le nom de « *cartels injus-tifiables* » ou « *Hard Core Cartels* », ayant pour objet la fixation de prix, la répartition de clientèle ou de territoire, ou bien encore des restrictions de production, constituent les violations les plus emblématiques des règles de concurrence, donnant lieu à des amendes d'une particulière sévérité. Afin de faciliter la lutte contre ces cartels, des programmes spécifiques ont été institués ces dernières années tels que le programme de lutte contre les ententes anticoncurrentielles de l'OCDE (cf. **Lettre du Cabinet de décembre 2005**) ou plus récemment la publication par l'International Competition Network (ICN) des premiers chapitres de son « *Manuel d'application anti-cartels* ». Par ailleurs, les autorités anti-trust développent, pour certaines depuis quelques années déjà, des programmes de clémence ou « *Corporate Leniency Programs* » (**dénonciation pouvant donné lieu à une réduction d'amende, voire dans certains cas à une immunité totale**). Ces systèmes se sont révélés particulièrement efficaces, s'agissant de la détection des cartels. Un premier cas très récent de clémence par le Conseil de la concurrence est celui du « *cartel des portes* » réunissant les principaux fabricants de portes qui se réunissaient une fois par an à Bordeaux pour fixer les prix de vente de leurs produits pour l'année à venir.

Compte tenu du rôle qu'elle a joué dans l'entente, la société France Portes encourait une sanction de 1,25 million d'euros. Elle a bénéficié de l'immunité totale en contrepartie du fait :

- qu'elle a, la première, apporté au Conseil de la concurrence des éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels (**un cartel sur les portes planes et isoplanes et un cartel sur les portes laquées**) et à en identifier les auteurs ;
- qu'elle a fait preuve d'une coopération totale avec les autorités de concurrence à tous les stades de la procédure ;
- qu'elle n'a pas exercé de contrainte à l'égard des autres membres du cartel ;
- qu'elle a cessé de mettre en œuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure et qu'elle n'a pas prévenu les autres membres des cartels dénoncés.

Il est bien évident que l'existence de la procédure actuelle de clémence introduit une insécurité permanente au sein des cartels !

Et selon le communiqué de presse du Conseil de la concurrence, « **le programme de clémence français rencontre un succès certain depuis son entrée en vigueur, le Conseil de la concurrence ayant déjà enregistré dix-sept demandes qui sont en cours de traitement. 80 % d'entre elles ont été déposées depuis le 1^{er} mai 2004, date à laquelle a été créé le réseau européen des autorités de concurrence** ». (cf. **décision n°06-D-09 du Conseil du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication de portes et voir communiqué de presse du Conseil de la concurrence**).

Décision du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaire, plomberie, climatisation

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy, Nicolas Geay, Erwan Le Morhedec, Charlotte Grass

Le Conseil de la concurrence a condamné, le 9 mars 2006, dans sa décision n°06-D-03, soixante dix sept entreprises et fédérations professionnelles (sur les cent cinquante poursuivies !) actives dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaire, plomberie et climatisation, pour avoir participé à des ententes anticoncurrentielles horizontales et verticales, et mis en œuvre de telles pratiques.

Les pratiques dénoncées (telles que échanges d'informations, boycotts, menaces de déréférencement, etc.) mises en œuvre par les négociants grossistes ainsi que plusieurs fédérations professionnelles et certains fabricants, visaient à évincer les coopératives d'installateurs et les grandes surfaces de bricolage (« GSB ») que sont les enseignes « Castorama » et « Leroy Merlin ».

Nous n'envisagerons dans le présent commentaire que certains aspects de la décision (longue de plus de 360 pages !) qui nous paraissent les plus intéressants.

1. Sur le standard de preuve requis par le Conseil de la concurrence pour démontrer l'adhésion d'une entreprise à une pratique concertée

Dans cette affaire, plusieurs des griefs notifiés portaient sur des « pratiques concertées » entre entreprises - négociants grossistes actifs dans le secteur du sanitaire chauffage - mises en œuvre au sein d'organisations professionnelles ou de groupements tels le GSP (Groupement Sanitaire Parisien), le GSE (Groupe Sanitaire européen) ou Centramat.

Rappelons, de prime abord, que les « pratiques concertées » sont visées tant par l'article L.420-1 du Code de commerce, que par l'article 81 TCE, relatifs aux ententes anticoncurrentielles, la « pratique concertée » n'étant que l'une des formes que peut revêtir l'entente anticoncurrentielle au même titre que les « accords » ou les « coalitions ».

Rappelons également que la « pratique concertée » a été définie par la Cour de justice des Communautés européennes comme étant « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de

concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché. (...) Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'une véritable « plan », doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun »¹.

En l'espèce, la plupart des entreprises mises en cause avaient contesté, au cours de la procédure, leur participation aux pratiques concertées reprochées, et certaines d'entre elles avaient insisté sur l'absence de toute mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles alléguées, c'est-à-dire des décisions arrêtées lors des différentes réunions qui s'étaient tenues dans le cadre des organisations professionnelles et groupements en cause.

Ces contestations ont donné l'occasion au Conseil de la concurrence de poser clairement les règles relatives au **standard de preuve requis pour démontrer d'adhésion d'une entreprise à une pratique concertée** anticoncurrentielle, sachant que cette dernière a participé « à des réunions qui se sont déroulées dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle ».

Relevons que le Conseil de la concurrence, de son propre gré, limite la portée des règles qu'il pose, puisque « la solution » [il faut entendre ici le **standard de preuve instauré par le Conseil**] peut « être différente pour les réunions occultes ou secrètes entre concurrents ».

Ainsi, selon le Conseil, pour démontrer l'adhésion c'est-à-dire l'accord de volontés d'un opérateur économique à une pratique concertée, il convient de distinguer deux hypothèses :

- *si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel, dès lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion.*
- *si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel.*

⁽¹⁾ CJCE, aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, 16 décembre 1975, Cooperatieve Vereniging « Suiker Unie » e.a./ Commission des Communautés européennes ; Rec.1975.

Le conseil de la concurrence est donc plus exigeant, et donc plus protecteur des opérateurs économiques, que le juge communautaire puisqu'il exige la réitération du comportement fautif: «En droit communautaire, la seule participation même passive d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à établir sa participation à l'entente, sauf si cette entreprise démontre qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques anticoncurrentielles décidées lors de la dite réunion en s'en distanciant publiquement (Cour de Justice des communautés européennes, 16 novembre 2000 Sarrio SA C-291/98)».

Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris exigent donc que le concours de volontés nécessaire à l'incrimination d'une entreprise pour entente se soit manifesté par une adhésion plus explicite à l'action collective décidée lors de ladite réunion, soit par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit par l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion.

Enfin, s'agissant de l'incidence liée à l'absence d'une quelconque mise en œuvre par l'entreprise concernée des mesures qui ont été prises lors des différentes réunions organisées sous l'égide de la fédération professionnelle en cause, le Conseil est venu préciser, reprenant ici la solution retenue par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts Sarrio c/ Commission du 16 novembre 1998² et Dansk Rørindustri e.a. / Commission du 28 juin 2005³ que :

« L'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions, la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues et l'effet anticoncurrentiel des décisions prises ne seront prises en compte que pour apprécier la sanction » !

En conséquence, pour le Conseil de la concurrence, il importe peu, au stade de la qualification de la pratique et de la preuve de l'adhésion de l'opérateur économique mis en cause de déterminer si les pratiques alléguées ont pu être ou non mises en œuvre.

² Rec. 2000, P.I-9991.

³ Rec. 2005, p.I-5425.

2. Sur les principaux griefs notifiés

2.1. Sur le grief relatif aux pratiques mises en œuvre par la FNAS et ses membres

S'agissant du fond du litige, la démarche adoptée par le Conseil de la concurrence à l'occasion de la décision n° 06-D-03 paraît des plus classiques, aucune innovation n'étant à signaler, s'agissant de l'appréhension des griefs notifiés.

Cela étant, quelques points d'analyse méritent toutefois l'attention.

S'agissant ainsi, tout d'abord, du grief numéro n°3 qui concernait différentes réunions organisées sous l'égide d'une fédération professionnelle, se posait la question de la preuve des échanges, éventuellement anticoncurrentiels intervenus lors de ces réunions ; sur ce point, le Conseil s'en tient toutefois à une interprétation des plus strictes, voire rigoriste, relevant que l'objet anticoncurrentiel des thèmes abordés lors de ces assemblées suffisait à caractériser leur nature anticoncurrentielle :

« Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les thèmes abordés lors des réunions [...] traduisent la volonté des participants de poursuivre la stratégie d'éviction des GSB et des coopératives d'installateurs afin de protéger la filière professionnelle [...] ».

2.2 Sur les griefs concernant le GSP

Deux griefs avaient été notifiés au Groupement Sanitaire Parisien (GSP), le premier, relatif à une entente horizontale entre les membres du GSP, et le second, relatif à une entente verticale entre les entreprises membres du GSP et certains fabricants. Il était principalement reproché à ces membres d'avoir constitué ce groupement sur des critères discriminatoires, ainsi que de pratiquer une politique commerciale visant à exclure les grandes surfaces de bricolage (« GSB ») et coopératives d'installateurs du marché de la distribution des appareils de chauffage et sanitaire.

En ce qui concerne les critères d'adhésion au GSP, les parties avaient fait état de la pratique décisionnelle fermement établie du Conseil de la concurrence, selon laquelle il est « *loisible à des entreprises de constituer entre elles des groupements et, le cas échéant, d'en limiter l'accès à leur gré, sous réserve de ne pas porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence* »⁴.

⁴ Voir notamment décision du Conseil de la Concurrence n° 01-D-70 du 24 octobre 2001, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à la Réunion.

Ceci étant posé, et sur un plan purement factuel, il était établi que les statuts et le règlement intérieur du groupement ne faisaient aucune mention de la politique commerciale du candidat et, surtout, que de nombreux et importants membres du groupement entretenaient bel et bien des relations commerciales avec les grandes surfaces de bricolage, malgré leur appartenance au groupement.

Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence n'a pu qu'écartier cet aspect du grief en cause, en considérant qu'il n'était pas établi que « *le groupement GSP soit fondé sur des conditions d'agrément discriminatoires vis-à-vis des grossistes acceptant d'approvisionner les GSB et les coopératives d'installateurs* ».

En ce qui concerne l'aspect principal du grief, relatif à une entente horizontale, qui portait sur la politique de référencement du groupement, le Conseil de la concurrence a retenu l'existence de pressions effectuées par les membres du groupement dès lors qu'un fabricant réalisait un chiffre d'affaires « même minime » avec les GSB. Le Conseil de la concurrence a donc estimé que « *le GSP a (...) été utilisé par ses membres pour faire pression sur les fabricants, au travers de la procédure de référencement et par le biais de certains courriers, afin d'obtenir l'exclusivité de la distribution de leurs produits par les grossistes et, à tout le moins, des conditions commerciales discriminatoires par rapport aux GSB et aux coopératives d'installateurs* ».

Ce faisant, le Conseil de la concurrence ne tient pas compte de la profonde différence quant aux services rendus par les grossistes – qu'il s'agisse du conseil apporté par des techniciens, du stock de produits détenu, dont ne disposaient pas les GSB, de la présentation d'une gamme complète de produits, au sein de salles d'exposition, et non dans de simples linéaires – qui aurait pu être considérée comme une contrepartie suffisante aux dites conditions commerciales.

Par ailleurs, il avait été avancé par les parties que le critère de la politique commerciale des fabricants n'était prise en compte par le GSP dans leur référencement qu'à titre ultime, afin de départager des fabricants proposant des produits similaires à des conditions commerciales identiques.

Le Conseil de la Concurrence qui, classant les critères de sélection, a lui-même placé « *la politique commerciale du fabricant* » en dernière position (§ 374), n'a pourtant pas suivi les parties sur ce point et a considéré, sans que soient précisés les éléments permettant d'ar-

river à une telle conclusion, que ce critère était le principal critère de sélection des fabricants.

On peut également s'étonner que le Conseil de la Concurrence retienne à la charge du groupement et de ses membres le fait que « *si certains fabricants ont été référencés par le GSP, alors même qu'ils livraient les circuits de distribution concurrents, cette situation résulte de ce qu'ils avaient accordé des conditions commerciales plus avantageuses que celles pratiquées à l'égard des GSB et des coopératives* ». De nouveau, la différence de prestations de services pouvait paraître de nature à justifier une telle différence dans les conditions commerciales.

Le Conseil de la concurrence a donc retenu le grief concerné, ainsi qu'un grief connexe d'entente verticale entre les entreprises membres du GSP et certains fabricants.

2.3 Sur le grief relatif au Groupement Centramat

Le groupement Centramat, qui avait été constitué entre plusieurs grossistes dans le secteur du chauffage essentiellement, se voyait reprocher deux griefs : tout d'abord celui d'avoir été constitué sur une base discriminatoire visant à exclure les installateurs qui approvisionnaient les GSB et coopératives d'installateurs et, ensuite, d'avoir mis en place, à travers une charte, un système interdisant aux fournisseurs actifs dans le secteur du sanitaire – chauffage d'approvisionner les GSB et coopératives d'installateurs concurrents des grossistes membres de Centramat.

S'agissant du premier grief, le Conseil de la Concurrence rappelle que, conformément à ce que soutenaient les parties, la constitution d'un groupement en lui-même n'est pas interdite, pour autant qu'il ne conduise pas, en droit ou en fait, à l'exclusion d'une certaine catégorie d'entreprises, soit du groupement, soit de la distribution de produits.

Or, en l'espèce, le Conseil de la Concurrence constate que les statuts du groupement Centramat précisent que : « *tous les professionnels du matériel thermique ayant la qualité de commerçant* » peuvent devenir membres du groupement et qu'ils ne peuvent être exclus que pour des raisons objectives, de sorte que, en droit, les conditions d'adhésion et d'exclusion du groupement Centramat sont fondées sur des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

Le Conseil de la Concurrence constate en outre qu'un certain nombre de membres du groupement continuait à fournir des GSB, de

sorte que, même en fait, il n'était pas établi que le groupement était constitué sur des critères discriminatoires à l'égard des négociants qui acceptaient de livrer des GSB et coopératives d'installateurs.

S'agissant du deuxième grief relatif à la charte Centramat, il était reproché aux membres du groupement Centramat d'avoir établi et mis en œuvre une telle charte qui devait être signée par les fournisseurs, et aux termes de laquelle ces derniers devaient s'engager à ne plus fournir les coopératives d'installateurs, ainsi que les GSB, afin d'être référencés au sein de Centramat. C'était là une différence majeure avec les autres groupements (GSP et GSE) qui n'avaient eux pas établi de support écrit.

Sur l'objet anticoncurrentiel même de la charte Centramat, le Conseil de la Concurrence ne retient pas l'argument invoqué par les membres du groupement, à savoir que la charte avait, en réalité, pour objet la structuration d'un partenariat entre les membres de Centramat et les fournisseurs.

Le Conseil a considéré en effet que les différentes versions de la charte qui avaient été rédigées, évoquaient explicitement l'exclusion des GSB et coopératives d'installateurs du circuit de distribution des produits de sanitaire - chauffage, et qu'en signant cette charte, les fournisseurs concernés s'engageaient à ne pas diffuser sur le marché, directement ou indirectement, leurs produits en dehors du circuit professionnel, à savoir les seuls grossistes négociants.

Quand à un accord de volontés entre les membres de Centramat, nécessaire pour caractériser l'existence d'une entente interdite, il était permis de douter de son existence, compte tenu de ce que les membres de Centramat n'avaient pas signé la charte et que celle-ci avait été rédigée par le président du groupement avec l'aide d'un prestataire extérieur. En d'autres termes, il n'existait pas d'accord formel !

Or, pour le Conseil de la concurrence, la responsabilité des différents membres de Centramat ne découle pas de leur seule appartenance au groupement, mais doit être la résultante d'une participation active à la mise en œuvre des différentes versions de la charte

Cependant, il est bien établi, tant en droit français, qu'en droit communautaire que, en l'absence d'un accord écrit ou oral, l'adhésion à une entente peut résulter de la participation à une pratique concertée, que le Conseil de la concurrence va caractériser en l'espèce

contre l'avis des membres de Centramat.

Pour caractériser la participation des membres de Centramat à une pratique concertée, le Conseil de la concurrence retient la participation des membres de ce groupement à plusieurs réunions ayant pour objet le thème central de la Charte, à savoir le boycott des GSB et coopératives d'installateurs. Pour le Conseil de la concurrence, l'argument de certains membres de Centramat, selon lequel ils n'auraient pas mis en œuvre ledit boycott est sans effet, et ne peut être pris en compte qu'au stade de l'appréciation de la sanction, le Conseil se conformant ainsi aux principes ci-avant exposés.

Si une telle position peut apparaître à certains égards contestable, notamment parce que les réunions en cause n'avaient pas pour unique objet le thème central de la Charte Centramat et donc le boycott prétendu des GSB et coopératives d'installateurs (s'agissant en effet pour l'essentiel d'assemblées générales), le Conseil de la concurrence continue cependant à développer sa conception plutôt étroite de la notion de pratique concertée.

2.4 Sur le grief n°13 portant sur l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un « accord » dont l'objet principal tendait à dissuader les grossistes négociants de commercialiser des chaudières murales à gaz auprès des GSB

Le principal argument invoqué à titre de justification de cette démarche reposait sur l'allégation de la dangerosité des produits en cause, et du risque à les voir commercialiser en libre service ; en d'autres termes, les promoteurs dudit « accord » invoquaient indirectement le bénéfice des dispositions de l'**article L. 420 4 du Code de Commerce**, dont on rappellera qu'il prévoit que : « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L 420-1 et L 420 2 les pratiques [...] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique [...] et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause [...]* ».

Sur ce point, le Conseil réfute, de manière très claire, l'argumentation des parties :

« Il ressort de la jurisprudence nationale et communautaire [...] qu'un accord ayant pour objet et pour effet de créer un système d'approvisionnement exclusif écartant du marché un circuit de distribu-

tion déterminé, sur une base non objective et discriminatoire, est contraire aux règles de concurrence, sans pouvoir bénéficier d'une exemption au titre de l'article L 420-4 du Code de Commerce » !

S'agissant en l'occurrence de la « *jurisprudence communautaire* », citée par le Conseil de la Concurrence, celle-ci est résumée très clairement par les « *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité* », publiées par la Commission Européenne le 27 avril 2004 qui, au paragraphe 105, rappellent les principes qui suivent :

« L'accord ne doit pas donner aux entreprises en cause la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. En définitive, priorité est donnée à la protection de la rivalité et du processus concurrentiel à long terme sur les gains d'efficacité potentiellement pro-concurrentiels qui pourraient résulter d'accords restrictifs [...]. Autrement dit, l'objectif ultime de l'article 81 [prohibant les ententes de la même façon que l'article L.420-1 du Code de commerce] consiste à préserver le jeu de la concurrence. L'élimination de la concurrence sonne le glas de ce jeu et fait que les gains d'efficacité à court terme sont balayés par des pertes durables dues, entre autres, aux dépenses engagées par l'entreprise en place pour maintenir sa position [...] ».

Quant au dispositif de la décision n° 06-D-03, c'est bien évidemment les termes consacrés à la « *transaction* » intervenue avec la société Brossette, qui laisseront le lecteur songeur...

S'agissant de la « *transaction* » en matière de droit de la concurrence, on rappellera, pour mémoire, que la loi « sur les nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001 a introduit, sous l'article L 464 2 du Code de commerce, les dispositions suivantes :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le Rapporteur général peut proposer au Conseil de la Concurrence [...] de prononcer la sanction pécuniaire [...] en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. »

En l'occurrence, la société Brossette, pour avoir ainsi accepté de faire « *amende honorable* », se voit infliger la plus lourde sanction des quelques quatre-vingts entreprises condamnées par le Conseil, à hauteur de 7,5 millions d'euros !

On s'abstiendra, bien évidemment, de toute analyse psychologique hâtive, s'agissant des effets d'une semblable « *non contestation* » des griefs sur le comportement de la formation de jugement du Conseil ; mais ne pourrait-on pas être tentée, lorsque l'on est une entreprise poursuivie au titre de pratiques anti-concurrentielles, de s'inspirer de la démarche qui fut celle de Désiré Landru au moment de monter sur l'échafaud : « *N'avouez jamais !* », ce bien entendu, sauf circonstances exceptionnelles ?

Décision du 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe : sanctions lourdes pour un secteur fleuron de l'économie nationale.

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Ainsi que le constate le Conseil de la concurrence dès les premières pages de sa décision, le secteur des parfums et cosmétiques constitue, depuis de nombreuses années, un secteur important de l'économie nationale, lequel a conforté en 2002 sa 4^e place d'exportateur net derrière l'aéronautique, l'agroalimentaire et l'automobile.

Ce constat n'a cependant pas fait reculer le Conseil de la concurrence qui a prononcé le 13 mars dernier de très lourdes sanctions à l'encontre des principaux fabricants de parfums et cosmétiques de luxe pour avoir, entre 1997 et 2000, «*participé activement à une entente avec les distributeurs en vue de restreindre la concurrence et d'imposer des prix de vente publics*».

Les principales chaînes de distribution du secteur (**Sephora, Marionnaud et Nocibé**) n'ont pas été épargnées, et ce n'est pas le moindre des intérêts de cette décision, tant il était classique jusqu'à présent que seul le fournisseur soit sanctionné dans le cadre d'une entente verticale sur les prix, le distributeur étant souvent considéré comme non décisionnaire.

Le Conseil de la concurrence a ici condamné dans les mêmes proportions les fournisseurs et les principaux distributeurs, prononçant à leur encontre **46,2 millions d'euros d'amende**, montant très largement supérieur à ce qui avait été demandé par le Commissaire du gouvernement.

La particulière sévérité du Conseil se retrouve également dans le fait d'ordonner la publication de la décision rendue, le Conseil imposant aux sociétés condamnées de faire publier un texte résumant celle-ci sur une pleine page du **Figaro avant le 15 mai 2006**.

Le Conseil de la concurrence a estimé en fait que les pratiques sanctionnées étaient d'une particulière gravité, considérant que c'est à tort que les entreprises mises en cause ont prétendu que leurs agissements avaient pour seul but «*la défense de l'image de luxe*» de leurs produits, le Conseil jugeant en mots pour le moins tranchés :

« Plus simplement, il s'agissait d'extraire du consommateur un supplément de profit au moyen d'une entente illicite qui visait, d'une part à sécuriser ce supplément en combattant tous les comportements des distributeurs déviants qui risquaient de le compromettre, et, d'autre part, à le répartir entre les participants à l'entente. »

Il reste que cette sévérité n'était pas nécessairement justifiée pour l'ensemble des sociétés incriminées, et qu'un débat est aujourd'hui ouvert par un certain nombre d'économistes sur le caractère économiquement bénéfique des prix imposés dans les relations verticales.

Ceci dit, l'objet du présent commentaire n'est pas de discuter de la gravité des faits condamnés, ni même de leur réalité, mais d'analyser la démarche adoptée pour caractériser, dans les réseaux de distribution, l'existence d'une entente verticale sur les prix.

La décision du 13 mars 2006 est sur ce point didactique, et nous en résumerons les points essentiels.

1. Rappel par le Conseil des principes régissant la distribution sélective et la problématique des ententes verticales sur les prix

La distribution des parfums et cosmétiques de luxe relève de la distribution sélective et le Conseil de la concurrence s'est donc attaché à rappeler les règles de concurrence applicables à ce type de distribution.

La distribution sélective constitue «*per se*» une restriction de concurrence, mais elle est depuis longtemps reconnue licite tant par les autorités communautaires que par les autorités nationales de concurrence, à la condition bien entendu de respecter des exigences strictes.

Celles-ci sont aujourd'hui reprises par le règlement d'exemption de la Commission européenne n° 2790/1999 en date du 22 décembre 1999, dispositions s'appliquant tant au niveau communautaire qu'au niveau national, le Conseil de la concurrence ayant décidé de les considérer comme un guide d'analyse pour la mise en œuvre du droit national, même lorsque le droit communautaire n'est pas applicable.

Ainsi que le rappelle le Conseil, les exigences posées par le droit communautaire de la concurrence pour la validité d'un réseau de distribution sélective et reprises par les autorités et juridictions françaises sont au nombre de trois⁵ :

a) **La nature du produit en question doit requérir un système de distribution sélective c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage.**

b) **Les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.**

c) **Les critères définis ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.**

Une fois ces conditions de validité respectées, il appartient au fournisseur, créateur du réseau de distribution sélective, de fixer les règles de fonctionnement de son réseau et certaines exigences sont alors posées par le droit de la concurrence.

Ainsi, le règlement européen n° 2790/1999 ne valide les réseaux de distribution sélective qu'à la condition de l'absence dans les contrats d'un certain nombre de restrictions caractérisées, aussi appelées « *clauses noires* », au premier rang desquelles se trouve la pratique des prix imposés, le distributeur devant rester en toutes circonstances libre de fixer ses prix de revente.

Sur ce point, le Conseil précise sans équivoque :

« Les interventions des fabricants sur les distributeurs, régies par les clauses des contrats de distribution sélective qu'ils concluent entre eux, doivent rester limitées à la défense de l'image de la marque : une mauvaise présentation des produits pourra, ainsi, justifier une telle intervention, alors que toute intervention directe ou indirecte sur les prix des distributeurs est formellement interdite comme contraire aux articles 81 du traité et L.420-1 du Code de commerce. »

⁵ Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales en date du 13 octobre 2001.

Sur la base de ces textes, le Conseil rappelle avoir déjà sanctionné à de nombreuses reprises des pratiques de prix « *indicatifs* » fonctionnant comme des prix imposés, notamment par l'octroi de ristournes conditionnées au respect des prix du fabricant ou encore les clauses relatives à la publicité des marques de luxe dès lors qu'elles sont utilisées pour dissuader les distributeurs de faire porter leur campagne publicitaire sur les prix (**on se souviendra utilement à cet égard de la célèbre décision rendue le 25 septembre 2003 par le Conseil, concernant les calculatrices scientifiques à usage scolaire**).

Rappelant toujours sa propre jurisprudence, le Conseil considère qu'un alignement des prix peut résulter d'une entente horizontale directe sur les prix entre distributeurs, ou encore d'une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur, mais il admet également qu'« *un tel alignement peut s'expliquer par un parallélisme de comportements qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de « prix conseillés » par le fournisseur, parallélisme de comportements uniquement guidé par la concurrence qui régnerait dans le secteur et qui ferait converger les prix vers des niveaux identiques* ».

Le Conseil de la concurrence expose alors la méthodologie qu'il suit pour faire la distinction entre entente illicite et « *parallélisme admissible de comportement* », et considère que la preuve d'une entente verticale illicite sur les prix sera rapportée lorsqu'un faisceau d'indices « *graves, précis et concordants* » établira trois séries de faits :

- Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont **connus** des distributeurs ;
- Une **police** des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ;
- Ces prix sont significativement **appliqués** par les distributeurs.

Il s'agit là en fait de la déclinaison des trois indices requis de longue date par le Conseil de la concurrence pour que soit caractérisée une entente sur les prix :

- Des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ;

■ Le fait que les prix ainsi déterminés auraient été effectivement pratiqués par les distributeurs, ceci traduisant l'existence d'un accord de volontés donc d'une entente ;

■ Des éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant en général nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix⁶.

Sur le deuxième point, le Conseil expose qu'il résulte de la jurisprudence communautaire⁷ que, dès lors que la politique de prix faisant l'objet d'une incitation adressée par le fabricant au distributeur est effectivement acceptée par les distributeurs, l'accord de volontés de ces derniers est démontré.

Et le Conseil de préciser que cette démonstration peut résulter *« de la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs (ou prohibant certaines techniques de vente telles que prix barrés, soldes, prix « discriminatoires ») mais aussi de l'acceptation de la part de ces distributeurs de remises conditionnées au respect des prix ou encore [qu'elle] peut être faite en établissant le respect effectif de ces prix par les distributeurs [...] »*

Une fois ces principes généraux exposés, le Conseil de la concurrence précise que les indices *« graves, précis et concordants »* lui permettant de caractériser une entente verticale sur les prix sont recherchés d'abord dans les éléments du dossier, qui concernent la généralité du secteur concerné, puis dans les éléments propres à chaque entreprise en cause, afin de rapporter ou non la preuve de sa participation à la pratique critiquée.

⁶ Voir notamment la très importante et très médiatique décision n° 05-D-06 du 23 février 2005 relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacobs International et LVMH Fashion Group.

⁷ CJCE 6 janvier 2004, affaire Bayer c/ Commission et TPICE 3 décembre 2003, affaire Volkswagen c/ Commission.

2. La recherche concrète des indices par le Conseil

Le Conseil de la concurrence, conformément aux principes de méthodologie posés par lui et exposés ci-dessus, a donc repris chaque faisceau d'indices pour déterminer si, globalement au niveau du secteur, puis entreprise par entreprise, une entente verticale sur les prix pouvait être démontrée.

→ Sur la première partie du faisceau : l'évocation de prix de vente publics ou de taux de remise maximum

Le Conseil apporte sur ce point des précisions intéressantes puisqu'il considère que l'*« évocation »* des prix avec les distributeurs peut être démontrée à partir de tout procédé par lequel le fabricant fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il entend que ses produits soient vendus au public.

Ainsi, selon le Conseil, la notion d'évocation n'implique pas que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement.

L'élaboration par un fabricant, et la diffusion à ses distributeurs, d'un document général décrivant les prix de base, les prix de vente conseillés au détail, et la date présente ou future de la disponibilité des produits, par exemple sous la forme d'un catalogue des tarifs, caractérise selon le Conseil l'existence d'une politique générale de diffusion de prix conseillés, consistant en une évocation des prix de revente entre le fournisseur et ses distributeurs à l'occasion de négociations commerciales, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs ont porté sur l'élaboration de ces prix.

Le Conseil prend malgré tout la peine de confirmer, ce qui relève de sa jurisprudence constante, que la diffusion de prix conseillés ne constitue pas à elle seule une pratique anticoncurrentielle.

Il n'en demeure pas moins que la diffusion de prix publics indicatifs ou prix de vente conseillés, diffusion qui peut avoir été faite par écrit ou dont la preuve peut résulter de tous autres éléments concordants, constituera le premier indice du faisceau d'indices nécessaires à la démonstration d'une entente verticale sur les prix.

→ **Sur la deuxième partie du faisceau :
l'existence d'une police des prix**

Sur ce point également, on constate une certaine «souplesse» dans l'administration des preuves par le Conseil, celui-ci rappelant que «*la jurisprudence exige seulement que soit prouvée la mise en place d'une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur; les représailles ne constituant qu'une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large éventail allant des simples contrôles de prix aux pressions, menaces de rétorsion et représailles effectives*».

Ainsi, point n'est besoin de contrainte pour cette deuxième partie du faisceau d'indices, de simples contrôles de prix pouvant caractériser la mise en place d'une «*police*» des prix, et il est à noter que cette position est plus sévère que celle retenue par la jurisprudence communautaire, laquelle requiert à tout le moins la mise en place de mesures de contrainte⁸.

→ **Sur la troisième partie du faisceau :
l'application significative des prix
conseillés**

Cette troisième partie du faisceau d'indices concerne les éléments apportant la preuve d'une application significative des prix conseillés au niveau des ventes au détail.

Pour le Conseil, cette preuve peut être apportée «*par les déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application*».

⁸ TPICE 13 janvier 2004, affaire T-67/01 JCB services.

En l'absence de ces éléments, l'observation directe des prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des prix conseillés apportent la preuve recherchée.

Ainsi, et pour la plupart des fabricants, le Conseil se base sur des relevés de prix effectués au cours de l'enquête par la DGCCRF dans 74 points de vente au mois d'août 1999; **le Conseil en déduit qu'au-delà d'un taux de respect du prix public indicatif supérieur à 80 %, il y a lieu de considérer que le prix public conseillé a été significativement appliqué par les distributeurs.**

En deçà de ce taux de 80 %, le Conseil pousse plus loin l'analyse et prend en compte d'autres éléments concordants.

Ainsi, une simple déclaration d'un seul distributeur peut constituer la troisième partie du faisceau, même hors de tout relevé de prix (**ce qui est le cas pour l'un des fabricants condamné**).

On constate donc que le standard de preuves posé par le Conseil peut s'avérer plus ou moins strict, selon les cas...

En réalité, c'est le mécanisme de globalisation des preuves recueillies au niveau du secteur dans son ensemble qui est en cause, les déclarations des uns créant des indices à charge pour les autres, ce qui ne paraît pas forcément très équitable ni même économiquement justifié.

En tout état de cause, les sociétés en cause ont entrepris de faire appel de cette décision et nous attendons donc avec intérêt le futur arrêt de la Cour d'appel de Paris qui interviendra dans l'année à venir.

QUELQUES INFORMATIONS

Animation de formations dispensées à au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

■ **A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi « Dutreil ») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, coopération commerciale, services distincts, non discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc.

■ **Au contrôle des concentrations**

■ Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]

■ Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.] ;

■ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]**

■ **A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE

et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 du TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence] ;

■ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

■ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire] ;

■ **Aux promotions des ventes** [jeux - concours - loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]

* * *

Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CPV / CCV / Accords de coopération commerciale et services distincts.

Retrouvez les **Lettres du Cabinet** sur notre site
www.mgavocats.fr

MG

Meffre & Grall AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr