

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du **7 octobre 2014**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 853 F-D

Pourvoi n° P 13-19.476

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Kontiki, société par actions simplifiée, dont le siège est 14 route de Pérolier, 69570 Dardilly,

contre l'arrêt rendu le 16 mai 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

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

2°/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, domicilié DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 2 septembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président et rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Laporte, conseiller, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Mouillard, président, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Kontiki, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 mai 2013), que, créé en Allemagne en 1990 et exploité sous licence par la société allemande Depesche, qui fait fabriquer l'ensemble des produits vendus en Europe, le personnage Diddl, initialement apposé sur des cartes postales, a été décliné en une trentaine de figurines et sur des supports variés ; que la société Kontiki, distributeur exclusif des produits Diddl sur le territoire français, en a progressivement étendu la vente des magasins de cartes postales aux boutiques de cadeaux, grands magasins et magasins de jouets ; que, saisie le 7 avril 2008 par le ministre de l'Economie de pratiques mises en oeuvre par la société Kontiki et ses distributeurs dans le secteur de la distribution des gadgets et articles de fantaisie, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a, par décision n° 11-D-19 du 15 décembre 2011, dit que la société Kontiki SAS avait enfreint les dispositions de l'article 101 TFUE et de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en oeuvre avec ses distributeurs une pratique anticoncurrentielle visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl, du 1er janvier 2003 à la mi-mars 2007, et lui a infligé une sanction pécuniaire ; que la société Kontiki a formé un recours ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Kontiki fait grief à l'arrêt du rejet de son recours, alors, selon le moyen :

1°/ qu'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres que si l'accord ou la pratique abusive en cause permet, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres ; qu'en se bornant à affirmer qu'il ressort des termes mêmes de l'article 101 du TFUE que le droit de l'union est applicable à des pratiques d'ententes mêmes si celles-ci sont uniquement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si l'influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, pouvait être envisagée avec un degré de probabilité suffisant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE ;

2°/ qu'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique que si elle cloisonne les marchés nationaux ou modifie la structure de la concurrence dans le marché intérieur ; qu'en retenant, pour appliquer l'article 101 du TFUE, par des motifs adoptés, qu'il est indifférent que l'offre comme la demande de produits Diddl soient strictement nationales ou encore que la circonstance que des produits Diddl avaient pu faire l'objet d'importations parallèles par certains distributeurs français, établirait un cloisonnement du marché français, quand ces éléments démontraient au contraire que les échanges entre Etats membres n'avaient pas été affectés, la cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE ;

3°/ que la présomption simple d'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne joue que si l'entente en cause couvre effectivement la totalité d'un Etat membre ; qu'en considérant que la condition d'affectation du commerce entre Etats membres était présumée, tout en refusant de vérifier si l'entente en cause couvrirait effectivement la totalité du territoire national, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 101 du TFUE ;

Mais attendu qu'il résulte de la jurisprudence communautaire (CJUE 24 septembre 2009 Erste Group Bank/Commission C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, points 36 et s.) qu'une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un Etat membre, ayant, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, induit une forte présomption d'affectation du commerce entre les Etats membres, qui ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire ; que par motifs adoptés, l'arrêt relève, d'abord, que la pratique a consisté, pour la société Kontiki, à conclure avec des revendeurs situés en divers points du territoire national un ensemble de contrats pour la distribution des produits Diddl et concernant en particulier leurs prix de vente au détail, ainsi que les modalités d'entrée ou de sortie des revendeurs dans le réseau sur le territoire français ; qu'ayant constaté que cette politique commerciale de la société Kontiki, telle qu'elle ressortait notamment des versions successives des documents contractuels diffusés aux distributeurs, portait sur une gamme de produits susceptibles d'être vendus sur l'ensemble du territoire et régissait les relations avec l'ensemble des revendeurs, indépendamment de leur point d'implantation géographique, et qu'elle avait en outre impliqué l'utilisation d'un site Internet accessible en tout lieu du territoire, l'arrêt retient que la pratique concernait l'ensemble du territoire national, ce dont il déduit qu'elle était présumée affecter les échanges entre États membres ; qu'il ajoute que la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire n'est pas exigée, que l'exclusivité territoriale dont bénéficie la société Kontiki n'est pas absolue puisque l'enquête a montré qu'il existait des importations parallèles, et que les produits Diddl sont

importés d'Allemagne ; qu'il en déduit qu'aucune des caractéristiques de l'accord ou du contexte économique dans lequel il s'insère, parmi celles invoquées par la société Kontiki, ne permet d'écarter la présomption ; qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que la pratique couvrait le territoire national et qu'aucun des éléments invoqués par la société Kontiki ne démontrait qu'elle n'était pas susceptible d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur un courant d'échanges entre Etats membres, la cour d'appel a pu retenir qu'elle était de nature à affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses huit dernières branches :

Attendu que la société Kontiki fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que la charte Diddl signée entre la société Kontiki et certains de ses revendeurs prévoyait seulement que les prix publics conseillés par la société Kontiki étaient affichés sur le site internet www.diddl.fr (article 6) et qu'en application de son article 10 la société Kontiki « s'engage à référencer le revendeur sur la liste de revendeurs agréés Diddl et ses amis sur son site internet www.diddl.fr sous réserve que le revendeur pratique les prix publics conseillés par Kontiki » ; qu'ainsi l'article 10 de la charte subordonne seulement le référencement sur internet du distributeur au respect des prix, mais n'oblige pas ses revendeurs, de manière générale, à respecter un prix minimum imposé ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que l'accord commercial régularisé entre la société King Jouet et à l'identique avec la société Picwic prévoyait seulement que les prix publics conseillés par la société Kontiki sont affichés sur le site internet www.diddl.fr (article 6) et qu'en application de son article 12 la société Kontiki « s'engage à référencer le revendeur sur la liste de revendeurs agréés Diddl et ses amis sur son site internet www.diddl.fr sous réserve que le revendeurs pratique les prix publics conseillés par Kontiki » ; qu'ainsi l'article 12 de l'accord commercial subordonne seulement le référencement sur internet du distributeur au respect des prix, mais n'oblige pas ses revendeurs, de manière générale, à respecter un prix minimum imposé, si bien qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que, pour apprécier si un accord comporte une restriction de concurrence par objet, il convient de s'attacher non seulement à la teneur de ses dispositions mais aussi aux objectifs qu'il vise, ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; qu'en reprochant à la société Kontiki d'imposer contractuellement à ses distributeurs de respecter un prix de revente minimum tout en constatant qu'une clause du contrat « Devenez partenaire internet » diffusé parallèlement stipulait clairement que seul le

respect des prix maximum apparaissant sur internet était imposé, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

4°/ qu'en adoptant expressément la motivation de la décision de l'Autorité de la concurrence affirmant que « la charte Diddl (...) a été signée de manière systématique à l'installation de chaque nouveau revendeur à partir de 2003 », tout en constatant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas eux-mêmes signataires de la « Charte » et que tous les points de vente n'avaient pas accordé la même importance à un référencement sur le site internet, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ qu'à défaut de clauses claires et précises imposant le respect d'un prix de revente déterminé et accepté par les parties, la preuve d'une entente verticale de prix doit être rapportée par un faisceau d'indices précis, graves et concordants ; qu'en retenant, pour écarter le standard de preuve par faisceau d'indices qu'en présence de preuves documentaires contractuelles, il n'est pas besoin de recourir, au surplus, à l'étude de preuves de nature comportementale, après avoir constaté que l'Autorité de la concurrence s'était fondée non seulement sur des preuves documentaires, mais aussi sur des déclarations des distributeurs et des preuves comportementales, ce dont il résultait que l'insuffisance des preuves documentaires aurait dû la conduire à recourir à la méthode du faisceau d'indices, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

6°/ que si la démonstration d'une entente verticale anticoncurrentielle générale reprochée à un fournisseur n'exige pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente, lorsque la preuve est rapportée par un faisceau d'indices, l'entente n'est, en revanche, établie qu'entre le fournisseur et les distributeurs signataires des contrats lorsqu'elle résulte d'une clause contractuelle ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

7°/ qu'en reprochant à la société Kontiki d'avoir mis en oeuvre avec ses distributeurs une entente verticale générale visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl du 1er janvier 2003 à mi-mars 2007, tout en constatant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas signataires de la « Charte » censée sceller l'accord tarifaire entre les parties, la cour d'appel qui n'a pas tiré les

conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

8°/ qu'en affirmant péremptoirement qu'il ressort de l'enquête que les prix conseillés ou maxima étaient compris par les distributeurs comme des prix planchers, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si les relevés de prix pratiqués n'attestaient pas de prix de revente inférieurs aux prix de revente maximum conseillés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que la société Kontiki a diffusé, entre 2003 et 2007, une charte Diddl définissant les engagements respectifs de cette société et des revendeurs indépendants, dont les articles 6 et 10, combinés, stipulaient que le référencement des distributeurs sur le site Internet « Diddl.fr » était subordonné au respect effectif par ceux-ci des « prix publics conseillés », que, parallèlement, elle a conclu avec deux chaînes nationales de distribution (King Jouet et Picwic) des accords commerciaux comportant les mêmes dispositions, et que le document intitulé « Devenez partenaire Diddl sur internet », qu'elle invoquait, ne contient aucune stipulation remettant en cause, de manière non équivoque, l'obligation de respecter les prix publics conseillés résultant des contrats précités, l'arrêt retient à juste titre que le fait de conditionner le référencement des revendeurs sur Internet au respect par ces derniers des prix communiqués confère aux accords signés un objet anticoncurrentiel ;

Et attendu, en second lieu, que la démonstration d'une entente verticale anticoncurrentielle généralisée au sein d'un réseau de distribution, impliquant des distributeurs représentant une part significative de la distribution concernée, ne requiert pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente dès lors qu'il n'est pas retenu d'entente totale au sein du réseau ; qu'après avoir relevé que la charte Diddl a été signée par la majorité des revendeurs indépendants, de même que les accords commerciaux similaires par deux chaînes de distribution nationales, l'arrêt constate que l'enquête a révélé que, signataires ou non de ces documents, les distributeurs ont, de manière significative, appliqué les prix communiqués par la société Kontiki qu'ils considéraient comme des prix imposés, cependant que plusieurs détaillants, signataires ou non de la charte, ont déclaré respecter les prix « conseillés » par crainte de ne plus apparaître comme revendeur sur le site Internet ; qu'il ajoute qu'indépendamment de cette charte, les prix mentionnés comme « conseillés » ou « maximum » par la société Kontiki étaient communiqués à tous les distributeurs sur d'autres documents, notamment sur les bons de commande et les bons de livraisons, et que l'enquête a montré que ces prix, parfois pré-étiquetés par la société Kontiki sur les produits livrés aux détaillants, étaient compris par les distributeurs comme des prix planchers et appliqués dans près de neuf cas

sur dix, et ce, dans des points de vente de toute nature (revendeurs indépendants, franchisés, membres d'un réseau intégré), signataires ou non de la Charte ou des accords commerciaux ; qu'il constate enfin que certains revendeurs ont fait état de la surveillance, par la société Kontiki et par les autres distributeurs, des prix de revente pratiqués, ainsi que des pressions exercées par les représentants de la société Kontiki lorsqu'ils s'écartaient à la baisse des prix communiqués ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il ressort que les contrats conclus par la société Kontiki avec l'ensemble de ses distributeurs étaient, en raison notamment du comportement de cette dernière, généralement compris comme ayant un objet anticoncurrentiel, et dès lors qu'il était sans emport que des revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'aient pas signé la charte, qui ne s'adressait qu'aux revendeurs indépendants, la cour d'appel a pu retenir qu'une entente verticale généralisée était établie ;

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

Et sur le troisième moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches :

Attendu que la société Kontiki fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que le principe de légalité des délits et des peines interdit de prononcer de sanctions dans des conditions non justifiées ou arbitraires ; qu'en considérant que les comparaisons faites par la société Kontiki avec d'autres affaires pour démontrer le caractère excessif ou arbitraire de la sanction prononcée, étaient inopérantes, quand ces comparaisons étaient de nature à établir le caractère arbitraire de la sanction, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de son devoir de contrôle, a violé de plus fort les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 8 de la déclaration de 1789 et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2°/ que la sanction doit être proportionnée non seulement à la gravité des faits et à l'importance du dommage à l'économie, mais aussi à la situation individuelle de l'entreprise condamnée et à ses facultés contributives : qu'en effet, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ; qu'en affirmant au contraire que la requérante n'est pas fondée à se prévaloir d'une nouvelle détérioration de sa situation qui serait liée au paiement de la sanction prononcée, bien que cette circonstance soit de nature à établir la disproportion de la sanction au regard des facultés financières de la personne condamnée, la cour d'appel qui a refusé de contrôler la proportionnalité de la sanction prononcée au regard de la situation

individuelle de l'intéressée, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

3°/ que les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète des effets et de l'étendue de chaque pratique incriminée ; qu'en reprochant à la société Kontiki d'avoir mis en oeuvre avec ses distributeurs une entente verticale générale visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl du 1er janvier 2003 à mi-mars 2007, fondée pour l'essentiel sur des documents contractuels, tout en admettant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas signataires de la « Charte » censée sceller l'accord tarifaire entre les parties, ce dont il résulte que la gravité de l'entente ne pouvait être appréciée qu'au regard du poids économique des seuls revendeurs liés effectivement par les clauses contractuelles jugées anticoncurrentielles, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ que le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que l'Autorité avait, pour fixer le montant de la sanction, tenu compte de la détérioration de la situation financière de la société Kontiki, la cour d'appel a, à juste titre, refusé de modifier la sanction pour tenir compte d'une nouvelle détérioration tenant au paiement de ladite sanction, cette circonstance ayant nécessairement été prise en considération par l'Autorité ;

Attendu, en deuxième lieu, que la charte Diddl ne s'adressant qu'aux revendeurs indépendants, il ne peut être fait grief à la cour d'appel de n'avoir pas tenu compte de l'absence d'adhésion à cette charte des revendeurs appartenant à de grandes enseignes ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt retient que l'Autorité a, par d'exactes motifs qui ne sont pas utilement contestés, et tenant compte notamment de la faible élasticité au prix de la demande, estimé que le dommage causé à l'économie était de très faible importance ; qu'il suit de là qu'en énonçant que l'Autorité n'était pas tenue de chiffrer ce dommage de manière précise et en particulier de reconstituer le prix ou les prix qui

auraient prévalu en l'absence des pratiques, la cour d'appel n'a pas retenu que ce dommage était présumé ;

Et attendu, en dernier lieu, que, s'étant prononcée sur la gravité de l'entente verticale mise en oeuvre par la société Kontiki ainsi que sur le dommage à l'économie causé par la pratique, et ayant tenu compte tant de la durée de l'entente que de la situation individuelle de cette entreprise, la cour d'appel a pu, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité des sanctions, estimer que le montant de celle infligée par l'Autorité devait être maintenu ;

D'où il suit que, manquant en fait en sa dernière branche, le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu que le deuxième moyen, en sa première branche, et le troisième moyen, en sa première branche, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Kontiki aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer la somme de 3 000 euros à l'Autorité de la concurrence ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec avis de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie et des Finances ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Kontiki.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur l'application du droit communautaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société KONTIKI contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, d'avoir dit qu'il est établi que la société Kontiki SAS a enfreint les dispositions de l'article 101 TFUE et de l'article L. 420- du code de commerce en mettant en oeuvre avec ses distributeurs une pratique anticoncurrentielle visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl, du 1er janvier 2003 à la mi-mars 2007 et d'avoir infligé à celle-ci une sanction de 1,34 million d'euros ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur l'applicabilité du droit de l'Union, la société Kontiki conteste l'application en l'espèce du droit de l'Union en invoquant l'absence d'affectation du commerce intracommunautaire; qu'elle fait valoir qu'il ne peut être conclu à "une pratique mise en oeuvre sur le territoire national" car l'enquête n'a porté que sur des départements concentrés sur quatre régions françaises; qu'en outre, alors que l'application du droit de l'Union suppose que soient réunies les trois conditions cumulatives énoncées dans les "lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité" (Communication de la Commission 2004/C 101/07, JOUE du 27 avril 2004), les éléments d'appréciation retenus par l'Autorité relèvent de constructions théoriques non corroborées par l'enquête; qu'en effet, l'offre et la demande sont locales, rien ne permet d'établir que des concurrents ont été évincés et que l'entrée d'opérateurs provenant d'autres Etats membres a été rendue plus difficile ; que (cependant) c'est par d'exacts motifs que la cour adopte que la Décision (n° 91 à 97) a écarté l'argumentation que la requérante reprend devant la cour ; qu'il suffit de rappeler qu'il ressort des termes mêmes de l'article 101 du TFUE que le droit de l'Union est applicable à des pratiques d'entente même si celles-ci sont uniquement "susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres", sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire ; que la Décision ayant exactement établi que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges entre Etats membres, ces pratiques doivent être examinées, non seulement au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce, mais aussi au regard de l'article 101 du TFUE ; que le moyen doit être écarté ;

ET AUX MOTIFS EXPRESSEMENT ADOPTES QUE Kontiki soutient qu'il ne peut être fait application de l'article 101 du TFUE dans la présente espèce. Elle allègue qu'il ne peut être conclu à l'existence d'une pratique mise en oeuvre sur la totalité du territoire national dans la mesure où l'enquête a porté sur des départements contigus et non sur tous les départements français. Elle avance, par ailleurs, que les conditions rappelées par la communication n° 2004/C 101/07 de la Commission européenne du 27 avril 2004 portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004 C 101, p. 81, ci-après les « lignes directrices ») n'ont pas été établies de manière suffisamment précise en l'espèce ; que l'article 101, paragraphe 1, du TFUE prohibe les accords horizontaux ou verticaux ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ; que se fondant sur la jurisprudence européenne et à la lumière des lignes directrices, l'Autorité considère, avec constance, que trois éléments doivent être démontrés pour établir que des pratiques sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres : que l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits ou les services faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation ; que dans les cas d'ententes s'étendant à l'intégralité ou à la vaste majorité du territoire d'un État membre, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (devenu depuis le Tribunal de l'Union européenne, ci-après le « Tribunal »), dans un arrêt du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission (T-259/02 à T-264/02 et 271-02, Rec. p. II-5169, point 181) a jugé « qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un État membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire » ; que sur pourvoi, la Cour de justice a précisé à cet égard, dans un arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank/Commission (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, point 38), que : « (...) le fait qu'une entente n'ait pour objet que la commercialisation des produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté. En effet, une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité CE » ; qu'en l'espèce, la pratique en cause a consisté, pour Kontiki, à conclure un ensemble de contrats pour la distribution des produits Diddl avec des revendeurs situés en divers points du territoire national. Cet ensemble d'accords, dans la mesure où il porte sur la commercialisation et en particulier sur les prix de vente au détail des produits en cause, ainsi que sur certaines modalités d'entrée ou de sortie des revendeurs dans le réseau de

partenaires commerciaux de Kontiki sur le territoire français, est, eu égard à sa nature, à son ampleur géographique et à son économie, susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; qu'aucune des caractéristiques de l'accord ou du contexte économique dans lequel il s'insère, parmi celles invoquées par Kontiki, ne permet d'écarter cette présomption : qu'en particulier, la circonstance que l'enquête a été menée sur certains départements seulement et non sur la totalité du territoire ne peut conduire à la renverser. Il n'est en effet pas nécessaire, pour que le droit de l'Union soit applicable à une entente verticale, de démontrer que les distributeurs qu'elle concerne sont implantés en tous points du territoire national. Il doit en revanche être relevé que la politique commerciale de Kontiki, telle qu'elle ressort notamment des versions successives des documents contractuels diffusés aux distributeurs, porte sur une gamme de produits susceptibles d'être vendus par Kontiki sur l'ensemble du territoire et tend à régir les relations de cette entreprise avec la généralité de ses revendeurs, indépendamment de leur point d'implantation géographique exact. Par ailleurs, la pratique en cause a notamment impliqué l'utilisation d'un site Internet dont il n'est pas prétendu qu'il ne serait pas accessible en tout lieu du territoire ; que la pratique en cause et la politique commerciale qui la fonde n'ont, en d'autres termes, manifestement pas été conçues dans un cadre départemental ou régional, mais ont tendu à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national au sens de la jurisprudence précitée ; qu'il est également indifférent que l'offre comme la demande de produits Diddl soient strictement nationales. En effet, si Kontiki est le distributeur exclusif des produits Diddl importés d'Allemagne, cette exclusivité territoriale n'est pas absolue ; que l'enquête a révélé l'existence d'au moins un revendeur commercialisant des produits Diddl acquis directement auprès d'une société allemande (cote 723) ; que par ailleurs, l'enseigne Auchan a été en mesure de commercialiser des articles Diddl qui lui avaient été rétrocédés par un distributeur espagnol afin d'effectuer une campagne promotionnelle au cours de la rentrée scolaire 2006 ; qu'enfin et surtout, l'argument lui-même repose sur le constat que les produits Diddl sont importés d'Allemagne, élément factuel qui confirme, plus qu'il n'infirme, l'idée selon laquelle la pratique en cause peut être de nature à consolider un certain cloisonnement du marché français au sens de la jurisprudence précitée ; qu'il résulte de ce qui précède que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges entre États membres et doivent dès lors être examinées au regard de l'article 101 du TFUE (...) (Décision n° 91 à 97) ;

1°) ALORS QU'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre États membres que si l'accord ou la pratique abusive en cause permet, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres ; qu'en se bornant à affirmer qu'il ressort des termes mêmes de l'article 101 du TFUE que le droit de l'union est applicable à des pratiques

d'ententes mêmes si celles-ci sont uniquement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si l'influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, pouvait être envisagée avec un degré de probabilité suffisant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE ;

2°) ALORS QU'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique que si elle cloisonne les marchés nationaux ou modifie la structure de la concurrence dans le marché intérieur ; qu'en retenant, pour appliquer l'article 101 du TFUE, par des motifs adoptés, qu'il est indifférent que l'offre comme la demande de produits Diddl soient strictement nationales ou encore que la circonstance que des produits Diddl avaient pu faire l'objet d'importations parallèles par certains distributeurs français, établirait un cloisonnement du marché français, quand ces éléments démontraient au contraire que les échanges entre Etats membres n'avaient pas été affectés, la cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE ;

3°) ALORS QUE la présomption simple d'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne joue que si l'entente en cause couvre effectivement la totalité d'un Etat membre ; qu'en considérant que la condition d'affectation du commerce entre Etats membres était présumée, tout en refusant de vérifier si l'entente en cause couvrirait effectivement la totalité du territoire national, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 101 du TFUE.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société KONTIKI contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, ayant dit qu'il est établi que la société Kontiki SAS a enfreint les dispositions de l'article 101 TFUE et de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en oeuvre avec ses distributeurs une pratique anticoncurrentielle visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl, du 1er janvier 2003 à la mi-mars 2007 et infligé à celle-ci une sanction de 1,34 million d'euros ;

AUX MOTIFS QUE sur l'entente reprochée, la société Kontiki soutient ne pas avoir imposé les prix de revente des produits Diddl à ses distributeurs ; qu'elle expose, en premier lieu, que, contrairement à ce que retient la Décision, l'objet de la Charte Diddl n'est pas anticoncurrentiel ; que, pour contester la Décision - qui retient que la preuve du consentement des parties à une entente ayant un objet anticoncurrentiel résulte de l'existence de la Charte Diddl et des accords commerciaux signés par les parties, éclairés par

le contexte dans lequel ces documents sont intervenus et montrant que les prix qualifiés de "conseillés" ou de "maximum" par Kontiki ont été entendus, de part et d'autre, comme des prix de revente imposés par Kontiki à ses distributeurs - , la requérante fait valoir que la Décision ne pouvait se fonder sur la seule Charte Diddl, et notamment son article 10, qui ne caractérise pas une pratique de prix imposés; qu'en effet : - la diffusion de cette Charte doit être relativisée dans la mesure où cette Charte n'était pas proposée aux succursales des chaînes nationales ("les grandes enseignes" représentant plus de 40% du chiffre d'affaires de Kontiki) et n'était pas signée systématiquement par les revendeurs indépendants ("les détaillants"); - les accords commerciaux invoqués par l'Autorité comme ayant été conclus avec des chaînes nationales de distribution n'ont été proposés qu'à certains franchisés de deux enseignes et uniquement à compter de 2006 ; - l'article 10 de la Charte Diddl est limité au référencement sur Internet qui n'a pas été souhaité par de nombreux revendeurs Kontiki ; - la diffusion du document "Devenez partenaire Internet" faisant état de "prix publics conseillés maximums" a été occultée par la Décision bien qu'il s'agisse d'un document largement diffusé, signé par des détaillants auditionnés et se référant au non dépassement de ces prix ; qu'elle soutient, en second lieu, que "dès lors, en l'absence d'objet anticoncurrentiel des documents contractuels signés par la société Kontiki avec ses distributeurs, l'Autorité, pour entrer en voie de condamnation se devait de démontrer l'existence du faisceau d'indices" et ajoute qu'en tout état de cause, la Charte n'étant pas systématiquement signée par les revendeurs, l'Autorité ne pouvait conclure à l'existence d'une "pratique généralisée" sans recourir à la méthode du faisceau d'indices, ce qui aurait dû la conduire à conclure que les trois critères (évocation, surveillance et application des prix) nécessaires pour démontrer l'existence d'une concertation visant à limiter la concurrence par les prix ne sont pas réunis ; qu'il convient, à titre liminaire, de rappeler: - d'une part, que les articles 101, paragraphe I, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent notamment les ententes entre fournisseurs et distributeurs ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence; que l'objet et l'effet anticoncurrentiel sont des conditions alternatives pour apprécier si une pratique relève de ces dispositions, étant précisé qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'une pratique concertée dès lors que son objet anticoncurrentiel est établi ; qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel lorsque, en raison de sa teneur et de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à fausser ou à restreindre la concurrence au sein du marché commun ; qu'en outre, les pratiques de prix de vente imposés sont considérées par le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 comme des "restrictions caractérisées" et que, dès lors, un accord ou une pratique concertée ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter, est présumé restreindre

la concurrence; que sur ce point la Décision (n°113) rappelle utilement, à titre de guide d'analyse, le point 48 des lignes directrices n° 2010/C 130/01 de la Commission du 19 mai 2010 citant des exemples d'imposition d'un prix de vente par des moyens indirects ; - d'autre part, que la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente exprimant leur volonté commune de se comporter sur le marché de manière déterminée; qu'aux termes de la jurisprudence rappelée par la Décision (n° 106 et suivants) : la preuve d'un tel accord "doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord" ; qu'en outre, la preuve d'un accord peut être constituée par des preuves directes (tel qu'un écrit) ou indirectes (tel qu'un comportement) et qu'en présence de preuves documentaires ou contractuelles, il n'est pas besoin de recourir, au surplus, à l'étude de preuve de nature comportementale ; qu'en l'espèce,, contrairement à ce que soutient la requérante, pour retenir l'existence d'un accord de volontés entre la société Kontiki et ses distributeurs pour considérer les prix de vente des produits Diddl aux consommateurs qualifiés par la société Kontiki de "prix publics conseillés" ou de "prix maximum" comme des prix fixes imposés, la Décision (n° 114 à 117) s'est fondée non seulement sur la Charte Diddl, mais encore sur un ensemble d'autres documents et accords commerciaux (Cf Décision n° 12 à 40) dont la compréhension par les parties est éclairée par des éléments précisant le contexte dans lequel ils sont intervenus et tirés notamment de déclarations de distributeurs et du comportement sur le marché des parties à l'accord qui ont respecté ou fait respecter les prix communiqués par la société Kontiki (Cf Décision n° 44 à 49, n° 74 à 89) ; que s'agissant de la Charte Diddl évoquée par la requérante, cette Charte définit les engagements respectifs de la société Kontiki et des revendeurs indépendants de produits Diddl ; qu'il résulte de la combinaison des articles 6 et 10 de la version de cette Charte diffusée par la requérante entre 2003 et début 2007 que le référencement des distributeurs sur le site Internet "Diddl.fr" était subordonné au respect effectif par ceux-ci des "prix publics conseillés"; qu'en outre, parallèlement à cette Charte conclue avec les distributeurs indépendants, la société Kontiki a conclu avec deux chaînes nationales de distribution (King Jouet et Picwic) des accords commerciaux comportant les mêmes dispositions; qu'ainsi que le relève la Décision, le fait de conditionner le référencement des revendeurs sur Internet au respect par ces derniers des prix communiqués confère aux accords signés un objet anticoncurrentiel ; qu'il est inopérant à cet égard pour la requérante d'invoquer le fait qu'en pratique, certains clients de la société Kontiki n'étaient pas intéressés par un tel référencement de leur point de vente sur le site Internet alors que la Charte était signée par la majorité des revendeurs

indépendants, de même que les accords commerciaux similaires par deux chaînes de distribution nationales et que, signataires ou non de ces documents, les distributeurs ont, de manière significative, appliqué les prix communiqués par la société Kontiki qu'ils considéraient comme des prix imposés; qu'en outre, plusieurs détaillants, signataires ou non de la Charte, ont déclaré respecter les prix "conseillés" par crainte de ne plus apparaître comme revendeur sur le site Internet (ainsi par exemple la Carterie dans l'Yonne) ; que c'est également en vain que la requérante entend "relativiser" la diffusion de la Charte Diddl ; qu'en effet, il ressort de l'enquête que la Charte a été largement diffusée et signée par les distributeurs indépendants à partir de 2003 ; qu'en outre, indépendamment de cette Charte, les prix mentionnés comme "conseillés" ou "maximum" par la société Kontiki étaient communiqués à tous les distributeurs sur d'autres documents et notamment sur les bons de commande et les bons de livraisons; que l'enquête a montré que ces prix étaient compris par les distributeurs comme des prix planchers, parfois pré-étiquetés par Kontiki sur les produits Diddl livrés aux détaillants, et appliqués dans près de 9 cas sur 10 et ce, dans des points de vente de toute nature (revendeurs indépendants, franchisés, membres d'un réseau intégré), signataires ou non de la Charte ou des accords commerciaux; qu'au surplus, certains revendeurs ont fait état de surveillance par Kontiki et par les autres distributeurs des prix de revente pratiqués et de pressions exercées par les représentants de la société Kontiki lorsqu'ils s'écartaient à la baisse des prix communiqués (Cf Décision n° 51 à 73 et 78 à 89) ; qu'enfin, c'est à tort que la requérante soutient que la diffusion du document "Devenez partenaire Internet" faisant état de "prix publics conseillés maximums" a été occultée par la Décision; que la cour se réfère sur ce point à la Décision (n°25 à 27 et 118) dont les motifs ne sont pas utilement contredits ; qu'en second lieu, que dès lors que la Décision établit à suffisance l'accord de la société Kontiki et de ses distributeurs pour considérer comme des prix imposés les prix mentionnés comme "conseillés" ou "maximum" dans les documents contractuels, la requérante n'est pas fondée, s'agissant d'une pratique de prix de vente imposés, à soutenir que ces documents, et en particulier la Charte Diddl discutée, n'avaient pas d'objet anticoncurrentiel ; que la société Kontiki ne peut, en outre, tirer argument du fait que cette Charte n'était pas signée par l'ensemble des distributeurs pour reprocher à l'Autorité de ne pas avoir eu recours à la méthode dite du "faisceau d'indices"; que la preuve d'un accord ayant un objet anticoncurrentiel résultant directement de documents contractuels tels que compris tant par la société Kontiki que par ses distributeurs, les arguments invoqués par la requérante pour soutenir que les trois indices d'une entente sur les prix ne sont pas réunis sont inopérants ; qu'il résulte de tout ce qui précède que c'est à juste titre que la Décision retient que la société Kontiki a enfreint les dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce en mettant en oeuvre avec ses distributeurs une pratique anticoncurrentielle visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl du 1^{er} janvier 2003 à mi mars 2007 ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes ne sont pas eux-mêmes signataires de la "Charte" et que tous les points de vente n'ont pas accordé la même importance à un référencement sur le site Internet (...); que la décision (de l'Autorité de la concurrence) a pris en compte le fait que la surveillance des prix par les commerciaux de la société Kontiki n'a pas été assortie de mesures coercitives (...) (p. 7);

1°) ALORS QUE la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif; qu'en se fondant sur les dispositions du règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 et lignes directrices n° 2010 C 130/01 de la commission du 19 mai 2010 citant des exemples d'imposition d'un prix de vente par des moyens indirects, pour décider que l'Autorité de la concurrence avait valablement établi l'existence d'une entente verticale de prix ayant un objet anticoncurrentiel entre la société Kontiki et ses distributeurs du 1er janvier 2003 à la mi-mars 2007, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil, ensemble les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne;

2°) ALORS QUE la charte Diddl signée entre la société Kontiki et certains de ses revendeurs prévoyait seulement que les prix publics conseillés par la société Kontiki étaient affichés sur le site internet www.diddl.fr (article 6) et qu'en application de son article 10 la société Kontiki « s'engage à référencer le revendeur sur la liste de revendeurs agréés Diddl et ses amis sur son site internet www.diddl.fr sous réserve que le revendeur pratique les prix publics conseillés par Kontiki »; qu'ainsi l'article 10 de la charte subordonne seulement le référencement sur internet du distributeur au respect des prix, mais n'oblige pas ses revendeurs, de manière générale, à respecter un prix minimum imposé; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil;

3°) ALORS QUE l'accord commercial régularisé entre la société King Jouet et à l'identique avec la société Picwic prévoyait seulement que les prix publics conseillés par la société Kontiki sont affichés sur le site internet www.diddl.fr (article 6) et qu'en application de son article 12 la société Kontiki « s'engage à référencer le revendeur sur la liste de revendeurs agréés Diddl et ses amis sur son site internet www.diddl.fr sous réserve que le revendeurs pratique les prix publics conseillés par Kontiki »; qu'ainsi l'article 12 de l'accord commercial subordonne seulement le référencement sur internet du distributeur au respect des prix, mais n'oblige pas ses revendeurs, de manière générale, à respecter un prix minimum imposé, si bien qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil :

4°) ALORS QUE pour apprécier si un accord comporte une restriction de concurrence par objet, il convient de s'attacher non seulement à la teneur de ses dispositions mais aussi aux objectifs qu'il vise, ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; qu'en reprochant à la société Kontiki d'imposer contractuellement à ses distributeurs de respecter un prix de revente minimum tout en constatant qu'une clause du contrat Devenez partenaire internet diffusé parallèlement stipulait clairement que seul le respect des prix maximum apparaissant sur internet était imposé, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

5°) ALORS QU'en adoptant expressément la motivation de la décision de l'Autorité de la concurrence affirmant que « la charte Diddl (...) a été signée de manière systématique à l'installation de chaque nouveau revendeur à partir de 2003 », tout en constatant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas eux-mêmes signataires de la "Charte" et que tous les points de vente n'avaient pas accordé la même importance à un référencement sur le site internet, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du code de commerce ;

6°) ALORS QU'à défaut de clauses claires et précises imposant le respect d'un prix de revente déterminé et accepté par les parties, la preuve d'une entente verticale de prix doit être rapportée par un faisceau d'indices précis, graves et concordants ; qu'en retenant, pour écarter le standard de preuve par faisceau d'indices qu'en présence de preuves documentaires contractuelles, il n'est pas besoin de recourir, au surplus, à l'étude de preuves de nature comportementale, après avoir constaté que l'Autorité de la concurrence s'était fondée non seulement sur des preuves documentaires, mais aussi sur des déclarations des distributeurs et des preuves comportementales, ce dont il résultait que l'insuffisance des preuves documentaires aurait dû la conduire à recourir à la méthode du faisceau d'indices, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

7°) ALORS QUE si la démonstration d'une entente verticale anticoncurrentielle générale reprochée à un fournisseur n'exige pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente, lorsque la preuve est rapportée par un faisceau d'indices, l'entente n'est, en revanche, établie qu'entre le fournisseur et les distributeurs signataires des contrats lorsqu'elle résulte d'une clause contractuelle ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

8°) ALORS QU'en reprochant à la société Kontiki d'avoir mis en oeuvre avec ses distributeurs une entente verticale générale visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl du 1^{er} janvier 2003 à mi .mars 2007, tout en constatant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas signataires de la "Charte" censée sceller l'accord tarifaire entre les parties, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

9°) ALORS QU'en affirmant péremptoirement qu'il ressort de l'enquête que les prix conseillés ou maxima étaient compris par les distributeurs comme des prix planchers, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si les relevés de prix pratiqués n'attestaient pas de prix de revente inférieurs aux prix de revente maximum conseillés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L 420-1 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société KONTIKI contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, ayant dit qu'il est établi que la société Kontiki SAS a enfreint les dispositions de l'article 101 TFUE et de l'article L. 420- du code de commerce en mettant en oeuvre avec ses distributeurs une pratique anticoncurrentielle visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl, du 1er janvier 2003 à la mi-mars 2007 et infligé à celle-ci une sanction de 1,34 million d'euros ;

AUX MOTIFS QUE sur la sanction, à titre subsidiaire, la requérante demande à la cour de réduire de manière substantielle le montant de la sanction prononcée à son encontre par l'Autorité; qu'elle fait, en premier lieu, valoir, que la gravité de la pratique qui lui est reprochée doit être relativisée en ce que, d'une part cette pratique ne peut être qualifiée de généralisée dès lors que la "Charte Diddl" n'a été diffusée qu'auprès des détaillants et que la clause litigieuse ne pouvait concerner les vendeurs non présents sur le site Internet Diddl, en ce que, d'autre part, la demande n'est pas vulnérable car ce n'est pas l'enfant, mais le parent qui réalise l'acte d'achat et le refuse s'il considère le prix trop élevé, en ce qu'enfin, elle n'a exercé ni pressions, ni menaces à l'encontre de ses revendeurs; qu'elle invoque, en deuxième lieu, l'absence de tout dommage causé à l'économie; qu'elle fait valoir en ce sens, d'une part, que la pratique reprochée n'a pas entraîné une hausse des prix des articles Diddl, prix qui n'ont pas baissé en 2008 lorsqu'elle a cessé de diffuser des prix maximum conseillé et prix qui comportaient, pour les détaillants, une marge similaire à celle habituellement pratiquée pour des articles analogues, étant ajouté que la demande était élastique au prix,

d'autre part, que la valeur des ventes ne peut être arrêtée par référence à son chiffre d'affaires total de 2005/2006 mais doit l'être par référence au chiffre d'affaires qu'elle a réalisé avec les seuls signataires de la "Charte" présents sur Internet et ce, sur une moyenne des années en cause, enfin que le taux de 9% retenu par la Décision est excessif eu égard non seulement au dommage indiqué comme ayant été causé à l'économie mais encore à celui appliqué dans d'autres affaires d'ententes; qu'en dernier lieu, elle reproche à l'Autorité de ne pas avoir tenu compte à bon escient de sa situation individuelle, situation qui s'est encore dégradée depuis la Décision, étant ajouté que la perte enregistrée en 2012 du fait notamment du paiement partiel de l'amende entrave sa capacité à réaliser les investissements nécessaires à son développement ; qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce: "Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [livre VI du titre IV du code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction" ; qu'en en premier lieu, sur la gravité de la pratique, ainsi qu'il a été vu la "Charte" signée par les distributeurs indépendants à partir de 2003 et les accords commerciaux ont permis de sceller l'acquiescement tant des distributeurs que de certaines chaînes nationales de distribution dans des documents contraignants et les prix des articles Diddl, mentionnés sur des documents contractuels et également diffusés sur le site "Diddl.fr", ont été compris par les distributeurs, qu'ils soient indépendants ou sous enseigne et donc signataires ou non de la "Charte" comme des prix imposés; qu'ainsi que le retient la Décision (n°139), le fait que l'entente ait été, pour l'essentiel, assise sur des documents contractuels a facilité sa généralisation, et ce, bien que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes ne soient pas eux-mêmes signataires de la "Charte" et que tous les points de vente n'aient pas accordé la même importance à un référencement sur le site Internet Diddl ; que, par ailleurs, si ce sont les parents qui, le plus souvent, effectuent l'acte d'achat d'articles ou gadgets destinés à des enfants et pré-adolescents, clientèle vulnérable, le rôle de prescripteurs d'achat des enfants auprès de leurs parents ne peut être sérieusement contesté d'autant que les produits en cause, commercialisés à un prix moyen faible, ont rencontré auprès des enfants un tel succès que s'est développé un phénomène de mode qualifié de "Diddl-rnania" ; qu'enfin, la Décision a pris en compte le fait que la surveillance des prix par les commerciaux de la société Kontiki n'a pas été assortie de mesures coercitives (Cf n° 117 et 141) ; qu'il en résulte que la requérante n'est pas fondée à contester les conclusions de la Décision, étant observé que, tout en relevant la gravité par nature et la durée de l'entente verticale en cause, l'Autorité en a tempéré la gravité eu égard à ses modalités concrètes (Cf n° 137, 138 et 142) ; qu'en deuxième lieu, c'est par d'exactes motifs, qui ne sont pas utilement contestés et que la cour adopte

(n° 143 et suivants), que la Décision conclut que la pratique mise en oeuvre par Kontiki et ses distributeurs a causé à l'économie un dommage de très faible importance; que ce n'est donc que pour répondre aux arguments repris devant la cour qu'il est observé que l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer de manière précise le dommage à l'économie et en particulier de reconstituer le prix ou les prix qui auraient prévalu en l'absence des pratiques, que les comparaisons invoquées ne sont pas significatives s'agissant de produits dont les volumes de ventes ont été liés à un phénomène de mode et dont les prix, identiques, ont été pratiqués par des distributeurs dont les marges ne sont pas semblables et que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision a caractérisé la faible élasticité au prix de la demande des produits en cause pour lesquels il n'existait pas, compte tenu du phénomène de mode qu'ils ont suscités, de réels substituts ; que par ailleurs, la Décision ne peut être critiquée en ce qu'elle a tenu compte, afin de déterminer une sanction proportionnée tant à la gravité des faits qu'elle a établie qu'au faible dommage causé à l'économie, de la valeur des ventes de l'ensemble des produits et articles à l'effigie de Diddl, qui, ainsi qu'il a été dit, sont tous concernés par les pratiques en cause, étant rappelé que ces produits ont représenté jusqu'à 100% du chiffre d'affaires de la société Kontiki et que le montant de la valeur des ventes du dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction (58 millions euros pour la période du 1^{er} juillet 2005 au 30 juin 2006) représente également la moyenne de la valeur des ventes pour les années complètes d'infraction (2004, 2005 et 2006) ; que la proportion de 9% de la valeur des ventes de produits Diddl réalisées par la requérante lors de l'exercice 2006, retenu par la Décision pour déterminer le "montant de base" de la sanction - montant qui ne reflète pas seulement l'appréciation par l'Autorité du dommage à l'économie, mais tient aussi compte de la gravité de la pratique .n'apparaît pas excessive; que les arguments tirés par la requérante des proportions retenues dans d'autres affaires sont inopérants, la sanction devant être déterminée dans chaque affaire en fonction des seuls critères légaux ; qu'en dernier lieu, contrairement à ce qui est soutenu, l'adaptation à la baisse par la Décision du montant de base de la sanction ne démontre ni l'absence de gravité de la pratique, ni l'absence de tout dommage causé à l'économie; qu'en diminuant à hauteur de 90% ledit montant, l'Autorité a exactement pris en compte la situation très particulière de la société Kontiki qui, alors qu'elle réalisait durant les pratiques la quasi-intégralité de son chiffre d'affaires avec les produits en cause, a subi une contraction brutale et significative de ses ventes du fait de l'essoufflement du phénomène de mode des produits Diddl (Cf n°165) ; que la requérante n'est pas fondée à se prévaloir d'une nouvelle détérioration de sa situation qui serait liée au paiement de la sanction prononcée ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les moyens développés par la requérante ne sont pas fondés et que son recours ne peut qu'être rejeté ;

1°) ALORS QUE le principe de légalité des délits et des peines interdit le prononcé de sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux et impose de contrôler les conditions dans lesquelles les critères de détermination de la sanction ont été appliqués : qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement se fonder, pour infliger une sanction pécuniaire de 1.34 million d'euros, à la société Kontiki au titre d'une entente couvrant la période du 1er janvier 2003 à la mi mars 2007, sur les dispositions d'un communiqué de procédure édicté par elle en mai 2011, dont la société condamnée ne pouvait pas avoir connaissance au moment des faits, la cour d'appel a violé les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 8 de la déclaration de 1789 et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2°) ALORS QUE le principe de légalité des délits et des peines interdit de prononcer de sanctions dans des conditions non justifiées ou arbitraires : qu'en considérant que les comparaisons faites par la société Kontiki avec d'autres affaires pour démontrer le caractère excessif ou arbitraire de la sanction prononcée, étaient inopérantes, quand ces comparaisons étaient de nature à établir le caractère arbitraire de la sanction, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de son devoir de contrôle, a violé de plus fort les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 8 de la déclaration de 1789 et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

3°) ALORS QUE la sanction doit être proportionnée non seulement à la gravité des faits et à l'importance du dommage à l'économie, mais aussi à la situation individuelle de l'entreprise condamnée et à ses facultés contributives : qu'en effet, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ; qu'en affirmant au contraire que la requérante n'est pas fondée à se prévaloir d'une nouvelle détérioration de sa situation qui serait liée au paiement de la sanction prononcée, bien que cette circonstance soit de nature à établir la disproportion de la sanction au regard des facultés financières de la personne condamnée, la cour d'appel qui a refusé de contrôler la proportionnalité de la sanction prononcée au regard de la situation individuelle de l'intéressée, a violé l'article L 464-2 du code de commerce, ensemble les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

4°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète des effets et de l'étendue de chaque pratique incriminée ; qu'en reprochant à la société Kontiki d'avoir mis en oeuvre avec ses distributeurs une entente verticale générale visant à fixer les prix de revente aux consommateurs des articles Diddl du 1er janvier 2003 à mi .mars 2007,

fondée pour l'essentiel sur des documents contractuels, tout en admettant que certains revendeurs appartenant à de grandes enseignes n'étaient pas signataires de la "Charte" censée sceller l'accord tarifaire entre les parties, ce dont il résulte que la gravité de l'entente ne pouvait être appréciée qu'au regard du poids économique des seuls revendeurs liés effectivement par les clauses contractuelles jugées anticoncurrentielles, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464-2 du code de commerce.;

5°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce.