

**Cour de cassation**

**Assemblée plénière**

**Audience publique du 7 janvier 2011**

**N° de pourvoi: 09-14316 09-14667**

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Loriferne (président), président**

SCP Baraduc et Duhamel, SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Arrêt n° 587 P + B + R + I

Pourvois n° X 09-14. 316

et n° D 09-14. 667 JONCTION

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant :

I-Sur le pourvoi n° X 09-14. 316 formé par la société Philips France, dont le siège est 33 rue de Verdun, 92150 Suresnes,

contre l'arrêt (n° RG 2008. 11907) rendu le 29 avril 2009 par la cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> chambre, section H), dans le litige l'opposant :

1°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 59 boulevard Vincent Auriol, 75013 Paris,

2°/ au président de l'autorité de la concurrence, 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

3°/ à la société Advantage enseigne TVHA, société à responsabilité limitée, dont le siège est 24 rue Docteur Mazet, 38000 Grenoble,

4°/ à M. Joseph X..., domicilié..., 38000 Grenoble (Aide juridictionnelle totale, Décision du bureau d'aide juridictionnelle près la Cour de cassation du 11 août 2009),

5°/ à l'association FO consommateurs, dont le siège est 141 avenue du Maine, 75014 Paris,

6°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, 4 boulevard du Palais, 75001 Paris,

7°/ à la société Sony France, société anonyme, dont le siège est 20-26 rue Morel, 92110 Clichy-la-Garenne,

défendeurs à la cassation ;

II-Sur le pourvoi n° D 09-14. 667 formé par la société Sony France,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

2°/ au président de l'autorité de la concurrence,

défendeurs à la cassation ;

La société Philips France, demanderesse au pourvoi n° X 09-14. 316 et la société Sony France, demanderesse au pourvoi n° D 09-14. 667 se sont pourvues en cassation contre un arrêt rendu le 19 juin 2007 par la cour d'appel de Paris (1re chambre, section H) ;

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a ordonné la jonction des deux pourvois et cassé le 3 juin 2008 l'arrêt rendu le 19 juin 2007 ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée qui a statué par arrêt du 29 avril 2009 dans le même sens que l'arrêt du 19 juin 2007 par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Deux pourvois ayant été formés contre l'arrêt rendu le 29 avril 2009, le premier président, par deux ordonnances en date du 24 février 2010, a renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse au pourvoi n° X 09-14. 316 invoque devant l'assemblée plénière les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat de la société Philips France ;

La demanderesse au pourvoi n° D 09-14. 667 invoque devant l'assemblée plénière les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Thomas-Raquin et Benabent, avocat de la société Sony France ;

Des observations complémentaires en demande ont été déposées pour la société Sony France par la SCP Hémary et Thomas-Raquin ;

Des observations et des observations complémentaires en défense ont été déposées dans les deux pourvois par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de l'autorité de la concurrence ;

Le rapport écrit de M. Bague, conseiller, et l'avis écrit de Mme Petit, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 17 décembre 2010, où étaient présents : M. Lamanda, premier président, Mme Collomp, MM. Lacabarats, Louvel, Charruault, Loriferne, présidents, Mme Pinot, conseiller remplaçant Mme Favre président empêché, M. Bague, conseiller rapporteur, M. Cachelot, Mmes Mazars, Ponroy, MM. Pluyette, Dulin, Breillat, Albertini, Linden, Grellier, Fournier, Mme Jacques, conseillers, Mme Petit, premier avocat général, Mme Tardi, directeur de greffe ; Sur le rapport de M. Bague, conseiller, assisté de M. Barbier, greffier en chef au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Célice, Blanpain et Soltner, la SCP Hémary et Thomas-Raquin, la SCP Baraduc et Duhamel, l'avis de Mme Petit, premier avocat général, tendant au rejet du pourvoi, auquel parmi les parties invitées à le faire, la SCP Célice, Blanpain et Soltner a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Philips France du désistement partiel de son pourvoi à l'égard de la société Avantage-TVHA, de M. X..., de l'association FO consommateurs et de la société Sony France ;

Joint les pourvois n° X 09-14. 316 et D 09-14. 667 qui sont connexes ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi formé par la société Sony et le premier moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi formé par la société Philips, réunis :

Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, 3 juin 2008, Bull. 2008, IV, n° 112), que la société Avantage-TVHA a saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électronique grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause les sociétés Philips France et Sony France ; que ces sociétés ont demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale ;

Attendu que pour rejeter leur recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence qui a prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, l'arrêt retient que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; qu'il retient encore que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; qu'il ajoute enfin que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 avril 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Philips France ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé par le premier président en son audience publique du sept janvier deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° X 09-14. 316 par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société Philips France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

– sur la loyauté des preuves –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société PHILIPS FRANCE contre une décision n° 05- D-66 du conseil de la concurrence, en date du 5 décembre 2005, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L.

420-1 du Code de commerce et lui a infligé une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE la société Avantage a produit au soutien de sa saisine du Conseil des cassettes contenant les enregistrements de conversations que son responsable, M. X..., avait tenues avec les représentants de fournisseurs ou de grossistes avec lesquels il était entré en relation, accompagnées de leur transcription ; Que, le Conseil ayant refusé d'écarter ces enregistrements bien qu'il fût soutenu qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale pour avoir été recueillis à l'insu des interlocuteurs de M. X..., les requérantes lui font le grief d'une erreur de droit en ce qu'il a refusé d'appliquer le principe général de la loyauté de la preuve et a rattaché les règles de preuve de la procédure suivie devant lui à celles de la procédure pénale ; Que l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, implique que chaque partie dispose de la faculté, non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision ; qu'il n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable ; Qu'au regard du droit communautaire, en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve, que tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables ; que les infractions aux articles 81 et 82 du traité CE peuvent être établies par tout moyen ; Que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; Qu'il en résulte que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; Qu'en l'espèce, si les enregistrements opérés par M. X... ont constitué de sa part un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être exclus du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ; Que le Conseil n'a utilisé à la charge des sociétés Philips et Sony que les seuls enregistrements des conversations téléphoniques entre M. X... et les représentants des sociétés SCIE CREL (M. Y...) SNER (M. Z...) ; Qu'aucune des personnes dont les propos ont été recueillis à leur insu, invitées à s'expliquer par la suite dans le cadre de l'instruction, n'a protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens ; que ces personnes n'ont pas prétendu qu'elles se seraient exprimées comme elles l'ont fait sous la pression d'une contrainte quelconque, n'ont pas renié leurs propos, n'ont pas même insinué qu'elles en auraient tenu d'autres si elles avaient su être enregistrées, les ont au contraire confirmés en les explicitant et en apportant des précisions complémentaires ; Que les propos enregistrés portent uniquement sur des sujets professionnels à l'exclusion de toute allusion touchant à l'intimité de la vie privée ; Que la société Philips, qui réclame la mise à l'écart des débats, non seulement des enregistrements eux-mêmes, mais encore de toutes les pièces subséquentes qui s'y réfèrent directement ou indirectement, comprenant les procès-verbaux d'audition des interlocuteurs de M. X... ainsi que le rapport

d'enquête et ses annexes, fonde cette demande sur le rappel du principe de loyauté des preuves sans même tenter d'expliquer en quoi l'application de ce principe se trouverait violée en l'espèce à son égard, alors qu'elle ne fait état d'aucun doute sur l'authenticité des enregistrements ou la fidélité des transcriptions ; Que la société Sony soutient que les enregistrements litigieux ont été à l'origine de l'enquête et au coeur de l'instruction et que leur déloyauté originelle interdit absolument de s'y référer, de sorte que l'usage qui en a été fait vicie irrémédiablement toute la procédure ; Mais considérant que les deux sociétés requérantes, dès lors que ce ne sont pas les propos de leurs représentants qui ont été enregistrés à leur insu qui leur sont opposés, ne sont pas fondées à se prévaloir du principe qui garantit à toute personne le droit de ne pas s'auto-incriminer ; Qu'il n'est pas contesté qu'elles ont eu connaissance de ces pièces, ont été en mesure d'en discuter non seulement la nature mais aussi le contenu et encore d'apporter des éléments de preuve contraires ; que, dès lors qu'elles ont ainsi disposé de toute latitude de combattre ces éléments à charge dans le cadre d'un débat contradictoire, elles ne font la preuve d'aucune atteinte concrète au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire ou aux droits de la défense ; Que, par ailleurs, dans le contexte particulier d'ententes qui présentent le plus souvent un caractère occulte, où les victimes sont généralement désarmées et confrontées à la difficulté de fournir des éléments suffisamment probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manoeuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, que l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique ; Qu'en définitive, en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, c'est à juste titre et par des motifs pertinents que la cour adopte que le Conseil, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon prétendument déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante ; que le moyen de nullité de la procédure tiré de l'irrecevabilité à titre de preuve des enregistrements litigieux et des pièces subséquentes sera rejeté ; que les pièces en cause seront maintenues dans le débat ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES (contestés du chef de la troisième branche du moyen) QUE (§. 225) s'il ne peut être exclu que M. X... ait procédé à d'autres enregistrements sonores sur des cassettes numérotées 1, 8, 9, 10, 11 et 17 non versées au dossier, l'entreprise plaignante a le choix des éléments de preuve qu'elle entend présenter à l'appui de sa saisine ; qu'en tout état de cause, aucun élément ne permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle les représentants de sociétés mises en cause auraient tenu des propos enregistrés sur ces cassettes ;

1. ALORS QUE l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de son interlocuteur constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence, peu important que les propos enregistrés aient été tenus par une personne distincte de celle à laquelle ils sont opposés ; que, pour débouter la société Philips de sa demande tendant à voir écarter des débats les enregistrements réalisés par la société Avantage et constater, en conséquence, l'irrégularité de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, l'arrêt attaqué retient que si ces enregistrements ont bien constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés

des débats par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, dès lors que la preuve des pratiques anticoncurrentielles peut être rapportée par tout moyen ; qu'il affirme en outre que la production de tels enregistrements devant le Conseil de la concurrence n'est pas disproportionnée aux fins répressives poursuivies par le droit de la régulation économique et n'a pas, en l'espèce, porté atteinte au droit de la société Philips à un procès équitable dès lors que ce ne sont pas ses représentants qui ont été enregistrés à leur insu, mais les propos de tiers qui ont été principalement invoqués à son encontre, que leur authenticité n'a pas été contestée et que la société Philips a été mise en mesure de débattre contradictoirement de leur force probante ; qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, ensemble le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ;

2. ALORS QU'EN jugeant que la production aux débats d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs n'était pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique, au motif inopérant que les pratiques anticoncurrentielles caractérisent des « manoeuvres déloyales de partenaires économiques puissants connaissant bien les lois du marché » et « présentent le plus souvent un caractère occulte » rendant leur preuve malaisée, quand seul un impératif tenant à la nécessité pour le plaignant de se défendre de fausses accusations dirigées à son encontre aurait exceptionnellement pu justifier l'admission d'éléments de preuve obtenus dans de telles conditions (Crim., 31 janvier 2007, Bull. n° 27), la Cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, ensemble le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ;

3. ALORS, enfin et en tout état de cause, QUE les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes commandent d'écarter des débats les enregistrements de conversations privées réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs lorsque le juge n'est pas en mesure de s'assurer que les supports versés aux débats comprennent bien l'intégralité des propos qui ont été enregistrés dans leurs éléments à charge comme à décharge ; qu'après avoir relevé que M. X..., gérant de la société Avantage, avait produit onze cassettes portant des numéros discontinus s'étalant entre 2 et 18, le Conseil de la Concurrence a conclu qu'« il ne (pouvait) être exclu que M. X... ait procédé à d'autres enregistrements sonores sur des cassettes numérotées 1, 7, 8, 9, 10, 11 et 17 non versés au dossier » (§. 225) ; qu'en décidant néanmoins que les enregistrements versés aux débats devaient être maintenus au dossier aux motifs adoptés que « l'entreprise plaignante a le choix des éléments de preuve qu'elle entend présenter à l'appui de sa saisine » et « qu'aucun élément ne permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle les représentants des sociétés mises en cause auraient tenu des propos enregistrés sur ces cassettes (manquantes) » (§. 225), la Cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(subsidaire)

– sur l'entente prétendue entre PHILIPS et l'ensemble de ses distributeurs –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société PHILIPS FRANCE contre une décision n° 05- D-66 du conseil de la concurrence, en date du 5 décembre 2005, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et lui a infligé une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE « la société Avantage, créée en juillet 1997 avec pour objet la vente au détail de produits d'électronique grand public dits produits bruns (téléviseurs, matériel Hifi et vidéo), ayant, selon elle, rencontré des difficultés d'approvisionnement auprès des fournisseurs et des grossistes parce qu'elle prétendait pratiquer des prix de vente

inférieurs aux prix conseillés par ces mêmes fournisseurs, a saisi le Conseil en produisant, pour preuve de ses allégations, les enregistrements sur cassettes audio et leur transcription de conversations téléphoniques dont il a été précédemment question (§ 7 à 9), des listes de tarifs de certains fournisseurs sur lesquelles apparaissaient de manière manuscrite les prix conseillés, notamment un tarif hors taxe Sony (§ 11 et 12), des tableaux datés du 29 juin 1998 dans lesquels elle a retranscrit les prix conseillés par les fabricants et par la société SNER, grossiste, ainsi que les prix de 618 références (télévisions, magnétoscopes, DVD, chaînes Hi-Fi, caméscopes) présentes dans les catalogues de publicités de 37 enseignes, catalogues annonçant des prix valables au printemps/ été 1998 (mai à septembre), selon la durée de vie des catalogues considérés (§ 18) ; Que l'enquête a permis de recueillir en outre, entre autres éléments de preuve :

- des catalogues publiés par la plupart des distributeurs comportant les prix de vente TTC de produits bruns au niveau national au cours de périodes similaires, la plupart de ces catalogues contenant une " clause de remboursement de la différence " selon laquelle le consommateur peut se faire rembourser la différence si, dans un délai de 30 jours en général, il trouve le même article ailleurs à un prix inférieur dans la même zone de chalandise (définie selon les enseignes comme un rayon de 15 à 35 kilomètres autour de l'enseigne dans laquelle l'acte d'achat a été effectué) (§ 13 et 14),
- des relevés de prix effectués chaque mois entre septembre 1998 et mars 1999 par l'Institut français de recherches (IFR) dans les mêmes points de vente des régions de Paris, Lyon, Marseille et Grenoble (§ 19),
- les contrats de coopération commerciale proposés notamment par Philips à ses distributeurs ;

Que le Conseil a retenu que les catalogues diffusés par les distributeurs, au cours du printemps-été 1998, faisaient apparaître, pour les principales catégories de produits d'électronique grand public, des prix de vente au public remarquablement concentrés autour d'un même prix, correspondant soit au prix conseillé par le fabricant, soit au prix conseillé par la société SNER et que les relevés de prix IFR effectués chaque mois, de septembre 1998 à mars 1999, dans les mêmes points de vente des régions de Paris, Lyon, Marseille et Grenoble montraient une concentration remarquable des prix relevés dans les magasins autour d'un même prix ; que le Conseil a encore retenu que lesdits contrats de coopération commerciale conduisaient nécessairement le distributeur à accepter la politique tarifaire de la société Philips ; Que le Conseil a ensuite rappelé qu'un alignement des prix pouvait résulter d'une série d'ententes verticales entre un fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur, et que cette hypothèse est tenue pour démontrée s'il existe, en premier lieu, des indices permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, en deuxième lieu, des éléments montrant qu'un système de contrôle des prix a été mis en place, et indiqué de surcroît que, selon sa pratique décisionnelle, une entente entre un fabricant et ses distributeurs pouvait également être démontrée s'il existe entre eux un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur ; Qu'il a déduit de ces constatations et rappels qu'il existait en l'espèce un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant une entente anticoncurrentielle entre les sociétés Sony et Philips et leurs distributeurs respectifs ; Considérant, s'agissant de l'évocation des prix comme de chacun des indices dont le constat est nécessaire pour la démonstration de l'entente, que la preuve peut en être apportée par tout moyen ; que la circonstance que le dossier ne comporte pas la preuve que la société Philips aurait édité une liste de prix de revente de ses produits, ainsi que l'a constaté le Conseil (§ 258) ne suffit pas à écarter l'hypothèse d'une communication de tels prix par d'autres procédés ; Considérant, à cet égard, que le Conseil a exactement mesuré

la portée des propos tenus au téléphone et des déclarations de M. Y..., président de la SCIE CREL, (§ 52 et suivants, 160) selon lesquels : “ Philips indique des prix “ généralement constatés “ ou “ prix maximum “ à l’attention des revendeurs finaux tels Darty, FNAC, Auchan, sachant que ces enseignes sont les principales références pour les consommateurs.... Par rapport aux prix généralement constatés ou conseillés par Philips ou d’autres fournisseurs, ceux-ci ont pour intérêt de fixer une limite maximum et nous sont communiqués oralement par des représentants de Philips ou des autres fournisseurs “ ; Que, de même, M. Z..., responsable de la société SNER, après avoir suggéré à M. X..., au cours d’une conversation téléphonique se rapportant aux relations de la société Avantage avec la société Philips, de ne pas “ casser les prix “ en lui conseillant même la solution alternative consistant à offrir au client de lui reprendre son ancien matériel pour une somme forfaitaire, (§ 69), lui a déclaré “ Ah mais les prix on peut très bien vous les communiquer c’est pas un secret “ (§ 71) ; Considérant qu’il ressort d’autres propos didactiques de M. Y..., expliquant à M. X... les difficultés auxquelles il s’exposerait en persistant à vouloir pratiquer des prix de revente jugés trop faibles, qu’il existait en effet une politique tarifaire imposée par Philips (§ 106) ; que M. Z..., également à propos des relations entre Philips et la société Avantage, a évoqué “ la règle du jeu “ (§ 87) et expliqué par la suite qu’il avait alors fait “ référence au respect des prix conseillés par les différentes marques auprès des revendeurs “, ajoutant d’ailleurs que le tarif de la société SNER “ tenait compte des recommandations des fournisseurs ainsi que des relevés de prix IFR “ (§ 161) ; Considérant que cette dernière explication se trouve confortée par la convergence observée entre les tarifs de base de la société SNER et les prix pratiqués par d’autres distributeurs, non contestée par la société Philips, étant observé que la référence aux relevés de prix de l’institut IFR, loin d’invalider la thèse d’une communication des prix conseillés, explique au contraire comment chacun des distributeurs adapte ses prix en suivant les indications données par les représentants commerciaux des fabricants, ainsi que l’a évoqué le dirigeant de la société Marcopoly (§ 164) ; Considérant que c’est ainsi à juste titre que le Conseil a retenu à la charge de la société Philips le premier indice d’une entente verticale ;

Considérant que le Conseil, pour estimer que les distributeurs de la société Philips avaient acquiescé à l’invitation de pratiquer les prix de détail évoqués par le fabricant, a retenu, premièrement, que ces prix étaient en effet appliqués dans une proportion suffisamment remarquable pour témoigner de cet acquiescement, deuxièmement, que le cadre juridique des relations contractuelles entre la société Philips et ses distributeurs marquait l’implication de ces derniers dans l’application de la politique tarifaire du fabricant ; Considérant, sur le premier point, que le Conseil, exploitant les éléments statistiques fournis par la société Avantage en annexe à sa saisine, est parvenu à la conclusion, détaillée au § 267 de la décision, qu’au total, sur 151 prix relevés, 118 étaient égaux ou supérieurs au prix conseillé, soit un taux de suivi de 78 % et que, par ailleurs, dans un nombre de points de vente variant de 3 à 59, répartis sur l’ensemble de la France, pour quelques références de produits Philips, les données recueillies par l’IFR permettaient de constater que leurs prix sont remarquablement concentrés autour d’un même prix ; Considérant que de telles observations n’ont pas pour objet de démontrer l’existence d’un prix unique au voisinage ou au dessus duquel la distribution serait anormalement concentrée, mais seulement de mettre en évidence un indice, insuffisant à lui seul à prouver une pratique anticoncurrentielle, mais destiné à montrer, par l’examen d’un nombre suffisant de relevés effectués, sur une région géographique assez étendue, concernant plusieurs produits et dans des points de vente relevant de mode de distribution diversifié, une application des prix conseillés par les distributeurs suffisamment fréquente pour être remarquée et analysée à la lumière d’autres indices d’une entente ; Considérant, à cet égard, que le Conseil a réfuté avec pertinence (§ 274) les critiques formulées par la société requérante à l’égard de la méthode suivie en soulignant que les catalogues

exploités provenaient d'enseignes appartenant à tous les secteurs de la distribution, que la zone géographique couverte était relativement large, que les prix étudiés correspondaient à des références nombreuses (12 téléviseurs, 10 magnétoscopes, 8 chaînes Hi-Fi pour Philips) ; qu'il a montré par ailleurs (§ 278) que l'analyse des relevés IFR de décembre 1998 produits par la société Philips elle-même à l'appui de ses observations à la notification de griefs confirmait une concentration remarquable des prix pratiqués autour d'un même niveau en faisant apparaître des taux de suivi moyen du prix le plus fréquemment constaté supérieurs à 70 % ; qu'il en a exactement déduit (§ 280) que la concentration des prix constatée ne pouvait s'expliquer ni par des biais d'échantillonnage, ni par des erreurs de lecture des résultats des relevés et n'était pas non plus contredite par les autres données produites par la société Philips ; Considérant enfin que le Conseil a tout aussi pertinemment rejeté l'objection de la société Philips selon laquelle cette concentration pouvait s'expliquer par un parallélisme spontané de comportements en soulignant qu'elle avait été constatée pour des enseignes appartenant à des types de distribution distincts, comme telles offrant des services variables pour des coûts nécessairement différents ; Considérant, sur le second point, que le Conseil a exactement analysé la portée des propositions faites aux distributeurs de s'engager, en adhérant à la " charte partenaire qualité service " annexée à ses contrats de coopération commerciale, à " prendre toutes les précautions pour que les publicités ne soient pas en contradiction avec les campagnes de publicité nationale de Philips ou néfastes pour l'image de marque de Philips ", ou " d'informer Philips de tous les faits constatés chez les adhérents à l'occasion d'une opération et susceptibles d'engager la responsabilité de Philips ou de porter atteinte à l'image de marque de Philips " ; qu'en effet, dans la mesure où les publicités des revendeurs portent sur les prix, l'acceptation de tels engagements par les distributeurs les conduit nécessairement à accepter de participer à l'application de la politique tarifaire de la société Philips ;

Considérant-sur l'existence d'un contrôle des prix de détail conseillés par Philips-que les engagements contractuels figurant dans la charte qualité service précédemment évoqués, dans la mesure où ils incitent les distributeurs qui les acceptent à contrôler les documents publicitaires des revendeurs, lesquels comportent tous le prix de vente des produits, participent de l'existence d'un contrôle des prix ; que cette surveillance et les mesures de rétorsion éventuelles qui en résultent ont été explicitement évoquées dans les entretiens que M. X... a eus avec M. Y... et M. Z... qui ont désignés nommément la société Philips comme imposant les prix marchés (§ 106) ou disposant d'une capacité de nuisance dissuasive, notamment par leur influence sur les banques dispensatrices de crédit (§ 81) ; Considérant que M. Y..., dirigeant de la SCIE CREL, a expliqué (§ 160) que l'équipe de vente de sa société comptait sept commerciaux sur le terrain qui constataient que les prix conseillés étaient réellement pratiqués par les grandes enseignes de la distribution ; qu'il a précisé qu'il avait eu des pressions de la part de la société Philips à l'époque des faits pour ne pas livrer les produits de sa marque à la société Avantage ; que ces indications montrent la mise en place d'un contrôle des prix de la part de la société Philips, même si M. Y... prend soin de noter qu'une démarche aussi insistante que celle menée à l'égard de la société Avantage était exceptionnelle ; Que M. Z..., commentant certains propos qu'il avait tenus à M. X... en rapport avec les difficultés que ce dernier lui exposait avoir rencontrées avec la société Philips, (§ 69) selon lesquels : " même si on vous livre, ils sauront très vite parce qu'ils relèvent les numéros... partant de là, moi aussi je peux me faire bloquer si réellement vous cassez les prix ", a expliqué (§ 161) qu'il avait prononcé cette phrase en faisant allusion à une situation réelle que certains de ses collègues avaient déjà vécue de la part de Philips ;

Qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que c'est par des motifs exacts, complets et pertinents que la cour fait siens que le Conseil a retenu à l'égard de la société Philips l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant le grief

d'entente avec ses distributeurs qui lui était imputé ;

1. ALORS, de première part, QUE la clause du contrat de coopération commerciale par laquelle les revendeurs de produits de marque Philips s'engageaient à s'abstenir de toute opération publicitaire qui serait « en contradiction avec les campagnes de publicité nationales Philips ou néfastes pour l'image de marque de Philips » et s'obligeaient à informer le fabricant de toute opération promotionnelle effectuée par des tiers susceptible « d'engager la responsabilité de Philips ou de porter atteinte à l'image de marque de Philips » ne renfermait aucun engagement des revendeurs de se conformer à d'éventuelles recommandations de prix de ce fabricant ; qu'en affirmant le contraire, pour en déduire que la société Philips s'était rendue coupable d'une entente généralisée sur les prix avec « l'ensemble de ses distributeurs », à l'échelle du territoire national, la Cour d'appel a dénaturé la clause susvisée, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

2. ALORS QU'EN affirmant de surcroît qu'un tel engagement contractuel des revendeurs participait d'un mécanisme généralisé de contrôle des prix, en incitant les revendeurs à contrôler les prix affichés par leurs concurrents dans leurs documents publicitaires, sans constater que la clause susvisée ait, dans son application pratique donné lieu à de telles mesures de contrôle de prix, la Cour d'appel, qui n'a par là caractérisé que de pures supputations de pratiques anticoncurrentielles, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

3. ALORS, de troisième part, QU'UNE entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce impliquant l'existence d'un concours de volontés entre ses membres, le juge est tenu de caractériser l'existence d'une invitation du fabricant à mettre en oeuvre une pratique anticoncurrentielle et d'un acquiescement effectif de ses destinataires ; que pour retenir l'existence d'une entente généralisée sur les prix entre Philips et « l'ensemble de ses distributeurs » à l'échelle du territoire national, l'arrêt attaqué relève que si le dossier ne comporte aucune preuve matérielle de ce que la société Philips ait évoqué des prix de revente conseillés avec ses revendeurs, deux grossistes installés dans la région lyonnaise ont néanmoins déclaré que Philips communiquait oralement des prix de revente conseillés aux principales enseignes de la grande distribution (Auchan) ou de la distribution spécialisée (Darty, Fnac) et que les prix pratiqués par ces enseignes servaient ensuite de référence pour l'ensemble des opérateurs du marché, de sorte qu'existait ainsi une « règle du jeu » connue de l'ensemble des opérateurs de la distribution ; qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser une entente entre Philips et l'ensemble de ses distributeurs, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

4. ALORS, de quatrième part, QUE lorsqu'une partie présente au début de la procédure ne fait l'objet d'aucune notification de griefs, elle est considérée comme mise hors de cause ; qu'en l'espèce, la société Philips rappelait dans ses écritures que 35 distributeurs visés dans la demande de mesures conservatoires formée par la société Avantage-TVHA, rassemblant les principales enseignes de la grande distribution et de la distribution spécialisées et concentrant plus de 80 % de la distribution des produits d'électronique grand public sur le marché national, avaient été écartés du champ de l'enquête administrative et n'avaient pas reçu de notification de griefs ; qu'en jugeant néanmoins que la société Philips s'était rendue coupable d'une entente généralisée sur les prix avec « l'ensemble de ses distributeurs » à l'échelle du territoire national, sans s'expliquer sur la compatibilité d'une telle affirmation avec la mise hors de cause des distributeurs les plus influents du marché, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

5. ALORS, de cinquième part et en toute hypothèse, QUE la communication par un fabricant à ses revendeurs de prix maximaux de revente n'est pas constitutive d'une restriction de concurrence au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce ; que pour retenir l'existence d'une entente verticale sur les prix entre Philips et l'ensemble de ses

distributeurs, l'arrêt attaqué retient que le Conseil a exactement mesuré la portée des propos de M. Y..., président de la SCIE CREL, (§ 52 et suivants, 160) selon lesquels : " Philips indique des prix " généralement constatés " ou " prix maximum " à l'attention des revendeurs finaux tels Darty, FNAC, Auchan, sachant que ces enseignes sont les principales références pour les consommateurs.... Par rapport aux prix généralement constatés ou conseillés par Philips ou d'autres fournisseurs, ceux-ci ont pour intérêt de fixer une limite maximum " ; qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du Code de commerce.

6. ALORS, de sixième part, QU'IL résultait des constatations mêmes de la Cour d'appel que M. Y..., Président de la SCIE CREL, avait déclaré lors de son audition « Philips indique des prix généralement constatés ou prix maximum à l'attention des revendeurs finaux tels Darty, FNAC, Auchan, sachant que ces enseignes sont les principales références pour les consommateurs » ; qu'en se fondant sur de telles déclarations, pour affirmer que Philips communiquait oralement à ses distributeurs les prix de détail qu'elle souhaitait voir appliquer, sans préciser de quelle source ce grossiste, qui n'approvisionnait aucune des enseignes susvisées, tenait cette information, ni vérifier son exactitude, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

7. ALORS, de septième part, QUE le Conseil de la Concurrence ne peut prétendre comparer les prix pratiqués par les distributeurs avec les prix prétendument conseillés par un fabricant sans être en possession de documents émanant du fabricant retraçant les prix dont il recommande l'application ; qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué relève que le dossier ne comporte aucune preuve de ce que la société Philips ait évoqué des prix de revente conseillés avec ses revendeurs ; qu'en prétendant néanmoins caractériser une entente entre Philips et ses distributeurs sur la base d'une comparaison entre les prix pratiqués par ces derniers et le catalogue tarifaire de la SNER, cependant qu'elle relevait que ce grossiste avait déclaré fixer ses tarifs en tenant compte, non seulement des recommandations des fournisseurs, mais également des relevés de prix effectués par l'institut IFR à partir d'enquêtes réalisées en magasins, ce dont il résultait que ce tarif conçu notamment sur la base des prix constatés sur le marché par un institut d'enquête indépendant n'émanait pas de Philips et ne pouvait dès lors être tenu pour une représentation exacte et fidèle des prix publics conseillés par ce fabricant, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

8. ALORS, de huitième part, QUE la société Philips faisait valoir dans ses écritures (Mémoire du 29 octobre 2008, p. 24 et s.) que le Conseil de la Concurrence n'avait ni défini les notions d'« alignement remarquable » ou de « concentration remarquable » des prix, ni précisé le seuil à partir duquel la convergence des prix devenait significative d'un acquiescement des distributeurs aux prix conseillés par le fabricant, ce qui l'avait conduit à traiter de façon discriminatoire certaines entreprises (Toshiba et Thomson) par rapport à d'autres ; qu'en se bornant à adopter les motifs du Conseil de la Concurrence, sans répondre à ce moyen dont l'examen avait toute sa place dans le cadre d'un recours en réformation, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile ;

9. ALORS, enfin, QU'EN se bornant, pour retenir l'existence de mesures de rétorsion prises par la société Philips, à relever qu'un grossiste avait indiqué lors d'une conversation enregistrée par le plaignant « même si on vous livre, ils sauront très vite parce qu'ils relèvent les numéros (...) partant de là, moi aussi je peux me faire bloquer si réellement vous cassez les prix » et avait ultérieurement expliqué aux enquêteurs avoir prononcé cette phrase « en faisant état d'une situation réelle que certains collègues avaient déjà vécue de la part de Philips », sans vérifier par elle-même la réalité de telles mesures de rétorsion, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(infiniment subsidiaire)

– sur le dommage causé à l'économie –

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société PHILIPS FRANCE contre une décision n° 05- D-66 du conseil de la concurrence, en date du 5 décembre 2005, qui a dit que cette société avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et lui a infligé une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; qu'il s'apprécie en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause ; qu'il n'est pas nécessaire que le dommage à l'économie soit chiffré avec précision dès lors que les éléments qui permettent d'en mesurer l'importance sont suffisants ; qu'il ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques ; Qu'en l'espèce, les pratiques ont été constatées de novembre 1997, date à laquelle la société Avantage a diffusé la publicité qui a été à l'origine de ses difficultés, à fin 1998 ; Que le Conseil a évalué la taille du marché, notamment à partir des données de l'INSEE, en retenant que la consommation des ménages en produits bruns pour l'année 1998 s'était élevée à 5, 2 milliards d'euros et que la part des produits pour lesquels les pratiques ont été constatées, soit les téléviseurs, les magnétoscopes, lecteurs de DVD, les chaînes hi-fi et les caméscopes pouvait être estimée à environ la moitié ; qu'il y a lieu de corriger cette estimation à la baisse puisque les caméscopes ne sont pas visés par les pratiques incriminées, ce qui, pour la période considérée, conduit à réduire de 2, 6 à 2, 2 milliards d'euros l'évaluation à retenir, correction qui ne remet pas en cause de manière sensible l'ordre de grandeur du marché affecté ; Que les indications contenues dans la décision (§ 366) relatives aux parts de marché des sociétés Philips et Sony ne sont pas contestées ; que le Conseil a exactement noté que, compte tenu de la position des entreprises en cause sur le marché, les pratiques tendant à imposer un prix minimum n'avaient pas seulement pour effet de réduire la concurrence intra-marque, mais aussi d'affaiblir la concurrence inter-marques dans la mesure où elles facilitent les comparaisons de prix entre concurrents ; Que les caractéristiques du marché affecté, telles que les décrivent les sociétés requérantes, soit une offre atomisée, l'absence de barrières à l'entrée et une faible concentration de la distribution, qui en font un marché concurrentiel dynamique sur lequel les prix étaient à la baisse, ne conduisent pas pour autant à conclure que le dommage à l'économie serait, comme elles le soutiennent, négligeable ; que les prix auraient en effet connu une baisse plus marquée si les fabricants n'avaient déployé leurs efforts pour les maintenir à un certain niveau ; Que le Conseil n'a pas affirmé, au contraire de ce que tentent de faire accroire les sociétés requérantes, que les prix des produits en cause auraient subi, du fait des pratiques incriminées, une hausse généralisée et simultanée de 2 %, mais seulement indiqué que, sur un marché de la taille retenue, une hausse de cette grandeur aurait produit un dommage à l'économie " de l'ordre de 26 à 52 millions d'euros ", tout en retenant, comme facteur d'atténuation, que " l'alignement des prix et leur surveillance sont particulièrement forts pour les nouveaux produits puis s'affaiblissent au fur et à mesure que ceux-ci deviennent plus matures " ; Qu'enfin, l'article L. 464-2 du code de commerce susvisé n'impose pas de rechercher la part de marché affecté par la pratique en cause, ni de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées sur ce marché ; qu'il exige seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage à l'économie afin d'en tenir compte dans la fixation proportionnelle de la sanction, que la cour fait sienne l'analyse du Conseil sur ce point ; qu'il en résulte que la violation du principe de la personnalité des peines alléguée

par la société Philips n'est pas constituée ; Que l'exactitude des données relatives au chiffre d'affaires des sociétés Philips et Sony telles que retenues comme base de calcul des sanctions prononcées contre ces sociétés n'est pas contestée ; (...) Qu'en tenant compte du comportement personnel des sociétés requérantes, chacune ayant, à sa manière, exercé des mesures de rétorsion contre la société Avantage parce qu'elle refusait d'entrer dans l'entente, la société Philips en exerçant des pressions sur les grossistes susceptibles de la livrer, la société Sony en entravant, par diverses mesures insidieuses, son déploiement commercial, le Conseil a fait une exacte appréciation du principe de proportionnalité prévu par le texte susvisé en fixant à 16 millions d'euros la sanction infligée à chacune d'entre elles ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES §. 364 Qu'en l'espèce, l'entente permettant de diffuser et faire respecter des prix minimum conseillés de revente de produits d'électronique grand public revêt bien ce caractère puisqu'elle a privé les consommateurs de la possibilité d'acquérir les appareils des marques Philips, Sony et Panasonic à un prix plus avantageux, qui aurait résulté d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution, alors que les consommateurs consacrent une part importante de leurs revenus à l'acquisition de ces produits. Ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en oeuvre par de grands groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles de constituer la norme dans le secteur comme l'illustrent les enregistrements dans lesquels il est constaté que ces pratiques sont courantes dans le secteur ; §. 365 Que, pour apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par les pratiques, il convient, en premier lieu de prendre en compte la durée des pratiques et la taille du marché affecté. Les pratiques ont été constatées de novembre 1997, date à laquelle la société TVHA diffuse sa publicité sur des prix discount, à fin 1998. La consommation des ménages en produits bruns pour l'année 1998 s'est élevée à 5, 2 milliards d'euros. La part des produits pour lesquels les pratiques ont été constatées, soit les téléviseurs, les magnétoscopes, les lecteurs de DVD, les chaînes hi-fi et les caméscopes peut être estimée à environ la moitié, ainsi qu'il ressort de la comparaison entre les données INSEE et les données GFK qui ne figurent au dossier que pour les années suivantes, soit 2, 6 milliards d'euros. Sur un marché de cette taille, l'atteinte au surplus du consommateur résultant d'un niveau de prix de vente au détail plus élevé de l'ordre de 1 à 2 %, serait de l'ordre de 26 à 52 millions d'euros. Toutefois, il ressort des éléments du dossier que l'alignement des prix et leur surveillance sont particulièrement forts pour les nouveaux produits puis s'affaiblissent au fur et à mesure que ceux-ci deviennent plus matures ; §. 366 Qu'il y a lieu, également, de rappeler que les pratiques ont été mises en oeuvre par les fabricants leaders du secteur. Sur la période 1998-2002, les parts de marché de Philips étaient de 14 % sur les chaînes Hi-Fi, 17 % sur les DVD, 24 % sur les magnétoscopes, et 29 % sur les téléviseurs. Celles de Sony s'élevaient à 9, 8 % sur les magnétoscopes, 17 % sur les téléviseurs, 17, 5 % sur les DVD et 28 % sur les chaînes Hi-Fi. Panasonic réalisait, quant à lui, moins de 5 % sur les téléviseurs, magnétoscopes et DVD, et 13 % sur les chaînes Hi-Fi. Les entreprises concernées totalisaient donc, à elles trois, 55 % des ventes de chaînes Hi-Fi, près de 50 % des ventes de téléviseurs et près de 40 % des ventes de magnétoscopes et de DVD. Portant sur de telles parts de marché, les pratiques consistant à limiter la concurrence intra-marque sont également susceptibles de restreindre la concurrence inter-marques, notamment dans la mesure où elles facilitent les comparaisons de prix entre concurrents ; §. 367 Que le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par la société Philips France au titre du dernier exercice connu, 2004, s'est élevé à 1, 6 milliard d'euros ; Qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société est de 16 millions d'euros.

1. ALORS, d'une part, QUE la sanction pécuniaire encourue doit être fixée à proportion du dommage que la pratique anticoncurrentielle a causé à l'économie ; que méconnaît ce

principe et viole l'article L. 464-2 du Code de commerce, la Cour d'appel qui, sans expliquer en quoi les pratiques reprochées aux sociétés Philips et Sony auraient pu peser sur le niveau des prix des produits de marques concurrentes, estime que le Conseil de la concurrence a valablement justifié sa décision d'infliger aux sociétés Philips et Sony une sanction de 16 millions d'euros pour chacune, en relevant que la consommation intérieure de produits audio-visuels toutes marques confondues s'était élevée en 1998 à 2, 6 milliards d'euros et que dans un marché d'une telle ampleur l'atteinte au surplus du consommateur résultant d'un niveau de prix de vente au détail plus élevé de l'ordre de 1 à 2 % devait être évalué entre 26 et 52 millions d'euros ;

2. ALORS, d'autre part, QUE lorsqu'il est appelé à se prononcer sur des griefs d'ententes verticales notifiés à plusieurs fabricants opérant sur un même marché, le Conseil de la concurrence n'en est pas moins tenu d'apprécier le montant de la sanction pécuniaire encourue par chacun d'eux au regard des seules infractions qui lui sont individuellement imputables ; que, sous peine de méconnaître le principe de la personnalité des peines, le Conseil de la concurrence ne peut ainsi fixer le montant de l'amende encourue par chaque fabricant au regard du dommage à l'économie cumulativement produit par l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles simultanément relevées contre les autres fabricants ; que pour approuver la décision du Conseil d'infliger aux sociétés Philips et Sony une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros pour chacune, la Cour d'appel relève, par motifs adoptés, que la consommation intérieure de produits audio-visuels toutes marques confondues s'est élevée en 1998 à 2, 6 milliards d'euros et que dans un marché d'une telle ampleur, une hausse de 1 à 2 % des prix cause un dommage à l'économie de l'ordre de 26 à 52 millions d'euros ; qu'elle retient encore, par motifs propres, que l'article L. 464-2 du Code de commerce n'impose pas de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées, mais seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage ; qu'en se déterminant de la sorte, cependant qu'elle n'était pas saisie d'un grief d'entente horizontale entre fabricants, mais seulement de plusieurs griefs d'ententes verticales entre chaque fabricant et ses distributeurs, la Cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble le principe de la personnalité des peines.

Moyens produits au pourvoi n° D 09-14. 667 par la SCP Hémary et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils pour la société Sony France.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation intenté par la société SONY France contre la décision du Conseil de la concurrence n° 05- D-66, AUX MOTIFS QUE « Sur le moyen de nullité de la procédure tiré de l'irrecevabilité à titre d'éléments de preuve des enregistrements téléphoniques et leur transcription produits par la société AVANTAGE : que la société Avantage a produit au soutien de sa saisine du Conseil des cassettes contenant les enregistrements de conversations que son responsable, M X... avait tenues avec les représentants de fournisseurs ou de grossistes avec lesquels il était entré en relation, accompagnées de leur transcription ; Que le Conseil ayant refusé d'écarter ces enregistrements bien qu'il fût soutenu qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale pour avoir été recueillis à l'insu des interlocuteurs de M. X..., les requérantes lui font le grief d'une erreur de droit en ce qu'il a refusé d'appliquer le principe général de la loyauté de la preuve et a rattaché les règles de preuve de la procédure suivie devant lui à celles de la procédure pénale ; Considérant que l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, implique que chaque partie dispose de la faculté, non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision ; qu'il n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement

que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable ; Considérant, au regard du droit communautaire, en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve, que tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des Etats membres admettent sont recevables ; que les infractions aux articles 81 et 82 du traité CE peuvent être établies par tout moyen ; Considérant que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; Considérant qu'il en résulte que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; Considérant, en l'espèce, que, si les enregistrements opérés par M. X... ont constitué de sa part un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être exclus du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ; Considérant que le Conseil n'a utilisé à la charge des sociétés Philips et Sony que les seuls enregistrements des conversations téléphoniques entre M. X... et les représentants des sociétés SCIE CREL (M. Y...) SNER (M. Z...) ; qu'aucune des personnes dont les propos ont été recueillis à leur insu, invitées à s'expliquer par la suite dans le cadre de l'instruction, n'a protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens ; que ces personnes n'ont pas prétendu qu'elles se seraient exprimées comme elles l'ont fait sous la pression d'une contrainte quelconque, n'ont pas renié leurs propos, n'ont pas même insinué qu'elles en auraient tenu d'autres si elles avaient su être enregistrées, les ont au contraire confirmés en les explicitant et en apportant des précisions complémentaires ; Considérant que les propos enregistrés portent uniquement sur des sujets professionnels à l'exclusion de toute allusion touchant à l'intimité de la vie privée ; Considérant que la société Philips, qui réclame la mise à l'écart des débats, non seulement des enregistrements eux-mêmes, mais encore de toutes les pièces subséquentes qui s'y réfèrent directement ou indirectement, comprenant les procès-verbaux d'audition des interlocuteurs de M. X... ainsi que le rapport d'enquête et ses annexes, fonde cette demande sur le rappel du principe de loyauté des preuves sans même tenter d'expliquer en quoi l'application de ce principe se trouverait violée en l'espèce à son égard, alors qu'elle ne fait état d'aucun doute sur l'authenticité des enregistrements ou la fidélité des transcriptions ; Considérant que la société Sony soutient que les enregistrements litigieux ont été à l'origine de l'enquête et au coeur de l'instruction et que leur déloyauté originelle interdit absolument de s'y référer, de sorte que l'usage qui en a été fait vicie irrémédiablement toute la procédure ; Mais considérant que les deux sociétés requérantes, dès lors que ce ne sont pas les propos de leurs représentants qui ont été enregistrés à leur insu qui leur sont opposés, ne sont pas fondées à se prévaloir du principe qui garantit à toute personne le droit de ne pas s'auto-incriminer ; Qu'il n'est pas contesté qu'elles ont eu connaissance de ces pièces, ont été en mesure d'en discuter non seulement la nature mais aussi le contenu et encore d'apporter des éléments de preuve contraires ; que, dès lors qu'elles ont ainsi disposé de toute latitude de combattre ces éléments à charge dans le cadre d'un débat contradictoire, elles ne font la preuve d'aucune atteinte concrète au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire ou aux droits de la défense ; Considérant, par ailleurs, dans le contexte particulier d'ententes

qui présentent le plus souvent un caractère occulte, où les victimes sont généralement confrontées à la difficulté de fournir des éléments suffisamment probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manoeuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, que l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique ; Considérant, en définitive, qu'en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui sur le fondement des articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce, c'est à juste titre et par des motifs pertinents que la Cour adopte que le Conseil, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon prétendument déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante ; que le moyen de nullité de la procédure tiré de l'irrecevabilité à titre de preuve des enregistrements litigieux et des pièces subséquentes sera rejeté ; que les pièces en cause seront maintenues dans le débat ; Sur la validité des procès-verbaux d'audition des représentants des sociétés SCIE CREL et SNER : Considérant que la société Sony reproche au Conseil de ne pas avoir écarté des débats les procès-verbaux d'audition des représentants des sociétés SCIE CREL et SNER, respectivement des 18 septembre et 5 décembre 2002, qui ne mentionnent pas les questions posées aux personnes dont les déclarations ont été recueillies ; Mais considérant que le procès-verbal du 5 décembre 2002, intéressant un représentant de la société SNER, n'a pas été contesté devant le Conseil de la concurrence, seule la société SCIE CREL ayant discuté celui du 18 septembre 2002 ; qu'en tout état de cause ces procès-verbaux pouvaient être maintenus au dossier dès lors, ainsi que le Conseil l'a rappelé, qu'aucun texte n'impose la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux prévus par les articles L. 450-2 et L 450-3 du code de commerce ; qu'il n'est au demeurant pas soutenu que les personnes entendues n'auraient pas été informées de l'objet de l'enquête préalablement à leur audition, ni fait état de faits précis établissant l'existence de manoeuvres déloyales de la part des enquêteurs qui les auraient conduites à se méprendre sur la portée de leurs déclarations ; » (cf arrêt p. 6 à 8)

ALORS D'UNE PART QU'en vertu des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, est irrecevable à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence un enregistrement obtenu à l'insu d'une personne, en contravention avec le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ; Qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les textes susvisés et le principe de loyauté en matière d'obtention des preuves ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en tout état de cause, nul ne peut être mis en accusation sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé ; que si la procédure devant le Conseil est assimilable à une procédure répressive, nul ne peut alors recevoir une notification de griefs sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé ; qu'en ne recherchant pas en l'espèce, comme l'y invitait la société SONY, si celle-ci, au stade de l'enquête ou au stade de l'instruction, avant de recevoir l'acte d'accusation que constitue la notification de griefs, avait été mise régulièrement en accusation, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe susvisé, et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

ALORS ENFIN QUE les principes de loyauté des preuves et de droit à la non auto-incrimination imposent la transcription des questions posées à l'occasion de

l'établissement des procès-verbaux d'audition prévus par l'article L 450-2 et L 450-3 du Code de commerce ; qu'en retenant qu'une telle transcription ne s'imposerait pas parce qu'elle ne serait prévue par aucun texte, la Cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international des droits civils et politiques.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours en annulation intenté par la société SONY France contre la décision du Conseil de la concurrence n° 05- D-66, AUX MOTIFS, « que la société Advantage, créée en juillet 1997 avec pour objet la vente au détail de produits d'électronique grand public dits produits bruns (téléviseurs, matériel Hifi et vidéo), ayant, selon elle, rencontré des difficultés d'approvisionnement auprès des fournisseurs et des grossistes parce qu'elle prétendait pratiquer des prix de vente inférieurs aux prix conseillés par ces mêmes fournisseurs, a saisi le Conseil en produisant, pour preuve de ses allégations, les enregistrements sur cassettes audio et leur transcription de conversations téléphoniques dont il a été précédemment question (§ 7 à 9), des listes de tarifs de certains fournisseurs sur lesquelles apparaissaient de manière manuscrite les prix conseillés, notamment un tarif hors taxe Sony (§ 11 et 12), des tableaux datés du 29 juin 1998 dans lesquels elle a retranscrit les prix conseillés par les fabricants et par la société SNER, grossiste, ainsi que les prix de 618 références (télévisions, magnétoscopes, DVD, chaînes Hi-Fi, caméscopes) présentes dans les catalogues de publicités de 37 enseignes, catalogues annonçant des prix valables au printemps/ été 1998 (mai à septembre), selon la durée de vie des catalogues considérés (§ 18) ; Que l'enquête a permis de recueillir en outre, entre autres éléments de preuve :

- des catalogues publiés par la plupart des distributeurs comportant les prix de vente TTC de produits bruns au niveau national au cours de périodes similaires, la plupart de ces catalogues contenant une « clause de remboursement de la différence » selon laquelle le consommateur peut se faire rembourser la différence si, dans un délai de 30 jours en général, il trouve le même article ailleurs à un prix inférieur dans la même zone de chalandise (définie selon les enseignes comme un rayon de 15 à 35 kilomètres autour de l'enseigne dans laquelle l'acte d'achat a été effectué) (§ 13 et 14),

- des relevés de prix effectués chaque mois entre septembre 1998 et mars 1999 par l'Institut français de recherches (IFR) dans les mêmes points de vente des régions de Paris, Lyon, Marseille et Grenoble (§ 19),

- les contrats de coopération commerciale proposés notamment par Philips à ses distributeurs ;

Considérant que le Conseil a retenu que les catalogues diffusés par les distributeurs, au cours du printemps-été 1998, faisaient apparaître, pour les principales catégories de produits d'électronique grand public, des prix de vente au public remarquablement concentrés autour d'un même prix, correspondant soit au prix conseillé par le fabricant, soit au prix conseillé par la société SNER et que les relevés de prix EFR effectués chaque mois, de septembre 1998 à mars 1999, dans les mêmes points de vente des régions de Paris, Lyon, Marseille et Grenoble montraient une concentration remarquable des prix relevés dans les magasins autour d'un même prix ; que le Conseil a encore retenu que lesdits contrats de coopération commerciale conduisaient nécessairement le distributeur à accepter la politique tarifaire de la société Philips ; Que le Conseil a ensuite rappelé qu'un alignement des prix pouvait résulter d'une série d'ententes verticales entre un fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur, et que cette hypothèse est tenue pour démontrée s'il existe, en premier lieu, des indices

permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, en deuxième lieu, des éléments montrant qu'un système de contrôle des prix a été mis en place, et indiqué de surcroît que, selon sa pratique décisionnelle, une entente entre un fabricant et ses distributeurs pouvait également être démontrée s'il existe entre eux un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur ; Qu'il a déduit de ces constatations et rappels qu'il existait en l'espèce un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant une entente anticoncurrentielle entre les sociétés Sony et Philips et leurs distributeurs respectifs ; (...)

2. 2. Sur l'entente imputée à la société Sony : Considérant, au contraire de ce que soutient la société Sony au sujet du standard de preuve, que la preuve d'une entente entre un fabricant et l'ensemble de ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'entre eux soit établie avec précision lorsque, comme il sera ci-après démontré en l'espèce, se trouvent réunis les trois indices déjà mentionnés d'une évocation des prix de détails entre le fabricant et son réseau de distribution, laquelle peut prendre la forme d'une diffusion de prix conseillés, l'application effective de ces prix et l'existence d'un contrôle possible ;

2. 2. 1. Sur l'évocation des prix : Considérant que la société Sony ne conteste pas qu'elle a communiqué des prix conseillés à la société Avantage, cette communication étant prouvée par la remise du tarif de base, assorti de prix de vente au détail TTC manuscrits, au représentant de cette société Avantage, lors de l'ouverture de son compte en septembre 1997, puis par la transmission en télécopie, dès octobre suivant, d'un correctif pour les prix qui avaient évolué entre temps ; Que ces explications sur le caractère ponctuel de cette pratique qu'elle n'aurait mise en oeuvre qu'à titre exceptionnel pour aider cette société à se repérer sur ce marché, nouveau pour elle, sont contredites par les déclarations concordantes des représentants des sociétés SCIE CREL et SNER, M. Y... ayant affirmé, pour la première, (§ 106). « Et bien, il y a Sony qui impose, c'est vrai, un peu les prix marchés » et M. Z... ayant expliqué, pour la seconde (§ 161) : « aussi bien Sony qui était le deuxième fournisseur de la SNER que... et tous les autres fabricants de produits bruns agissent pour que les prix de revente conseillés soient strictement respectés » ; qu'en outre, le représentant de la société Marcopoly a déclaré pour sa part, au sujet des principaux fournisseurs d'électronique grand public avec lesquels sa société traitait habituellement, dont Sony, désignée en tête de ceux-ci (§ 164) : « Les grandes marques de l'EGP font toutes des prix de revente conseillés dans leur catalogue que nous mêmes nous appliquons car les prix conseillés nous permettent de ressortir un taux de marge de 15 à 20 % ce que nous considérons comme un minimum par rapport aux charges d'une société comme la nôtre. » ; que cette dernière déclaration, descriptive du fonctionnement global du marché en cause, ne perd pas toute valeur probante du seul fait que la société Marcopoly n'est devenue distributeur de la société Sony qu'à partir de 1999 ; Considérant enfin qu'il ressort des relevés de prix produits par la société Avantage (§ 18) que, s'agissant des produits Sony, le rapprochement des prix conseillés tels que figurant sur les tarifs communiqués par ce fabricant à la société Avantage de ceux qui figurent sur le catalogue de la société SNER a permis au Conseil d'en déduire justement que ces prix avaient également été diffusés à ce distributeur par la société Sony (§ 308) ;

2. 2. 2 : Sur l'acquiescement des distributeurs : Considérant que, pour retenir que les prix conseillés par la société Sony sont effectivement généralement appliqués par les distributeurs, le Conseil s'est fondé, premièrement sur les relevés de prix produits par la société Avantage (§ 18), deuxièmement sur les relevés de prix IFR (§ 19) ; Considérant que l'examen des premiers révèle, comme l'a exactement exposé le Conseil, (§ 309) que les prix tels que conseillés par Sony à la société Avantage sont appliqués par les autres distributeurs avec un taux de suivi de 94 % pour 25 références de téléviseurs, de 86 % pour 14 références

de magnétoscopes, de 98 % pour 18 références de caméscopes, de 98 % pour 14 références de chaînes Hi-Fi ; Que les seconds, réalisés entre septembre 1998 et mars 1999, dans un nombre de points de vente variant de 3 à 59, répartis sur l'ensemble de la France, pour quelques références de produits Sony, permettent de constater que leurs prix sont remarquablement concentrés autour d'une même valeur ; que la tendance à la baisse du taux de suivi à mesure que le temps passe, invoquée par la société Sony, n'infirme pas ce constat, mais vérifie au contraire les déclarations du représentant de la SNER à M. X... (§ 69) d'où il résulte que l'application des prix conseillés est suivie avec une attention d'autant plus grande que le produit concerné est nouveau ; Considérant que les critiques formulées par la société Sony à l'encontre de la représentativité des deux séries de relevés de prix et de la validité des conclusions qui en sont tirées appellent des observations de même nature-auxquelles il est renvoyé-que celles précédemment exposées à propos des critiques, voisines, exprimées par la société Philips, étant précisé que le Conseil, au contraire de ce que prétend la société Sony, a examiné (§ 315 à 317) les explications apportées par les distributeurs entendus lors de l'enquête qui tendaient à relativiser la force probante des relevés produits par la société Avantage ; qu'il les a écartées à juste titre comme dépourvues de pertinence au terme d'une analyse qui figure dans le débat et ne constitue aucune atteinte au principe du contradictoire ; 2. 2. 3. Sur l'existence d'un contrôle des prix : Considérant que la société Sony conteste à juste titre les motifs de la décision du Conseil tirés d'un examen des contrats commerciaux passés entre elle et ses distributeurs qui seraient révélateurs d'une politique de contrôle des prix dans la mesure où les contrats en cause sont tous postérieurs à la période de l'entente incriminée ; que le fait que la société Sony se soit employée à faire régner sur le marché un certain ordre dans les prix de détail est néanmoins avéré par les conditions commerciales plus sévères, telles que la réduction de son encours ou l'exigence d'un paiement à la livraison, opposées à la société Avantage et les difficultés de leurs relations apparues à la suite de la publicité, parue le 11 novembre 1997 par laquelle cette société annonçait « jusqu'à 20 % moins cher sur TELEVIDEO-HIFI-AUDIO ; qu'il est confirmé par les déclarations concordantes des dirigeants des sociétés SNER et SCIE CREL (683 et 106) selon lesquelles les représentants des marques passent les trois quarts ou 70 % de leur temps à faire remonter les prix », contredisant ainsi l'argument de veille tarifaire invoqué par la requérante ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que le Conseil a estimé que l'enquête et l'instruction comportaient des éléments de preuve suffisants pour que soit retenue à l'encontre de la société SONY l'entente définie dans le grief notifié » (cf arrêt p. 8 à 9, et 12 à 14).

ALORS D'UNE PART QU'en vertu des articles L 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, l'existence d'une entente verticale généralisée portant sur le respect de prix conseillés, suppose que soit établi, à l'égard de chacun des distributeurs individualisés ou d'un nombre significatif d'entre eux, que les parties ont librement exprimé leur volonté commune de se comporter de cette manière sur le marché ; que les trois conditions retenues par le Conseil pour établir l'entente sur les prix, à savoir l'évocation des prix, l'acquiescement du distributeur et la police des prix, doivent donc être établies à l'égard d'un nombre substantiel de distributeurs ; qu'en décidant au contraire, que la démonstration d'une entente verticale généralisée n'exige pas que les distributeurs soient identifiés, ni que la participation individuelle de chacun d'eux ou d'une part substantielle d'entre eux soit établie avec précision, la cour d'appel a violé les textes susvisés, ainsi que les articles 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme et 14 § 2 du pacte relatif aux droits civils et politiques ;

ALORS D'AUTRE PART QUE, lorsqu'une partie présente au début de la procédure ne fait l'objet d'aucune notification de griefs, elle est considérée comme mise hors de cause ; qu'en l'espèce, 35 distributeurs visés dans la demande de mesures conservatoires de TVHA, dont les enseignes de la grande distribution et de la distribution spécialisée,

représentant 80 % de la distribution des produits en cause, n'ont pas reçu de notification de griefs, ce dont il résulte qu'ils ont été mis hors de cause ; qu'en décidant néanmoins que SONY s'était rendue coupable d'une entente généralisée avec « chacun de ses distributeurs », sans rechercher si 35 d'entre eux n'avaient pas été mis hors de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du code de commerce ;

ALORS DE TROISIEME PART QUE le droit à une justice équitable impose que lors de l'instruction soient prises en compte les pièces à charge et à décharge ; que la Cour d'appel a déduit en l'espèce l'existence d'une entente généralisée d'un alignement des prix des distributeurs sur les prix conseillés ; qu'en statuant ainsi, sans examiner, ainsi que l'y invitaient les conclusions de la société SONY, les mémoires déposés, au cours de la procédure de mesures conservatoires, par quinze parmi les plus importants des trente-cinq distributeurs alors en cause qui contestaient leur participation à une entente en démontrant les modalités indépendantes de détermination de leurs prix, au seul motif qu'il existait des témoignages contraires, ce qui ne dispensait pas la Cour d'examiner les éléments de preuve contraires à ces témoignages, la Cour d'appel a derechef violé l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ;

ALORS DE QUATRIEME PART QU'en vertu des articles L 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, l'existence d'une entente verticale portant sur le respect de prix conseillés, suppose qu'il soit établi d'abord que le fournisseur a envoyé à ses distributeurs une invitation à conclure l'accord ; que sans l'existence d'une offre préalable, il ne peut y avoir ensuite acceptation ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé que SONY avait envoyé deux tarifs de base à la SARL AVANTAGE juste après l'ouverture de son magasin, que deux grossistes dans des cassettes enregistrées à leur insu avaient affirmé que SONY veillait au respect de ses prix conseillés en cas de mise sur le marché de nouveaux produits, et que la société MARCOPOLY, dont la cour relève qu'elle n'est devenue distributeur de la société SONY qu'en 1999, soit après les pratiques contestées, a affirmé de manière générale que « les grandes marques de l'EGP font toutes des prix de revente conseillés » ; qu'en l'état de ces constatations desquelles il ne résulte pas un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant l'existence de l'invitation faite par le fournisseur à chacun de ses distributeurs ou à une partie significative d'entre eux pour que ceux-ci s'engagent à respecter les prix conseillés, la Cour d'appel, qui a malgré tout retenu l'existence d'une entente généralisée, a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

ALORS DE CINQUIEME PART QU'en tout état de cause, en vertu des articles L 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, l'existence d'une entente verticale portant sur le respect de prix conseillés, suppose qu'il soit établi ensuite que les distributeurs ont acquiescé, fût-ce tacitement, à l'invitation envoyée par le fournisseur ; qu'un tel acquiescement tacite ne peut se déduire uniquement d'un alignement des prix des distributeurs sur les prix conseillés, si cet alignement peut s'expliquer d'une autre façon ; qu'en l'espèce, la société SONY avait insisté dans ses conclusions d'appel sur le fait qu'une grande partie de ses produits était distribuée par des distributeurs importants, représentant 80 % de la vente de ces produits, qui avaient, d'une part, contesté s'être entendu avec SONY et expliqué chacun les conditions indépendantes d'élaboration de leurs prix de vente résultant notamment d'une pratique de veille tarifaire et, d'autre part, affiché sur leur site Internet les prix qu'ils pratiquaient, de sorte que cela renforçait la transparence, et partant les parallélismes de comportements spontanés de la part des autres opérateurs ; qu'en déduisant une entente généralisée de l'existence d'un alignement des prix des distributeurs sur les prix conseillés, sans rechercher si cet alignement ne pouvait pas s'expliquer d'une autre façon et notamment, comme invoqué, par la mise en oeuvre par les distributeurs d'une pratique de veille tarifaire et une transparence accrue des prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard

des textes susvisés ;

ALORS DE SIXIEME PART, QU'en vertu des articles L. 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, l'existence d'une entente verticale portant sur le respect de prix conseillés, suppose qu'il soit établi enfin que le fournisseur ait mis en place une police des prix, pour contrôler que les distributeurs qui revendent les produits marqués, respectent bien les prix de revente imposés, qu'ils se soient fournis directement auprès du fournisseur ou chez un grossiste ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que SONY avait eu des conditions commerciales plus sévères à l'égard d'une société, la société AVANTAGE, et que les dirigeants de SNER et SCIE CREL avaient affirmé généralement que les représentants des marques passent 75 à 70 % de leur temps à faire remonter le prix ; qu'en déduisant de la constatation d'un acte qualifié par elle de police des prix à l'égard d'un distributeur unique, qu'il y avait une police des prix généralisée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société SONY France contre la décision du Conseil de la concurrence n° 05- D-66 fixant à 16. 000. 000 € le montant de la sanction ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la gravité des faits reprochés : Considérant que les ententes verticales sur les prix, constitutives de « restrictions caractérisées » au sens du règlement européen n° 2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves ; Considérant que le Conseil a rappelé à juste titre que, par principe, une entente constituée en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché revêtait une particulière gravité et jugé exactement que tel était cas en l'espèce où par les pratiques incriminées, les fabricants en cause avaient diffusé et fait respecter des prix minimum conseillés de revente de produits d'électronique grand public en s'opposant aux distributeurs tentés de pratiquer des prix plus avantageux pour les consommateurs ; que cette gravité contrairement à ce que soutient la société Sony, n'est pas atténuée par le fait que certains distributeurs ont pu néanmoins appliquer des prix inférieurs à ceux pratiqués par les enseignes de la distribution traditionnelle sans subir de représailles de sa part ; Qu'il a encore pertinemment souligné que ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en oeuvre par de grands groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles d'être regardés comme la norme par les agents économiques du secteur ; Sur l'importance du dommage à l'économie : Considérant que le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; qu'il s'apprécie en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause ; Considérant qu'il n'est pas nécessaire que le dommage à l'économie soit chiffré avec précision dès lors que les éléments qui permettent d'en mesurer l'importance sont suffisants ; qu'il ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques ; Considérant, en l'espèce, que les pratiques ont été constatées de novembre 1997, date à laquelle la société Avantage a diffusé la publicité qui a été à l'origine de ses difficultés, à fin 1998 ; Considérant que le Conseil a évalué la taille du marché, notamment à partir des données de l'INSEE, en retenant que la consommation des ménages en produits bruns pour l'année 1998 s'était élevée à 5, 2 milliards d'euros et que la part des produits pour lesquels les pratiques ont été constatées, soit les téléviseurs, les magnétoscopes, lecteurs de DVD, les chaînes hi-fi et les caméscopes pouvait être estimée à environ la moitié ; qu'il y a lieu de corriger cette estimation à la baisse puisque les caméscopes ne sont pas visés par les pratiques incriminées, ce qui, pour la période considérée, conduit à réduire de 2, 6

à 2, 2 milliards d'euros l'évaluation à retenir, correction qui ne remet pas en cause de manière sensible l'ordre de grandeur du marché affecté ; Considérant que les indications contenues dans la décision (§ 366) relatives aux parts de marché des sociétés Philips et Sony ne sont pas contestées ; que le Conseil a exactement noté que, compte tenu de la position des entreprises en cause sur le marché, les pratiques tendant à imposer un prix minimum n'avaient pas seulement pour effet de réduire la concurrence intra-marque, mais aussi d'affaiblir la concurrence inter-marques dans la mesure où elles facilitent les comparaisons de prix entre concurrents ; Considérant que les caractéristiques du marché affecté, telles que les décrivent les sociétés requérantes, soit une offre atomisée, l'absence de barrières à l'entrée et une faible concentration de la distribution, qui en font un marché concurrentiel dynamique sur lequel les prix étaient à la baisse, ne conduisent pas pour autant à conclure que le dommage à l'économie serait, comme elles le soutiennent, négligeable ; que les prix auraient en effet connu une baisse plus marquée si les fabricants n'avaient déployé leurs efforts pour les maintenir à un certain niveau ; Considérant que le Conseil n'a pas affirmé, au contraire de ce que tentent de faire accroire les sociétés requérantes, que les prix des produits en cause auraient subi, du fait des pratiques incriminées, une hausse généralisée et simultanée de 1 à 2 %, mais seulement indiqué que, sur un marché de la taille retenue, une hausse de cette grandeur aurait produit un dommage à l'économie « de l'ordre de 26 à 52 millions d'euros », tout en retenant, comme facteur d'atténuation, que « l'alignement des prix et leur surveillance sont particulièrement forts pour les nouveaux produits puis s'affaiblissent au fur et à mesure que ceux-ci deviennent plus matures » ; Considérant, enfin, que l'article L. 464-2 du code de commerce susvisé n'impose pas de rechercher la part de marché affecté par la pratique en cause, ni de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées sur ce marché ; qu'il exige seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage à l'économie afin d'en tenir compte dans la fixation proportionnelle de la sanction, que la cour fait sienne l'analyse du Conseil sur ce point ; qu'il en résulte que la violation du principe de la personnalité des peines alléguée par la société Philips n'est pas constituée ; Sur la situation des entreprises : Considérant que l'exactitude des données relatives au chiffre d'affaires des sociétés Philips et Sony telles que retenues comme base de calcul des sanctions prononcées contre ces sociétés n'est pas contestée ; Considérant, au contraire de ce que soutient la société Sony, que le chiffre d'affaires à prendre en compte est le chiffre d'affaires global de l'entreprise concernée et non pas celui réalisé seulement dans le secteur d'activité où la pratique incriminée s'est manifestée, les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce ne prévoyant aucune restriction de cette nature ; qu'il en résulte que la disproportion alléguée par la requérante n'est pas démontrée ; Considérant enfin qu'en tenant compte du comportement personnel des sociétés requérantes, chacune ayant, à sa manière, exercé des mesures de rétorsion contre la société Avantage parce qu'elle refusait d'entrer dans l'entente, la société Philips en exerçant des pressions sur les grossistes susceptibles de la livrer, la société Sony en entravant par diverses mesures insidieuses, son déploiement commercial, le Conseil a fait une exacte appréciation du principe de proportionnalité prévu par le texte susvisé en fixant à 16 millions d'euros la sanction infligée à chacune d'entre elles ; » (cf arrêt p. 14 à 16).

ALORS D'UNE PART QUE la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés ; que s'agissant de prix minima de revente imposés dans une relation verticale, la Cour suprême des Etats Unis dans le fameux arrêt *Leegin Creative Leather Products vs. PSKS. Inc.* du 28 juin 2007 a jugé que les prix minima dans une entente verticale pouvaient avoir des effets proconcurrentiels et qu'il n'y avait plus lieu de les interdire per se ; Qu'en décidant en l'espèce, que cette pratique était une faute d'une particulière gravité, la cour d'appel a violé les articles L 420-1 et L 464-2 II du code de commerce ;

ALORS D'AUTRE PART QUE la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence doit

être proportionnée notamment au dommage causé à l'économie du marché de référence par l'infraction qu'elle réprime ; que le dommage causé à l'économie par une entente verticale entre un fournisseur et ses distributeurs a pour mesure la part de marché de référence détenue par ce fournisseur seul affecté par la pratique anti-concurrentielle ; qu'en appréciant en l'espèce le dommage à l'économie par référence à l'ensemble du marché des produits visés par l'entente verticale et non par référence à la seule part de ce marché détenue par le fournisseur sanctionné pour entente verticale avec ses distributeurs sans justifier de façon concrète que les prix de vente au public des produits des autres fournisseurs s'en seraient trouvés affectés, la Cour d'appel a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

ALORS ENFIN QU'en retenant que le comportement de la société SONY, groupe d'envergure internationale, serait susceptible de constituer un modèle dans le secteur quand, dans cette affaire, seuls deux fabricants (sur les six, d'envergure également internationale, initialement poursuivis) sont sanctionnés, la Cour d'appel a statué par un motif inopérant en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 29 avril 2009