



Institut de Droit Des Affaires Internationales

Faculté de droit de l'Université du Caire

Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Master 1

Droit de la concurrence

Cours magistraux de M. Nicolas DORANDEU.

Travaux dirigés de Mme Aude LE DANTEC

LE DROIT DES MARCHÉS CONCURRENTIELS :

APPRECIATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Séance n° 5 : L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique

Document n° 1 : Article L 420-2 Code de commerce

Document n° 2 : Article L 481-1 Code de commerce

Document n° 3 : Cons. conc., décision n° 01-D-49 et n° 93-D-21, 8 juin 1993, *Groupe Cora*

Document n° 4 : Cass. com., 10 décembre 1996, n° 94-16192

Document n° 5 : Cons. conc., décision n° 01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony

Document n° 6 : ADLC, décision n° 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, 3 mars 2010.

Document n° 7 : ADLC, Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple

❖ **Exercice : Commentaire (Document n° 4)**

Lectures complémentaires

- Article 1171 Code civil
- Article L 212-1 Code de la consommation
- Article L 442-1 Code de commerce
- Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-42, 18 août 2003, *Suzuki*
- Directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire

Document n° 1 : Article L420-2 Code de commerce

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

Document n° 2 : Art. L 481-1 Code de commerce (Créé par Ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 - art. 3)

Toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Document n° 3 : Conseil de la concurrence, décision n° 01-D-49 et n° 93-D-21, 8 juin 1993, Groupe Cora

Décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora

I. - CONSTATATIONS

A. - Le marché

1. Le groupe Cora

Le groupe Cora exerce des activités dans le domaine de la presse, de l'informatique, des produits de luxe et de la distribution de biens de consommation courante. Cette dernière activité consiste en l'exploitation de fonds de commerce d'hypermarchés, de supermarchés et de magasins de proximité. Le groupe a acquis le 17 mai 1989 la Société européenne de supermarchés (S.E.S.). A la suite de cette opération, l'activité 'distribution' du groupe était exercée, au 31 décembre 1989, par sept sociétés : Grands Magasins A (G.M.A.), Grands Magasins B (G.M.B.), Gro-Est, Fraismarché Gro, Hyper-Est, Superal et Corso. Toutes ces sociétés sont filiales directement ou indirectement de la société G.M.B. et exploitaient au 31 décembre 1989: 52 hypermarchés aux enseignes Cora et Record; 152 supermarchés aux enseignes Gro, Fraismarché Gro et Migros; 289 magasins de proximité aux enseignes Corso, Agam et Happy; 2 magasins populaires à l'enseigne Prisunic; 3 centres de bricolage à l'enseigne Briker. En décembre 1989, les hypermarchés et supermarchés du groupe Cora occupaient une surface de vente de 578 527 mètres carrés représentant 5,2 p. 100 de la surface nationale détenue les magasins de cette catégorie. Les magasins, implantés essentiellement en Alsace et en Lorraine, représentaient pour la même année 24,23 p. 100 du total des surfaces de ventes en hypermarchés et supermarchés en Alsace et 37,2 p. 100 en Lorraine. Pour l'année 1989, les hypermarchés et supermarchés du groupe ont réalisé un chiffre d'affaires de 24

milliards de francs représentant 4,7 p. 100 du montant des ventes nationales réalisées dans les hypermarchés et supermarchés, montant qui a été estimé par l'I.N.S.E.E. à 516,8 milliards de francs. Au niveau régional, la part du groupe Cora dans les dépenses de consommation comprenant les dépenses en alimentation, en équipement de la personne et de la maison et, en culture-loisirs, tous types de commerces confondus, a été estimée par le groupe à 13,12 p. 100 du total de ces dépenses en Alsace et en Lorraine, dont 11,4 p. 100 en Alsace et 14,3 p. 100 en Lorraine.

2. La société Grands Magasins B (G.M.B.)

L'activité de la société G.M.B. consiste notamment à référencer les fournisseurs pour le compte de l'ensemble des magasins du groupe et à négocier avec ces fournisseurs les conditions d'achat. Cette fonction de centrale d'achat est assurée par deux départements de la société, Loceda pour ce qui concerne les produits alimentaires ainsi que les produits de droguerie, hygiène, parfumerie (D.H.P.), et Hypersélection pour ce qui concerne les autres produits (bazar, textile, électro- ménager...). La société G.M.B. référence environ 9 500 fournisseurs qui, cependant, ne contractent pas nécessairement avec ces magasins. La négociation des conditions d'achat se tient généralement d'octobre à mars. Les fournisseurs sont sélectionnés au sein des départements Loceda et Hypersélection par des commissions dénommées 'files' qui sont spécialisées par familles de produits. Le département Loceda comporte huit files (épicerie/boissons/D.H.P., boucherie, charcuterie, produits laitiers, 2 poissonnerie, produits surgelés, fruits et légumes, boulangerie), et le département Hypersélection trois files (textile, bazar-libre-service et électro-ménager). Ces files sont animées par des responsables de magasins et conduites par un directeur d'hypermarché. Les achats sont effectués par les magasins qui sont directement facturés par les fournisseurs. La négociation des conditions d'achat porte sur la nature et le montant des avantages susceptibles d'être accordés par les fournisseurs au distributeur. Ces avantages sont de trois sortes : les remises sur factures, les ristournes hors factures et la rémunération des services de 'coopération commerciale' rendus par le distributeur au fournisseur. Les remises sur factures viennent en déduction du prix tarif du fournisseur et sont accordées en raison de l'importance des quantités achetées, des promotions exceptionnelles réalisées par les magasins, du paiement comptant des factures, ou de la prise en charge par le distributeur des frais de stockage des marchandises et de leur livraison aux magasins. Les ristournes hors factures font l'objet d'un avoir du fournisseur au distributeur, accordé selon une périodicité mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle. Elles sont généralement calculées en pourcentage du chiffre d'affaires annuel réalisé avec le fournisseur mais peuvent aussi consister en une somme forfaitaire. Elles sont fondées sur de multiples critères. Le groupe Cora bénéficie ainsi de ristournes qualifiées d' 'inconditionnelles' accordées automatiquement en fin d'année, telle la ristourne de remise de fin d'année ou R.F.A., et de ristournes qualifiées de 'progressives' dont les taux augmentent en fonction des paliers de chiffres d'affaires réalisés ou critères tels que l'élargissement de l'assortiment, le référencement du fournisseur par un nouveau magasin, le référencement d'un nouveau produit, les actions promotionnelles diverses (anniversaires, quinzaines, fêtes variées...). La coopération commerciale du distributeur peut revêtir des formes multiples et n'est pas toujours clairement définie. Elle peut consister par exemple en la mise en place, dans les magasins du groupe, de 'têtes de gondole', ou en l'octroi d'emplacements privilégiés dans les rayons désigné par 'mises en avant'. Elle recouvre aussi les actions promotionnelles engagées par le groupe Cora au niveau national consistant par exemple en la diffusion à la fin de l'année d'un catalogue des produits intitulé 'Cora en fête'. Dans la coopération commerciale figurent encore les avantages acquis à l'occasion d'une opération promotionnelle ponctuelle ou d'un événement particulier tels que le premier référencement du fournisseur, ou son maintien d'une année sur l'autre, ou, en l'espèce, l'acquisition de la S.E.S. La coopération commerciale recouvre enfin la rémunération de services spécifiques rendus par le distributeur au fournisseur telle que la négociation centralisée des conditions d'achat. La coopération commerciale est rémunérée soit sous forme de ristourne, soit sous forme d'une facture adressée par le distributeur au fournisseur. Tel est le cas de l' 'Intervention pour la promotion commerciale' (I.P.C.), qui rémunère la fonction de centrale d'achat exercée par le département Loceda, et de la 'Participation publi-promotionnelle forfaitaire' (P.P.F.), qui est une somme sollicitée par la société G.M.B. de ses fournisseurs lors de l'acquisition de la S.E.S.

3. Les marchés concernés

Les pratiques décrites ci-après affectent deux marchés : celui de l'approvisionnement en biens de consommation courante et celui de la distribution au détail de ces mêmes biens dans les hypermarchés et supermarchés. Sur le premier marché, le groupe Cora se présente comme demandeur face aux offreurs que sont les fournisseurs. Sur le second marché, le groupe Cora se présente comme offreur face aux demandeurs que sont les consommateurs.

Ce dernier marché présente des caractéristiques propres tant en ce qui concerne l'offre que la demande de produits. S'agissant de l'offre, on observe que les entreprises de distribution présentes sur ce marché sont de grande taille. En 1991, les quatre premières entreprises - Leclerc, Intermarché, Carrefour et Casino - ont réalisé chacune un chiffre d'affaires supérieur à 50 milliards de francs. Le groupe Cora se classe pour sa part, au huitième rang. Les points de vente, communément appelés 'grandes surfaces', occupent au minimum 2 500 mètres carrés pour un hypermarché et 400 mètres carrés pour un supermarché. Les produits présents dans ces points de vente sont offerts à la vente en libre-service et représentent un large éventail tant par le nombre de familles de produits que par celui des références dans chaque famille de produits. Les conditions d'achat des produits sont négociées par l'intermédiaire de centrales d'achat aux origines, structures et fonctions très diverses. Les grandes surfaces engagent fréquemment des actions publicitaires et des opérations promotionnelles sur les lieux de vente, qui sont généralement axées sur la pratique de prix bas. S'agissant de la demande, elle s'oriente vers ces magasins en raison des prix bas qui y sont pratiqués et correspond à des achats en grande quantité, portant sur de multiples biens de nature diverse.

B. - Les pratiques relevées

A la suite de l'acquisition de la S.E.S., la société G.M.B. a renégocié ses conditions d'achat auprès des fournisseurs des familles de produits suivants : crèmerie, boucherie-volaille, charcuterie, épicerie/liquides, surgelés, boulangerie, bazar et textile. Les réunions de renégociation se sont tenues à l'initiative des centrales d'achat Loceda et Hypersélection en juin et juillet 1989 et ont concerné 750 fournisseurs. A cette occasion, la société G.M.B. a sollicité et obtenu de la part de nombreux fournisseurs l'octroi d'avantages rétroactif, une rémunération dénommée 'Participation publi-promotionnelle forfaitaire' et l'allongement des délais de paiement. Des pratiques consistant en la menace de déréférencement, de réduction des opérations promotionnelles, de baisse des commandes ou de déréférencement partiel ont également été dénoncées dans le dossier de saisine.

1. Les avantages rétroactifs La société G.M.B. a sollicité et obtenu de la part de nombreux fournisseurs des avantages rétroactifs selon l'une ou plusieurs des modalités ci-après. En premier lieu, lorsque des écarts dans les conditions d'achat négociées par les sociétés G.M.B. et S.E.S. étaient constatés, tous les magasins du nouveau groupe ont bénéficié des conditions les plus avantageuses négociées avec l'une ou l'autre des deux sociétés, avec effet rétroactif généralement fixé au 1er janvier 1989. Certains fournisseurs ont au surplus versé une somme dénommée 'rattrapage 1988' destinée à compenser les écarts de conditions constatés sur l'année 1988. En second lieu, les magasins du nouveau groupe Cora ont bénéficié d'une augmentation des ristournes avec effet rétroactif au 1er janvier 1989. Cette augmentation a pu concerner l'ensemble des ristournes différées, comme dans le cas des fournisseurs Customagic, Société anonyme des Fermiers réunis, cave vinicole d'Eguisheim, ou seulement certaines d'entre elles. Par exemple, dans le cas des fournisseurs Teisseire, Rowntree, Adp, Le Gouessant, ce sont les taux de ristournes progressives qui ont été revalorisés par la création de paliers de ristournes 4 supplémentaires. La société Rowntree a également accepté une augmentation des ristournes de 'coopération commerciale', tandis que les sociétés Deldique, Valmont et Horvat ont accordé des ristournes nouvelles et que les sociétés Customagic et Vogelsang ont modifié les ristournes progressives en ristournes inconditionnelles. En troisième lieu, l'I.P.C. facturée par le département Loceda aux fournisseurs, a été revalorisée avec effet rétroactif fixé généralement au 1er janvier 1989, parfois même à une date antérieure comme dans le cas des sociétés Grumbach et Fils et Gillet Lorraine qui ont accepté de régler une I.P.C. pour les ventes effectuées en 1988.

2. La 'Participation publi-promotionnelle forfaitaire'

La société G.M.B. a sollicité et obtenu de nombreux fournisseurs une rémunération exceptionnelle dénommée 'Participation publi-promotionnelle forfaitaire'. Facturée par la centrale d'achat Loveda à ces fournisseurs, cette rémunération correspond soit à un montant forfaitaire, soit à un pourcentage du chiffre d'affaires annuel réalisé avec le groupe Cora variant de 0,4 p. 100 à 6 p. 100, les taux les plus fréquemment appliqués étant de 1 p. 100 à 2 p. 100. Le montant des sommes perçues par le groupe Cora au titre de cette rémunération s'est élevé à 105,9 millions de francs et a concerné plus de 600 fournisseurs. Selon les responsables du groupe Cora, la facturation de la 'Participation publi-promotionnelle forfaitaire' était justifiée par l'une ou l'autre des raisons suivantes : développement ou perspectives de développement des ventes, élargissement des gammes, réalisation d'opérations promotionnelles ou publicitaires (têtes de gondoles, mises en avant, édition de dépliants publicitaires), droit de référencement auprès des magasins de la S.E.S., rattrapage sur les écarts des conditions d'achat constatés entre les deux enseignes. Les fournisseurs, pour leur part, ont qualifié cette rémunération de prime de référencement auprès des magasins du nouveau groupe, de participation aux coûts des travaux de modernisation et de changement d'enseigne, de contribution au financement du rachat de la S.E.S. ou de participation à la 'corbeille de la mariée'. Lors de la négociation de cette rémunération, plusieurs fournisseurs ont conditionné son versement à une augmentation de leur chiffre d'affaires avec le groupe, ou encore à l'élargissement du référencement de leur produit dans les magasins. Certains fournisseurs n'ont pas versé la somme facturée dès lors que ces conditions n'avaient pas été respectées.

3. L'allongement des délais de paiement

L'allongement de trente jours du délai de paiement courant qui passe de quatre-vingt-dix jours à cent vingt jours a été accepté notamment par les fournisseurs de produits textiles et de bazar. Ce prolongement est valable pour une période de six mois ou de douze mois.

4. Les autres pratiques relevées

Les menaces de déréférencement ont été mentionnées par de nombreux fournisseurs. Tous les responsables d'achats du groupe Cora ont cependant formellement démenti de telles déclarations 5 La suppression des opérations promotionnelles a, au vu des pièces du dossier, concerné les sociétés Métropolitaine des boissons, Orangina Pernod-Ricard, Martini, Elida Gibbs et Besnier. Cette pratique a été reconnue par MM. Perosa, chef du département Epicerie de l'hypermarché Cora à Moulins-lès-Metz et Puttemans, responsable des achats de produits d'épicerie et Leblanc, responsable des achats de produits de crèmerie. Ceux-ci ont déclaré que ces 'sanctions' étaient justifiées car les sociétés concernées avaient présenté des propositions inacceptables. La réduction des commandes a, selon les déclarations de M. Sepulchre, responsable des achats de produits de bazar, concerné les sociétés Coparel Vademecum et Melitta parce qu'elles avaient dans un premier temps refusé d'harmoniser leurs conditions de vente au groupe Cora et à la S.E.S. Le responsable de la société Sicavyl a pour sa part, déclaré aux enquêteurs qu'à son avis, les fortes baisses de commandes enregistrées au cours du mois d'août 1989 étaient dues à son refus de verser une somme de 10 000 F sans 'contrepartie claire'. Le seul déréférencement partiel a concerné la société Dim, à l'encontre de laquelle une mesure de 'boycott' a été décidée, selon les termes mêmes de M. de Grave, responsable des achats de produits textiles. Au cours des mois de juillet et août 1989, des télex d'annulations de commandes ont été adressés à ce fournisseur par les magasins de l'enseigne Cora de Limoges, Livry-Gargan, Dôle, Moulins-lès-Metz, Dreux et Vesoul. Les relations ont repris avec la société début septembre après qu'un accord fut intervenu entre les parties sur les nouvelles conditions d'achat.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRECEDENT, LE CONSEIL

Sur la procédure:

Considérant que la société G.M.B. invoque, en premier lieu, la nullité des procès-verbaux de déclaration des

fournisseurs qui auraient été établis par les enquêteurs en violation des règles de forme prévues par l'ordonnance du 1er décembre 1986 en ce qu'ils ne comportent pas la mention qu'un double a été laissé aux intéressés; Considérant que, selon les dispositions de l'article 46 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, les enquêtes effectuées en application de ladite ordonnance donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et un double doit en être laissé aux parties intéressées ;

qu'aux termes de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986, 'les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus court délai. Ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci mention en est faite au procès-verbal'; Considérant qu'en conséquence doivent être écartés du dossier les procès-verbaux établis en violation des règles de forme ci-dessus énoncées, pour lesquels il n'est pas établi ou sur lesquels ne figure pas la mention qu'un double a été laissé aux parties intéressées, ainsi que les procès-verbaux non revêtus de la signature de la personne concernée et de l'enquêteur; 6 Considérant que la société G.M.B. invoque, en second lieu, la nullité des pièces qualifiées 'd'origine inconnue', qui ne sont pas accompagnées d'un procès-verbal de communication ou d'une copie de celui-ci; Considérant qu'aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. 'Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux... ', et de l'article 47, 'Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie' ; qu'il résulte des dispositions combinées des articles précités que les enquêteurs doivent établir un procès-verbal à l'occasion de l'accomplissement des actes prévus à l'article 47 ;

qu'en conséquence il y a lieu d'écarter du dossier les pièces dont l'origine et la communication régulière aux enquêteurs ne sont pas établies; Considérant que la société G.M.B. invoque, en troisième lieu, la nullité des procès-verbaux de déclaration des fournisseurs qui auraient été établis par les enquêteurs en violation des règles de forme prévues par l'administration en ce qu'ils ne comportent pas, soit la mention 'persiste et signe', à apposer par le signataire du procès-verbal, soit de paraphe sur chaque page et pour les ajouts et modifications; Considérant qu'en l'absence de dispositions relatives à l'obligation pour les signataires des procès-verbaux d'apposer la mention 'persiste et signe' ou un paraphe sur chaque page et à chaque ajout il n'y a pas lieu d'écarter du dossier les procès-verbaux ne comportant pas ces formes ;

que, par ailleurs, il a été jugé par la Cour de cassation que l'absence de paraphe pour les ajouts, lorsqu'elle ne porte pas sur un point essentiel, ne constitue pas une formalité pouvant entraîner la nullité du procès-verbal; Considérant que la société G.M.B. invoque, en quatrième lieu, la nullité des procès-verbaux établis par les enquêteurs et relatant des 'faits non vécus' par la personne interrogée;

Mais considérant que la preuve des infractions économiques peut être apportée par tous moyens ; que, par ailleurs, aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, 'Les enquêteurs peuvent... recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications' ;

que l'audition de toute personne, quelle que soit sa situation à l'égard des faits, relève de l'application de ces dispositions; Considérant que la société G.M.B. invoque, en cinquième lieu, la nullité des procès-verbaux mentionnant la remise de pièces aux enquêteurs alors que celles-ci n'ont pas été jointes au dossier mis à la consultation des parties; Mais considérant que toutes les pièces communiquées par les enquêteurs au rapporteur ont été mises à la consultation des parties ;

que l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'impose de joindre au rapport que les documents sur lesquels le rapporteur se fonde et les observations des intéressés ;

que le fait que certaines pièces n'ont pas été jointes au dossier mis à la consultation des parties ne rend pas la procédure irrégulière dès lors qu'il n'en est fait mention ni dans le rapport administratif, ni dans la notification de griefs; Considérant que la société G.M.B. invoque, en sixième lieu, la violation de l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et de l'article 18 du décret du 29 décembre 1986, et le renversement de la charge de la

preuve en soutenant, d'une part, que 'le rapporteur n'a pas clairement indiqué les griefs retenus à charge par le rapport', d'autre part, 'que le Conseil ne 7 dispose pas en annexe au rapport de pièces lui permettant de démontrer l'existence des infractions reprochées à l'égard des fournisseurs';

Mais considérant que les griefs ont été exprimés dans le corps de la notification de griefs et du rapport et ont été repris sans réserve ni doute possible en conclusion de ces deux documents ; que par ailleurs, les griefs retenus dans le rapport reposent sur toutes les pièces figurant en annexes de ce document; Considérant que la société G.M.B. invoque, en septième lieu, la nullité de la procédure pour violation des droits de la défense et de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du court délai qui lui a été laissé pour répondre à la notification de griefs;

Mais considérant que, conformément à l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, la société G.M.B. a disposé d'un délai de deux mois, à compter de la notification de griefs, pour consulter le dossier et présenter ses observations;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède, que pour apprécier l'objet ou l'effet anticoncurrentiel qui s'attache éventuellement aux conditions de la négociation par la société G.M.B. de nouvelles conditions d'accès à ses services, le conseil ne peut pas se fonder sur les pièces du rapport cotées C 31 à C 34, C 38 et C 39, C 113, C 123 et C 564 à C 668 qui doivent être écartées du dossier ; que les autres moyens de procédure invoqués par la société G.M.B. ne peuvent être retenus; Sur le fond: Considérant, en premier lieu, que l'acte par lequel un distributeur, à l'occasion de la réalisation par celui-ci d'une opération de concentration, fait savoir à l'ensemble de ses fournisseurs d'une catégorie de produits, ou à une partie substantielle d'entre eux, qu'il entend, en simple raison de l'accroissement de sa puissance d'achat, renégocier certaines des conditions que ces fournisseurs lui ont consenties ou qu'il entend subordonner la poursuite des relations commerciales qu'il a nouées avec eux à des conditions supplémentaires par rapport à celles qu'il avait acceptées, doit être regardé comme susceptible d'être visé par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986;

Considérant, en deuxième lieu, que le fait pour un distributeur, à l'occasion d'une concentration lui conférant une plus grande puissance d'achat, de renégocier à la hausse les avantages consentis par ses fournisseurs revêt le caractère d'un abus lorsqu'une telle négociation ne s'accompagne pas de l'offre par le distributeur de contreparties précisément définies ou de services à chacun des producteurs en cause pour promouvoir les ventes de leurs produits ;

qu'une telle pratique est susceptible d'être visée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 si elle émane d'une entreprise détenant une position dominante ou tenant dans sa dépendance les fournisseurs considérés;

Mais considérant que, même si les accords et pratiques abusives susmentionnés aboutissent à des transferts injustifiés de ressources des producteurs vers le distributeur dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais d'une concentration, et aussi préoccupants que peuvent être de tels transferts dans une situation institutionnelle et économique caractérisée par une tendance au développement des opérations de concentration dans la distribution, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs; Sur l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

Considérant qu'il résulte des déclarations des responsables des achats de la société G.M.B., qu'à l'occasion de l'acquisition de la société S.E.S., la société G.M.B. a convoqué, afin d'entamer des négociations financières, l'ensemble des fournisseurs de produits de crèmerie et de charcuterie, les fournisseurs de produits de boulangerie qui livraient les magasins situés à l'Est de la France, les fournisseurs les plus importants de produits de boucherie-

volaille, les fournisseurs nationaux et certains fournisseurs régionaux importants de produits d'épicerie et de boissons, ainsi que les fournisseurs de produits textiles présentant des collections permanentes ;

que pour ce qui concerne les produits surgelés et les produits de bazar/libreservice, seuls certains fournisseurs ont été convoqués sans que les critères de leur sélection ressortent du dossier ; que si ces convocations n'ont, selon la société G.M.B., concerné que 750 entreprises, la demande de renégociation a concerné la plupart ou la totalité des fournisseurs de plusieurs rayons ;

que la société G.M.B. a, dans la presque totalité des cas, demandé à ces fournisseurs une 'participation publi-promotionnelle forfaitaire' ;

qu'elle a, dans une cinquantaine de cas, demandé et obtenu sous des formes variées que des fournisseurs lui consentent des rattrapages de conditions lorsque les conditions que ces fournisseurs avaient consenties à la S.E.S. et au groupe Cora n'étaient pas identiques ; qu'enfin, dans six cas, la société G.M.B. a négocié un allongement des délais de paiement; Considérant que seule la première pratique ci-dessus mentionnée de la société G.M.B. revêt un caractère de généralité suffisant pour pouvoir être regardée comme susceptible d'être visée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986; Considérant qu'il ressort du dossier que les demandes concernant cette 'participation' n'avaient pas en elles-mêmes de contrepartie réelle et spécifique ;

qu'à cet égard, la progression du chiffre d'affaires réalisé dans les magasins Cora par les fournisseurs concernés, postérieurement au versement de cette participation, ne saurait, à elle seule, démontrer l'existence de contrepartie ; qu'en effet, il n'est pas établi que cette évolution ne se serait pas produite en l'absence de ce versement; Mais considérant qu'indépendamment de l'éventuelle qualification de cette demande au regard des dispositions de l'article 36 pour l'application duquel le conseil n'est pas compétent celui-ci, doit, au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, s'interroger sur la question de savoir si cette demande avait pour objet ou aurait pu avoir pour effet de limiter, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché; Considérant qu'il est soutenu, en premier lieu, que par leur importance et leur brutalité, les revendications de la société G.M.B., assimilables à des 'conditions générales d'achat', pouvaient avoir pour effet de mettre hors marché des producteurs compétitifs ne pouvant 'supporter un choc de trésorerie important' et donc de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés sur lesquels interviennent ces fournisseurs;

Mais considérant qu'il n'est ni soutenu ni établi que les demandes de la société G.M.B. avaient pour objet d'entraver le jeu de la concurrence entre les fournisseurs ; qu'il est par ailleurs établi que le montant de la 'participation publi-promotionnelle forfaitaire' demandée par la société G.M.B. était déterminé soit en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec le 9 fournisseur (variant, dans ce cas, de 0,4 p. 100 à 6 p. 100) soit sous forme d'un versement forfaitaire (variant dans de larges limites) et était négocié individuellement avec chaque entreprise ; qu'ainsi, il n'est pas établi par le dossier, que les négociations engagées par la société G.M.B. ne prenaient pas en compte les circonstances propres à chaque entreprise et qu'elles pouvaient avoir pour effet de conduire à la mise hors marché d'entreprises performantes mais aux capacités de trésorerie faibles ;

que d'ailleurs, dans les faits, il n'est pas non plus établi que des entreprises aux capacités de trésorerie faibles ont été déréférencées ou a fortiori mises hors marché; Considérant qu'il est soutenu, en deuxième lieu, que le caractère restrictif de concurrence de la pratique en cause se déduirait du fait qu'elle conduirait à un abaissement temporaire des prix pratiqués par le groupe Cora, abaissement qualifié de 'sélectif', qui aurait pu avoir pour effet de fidéliser artificiellement la clientèle, même si un réajustement des prix devait intervenir ultérieurement, en trompant le consommateur sur la réalité de la concurrence et en pénalisant les autres enseignes; Mais considérant que le fait que le groupe Cora pouvait envisager de rétrocéder aux consommateurs tout ou partie des avantages qu'il obtenait de ses fournisseurs n'impliquait pas de leur part un accord de volonté ;

que, dès lors, la mise en oeuvre d'une telle baisse des prix, à la supposer établie, aurait été la manifestation d'un acte unilatéral du groupe Cora; Considérant, par ailleurs, qu'une baisse temporaire des prix dans les magasins du groupe Cora n'aurait pu inciter les consommateurs à changer de distributeur que si ces consommateurs étaient

sensibles aux prix relatifs pratiqués par les différentes enseignes ; que, dans cette hypothèse, les consommateurs se seraient détournés du groupe Cora lorsque ce dernier aurait remonté ses prix ;

qu'ainsi, la pratique de baisse temporaire des prix de revente par ce groupe n'aurait pu, en tout état de cause, affecter durablement la capacité concurrentielle des autres distributeurs; Considérant enfin, qu'il n'est pas contesté que la position du groupe Cora sur le marché de la distribution des biens de consommation courante s'est affaiblie depuis 1989, ce qui implique que ses concurrents n'ont pas été victimes d'une désaffection des consommateurs à leur égard; Considérant qu'il est soutenu, en dernier lieu, que l'exigence de la 'participation publipromotionnelle forfaitaire' pouvait avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce que ce mode de financement d'une concentration dans le secteur de la distribution interdirait l'apparition de nouveaux concurrents dans ce secteur, le rachat de distributeurs ne pouvant être le fait que d'entreprises déjà installées et puissantes; Mais considérant que, d'une part, il n'est nullement établi que l'achat d'une société comme S.E.S. par un distributeur 'déjà installé et puissant' soit en lui-même restrictif de concurrence comme l'indique, semble-t-il, le fait qu'il n'a pas été fait usage des pouvoirs que confère au ministre chargé de l'économie le titre V de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui lui permet de s'opposer à une concentration anticoncurrentielle ; que d'autre part, il n'est pas non plus établi que des sociétés d'autres secteurs ne pourraient disposer de ressources propres ou de capacités de financement à un coût global commensurable avec celui dont disposent les grands distributeurs ; qu'en outre, aucun élément figurant au dossier ne suggère que la décision par la société G.M.B. de procéder à l'achat de la société S.E.S. ait été déterminée par la possibilité d'obtenir des contributions de ses fournisseurs; 10 Considérant qu'en conséquence, les conditions d'application de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne sont pas réunies en l'espèce;

Sur l'application des dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986: Considérant que les pratiques décrites au B du I ci-dessus se déroulent sur le marché de l'approvisionnement des biens de consommation courante, mais peuvent également affecter celui de la distribution au détail de ces mêmes biens dans les hypermarchés et supermarchés : que, sur le premier de ces deux marchés, la position dominante d'un distributeur ne peut être caractérisée, d'une part, que vis-à-vis des fournisseurs d'une famille de produits substituables entre eux, d'autre part, que si ce distributeur se portait acquéreur d'une part dominante du marché de l'approvisionnement de ces produits;

Considérant qu'il n'est pas établi que pour chaque famille de produits visés en l'espèce, le groupe Cora concentre une part dominante du marché de l'approvisionnement des produits considérés; Considérant que, même si l'entreprise ne détient pas une position dominante sur les marchés sur lesquels se déroulent les pratiques relevées, celles-ci peuvent être visées par les dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, s'il est démontré que l'entreprise a abusé d'une position dominante détenue sur un autre marché pour mettre en oeuvre des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel doit encore être établi ;

qu'il y a donc lieu de déterminer si le groupe Cora détient une position dominante sur le marché de la distribution au détail des biens de consommation courante; Considérant qu'au moment des faits la part du groupe Cora s'élevait à 1,3 p. 100 du chiffre d'affaires national des ventes de produits de consommation courante réalisé dans tous les types de commerces et à 4,7 p. 100 du chiffre d'affaires national réalisé dans les hypermarchés et supermarchés ;

que, dans les régions Alsace et Lorraine, les parts du groupe Cora dans les dépenses de consommation effectuées dans tous les types de commerces ont été estimées par celui-ci respectivement à 17 p. 100 et 14 p. 100 ; qu'ainsi le groupe Cora ne détient pas une position dominante sur le marché national de la distribution au détail des biens de consommation courante ou une partie substantielle de celui-ci, que ce marché soit évalué en intégrant tous les types de commerces ou seulement les hypermarchés et supermarchés; Considérant qu'en conséquence les conditions d'application du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne sont pas réunies en l'espèce; Sur l'application des dispositions du 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

Considérant que l'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur doit s'apprécier au regard de plusieurs critères et, notamment, de l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur (choix stratégique ou nécessité technique), de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur ;

que, pour apprécier l'importance des deux derniers critères qui ne peuvent pas toujours donner lieu à une observation directe, peuvent être prises en compte, notamment, la faiblesse des ressources financières du fournisseur, la faiblesse des marges des offreurs sur le marché sur lequel il opère, l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, la durée et l'importance de la relation pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'importance et la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, l'importance des contraintes de transport de ses produits; Considérant que sur le fondement de ces critères, il est soutenu que les entreprises Lapins Mayer (volailles), Saem de Ribeauvillé (Boissons), Sengelé (fromages), Ott Amand (charcuterie), Semy-Levy (boucherie) et Vaucard (charcuterie), étaient au moment des faits en situation de dépendance vis-à-vis du groupe Cora ;

qu'en particulier, ces sociétés étaient des petites ou moyennes entreprises régionales, dont les produits sont de faible notoriété et fortement concurrencés par des produits de marque ou sous label, dont le transport sur de longues distances était onéreux par rapport au coût unitaire ou soumis à des difficultés techniques, ayant noué des relations anciennes (de dix à quarante ans) avec le groupe Cora et réalisant par l'intermédiaire de ce distributeur de 22 p. 100 à 67,5 p. 100 de leur chiffre d'affaires total;

Mais considérant que cette démonstration n'est pas appuyée d'éléments chiffrés concernant le niveau des marges ou l'importance des excédents de capacité dans les différents secteurs d'activité concernés ;

que si cette circonstance n'interdit pas de caractériser la situation des fournisseurs en cause, encore faut-il que les indices figurant au dossier convergent pour établir l'existence de situations de dépendance économique;

Considérant, à cet égard, qu'il ne ressort pas du dossier que les sociétés Vaucard et Semy Levy aient été soumises de la part de la société G.M.B. à une pression à laquelle elles ne pouvaient se soustraire comme l'atteste, d'une part, le fait que la première, ayant constaté une baisse de son chiffre d'affaires avec ce distributeur pour l'année 1989, a demandé et obtenu un remboursement de la totalité des sommes qu'elle avait versées au titre de la 'participation publi-promotionnelle forfaitaire' et, d'autre part, le fait que la seconde n'a pas versé la somme qui lui était demandée au titre de cette prime sans pour autant faire l'objet de mesures de rétorsion;

Considérant par ailleurs que la société Saem de Ribeauvillé, filiale du groupe Perrier, dont les capacités financières ne peuvent être considérées comme négligeables, commercialise des eaux minérales, notamment sous la marque Carola, marque dont il n'est pas contesté qu'elle bénéficie d'une certaine notoriété dans l'Est de la France, et intervient dans un secteur dans lequel les marges sont notoirement importantes, comme il ressort de la décision de la Commission des communautés européennes du 22 juillet 1992 concernant la concentration entre les groupes Nestlé et Perrier; Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les sociétés Vaucard, Semy Levy et Saem de Ribeauvillé aient été en situation de dépendance économique vis-à-vis du groupe Cora;

Considérant, enfin, qu'à supposer que les sociétés Lapins Meyer, Ott Amand et Sengelé aient été en situation de dépendance économique vis-à-vis du groupe Cora, il ne ressort pas du dossier que ce dernier ait exercé sur elles une pression à laquelle elles ne pouvaient se soustraire ; qu'en effet, cette pression est niée, d'une part, par la société Sengelé, qui a déclaré que ses 'relations avec le groupe Bouriez ont toujours été empreintes d'une grande correction et d'une confiance réciproque', et, d'autre part, par la société Lapins Meyer qui a déclaré qu'elle était 'prête à cesser ses relations commerciales avec le groupe Cora' si elle n'avait pas obtenu gain de cause sur le

montant de la somme à verser à ce distributeur au titre de la 12 'participation publi-promotionnelle forfaitaire' ;

que le dossier ne comporte pas d'élément permettant d'établir qu'une telle pression ait été exercée sur la société Ott Amand; Considérant par ailleurs, que les éléments du dossier ne permettent pas d'établir que les 'participations publi-promotionnelles forfaitaires' obtenues de ces fournisseurs qui s'élèvent à 10 000 F pour la société Lapins Meyer (soit 1,25 millièmes du chiffre d'affaires de cette entreprise), à 70 000 F pour la société Ott Amand (soit 5 millièmes de son chiffre d'affaires) et à 300 000 F pour la société Sengelé (soit 3,6 millièmes de son chiffre d'affaires), aient eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement en volailles, en fromages et en produits de charcuterie, en mettant ces entreprises hors marché ;

que d'ailleurs il n'est pas contesté que les chiffres d'affaires réalisés par les sociétés Lapins Meyer et Sengelé avec les magasins du groupe Cora ont augmenté dans des proportions significatives en 1989 et 1990; Considérant qu'en conséquence, les conditions d'application du 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne sont pas réunies en l'espèce; Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les pratiques mises en oeuvre par la société G.M.B. ne peuvent être regardées comme constitutives de pratiques prohibées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Décide: Article unique.

-La saisine enregistrée sous le numéro F 383 est rejetée.

Document n° 4 : Cass. com., 10 décembre 1996, n° 94-16192

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 25 mai 1994) que les sociétés formant le " groupe Cora " exercent, parmi d'autres activités, celle de l'exploitation de fonds de commerce d'hypermarchés, de supermarchés et de magasins de proximité ; qu'à la suite de l'acquisition par " le groupe ", en 1989, de la Société européenne de supermarchés (SES), l'activité " distribution " a été exercée par la société Grands Magasins B (société GMB) et six de ses filiales directes ou indirectes ; que l'activité de la société GMB consiste notamment à référencer les fournisseurs pour le compte de l'ensemble des magasins Cora et à négocier les conditions d'achat avec ses fournisseurs ; que les départements " Loceda " et " Hypersélection " de GMB assurent cette fonction de centrale d'achat, le premier, pour ce qui concerne les produits alimentaires, la droguerie, l'hygiène, la parfumerie, etc. et le second, pour ce qui concerne les textiles, le bazar et l'électro-ménager ; que les deux départements comportent chacun un certain nombre de commissions appelées " files " spécialisées par familles de produits (épicerie, boucherie, charcuterie, produits laitiers, poissonnerie, etc.), qui sont chargées de sélectionner les fournisseurs et de négocier les conditions d'achat qui portent sur la nature et le montant des avantages susceptibles d'être accordés par les fournisseurs au distributeur ; que les avantages consentis consistent soit en remises sur factures venant en déduction du prix tarif du fournisseur, soit encore en remises hors factures accordées périodiquement selon un mode forfaitaire ou en fonction du chiffre d'affaires annuel réalisé avec le fournisseur, soit enfin en rémunérations des services de " coopération commerciale " rendus par le distributeur au fournisseur ; que cette coopération commerciale, qui peut prendre des formes multiples telles qu'emplacements privilégiés, actions promotionnelles, rémunération de services spécifiques, donne lieu, pour sa rémunération, soit à des ristournes, soit à des factures adressées par le distributeur au fournisseur ; que le ministre de l'Economie, reprochant à la société GMB des pratiques illicites au regard des articles 7 et 8.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, lors de la renégociation des conditions d'achat auprès de 750 de ses fournisseurs en produits de crèmerie, boucherie-volailles, charcuterie, épicerie, surgelés, boulangerie, bazar et textile, qui auraient consisté à s'être fait consentir par de nombreux fournisseurs des avantages rétroactifs, une rémunération dénommée " participation publi- promotionnelle forfaitaire ", l'allongement de délais de paiement et des menaces de déréférencement, a saisi en 1991 le Conseil de la concurrence pour faire sanctionner la société GMB ; que le Conseil, estimant que les conditions d'application des articles 7 et 8.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'étaient pas réunies, le ministre a formé un recours devant la cour d'appel de Paris ;

(...)

Sur le troisième moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que le ministre fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'est prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, l'exploitation abusive par une entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ; qu'en exigeant pour retenir la situation de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur, en dépit de la dimension réduite des six entreprises concernées vis-à-vis du groupe Cora avec lequel elles réalisaient de 22

% à 67,5 % de leur chiffre d'affaires, de leur caractère régional, de la faible notoriété de leurs produits, fortement concurrencés par des produits de marque, que soient fournis des éléments chiffrés permettant d'apprécier pour les sociétés le niveau des marges ou l'importance des excédents de capacité dans les différents secteurs d'activité concernés, la cour d'appel de Paris a ajouté à la loi des conditions d'application qu'elle ne comporte pas et qui n'étaient pas nécessaires pour caractériser l'état de dépendance économique de fournisseurs ayant accepté de renégocier à la hausse, et sans contrepartie, le contrat les liant au distributeur, violant ainsi par refus d'application, l'article 8.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; alors, d'autre part, que constitue un abus de domination par un distributeur à l'égard de ses fournisseurs la renégociation forcée des contrats passés afin d'obtenir à son profit des avantages sans contrepartie réelle ou spécifique que rien ne vient justifier dans une libre relation contractuelle ; qu'en refusant de voir une présomption d'abus de domination économique dans ce comportement, sans lui trouver la moindre justification, la cour d'appel de Paris a violé par refus d'application l'article 8.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; alors, de surcroît, que la solution équivalente dans le cas d'un fournisseur auquel le distributeur tente d'imposer une renégociation du contrat en cours à des conditions moins avantageuses et moyennant le versement d'une participation financière sans contrepartie ne consiste pas à pouvoir quitter ce distributeur pour atteindre le consommateur par le commerce de détail, si cette nouvelle forme de distribution ne génère pas un chiffre d'affaires et des coûts de distribution équivalents ; qu'en se bornant dès lors à retenir que la société Vaucard avait pu disposer d'une solution équivalente qui lui avait permis de réorienter son activité vers le petit commerce, sans répondre aux conclusions du ministre de l'Economie ayant fait valoir que la réorientation de l'activité de la société Vaucard vers le détail s'est effectuée au prix d'une réduction d'effectifs de 60 % et d'une baisse de plus de la moitié de son chiffre d'affaires, et que l'entreprise en état de dépendance vis-à-vis de Cora n'a pu rechercher une solution alternative sans que sa survie ne soit menacée, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; alors, encore, que, pour retenir que la société Vaucard n'avait pas été victime d'un abus de domination économique, la cour d'appel de Paris s'est bornée à

observer que cette société avait demandé et obtenu un remboursement de la totalité des sommes qu'elle avait versées au titre de la " PPF " ; qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur les raisons pour lesquelles la société Vaucard avait dû accepter de renégocier aux nouvelles conditions du groupe Cora, sans répondre aux conclusions du ministre chargé de l'Economie qui avait fait valoir que la société Vaucard n'avait obtenu ce remboursement que postérieurement à l'enquête de la DGCCRF, et qu'ainsi l'annulation de la facture établie par la société Cora devait être considérée comme une conséquence de l'enquête, la cour d'appel de Paris a de nouveau privé de motifs sa décision, en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; et alors, enfin, que constitue un abus de domination par un distributeur à l'égard de ses fournisseurs la renégociation forcée des contrats passés afin d'obtenir à son profit des avantages sans contrepartie réelle ou spécifique que rien ne vient justifier dans une libre relation contractuelle ; qu'après avoir relevé des éléments qui permettent de suspecter un état de dépendance des sociétés Lapins Meyer, X... Armand et Sengele vis-à-vis de GMB, la cour d'appel a retenu que la preuve n'est pas rapportée en l'espèce qu'un abus de cette dépendance ait été commis à leur égard, la société Lapins Meyer étant prête à cesser ses relations commerciales avec le groupe Cora si elle n'avait pu obtenir gain de cause sur le montant de la somme à verser à ce distributeur au titre de la " PPF " et aucune pression telle que menace de déréférencement n'ayant été dénoncée par les sociétés X... Armand et Sengele ; qu'en statuant ainsi, l'abus de domination étant établi par la renégociation à la hausse des contrats en cours et le versement d'une participation financière sans contrepartie, la cour d'appel de Paris a violé par refus d'application l'article 8.2 de

l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir exactement énoncé que l'existence d'un état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur s'apprécie en tenant compte de l'importance du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné, dans les facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du distributeur et de l'existence et de la diversité éventuelles de solutions alternatives pour le fournisseur, la cour d'appel, par une décision motivée et souveraine, a estimé qu'en dépit de la dimension réduite des six entreprises concernées vis-à-vis du groupe Cora, avec lequel elles réalisaient de 22 % à 67,5 % de leur chiffre d'affaires, de leur caractère régional, de la faible notoriété de leurs produits, fortement concurrencés par des produits de marque, aucun élément chiffré ne permettait d'apprécier pour ces sociétés le niveau des marges ou l'importance des excédents de capacité dans les différents secteurs d'activité concernés ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, qui excluaient l'existence d'une présomption d'abus de domination économique, la cour d'appel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 8.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Attendu, en second lieu, que la cour d'appel, ayant constaté par une analyse souveraine des éléments de preuve soumis à son appréciation que la société Vaucard, qui avait demandé et obtenu le remboursement de la totalité des sommes qu'elle avait versées au titre de la participation publi- promotionnelle forfaitaire, avait disposé d'une solution alternative lui ayant permis de réorienter son activité vers le petit commerce ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre le ministre dans le détail de son argumentation, n'encourt pas les griefs du moyen ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel a relevé que la preuve n'était pas rapportée d'un abus de dépendance économique du groupe Cora à l'égard des sociétés Lapins Meyer, X... Armand et Sengele, la première de ces entreprises ayant indiqué qu'elle était prête à cesser ses relations commerciales avec le " groupe " si elle n'avait pu obtenir gain de cause sur le montant de la somme à verser au titre de la participation publi-promotionnelle et les deux autres sociétés ayant précisé n'avoir été victimes d'aucune pression ou menace de déréférencement ; qu'en l'état de ces constatations la cour d'appel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 8.2 de l'ordonnance précitée ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Document n° 5 : Conseil de la concurrence, décision n° 01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony

Rappel de la saisine Considérant que, par lettre enregistrée le 30 mai 2001, la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par la société Sony France sur les marchés des produits audiovisuels, des ordinateurs et des vidéo-projecteurs ; qu'elle expose, en premier lieu, que la société Sony France a mis en place, de manière soudaine, de nouvelles conditions de vente à compter du 1er avril 2001, lesquelles auraient pour caractéristique principale d'accroître le montant global des ristournes différées et des services facturables par le distributeur ; qu'en opérant ainsi la société Sony France aurait pour objectif de rehausser le seuil de revente à perte, ainsi que de fixer un niveau minimal aux prix de revente et aux marges des distributeurs ;

que la société Concurrence serait désormais empêchée de pratiquer sa politique traditionnelle de prix bas, provoquant ainsi une désaffection de la clientèle vis-à-vis de son enseigne et restreignant la concurrence sur le marché ; qu'en deuxième lieu, elle indique que la société Sony France aurait provoqué la chute des ventes de la société Concurrence aux entreprises de " son réseau ", d'abord en cessant de livrer en direct cette clientèle,

ensuite en refusant de lui octroyer une remise logistique de 3 % ; qu'en troisième lieu, elle dénonce le caractère anticoncurrentiel d'une clause d'enseigne commune ouvrant droit à une remise en fonction du chiffre d'affaires réalisé ;

Considérant que la société Concurrence soutient qu'elle se trouve placée en situation de dépendance économique vis-à-vis de la société Sony France, notamment en raison des parts de marché que cette société détient, de sa notoriété et de l'importance que représente la marque Sony dans son chiffre d'affaires, qu'elle évalue à 95 % de ses achats ;

que la société Concurrence se prétend, en conséquence, contrainte d'accepter les nouvelles conditions de vente de la société Sony France, arrêtées par cette dernière de manière subite et sans négociations préalables;

qu'elle déclare que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate, d'une part, aux intérêts de la société Concurrence, en raison de la détérioration des conditions de vente que lui consent la société Sony France et du fait qu'une part plus importante de ces conditions ne serait pas portée sur les factures, l'empêcherait de pratiquer, comme auparavant, des prix bas et risqueraient de provoquer une baisse sensible de ses ventes, d'autre part, au marché et à l'intérêt des consommateurs, lesquels ne disposeraient plus de la possibilité de bénéficier de prix compétitifs ; qu'en conséquence, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, elle demande au Conseil de la concurrence d'ordonner à la société Sony France de faire figurer sur les factures les ristournes différées et les services rendus par les distributeurs, d'octroyer à la société Concurrence la remise logistique, de reprendre les livraisons directes aux entreprises clientes de la société Concurrence et, pour les ordinateurs, de lui appliquer les conditions dont elle bénéficiait auparavant;

Sur la procédure En ce qui concerne le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire Considérant qu'à la suite des interventions orales du rapporteur et de la rapporteure générale adjointe, qui tous deux ont conclu au rejet de la saisine faute d'éléments suffisamment probants, M. Chapelle, représentant la société Concurrence, a fait valoir qu'il avait été convoqué pour l'examen de la recevabilité de la saisine et de la demande de mesures conservatoires, mais non de l'existence dans le dossier de sa saisine d'éléments suffisamment probants ; qu'après avoir demandé à disposer d'un délai supplémentaire pour préparer sa défense à cet égard et que la séance du Conseil soit reportée, il a néanmoins présenté les moyens et les éléments sur lesquels s'appuie sa saisine et sa demande de mesures conservatoires ;

Considérant que l'article 12 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 précise que la demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond ; que, dès lors, le Conseil doit, avant de se prononcer sur la demande de mesures conservatoires, examiner si la saisine au fond est recevable et si elle s'appuie sur des éléments suffisamment probants pour justifier l'ouverture d'une procédure ;

Considérant que la loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, entrée en vigueur le 18 mai 2001, a modifié la rédaction de l'article L. 462-8 du code de commerce, qui énonce désormais à son alinéa 2 que le Conseil " peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants", qu'avant cette réforme, ce texte prévoyait que l'absence de tels éléments conduisait à l'irrecevabilité de la demande ;

que la question qui se pose au Conseil est donc toujours celle de l'éventuelle absence d'éléments suffisamment probants produits par le saisissant, seule étant modifiée la sanction applicable en pareil cas, l'irrecevabilité de la saisine ayant laissé la place au rejet de cette dernière ; Considérant que la lettre de convocation adressée, le 20 juin 2001, au président de la société Concurrence précisait que : " Le Conseil de la concurrence examinera la recevabilité de votre saisine ainsi que votre demande de mesures conservatoires dans sa séance du mardi 17 juillet 2001 à 14 H 30. "" ; que la société Concurrence a indiqué dans son mémoire d'observations, intitulé " Actualisation de la situation et des demandes " , déposé le 11 juillet 2001, que " Depuis la nouvelle loi sur les régulations économiques, la notion de recevabilité a été réduite ; elle ne comprend plus la question de savoir si la saisine comporte suffisamment d'éléments permettant de ne pas exclure l'existence de pratiques visées par les articles 7 et 8. En l'espèce, la convocation ne vise que la recevabilité. Néanmoins, nous argumentons sur l'existence d'éléments probants (...) " ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les droits de la défense et, notamment, le principe du contradictoire ont été respectés ; Sur la saisine au fond En ce qui concerne la situation de dépendance économique de la société Concurrence Considérant que l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce prohibe " dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur " ;

Considérant que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2 précité, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; que ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification ; Considérant que, dans ses observations, la société Concurrence fait valoir que la nouvelle rédaction de l'article L. 420-2, telle qu'elle résulte de la loi du 15 mai 2001 précitée, dès lors qu'elle ne fait plus directement référence, comme auparavant, à l'absence de solution équivalente, a supprimé implicitement cette condition ; qu'elle fait valoir que la disparition de cette condition résulte de la volonté du législateur, telle qu'elle ressort des débats parlementaires, de protéger les petites et moyennes entreprises ; Considérant que la lecture de l'ensemble des travaux parlementaires relatifs à l'élaboration de la loi sur les nouvelles régulations économiques, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, permet de constater, en ce qui concerne la rédaction de l'article L. 420-2, que si, au cours des débats, s'est manifestée une volonté de permettre de sanctionner plus facilement l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, la discussion sur la manière d'obtenir ce résultat et la solution adoptée pour y parvenir ont concerné l'atteinte à la concurrence sur le marché ; qu'à aucun moment, les débats n'ont porté sur la condition tenant à l'absence de solution équivalente ;

Considérant que, si la nouvelle rédaction de ce texte ne comporte plus de référence explicite à l'absence de solution équivalente, il n'en demeure pas moins que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une autre entreprise ; que les conditions établies par la jurisprudence et rappelées ci-dessus n'énoncent que des critères qui permettent de déterminer l'existence ou l'absence de solution équivalente ;

que, dès lors, la disparition de la référence formelle à la notion de solution équivalente dans les dispositions du texte précité ne peut dispenser de l'examen du point de savoir si l'entreprise qui se prétend en situation de dépendance économique dispose d'une solution alternative ;

Considérant que, sur le fondement de ces principes, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt Sony du 5 juillet 1991, a jugé que : " Considérant que, quelle que soit la notoriété de la marque Sony, il ne résulte ni des études relatives à sa perception par les consommateurs (étude IPSOS), ni des spécificités techniques, dont le caractère novateur n'est pas démontré, des produits qui en sont le support, que la poursuite de l'activité de distributeur électronique " grand public " soit subordonnée à la possibilité de les offrir à la vente ; qu'il ne peut par conséquent être soutenu, pour aucune des catégories d'appareils en cause, qu'il existait pour les requérantes une dépendance absolue d'assortiment à l'égard du fournisseur concerné, qu'il ne peut davantage être affirmé que, dans les gammes d'articles offerts par les nombreux autres producteurs de matériels électroniques, ne se trouvaient pas de produits techniquement interchangeables ; que, pouvant intervenir sans délai, ni coûts ni aménagements particuliers, les mutations d'approvisionnement pour cette catégorie de marchandises ne sont pas susceptibles d'entraîner d'irrémediables perturbations dans le fonctionnement des sociétés requérantes ;

" Que, quant aux parts de marché détenues durant la période considérée, pour aucune des familles desdits produits, même pour les caméscopes, pour lesquels elle occupait le premier rang, la société Sony France ne se détachait, de manière significative et durable, d'autres producteurs occupant des positions voisines ;

que, d'une année sur l'autre, la répartition du marché, où les types d'appareils de cette marque se classaient

respectivement entre la première et la douzième place, a connu, en ses divers segments, des fluctuations importantes ; qu'en outre, si les chiffres d'affaires réalisés par les trois sociétés en cause en matériels de marque Sony sont importants, notamment en ce qui concerne la société Semavem et principalement pour les téléviseurs, une telle situation, hors de proportion avec les positions respectives des produits de cette marque sur le marché, ne peut résulter que d'une politique commerciale délibérée des trois distributeurs concernés qui pouvaient librement opter pour une diversification de leurs sources d'approvisionnement ;

Considérant en conséquence que, ni en raison de la notoriété de la marque ou des caractéristiques des produits en cause, ni du fait de leur position sur le marché ou de l'incidence qu'ils ont sur leurs chiffres d'affaires, les sociétés Concurrence, Jean Chapelle et Semavem n'ont été, durant la période de référence, en état de dépendance économique à l'égard de la société Sony France de sorte qu'aucun des faits dénoncés ne peut être sanctionné comme l'exploitation abusive d'un tel état ; Considérant qu'en ce qui concerne la notoriété des marques, il est constant qu'existent sur le marché des marques de notoriété équivalente à celle de Sony, telles que Canon et JVC pour les caméscopes, Philips, Thomson, Brandt pour les téléviseurs et les magnétoscopes, Philips, Aiwa ou Pioneer pour la HiFi ;

qu'en ce qui concerne les ordinateurs et leurs périphériques, il existe des marques spécialisées de notoriété supérieure à Sony, telles que IBM, Compaq ou Apple ;

qu'il n'est pas démontré que, dans les gammes d'articles offerts par les nombreux autres producteurs de matériels électroniques, ne se trouvent pas des produits techniquement interchangeables ;

que les changements de fournisseurs pour cette catégorie de produits peuvent intervenir sans délai et sans coût significatif, comme le démontrent, d'une part, la rapidité avec laquelle, suite au protocole d'accord passé entre les sociétés Sony et Concurrence courant 1998, la part des produits Sony commercialisés par la société Concurrence est devenue largement prépondérante en moins de deux ans et, d'autre part, que de nombreux distributeurs de toutes tailles commercialisent tant des appareils Sony que des appareils d'autres marques ;

Considérant qu'en ce qui concerne les parts de marché en volume détenues par la société Sony France pour les produits de la gamme audio-vidéo, sur la base de données de la société d'enquête GFK jointes aux observations de la société Sony France, il ressort, en premier lieu, que ces parts de marché sont différenciées selon les types de produits et que d'autres marques ont, sur la plupart de ces gammes de produits, des parts de marché voisines ou supérieures à celles de la marque Sony ; qu'ainsi, à fin 2000/début 2001, sur l'ensemble du marché des produits audio-vidéo, la part de marché de Sony est de 18 % contre 15,5 % à Philips, et 9 % à Thomson ;

en audio-portable, elle est de 24 % contre 18 % pour Philips et 9 % pour Aiwa ; en DVD, 13 % contre 21 % à Philips et 11 % à Pioneer ; en caméscopes, 32 % contre 24 % à Philips et entre 9 et 10 % pour Canon, Samsung et Panasonic ; en HiFi, 16 %, à égalité avec Philips, contre 13 % pour Aiwa et 9 % pour JVC ; en télévision, 18 % contre 25 % à Philips, 15 % à Thomson et 5 % à Panasonic ; en photo numérique, 14 % contre 17 % pour Olympus et Fuji, 12 % pour Nikon et Canon ; qu'en deuxième lieu, pour les produits où la marque Sony est la mieux placée, sa part de marché a baissé sensiblement entre 1997 et 2000, cette érosion témoignant de la possibilité de substitution par des marques au départ moins bien placées et de l'impossibilité pour Sony de s'abstraire de la concurrence des autres marques ;

qu'ainsi, en caméscopes analogiques, la part de Sony est passée, sur cette période, de 32 à 25 %, en caméscopes numériques de 60 à 44 %, en baladeurs minidisques de 65 à 48 % ;

Considérant que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 juillet 1995, a précisé que l'existence d'un état de dépendance économique ne pouvait résulter de la seule réalisation de la majeure partie du chiffre d'affaires de l'entreprise avec un même fournisseur ; qu'elle a estimé, au cas d'espèce, que la dépendance contractuelle de l'entreprise vis-à-vis de ce fournisseur procédait, non de circonstances objectives, mais d'une stratégie choisie par elle ; que les mêmes principes ont été appliqués par la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt GIE Elis du 8 octobre 1999, qui relève que la situation de la société sur le marché considéré résultait d'un choix stratégique de développement mûrement délibéré depuis de nombreuses années, dont elle ne rapportait nullement la preuve qu'il lui aurait été imposé et que c'est en toute liberté qu'elle avait choisi de privilégier à peu près, à parts égales, deux clients déterminant la plus grosse partie de son chiffre d'affaires, alors que le marché était très diversifié ; que la précarité propre au marché concurrentiel aurait dû la conduire, par prudence et pour assurer la pérennité de l'entreprise, à diversifier ses débouchés plutôt que de se caler sur le développement de deux prescripteurs importants ; qu'en raison de cette stratégie dont elle était seule responsable, la requérante ne pouvait imputer à l'un ou l'autre de ses clients les conséquences de ses choix, alors que le CIE Elis l'avait loyalement informée de la modification de sa politique d'achat et d'approvisionnement, que l'intéressée avait eu tout le loisir d'examiner, éventuellement de rejeter, sinon de dénoncer ; Considérant, en ce qui concerne la part représentée par la marque Sony dans les ventes de la société Concurrence, soit 95 %, selon un tableau manuscrit communiqué par la société Concurrence, qu'un tel niveau est hors de proportion avec les positions respectives des produits de cette marque sur le marché et qu'il ne peut résulter que d'une politique commerciale délibérée de la société Concurrence, qui pouvait librement opter pour une diversification de ses sources d'approvisionnement ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède, tant en ce qui concerne la notoriété comparée des marques, que les parts de marché par catégorie de produits, leur évolution, et la stratégie commerciale délibérément adoptée par la société Concurrence, qu'il n'est pas démontré qu'il était difficile à cette dernière de s'approvisionner en produits d'autres marques ; qu'ainsi, il n'est pas établi que la société Concurrence se trouve placée en situation de dépendance économique par rapport à la société Sony France, ni que celle-ci serait en situation de position dominante sur les différents marchés de produits considérés ; Considérant, par ailleurs, que la société Concurrence n'apporte aucun élément à l'appui de ses allégations, selon lesquelles la mise en place de nouvelles conditions de vente par la société Sony France et l'application qui lui en est faite résulteraient d'une entente ;

Sur les nouvelles conditions de vente des produits de la marque Sony Considérant que les conditions de vente mises en place par la société Sony France à compter du 1er avril 2001 consistent, en premier lieu, en des remises quantitatives et qualitatives venant en déduction immédiate des prix facturés, en deuxième lieu, en des ristournes qualitatives et d'objectifs quantitatifs, réglées par avoirs différés, étant précisé qu'il est prévu que ces ristournes figureront sur les factures, dès lors que les seuils qui y donnent droit seront atteints, en troisième lieu, sous la forme d'accords de coopération, en des services spécifiques rendus par le distributeur, réglés après émission d'une facture par le distributeur ; Considérant que, dans sa décision Sony n° 90-D-42 le Conseil a estimé : " que le fait pour un producteur de produits de marque d'accorder des ristournes qualitatives, en sus des remises quantitatives, à ceux de ses distributeurs qui offrent des services ne constitue pas en soi une pratique prohibée par l'ordonnance du 1er décembre 1986, dès lors que les conditions d'obtention de ces ristournes qualitatives n'excluent pas des distributeurs qui seraient prêts à fournir les services considérés, qu'elles sont définies de façon objective et ne sont pas appliquées de façon discriminatoire et qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de revente" ;

que, dans cette décision, le Conseil a adopté la même analyse en ce qui concerne les accords de coopération, les engagements d'achats et les promotions programmées ;

que cette analyse a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 5 juillet 1991, rendu sur le recours formé contre cette décision ; Considérant que la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 octobre 2000, rendu sur le pourvoi formé par la société Concurrence contre un arrêt rendu le 10 mars 1998 par la cour d'appel de Paris, a considéré, en premier lieu, que l'octroi de ristournes différées n'est pas restrictif de concurrence, lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis, de manière certaine, dès le franchissement des seuils

quantitatifs qui en déterminent l'attribution et lorsque tous les distributeurs peuvent, sans aléas, ni restrictions, en répercuter le montant sur leurs prix de vente, en deuxième lieu, que la description détaillée des prestations constituant les services prévus dans les accords de coopération avait permis à la cour d'appel de faire l'exacte appréciation du caractère spécifique de ces services, détachables des opérations de vente et qu'elle avait, à bon droit, exclu que la facturation autonome de ces services puisse être constitutive d'une pratique d'imposition de marge, dès lors qu'établissant eux-mêmes la facturation desdits services, les distributeurs en connaissent nécessairement les éléments et peuvent les prendre en compte pour déterminer leur prix plancher ; Considérant, en premier lieu, qu'en ce qui concerne les produits de la gamme audio-vidéo Sony, le taux maximum des remises sur factures est passé, à compter du 1er avril 2001, à 27 % contre 24 % auparavant ; que le taux maximum des ristournes différées est passé de 3 % à 4,5 % et que, comme avant le 1er avril 2001, il est expressément prévu qu'elles figureront sur la facture dès que les seuils qui y donnent droit seront atteints ; que le taux maximum des rémunérations de services au titre des accords de coopération est passé de 5 à 8 % ;

qu'il ressort de l'examen des éléments communiqués aussi bien par la société Concurrence que par la société Sony France, que les conditions consenties à la société Concurrence sont plus favorables après le 1er avril 2001 qu'avant cette date ; qu'ainsi, elle obtient un total de 23,5 % de remises sur facture contre 21 % auparavant, 4,5 % de ristournes différées, soit le maximum accessible, contre 3 % auparavant, 8 % de rémunérations de services, soit le maximum accessible, contre 5 % auparavant ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en ce qui concerne les ordinateurs portables (gamme dite VAJO), la société Concurrence, qui auparavant ne commercialisait pas ces appareils, a bénéficié de la part de la société Sony France, en 1999 et jusqu'en avril 2000, d'une remise de base sur facture de 18,16 %, puis de 19 %, intitulée " remise exceptionnelle ", d'une remise dite " financière " de 1,5 %, et 4 % différés, au titre de ristournes de services, alors que le barème appliqué aux distributeurs prévoyait une remise quantitative de 14 % pour un montant d'achats réalisé l'année précédente d'au moins 10 MF, de remises qualitatives pour un total de 5 %, auxquelles pouvaient s'ajouter des ristournes de services pour un total de 6 % ;

qu'entre les mois de mai 2000 et mars 2001, la société Concurrence, dont le montant des achats à Sony pour ces produits s'est élevé à 819 KF en 1999, s'est vue attribuer par la société Sony France une remise quantitative de 15 %, une remise de démonstration de 3 % et une remise de gamme de 2 %, soit un total de 20 %, alors que la première tranche du barème appliqué aux distributeurs prévoyait une remise quantitative de 13 % pour un montant d'achats réalisé l'année précédente d'au moins 15 MF, et des remises qualitatives pour un total de 6 %, auxquelles pouvaient s'ajouter des ristournes de services pour un total de 4 % ;

qu'au surplus dans ses écrits, adressés à la société Sony, la société Concurrence reconnaît qu'elle n'assure pas de démonstration pour ces produits ; qu'il ressort de ce qui précède que la société Concurrence a bénéficié de conditions dérogatoires, alors même qu'elle ne remplissait pas les conditions d'accès aux réductions quantitatives prévus par les barèmes ;

Considérant qu'à compter du mois d'avril 2001, la société Sony France a mis en place un nouveau barème comprenant une remise quantitative en fonction du montant des achats de l'année précédente, soit 19 % pour des achats compris entre 9 et 34,9 MF, 20 % entre 35 et 99,9 MF, 21 % au-delà de 100 MF ;

que, dans ses écritures, la société Sony fait valoir que le seuil de 9 MF avec une rémunération de 19 % aurait été défini, précisément, pour adapter le barème à la situation spécifique de la société Concurrence et lui permettre d'accéder à une rémunération proche de ce qu'elle obtenait auparavant (20 %), tout en évitant de pérenniser le régime discriminatoire dont elle bénéficiait jusqu'alors ; que cette présentation est corroborée par la comparaison avec le barème précédent ; qu'en effet, le nouveau barème est plus favorable que le précédent, dont le seuil d'accès était plus élevé (15 MF) pour une rémunération moindre (13 %) et dont les paliers supérieurs étaient moins rémunérateurs (en 2001, un chiffre d'achats de 35 MF permet d'obtenir une remise de 20 % contre 14 % en 2000) ;

que la société Concurrence, dont les achats se sont élevés à 10 658 KF en 2000, a obtenu une remise de 19 % ;

que le barème prévoit en outre une remise sur facture de 1 % pour des opérations commerciales exceptionnelles, une ristourne différée d'objectif de chiffre d'affaires de 1 %, qui peut figurer sur la facture dès que les objectifs sont atteints, une rémunération de services de 2 % pour remontée d'informations ; que la société Concurrence, dès lors qu'elle satisfait aux conditions requises, dispose, ainsi, de la possibilité d'obtenir entre 1 et 2 % de remises sur facture supplémentaires, portant ainsi à 20 ou 21 % son taux global de remises ;

qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la forte baisse des ventes d'ordinateurs Sony de la société Concurrence serait imputable à la modification de ses conditions d'achat ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en ce qui concerne les moniteurs pour ordinateurs, la société Concurrence, dont le montant des achats pour ces produits a atteint 317 KF pour l'année 2000, a obtenu de la société Sony France, jusqu'en avril 2001, un prix net, hors barème, équivalant à une remise de base sur facture de 32,94 %, alors que la première tranche du barème appliqué aux distributeurs prévoyait, jusqu'en octobre 2000, une remise quantitative de 18 % pour un montant d'achats réalisé l'année précédente d'au moins 1,5 MF, puis, à compter d'octobre 2000, de 14 % pour 2 MF d'achats, de remises qualitatives pour un total de 6 %, puis, 4 % (3 % de démonstration et 1 % pour opérations commerciales exceptionnelles) ;

que, dans diverses lettres adressées à la société Sony, la société Concurrence reconnaît qu'elle n'assure pas de démonstration pour ces produits ; qu'il ressort de ce qui précède que la société Concurrence a bénéficié de conditions dérogatoires privilégiées, alors qu'elle ne remplissait pas les conditions d'accès aux barèmes ; Considérant qu'à compter du mois d'avril 2001, la société Sony France a mis en place un nouveau barème comprenant une remise quantitative en fonction du montant d'achats de l'année précédente, dont la première tranche est de 12 % pour un chiffre d'achats de 700 KF, puis 13 % pour 1 MF, 14 % pour 2 MF, 15 % pour 3 MF, 16 % pour 5 MF, 17 % pour 9 MF ; que le nouveau barème est plus favorable pour les petits distributeurs que le précédent, puisqu'il crée deux paliers supplémentaires inférieurs, avec un seuil d'accès de 700 KF, contre 2 MF auparavant, et seulement 2 % d'écart de rémunération entre ces deux niveaux ; que la société Concurrence, dont le chiffre d'achats s'est élevé à 317 KF en 2000, a bénéficié de la remise de 12 % ; que le barème prévoit, en outre, une remise sur facture de 1 % pour des opérations commerciales exceptionnelles, ainsi qu'une remise de démonstration de 3 % ;

que la société Concurrence, dès lors qu'elle satisfait aux conditions requises, a ainsi la possibilité d'obtenir entre 1 et 4 % de remises sur facture supplémentaires, ce qui porte entre 13 et 16 % son taux global de remises ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'en ce qui concerne les vidéo-projecteurs, la société Concurrence, dont les achats en 2000 ont porté sur quatre appareils représentant un montant d'achats de 55 000 F, a bénéficié, jusqu'en mars 2001, de la part de la société Sony France, d'une remise de base sur facture de 16 %, intitulée " remise exceptionnelle " et d'une remise dite financière de 1,5 % ;

qu'à compter du mois d'avril 2001, la société Sony France a mis en place un barème comprenant une remise quantitative en fonction du montant des achats de l'année précédente comprise entre 1 et 5 %, l'accès à la première tranche du barème étant conditionné par un montant d'achats d'au moins 100 000 F, et des remises qualitatives sur facture pour un total de 17 % ;

que, par une lettre du 21 juin 2001, la société Sony France a proposé de livrer des vidéoprojecteurs à la société Concurrence en lui octroyant un total de remises sur facture de 19,5 %, soit la totalité des remises qualitatives pour 17 %, auxquelles s'ajoute le premier taux de la remise quantitative, soit 1 %, alors même que la société Concurrence ne remplit pas les conditions d'accès pour en bénéficier, et une remise financière de 1,5 % ;

Considérant que la mise en place de ces nouveaux barèmes ne saurait constituer, en soi, une pratique prohibée par le code de commerce, dès lors que les conditions d'obtention des remises et des ristournes qui y figurent n'excluent pas des distributeurs qui seraient prêts à fournir les services considérés, qu'elles sont définies de façon objective et ne sont pas appliquées de façon discriminatoire et qu'elles n'ont ni pour objet, ni pour effet, de limiter la liberté des commerçants de déterminer, de façon autonome, leur politique de prix de revente ;

Considérant, en premier lieu, que les conditions générales de vente ou les accords de coopération de la société Sony France ne comportent pas de disposition ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence ;

qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que ces conditions seraient appliquées de façon discriminatoire ; que le représentant de la société Concurrence a, d'ailleurs, exposé, lors de la séance, qu'il ne contestait pas les nouvelles conditions, en elles mêmes, quant à leur nature et leur principe, mais le fait de ne pas pouvoir désormais répercuter dans ses prix de vente une partie de ces conditions, à savoir les ristournes différées et la contre-valeur des services facturés par le distributeur ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il n'apparaît pas que les distributeurs de produits Sony soient empêchés ou limités dans leur droit de répercuter, pour établir leur prix de revente, les remises ou les primes auxquelles ils peuvent prétendre, c'est-à-dire celles dont le principe est acquis et le montant chiffrable ;

qu'aucun élément du dossier n'indique que, dans la pratique, le bénéfice des remises est retiré si celles-ci sont répercutées au profit des consommateurs ;

qu'en outre, rien ne s'oppose à ce que les ristournes différées soient accordées à des taux variant au fur et à mesure que les seuils correspondants sont atteints ; Considérant, en troisième lieu, qu'il est constant que la société Concurrence bénéficie, à des taux variables selon les gammes de produits, des remises sur facture prévues aux barèmes ;

qu'elle dispose de la possibilité d'obtenir des rémunérations sur facture supplémentaires ainsi que la mention sur la facture des ristournes différées lorsque les seuils qui y donnent droit sont atteints ;

qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la société Sony France aurait réduit les rémunérations consenties à la société Concurrence de façon à lui imposer un niveau minimal de marge ou de prix de revente ; qu'au contraire, il apparaît que la situation de la société Concurrence est inchangée, voire améliorée, les nouveaux barèmes lui permettant d'avoir accès à des niveaux de rémunérations comparables ou égaux à ceux qu'elle obtenait auparavant ;

qu'il n'est donc pas établi qu'elle subirait une réduction de ses marges, qui serait de nature à lui interdire de poursuivre, dans l'immédiat, une politique de prix inférieurs à ceux pratiqués par la plupart des autres offreurs ;

Considérant, enfin, que le dossier ne contient aucun élément permettant de présumer que la définition par Sony France de ses nouvelles conditions générales de vente a eu pour effet d'entraîner une hausse des prix de ses produits sur le marché et de restreindre la concurrence entre ses revendeurs, alors même que, sollicitée par un courrier du rapporteur de communiquer les prix effectivement pratiqués, avant et après le 1er avril, la société Concurrence a répondu, le 5 juillet 2001, qu'il ne lui était pas possible de satisfaire cette demande, compte tenu de l'ampleur des documents à réunir, alors qu'il lui était loisible de communiquer un échantillon représentatif de ces prix ; Sur la revente aux entreprises et l'attribution de la remise logistique Considérant qu'à l'occasion du lancement par la société Concurrence, en juillet 2000, d'une activité de vente sur Internet, la société Sony a accepté de livrer directement les clients de la société Concurrence ayant passé une commande sur Internet ; que la société Sony a mis fin à ces livraisons directes à compter du 1er mai 2001, après en avoir informé la société Concurrence par courrier du 14 avril 2001 en ces termes : " il est temps de mettre fin à ce régime d'exception que nous avons mis en place de manière provisoire pour vous permettre de développer un nouveau système de vente " ; que la société Concurrence expose que cette mesure a été prise par rétorsion en raison des prix bas qu'elle proposait sur Internet, sans que cette affirmation soit étayée d'aucun élément de preuve ;

Considérant que la société Concurrence ne peut prétendre au maintien d'un régime de livraison dérogatoire que la société Sony n'a accordé à aucun autre de ses clients ; qu'en tout état de cause, il lui est loisible de continuer de proposer des produits à prix bas sur Internet, soit en prenant en charge elle-même les livraisons, soit en les faisant réaliser par un transporteur choisi et rémunéré par elle, ou encore, en proposant au client, de venir retirer le produit à son magasin ; que, dans l'hypothèse où elle assurerait la livraison chez le client, elle aurait accès à la remise logistique de 3 % prévue dans les conditions générales de vente de la société Sony, la clause

relative à cette remise prévoyant qu'elle est attribuée en cas de livraison effective au client ;

que la société Concurrence ne saurait exiger le versement de cette rémunération, dès lors que, comme elle le reconnaît elle-même, elle n'assure pas les livraisons au client et qu'il n'est pas démontré que d'autres revendeurs bénéficieraient du versement de cette remise sans en assurer la contrepartie ;

Considérant, enfin et au surplus, que le chiffre d'affaires hors taxes de la société Concurrence généré par cette activité est faible par rapport à son chiffre d'affaires global, puisqu'il s'est élevé à 451 KF en janvier 2001, 345 KF en février, 421 KF en mars, 141 KF en avril, 185 KF en mai et 185 KF en juin, ce qui représente 4,1 % de son chiffre d'affaires du 1er semestre 2001 (41 735 KF HT) ;

qu'en outre, la baisse des ventes par cette société aux entreprises s'observe dès le mois de février (- 23 % par rapport à janvier) et s'accroît en avril (- 66 % par rapport à mars), soit avant la cessation des livraisons directes par Sony, alors qu'à l'inverse, on constate une reprise de ces ventes après cette date (+ 31 % en mai et juin par rapport à avril) ; qu'il résulte de ces constatations que la baisse des ventes aux entreprises ne peut être imputée à l'arrêt des livraisons directes par la société Sony France à compter du 1er mai 2001 ;

Sur la clause d'enseigne commune

Considérant qu'en ce qui concerne les produits de la gamme audio-vidéo, le barème établi par Sony pour l'année 2000 prévoyait, pour l'application de la remise quantitative de chiffre d'affaires, la possibilité de consolider le chiffre d'affaires des distributeurs disposant d'une enseigne commune ; que cette clause était rédigée de la façon suivante : " Le chiffre d'affaires pris en compte est le chiffre d'affaires de chaque point de facturation, ou lorsque le distributeur appartient à un groupement mettant en oeuvre une politique commune sous une enseigne commerciale unique, le chiffre d'affaires de l'ensemble du groupement. " ;

que, dans le barème du 1er avril 2001, la rédaction de cette clause a été modifiée en ces termes : " Lorsque le distributeur dispose de plusieurs points de vente facturés séparément ou fait lui-même partie d'un groupement de revendeurs, le chiffre d'affaires à prendre en considération est le chiffre d'affaires de l'ensemble de ce groupement pour autant que : - les différents points de vente ou revendeurs de ce groupement respectent une politique commerciale commune. Pour apprécier l'existence d'une telle politique commune, Sony prendra notamment en considération l'exercice par ces points de vente/revendeurs de leurs activités sous une enseigne commune, le référencement d'une gamme commune de produits Sony ainsi que la mise en oeuvre de méthodes de vente et d'actions de communication communes de nature à valoriser leur réseau de distribution et les produits qui y sont revendus.— la mise en oeuvre de cette politique est de nature à valoriser l'image de marque des produits Sony ainsi que leur revente auprès des consommateurs. " ;

Considérant que la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 avril 2000, rendu sur le pourvoi formé par la société Concurrence contre un arrêt rendu le 29 octobre 1997 par la cour d'appel de Paris au profit de la société Aïwa France, a retenu qu'en rejetant la demande de la société Concurrence tendant à contester la licéité de la remise de centralisation prévue au barème de la société Aïwa, au motif que " cette remise est accordée à tout professionnel qui effectue une centralisation pour au moins trente points de vente regroupés sous une enseigne commune et que cette clause rémunère les services rendus au vendeur en lui évitant une trop grande dispersion de ses opérations administratives et de ses stocks ", la cour d'appel, qui n'avait pas recherché " en quoi cet avantage constituait une prestation spécifique offerte par les seuls distributeurs regroupés sous une enseigne commune, valorisant le réseau de distribution de la société Aïwa et par répercussion l'image de ses produits, (...) " n'avait pas légalement justifié sa décision ;

Considérant que la société Concurrence soutient que la clause du nouveau barème Sony crée une discrimination injustifiée au profit de revendeurs placés sous une enseigne commune et ne répond pas aux exigences de l'arrêt de la Cour de cassation qu'elle cite à l'appui de sa demande ;

Mais considérant qu'il ressort de la lecture de la clause susvisée que l'accès au barème quantitatif par consolidation du chiffre d'affaires n'est pas réservé aux seuls revendeurs placés sous une enseigne commune ;

qu'en effet, d'une part, cette consolidation est offerte non seulement aux revendeurs appartenant à un groupement, mais aussi aux distributeurs disposant de plusieurs points de vente ; que, d'autre part, l'emploi de l'adverbe " notamment " et l'indication d'autres critères que celui de l'enseigne commune permettent de considérer que ce critère n'est ni exclusif, ni indispensable, pour obtenir les remises correspondantes ;

que, d'ailleurs, la société Concurrence y a accès, puisqu'une remise de 5,5 % lui est accordée de ce chef sur un total possible de 6 % ; Sur la situation économique de la société Concurrence Considérant que le chiffre d'affaires de la société Concurrence s'est élevé pour l'année 2000 à 74 726 KF, en progression de 53 % par rapport à 1999 ; que son résultat courant a atteint 14 169 KF, soit 19 % du chiffre d'affaires contre 17,9 % en 1999 et 13,7 % en 1998 ; que ses ventes ont progressé de 69 % en avril 2001 par rapport à avril 2000, de 23 % en mai 2001 par rapport à mai 2000, de 49 % en juin 2001 par rapport à juin 2000 et de 33 % sur l'ensemble du 1er semestre 2001 par rapport au 1er semestre 2000 ;

qu'elle annonce que ses achats à la société Sony devraient passer à environ 90 MF en 2001, contre 67 MF en 2000 ; qu'en conséquence, la société Concurrence ne peut valablement soutenir que les nouveaux barèmes mis en place par la société Sony France à compter du 1er avril 2001 auraient un impact négatif sur son activité, et notamment qu'ils aboutiraient à détourner les consommateurs de son enseigne, au motif qu'elle ne serait plus en mesure de leur proposer des prix compétitifs par rapport à ses concurrents ;

Sur les délais de mise en place des nouveaux barèmes Considérant que la société Concurrence soutient qu'elle n'a été informée que tardivement et de manière soudaine de la mise en place des nouveaux barèmes pour le 1er avril 2001 ;

que tant les pièces produites par la société Concurrence elle-même que celles présentées par la société Sony permettent de constater que l'information sur les nouvelles conditions et les négociations de ces conditions avec la société Concurrence, ont débuté dès le mois de janvier 2001 et se sont poursuivies jusqu'en mai et juin 2001 ;

qu'en tout état de cause, au vu des données relatives à l'activité de la société Concurrence telles qu'elles sont exposées cidessus, il n'apparaît pas que l'application des nouveaux barèmes l'ait mise dans l'impossibilité de s'approvisionner en produits de la marque Sony ni de développer ses ventes de ces mêmes produits ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les éléments produits par la société Concurrence à l'appui de sa saisine démontrent que la société Sony France ne détient pas de position dominante sur les différents marchés de produits visés par la saisine, que la société Concurrence ne se trouve pas en situation de dépendance économique par rapport à la société Sony France et que les pratiques reprochées à cette dernière ne sont pas prohibées par le livre IV du code de commerce ;

qu'en l'absence d'éléments suffisamment probants, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 de ce code et de rejeter la saisine ;

que, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée, DECIDE

Article 1er : La saisine au fond enregistrée sous le numéro F 1313 est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 282 est rejetée.

Document n° 6 : Autorité de la concurrence, décision n° 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, 3 mars 2010.

1. Par lettre enregistrée le 6 juin 2007 sous le numéro 07/0047 F, le Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale (ci-après, le "SEFAG") a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Carrefour SA et ses filiales (ci-après "Carrefour") sur le marché du commerce d'alimentation générale de proximité en France. Selon le SEFAG, Carrefour dissuaderait ses franchisés de sortir de son réseau et entraverait leur liberté commerciale. Ces pratiques seraient, notamment, constitutives d'abus de dépendance économique.

2. Avant d'exposer les pratiques dénoncées, il convient de présenter le secteur et les parties concernés.

(...)

D. LES GRIEFS NOTIFIES

113. Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, trois griefs ont été notifiés à Carrefour S.A.

Grief n°1 : « Il est fait grief à la société Carrefour d'avoir abusé de l'état de dépendance économique des franchisés de proximité des enseignes Shopi, 8 à Huit et Marché Plus sur le marché de la franchise du commerce de détail et sur les marchés de la distribution de détail de proximité à dominante alimentaire en ayant imposé des restrictions non justifiées et excessives aux franchisés qui souhaitent quitter le réseau de proximité de Carrefour. Ces restrictions consistent en l'imposition de clauses de non-réaffiliation excessives, en l'insertion de plusieurs clauses contractuelles qui restreignent la possibilité de résilier les contrats à échéance et en l'utilisation de divers moyens de pressions, juridiques et financiers, exercés à rencontre des franchisés qui souhaiteraient quitter le réseau. Cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence sur le marché de la franchise du commerce de détail et sur les marchés de la distribution de détail de proximité à dominante alimentaire. Elle est prohibée par l'article L. 420- 2 du Code de commerce. L'objet et l'effet anticoncurrentiel des restrictions imposées à la sortie du réseau des franchisés résultent de leurs effets cumulés, qui sont devenus significatifs depuis la fusion entre Carrefour et Promodès en 2000 et tendent à s'accroître depuis ».

Grief n°2 : « Il est fait grief à la société Carrefour d'avoir abusé de l'état de dépendance économique des franchisés de proximité des enseignes Shopi, 8 à Huit et Marché Plus sur les marchés de l'approvisionnement du secteur de la distribution de proximité à dominante alimentaire en ayant limité la liberté d'approvisionnement des franchisés de manière disproportionnée au regard des objectifs inhérents à la franchise. Cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement du secteur de la distribution de proximité à dominante alimentaire. Elle est prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce. L'objet et l'effet anticoncurrentiel des limitations imposées à la liberté d'approvisionnement des franchisés résultent de leurs effets cumulés, qui sont devenus significatifs depuis la fusion entre Carrefour et Promodès en 2000 et tendent à s'accroître depuis ».

Grief n°3 : « Il est fait grief à la société Carrefour d'avoir abusé de l'état de dépendance économique des franchisés de proximité des enseignes Shopi, 8 à Huit et Marché Plus sur les marchés de la distribution de détail de proximité à dominante alimentaire en ayant limité la liberté tarifaire des franchisés de manière disproportionnée au regard des objectifs inhérents à la franchise. Cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence sur les marchés de la distribution de détail de proximité à dominante alimentaire. Elle est prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce. 24 L'objet et l'effet anticoncurrentiel des limitations imposées à la liberté d'approvisionnement [liberté tarifaire] des franchisés résultent de leurs effets cumulés, qui sont devenus significatifs depuis la fusion entre Carrefour et Promodès en 2000 et tendent à s'accroître depuis ».

(...)

3. SUR L'ETAT DE DEPENDANCE ECONOMIQUE DES FRANCHISES DU RESEAU DE PROXIMITE DE CARREFOUR A L'EGARD DE CARREFOUR

149. L'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce prohibe « [...] dès lors qu'elle est susceptible

d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires [...] ».

150. Selon une pratique décisionnelle constante du Conseil de la concurrence, confirmée par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, pour caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique il convient de tenir compte « de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part de fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur et, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents » (voir, arrêts de la Cour de cassation du 12 octobre 1993 et de la cour d'appel de Paris du 4 juin 2002, et la décision n° 09-D-02 du 20 janvier 2009 du Conseil de la concurrence relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse).

151. La modification de l'article L. 420-2 du Code de commerce introduite par la loi du 15 mai 2001, qui a éliminé la référence à la notion de « solution équivalente », n'exempte pas les parties d'en démontrer l'existence. En effet, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, que l'état de dépendance économique implique « l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées » (voir décision n° 01-D-49 du 31 août 2001).

152. Sur l'absence de solution alternative pour le distributeur, la cour d'appel de Paris a précisé dans un arrêt du 15 octobre 2008, SCEA Vergers de la Motte, que « l'état de dépendance économique se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'ensuit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

153. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence considère que « les situations de dépendance relevant de la disposition précitée du Code de commerce [article L. 420-2] s'inscrivent dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent donc être évaluées au cas par cas, et non pas globalement pour toute la profession » (voir décisions n° 03-D-42 du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles et n° 09-D-02, précitée).

154. Dans ses observations, Carrefour conteste la base juridique retenue en l'espèce, à savoir, l'abus de dépendance économique. Carrefour allègue ainsi qu'il est impossible de considérer comme constitutives d'un état de dépendance économique des clauses contractuelles non pas imposées, mais volontairement souscrites par les futurs franchisés. Enfin, elle fait valoir que, compte-tenu de l'absence totale d'homogénéité des situations des différents franchisés, il serait impossible de fonder une prétendue situation de « dépendance collective ». Carrefour souligne enfin qu'en tout état de cause, aucun des 31 critères cumulatifs permettant de caractériser un état de dépendance économique ne serait rempli en l'espèce. Ainsi, en raison de sa position sur le marché pertinent extrêmement réduite (12 %), Carrefour ne serait en rien un acteur incontournable pour des franchisés ou des candidats franchisés. Par ailleurs, les franchisés disposeraient, à l'issue de leur contrat de franchise, de solutions équivalentes pour accomplir une activité similaire.

155. En l'espèce, il convient d'examiner successivement la situation qui prévaut pour les candidats à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité c'est-à-dire ex ante, puis celle des franchisés une fois qu'ils sont entrés dans le réseau de proximité de Carrefour, c'est-à-dire ex post.

a) Sur la situation qui prévaut pour les candidats à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité

156. Comme il a été indiqué au paragraphe 150, l'existence d'une situation de dépendance économique s'apprécie en fonction de plusieurs critères cumulatifs, parmi lesquels figure notamment la part de marché du fournisseur.

157. Il résulte de l'instruction que les parts de Carrefour sur le marché national du commerce d'alimentation générale de proximité se situent entre 12 et 24 % (voir paragraphes 10 et 19). Carrefour ne dispose donc pas sur ce marché d'une position susceptible d'en faire un partenaire commercial obligé pour tout candidat à l'ouverture d'un magasin d'alimentation générale de proximité. En effet, pour exercer leur activité, ces candidats auront le choix entre ouvrir un commerce indépendant ou rejoindre l'une des enseignes présentes sur le marché, Carrefour représentant une fraction réduite de ces solutions possibles.

158. Au vu de ce qui précède, aucune situation de dépendance économique à l'égard de Carrefour ne peut donc être caractérisée en ce qui concerne les candidats à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité.
b) Sur la situation des franchisés après leur entrée dans le réseau de proximité de Carrefour

159. Comme la cour d'appel de Paris l'a souligné dans un arrêt du 25 janvier 2005, « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ».

160. La Cour de justice des Communautés européennes a défini le contrat de franchise de la manière suivante : « [...] une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération à des commerçants indépendants la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissance. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pas pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe » (arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia, 161/84, Rec. p. 353, point 15).

161. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (Journal officiel C 291 du 13.10.2000) définissent quant à elles les accords de franchise comme les accords 32 verticaux comportant « une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale et technique » (point 199).

162. Dans le cadre d'un réseau de franchise, la sauvegarde de l'identité du réseau ainsi que la protection du savoir-faire du franchiseur justifient l'exercice par ce dernier d'un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés. Cependant un tel contrôle ne saurait excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

163. La mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait ainsi résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (voir, arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 janvier 2005).

164. En l'espèce, la situation de dépendance économique des franchisés du réseau de proximité de Carrefour à l'égard de Carrefour doit donc être examinée au regard des clauses contractuelles dénoncées par le SEFAG.

165. Mais l'état de dépendance économique s'apprécie in concreto, soit dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution, pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur, dans la même position économique et juridique (voir décisions n° 03-D-42 du 18 août 2003 et n° 09-D-02 du 20 janvier 2009, précitées).

166. Dans la présente affaire, aucune de ces deux situations n'a pu cependant être mise en évidence, en l'absence

d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale du groupe Carrefour et en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau de Carrefour. En effet, les franchisés relèvent de sept régimes contractuels différents, ce qui rend leur situation difficilement comparable.

167. Dans ces conditions, le dossier ne permet pas de caractériser une situation de dépendance économique de l'ensemble des franchisés du réseau de proximité de Carrefour à l'égard de Carrefour.

168. Il en résulte qu'aucun des griefs notifiés n'est constitué.

Document n° 7 : Autorité de la concurrence, Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple

Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple*

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu la lettre enregistrée le 12 avril 2012, sous les numéros 12/0027 F et 12/0028 M, par laquelle la société eBizzcuss.com a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple et a demandé le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu la décision n° 12-C-16 du 23 juillet 2012 par laquelle le président de l'Autorité de la concurrence a donné acte du désistement de la société eBizzcuss.com de sa demande de mesures conservatoires ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment le premier paragraphe de l'article 101 ; Vu le livre IV du code de commerce et notamment ses articles L. 420-1 et L. 420-2 ;

Vu les décisions de secret d'affaires (...);

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, les représentants des sociétés eBizzcuss.com, Apple France SARL, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Europe Limited, Apple Inc., Apple Operations Europe, Apple Operations International, Tech Data France SAS, Tech Data France Holding, Tech Data BV, Tech Data Corp., Ingram Micro SAS, Ingram Micro Europe BVBA, Ingram Micro Inc., et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 15 octobre 2019,

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS

(...)

Grief n° 4 Il est fait grief aux sociétés suivantes du groupe Apple :

- la société Apple France SARL (RCS 322120916), pour la période allant du mois de novembre 2009 à aujourd'hui en sa qualité d'auteure ;
- la société Apple Sales International (enregistrée en Irlande sous le numéro 157 192), pour la période allant du mois de novembre 2009 au 31 mars 2012 en sa qualité d'auteure ;
- la société Apple Distribution International (enregistrée en Irlande sous le numéro 470 672), pour la période

allant d'avril 2012 à aujourd'hui en sa qualité d'auteur ;

• la société Apple Operations Europe (enregistrée en Irlande sous le numéro 76927) :

♣ pour la période allant du mois de novembre 2009 à aujourd'hui en sa qualité d'auteur ;

♣ pour la période allant du mois de novembre 2009 au 31 mars 2012 en sa qualité de société mère de la société Apple Sales International ;

♣ pour la période allant d'avril 2015 à ce jour en sa qualité de société mère de la société Apple Distribution International ;

• la société Apple Europe Limited (enregistrée au Royaume-Uni sous le numéro 5051046), pour la période allant du mois de novembre 2009 à aujourd'hui en sa qualité d'auteur ;

• la société Apple Operations International (enregistrée en Irlande sous le numéro 7694) :

♣ pour la période allant du mois de novembre 2009 à aujourd'hui en sa qualité de société mère de la société Apple Operations Europe ;

♣ pour la période allant d'avril 2012 à avril 2015 en sa qualité de société mère de la société Apple Distribution International ;

• la société Apple Inc. (société de droit américain immatriculée sous le numéro US942404110), pour la période allant du mois de novembre 2009 à aujourd'hui en sa qualité de société mère détenant intégralement directement ou indirectement les sociétés Apple France, Apple Sales International, Apple Distribution International, Apple Operations Europe et Apple Europe Limited ;

d' avoir mis en œuvre une pratique visant à exploiter de manière abusive la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent les Apple Premium Resellers (APR) en appliquant un ensemble de règles ou de comportements qui restreint de manière anormale leur activité. Cette pratique affecte, au moins potentiellement, le fonctionnement et la structure de la concurrence. Cette pratique est prohibée en application du second alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce »

II. Discussion

(...)

4. S'agissant de l'abus de dépendance économique (grief n° 4)

Résumé

Saisie le 12 avril 2012 d'une demande de mesures conservatoires et d'une demande au fond d'un distributeur ayant le statut dit APR (pour « Apple Premium Reseller»), la société eBizcuss.com, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le groupe Apple, pris dans plusieurs sociétés, ci-après la société Apple, pour avoir mis en œuvre, au sein de son réseau de distribution de produits électroniques de marque Apple, hors iPhone, en France, trois pratiques anticoncurrentielles, constituées, pour la première, par une restriction de clientèle mise en œuvre avec ses deux grossistes agréés, pour la deuxième, par une entente verticale sur les prix de détail de ses détaillants APR, et pour la dernière, par un abus de dépendance économique aux dépens de ces détaillants.

Cette décision de sanction fait suite à des opérations de visite et saisie pratiquées aux sièges d'Apple et de ses grossistes les 26 et 27 juin 2013 et dont le contentieux a pris fin en décembre 2017.

L'exploitation des milliers de pièces saisies par les services d'instruction a permis d'analyser de façon détaillée

le système de distribution spécialisé mis en place en France par la société Apple.

Apple a choisi, depuis le milieu des années 1990, d'approvisionner une partie du marché français par l'intermédiaire de deux grossistes de produits électroniques de dimension mondiale, les sociétés Ingram Micro et Tech Data. Ces deux grossistes vendent les produits Apple à des distributeurs spécialisés (ou « resellers»), dits « indirects», qui ne peuvent s'approvisionner en produits Apple qu'auprès d'eux, et à des distributeurs spécialisés dits « directs», qui peuvent s'approvisionner directement auprès d'Apple ou auprès de ces deux grossistes, ces distributeurs directs étant ceux dont le chiffre d'affaires en produits de la marque est le plus élevé. Ces revendeurs comprennent des revendeurs non agréés (NAR), des revendeurs agréés (AAR) et, surtout, des revendeurs agréés premium, les « Apple Premium Resellers», ou APR.

À côté de ces distributeurs spécialisés, Apple approvisionne en direct des grands distributeurs, ou « retailers », tels que la FNAC, Darty, Boulanger, et des acteurs de la grande distribution à dominante alimentaire, comme Carrefour et Casino.

Fin 2009, Apple a décidé, dans les zones de chalandise les plus importantes, de créer ses propres magasins physiques de vente au détail, dénommés « les Apple Retail Stores», autres revendeurs spécialisés, qu'elle approvisionne en direct également. Apple vend aussi ses produits en direct en ligne aux consommateurs finals par l'intermédiaire de son site Internet, l'Apple Online Store (AOS).

Si un fabricant est libre d'organiser son système de distribution comme il l'entend, de délimiter des canaux différents de vente, de choisir des grossistes pour approvisionner certains détaillants et de se réserver à soi-même d'autres détaillants, approvisionnés en direct, c'est sous réserve de respecter le droit de la concurrence applicable dans ce secteur. (...) Par ailleurs, ce fabricant, s'il maintient ses distributeurs dans une situation de dépendance économique à son égard, doit veiller à ne pas abuser de cette dépendance. Il doit notamment ne pas restreindre leur liberté commerciale au-delà des limites tolérables, en les désavantagant par rapport à son propre réseau de distribution intégré.

Décision :

(...)

4. S'AGISSANT DE L'ABUS DE DEPENDANCE ECONOMIQUE (GRIEF N°4)

a) Les principes

956. Aux termes de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce, « est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ou en accord de gamme ».

957. L'abus de dépendance économique suppose donc la réunion de trois conditions cumulatives : l'existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre, une exploitation abusive de cette situation et une affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. En l'absence de l'une de ces trois conditions, l'abus de dépendance économique allégué n'est pas établi.

958. Issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cette infraction n'a pas d'équivalent en droit de l'Union, mais est compatible avec celui-ci, le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus 101 et 102 TFUE) « n'empêch[ant] pas les États membres d'adopter et de mettre en oeuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise ».

1. Sur l'existence d'une situation de dépendance économique

959. Dans un arrêt du 12 octobre 1993, Concurrence, n° 91-16988 et 91-17090, la Cour de cassation a défini quatre critères cumulatifs permettant de caractériser une situation de dépendance économique de la manière suivante : « si l'existence d'un état de dépendance économique s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, il convient également de tenir compte de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ».

960. Dans un arrêt du 25 janvier 2005, Établissement français du sang contre SARL Reims Bio, RG n° 2004/13142, la cour d'appel de Paris a considéré qu'il ne suffisait pas, pour réfuter l'existence d'une situation de dépendance, de démontrer qu'elle résulte d'une stratégie délibérée de la part de l'entreprise dépendante. En effet, la dépendance économique est une « situation objective dont l'origine est indifférente ».

961. S'agissant de l'impossibilité d'obtenir des produits équivalents, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 3 mars 2004, Concurrence, pourvoi n° 02-14529, que « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce».

962. Il a ainsi été admis que les mutations d'approvisionnement « pouvant intervenir sans délai, ni coûts, ni aménagements particuliers » ne « sont pas susceptibles d'entraîner d'irréversibles perturbations dans le fonctionnement des sociétés requérantes » et ne sauraient, par conséquent, remplir les conditions de l'absence d'alternative¹.

963. Il y a lieu de rappeler que, malgré la suppression par la loi NRE de la mention du critère d'absence de solution alternative dans le code de commerce, la Cour de cassation a maintenu l'exigence, pour la partie dépendante, d'apporter la preuve de l'absence d'une telle solution².

964. L'Autorité a précisé que l'effectivité d'une éventuelle alternative doit également être appréciée au regard de son délai de mise en œuvre : « La possibilité d'un report vers d'autres débouchés ne doit impacter l'analyse que pour autant que ces débouchés constituent des solutions alternatives effectives, susceptibles d'être mises en œuvre dans un délai raisonnable. Il convient donc de tenir compte des contraintes techniques, commerciales ou juridiques liées au report vers d'autres débouchés (...) »³.

965. S'agissant, par exemple, de la dépendance au sein d'un réseau de distribution, le Conseil de la concurrence a estimé qu'un concessionnaire automobile (monoproduit, monomarque) ne se trouve pas en situation de dépendance à l'égard de son concédant dès lors que les concessionnaires peuvent aisément passer d'un réseau de constructeur à un autre et qu'il existe d'autres solutions de conversion pour le concessionnaire évincé⁴, en présence de nombreux constructeurs distribuant leurs automobiles en France dans des réseaux monomarkes comparables.

966. Par ailleurs, la faculté, pour le distributeur, de trouver des solutions alternatives peut être limitée par le jeu cumulé de clauses contractuelles imposées par le fabricant tête de réseau, empêchant le distributeur de quitter le réseau, ainsi que l'a souligné l'Autorité, dans sa décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques

¹ Voir la décision n° 01-D-49 du 31 octobre 2001 relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony

² Avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, (paragraphe 261)

³ Avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, (paragraphe 269).

⁴ Décision n° 03-D-42.

mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, concernant un réseau de franchise.

967. Enfin, il est de jurisprudence constante que la démonstration d'une situation de dépendance doit être effectuée *in concreto*. L'Autorité a ainsi précisé que « l'état de dépendance économique s'apprécie *in concreto*, soit dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur dans la même position économique et juridique »⁵

2. Sur l'exploitation abusive de la situation de dépendance économique

968. Une fois la dépendance économique démontrée, il convient d'établir dans un deuxième temps le caractère abusif de l'exploitation de cette situation.

969. Comme l'a rappelé l'Autorité dans son avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, « l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce contient une liste non exhaustive de pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abusives. Ainsi, selon ce texte, des abus de dépendance économique "peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme" ». En novembre 2018, le I de l'article L. 442-6 visait, notamment, l'infraction de déséquilibre significatif.

970. Les pratiques abusives dont l'Autorité ou, avant elle, le Conseil de la concurrence ont été saisis consistent essentiellement dans des ruptures brutales de relations commerciales (sous la forme de déréférencements) ou dans la renégociation sans contrepartie de conditions commerciales, notamment à la suite d'opérations de concentrations entre distributeurs.

971. Au-delà de ces hypothèses, l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce se réfère d'une manière générale à la notion d'abus. À cet égard, il convient de rappeler que cette notion ne se limite pas à des comportements prédéfinis, dans la mesure où « la qualification juridique d'une pratique d'abus ne dépend pas de sa dénomination, mais des critères de fond retenus à cet égard »⁶. Ainsi, « de nouvelles formes d'abus susceptibles d'affecter la concurrence » ne sauraient être exclues en application de cette disposition⁷.

972. Il en ressort que le caractère abusif de l'exploitation d'une dépendance économique peut résulter d'une clause contractuelle, d'un comportement, ou de l'imposition de plusieurs règles ou contraintes commerciales, présentant un caractère manifestement anormal, déséquilibré ou excessif au vu des circonstances de l'espèce, ou imposant, de façon directe ou indirecte, des conditions de transaction non équitables.

973. Ainsi, l'Autorité peut-elle se référer à la définition des abus d'exploitation commis par une entreprise en position dominante. L'entreprise qui tient ses distributeurs sous sa dépendance économique peut leur imposer des conditions de transaction qu'elle n'aurait pas obtenues en l'absence de cette dépendance. Si ces conditions sont inéquitables, ou anormales, au regard des circonstances de l'affaire, l'Autorité devra examiner si celles-ci sont à la fois nécessaires et proportionnées à l'objectif légitime éventuellement allégué par l'entreprise.

974. Ainsi, si l'entreprise qui tient ses distributeurs en situation de dépendance se livre à leur égard à des refus de vente ou des retards de livraison non justifiés, ou encore à des pratiques de remises non équitables, l'Autorité pourra qualifier ces pratiques d'abusives.

975. La jurisprudence du Tribunal de l'Union fournit à cet égard des précisions sur les conditions dans lesquelles un système de remises peut être considéré comme un abus de position dominante, le même raisonnement pouvant être tenu en cas d'abus de dépendance.

⁵ Décision n° 10-D-08

⁶ Décision de la Commission européenne du 27 juin 2017, case AT.39740, Google Search, paragraphe 352.

⁷ Avis n° 15-A-06 précité, paragraphe 274

976. Le Tribunal de l'Union, dans un arrêt du 30 septembre 2003, Michelin⁸, a en effet jugé qu' « un système de remises appliqué par une entreprise en position dominante, qui laisse à cette dernière une marge d'appréciation non négligeable et discrétionnaire en ce qui concerne la possibilité pour le revendeur de bénéficier de la remise, doit être considéré comme inéquitable et constitue une exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante sur le marché au sens de l'article 82 CE [devenu article 102 du TFUE](voir, en ce sens, l'arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, cité au point 54 ci-dessus, point 105). En effet, en raison de l'appréciation subjective des critères ouvrant droit à la prime de service, les revendeurs se trouvaient dans une situation d'insécurité et ne pouvaient généralement pas prévoir avec certitude le taux de remise dont ils allaient bénéficier au titre de la prime de service (voir, en ce sens, arrêt Michelin/Commission, cité au point 54 ci-dessus, point 83) ».

977. Enfin, ainsi que la Cour de l'Union l'a souligné dans un arrêt du 30 janvier 2020, « le caractère abusif d'un comportement suppose que celui-ci ait eu la capacité de restreindre la concurrence (...) cette appréciation devant être effectuée au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant ledit comportement ».

3. Sur l'affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence

978. Aux termes de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce, l'exploitation abusive d'une situation de dépendance n'est prohibée que « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ».

979. L'Autorité note que cette condition de « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence » résulte de la réforme issue de la loi du 15 mai 2001, qui avait pour objectif d'assouplir la preuve de l'atteinte à la concurrence, en substituant cette formule à celle prévoyant que l'abus était prohibé lorsqu'il avait « pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ».

980. Ce critère de potentialité d'affectation de la concurrence n'est pas identique à celui, prévu aux articles L. 420-1 et L. 420-2 alinéa 1 du code de commerce, réprimant les pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante, non seulement « lorsqu'elles ont pour objet », mais également « peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ». En effet, l'abus de dépendance permet de réprimer une pratique même si elle n'affecte pas le fonctionnement du marché, mais sa seule structure.

981. Il peut ainsi être considéré qu'une pratique est abusive, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce, si elle est de nature à ou est susceptible d'avoir un tel effet ; il n'est pas nécessaire de démontrer l'effet anticoncurrentiel effectif de la pratique sur le ou les marchés concernés.

982. Enfin, aucun seuil de sensibilité en termes de parts de marché n'est fixé pour évaluer les effets, potentiels ou réels, d'un abus de dépendance économique.

b) Application au cas d'espèce

983. Le grief n° 4 est fondé sur la situation de dépendance économique des APR par rapport à Apple. Selon Apple, aucun des éléments caractéristiques de l'abus de dépendance économique – la situation de dépendance économique, l'abus de cette dépendance et l'affectation de la concurrence – ne serait établi en l'espèce.

1. Sur la situation de dépendance économique

984. À titre principal, Apple estime que la dépendance économique des APR n'est pas caractérisée, au regard des éléments suivants :

-il serait inexact d'affirmer que pendant toute la durée des pratiques, la notoriété d'Apple était telle qu'elle était

⁸ Tribunal, 30 septembre 2003, T-20301, Michelin, paragraphe 141.

un acteur incontournable sur le marché, cette marque étant, en 2009, au 20ème rang du classement Inter brand ;

-la part de marché d' Apple est limitée et proche de celle d'autres acteurs du marché, tels Samsung ou HP, et différenciée en fonction des types de produits ; elle ne lui permet pas de s'abstraire de la concurrence ; or l'Autorité n' a jusque-là sanctionné au titre de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce que des entreprises en position dominante ;

-s'agissant de sa part dans le chiffre d'affaires des APR, Apple rappelle qu'il ne faut pas que cette part découle d'un choix délibéré du plaignant ; or, en l'espèce, le choix de certains revendeurs d'exploiter des APR ressort d'une stratégie délibérée, ceux-ci ayant été attirés par l'opportunité de croissance que les produits Apple représentaient et par les nombreux avantages du programme APR ;

-s'agissant, enfin, de l'existence de produits équivalents ou alternatifs, Apple prétend que « les détaillants disposent (...) de façon quasi-immédiate de la possibilité de substituer les produits Apple par des produits d'autres marques » ou de trouver des solutions alternatives sur le marché, sans que ces changements entraînent de perturbations irrémédiables dans leur fonctionnement.

a. La notoriété de la marque Apple

985. La notoriété de la marque Apple est incontestable, et ce, bien avant le début des pratiques litigieuses, en 2009. L'Autorité de la concurrence a, dès 2008, souligné cette notoriété dans sa décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à la distribution des iPhone. Selon des déclarations recueillies durant l'instruction de cette mesure conservatoire, en 2008 : « la marque et la stratégie marketing sont les plus grands atouts d'Apple. Apple est l'une des marques les plus sophistiquées de l'époque moderne, à égalité avec Nike. Elle excelle à attirer l'attention des médias, traditionnels ou en ligne, dans une promotion qui dépasse très largement ses parts de marché. Elle réussit à créer une relation particulière avec ses clients, lesquels se transforment fréquemment en prosélytes de la marque». De plus, selon les termes mêmes du contrat de partenariat signé fin 2007 entre Orange et Apple pour la distribution des iPhone, « Apple occupe une place de leader incontesté dans les secteurs des ordinateurs et de l'électronique grand public, à la pointe du secteur en termes d'innovation grâce à ses ordinateurs primés et au système d'exploitation Mac OS X et au premier plan de la révolution numérique multimédia grâce à ses baladeurs musique et vidéo iPod, ainsi que sa boutique en ligne iTunes. Cette année, Apple va se lancer sur le marché des téléphones mobiles avec son iPhone révolutionnaire».

986. Cette notoriété s'est maintenue durant toute la période infractionnelle, et il n'existe pas, sur le marché, plusieurs marques de notoriété équivalente. Au 3ème rang du classement Best Global Brands d'Interbrand, Apple se hisse au 1er rang, dès 2012. Elle était en 2014 la première entreprise mondiale en valeur avec une valorisation de près de 118,9 milliards de dollars, position confirmée en 2015, puisqu'Apple est à nouveau à la tête du classement Interbrand pour la troisième année consécutive

987. Par ailleurs, outre ce classement, le positionnement haut de gamme de la marque, sa réputation technologique, ainsi que l'adhésion et la fidélité d'une partie des consommateurs rendent ses produits difficilement contournables pour des distributeurs de produits électroniques.

988. La stratégie de marketing bien spécifique de la marque, sa communication autour d'un « univers Apple » et l'existence d'un véritable écosystème Apple, caractérisé par une forte connectivité entre les différents produits, auquel sont associés des systèmes d'exploitation particuliers, renforcent ce caractère.

989. Apple se distingue également par l'organisation et l'habillage de ses points de vente. Il est intéressant de relever à ce sujet que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans le cadre d'un contentieux en matière de droit de la propriété intellectuelle, que la représentation de l'aménagement des espaces de vente, tel que celui d'un magasin porte-drapeau Apple, peut sous certaines conditions, être enregistrée en tant que marque, dans la mesure où une telle représentation est propre à distinguer les produits ou les services de l'entreprise Apple de ceux d'autres entreprises (Cour de justice, 10 juillet 2014, Apple Inc., C-421/13).

b. La part de marché d'Apple sur le marché considéré

990. La part de marché d'Apple concernant les ventes au détail d'équipements électroniques grand public tous produits confondus s'élevait à 28 % en 2012 et 24,7 % en 2013, d'après les données des sociétés International Data Corporation et GfK (voir le paragraphe 15 de la présente décision), ce qui en faisait le leader du marché, avec Samsung.

991. Si l'on distingue par type de produits, à l'exception des ordinateurs (pour lesquels Apple avait la deuxième part de marché la plus élevée en valeur) et des smartphones en 2012 et 2013, Apple détenait systématiquement la part de marché en valeur la plus élevée.

992. Il n'est pas requis, pour démontrer l'existence d'une situation de dépendance économique, contrairement à ce que soutient Apple, d'établir la position dominante de l'entreprise concernée sur un marché pertinent.

993. La position dominante est définie en droit de l'Union comme une « situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »⁹. Elle est souvent mesurée, notamment, par une part de marché élevée sur un marché pertinent. En revanche, la domination économique n'est pas forcément liée à l'importance des parts de marché, mais à la puissance relative d'une entreprise sur ses partenaires qui les rend vulnérables ; elle reflète un pouvoir fort de négociation d'une entreprise sur une autre, qui ne nécessite pas une position dominante sur l'ensemble d'un marché.

994. Au demeurant, la pratique d'abus de dépendance économique, prohibée par l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du code de commerce, conçue, dès l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, pour réprimer les abus de puissance d'achat de la grande distribution, ne visait pas, par construction, des opérateurs en position dominante, aucun grand distributeur n'étant dans cette situation.

995. Si le Conseil de la concurrence n'a sanctionné, dans sa pratique décisionnelle passée, que des opérateurs en position dominante, il n'a jamais exclu la faculté d'appliquer l'article susvisé à un réseau d'affiliation de commerce de détail, dont la tête n'est pas en position dominante, ainsi qu'il ressort de la décision n° 10-D-08 du 03 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité La part d'Apple dans le chiffre d'affaires des APR

996. La part d'Apple dans le chiffre d'affaires des APR découle des stipulations mêmes des contrats signés entre eux et les sociétés ASI et ADI. En effet, si ces contrats ne comportaient pas de clauses d'approvisionnement exclusif en produits Apple, ils contenaient des dispositions qui avaient le même effet, dès lors qu'elles limitaient l'exposition en magasins, la vente et la promotion de produits concurrents.

997. C'est ainsi que l'alinéa 3 de l'article 4.3 de l'« Apple Premium Reseller Program Addendum » prévoyait que « Le revendeur ne peut installer d'appareils tiers ni d'appareils autres que ceux décrits dans le kit de conception dans la salle de démonstration réservée au client, sans l'accord préalable de Apple » (traduction libre).

998. L'article 14 des critères d'éligibilité au programme APR (« Eligibility Criteria») stipulait également : « Concentrez-vous sur les produits Apple. L'emplacement autorisé ne doit pas vendre ou afficher d'ordinateurs (ordinateurs de bureau, ordinateurs portables ou autres), à l'exception des ordinateurs Mac ; de lecteur de musique numérique, sauf iPod ; de tablette informatique, à l'exception de l'iPad; ou tout autre téléphone mobile sauf iPhone» (traduction libre).

999. L'article 15 du même contrat précisait : « Produits tiers et accessoires - Les produits tiers vendus ou présentés doivent être complémentaires et compatibles avec les gammes de produits Apple. Consoles de jeu tierces, lecteurs de livres électroniques, appareils de navigation portables, assistants numériques personnels,

⁹ Cour de justice, affaire 27/76, United Brands Company et United Brands Continentaal/ Commission, Recueil 1978, p. 207, point 65

cadres photo numériques, services d'impression de photos ou kiosques destinés aux salles d'exposition, dispositifs Internet mobiles, téléviseurs ou appareils connectés aux téléviseurs, DVD et CD préenregistrés (DVD ou CD contenant des logiciels tiers compatibles avec Mac), ne seront ni vendus ni affichés» (traduction libre).

1000. Par ailleurs, il résulte de l'article 11 de l'Appendix 1 du contrat APR qui détaillait les critères d'éligibilité des points de vente au programme APR que « Les microprocesseurs Apple doivent représenter au moins 75 % de l'ensemble des processeurs vendus par l'intermédiaire du point de vente autorisé. En outre, le Revendeur ne doit pas exposer des processeurs de fabricants autres que Apple [...] » (traduction libre).

1001. En outre, l'article 3.4 de l'« European Premium Reseller Agreement» prévoyait que les revendeurs APR ne pouvaient faire la promotion de la marque ou des produits d'un autre fournisseur sans l'accord préalable d'Apple : « [...]Le revendeur reconnaît et accepte de ne pas installer de logo de tierce partie à l'intérieur du magasin ou dans la [devanture][fascia] sans l'accord préalable d'Apple. Le revendeur ne peut pas installer d'appareils à l'intérieur du magasin sans l'accord préalable d'Apple» (traduction libre).

1002. Apple ne peut donc soutenir que les revendeurs disposant d'un statut d'APR pouvaient librement commercialiser des produits concurrents de marques tierces dans leur point de vente.

1003. Il en résulte (voir les paragraphes 484 et suivants ci-dessus) que les produits ou logiciels de marque Apple ou les produits de l'environnement Apple représentaient la grande majorité du chiffre d'affaires des revendeurs agréés bénéficiant du statut d'APR.

1004. Il ressort par ailleurs d'un graphique réalisé en 2011 par l'Association des APR que 80 % de l'activité des APR concernait alors la vente de produits Apple (matériel ou logiciel).

1005. Ces éléments sont corroborés par les réponses des 22 revendeurs APR interrogés par les services d'instruction le 4 octobre 2012. Il en ressort en effet que la part représentée par les ventes de produits de marque Apple dans leur chiffre d'affaires pendant la période 2007-2012 représentait, en moyenne, 78 % en 2012.

1006. Le tableau de suivi réalisé par Apple concernant sa part dans l'activité des APR cette même année indique d'ailleurs des proportions nettement supérieures (voir les paragraphes 485 et suivants ci-dessus).

1007. Les deux revendeurs cités par Apple (point 895 de ses observations) sont les seuls dont le chiffre d'affaires n'est pas constitué quasi exclusivement par la vente des produits de la marque, au vu de son propre tableau de suivi : DXM et Micro Alphasoft auraient réalisé respectivement 46,24 % et 47,26 % de leur chiffre d'affaires avec les produits Apple. Or, il résulte des réponses de la société DXM elle-même au questionnaire des rapporteurs qu'elle a, en réalité, réalisé 81 % de ses ventes en produits Apple en 2011, de sorte que l'affirmation d'Apple apparaît inexacte, s'agissant de cette société.

1008. La circonstance que les APR se soient délibérément placés dans cette situation de dépendance en signant les contrats litigieux ne peut permettre d'écarter l'état de dépendance des APR par rapport à Apple, cette situation étant une situation objective dont l'origine est indifférente.

1009. Il résulte au surplus des pièces du dossier que la société eBizcuss a, comme d'autres APR, tel Actimac, adhéré au programme APR au moment de sa constitution par crainte de perdre des avantages. Ce distributeur a ainsi déclaré : « un refus d'adhésion au programme aurait été un renoncement total à la vente des produits Apple ».

1010. La société eBizcuss a de plus indiqué avoir été soumise à des pressions exercées par Apple. Cette société, qui avait toujours été considérée par Apple comme un partenaire difficile, « trop rigide », « trop indépendant », a fait état d'incitations fortes exercées par le fabricant, celui-ci soulignant, alors qu'il était interrogé par son distributeur sur la pérennité de ses conditions commerciales, que les « politiques commerciales 'revendeurs Agréé' et 'Premium Reseller' évoluent de manière séparée », laissant, ainsi, entendre une réponse négative et qu'il perdrait probablement ses avantages s'il n'adhérait pas au programme APR. La plupart des APR ont reconnu avoir adhéré au programme APR en raison de son attractivité à cette époque et ont souligné l'absence

de négociation ayant prévalu à cette adhésion. C'est ainsi que la société Symbiose Informatique a exposé les raisons ayant motivé son choix d'opter pour le statut d'APR en ces termes : « une et seule raison : la politique de marge Apple, si vous ne le faites pas vous êtes mort » et les modalités de la négociation : « négocier quoi ? rien n'est négociable c'est à signer comme ça et en anglais. Point ».

2.L'absence de solutions alternatives pour les APR

1011. L'absence de solutions alternatives s'entend, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce, de l'impossibilité, pour un distributeur, de substituer à son fournisseur un ou plusieurs fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables, et dans des délais raisonnables.

1012. La recherche de conditions techniques et économiques comparables implique, en général, qu'il ne saurait être exigé d'un opérateur qu'il change totalement d'activité commerciale, ce qui entraînerait des délais et des coûts de reconversion excessifs. Les solutions de reconversion doivent donc être trouvées dans le même secteur d'activité, auprès d'un autre fournisseur, d'un poids équivalent.

1013. Or, les éléments du dossier permettent de mettre en évidence l'existence de limitations contractuelles à la reconversion des APR (a), l'absence d'alternatives économiques et techniques comparables (b), et la marge de manœuvre financière limitée des APR, qui rendait encore plus difficile l'adoption de toute solution alternative (c). Enfin, le statut d'AAR ne pouvait constituer cette alternative (d).

a. Les limitations contractuelles

1014. Il a été souligné plus haut que le contrat APR faisait de ces opérateurs les distributeurs quasi exclusifs de la marque Apple, avec une impossibilité de vendre des produits d'autres marques dans leurs magasins. La seule faculté pour eux de vendre des produits concurrents pendant la durée du contrat aurait donc été de les vendre dans des magasins généralistes distincts.

1015. Par ailleurs, il résulte de l'article 6.1 de ce contrat qu'ils ne pouvaient, pendant l'exécution du contrat, ouvrir des magasins dans leur zone de vente (à savoir l'Europe), dans lesquels ils vendraient en exclusivité des produits concurrents des produits Apple (voir supra, paragraphe 497).

1016. Enfin, à l'expiration du contrat, quelle qu'en soit la cause, il leur était également interdit pendant six mois d'ouvrir un point de vente en Europe, distribuant en exclusivité des produits concurrents. Il en résulte donc qu'ils ne pouvaient, pendant ce délai, s'affilier à un réseau de 206 distribution exclusif concurrent, à supposer qu'il en existât dans ce secteur (voir supra, paragraphe 498).

1017. Seul l'exercice d'une activité de revendeur généraliste leur aurait donc permis de vendre des produits concurrents d'Apple pendant cette période post-contractuelle de six mois.

1018. Or, une activité de revendeur généraliste en produits informatiques ne pouvait constituer une alternative à la distribution spécialisée des produits Apple. En effet, la plupart des APR sont des PME installées en centre-ville, où la demande généraliste est desservie par les grands retailers, tels la FNAC. Interrogé sur une éventuelle reconversion généraliste, le représentant de Corsidev a ainsi souligné qu'« il serait inconcevable de passer la boutique en point de vente informatique multi marque. Il n'y a pas le marché pour cela en centre-ville ».

1019. L'Autorité observe que ces dispositions contractuelles rendaient difficiles, non seulement la préparation d'une éventuelle reconversion des APR pendant la durée du contrat, mais aussi leur sortie du réseau APR, un délai incompressible de six mois venant limiter cette faculté de reconversion sur tout le territoire contractuel, à savoir l'Europe toute entière. Elles constituaient donc des contraintes juridiques pour se reporter vers d'autres débouchés

b. L'absence d'alternatives économiques et techniques comparables

1020. Indépendamment des conditions contractuelles, aucune solution alternative effective, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, ne permettait aux APR de substituer à Apple un ou plusieurs fournisseurs dans des conditions techniques ou économiques comparables. En effet, seule Apple exploitait un réseau de détaillants spécialisés en magasins physiques dédiés à sa marque propre sur tout le territoire national. Aucun fournisseur de taille comparable sur le marché national des produits électroniques ne détenait une marque ayant un portefeuille équivalent, une notoriété et une clientèle comparables et n'exploitait un réseau de détaillants spécialisés de dimension nationale.

1021. En outre, le niveau d'engagement requis des APR en matière de formation, de présentation et de commercialisation des produits en magasins spécialement aménagés aux normes Apple rendait impossible une solution de reconversion techniquement et économiquement équivalente à la relation contractuelle dans des délais raisonnables.

1022. En effet, l'aménagement des magasins aux normes Apple, obligatoirement confié à des fournisseurs recommandés par Apple, présentait une spécificité telle, que les meubles étaient inutilisables pour distribuer des produits d'autres marques.

1023. Si Apple soutient avoir financé 50 % de ce mobilier, il résulte de l'article 7 des « APR funding Guidelines » que même dans l'hypothèse, purement discrétionnaire, de ce soutien, le distributeur devait rembourser l'aide, s'il décidait de cesser son activité dans les 12 mois du versement de celle-ci, de sorte que le soutien d'Apple était limité et ne représentait, en toute hypothèse, selon les distributeurs, pas plus de 30 % du coût de ce mobilier.

1024. De même, la spécificité de la formation du personnel dans les produits Apple le rendait difficilement reconvertible dans la vente d'une marque concurrente dans des délais raisonnables. L'APR ActiMac a ainsi déclaré que le coût de cette formation était de l'ordre de plusieurs dizaines de milliers d'euros et qu'un changement de marque des produits distribués pourrait, en raison de la spécialisation poussée du personnel pour les produits Apple, « être considéré comme un changement significatif du contrat de travail (des) salariés et la société ActiMac pourrait en être tenue pour responsable et devoir supporter des coûts de licenciement ».

1025. Surtout, la sortie du réseau APR d'Apple aurait signifié la perte d'une clientèle attachée au fonds de commerce, fidèle à la marque (voir supra, paragraphe 495), et, par voie de conséquence, une perturbation irrémédiable dans leur fonctionnement, de sorte que, compte tenu également de leur situation financière et de leur marge de manœuvre limitée, une reconversion n'aurait pu, en tout état de cause, intervenir dans un délai raisonnable, sans remettre en cause leur viabilité. Cette situation est attestée par la plupart des APR interrogés pendant l'instruction. Ainsi, Acti MAC a-t-elle déclaré (page 18) : « Une reconversion vers d'autres produits nous obligerait à recruter une nouvelle clientèle, à communiquer massivement sur de nouveaux services et nouveaux produits, à recruter de nouvelles équipes et à réaménager nos espaces de vente. Autant dire tout recommencer à zéro. Un tel lancement pourrait prendre des mois avec un succès incertain ».

1026. Sur les 24 APR interrogés par les services d'instruction le 4 octobre 2012, la grande majorité ont confirmé qu'il leur était impossible, à la fin du contrat, de diversifier leur activité en s'orientant vers la vente de produits d'autres marques que la marque Apple, en raison notamment des exigences d'Apple en matière de présentation de ses produits en points de vente, de la formation de leurs revendeurs ou de l'attachement de leur fonds de clientèle à la marque Apple.

c. Une marge de manœuvre financière limitée

1027. Au regard de cette absence d'alternative effective susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, la marge de manœuvre financière limitée des APR rendait illusoire toute reconversion. En effet, les APR, même les plus importants d'entre eux, demeuraient des acteurs économiques de taille modeste, ce qui rendait plus difficiles de nouveaux investissements ainsi qu'une réorientation de leur activité. De plus, leurs niveaux de marge étaient limités : entre 2009 et 2013, environ la moitié des enseignes comprenant des APR présentaient un taux de résultat net inférieur à 1 % et environ 15 % seulement un taux de résultat net supérieur à 3 % sans jamais excéder le taux de 7,1 % (voir le paragraphe 350 ci-dessus). Enfin, il a été constaté (voir les

paragraphes 367 et suivants ci-dessus) que les investissements que les APR étaient tenus d'engager, ainsi que l'encadrement strict de l'ouverture de nouveaux points de vente qui restreignait leur activité, limitaient également leurs ressources.

1028. À ce titre, dans le cadre de l'instruction, les représentants de l'association des APR ont déclaré que « Le contrat actuel fragilise nos entreprises et ne nous permet plus d'investir ». De fait, un nombre élevé de revendeurs a connu des défaillances depuis la mise en place du programme APR en 2009. Cinq ont fait l'objet de procédures collectives. Six ont été radiés du registre de commerce en 2012 et en 2013. Pour apprécier le poids de ces défaillances dans le réseau APR, il est rappelé qu'en 2014, Apple comptait 22 revendeurs bénéficiant de ce statut. En 2017, le canal n'en comptait plus que 17.

1029. Il résulte de ce qui précède qu'il n'existait pas de solution alternative effective dans des conditions techniques et économiques comparables, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable, pour les APR.

1030. Tous ces éléments confirment l'état de dépendance économique dans lequel se trouvaient les APR vis-à-vis d'Apple.

d. Le statut d' « Apple Authorized Reseller » ou « AAR »

1031. La société Apple soutient que les distributeurs APR auraient pu opter pour un statut d'AAR, leur permettant de diversifier leur portefeuille de marques, tout en distribuant des produits Apple de façon non exclusive.

1032. Mais il convient de souligner que la seule alternative possible dans des conditions techniques et économiques comparables ne peut consister que dans la distribution spécialisée et quasi exclusive d'une marque concurrente. Il ne peut donc être considéré, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce, que cette alternative puisse être trouvée dans l'exercice d'un autre mode de distribution, non spécialisée, qui constitue de facto un système aux conditions techniques non comparables.

1033. Au surplus, il a été vu au paragraphe 1018 ci-dessus que l'ouverture d'un point de vente généraliste pour remplacer un APR ne constituait pas une alternative économique et technique comparable.

1034. En outre, à supposer qu'une distribution non spécialisée puisse satisfaire les conditions de l'article susvisé, le statut d'AAR ne pouvait être considéré comme une alternative technique et économique comparable au programme APR.

1035. En premier lieu, le programme APR offrait des avantages relatifs à l'usage de la marque et à l'octroi de diverses remises que ne présentait pas le statut d'AAR.

1036. En effet, les APR sont des sociétés qui, ayant adopté l'« Apple Authorized Reseller Agreement », sont déjà AAR, et qui ont, au surplus, adhéré au programme APR, en adoptant un addendum spécifique (« Apple Premium Reseller Program Addendum to Apple Authorized Reseller Agreement »). Ce programme APR faisait de ces entreprises des distributeurs agréés par Apple selon des critères sélectifs et leur permettait de bénéficier de la marque Apple, en échange de quoi Apple agréait leurs locaux et imposait un aménagement spécifique de leur boutique. Il leur permettait en outre de bénéficier d'un programme de remises énumérées dans les « Channel Terms - Apple Premium Reseller ». Ce sont ces avantages qui ont été mis en avant par Apple lors de la constitution du réseau APR et qui distinguent les APR des AAR purs et simples. Apple reconnaît dans ses observations en 209 réponse au rapport que les conditions tarifaires dont bénéficient les APR sont « particulièrement avantageuses », par rapport aux AAR (paragraphe 979). Elle souligne également que « les APR bénéficiaient de meilleures conditions de paiement vis-à-vis d'Apple et de leurs clients que les AAR (...) » (paragraphe 1004 de ses observations).

1037. Le statut d'AAR ne saurait, dès lors, par construction, constituer une alternative comparable au statut d'APR.

1038. En second lieu, il n'est pas établi que l'activité d'AAR serait aussi rentable que celle d'APR.

1039. Il ressort au contraire de la comparaison des taux de marge entre APR et AAR présentée dans l'étude économique versée aux débats par Apple, que selon « plusieurs indicateurs de retour sur les capitaux investis, les APR sont généralement plus rentables que les entreprises AAR », qu'il s'agisse du ratio CA net/taille actif, EBE/fonds propre ou résultat net d'exploitation /fonds propres.

1040. De plus, la sortie d'un contrat APR pour conclure un contrat AAR serait également de nature à entraîner des coûts, comme vu supra, relatifs aux investissements irrécupérables exposés plus haut (aménagement du magasin aux normes Apple, meubles, formation), difficiles à supporter par des opérateurs aux marges faibles.

1041. Donc, le fait pour un APR de pouvoir opter pour le régime AAR ne constituait pas une alternative technique et économique comparable, de nature à remettre en cause la dépendance des APR vis-à-vis d'Apple.

1042. Ces constatations sont corroborées par les déclarations d'eBizcuss qui décrivait ainsi les conséquences d'un passage au statut d'AAR : « Nous serions passés immédiatement dans une exploitation négative en quittant le statut d'APR. En effet, les différences de ristournes entre le statut d'APR et l'AAR sont très importantes (pouvant aller du simple au double) ».

3. Sur l'exploitation abusive de la situation de dépendance économique

1043. Afin d'établir l'exploitation abusive, par Apple, de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvaient ses revendeurs APR, la notification de griefs a identifié un ensemble de règles et comportements mis en œuvre par Apple qui, pris ensemble, constituent un abus en restreignant de manière anormale et excessive la liberté commerciale des APR.

1044. Il s'agit notamment de difficultés d'approvisionnement, de traitements discriminatoires, d'instabilité des conditions de rémunération de leur activité (remises et encours), et de mise en œuvre discrétionnaire de certaines règles. Ces éléments impactent directement l'activité des APR au-delà de ce qu'un acteur économique peut raisonnablement attendre d'un partenaire commercial et instaurent un déséquilibre dans leurs relations avec Apple.

1045. Selon Apple, les comportements reprochés ne sont ni anormaux ni excessifs et, ainsi, ne constituent pas un abus de dépendance économique.

1046. S'agissant des conditions d'approvisionnement des APR, Apple indique que si les difficultés d'approvisionnement existent, elles sont liées à des contraintes objectives et peuvent affecter différemment les différents canaux de distribution : Apple précise que ses canaux internes (et les « Retailers ») disposent de fortes capacités de stockage et d'outils de prévision dont ne disposent pas les APR. Les allocations visaient précisément à répartir les volumes en cas de contrainte, et en particulier, au bénéfice des APR. Apple ajoute que si la règle du « First In First Out » (ou « FIFO ») avait été appliquée, les plus gros acteurs (« Retailers ») en auraient profité au détriment des petits acteurs (APR).

1047. S'agissant des remises, Apple souligne que la faculté de modifier les conditions générales et, par voie de conséquence, les remises est stipulée à l'article 8 des « sales policies » [ou règles de vente], applicables à l'ensemble des vendeurs agréés Apple. Interdire la possibilité de faire évoluer les conditions contractuelles reviendrait à réguler la politique commerciale d'Apple et contreviendrait à sa liberté d'entreprendre.

1048. Apple expose par ailleurs que les APR bénéficient de conditions plus favorables que les autres distributeurs Apple, à travers des remises permanentes (remise fonctionnelle, remise de développement marketing, ristourne performance, ristourne de couverture géographique et remise escompte) ou d'autres types d'avantages (budgets de campagnes marketing, opération de recyclage et mécanisme de « price protection » [ou protection du prix]).

1049. Les APR disposeraient en outre d'une large visibilité sur l'obtention des remises : les remises, fonctionnelles et de développement marketing, sont acquittées sur facture, donc prévisibles. Citant son rapport

économique, Apple estime enfin qu'il n'y aurait aucun lien entre les modifications contractuelles et la baisse des marges des APR, lesquelles auraient d'ailleurs eu tendance à augmenter, en particulier depuis l'arrivée des ARS.

1050. Apple ajoute que lesdites remises ne sont ni discrétionnaires, ni subjectives. Tout d'abord, « il n'existe aucune obligation pour Apple de construire un système de remises reposant uniquement sur des critères objectifs appliqués de façon non discriminatoire ou discrétionnaire ». De plus, économiquement, lorsque certains aspects de la performance d'un détaillant ne peuvent faire l'objet d'une évaluation quantitative objective, l'octroi de remises comprenant une part de subjectivité serait efficace. Enfin, les remises appliquées à la discrétion d'Apple seraient marginales (seules les remises développement marketing et performance, soit au maximum un taux de 2,8 %, seraient concernées), les autres étant conditionnées à la réunion de critères précis, vérifiée lors des audits merchandising.

1051. S'agissant, enfin, du niveau des encours et des délais de paiement, Apple estime que les APR peuvent s'approvisionner auprès des grossistes s'ils ne sont pas satisfaits des conditions proposées par Apple. Les délais de paiement d'Apple seraient par ailleurs parfaitement conformes aux obligations légales. Enfin, selon Apple, « les services d'instruction ne démontrent pas en quoi une modification par Apple du niveau des encours et des délais de paiement serait constitutive d'un abus. En effet, rien n'obligeait Apple à maintenir ses conditions d'encours et ses délais de paiement ».

1052. Toutefois, dans des circonstances économiques et juridiques marquées par une forte immixtion d'Apple dans la politique commerciale de ses distributeurs et de dépendance des APR vis-à-vis d'Apple, les difficultés d'approvisionnement qu'ont subies les APR ont constitué une pratique d'abus de dépendance économique, renforcée par les incertitudes sur les remises auxquelles ils pouvaient prétendre.

a. Les circonstances économiques et juridiques entourant la pratique d'abus reproché

1053. Apple a mis en place un système de distribution qu'elle qualifie d'ouvert. Elle n'a donc pas opté pour un système de distribution sélective ou exclusive, ni pour un système de franchise.

1054. Pourtant, son système de distribution emprunte en partie les caractéristiques de chacun de ces systèmes, en termes d'obligations pour les distributeurs, sans toujours en présenter pour eux la contrepartie.

1055. Les distributeurs sont choisis selon des critères de sélection, qui les apparentent aux distributeurs agréés d'un réseau de distribution sélective. Toutefois, les distributeurs ne sont pas protégés de la vente hors réseau, puisqu'en théorie, tout distributeur peut vendre les produits Apple.

1056. Les distributeurs sont par ailleurs astreints à des obligations très fortes en termes de présentation de la marque, étant notamment tenus d'acheter du mobilier à prix élevé auprès d'Apple elle-même (paragraphe 372 ci-dessus), en contrepartie de la mise à disposition de celle-ci (paragraphe 367 et suivants ci-dessus), mais ne profitent d'aucune exclusivité sur leur zone de chalandise, sur laquelle un Apple Store peut venir s'installer à tout moment.

1057. Ils sont, en outre, tenus de vendre les produits Apple à hauteur de 75 % de leur assortiment, compte tenu des stipulations contractuelles rappelées aux paragraphes 996 à 1000 ci-dessus.

1058. Leur implantation est également contrôlée par Apple, étant soumis à une autorisation préalable d'Apple pour investir dans de nouvelles surfaces de vente destinées à avoir le statut APR (paragraphe 392 et suivants ci-dessus).

1059. Si les contraintes d'exploitation que fait peser Apple sur ses revendeurs existent depuis le lancement du programme APR (le 30 octobre 2006), elles ont encore été accrues à partir de l'ouverture de l'« Apple Online Store » [magasin en ligne] et des « Apple Retail Stores » [magasins physiques], c'est-à-dire à compter de 2008-2009, et sont devenues de plus en plus fréquentes et lourdes de conséquences sur l'activité des APR, ainsi que ceux-ci l'ont souligné devant les services d'instruction.

1060. Dans ce contexte général restrictif, les APR ont subi des contraintes supplémentaires, constitutives de pratiques abusives, tant au niveau du volume de leur approvisionnement que des conditions commerciales consenties par Apple.

b. Les difficultés d'approvisionnement

1061. Ces difficultés ont été permises par des clauses contractuelles. Mais l'abus résulte des pratiques attestées par les déclarations des APR, versées au dossier.

⊗ Les clauses contractuelles

1062. Il convient de rappeler que l'« addendum APR », signé par les APR titulaires d'un contrat AAR, contient des clauses restrictives, relatives à l'approvisionnement des distributeurs.

1063. En premier lieu, la liste des produits Apple que les distributeurs sont habilités à distribuer peut être modifiée à tout moment par Apple, sans préavis.

1064. Selon l'article 4.2 de l'« Apple Authorized Reseller Agreement », « Le revendeur ne bénéficiera des avantages d'Apple que pour la catégorie de produits Apple pour laquelle il a reçu l'autorisation d'Apple. Apple peut, à sa seule discrétion, autoriser le Revendeur en ce qui concerne une catégorie de produits Apple supplémentaire, en délivrant une autorisation de produit Apple supplémentaire. En vendant cette catégorie de produits Apple, le revendeur accepte toutes les obligations relatives à cette catégorie de produits » (traduction libre, soulignement ajouté).

1065. L'article 5.3 du même contrat stipule : « Apple se réserve le droit de supprimer ou d'ajouter des produits aux listes de prix revendeurs Apple, de restreindre ou de limiter les produits à la commande et de modifier les conditions générales et l'étendue de l'autorisation du revendeur à tout moment et sans préavis. Apple aura le droit de restreindre l'accès du revendeur aux produits Apple jusqu'à ce qu'il détermine qu'il se conforme à toutes les modifications apportées aux conditions générales » (traduction libre).

1066. En deuxième lieu, il a été souligné plus haut qu'Apple peut, à sa seule discrétion, modifier les allocations de produits et privilégier ses propres boutiques par rapport aux revendeurs APR.

1067. En effet, selon les dispositions de l'article 5.4 de l'« Apple Authorized Reseller Agreement », « Apple peut attribuer des produits à sa seule discrétion et sans engager sa responsabilité envers le revendeur. Le revendeur reconnaît qu'Apple peut choisir d'attribuer des produits à ou entre ses propres boutiques de vente au détail et sur le Web, ses clients directs, ses clients du secteur de la formation, ses territoires de vente, d'autres revendeurs ou d'autres canaux de vente, avant le revendeur, et que l'exécution par Apple des commandes de revendeurs peut être retardée ».

1068. Enfin, il est prévu qu'Apple peut annuler toute commande qu'elle a préalablement acceptée, rejeter ou modifier une commande, le distributeur ayant un délai de 7 jours pour confirmer la modification, et réaliser des approvisionnements au compte-goutte.

1069. Enfin, le mécanisme du « fast ship program », mis en œuvre par Apple pour le lancement de nouveaux produits, laisse les APR adhérents au « fast ship program addendum » dans l'ignorance des produits concernés jusqu'à la veille de leur lancement, ainsi que des quantités qui leur seront livrées. Les lancements de produits étant fréquents, les revendeurs transmettent chaque trimestre un bon de commande ouvert à Apple. Les APR doivent ensuite attendre le feu vert d'Apple pour vendre les produits concernés et ne peuvent accepter de précommandes.

⊗ Les pratiques attestées

1070. La plupart des revendeurs APR ont déclaré rencontrer régulièrement des problèmes de livraison, particulièrement lors du lancement de nouveaux produits ou en période de fin d'année (voir les paragraphes 503

à 507 ci-dessus). Ils ont été confrontés à des restrictions d'approvisionnement, du fait de la politique d'allocation des clients mise en œuvre par Apple, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses grossistes.

1071. Certaines références se sont avérées totalement indisponibles (voir les paragraphes 507, 515 et 524 ci-dessus).

1072. Lors du lancement de nouveaux produits, les APR se sont souvent trouvés privés de stocks (voir le paragraphe 515 ci-dessus) de sorte qu'ils n'ont pu répondre aux commandes qui leur étaient faites (voir le paragraphe 523 ci-dessus), tandis que le réseau des Apple Stores et les 214 « Retailers » étaient régulièrement approvisionnés (voir les paragraphes 512 à 526 ci-dessus).

1073. Il en est résulté pour eux la perte de clients, y compris de clients habituels (voir le paragraphe 523 ci-dessus).

1074. Ils ont même parfois été contraints, pour répondre à une commande, de s'approvisionner eux-mêmes auprès des autres canaux de distribution, tels les ARS (voir le paragraphe 525 ci-dessus).

1075. Ces difficultés résultaient de la volonté d'Apple de privilégier son réseau en propre, par internet ou dans les magasins « Apple Store » (voir le paragraphe 518 ci-dessus), démontrée par l'interdiction faite aux APR de réaliser des précommandes, alors que les clients des APR recevaient des mails directement d'Apple pour précommander en ligne directement auprès de l'« Apple Store » (voir le paragraphe 521 ci-dessus).

1076. Les éléments recueillis dans le cadre du dossier montrent qu'Apple a principalement privilégié ses canaux internes au détriment de l'approvisionnement de ses revendeurs APR, mais beaucoup de produits Apple indisponibles chez les APR étaient également vendus dans les autres circuits (retailers), et pas seulement dans le réseau des « Apple Stores » (voir les paragraphes 250 à 257 et 512 à 525 ci-dessus).

1077. Cette différence de traitement a été également constatée dans la mise en œuvre du « fast ship program », consacré au lancement de nouveaux produits, les « Apple Stores » bénéficiant de davantage d'informations que les APR, alors que ces derniers n'avaient aucune visibilité sur ces programmes, ignorant les modèles concernés, les quantités et les prix des produits qui leur seraient imposés. Cette absence de visibilité sur les nouveaux produits à distribuer était d'autant plus dommageable pour les APR que leur clientèle spécifique est « fan de nouveautés ». Par ailleurs, il en résultait parfois un surstockage de produits (paragraphe 326).

1078. Un APR a ainsi déclaré : « Nous ne savons jamais quand un nouveau produit va être lancé, en général il y a des rumeurs (...) En dehors des iPad et iPhone, les lancements de produits ne sont pas annoncés. Pour les autres produits il n'y a pas d'annonce, nous sommes en général informés par la presse, ou nous pouvons déduire qu'il va y avoir une annonce produit lorsque certains APPLE STORE vont annoncer un lancement de nouveau produit (...). Pour les iPad nous n'avons pas le droit de communiquer autour du lancement ».

1079. Apple n'a pas justifié cette différence de traitement dans la mise en œuvre du « fast ship program ». En tout état de cause, à supposer qu'elle ait voulu préserver le secret dans le lancement de ses nouveaux produits, elle disposait de moyens moins attentatoires à la liberté commerciale de ses partenaires APR, tels l'usage de clauses de confidentialité.

1080. Il résulte de ce qui précède, qu'alors que les « Apple Stores » et les APR étaient présentés comme des distributeurs spécialisés directement concurrents et offrant des services en grande partie identiques, ces retards et défauts de livraison récurrents, l'interdiction de réaliser des précommandes et la dissymétrie d'informations dans la mise en œuvre des « fast ship programs » ont constitué, pour les APR, un désavantage dans la concurrence, de nature à les priver de crédibilité par rapport à leurs clients. C'est ainsi que le PDG d'eBizcuss a déclaré aux services d'instruction que la moitié de ses clients « auraient été perdus par eBizcuss du fait de l'absence de stock pour les produits qu'ils recherchaient ». De même, le représentant d'Acti Mac, autre APR, a souligné : « Étant régulièrement alimentés de manière minimaliste, nous ne pouvons nous engager à livrer nos clients qui, de guerre lasse, finissent par ne même plus nous solliciter en commandant soit sur le Store, soit en allant dans l'ARS le plus proche ».

1081. Un arrêt de la Cour de justice, du 16 septembre 2008, relatif à des restrictions d'approvisionnement opposées par un opérateur dominant à des distributeurs, prévoit qu'une entreprise en position dominante peut, sans se voir reprocher d'abus, prendre des mesures raisonnables et proportionnées à la nécessité de préserver ses propres intérêts commerciaux légitimes. Elle peut donc opposer un retard ou un refus de livraison à un distributeur, dès lors que ce retard ou ce refus est justifié par des raisons objectives, telles une rupture de stock, l'impécuniosité du distributeur ou encore le caractère « anormal » de la commande. A fortiori, un fabricant qui assure la quasi-exclusivité de l'approvisionnement d'un distributeur en situation de dépendance économique par rapport à lui doit-il justifier ses retards et refus de livraison par des raisons objectives, le distributeur n'ayant d'autre choix que de s'approvisionner auprès de lui.

1082. Or, en l'espèce, Apple n'a pas même pris le soin d'en indiquer le motif à ses distributeurs APR (voir les paragraphes 507 et 514 ci-dessus).

1083. La seule justification avancée par Apple consiste aujourd'hui à évoquer sa politique de « fair share » dont il a été exposé plus haut qu'elle recouvrait en réalité une pratique anticoncurrentielle de partage de clients. Il a en effet été considéré que le mécanisme d'allocations mis en place par Apple à l'égard de ses grossistes était restrictif de concurrence, car il empêchait, notamment, les distributeurs de choisir leurs sources d'approvisionnement, celles-ci étant choisies par Apple elle-même. Les pratiques consistant pour Apple à fixer le nombre de produits livrés à ses revendeurs et à répartir les allocations, souvent sans prendre en compte l'expression réelle de leurs besoins, ont conduit à un approvisionnement irrégulier ou à l'absence de livraison de ceux-ci pendant plusieurs années.

1084. Il n'est pas établi que ces retards ou refus d'approvisionnement aient été la conséquence de ruptures de stocks, les différents témoignages des APR démontrant au contraire que les produits étaient disponibles dans les « Apple Stores », sur l'« Apple Online Store » et chez les « Retailers ». Aucun autre motif, tiré de l'impécuniosité du distributeur ou du caractère anormal des commandes, n'est par ailleurs avancé. Ce traitement discriminatoire des APR était d'autant plus grave pour ceux-ci que leur situation particulière à l'égard du fabricant nécessitait un approvisionnement plus régulier, sauf impossibilité matérielle dûment démontrée. En effet, les APR, d'une part, sont des opérateurs indépendants commercialement, contrairement aux « Apple Stores », et doivent acheter la marchandise pour pouvoir exercer leur activité de distribution. D'autre part, ils sont contraints de s'approvisionner en produits Apple et sont placés sous sa dépendance économique, contrairement aux « Retailers », qui exercent une activité de distribution généraliste et ne sont pas dans une position de dépendance par rapport à Apple.

1085. Le niveau d'activité et la viabilité économique des revendeurs APR, obligés de vendre 70 % de leurs produits sous marque Apple, dépendaient des volumes de ventes réalisés en aval, à partir de leur approvisionnement, en amont, en produits Apple. Or, l'instruction montre que leur activité a été contrainte par les difficultés d'approvisionnement qu'ils ont rencontrées auprès d'Apple ou de ses grossistes agréés.

1086. Apple ne peut à cet égard justifier cette différence de traitement par l'existence de périodes de contrainte qu'elle avait elle-même générées par une politique volontairement malthusienne de lancement et d'approvisionnement des produits. Cette stratégie est illustrée par Acti Mac, selon lequel « Apple organise une certaine pénurie sans pour autant pénaliser ses réseaux de distribution propres ».

1087. En outre, les refus et les retards d'approvisionnements, totalement discriminatoires et aléatoires, et soumis à la seule discrétion d'Apple, ne pouvaient que créer un climat d'incertitude de nature à détériorer les résultats des APR et à limiter leur capacité à investir, ce qu'Apple reconnaît d'ailleurs elle-même.

1088. Enfin, il n'est par ailleurs pas établi que les APR auraient été mieux approvisionnés, grâce à la politique de « fair share » mise en œuvre par Apple qu'en son absence, contrairement aux allégations d'Apple. En effet, il résulte au contraire des éléments du dossier que la plupart des interventions d'Apple consistaient à exiger des grossistes qu'ils livrent en priorité les APR indirects, par rapport aux APR directs, dont Apple se réservait la clientèle pour elle-même ; par contre, les cas où elle demandait aux grossistes d'approvisionner les APR en priorité par rapport aux retailers sont beaucoup plus rares. Enfin, il a été vu plus haut et il ressort des déclarations

de la plupart des APR qu'ils ont ressenti très durement les périodes dites de « contrainte ».

1089. Au regard de ces seuls éléments, il apparaît que les comportements d'Apple ayant consisté, de façon récurrente et continue, à retarder des livraisons ou à refuser d'approvisionner ses distributeurs APR, ainsi qu'à les désavantager par rapport à son réseau intégré, les ont empêchés de développer leur activité de distributeurs dans des conditions normales.

1090. Cette politique d'approvisionnement irrégulière et désavantageuse, non justifiée par des éléments objectifs, revêt un caractère d'anormalité et constitue une pratique abusive.

c. Les incertitudes sur le prix des produits achetés

1091. Maintenus dans l'incertitude sur le volume de leur approvisionnement, les APR l'étaient également sur les conditions des remises pratiquées par Apple.

1092. Il résulte en effet des constatations opérées plus haut (voir le paragraphe 450 ci-dessus), que le système de remises consenties aux APR présentait un caractère imprévisible et se prêtait à une application discrétionnaire, de sorte qu'il était source d'incertitudes s'agissant du montant des remises, qui s'ajoutaient à l'incertitude sur leurs livraisons.

1093. Compte tenu du poids important et croissant des remises dans la profitabilité des APR et dans leur capacité à dégager une marge positive, cette imprévisibilité du système de remises, découlant des clauses contractuelles et de leurs conditions de mise en œuvre, est constitutive d'abus.

⊗ Une imprévisibilité résultant de l'instabilité des conditions contractuelles

1094. Il a été vu supra aux paragraphes 442 à 444 qu'en vertu de l'article 5 du Contrat APR, les termes du contrat et de ses avenants sont susceptibles de faire l'objet d'une modification par Apple à tout moment, sous réserve du respect d'un préavis d'un mois. Les APR interrogés dans le cours de l'instruction ont, dans leur grande majorité, souligné qu'ils ne disposaient quasiment d'aucune marge de négociation avec Apple⁷⁸¹, recevant, sans préavis, du fabricant, les différents avenants en langue anglaise et devant les signer sans pouvoir en discuter.

1095. Apple peut aussi, de manière discrétionnaire, exclure tout produit de l'assiette des remises, selon les dispositions de l'article 4.1, d) des « Chanel Terms ».

1096. Apple modifie ainsi unilatéralement, de manière régulière, les modalités d'obtention des remises et ristournes, par l'intermédiaire des contrats dits « New Deals ».

1097. C'est ainsi que, depuis 2005, quatre versions différentes des « New Deals » se sont succédées pour les « Resellers » : le « New Deal 3 » (ND 3) d'avril 2005 à juin 2008, le « New Deal 4 » (ND 4 de juillet 2008 à mars 2011), le « New Deal 5 » (ND 5 d'avril 2011 à mars 2013) et le « New Deal 6 » (qui est entré en vigueur à compter d'avril 2013⁷⁸⁵). Selon ces différentes versions, les critères changent, et la modulation de chacun dans l'octroi des remises varie.

1098. Il résulte de cette évolution dans le temps une complexification des règles applicables et une absence de visibilité sur la pérennité des marges des revendeurs que la grande majorité des APR ont confirmées dans leurs déclarations aux services d'instruction (voir paragraphes 450 à 456).

1099. Contrairement à ce qui est prétendu par Apple, la circonstance que les clauses de révision des contrats aient été signées par les APR est dépourvue de portée, dès lors qu'est en cause ici l'imprévisibilité résultant, pour les APR, des modifications fréquentes des contrats. ⊗ Les critères d'octroi des remises et leur contrôle, se prêtant à une application discrétionnaire

1100. Il a été vu plus haut que certaines remises sont explicitement octroyées « à la discrétion d'Apple », comme la remise développement marketing (« Marketing Development Fund » ou « MDF ») (voir les paragraphes 407 à 409 ci-dessus), au titre des actions marketing et de développement des ventes de Mac, iPod et Apple TV (de

0,8 %) ou la ristourne qualité APR

ou remise performance (« Perf rebate »), au titre des performances dans la vente d'ordinateurs Mac et de iPod (voir les paragraphes 411 à 414 ci-dessus).

1101. Apple se réserve ainsi la possibilité d'accorder ou de refuser certaines remises alors même que les critères seraient ou non remplis. Même si ces remises ne constituent pas les remises les plus importantes, leur impact peut toutefois être non négligeable sur la marge des APR, au regard du niveau moyen de cette dernière.

1102. Par ailleurs, l'octroi de remises et ristournes par Apple dépend d'évaluations effectuées par Apple, sur la base de critères se prêtant à une appréciation subjective et non transparente, évalués lors d'audits ou de visites mystères (voir les paragraphes 428 à 434 ci-dessus).

1103. L'octroi de la remise la plus importante, la remise fonctionnelle, est subordonnée à la réalisation d'un audit d'évaluation, réalisé au moins tous les six mois, qui détermine le taux de remise. Les critères définis dans les « Channel terms », à savoir « la qualité de la localisation du point de vente, la compétence et l'expertise du personnel, la disponibilité des logiciels et des solutions Apple et l'offre aux clients finals » sont déclinés en un questionnaire de 109 questions, qui débouchent sur un score, le « Reseller Evaluation Tool » (« RET ») [ou outil d'évaluation du revendeur] réalisé par un auditeur. Les critères et leur modulation peuvent être modifiés à tout moment par Apple, sous réserve d'un court préavis de 30 jours, et sur la base d'inspections semestrielles qui peuvent, à la discrétion d'Apple, être plus fréquentes.

1104. Les informations sur le « RET » ne sont données qu'à la seule discrétion d'Apple, et à la condition que les demandes soient « raisonnables ». Apple ne verse aux débats aucune pièce de nature à établir une transparence des audits. La circonstance que la réalisation de ceux-ci soit déléguée à des sociétés tierces est à cet égard sans incidence.

1105. Il résulte de ces dispositions une forte incertitude sur les taux de la remise fonctionnelle, illustrée par Apple elle-même dans ses observations au paragraphe 963 : « dans le cadre du New Deal 5 (2011-2013), si le point de vente est noté BEST, l'APR obtient une remise de 4 % tandis qu'elle est de 2 % s'il est noté BETTER », sans que ces qualificatifs soient davantage explicités.

1106. De même, l'octroi de la remise performance, dont le poids dans la marge commerciale théorique (i.e., basée sur le prix public d'Apple) s'est accru, repose sur l'évaluation effectuée par un « client mystère », dont certains critères se prêtent à une évaluation discrétionnaire, tels que la qualité de l'« expérience du consommateur en magasin ». Les APR se sont d'ailleurs plaints de cette situation à de nombreuses occasions.

1107. Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la subjectivité des critères ouvrant droit aux remises, les APR se trouvaient dans une situation d'insécurité et ne pouvaient généralement pas prévoir le taux de remise dont ils allaient bénéficier.

⊖ L'importance croissante des remises dans la marge des APR

1108. Ces remises, largement imprévisibles, compte tenu des modifications contractuelles fréquentes et de leur condition d'octroi, ont pris une part croissante dans la marge des APR, en raison de l'érosion du différentiel entre les prix de gros et les prix de détail mentionné au paragraphe 362 ci-dessus. Les services d'instruction ont ainsi constaté qu'entre le « New Deal 3 » et le « New Deal 4 », le poids des remises dans la marge commerciale nette théorique des APR était passé de 67,5 % à 78,5 %.

1109. Or, il a été établi plus haut (voir le paragraphe 902 ci-dessus) que toute réduction des remises était de nature à impacter la marge de distribution des revendeurs, d'autant que cette marge hors remises était faible.

1110. Cette incertitude sur le montant des remises venait encore renforcer, sur les APR, l'impact négatif de l'incertitude résultant des livraisons irrégulières mentionnée plus haut.

1111.Tenus dans l'incertitude sur leurs conditions d'approvisionnement et leurs conditions tarifaires et commerciales, les APR ne pouvaient prévoir leur niveau d'activité et de rentabilité.

1112.L'abus de dépendance économique relatif aux conditions d'approvisionnement est donc renforcé par celui résultant des conditions d'octroi des remises.

1113.Contrairement à ce que soutient Apple (paragraphe 981 à 988), il ne lui est pas reproché la stabilité, voire le léger déclin, de la marge des APR pendant la période examinée, ni sa structure tarifaire, mais le caractère imprévisible des remises, qui, compte tenu de leur part croissante dans cette marge, venait encore plus obérer la visibilité des APR sur leur pérennité économique.

1114.Enfin, à l'inverse de ce qui est soutenu par Apple, les critères d'un abus de position dominante en matière de remises définis par l'arrêt Michelin, peuvent être transposés aux abus de dépendance, même si la concurrence n'est pas affectée de la même façon dans les deux cas. Si, dans certains cas, une politique de remise peut permettre à un opérateur en position dominante d'exercer une pression forte sur un revendeur afin qu'il ne s'approvisionne pas auprès de son concurrent, dans d'autres, elle peut également permettre à un opérateur qui tient un revendeur sous sa dépendance économique de le maintenir dans une situation d'incertitude qui vient encore plus réduire son autonomie commerciale par rapport à lui, déjà restreinte par la situation de dépendance elle-même. 4.Sur l'affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence

1115.Selon Apple, il n'est pas démontré que les pratiques auraient eu un impact sur le marché dans son ensemble. Elle indique, à cet effet, que « le canal des APR, s'il constitue un élément central de la stratégie d'Apple dans la mesure où il permet à Apple de présenter ses produits dans un cadre premium à des consommateurs à la recherche de conseils de spécialistes de la marque, reste toutefois relativement marginal en termes de ventes par rapport aux autres canaux de distribution de produits Apple», puisqu'il ne représente que 11 % des ventes de produits Apple. Il n'y aurait donc aucun effet sur la concurrence intra-marque : « (...) il est manifestement impossible que les difficultés commerciales, voire la disparition de certains APR (qui ne sont nullement le fait d'Apple comme il sera démontré ci-après) aient pu avoir le moindre effet sur la concurrence intra-marque dans la mesure où les consommateurs peuvent toujours bénéficier d'offres alternatives de la part de nombreux opérateurs présents sur l'ensemble du territoire ».

1116.Par ailleurs, Apple estime que le canal APR n'aurait cessé de se renforcer, grâce à ses investissements depuis 2010 et que « Le dynamisme des APR ressort également du hautniveau de rémunération que génère les APR. (...) les APR sont dans l'ensemble largement plus performants que les AAR mais plus encore, plus performants qu'un grand nombre d'entreprises du CAC 40 ».

1117.Enfin, Apple expose que la situation des APR est contrastée et hétérogène, et que leur marge est positive, ce qui exclurait tout abus (voir les points 1072 des écritures d'Apple). Elle s'appuie sur une étude économique pour démontrer que l'abus allégué n'aurait eu aucun effet. Elle prétend que les difficultés des APR ne seraient pas liées à ses pratiques, mais à la situation générale du marché et à une crise de croissance des APR, voire à des fautes de gestion de certains, s'agissant notamment de la société eBiszcuss.

1118.Mais, en premier lieu, il n'est pas nécessaire pour retenir une méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce, de démontrer une affectation effective de la concurrence, mais seulement une affectation potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. Au surplus, il n'est pas exigé que les pratiques d'abus de dépendance économique aient eu un impact sur le marché dans son ensemble.

1119.Il apparaît que les pratiques d'abus susvisées ont limité l'autonomie et la liberté commerciale des APR, dans des proportions excessives. Tenus dans l'incertitude sur les quantités livrées et les remises d'Apple, les APR ne pouvaient avoir une appréhension globale de leur situation commerciale. Cette incertitude a nécessairement affaibli leur capacité à exercer une pression concurrentielle sur les autres distributeurs d'Apple, tels que les « Retailers », ou les « Apple Stores » ou encore l'« Apple Online Store » et ainsi, une concurrence effective dans la distribution de produits de marque Apple.

1120. En outre, le traitement discriminatoire qu'Apple leur a fait subir par rapport à ses canaux internes de distribution, en ce qui concerne l'approvisionnement des produits de sa marque, a réduit leur capacité à animer la concurrence intra-marque avec les distributeurs spécialisés les plus semblables à eux, à savoir les « Apple Stores », en particulier en diminuant leur compétitivité vis-à-vis des « Apple Stores » et de la vente directe en ligne par Apple. En effet, le modèle de distribution représenté par les APR, qui était le plus proche de celui des « Apple Stores », était susceptible d'exercer une attractivité particulière auprès d'une partie de la clientèle Apple, en raison du niveau de service proposé à celle-ci.

1121. Donc, en limitant cette compétitivité, les pratiques ont limité l'émulation concurrentielle, propre à faire émerger de nouveaux services de proximité à destination des consommateurs (conseil à l'achat, démonstration des produits, livraison à domicile, pré installation de logiciels), en dehors de la concurrence par les prix (déjà atténuée sur 50 % de la distribution de détail de produits Apple, du fait de l'absence de concurrence en prix entre le canal direct d'Apple et les APR organisée par la pratique d'entente décrite plus haut). Cette limitation de choix est d'autant plus dommageable pour la concurrence que certains consommateurs considèrent les produits Apple comme faiblement, voire non substituables aux produits concurrents (voir les paragraphes 494 et suivants).

1122. Dès lors, la circonstance que les APR n'aient représenté que 11 % de la vente au détail des produits Apple au moment des faits, ceux-ci ne représentant eux-mêmes que 26 % du marché national des produits informatiques et électroniques, ne prive pas ces pratiques d'effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence. Par l'abus de dépendance reproché, Apple a porté atteinte à l'indépendance et à la liberté commerciale d'opérateurs assurant la distribution de 11 % de produits de sa marque et s'est octroyé le contrôle de ces distributeurs indépendants. En outre, aucun seuil en termes de parts de marché n'est fixé pour évaluer les effets potentiels d'un abus de dépendance économique.

1123. Ainsi, les désavantages subis par les APR du fait de l'abus de dépendance économique dont ils ont été victimes ont pu particulièrement atténuer la concurrence entre les APR et les « Apple Stores », qui constituent un canal de vente différencié des autres distributeurs. L'affaiblissement de ce créneau de distribution a affecté le fonctionnement de la concurrence intra-marque des produits de marque Apple, ainsi que certains APR l'ont d'ailleurs déclaré (voir paragraphe 1080).

1124. En deuxième lieu, le réseau APR ne continue pas à croître, contrairement à ce qu'indique Apple.

1125. Le nombre d'APR a diminué pendant la période étudiée, comme la figure 23 de l'étude économique d'Apple en réponse à la notification de griefs l'atteste. De 58, début 2011, ils passent à 50, fin 2016, une diminution importante étant observée en 2012 et 2013. Les ouvertures d'APR ont également diminué et sont, particulièrement en deuxième période de l'intervalle étudié, le fait d'enseignes déjà présentes sur le segment des APR – et incitées à y rester par les obstacles au changement de modèle de distribution – et non le fait de l'arrivée de nouveaux entrants. Enfin, les suppressions de points de vente APR relèvent en majorité de fermetures, caractérisant les difficultés économiques de ces revendeurs.

1126. Comme indiqué au paragraphe 90 de la présente décision, les APR constituent le canal de distribution le moins développé au sein du système de distribution mis en place par Apple. Au cours du temps, leur part de marché a régressé, tant en valeur qu'en volume, alors que, dans le même temps, seuls les canaux de distribution détenus en propre par Apple connaissaient une progression significative.

1127. En termes de ventes, le graphique suivant, réalisé sur la base des données de valeurs des ventes fournies par Apple⁷⁹⁰, illustre une baisse significative, de près de 40 %, du canal APR dans les ventes d'Apple

1128. En valeur absolue, les ventes totales (hors téléphonie) des APR ont également diminué pendant la période examinée (i.e., jusqu'en 2013) et la moyenne des ventes Apple réalisée par chaque APR a également légèrement décliné, contrairement aux allégations d'Apple, qui²²² prétend que si la part relative des APR s'est affaiblie, la valeur des ventes de chacun aurait progressé en valeur absolue.

1129. En outre, l'observation d'Apple (qui figure au point 589 de ses écritures) selon laquelle « La qualité des

APR et leur rayonnement sont en réalité consubstantiels à l'image de marque d'Apple. En effet, toute mauvaise expérience d'un client dans un APR ou plus largement l'échec d'un APR rejaille négativement sur Apple puisque ceux-ci sont étroitement associés à l'image de marque d'Apple. Ainsi, l'intérêt d'Apple est d'assurer le développement et la robustesse de son réseau d'APR qui est complémentaire aux autres canaux de distribution » doit être relativisée. En effet, s'il peut effectivement apparaître important pour Apple que les APR constituent une vitrine de ses produits, comparable à celle de ses propres magasins (en termes de présentation des produits, de conseil d'utilisation, etc.), les intérêts d'Apple et ceux des APR ne sont que partiellement alignés. Par exemple, le fait que les produits présentés ne soient pas disponibles en stock dans la boutique même de l'APR est moins problématique pour Apple, dans la mesure où ces produits pourront généralement être commandés par le client dans les « Apple Stores » ou sur l'« Apple Online Store » d'Apple, qui ne subissent pas les mêmes contraintes d'approvisionnement.

1130. En troisième lieu, Apple s'appuie sur les performances des APR, telles que démontrées par l'étude économique qu'elle produit, pour prétendre que l'abus allégué n'aurait eu aucun effet/ou que la situation des APR est très hétérogène. Mais celles-ci sont insuffisantes en soi pour appréhender l'effet des pratiques, dont l'objectif principal restait, pour Apple, de limiter la concurrence au niveau du marché de détail, et non, en première intention, de porter atteinte aux performances de ces distributeurs indépendants. De plus, les éléments transmis par Apple confirment l'analyse des services d'instruction quant à la situation des APR et leurs ressources limitées. Enfin, l'hétérogénéité des APR, alléguée par Apple, est indifférente à l'appréhension des effets des pratiques, et, au surplus, n'est pas démontrée par Apple.

1131. Enfin, la situation particulière de la société eBizzuss vient illustrer l'impact concret et effectif de l'abus de dépendance de la société Apple sur la structure de la concurrence elle-même.

1132. En effet, cette société s'est trouvée directement en concurrence avec les « Apple Stores » en région parisienne et à Lyon en novembre 2009. 1133. Dans l'impossibilité de recevoir les produits Apple nécessaires pour satisfaire la demande de ses propres clients et de pouvoir concurrencer les Apple Stores par les prix ou par le niveau de services, les magasins d'eBizzuss situés à Paris ou à Lyon ont été placés dans une position commerciale désavantageuse par rapport aux « Apple Stores », ce qui a entraîné une baisse du chiffre d'affaires de ces magasins de l'ordre de 15 %. Cette société, vulnérabilisée par les pratiques d'Apple, a été placée en liquidation judiciaire.

1134. Bien que d'autres APR n'aient pas vu évoluer leur situation de façon aussi négative, le cas d'eBizzuss n'est pas unique, puisque de nombreux APR se sont plaints de pratiques similaires de la part d'Apple, de refus ou retards de livraison, qui ont eu pour conséquence de restreindre leur autonomie commerciale et financière, de les pénaliser dans leur activité de distribution et de les affaiblir dans la concurrence (paragraphes 526 et suivants). Ainsi, la société You Cast a-t-elle imputé ses difficultés financières et sa procédure de liquidation, notamment à ses « soucis de décalage de trésorerie liés à des problèmes de livraison des produits Apple ».

1135. Enfin, même si aucune stratégie d'éviction n'a été démontrée par les services d'instruction, le président de l'association des APR a néanmoins perçu le comportement d'Apple à l'égard des APR comme tel et s'est plaint d'une véritable « stratégie d'éviction de la part d'Apple » à l'encontre des APR793, la société Alis Informatique parlant d'une « chronique d'une mort planifiée ».

1136. Les comportements mis en œuvre par Apple ont donc affecté le fonctionnement et la structure de la concurrence intra-marque des produits Apple.

1137. Par ailleurs, en adoptant un tel comportement dans la distribution de ses produits, Apple s'est affranchie des règles applicables, se réservant ainsi, par rapport aux autres fournisseurs concurrents, un avantage dans la concurrence.

1138. En effet, après avoir utilisé le canal des APR comme facteur de pénétration du marché du détail en France, Apple a décidé d'ouvrir, dans les zones de chalandise les plus rentables, des Apple Stores, en concurrence avec certains APR. Ceux-ci, dans une situation de dépendance économique et désavantagés par rapport aux « Apple

Stores », ont souffert de la concurrence de ces nouveaux distributeurs, plus grands, et beaucoup mieux achalandés. La circonstance que les autres APR, non en concurrence directe avec les « Apple Stores», mais en concurrence avec l' « Apple Online Store», se soient maintenus sur le marché, quoique dans des conditions moins favorables, ne prive pas l'abus de dépendance d'effets intermarque. Apple a en effet profité de ce réseau de distributeurs spécialisés indépendants, copies réduites des « Apple Stores », en place dans les zones de chalandise moins bien achalandées, ce qui l'a affranchie de la nécessité d'ouvrir elle-même des « Apple Stores » dans ces zones. Soumis à des conditions de sujétion comparables à celles d'opérateurs intégrés, tout en assumant les risques commerciaux et financiers d'entreprises indépendantes, les APR ont permis à Apple de distribuer ses produits sur tout le territoire, sans avoir à investir dans des magasins en propre et sans que ses ventes directes, soit en ligne, soit en magasins, en subissent la concurrence.

1139. Il en est résulté, par rapport aux autres fabricants de produits concurrents, un avantage dans la concurrence, susceptible de fausser la concurrence intermarque.

1140. Il résulte de ce qui précède que les comportements reprochés à Apple, en restreignant de manière abusive l'activité des APR et en affectant le fonctionnement de la concurrence, sont constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle en application du second alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce.