

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **27 mars 2019**

Rejet et cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 219 FS-D

Pourvois n° E 16-26.472

X 16-25.936 - C 16-26.470

D 16-26.471 - F 16-26.473

G 16-26.475 - N 16-26.479

P 16-26.480 - N 16-26.502

B 16-26.515 - D 16-26.586

JONCTION

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 :

I - Statuant sur le pourvoi n° E 16-26.472 formé par :

1°/ la société L'Oréal, société anonyme, dont le siège est  
14 rue Royale, 75008 Paris, agissant tant en son nom personnel que venant  
aux droits de la société Lascad,

2°/ la société Lascad, société en nom collectif, dont le siège est  
30 rue d'Alsace, 92300 Levallois-Perret,

contre l'arrêt n° RG : 15/01673 rendu le 27 octobre 2016 par la cour d'appel  
de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

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

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes - DGCCRF, bâtiment 5, télédéc 252, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

parties intervenantes :

1°/ la société SC Johnson & Son Inc., dont le siège est 1525 Howe St, Racine 53403 WI (États-Unis),

2°/ la société SC Johnson, société par actions simplifiée, dont le siège est 2-8 rue Sarah Bernhardt, 92600 Asnières-sur-Seine

II - Statuant sur le pourvoi n° X 16-25.936 formé par :

1°/ la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,

2°/ la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée, venant aux droits de la société Topaze,

3°/ la société Unilever France, société par actions simplifiée, ayant toutes trois leur siège 20 rue des Deux Gares, 92500 Rueil-Malmaison,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

3°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en son parquet général, 34 quai des Orfèvres, 75055 Paris cedex 01,

4°/ à la société Beiersdorf AG, société de droit étranger, dont le siège est Unnastrasse 48, 20245 Hambourg (Allemagne),

5°/ à la société Beiersdorf Holding France,

6°/ à la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,

ayant toutes deux leur siège 118 avenue de France, 75013 Paris,

7°/ à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

8°/ à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

ayant toutes deux leur siège 38 rue Victor Basch, 91300 Massy,

9°/ à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique, dont le siège est 103-105 Bath Road, Slough Berkshire SL1, 3UH (Royaume-Uni),

10°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle,

11°/ à la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,  
ayant toutes deux leur siège 60 avenue de l'Europe , 92270 Bois-Colombes,

12°/ à la société Colgate Palmolive Company (Delaware USA), dont le siège est 300 Park Avenue, 10022 New-York (États-Unis),

13°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

14°/ à la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique, dont le siège est 1 rue Camille Desmoulin, 92130 Issy-les-Moulineaux,

15°/ à la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, dont le siège est 151-161 boulevard Victor Hugo, 93400 Saint-Ouen, devenue la société Essity Operations France,

16°/ à la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand, dont le siège est Henkelstrasse 67, 40191 Düsseldorf (Allemagne),

17°/ à la société Henkel France, société par actions simplifiée, dont le siège est 161 rue de Silly, 92100 Boulogne-Billancourt,

18°/ à la société L'Oréal, société anonyme,

19°/ à la société Lascad, société en nom collectif,

20°/ à la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain, dont le siège est 400 S. Jefferson Street, Chicago - Illinois (États-Unis),

21°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée, dont le siège est 11 avenue Dubonnet, immeuble Le Doublon, 92400 Courbevoie,

22°/ à la société Bolton Manitoba SPA, dont le siège est Via Pirelli 0019 CA, 20124 Milano (Italie),

23°/ à la société Procter & Gamble Company, dont le siège est Hamilton Country, Cincinnati, 45202 Ohio (États-Unis),

24°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

25°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

ayant toutes deux leur siège 163-165 quai Aulagnier, 92600 Asnières-sur-Seine,

26°/ à la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,

27°/ à la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

ayant toutes deux leur siège 1 rue Camille Desmoulins, 92130 Issy-les-Moulineaux,

28°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,

29°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

défendeurs à la cassation ;

III - Statuant sur le pourvoi n° C 16-26.470 formé par :

1°/ la société Procter & Gamble Company,

2°/ la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

3°/ la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,  
défendeurs à la cassation ;

parties intervenantes :

1°/ la société SC Johnson & Son Inc.,

2°/ la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

IV - Statuant sur le pourvoi n° D 16-26.471 formé par :

1°/ la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

2°/ la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

3°/ la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,  
défendeurs à la cassation ;

parties intervenantes :

1°/ la société SC Johnson & Son Inc.,

2°/ la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

V - Statuant sur le pourvoi n° F 16-26.473 formé par la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain,

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

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

défendeurs à la cassation ;

parties intervenantes :

1°/ la société SC Johnson & Son Inc.,

2°/ la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

VI - Statuant sur le pourvoi n° G 16-26.475 formé par :

1°/ la société Beiersdorf AG, société de droit étranger,

2°/ la société Beiersdorf Holding France,

3°/ la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

3°/ à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

4°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle,

5°/ à la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,

6°/ à la société Colgate Palmolive Company,

7°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

8°/ à la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique,

9°/ à la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, devenue la société Essity Operations France,

10°/ à la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand,

11°/ à la société Henkel France, société par actions simplifiée,

12°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,

13°/ à la société Unilever France, société par actions simplifiée,

14°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée, venant aux droits de la société Topaze,

15°/ à la société L'Oréal, société anonyme,

16°/ à la société Lascad, société en nom collectif,

17°/ à la société The Hillshire Brands Company, société droit américain,

18°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,

19°/ à la société Bolton Manitoba SPA,

20°/ à la société Procter & Gamble Company,

21°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

22°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

23°/ à la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,

24°/ à la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

25°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,

26°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

27°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

28°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris,

29°/ à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,

défendeurs à la cassation ;

VII - Statuant sur le pourvoi n° N 16-26.479 formé par :

1°/ la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand,

2°/ la société Henkel France, société par actions simplifiée,  
contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

3°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris,

4°/ à la société Beiersdorf AG, société de droit étranger,

5°/ à la société Beiersdorf Holding France,

6°/ à la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,

7°/ à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

8°/ à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

9°/ à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,

10°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

11°/ à la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,

12°/ à la société Colgate Palmolive Company,

13°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

14°/ à la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique,

15°/ à la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, devenue la société Essity Operations France,

16°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,

17°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée, venant aux droits de la société Topaze,

18°/ à la société Unilever France, société par actions simplifiée,

19°/ à la société L'Oréal, société anonyme,

20°/ à la société Lascad, société en nom collectif,

21°/ à la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain,

22°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,

23°/ à la société Bolton Manitoba SPA,

24°/ à la société Procter & Gamble Company,

25°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

26°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

27°/ à la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,

28°/ à la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

29°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,

30°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,  
défendeurs à la cassation ;

VIII - Statuant sur le pourvoi n° P 16-26.480 formé par :

1°/ la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique,

2°/ la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, devenue la société Essity Operations France,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie et des finances,

3°/ à la société Beiersdorf AG, société de droit étranger,

4°/ à la société Beiersdorf Holding France,

5°/ à la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,

6°/ à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

7°/ à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

8°/ à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,

9°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle,

10°/ à la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,

11°/ à la société Colgate Palmolive Company,

12°/ à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

13°/ à la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand,

14°/ à la société Henkel France, société par actions simplifiée,

15°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,

16°/ à la société Unilever France, société par actions simplifiée,

17°/ à la société L'Oréal, société anonyme,

18°/ à la société Lascad, société en nom collectif,

19°/ à la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain,

20°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,

21°/ à la société Bolton Manitoba SPA,

22°/ à la société Procter & Gamble Company,

23°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

24°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

25°/ à la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,

26°/ à la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

27°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,

28°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

29°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris,

défendeurs à la cassation ;

IX - Statuant sur le pourvoi n° N 16-26.502 formé par :

1°/ la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,

2°/ la société Bolton Manitoba SPA,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

3°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris,

défendeurs à la cassation ;

parties intervenantes :

1°/ la société SC Johnson & Son Inc.,

2°/ la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

X - Statuant sur le pourvoi n° B 16-26.515 formé par :

1°/ la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle,

2°/ la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,

3°/ la société Colgate Palmolive Company,

4°/ la société Colgate palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1°/ à la société Beiersdorf AG, société de droit étranger,

2°/ à la société Beiersdorf Holding France,

3°/ à la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,

4°/ à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,

5°/ à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,

6°/ à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,

7°/ à la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, devenue la société Essity Operations France,

8°/ à la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand,

9°/ à la société Henkel France, société par actions simplifiée,

10°/ à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,

- 11°/ à la société Unilever France, société par actions simplifiée,
- 12°/ à la société L'Oréal, société anonyme,
- 13°/ à la société Lascad, société en nom collectif,
- 14°/ à la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain,
- 15°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,
- 16°/ à la société Bolton Manitoba SPA,
- 17°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,
- 18°/ à la société Procter & Gamble Company,
- 19°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,
- 20°/ à la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,
- 21°/ à la société Johnson & Johnson Santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,
- 22°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,
- 23°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,
- 24°/ au président de l'Autorité de la concurrence,
- 25°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,
- 26°/ à la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique,
- défendeurs à la cassation ;

XI - Statuant sur le pourvoi n° D 16-26.586 formé par :

- 1°/ la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France, société par actions simplifiée,
- 2°/ la société Johnson & Johnson santé Beauté France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

- 1° à la société Beiersdorf AG, société de droit étranger,
- 2° à la société Beiersdorf Holding France,
- 3° à la société Beiersdorf, société par actions simplifiée,
- 4° à la société Reckitt Benckiser France, société par actions simplifiée,
- 5° à la société RB Holding Europe du Sud, société en nom collectif,
- 6° à la société Reckitt Benckiser PLC, société de droit britannique,
- 7° à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle,
- 8° à la société Colgate Palmolive Services, société anonyme,
- 9° à la société Colgate Palmolive Company,
- 10° à la société Colgate Palmolive, société par actions simplifiée unipersonnelle, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France,
- 11° à la société Vania Expansion, société par actions simplifiée à associé unique,
- 12° à la société SCA Tissue France, société par actions simplifiée à capital variable, devenue Essity Operations France,
- 13° à la société Henkel AG & Co KGaA, société en commandite par actions de droit allemand,
- 14° à la société Henkel France, société par actions simplifiée,
- 15° à la société Unilever France Holdings, société par actions simplifiée,
- 16° à la société Unilever France, société par actions simplifiée,
- 17° à la société L'Oréal, société anonyme,
- 18° à la société Lascad, société en nom collectif,

19°/ à la société The Hillshire Brands Company, société de droit américain,

20°/ à la société Bolton Solitaire, société par actions simplifiée,

21°/ à la société Bolton Manitoba SPA,

22°/ à la société Procter & Gamble Company,

23°/ à la société Procter & Gamble France, société par actions simplifiée,

24°/ à la société Procter & Gamble Holding France, société par actions simplifiée,

25°/ à la société SC Johnson & Son Inc.,

26°/ à la société SC Johnson, société par actions simplifiée,

27°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

28°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

29°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesse au pourvoi n° E 16-26.472 invoquent, à l'appui de leur recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderesse au pourvoi n° X 16-25.936 invoquent, à l'appui de leur recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderesse au pourvoi n° C 16-26.470 invoquent, à l'appui de leur recours, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderesse au pourvoi n° D 16-26.471 invoquent, à l'appui de leur recours, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° F 16-26.473 invoque, à l'appui de son recours, six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderesse au pourvoi n° G 16-26.475 invoquent, à l'appui de leur recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderessees au pourvoi n° N 16-26.479 invoquent, à l'appui de leur recours, neuf moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderessees au pourvoi n° P 16-26.480 invoquent, à l'appui de leur recours, trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderessees au pourvoi n° N 16-26.502 invoquent, à l'appui de leur recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderessees au pourvoi n° B 16-26.515 invoquent, à l'appui de leur recours, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demanderessees au pourvoi n° D16-26.586 invoquent, à l'appui de leur recours, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 22 janvier 2019, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mmes Laporte, Darbois, Orsini, M. Cayrol, Mmes Champalaune, Daubigney, Sudre, conseillers, M. Gauthier, Mme de Cabarrus, conseillers référendaires, Mme Beaudonnet, avocat général, Mme Labat, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés L'Oréal agissant tant en son nom personnel que venant aux droits de la société Lascad, Procter & Gamble Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble Holding France, Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud, Reckitt Benckiser PLC et The Hillshire Brands Company, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat des sociétés Unilever France, Unilever France Holdings et Unilever France Holdings, venant aux droits de la société Topaze, Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France, et Beiersdorf, de la SCP Delvolvé et Trichet, avocat des sociétés Colgate Palmolive, Colgate Palmolive Services, Colgate Palmolive Company et Colgate Palmolive venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France, de la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat des sociétés Vania Expansion et Essity Operations France, de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat des sociétés Henkel AG & Co KGaA et Henkel France, de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat des sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba SPA, de la SCP Spinosi et Sureau, avocat des sociétés Johnson & Johnson Consumer Holdings France et Johnson & Johnson Santé Beauté France, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils

souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n<sup>os</sup> E16-26.472, X 16-25.936, C 16-26.470, D 16-26.471, F 16-26.473, G 16-26.475, N 16-26.479, P 16-26.480, N 16-26.502, B 16-26.515, et D 16-26.586, qui attaquent le même arrêt ;

Donne acte aux sociétés Henkel AG & Co KGaA et Henkel France du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre les sociétés Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France, Beiersdorf, Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud, Reckitt Benckiser PLC, Colgate Palmolive, Colgate Palmolive Services, Colgate Palmolive Company, Colgate Palmolive, Vania Expansion, SCA Tissue France, Unilever France Holdings, Unilever France Holdings, Unilever France, L'Oréal, Lascad, The Hillshire Brands Company, Bolton Solitaire, Bolton Manitoba SPA, Procter & Gamble Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble Holding France, Johnson & Johnson Consumer Holdings France, Johnson & Johnson Santé Beauté France, SC Johnson & Son Inc. et SC Johnson, et aux sociétés Johnson & Johnson Consumer Holdings France et Johnson & Johnson Santé Beauté France du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre les sociétés Henkel AG & Co KGaA et Henkel France, Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France, Beiersdorf, Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud, Reckitt Benckiser PLC, Colgate Palmolive, Colgate Palmolive Services, Colgate Palmolive Company, Colgate Palmolive, Unilever France Holdings, Unilever France, L'Oréal, Lascad, The Hillshire Brands Company, Bolton Solitaire, Bolton Manitoba SPA, Procter & Gamble Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble Holding France, SC Johnson & Son Inc. et SC Johnson ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'une demande de clémence déposée par les sociétés SC Johnson & Son Inc. et SC Johnson SAS (les sociétés Johnson), relative au secteur des produits d'entretien et des insecticides ménagers (le secteur des produits d'entretien) en France, puis de deux demandes déposées par la société Colgate Palmolive, l'une dans ce même secteur, l'autre dans celui des produits d'hygiène et des soins du corps (le secteur des produits d'hygiène) et enfin de deux demandes déposées par la société Henkel AG & Co KGaA, respectivement dans chacun des secteurs, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a notifié des griefs le 22 mai 2013 à treize entreprises, dont dix ont demandé le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs ; que l'Autorité a, par décision n<sup>o</sup> 14-D-19 du 18 décembre 2014, dit établi que les sociétés Colgate Palmolive, Colgate Palmolive services, Colgate Palmolive Company, (les sociétés Colgate), les sociétés Henkel France et Henkel AG & Co KGaA (les sociétés Henkel), les sociétés Topaze, Unilever France Holdings et Unilever France (les sociétés Unilever), les sociétés Procter & Gamble Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble Holding France (les sociétés Procter), les sociétés Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud,

Reckitt Benckiser PLC (les sociétés Reckitt), la société The Hillshire Brands Company (la société Hillshire), les sociétés Johnson et les sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba SPA (les sociétés Bolton) avaient enfreint les dispositions des articles 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du code de commerce, en participant, entre le mois de janvier 2003 et le 3 février 2006, chacune dans la mesure définie par la décision, à une entente unique, complexe et continue sur le marché français de l'approvisionnement en produits d'entretien, qui visait à maintenir leurs marges par une concertation sur les prix de ces produits à l'égard de la grande distribution ; que par cette même décision, l'Autorité a dit établi que les sociétés Colgate, Henkel, Unilever, Procter et Reckitt, la société Hillshire, la société Johnson & Johnson Santé Beauté France (la société Johnson santé), les sociétés L'Oréal et Lascad, les sociétés Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France et Beiersdorf (les sociétés Beiersdorf), la société Vania Expansion (la société Vania), la société SCA Tissue France devenue Essity Operations France (la société Tissue) et la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France (la société Johnson Consumer) avaient enfreint les dispositions des articles 101, paragraphe 1 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, en participant, entre le 22 janvier 2003 et le 3 février 2006, chacune dans la mesure indiquée dans la décision, à une entente unique, complexe et continue sur le marché français de l'approvisionnement en produits d'hygiène, qui visait à maintenir leurs marges par une concertation sur les prix de ces produits à l'égard de la grande distribution ; que des sanctions pécuniaires ont été prononcées, les sociétés Johnson, Colgate et Henkel ayant bénéficié d'une exonération au titre de la procédure de clémence ; que la société Colgate Palmolive est venue aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France (la société Sara Lee), filiale de la société Hillshire à l'époque des pratiques ; que la société Unilever France Holdings est venue aux droits de la société Topaze ; que les sociétés Procter étaient poursuivies en leur nom et en tant que venant aux droits des sociétés du groupe Gillette ; que, saisie de recours en annulation, subsidiairement en réformation, la cour d'appel les a rejetés à l'exception de ceux formés par les sociétés Lascad, Procter et Henkel, pour lesquelles elle a réduit le montant de la sanction ; qu'à la suite d'une opération de fusion-absorption, la société L'Oréal vient aux droits de la société Lascad ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° N 16-26.479 :

Attendu que les sociétés Henkel font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen, *qu'en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; qu'en vertu de l'article L. 461-2 du code de commerce aucun membre de l'Autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt, cet intérêt pouvant naître de la décision qui sera rendue ; que les sociétés Henkel ont demandé l'annulation de la décision de l'Autorité du 18 décembre 2014 en*

*raison de la présence, parmi les membres du collège qui l'avait rendue, de Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, présidente de longue date d'une des rares associations de consommateurs ayant vocation à intenter des actions de groupe en réparation des préjudices causés aux consommateurs à la suite d'une décision de condamnation de l'Autorité ; qu'en rejetant cette demande, aux motifs inopérants que la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV) n'était pas partie à la procédure devant l'Autorité et n'avait pas à ce jour manifesté son intention d'introduire une action de groupe contre une entreprise mise en cause, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

Mais attendu qu'ayant relevé que Mme Mader-Saussaye, présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV), avait été nommée membre du collège de l'Autorité au titre des personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation, la cour d'appel, devant laquelle les sociétés Henkel ne soutenaient pas avoir ignoré, avant l'ouverture de la séance de l'Autorité, la qualité de Mme Mader-Saussaye, dont elles n'ont pas contesté la présence au sein de la formation appelée à statuer sur les griefs notifiés, a pu écarter le grief tiré de l'atteinte à l'impartialité objective du collège ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen de ce même pourvoi :

Attendu que les sociétés Henkel font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

*1°/ que le collège de l'Autorité ne peut refuser d'appliquer la méthode d'estimation du dommage causé à l'économie sur laquelle le service d'instruction de l'Autorité et l'entreprise poursuivie se sont accordées ; que le collège de l'Autorité ne pouvait refuser de prendre en compte les études économétriques que le service d'instruction et les sociétés Henkel considéraient d'un commun accord comme fiables et appropriées pour estimer le dommage causé à l'économie ; qu'en refusant d'annuler la décision contestée, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;*

*2°/ qu'en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, le collège de l'Autorité ne peut contredire le service d'instruction de cette Autorité au détriment des entreprises poursuivies ; qu'ainsi le collège de l'Autorité ne peut refuser d'appliquer la méthode d'estimation du dommage causé à l'économie sur laquelle le service d'instruction de l'Autorité et les entreprises en cause se sont accordées ; qu'en refusant d'annuler la décision contestée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

*3°/ qu'en vertu des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, L. 463-1 du code de commerce et 16 du code de procédure civile, le collège de l'Autorité ne peut refuser d'appliquer la méthode d'estimation du dommage causé à l'économie sur laquelle le service d'instruction de l'Autorité et l'entreprise poursuivie se sont accordées sans provoquer au préalable les observations de ces dernières ; qu'en écartant les études économétriques sans provoquer un nouveau débat contradictoire au sujet de l'évaluation du dommage causé à l'économie, le collège de l'Autorité a méconnu le principe du contradictoire ; qu'en refusant d'annuler la décision contestée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

Mais attendu, en premier lieu, que, contrairement au postulat du moyen, pris en ses première et deuxième branches, l'Autorité n'est pas liée, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, par la méthode d'évaluation du dommage causé à l'économie sur laquelle le service d'instruction et l'entreprise poursuivie se sont accordés ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt retient exactement que l'Autorité est libre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et dès lors qu'elle en expose les motifs, d'écarter les éléments de preuve qu'elle estime ne pas être suffisamment probants, sans avoir à inviter les parties à en débattre ; qu'après avoir constaté que l'Autorité avait précisé, aux points 1400 et suivants de sa décision, les motifs pour lesquels elle estimait que les études économétriques retenues par les services de l'instruction n'étaient pas fiables, la cour d'appel a, à bon droit, retenu qu'aucune atteinte au principe de la contradiction n'était établie ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° F 16-26.473 :

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

*1°/ que les garanties de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'imposent à l'Autorité sans distinguer selon que la poursuite s'exerce contre une personne physique ou une personne morale ; qu'en affirmant au contraire pour refuser à la société américaine Hillshire le bénéfice des dispositions de l'article 6, § 3, a) de la Convention, que la décision de l'Autorité « n'intervient pas au terme d'une procédure pénale proprement dite et ne vise pas en l'espèce des personnes physiques mais des personnes morales réputées disposer, en règle générale, de ressources plus importantes pour assurer leur défense », la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

*2°/ que si un accusé étranger n'est pas fondé à réclamer la traduction de la totalité du dossier, la partie poursuivante est, en revanche,*

*tenue de lui fournir une traduction de l'acte d'accusation qui lui est adressé lorsqu'il est démontré ou qu'il y a des raisons de croire qu'il ne connaît pas assez la langue dans laquelle ce document lui est communiqué ; que cette règle bénéficie à tout accusé sans distinguer selon que celui-ci est une personne physique ou morale ; qu'ainsi, la remise d'un acte d'accusation établi dans une langue étrangère pour l'intéressé constitue une violation des dispositions de l'article 6, § 3, a) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'il est établi que le requérant ne possède pas suffisamment cette langue pour saisir la portée de l'acte lui notifiant les accusations formulées contre lui ; qu'en considérant au contraire que l'Autorité n'avait pas méconnu les dispositions précitées en adressant à la société Hillshire une notification de griefs valant acte d'accusation après avoir admis que cette notification a été adressée en français à la société Hillshire, dont le siège se situe aux Etats-Unis d'Amérique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;*

*3°/ que lorsqu'une traduction de l'acte d'accusation est nécessaire, les frais occasionnés par cette traduction sont à la charge de l'État poursuivant et ne doivent pas être supportés par l'accusé ; qu'en affirmant au contraire, pour considérer que l'Autorité avait pu se dispenser de faire traduire en anglais la notification de griefs qu'elle a adressée aux Etats Unis d'Amérique à la société Hillshire, que cette dernière « disposait d'importants moyens financiers et humains lui permettant de prendre connaissance de la notification de griefs dans un délai lui permettant de répondre utilement aux griefs qui lui ont été adressés », la cour d'appel a violé de plus fort l'article 6, § 3, a) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

Mais attendu qu'après avoir énoncé que le fait qu'un acte d'accusation soit rédigé dans une langue étrangère ne constitue pas une violation des dispositions de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'il est établi que l'intéressé possède suffisamment cette langue pour saisir la portée de l'acte lui notifiant les accusations formulées contre lui, l'arrêt constate que la société Hillshire a bénéficié d'un délai prolongé, de trois mois au lieu de deux, pour répondre à la notification des griefs établie en langue française, conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, puis d'une même prorogation pour répondre au rapport ; qu'il relève que cette société disposait d'importants moyens financiers et humains, lui permettant de prendre connaissance de la notification de griefs dans un délai suffisant pour répondre utilement aux griefs qui lui ont été adressés, qu'elle a élu domicile chez un conseil, spécialiste du droit français et européen de la concurrence, lequel a pu l'éclairer sur la portée des infractions qui lui étaient reprochées et lui proposer une stratégie et des éléments de défense dans les délais impartis ; qu'il constate encore que la simple lecture de ses observations à la suite de la notification des griefs, puis

du rapport, atteste de sa parfaite compréhension des pratiques qui lui étaient reprochées ; qu'il relève enfin qu'elle ne fait état d'aucun point qui aurait été pour elle obscur ou confus en raison d'une difficulté de traduction ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas exclu l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux personnes morales, ni méconnu les conséquences légales de ses constatations, a pu retenir qu'aucune atteinte aux droits de la défense de la société Hillshire n'était caractérisée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second deuxième moyen de ce même pourvoi, pris en sa première branche :

Attendu que la société Hillshire fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, *que méconnaît le principe de l'égalité des armes, le juge qui prive une partie d'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ; qu'en affirmant, pour considérer que le principe de l'égalité des armes n'était pas applicable en l'espèce, que les sociétés mises en cause ne sont pas adversaires les unes des autres, quand la société Colgate Palmolive qui a ensuite repris les activités de la société Sara Lee était directement à l'origine, pour obtenir une immunité d'amende, de la dénonciation de l'entente reprochée à la société Sara Lee dans le secteur de l'hygiène et avait contribué à établir celle relevée dans le secteur de l'entretien - l'une et l'autre ayant été imputées à la société Hillshire en tant que société mère de Sara Lee - ce qui conférerait à la société Colgate Palmolive la qualité d'adversaire des autres sociétés poursuivies et spécialement de la société Hillshire en tant qu'elle avait délibérément apporté son concours aux accusations portées contre elles, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

Mais attendu que la procédure de clémence ayant été introduite dans la législation en vue de faciliter la recherche des preuves, pour lutter plus efficacement contre des pratiques qui portent atteinte à l'économie et aux intérêts des consommateurs, et le législateur ayant placé, à cette fin, le demandeur de clémence, dans la mesure de sa coopération, dans une position procédurale différente de celle des entreprises qui ont participé à la même infraction mais n'ont pas fait le choix de la révéler auprès de l'Autorité, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette procédure, qui ne confère pas aux entreprises poursuivies la qualité d'adversaires les unes des autres, et peut conduire celles qui en bénéficient à fournir des éléments de preuve de nature à atténuer la participation de certaines d'entre elles ou la gravité des pratiques dénoncées, ne crée pas, en elle-même, une atteinte au principe de l'égalité des armes, au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le même moyen, pris en ses deuxième à sixième branches :

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

*1°/ que méconnaît le principe de l'égalité de traitement qui s'impose en matière d'amende, le juge de la concurrence qui applique un standard de preuve différent pour imputer à deux sociétés mères distinctes une entente réalisée par des filiales dont elles détenaient l'une et l'autre au moment des faits la totalité du capital ; qu'en décidant que l'Autorité avait pu appliquer à la société Hillshire la présomption d'imputabilité de l'infraction reprochée à son ancienne filiale, tout en écartant cette même présomption au profit d'Unilever en relevant que la société Unilever France Holdings, société mère à 99,99 % de la société Lever Fabergé France, auteur des pratiques, était détenue, à parité, indirectement, par les sociétés Unilever NV et Unilever PLC, mais que l'instruction n'avait pas permis d'établir l'influence déterminante de ces dernières sur l'auteur des pratiques et sa société mère française, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE L. 420-1 du code et L. 464-2 du code de commerce ;*

*2°/ qu'en affirmant, pour considérer que la doctrine de l'Autorité sur les conditions de la présomption, d'imputation aux sociétés mères des infractions commises par leurs filiales détenues à 100 % n'aurait pas été modifiée que les règles d'imputation des infractions à l'article 81 CE, devenu 101 du TFUE, étaient déjà applicables à l'époque à laquelle l'infraction a été commise quand la Cour de justice a expressément reconnu au contraire que la jurisprudence portant sur le point de savoir si le contrôle par une société mère de l'ensemble du capital de sa filiale permettait, à lui seul, de faire jouer la présomption, alors même qu'elle n'avait pas été renversée, et si ledit contrôle était ainsi suffisant aux fins de démontrer l'exercice effectif d'une influence déterminante par une société mère sur sa filiale était encore à cette époque très incertaine, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce ;*

*3°/ que le juge de la concurrence peut librement décider de ne pas appliquer la présomption réfragable selon laquelle une société mère qui détient la totalité du capital d'une filiale, exerce sur celle-ci une influence déterminante ; qu'en considérant que l'Autorité pourrait avoir commis une erreur en refusant d'appliquer aux sociétés Unilever la présomption d'influence déterminante qui aurait permis de leur imputer le comportement de leur filiale, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE L. 420-1 du code et L. 464-2 du code de commerce ;*

*4°/ que la présomption qu'une société mère a exercé une influence déterminante sur sa filiale qui a commis l'infraction n'est pas irréfragable ; que dans ses conclusions d'appel, la société Hillshire avait*

*expressément fait valoir que la présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale n'était pas irréfragable avant d'exposer les raisons pour lesquelles elle n'avait, en l'espèce, exercé aucune influence sur le comportement de sa filiale française ; qu'en affirmant au contraire « qu'en tout état de cause, la société Hillshire ne prétend ni encore moins ne démontre que la société Sara Lee disposait d'une autonomie de décision permettant de considérer que sa société mère n'exerçait pas sur elle une influence déterminante », la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;*

*5°/ que dans son exposé des moyens, la société Hillshire avait expressément démontré – organigramme du groupe Unilever, présentation du groupe par Unilever et décision de la Commission à l'appui - que les sociétés Unilever NV et Unilever PLC contrôlant indirectement ensemble à 100% la filiale française du groupe et l'auteur des pratiques, exerçaient bien, contrairement à ce qu'a retenu l'Autorité une influence déterminante sur la totalité du groupe Unilever et spécialement sur les sociétés françaises mises en cause ; qu'en se bornant à affirmer, à l'instar de l'Autorité, que l'instruction n'avait pas permis d'établir l'influence déterminante des sociétés Unilever NV et Unilever PLC sur la société Unilever France Holdings, société mère à 99,99 % de la société Lever Fabergé France, auteur des pratiques, sans répondre à ces conclusions déterminantes ni examiner même sommairement les pièces produites, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé que lorsqu'une société mère détient, directement ou indirectement, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, auteur des comportements anticoncurrentiels, il existe, du fait de l'entreprise unique qu'elles forment, une présomption réfragable que cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, justifiant qu'elles soient tenues solidairement au paiement de l'amende, sauf pour cette société à rapporter la preuve que sa filiale s'est comportée de façon autonome sur le marché, l'arrêt relève, d'abord, que ces règles d'imputation étaient applicables à l'époque des faits ; qu'il constate, ensuite, que le capital de la société Sara Lee était indirectement détenu par la société Hillshire à 100% et retient, par une analyse souveraine des éléments de la cause et sans méconnaître les termes du litige, que cette dernière ne démontre pas que la société Sara Lee disposait d'une autonomie de décision ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la preuve de liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la société mère à sa filiale permettant à cette dernière de déterminer de façon autonome sa ligne d'action sur le marché n'était pas rapportée, la cour d'appel a pu déduire que les comportements de la société Sara Lee étaient imputables à la société Hillshire, qui en était la société mère à la date à laquelle les pratiques litigieuses avaient été commises ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant constaté que le capital de la société Sara Lee était indirectement détenu par la société Hillshire, à 100 %, tandis que celui de la société Lever Fabergé France, également auteur des pratiques, était détenu à 99,99 % par la société Unilever France Holdings, dont le capital était détenu, à parité, indirectement, par les sociétés Unilever NV et Unilever PLC, la cour d'appel, qui a fait ressortir que les sociétés en cause, bien que soumises aux mêmes règles, étaient dans des situations différentes, justifiant le traitement distinct qui leur a été réservé, en a justement déduit que le principe d'égalité de traitement n'avait pas été méconnu ;

Et attendu, en troisième lieu, que la société Hillshire est sans intérêt à critiquer l'analyse faite, par la cour d'appel, de la situation d'une société tierce, sans incidence sur la décision en ce qu'elle la concerne ;

D'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° F 16-26.473, pris en ses sixième et septième branches :

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

*1°/ que la distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; que la nocivité d'une pratique dispensant le juge de rechercher ses effets anticoncurrentiels doit être appréciée « à l'égard de la concurrence » et après examen du contexte économique et juridique dans lequel celle-ci est intervenue ; que pour apprécier le contexte économique et juridique dans lequel l'entente s'insère le juge doit notamment prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question ; qu'en refusant au contraire de tenir compte du contexte économique et juridique réglant les relations entre fournisseurs et distributeurs au moment des pratiques en cause ainsi que de la puissance d'achat des distributeurs pour apprécier l'objet anticoncurrentiel des pratiques en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*2°/ que la distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; que la nocivité d'une pratique dispensant le juge de rechercher ses effets anticoncurrentiels doit être appréciée « à l'égard de la concurrence » et*

*après examen du contexte économique et juridique dans lequel celle-ci est intervenue ; que pour apprécier le contexte économique et juridique dans lequel l'entente s'insère le juge doit notamment prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché ou des marchés en question ; qu'en refusant de tenir compte du contexte économique et juridique réglant les relations entre fournisseurs et distributeurs au moment des pratiques en cause ainsi que de la puissance d'achat des distributeurs, pour apprécier l'objet anticoncurrentiel des pratiques en cause, tout en admettant qu'il « est exact que la mise en oeuvre de la loi Galland avait, ainsi qu'il a été décrit dans les développements relatifs au contexte dans lequel les pratiques se sont développées, conduit à un équilibre collusif tacite auquel les pouvoirs publics ont tenté de remédier par trois réformes législatives et réglementaires (Circulaire Dutreil du 16 mai 2003 – Engagement du 17 juin 2004, dit engagement Sarkozy – Loi Galland (Dutreil) du 2 août 2005) », que « les pouvoirs publics ont procédé à ces réformes en impliquant les partenaires du secteur concerné, c'est-à-dire les fournisseurs, leurs associations et les représentants de la grande distribution » (§ 259), « que le contexte législatif et réglementaire d'alors (a) été source d'incertitudes juridiques (§ 262) ou encore que « l'accès au linéaire de la grande distribution constitue une ressource rare (et que) ce pouvoir se manifestait dans les cas les plus extrêmes par des menaces de déréférencement de produits ou des déréférencements effectifs » (§ 328), 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 ;*

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève l'implication dans les pratiques litigieuses d'entreprises dont la part de marché, dans leurs secteurs respectifs, était de près des deux tiers, ainsi que le caractère peu concurrentiel et la stabilité de parts de marché caractérisant ces secteurs, ce dont il déduit que toute forme de collusion entre les fournisseurs avait nécessairement une incidence sur le fonctionnement d'une concurrence déjà limitée et peu susceptible d'être dynamisée par de nouveaux entrants ou le comportement des consommateurs finals ; qu'il constate que l'offre sur les marchés d'approvisionnement en produits d'hygiène et en produits d'entretien n'est pas atomisée puisque 70 % du chiffre d'affaires global du secteur des produits d'hygiène et 60 % de celui des produits d'entretien sont réalisés par les huit premiers acteurs du marché pour l'hygiène et les cinq premiers pour l'entretien, qui sont, pour les deux secteurs, des acteurs de dimension mondiale ; qu'il retient que la circonstance qu'un marché soit réglementé n'empêche pas la concurrence de s'appliquer dans les interstices de liberté et que, si ces circonstances peuvent éventuellement être prises en compte au niveau de la fixation de l'amende, elles ne peuvent en aucun cas disculper l'entreprise ; qu'il ajoute que s'il est exact que la « loi Galland » a conduit à un équilibre tacite, auquel les pouvoirs publics ont tenté de remédier par trois réformes associant les différents partenaires,

l'organisation de réunions par les pouvoirs publics ne saurait être considérée comme une incitation à une concertation anticoncurrentielle, d'autant que l'objectif de ceux-ci était de réintroduire le jeu de la concurrence dans le secteur et que, s'il y a lieu de comprendre l'argument de la société Hillshire comme signifiant que le contexte juridique était de nature à entraîner les entreprises des deux secteurs concernés à se rencontrer et à débattre de la mise en oeuvre de l'engagement du 17 juin 2004, cet argument est dépourvu de fondement, dès lors que ni l'engagement, ni la lutte contre les marges arrières et leurs effets néfastes sur les prix ne justifiaient que des industriels de ces secteurs se concertent comme ils l'ont fait ; qu'il relève encore qu'à supposer que le contexte législatif et réglementaire ait été source d'incertitudes, d'autres voies que celle de la concertation anticoncurrentielle auraient permis aux fournisseurs de lever les doutes, à commencer par la formulation de demandes de réponses aux services de la DGCCRF ou la saisine des organisations professionnelles ; qu'il en déduit que ni le contexte normatif, ni le rôle tenu par les pouvoirs publics n'étaient de nature à expliquer voire à encourager les pratiques reprochées aux entreprises ; qu'il retient enfin que si les distributeurs disposaient eux-mêmes d'un fort pouvoir de négociation et d'une puissance de marché, les pratiques reprochées ont été élaborées et mises en oeuvre de façon à déjouer ce pouvoir de négociation, la grande distribution étant privée, dans ces circonstances, de la possibilité d'animer la concurrence entre les fournisseurs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que les éléments du contexte économique et juridique des pratiques reprochées ont été pris en compte, la cour d'appel n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations en retenant l'existence d'une infraction par objet ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° E16-26.472 et le troisième moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches, du pourvoi n° F 16-26.473, réunis :

Attendu que les sociétés L'Oréal et Hillshire font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que lorsque qu'une entreprise n'a pas participé à l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction unique, complexe et continue, sa participation à cette infraction n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle avait connaissance non seulement de l'existence d'un plan d'ensemble mais aussi de la portée générale et des caractéristiques essentielles de cette entente globale ; qu'ainsi la participation d'une entreprise à une infraction unique complexe et continue ne saurait être caractérisée, lorsqu'il apparaît qu'elle s'est abstenue de toute participation à l'entente pendant une longue période et/ou qu'elle n'a participé qu'à une partie seulement des réunions jugées ensuite anticoncurrentielles ; qu'en considérant que la société L'Oréal avait participé à une entente unique, complexe et continue mise en oeuvre du 22 janvier 2003 au 3 février 2006*

*tout en constatant que la société L'Oréal a, entre avril 2003 et le 24 mars 2004 et entre octobre 2005 et le 3 février 2006, personnellement participé aux pratiques constitutives de l'infraction unique, complexe et continue décrite ci-dessus, dans le cadre du Cercle Team PCP, à l'exclusion des pratiques organisées dans le cadre du Cercle des Amis à compter du 26 janvier 2006 », qu'elle n'a participé qu'à huit réunions sur un total de vingt-quatre du Cercle Team PCP, sur une période d'un an et un mois, cette période étant scindée en deux périodes de participation d'avril 2003 au 24 mars 2004, puis d'octobre 2005 au 3 février 2006, ce dont il résulte qu'elle n'a pas participé à l'ensemble des réunions anticoncurrentielles et s'est même abstenue de toute participation à l'entente du 24 mars 2004 au mois d'octobre 2005 pendant l'engagement « Sarkozy » ce qui fait obstacle à toute condamnation de L'Oréal au titre d'une participation à une entente unique complexe et continue seule retenue par la notification des griefs, 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 ;*

*2°/ que pour qu'une pratique anticoncurrentielle puisse être regardée comme continue le juge doit constater l'existence d'une volonté commune persistante des membres de l'entente de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; que la continuité de l'infraction suppose donc de démontrer que celle-ci est caractérisée en tous ses éléments à intervalles suffisamment réguliers ; que l'absence de désignation d'un salarié chargé de représenter une société atteste de la non-participation de la société à l'entente ou de sa volonté de se distancier ; qu'en affirmant pour considérer que la société L'Oréal avait participé à une entente unique, complexe et continue mise en oeuvre du 22 janvier 2003 au 3 février 2006, que « la circonstance que la participation à l'entente complexe de la société L'Oréal ait été suspendue pendant dix-neuf mois et que celle-ci n'ait pas participé aux réunions consécutives à l'engagement du 17 juin 2004 n'empêche pas sa participation à l'entente complexe et continue » dans la mesure où malgré la suspension, la société L'Oréal a démontré sa nouvelle adhésion, en reprenant sa participation selon les mêmes modalités par l'intermédiaire de M. Arnaize, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*3°/ que pour qu'une pratique anticoncurrentielle puisse être regardée comme continue le juge doit constater l'existence d'une volonté commune persistante des membres de l'entente de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; que la continuité de l'infraction suppose donc de démontrer que celle-ci est caractérisée en tous ses éléments à intervalles suffisamment réguliers ; que l'absence de désignation d'un salarié chargé de représenter une société atteste de la non-participation de la société à l'entente ou de sa volonté de se distancier ; qu'en affirmant pour considérer que la société L'Oréal avait participé à une entente unique, complexe et continue mise en oeuvre du 22 janvier 2003 au 3 février 2006,*

que la société L'Oréal a démontré sa nouvelle adhésion, en reprenant sa participation selon les mêmes modalités par l'intermédiaire de M. Arnaize, après avoir constaté que si la société L'Oréal avait dans un premier temps été représentée à l'entente par l'un de ses salariés, elle aurait ensuite, après avoir suspendu sa participation, été représentée par un salarié de l'une de ses filiales, ce dont il résultait que les modalités de sa participation à l'entente étaient différentes, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ que si l'application de l'article 101 TFUE ne suppose pas une action ou même une connaissance de l'entente des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée, il est cependant nécessaire, pour que la participation d'une société à une entente soit établie qu'elle résulte de l'action d'une personne autorisée à agir pour le compte de l'entreprise ou en connaissance de cause de la société concernée ; que dès lors, en affirmant que « l'ignorance de la société L'Oréal quant aux agissements de ses représentants, à la supposer démontrée, ne l'exonère pas de sa responsabilité », ou encore que la circonstance que M. Arnaize n'ait pas été mandaté par la société L'Oréal ou la société Lascad, est indifférente, ses actions engageant automatiquement la responsabilité des sociétés qu'il représentait, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que si l'application de l'article 101 TFUE ne suppose pas une action ou même une connaissance de l'entente des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée, il est cependant nécessaire, pour que la participation d'une société à une entente soit établie qu'elle résulte de l'action d'une personne autorisée à agir pour le compte de l'entreprise ou en connaissance de cause de la société concernée ; qu'en affirmant, pour retenir que la société L'Oréal avait été représentée à l'entente par M. Arnaize que celui-ci était considéré par plusieurs autres participants à l'entente comme le représentant des sociétés L'Oréal et Lascad, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à démontrer que M. Arnaize qui n'était pas salarié de la société L'Oréal était autorisé à agir pour le compte de chacune des deux sociétés, a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

6°/ que dans ses conclusions d'appel, l'Autorité a expressément souligné qu'elle « n'a pas retenu la responsabilité de L'Oréal au regard de sa participation à l'entente unique considérée dans son ensemble (et) qu'elle n'a retenu la participation de L'Oréal que pour les seules pratiques concertées auxquelles elle a directement participé et a écarté sa responsabilité au titre des autres pratiques concertées constitutives de l'entente unique auxquelles elle n'a pas participé » ; qu'en refusant de tirer les conséquences des écritures de l'Autorité pour persister à reprocher à la société L'Oréal d'avoir participé à un « plan d'ensemble » ou encore à « une

*entente unique, complexe et continue », la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;*

*7°/ que lorsque qu'une entreprise n'a pas participé à l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction unique, complexe et continue, sa participation à cette infraction n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle avait connaissance non seulement de l'existence d'un plan d'ensemble mais aussi de la portée générale et des caractéristiques essentielles de cette entente globale ; qu'il ressort expressément du dispositif de la décision confirmée que la société Hillshire a été sanctionnée en tant que société mère de la société Sara Lee au moment des faits pour avoir participé entre janvier 2003 et février 2006 à deux à ententes uniques, complexes et continues sur les marchés des produits d'entretien et d'hygiène visant à maintenir les marges des fournisseurs par une concertation sur les prix des produits pratiqués à l'égard de la grande distribution ; qu'en affirmant au contraire, pour décider que l'Autorité n'avait pas à établir que la société Sara Lee avait connaissance des différents volets de l'entente unique dans chacun des deux secteurs, ni son adhésion ou sa conscience d'adhésion à chacune des deux ententes uniques et au « plan d'ensemble » que la mise en cause de la société Sara Lee n'a été retenue que pour les seules pratiques concertées auxquelles elle a directement participé, c'est-à-dire celles relatives aux échanges dans le cadre du Cercle des Amis et elle a été écartée pour ce qui concerne les autres pratiques concertées constitutives de l'infraction unique auxquelles elle n'a pas participé, quand la société Hillshire a été condamnée en tant que société mère de Sara Lee pour avoir participé à deux ententes uniques complexes et continues, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;*

*8°/ que lorsque qu'une entreprise n'a pas participé à l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction unique, complexe et continue, sa participation à cette infraction n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle avait connaissance non seulement de l'existence d'un plan d'ensemble mais aussi de la portée générale et des caractéristiques essentielles de cette entente globale ; qu'ainsi la participation d'une entreprise à une infraction unique complexe et continue ne saurait être caractérisée, lorsqu'il apparaît qu'elle n'a participé qu'à une partie seulement des réunions jugées ensuite anticoncurrentielles et n'a pas eu connaissance des autres volets de l'entente et de l'existence d'un plan d'ensemble ; qu'en confirmant la décision déferée ayant condamné la société Hillshire en tant que société mère de la société Sara Lee au moment des faits pour avoir participé entre janvier 2003 et février 2006 à deux ententes uniques, complexes et continues sur les marchés des produits d'entretien et d'hygiène visant à maintenir les marges des fournisseurs par une concertation sur les prix des produits pratiqués à l'égard de la grande distribution, tout en constatant que l'Autorité s'était abstenue de vérifier que la société Sara Lee avait eu connaissance des différents volets de l'entente et avait adhéré à un*

*plan d'ensemble, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*9°/ que lorsque qu'une entreprise n'a pas participé à l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction unique, complexe et continue, sa participation à cette infraction n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle avait connaissance non seulement de l'existence d'un plan d'ensemble mais aussi de la portée générale et des caractéristiques essentielles de cette entente globale ; qu'ainsi la participation d'une entreprise à une infraction unique complexe et continue ne saurait être caractérisée, lorsqu'il apparaît qu'elle n'a participé qu'à une partie seulement des réunions jugées ensuite anticoncurrentielles et n'a pas eu connaissance des autres volets de l'entente et de l'existence d'un plan d'ensemble ; qu'en retenant, pour confirmer la décision déferée ayant condamné la société Hillshire en tant que société mère de la société Sara Lee au moment des faits pour avoir participé entre janvier 2003 et février 2006 à deux ententes uniques, complexes et continues sur les marchés des produits d'entretien et d'hygiène visant à maintenir les marges des fournisseurs par une concertation sur les prix des produits pratiqués à l'égard de la grande distribution, que « les parties se sont coordonnées par l'adoption d'une position commune entre les cinq grands leaders du secteur de l'entretien », quand la société Sara Lee n'a jamais participé à ces réunions de concertation, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*10°/ qu'un accord ne peut être qualifié d'action concertée ou d'entente que s'il est établi que des parties y ont librement consenti et que la seule présence d'une entreprise à une réunion entre concurrents ne suffit pas à établir son adhésion effective à une entente ; qu'en affirmant au contraire, pour reprocher à la société Sara Lee d'avoir participé à deux ententes uniques complexes et continues qu'il importe peu que l'adhésion à l'engagement Sarkozy ait ou non été impérative, puisque, quand bien même les entreprises ne se seraient-elles pas estimées libres de ne pas y souscrire, elles en faussaient les effets par leurs échanges d'informations relatifs à la façon dont elles entendaient l'exécuter ou encore que la participation, même passive d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à prouver sa participation à l'entente, sauf si cette entreprise démontre qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques en s'en distanciant publiquement, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*11°/ qu'en se bornant à reprocher à la société Sara Lee d'avoir faussé les effets de l'engagement Sarkozy en participant aux réunions « Cercle des Amis », sans vérifier comme elle y avait été invitée, la nature de cet engagement voulu et imposé par les pouvoirs publics et sa conformité intrinsèque aux règles de concurrence, la cour d'appel a privé sa décision au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, que la constatation de l'existence d'un accord restrictif de concurrence ne nécessite pas la preuve de la connaissance de celui-ci par les associés ou dirigeants principaux, ni celle d'un mandat donné par l'entreprise à un employé, mais peut résulter de l'action d'une personne autorisée à agir pour le compte de l'entreprise, (CJUE, 7 février 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c/ Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12 points 25, 28), que s'il n'était pas permis d'assimiler les personnes physiques aux entreprises qu'elles représentent lors des réunions anticoncurrentielles, l'interdiction posée par l'article 81 CE (devenu 101 TFUE) deviendrait impossible à faire respecter et que la présence aux réunions caractérisant la responsabilité de l'entreprise peut être le fait d'un employé ou d'un représentant (TUE, 12 décembre 2014, Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen KG c/Commission européenne, T-550/08) ; que l'arrêt relève que le groupe L'Oréal était toujours représenté par un salarié unique parlant au nom de la société mère et de la filiale, que la plupart des participants considéraient ce salarié de la société Lascad comme parlant au nom des deux sociétés, que les informations qu'il a communiquées portaient sur le chiffre d'affaires et les tarifs des deux sociétés ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a fait ressortir que ce salarié agissait, à l'égard des concurrents, et de manière habituelle, au nom des deux sociétés, de sorte que l'existence d'une autorisation, fût-elle tacite, pouvait être présumée, a pu approuver l'Autorité d'avoir retenu que la participation de la société L'Oréal à l'entente dans le secteur de l'hygiène était établie ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt, qui a souverainement apprécié l'existence de la participation de la société Sara Lee à onze des treize réunions du Cercle des Amis, et sa participation à des échanges secrets lui apportant des éléments de nature à fausser le jeu de la concurrence, retient qu'il importe peu que l'adhésion à « l'engagement Sarkozy » ait ou non été impérative, puisque les entreprises en faussaient les effets par leurs échanges d'informations ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer la recherche, inopérante, invoquée par la onzième branche, a pu retenir la participation de la société Sara Lee à l'infraction ;

Attendu, en troisième lieu, que la participation d'une entreprise à une infraction unique, complexe et continue est établie s'il est démontré que cette entreprise a entendu contribuer, par son propre comportement, aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements envisagés ou mis en oeuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir, et qu'elle était prête à en accepter le risque ; que si une entreprise a directement pris part à un ou plusieurs des comportements anticoncurrentiels composant une infraction unique et continue, mais qu'il n'est pas établi que, par son propre comportement, elle entendait contribuer à l'ensemble des objectifs communs poursuivis par les

autres participants à l'entente et qu'elle avait connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par lesdits participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque, il ne peut lui être imputé la responsabilité que des seuls comportements auxquels elle a directement participé et des comportements envisagés ou mis en œuvre par les autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs que ceux qu'elle poursuivait et dont il est prouvé qu'elle avait connaissance ou pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque (CJUE, 6 décembre 2012, Commission européenne c/ Verhuizingen Coppens NV, C-441/11P, point 44) ; qu'après avoir retenu l'existence d'un plan d'ensemble auquel ont concouru les pratiques concertées, l'arrêt constate que les sociétés Sara Lee et L'Oréal n'ont été mises en cause que pour les seules de ces pratiques auxquelles elles ont directement participé ; qu'il retient qu'en prenant part aux pratiques concertées, par sa participation, entre avril 2003 et le 24 mars 2004 et entre octobre 2005 et le 3 février 2006, aux réunions du Cercle Team PCP et, entre le 26 janvier et le 3 février 2006, à celle du Cercle des Amis, la société L'Oréal a contribué à la poursuite du plan d'ensemble et que, bien qu'elle ait suspendu sa participation, elle a démontré sa nouvelle adhésion en la reprenant selon les mêmes modalités ; qu'il ajoute que la société Sara Lee, qui a pris part à onze des treize réunions du Cercle des Amis a, par sa présence, de surcroît renouvelée, participé à des échanges secrets lui apportant des éléments de nature à fausser le jeu de la concurrence, de sorte qu'elle a su qu'elle s'inscrivait dans une entente globale et a manifesté son adhésion à cette pratique d'échanges anticoncurrentiels, d'où il se déduit qu'elle avait connaissance des différents volets de l'entente ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié l'adhésion des sociétés L'Oréal et Sara Lee au plan d'ensemble, a pu approuver l'Autorité d'avoir retenu leur participation à une infraction unique, complexe et continue ;

Et attendu, en quatrième lieu, que la responsabilité d'une entreprise peut être engagée au titre de la commission d'une infraction unique, complexe et continue, sans qu'elle ait nécessairement participé à toutes les manifestations de cette infraction ; qu'il s'ensuit que le caractère limité ou discontinu de cette participation est sans emport sur la qualification retenue et n'a d'incidence que sur la détermination de la sanction qui est infligée, laquelle doit être à la mesure de la participation effective à cette infraction ; que c'est sans méconnaître les termes du litige que la cour d'appel a retenu que la société L'Oréal avait participé à l'entente, tout en déterminant les sanctions prononcées contre elle en considération des caractéristiques de sa participation ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième branches, du pourvoi n° E 16-26.472, le premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième, septième et huitième branches, du pourvoi n° C 16-26.470, le quatrième moyen du pourvoi n° F 16-26.473, le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième, cinquième, huitième et neuvième branches, du pourvoi n° D 16-26.471, le premier moyen du pourvoi n° G 16-26.475, le premier moyen du pourvoi n° N 16-26.502, le premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième branches, du pourvoi n° B16-26.515, le premier moyen et le troisième moyen, pris en ses première, deuxième et quatrième branches, du pourvoi n° D 16-26.586, le premier moyen, pris en ses première, deuxième et quatrième branches, du pourvoi n° P 16-26.480, le cinquième moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième, cinquième et sixième branches, du pourvoi n° N 16-26.479 et le premier moyen du pourvoi n° X16-25.936, rédigés en termes similaires ou identiques, réunis :

Attendu que les sociétés L'Oréal, Procter, Hillshire, Reckitt, Beiersdorf, Bolton, Colgate, Johnson Consumer, Johnson Santé, Vania, Tissue France, Henkel et Unilever font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles doivent être 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 répétition des pratiques prohibées ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre, sachant que si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ; que le communiqué de l'Autorité en date du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, qui constitue une directive au sens administratif du terme – et lui est opposable sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné –, prévoit que le montant de base de la sanction pécuniaire est représenté par une proportion de la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise en cause des produits ou services en relation avec l'infraction considérée (pt. 23) ; qu'il prévoit encore que la valeur des ventes est arrêtée en fonction des ventes réalisées en France et que leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause (pts 34 et*

35) ; que le communiqué sanctions indique de surcroît que cette méthode « peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutiraient à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part » (pt. 39) ; que le communiqué laisse ainsi ouvert le choix de la méthode de détermination de la valeur des ventes et n'impose pas en soi l'application des normes comptables internes ; qu'au cas d'espèce, il était soutenu que les normes comptables dites « IFRS », inspirées par le principe de primauté de la réalité économique sur l'apparence juridique, permettaient de mieux appréhender la réalité du prix des ventes réalisées par les fournisseurs et de refléter la réalité économique dans le calcul de l'assiette de la sanction, en ce qu'elles imposaient de comptabiliser comme une diminution du chiffre d'affaires, et non comme une charge, les rémunérations de coopération commerciale versées aux distributeurs sous la forme d'un pourcentage du montant des ventes (« marges arrière ») ; qu'en estimant que l'ADLC s'était valablement refusée à prendre en considération le chiffre d'affaires « triple net », en application des normes IFRS, au profit du chiffre d'affaires « double net », qui correspondait aux normes comptables françaises auxquelles la notion de chiffre d'affaires « renvoyait nécessairement », donnant ainsi effet à l'abdication par l'Autorité de son pouvoir d'appréciation de la pertinence des normes comptables dont l'application était débattue, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions, le point 33 du communiqué ;

2°/ que les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles doivent être 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 des pratiques prohibées ; qu'elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre, sachant que si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ; que le communiqué de l'Autorité en date du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, qui constitue une directive au sens administratif du terme – et lui est opposable sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné –, prévoit que le montant de base de la sanction pécuniaire est représenté par une proportion de la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise en cause des produits ou

*services en relation avec l'infraction considérée (pt. 23) ; qu'il prévoit encore que la valeur des ventes est arrêtée en fonction des ventes réalisées en France et que leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause (pts 34 et 35) ; que le communiqué sanctions indique de surcroît que cette méthode « peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutiraient à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part » (pt.39) ; qu'il s'agit là en réalité d'une obligation, dès lors que le principe de proportionnalité et d'individualisation de la sanction impose à l'Autorité, et au juge chargé du contrôle après elle, de retenir des éléments économiques, en ce compris la valeur des ventes, reflétant la réalité économique et dont l'adéquation à la situation concrète, sous le rapport des quatre éléments d'appréciation prévus par le texte de l'article L. 464-2, I du code de commerce, doit être concrètement vérifiée ; qu'au cas d'espèce, il résulte des propres constatations de la cour d'appel (et avant elle de l'Autorité) que dans le secteur de la grande distribution des produits d'entretien, concerné par le litige, la structure du rapport de forces économiques entre les fournisseurs, d'un côté, et les distributeurs, de l'autre, très clairement favorable aux seconds, aboutissait à ce que le prix réel auquel les produits étaient vendus aux distributeurs étaient, non pas le prix dit « double net », c'est-à-dire après remises et ristournes, mais le prix dit « triple net », c'est-à-dire le prix double net duquel était encore déduite la coopération commerciale facturée par les distributeurs aux fournisseurs, dont il a été constaté qu'elle correspondait économiquement à des réductions de prix, en sorte qu'il s'agissait bien d'un élément minorant du prix de vente des produits et non d'un coût supplémentaire assumé au titre de l'activité économique de production ; qu'en refusant néanmoins de prendre en considération, pour la détermination de la sanction pécuniaire, le chiffre d'affaires incorporant les prix « triple net », et non simplement « double net », aux motifs que l'ADLC n'avait pas l'obligation de s'écarter de sa méthode telle que fixée dans le communiqué sanctions, et que bien que la valeur des ventes ainsi retenue soit imparfaite, il s'agissait néanmoins d'un critère adéquat, tandis qu'il ressortait de ses constatations que cela aboutissait à ce que, manifestement, les modalités de prise en compte de la valeur des ventes ne reflètent pas de façon appropriée la réalité et l'ampleur économiques de l'infraction, de sorte que l'Autorité, afin d'éviter cette distorsion au regard de la réalité économique, devait adapter sa méthode d'appréhension de la valeur des ventes, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 464-2 et L. 441-7 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions ;*

*3°/ que le chiffre d'affaires devant être pris en compte pour déterminer la valeur des ventes doit refléter la situation économique réelle*

*de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; qu'en affirmant que les requérantes ne démontrent pas que le choix du chiffre d'affaires double net « aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part », quand il lui appartenait au contraire de vérifier si le prix triple net ne correspondait pas davantage à la réalité économique que le prix d'achat double net, la cour d'appel qui a méconnu son office, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*4°/ que la valeur des ventes retenue par le juge de la concurrence pour déterminer le montant de base de la sanction, doit nécessairement refléter la situation économique réelle de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise qu'en affirmant que les requérantes ne démontrent pas que le choix du chiffre d'affaires double net « aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part », quand il lui appartenait au contraire de vérifier si le prix triple net ne correspondait pas davantage à la réalité économique que le prix d'achat double net, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 1353 du code civil et L. 464-2 du code de commerce ;*

*5°/ que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et l'action civile du ministre de l'économie exercée sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce tendent aux mêmes fins à savoir la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence : que si la juridiction commerciale peut constater la fictivité d'une remise accordée en contrepartie d'un service de coopération commerciale inexistant lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, il appartient également aux autorités de concurrence de restituer aux faits leur exacte qualification et spécialement d'apprécier si un contrat de coopération commerciale est ou non fictif ; qu'en refusant de tenir compte de la fictivité des services de coopération commerciale qu'elle a constatée pour déterminer la valeur des ventes entrant dans le calcul de la sanction au prétexte que « la requalification juridique (des contrats de coopération commerciale) en remises fictives nécessiterait en toute hypothèse une analyse au cas par cas, fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, analyse qui n'a pas été mise en oeuvre devant les juridictions compétentes », la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 12 du code de procédure civile et les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, L. 464-8 du code de commerce, l'article 4 du code civil ;*

*6°/ qu'à supposer même que le juge de la concurrence ne puisse pas apprécier la validité des contrats de coopération commerciale conclus entre fournisseurs et distributeurs, il lui incomberait, dans ce cas, de*

*surseoir à statuer et d'inviter les parties à saisir le juge compétent pour statuer sur ce point : qu'en affirmant au contraire que « que la requalification juridique (des contrats de coopération commerciale) en remises fictives nécessiterait en toute hypothèse une analyse au cas par cas, fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, analyse qui n'a pas été mise en oeuvre devant les juridictions compétentes », la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*7°/ que les normes comptables IFRS et internationales applicables aux sociétés cotées imposent depuis 2005 de faire prévaloir la réalité économique sur l'apparence juridique ; qu'en affirmant qu'il convenait de se référer exclusivement aux normes comptables françaises pour déterminer l'assiette de la sanction quand le droit comptable français ne reconnaît toujours que le seul aspect juridique d'une opération au détriment de sa réalité économique, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les règlements n° 99/02 du 29 avril 1999 relatifs aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques et n° 1606/2002 du 19 juillet 2002 sur les normes comptables internationales ;*

*8°/ que l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre (et que) si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » ; que dès lors, en décidant que le chiffre d'affaires permettant de déterminer la valeur des ventes devait être « calculé selon les normes comptables françaises », quand cette méthode de calcul ne s'impose que pour fixer le montant maximum de la sanction, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé ;*

*9°/ que l'article L. 464-2, I du code de commerce prévoit lui-même que le chiffre d'affaires à prendre en considération pour déterminer la sanction pécuniaire est celui figurant dans les comptes consolidés de l'entreprise concernée lorsque ces comptes font l'objet d'une telle consolidation ; que les sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba faisaient valoir que le principe de proportionnalité et d'individualisation de la sanction obligeait à retenir les données les plus proches de la réalité économique objective, et donc le chiffre d'affaires tel que déterminé en fonction des normes IFRS, lesquelles prenaient en considération le prix dit « triple net » ; que les sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba soulignaient encore à ce titre que le chiffre d'affaires consolidé, en fonction des normes IFRS, était pris en compte pour déterminer le montant maximal des sanctions, de sorte que rien ne justifiait, logiquement, qu'il ne constitue pas l'assise la plus pertinente pour déterminer la sanction de base effectivement applicable à*

*une infraction donnée ; qu'en s'abstenant pourtant de s'expliquer spécialement sur la mise à l'écart de la détermination du chiffre d'affaires en fonction des normes IFRS, pour se borner à constater que l'ADLC avait retenu comme assiette de la sanction le chiffre d'affaires au sens des règles de la comptabilité française, tandis qu'il appartenait à l'Autorité, et à sa suite au juge saisi du recours contre sa décision, de faire ressortir de manière circonstanciée les raisons pour lesquelles une adaptation de la méthode d'appréhension de la valeur des ventes, dont l'Autorité prévoit elle-même dans son communiqué des sanctions qu'elle peut s'avérer nécessaire pour ne pas aboutir à un résultat manifestement inapproprié au regard de l'ampleur économique du dommage, n'était pas nécessaire ni pertinente au cas d'espèce, la cour d'appel n'a en toute hypothèse pas donné de base légale suffisante à sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions ;*

*10°/ que la valeur des ventes est déterminée à partir d'un chiffre d'affaires reflétant la situation économique réelle de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; qu'à la différence du droit comptable français, les normes comptables internationales (US GAAP et IFRS) applicables aux sociétés cotées imposent depuis 2005 de faire prévaloir la réalité économique sur l'apparence juridique ; qu'en décidant de déterminer l'assiette de la sanction au regard des seules normes comptables françaises quand le droit comptable français privilégie une approche exclusivement juridique de l'opération d'achat et fait délibérément abstraction de sa dimension économique, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les règlements n° 99/02 du 29 avril 1999 relatifs aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques et n° 1606/2002 du 19 juillet 2002 sur les normes comptables internationales ;*

*11°/ qu'en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité impose des amendes proportionnées au dommage causé à l'économie ; que le communiqué de cette Autorité du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions pécuniaires, constitue une directive au sens administratif, qui lui est opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ; que le chiffre d'affaires retenu comme valeur des ventes pour fixer l'assiette des amendes, en application du communiqué de cette Autorité du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions pécuniaires, doit être le même que le chiffre d'affaires à partir duquel est établi le plafond de l'amende en application de l'article L. 464-2 du code de commerce ; que le chiffre d'affaires à partir duquel est calculé le plafond de l'amende est établi conformément aux normes International Financial Reporting Standards, lesquelles interdisent d'inclure les montants de coopération commerciale dans le chiffre d'affaires ; qu'en retenant comme valeur des ventes le chiffre*

*d'affaires au sens des normes comptables françaises, lesquelles incluent le montant des prestations de coopération commerciale dans le chiffre d'affaires, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*12°/ que les comptes des sociétés cotées, y compris le chiffre d'affaires, doivent être établis selon les normes International Financial Reporting Standards, lesquelles imposent de faire prévaloir la réalité économique sur l'apparence juridique et, à ce titre, de ne pas inclure dans le chiffre d'affaires le montant des prestations de coopération commerciale ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de l'amende devait être fixée uniquement d'après les normes comptables françaises et, partant, que la valeur des ventes servant d'assiette de calcul de l'amende correspondait au chiffre d'affaires établi d'après les normes comptables françaises, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le règlement n° 99/02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, le règlement n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur les normes comptables internationales et les articles L. 233-22 et 24 du code de commerce ;*

*13°/ qu'il résultait de la décision frappée de recours qu'à l'époque des pratiques, « les rémunérations versées aux distributeurs au titre de la coopération commerciale rentraient dans la définition du prix triple net, qui représentait la rémunération réelle du fournisseur » ; qu'en justifiant néanmoins le refus de l'Autorité de faire application du chiffre d'affaires triple net pour le calcul de la valeur des ventes servant d'assiette au montant de base de la sanction au motif que les pratiques de concertation sanctionnées ont eu pour effet de faire échec à la baisse des prix de détail aux consommateurs, qui sont le reflet des prix double net, souhaitée par les pouvoirs publics de 2003 à 2006, lesquels espéraient atteindre cet objectif par une remontée des services de coopération commerciale en marges avant et par une modération des tarifs des fournisseurs aux distributeurs, toutes mesures auxquelles les fournisseurs se sont précisément opposés de concert par les pratiques litigieuses, afin de maintenir à leur profit l'équilibre tacite qui existait sous l'empire de la loi Galland, au détriment des consommateurs, cependant que les ventes dont il importait de déterminer la valeur n'étaient pas celles conclues entre les distributeurs et les consommateurs, elles-mêmes impropres à refléter le poids relatif, sur les marchés concernés, de chaque entreprise ayant pris part à l'infraction, mais exclusivement celles conclues en amont entre les fournisseurs et les distributeurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité des sanctions, les points 23, 33 et 35 du communiqué sur les sanctions ;*

*14°/ que le chiffre d'affaires devant être pris en compte pour déterminer la valeur des ventes doit refléter la situation économique réelle*

*de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; que lorsque l'auteur de l'infraction est un fournisseur, la valeur des ventes est déterminée par référence au prix de vente du fournisseur au distributeur des produits en relation avec l'infraction et non en tenant compte du prix de revente de ces mêmes produits aux consommateurs ; qu'en considérant au contraire, pour refuser de déterminer la valeur des ventes du fournisseur à partir de son chiffre d'affaires triple net que « les prix de détail aux consommateurs, sont le reflet des prix double net » la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*15°/ que 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 présent titre et sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que le montant de base de la sanction, propre à chaque entreprise, est une proportion de la valeur des ventes réalisées par chacune d'entre elles, des produits ou services en relation avec l'infraction ; qu'en ce qu'elle s'est fondée, pour exclure toute prise en compte de la coopération commerciale dans la détermination du montant de base de la sanction, sur le constat que les pratiques avaient abouti à l'augmentation du prix de détail des consommateurs aligné sur le double net et que les opérateurs avaient, lors de leurs échanges, comparé les positions des opérateurs sur le marché relativement aux chiffres d'affaires sans déduction de la coopération commerciale, la cour d'appel s'est déterminée, de manière inopérante, au regard de l'objet et des effets de la pratique et non des critères présidant à la détermination de l'assiette de la sanction, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*16°/ que la valeur des ventes doit refléter la situation économique réelle de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; qu'en affirmant au contraire, pour refuser de déterminer la valeur des ventes du fournisseur à partir de son chiffre d'affaires triple net que « la valeur des ventes reflète le prix tel qu'il est facturé au client, sans déduction pour les coûts ou autres frais », la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 23 du règlement n° 1/2003 ;*

*17°/ que la valeur des ventes est une notion économique objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de l'infraction et au poids relatif sur le secteur ou le marché concerné de l'entreprise qui y a participé ; que seul le prix d'achat « trois fois net » correspondant au prix d'achat tout rabais remises ristournes et coopération commerciale déduits, permet de se rapprocher de la réalité économique ; qu'en considérant au contraire que la prise en compte du prix d'achat « triple net » dans la valeur des ventes n'est pas plus pertinente que*

*le prix « double net », pour aboutir à une sanction proportionnée aux pratiques poursuivies compte tenu des normes comptables françaises et du cadre législatif existant à l'époque, tout en admettant expressément que la réalité économique différait effectivement de la réalité juridique ou encore que la coopération commerciale était en partie fictive, ce dont il résulte que la valeur des ventes n'a pas été déterminée en tenant compte de la réalité économique mais en fonction des seules normes juridiques et comptables françaises qui prévalaient à l'époque, 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, ensemble le point 33 du communiqué du 16 mai 2011 ;*

*18°/ qu'il résulte du « communiqué sanctions » que la valeur des ventes doit être déterminée à partir du montant réellement perçu par le vendeur à l'occasion de la vente des produits en cause ; que l'arrêt attaqué constate que le prix réellement facturé par les fournisseurs aux distributeurs était le prix « triple net », qui exclut les remises de coopération commerciale, et que les services de coopération commerciale étaient en partie fictifs (p. 46 §§ 192 et 196) ; qu'en considérant néanmoins que l'Autorité pouvait légalement déterminer le montant de base de la sanction à partir du prix « double net », qui inclut les remises de coopération commerciale et qui, par conséquent, n'est pas le prix réellement perçu par le vendeur à l'occasion de la vente des produits en cause, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le point 33 du communiqué du 16 mai 2011 ;*

*19°/ que tout en concédant que les prestations de coopération commerciale constituent un droit d'entrée obligé pour les fournisseurs désireux de vendre leurs produits et que ces prestations, parfois réduites au seul droit de référencement dans les linéaires de la grande distribution, sont largement fictives, la cour d'appel a néanmoins considéré que la valeur des ventes au sens du communiqué sanctions devait refléter « le prix tel qu'il est facturé » au distributeur, sans imputation des rémunérations de coopération commerciale, qui, s'analysant comptablement en une charge pour les fournisseurs et un revenu pour les distributeurs et font l'objet de contrats séparés, ne peuvent donc « juridiquement » être qualifiées de remises dès lors que cette « requalification juridique » exigerait un examen au cas par cas ; que la cour d'appel ajoute qu'il importe peu que la loi LME du 4 août 2008 ayant imposé la réintégration de la rémunération de la coopération commerciale dans le calcul du prix d'achat effectif déterminant le seuil de revente à perte apporte « la démonstration que la réalité économique diffère de la réalité juridique, ce qui n'est contesté par personne », dès lors que « la véritable question est celle de savoir si la prise en compte de la valeur des ventes permet d'aboutir à une sanction proportionnée aux pratiques poursuivies, dans le cadre législatif de l'époque » ; qu'en faisant ainsi prévaloir une traduction exclusivement juridique de la valeur des ventes de produits en relation avec l'infraction,*

*cependant que cette notion est par essence économique, en tant qu'elle est destinée, selon les termes du communiqué sur les sanctions, à « proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction en cause et au poids relatif, sur les marchés concernés, de chaque entreprise ou organisme qui y a participé », la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité des sanctions, les points 23,33 et 35 du communiqué sur les sanctions ;*

*20°/ que la valeur des ventes doit refléter la situation économique réelle de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; qu'en affirmant au contraire, pour refuser de déterminer la valeur des ventes du fournisseur à partir de son chiffre d'affaire triple net que « la valeur des ventes reflète le prix tel qu'il est facturé au client » (§ 189), la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 23 du règlement n° 1/2003 ;*

*21°/ que selon la Cour de justice de l'Union européenne, le chiffre d'affaires devant être pris en compte pour calculer le montant de l'amende doit refléter la situation économique réelle de l'entreprise concernée durant la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ; qu'il s'ensuit que la notion de chiffre d'affaires ne renvoie pas à la même réalité selon qu'elle est utilisée par le juge français de la concurrence ou par la Cour de Justice de l'Union Européenne ; que dès lors en se fondant sur la jurisprudence de la CJUE pour refuser de déduire les remises de coopération commerciale de la base de calcul de la sanction quand la jurisprudence de l'Union reconnaît au contraire depuis longtemps la prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 23 du règlement n° 1/2003 ;*

*22°/ que la « valeur des ventes » en relation avec l'infraction est constituée par le chiffre d'affaires effectivement réalisé par le fournisseur pour les ventes en cause, soit le montant du chiffre d'affaires tel qu'issu du tarif, déduction faite des éventuelles remises, ristournes et sommes versées au titre d'une coopération commerciale ne correspondant à aucun service effectif (chiffre d'affaires triple net) ; que la cour d'appel a constaté que « les pratiques de concertation, sous la forme d'échanges d'informations... couvraient tout le champ de la négociation (tarif, demande de dérive, offre de dérive, état d'avancement des négociations) et donc l'ensemble des critères impactant la fixation du prix triple net » et que « ces échanges permettaient une coordination complète et efficace des fournisseurs dans le cadre du processus qui aboutissait à la fixation du prix réellement facturé aux distributeurs » ; qu'en affirmant, cependant, pour fixer la valeur des ventes au chiffre d'affaires tel qu'issu du tarif, déduction faite des seules remises et ristournes, que « les prestations de coopération commerciale font l'objet de contrats séparés, sont négociées séparément des tarifs de vente*

*et constituent un droit d'entrée obligé pour les fournisseurs désireux de vendre leurs produits », la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions ;*

*23°/ que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ; qu'au cas d'espèce, les sociétés Bolton solitaire et Bolton Manitoba faisaient encore valoir que l'ADLC se contredisait à leur détriment quant au point de savoir s'il convenait de retenir le prix « double net » ou le prix « triple net » puisque si, d'un côté, elle écartait le prix « triple net » au stade de la détermination du chiffre d'affaires assiette de la sanction, d'un autre côté, elle le retenait comme entrant dans la définition du prix représentant la rémunération réelle du fournisseur et encore dans le cadre des motifs sur les pratiques de concertation sur les prix ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur la contradiction ainsi imputée à l'Autorité, avant de valider la prise en compte d'un chiffre d'affaires, comme assiette de la sanction, ne retenant pas le prix « triple net », la cour d'appel n'a en tout état de cause pas donné de base légale à sa décision au regard du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions ;*

*24°/ que la sanction d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés et à l'importance du dommage causé à l'économie ; que la cour d'appel a constaté que les pratiques anticoncurrentielles sanctionnées consistaient en des échanges d'informations « portant sur les paramètres de la négociation commerciale » avec les distributeurs, que ces échanges couvraient l'ensemble des critères impactant la fixation du « prix triple net » et qu'ils permettaient une coordination complète et efficace des fournisseurs dans le cadre du processus aboutissant à la fixation du « prix réellement facturé aux distributeurs » ; qu'en retenant cependant, au titre de l'assiette de la sanction, le chiffre d'affaires fondé sur un prix double net, qui n'était pas celui « réellement facturé aux distributeurs » mais correspondait au prix de vente aux consommateurs, la cour d'appel, qui a inclus, dans l'assiette de la sanction, non seulement la valeur des ventes en relation avec l'infraction en cause, (chiffre d'affaire triple net), mais également la marge des distributeurs, quand cet élément était sans lien avec l'ampleur économique de l'infraction, n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*25°/ que la cour d'appel a constaté que la coopération commerciale constituait une charge pour les fournisseurs qui la répercutaient sur leurs tarifs, ce dont il résulte qu'elle impacte effectivement la valeur des ventes ; qu'en refusant néanmoins de déduire le montant de la coopération commerciale pour le calcul de la valeur des ventes, la cour d'appel n'a pas*

*tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*26°/ qu'il résulte des principes de convergence dégagés par les autorités européennes de concurrence auxquels se réfère expressément le communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions que la valeur des ventes retenue comme base pour le calcul de la sanction a été jugée appropriée en termes de punition comme de dissuasion parce qu'elle est en relation avec « le gain potentiellement attendu de la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles » que le montant de la sanction peut excéder ; que la référence au « gain » attendu impose de prendre en compte la valeur économique réelle des ventes, impactée, le cas échéant, par la réduction de prix résultant des marges arrière issues du coût de la coopération commerciale, qui sont de nature à affecter la mesure du gain attendu ; qu'en refusant de prendre en compte, dans la détermination du montant de base de la sanction, le chiffre d'affaires triple net, pour s'en tenir au chiffre d'affaires non expurgé du montant de la coopération commerciale, la cour d'appel, qui a ainsi intégré dans le montant de base de la sanction la marge du distributeur, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*27°/ que le montant de base des sanctions infligées à des fournisseurs à raison de pratiques de concertations horizontales ne saurait, sous peine d'enfreindre le principe de proportionnalité des sanctions, être assis sur des sommes qui excèdent les rémunérations de chaque fournisseur en ce qu'elles englobent les marges réalisées par les distributeurs ; qu'en l'espèce, il résultait des constatations mêmes de l'Autorité qu'à l'époque des pratiques, les rémunérations versées aux distributeurs au titre de la coopération commerciale « rentraient dans la définition du prix triple net, qui représentait la rémunération réelle du fournisseur » et que ces rémunérations « représentai[en]t surtout un déterminant important de la rémunération finale de ces distributeurs » ; qu'en refusant néanmoins d'exclure la coopération commerciale de l'assiette des sanctions prononcées contre les fournisseurs et de réformer de ce chef la décision de l'Autorité, ce qui revenait à infliger à chacun des fournisseurs une sanction hors de proportion par rapport à l'ampleur économique de l'infraction et au poids relatif de chacun d'eux sur le marché concerné, au motif inopérant que le bénéfice tiré par chaque entreprise de l'infraction ne constitue qu'un critère parmi d'autres de la gravité de l'infraction et du dommage à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité des sanctions ;*

*28°/ que la détermination du montant des sanctions pécuniaires doit respecter le principe d'égalité de traitement, lequel requiert que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale ; qu'en application de ce principe, le communiqué sur les sanctions assigne au*

*critère de la valeur des ventes l'objectif de proportionner la sanction au poids relatif de chaque entreprise qui a pris part à l'infraction ; qu'en l'espèce, les requérantes faisaient valoir que le critère du chiffre d'affaires double net ne pouvait pas refléter de façon appropriée le poids relatif de chaque entreprise ayant pris part à l'infraction, ni satisfaire le principe d'égalité de traitement, dès lors que son application aboutissait mécaniquement à sanctionner plus lourdement les petits fournisseurs par rapport à ceux dont la puissance économique permettait de limiter le coût de la coopération commerciale et de la convertir en marge avant ; qu'en rejetant ce moyen aux motifs qu'il n'y avait pas à faire de distinction entre les entreprises selon leur capacité de négociation et qu'aucune discrimination ne peut ressortir de l'application d'une règle identique aux entreprises en cause, cependant qu'il ne lui était pas demandé d'appliquer des règles de calcul différentes selon les situations particulières de chaque entreprise, mais, en présence d'un choix entre deux méthodes de calcul de la valeur des ventes, de faire prévaloir, pour toutes les entreprises mises en cause, celle qui était à la fois la mieux apte à refléter le poids relatif de chacune d'elles sur le marché, conformément au point n° 23 du communiqué sur les sanctions, et la moins susceptible d'induire une inégalité de traitement entre les entreprises au détriment des plus faibles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce et des prescriptions du communiqué sur les sanctions, ensemble le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et l'article 20 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne ;*

Mais attendu, en premier lieu, que l'article L. 464-2 du code de commerce n'imposant aucune méthode de détermination des sanctions, il est loisible à l'Autorité d'appliquer toute méthode qui lui paraît appropriée aux faits de l'espèce, à condition, toutefois, de vérifier que le résultat de son application soit conforme aux règles définies par ce texte et de respecter le communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (le communiqué sanctions), publié le 16 mai 2011, qui constitue une directive, au sens administratif du terme, et qui lui est opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ; qu'en l'absence de disposition concernant le mode de détermination du chiffre d'affaires en vue du calcul de la sanction, tant dans la loi que dans le communiqué sanctions, hormis sur la question, distincte, de la détermination du plafond de la sanction, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par la neuvième branche, que ses constatations rendaient inopérante, a pu retenir qu'en faisant le choix des règles comptables françaises comme norme de référence pour déterminer la valeur des ventes de produits ou services en relation avec l'infraction, l'Autorité, qui n'avait pas violé le règlement n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, ne s'était pas écartée de son communiqué ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt rappelle que pour proportionner l'assiette de l'amende aux deux critères légaux de gravité et de dommage à l'économie prévus par l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité a choisi de se référer à la valeur des ventes de produits ou services en relation avec l'infraction et que, selon la jurisprudence et la pratique décisionnelle habituelle des autorités de concurrence en la matière, la valeur des ventes en relation avec l'infraction, de nature à donner une juste indication de l'ampleur de l'infraction sur le marché concerné, est définie comme la part du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée provenant des marchandises sur lesquelles portaient les échanges prohibés ; qu'ayant à opter entre le chiffre d'affaires dit « double net », qui comprend le montant des services de la coopération commerciale versé aux distributeurs, et le chiffre d'affaires dit « triple net », qui l'exclut, en vue d'identifier la valeur des ventes, l'arrêt retient d'abord, par motifs propres et adoptés, que le chiffre d'affaires « double net » résulte de l'application des normes comptables françaises, et justifie ce choix par le fait qu'elles sont seules à s'imposer à l'ensemble des opérateurs qui exercent une activité économique en France et qu'elles garantissent le caractère vérifiable des données relatives à la valeur des ventes et par le fait que le chiffre d'affaires retenu figure sur le document de référence que constituent les liasses fiscales, faisant ainsi prévaloir le respect des principes d'égalité de traitement et de sécurité juridique ; qu'après avoir rappelé que, selon la jurisprudence européenne, la valeur des ventes reflète le prix tel qu'il est facturé au client, sans qu'il y ait lieu de déduire les coûts ou autres frais qui sont intégrés dans le prix de vente du produit, il retient que les prestations de coopération commerciale, constituées de services rendus par les distributeurs aux fournisseurs, sont négociées séparément des tarifs de vente consentis par les fournisseurs aux distributeurs, ne sont pas des remises, au sens juridique, mais des charges qui font partie intégrante du prix et n'apparaissent pas sur les factures, l'éventuelle fictivité de ces services étant sans incidence sur la détermination de la valeur des ventes ; qu'il ajoute que les ristournes de fin d'année, exprimées en pourcentage du prix initial, obtenues par le distributeur auprès d'un fournisseur sur un produit, étaient systématiquement répercutées par le fournisseur au cours de l'année suivante, par une hausse des tarifs bruts ; qu'il relève encore que tant les échanges d'informations entre fournisseurs que les négociations entre fournisseurs et distributeurs concernaient les chiffres d'affaires sans déduction de la coopération commerciale ; qu'il retient, en outre, que ces pratiques ont eu pour effet l'augmentation des prix de détail aux consommateurs, alignés sur le « double net », à un niveau supra-concurrentiel ; qu'après avoir énoncé que, selon la jurisprudence européenne (TUE, 6 mai 2009, KME Germany AG et a. c / Commission des communautés européennes, T-127/04), le choix du critère du chiffre d'affaires permet d'éviter les distinctions entre les secteurs selon l'importance de leur valeur ajoutée, et entre les entreprises selon qu'elles sont ou non profitables, l'arrêt retient enfin que ce critère permet de déterminer les sanctions au regard de la contribution de l'entreprise à l'atteinte portée à

l'économie, sans distinguer entre les entreprises selon leur pouvoir de négociation ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit que le chiffre d'affaires retenu reflétait l'ampleur économique de l'infraction et le poids de chaque entreprise sur le marché, conformément aux objectifs du communiqué sanctions, c'est sans méconnaître son office, ni violer les textes et principes visés par le moyen que la cour d'appel a approuvé l'Autorité d'avoir retenu, pour toutes les entreprises, le chiffre d'affaires « double net » pour déterminer la valeur des ventes constituant le montant de base du calcul des sanctions ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les deuxièmes moyens des pourvois n° C 16-26.470 et, X 16-25.936 et le sixième moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi n° N 16-26.479, rédigés en termes similaires ou identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Procter, Unilever et Henkel font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que la décision de la Commission du 13 avril 2011 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire COMP/39.579 —Détergents domestiques) publiée au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE n° C 193 p. 14, du 2 juillet 2011) dispose expressément que la Commission a condamné les sociétés P & G au paiement d'une amende de 211 200 000 euros pour avoir participé entre le 7 janvier 2002 au 8 mars 2005 à une entente tarifaire portant « sur les détergents pour grosse lessive vendus à la consommation (« poudre peu moussante pour grosse lessive ») et couvr(ant) la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Portugal, l'Espagne et les Pays-Bas » ; qu'en affirmant qu'il « n'est pas démontré que la pratique sanctionnée par la Commission aurait pu recouvrir, même partiellement, la présente concertation, car il ne ressort pas de la décision de la Commission ou des éléments versés aux débats par les sociétés requérantes, que les augmentations directes de prix à la fin de l'année 2004 auraient concerné le marché français » quand la décision de la Commission sur laquelle elle s'est fondée précisait clairement le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1192 du code civil ;*

*2°/ qu'en retenant, pour considérer que l'Autorité avait valablement décidé d'inclure dans la valeur des ventes les ventes de lessives universelles en poudre entre août 2004 et le 8 février 2005, quand la Commission a déjà sanctionné une entente de prix sur ces produits mise en oeuvre en France au cours de la même période, que « les pratiques en cause devant la Commission qui visaient à maintenir inchangés les prix des lessives en poudre lorsque le poids et le volume des produits étaient réduits dans le cadre d'une initiative environnementale lancée en Europe, auraient*

*un objet différent de celles de la présente espèce, et qu'aucune violation du principe non bis in idem ne peut être retenue », tout en admettant par ailleurs, pour exclure de la valeur des ventes celles des lessives universelles pour lesquelles ces sociétés ont déjà été sanctionnées par la décision de l'Autorité n° 11-D-17, pour avoir pris part à des accords sur les hausses de prix des lessives, qu'il n'y avait pas lieu de comptabiliser deux fois ces ventes de lessives, une fois au titre des accords sur les prix déjà sanctionnés et une autre fois au titre de la présente pratique concertée, dans la mesure où bien que le principe non bis in idem n'ait pas à s'appliquer, il eût été non conforme aux droits de ces parties qu'elles soient sanctionnées deux fois, dans le même secteur, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*3°/ qu'une entreprise ne peut être sanctionnée deux fois pour les mêmes faits ; qu'en l'espèce, Unilever rappelait qu'elle avait été sanctionnée par une décision du 13 avril 2011 de la Commission européenne pour des pratiques concertées portant sur les prix et les promotions des lessives en poudre sur le marché français ; qu'il résultait des termes mêmes de la décision de la Commission que l'infraction retenue englobait une partie des pratiques dont l'Autorité s'était saisie et en absorbait les effets, la Commission ayant sanctionné une pratique complexe ayant consisté, de la part d'Unilever et d'autres fournisseurs, « à (s'entendre) pour restreindre leur activité promotionnelle », ainsi que « sur une augmentation directe des prix jusqu'à la fin de l'année 2004 » et à « (s'échanger) des informations sensibles sur les prix et les conditions commerciales », quand l'Autorité avait elle-même sanctionné, au même visa de l'article 101 TFUE, « une concertation sur les prix des produits d'entretien (et d'hygiène) pratiqués à l'égard de la grande distribution » (article 2), en précisant que les « échanges d'informations » avaient porté sur « les principaux paramètres de détermination des prix » et les « conditions commerciales » et visaient à « supprimer la part d'incertitude inhérente à toute [négociation] commerciale, principalement sur les déterminants du prix, afin d'améliorer la position de négociation des fournisseurs » ; qu'en jugeant, pour approuver l'Autorité d'avoir intégré dans l'assiette de la sanction infligée à Unilever la valeur des ventes de lessives en poudre réalisées en 2004 dont il avait d'ores et déjà été tenu compte dans la décision de la Commission, que les pratiques sanctionnées par la Commission s'étaient limitées à « maintenir inchangés les prix des lessives en poudre lorsque le poids et le volume des produits étaient réduits dans le cadre d'une initiative environnementale lancée en Europe », qu'elles avaient un objet différent de celles appréhendées par l'Autorité et que les sanctions prononcées par la Commission l'avaient été sur la base d'éléments de fait et de droit distincts de ceux sur lesquels l'Autorité s'était fondée, la cour d'appel a dénaturé la décision COMP/39579 du 13 avril 2011 et violé l'article 1103 du code civil, anciennement l'article 1134 du même code ;*

*4°/ que dans sa décision COMP/39579 du 13 avril 2011, la Commission avait relevé à plusieurs reprises que « le comportement anticoncurrentiel concerné par [la] procédure, qui a été mis en oeuvre au niveau européen, (...) couvrait la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce, le Portugal, l'Espagne et les Pays-Bas », ce qui l'avait précisément conduite à inclure dans le calcul de l'amende infligée à Unilever la valeur des ventes triple net réalisées en France sur les lessives en poudre en 2004 ; qu'en énonçant néanmoins qu'il ne ressortait pas explicitement de cette décision de la Commission que les pratiques de prix appréhendées concernaient le marché français, la cour d'appel l'a derechef dénaturée, en violation de l'article 1103 du code civil, anciennement l'article 1134 du même code ;*

Mais attendu qu'ayant retenu, sans dénaturation, d'un côté, que les pratiques sanctionnées par la Commission européenne, dans sa décision du 13 avril 2011, lesquelles visaient à maintenir inchangé le prix des lessives en poudre lorsque le poids et le volume des produits étaient réduits dans le cadre d'une initiative environnementale lancée en Europe, avaient un objet différent de celui des pratiques reprochées, et, de l'autre, qu'il ne ressortait pas de cette décision que les augmentations directes de prix à la fin de l'année 2004 auraient concerné le marché français, la cour d'appel a pu refuser de déduire de la valeur des ventes retenue celle des produits pour lesquels les sociétés Procter, Henkel et Unilever avaient été sanctionnées par la Commission européenne ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° D 16-26.471 :

Attendu que les sociétés Reckitt font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que des situations comparables soient traitées de manière différente et à ce que des situations différentes soient traitées de manière semblable, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié ; que l'appréciation des situations, partant la justification d'un traitement différencié, de même que l'existence d'une justification objective, s'apprécie au regard de la seule infraction en cause ; que la circonstance que des entreprises, à l'encontre desquelles la participation à une pratique anticoncurrentielle a été reconnue, aient également participé à une entente, distincte quoique portant partiellement sur les mêmes produits et pour laquelle une sanction leur a déjà d'ores et déjà été infligée, n'est pas de nature à caractériser une différence de situation, au regard de la pratique anticoncurrentielle en cause, partant à justifier une distinction quant à l'assiette de la sanction ; que la cour d'appel a constaté que les sociétés Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive avaient été sanctionnées par l'Autorité, dans une décision n° 11-D-17, pour avoir pris part à des accords, distincts des pratiques litigieuses, sur les hausses de prix des lessives universelles ; qu'en affirmant cependant, pour dire que l'Autorité avait, à juste titre, déduit de l'assiette de*

*leur sanction la valeur des ventes correspondant à ces lessives universelles, partant juger qu'il n'y avait pas eu atteinte au principe d'égalité de traitement et rejeter la demande des sociétés Reckitt, tendant à ce que leur soit octroyée la même réduction de 3 % de l'assiette de la sanction, que « l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de comptabiliser deux fois les lessives, une fois au titre des accords sur les prix déjà sanctionnés et une autre fois au titre de la présente pratique concertée », que les sociétés Reckitt, « qui n'ont pas été sanctionnées par la décision n° 11-D-17 ne peuvent donc demander le même traitement que ces sociétés », qu'« en l'espèce, le traitement particulier dont ont bénéficié les sociétés Henkel, Procter & Gamble, Unilever et Colgate Palmolive est objectivement justifié par le fait qu'ainsi que l'a relevé l'Autorité, elles avaient, avant que soit prononcée la décision attaquée, été sanctionnée pour des pratiques qui incluaient les concertations sur les prix pour lesquelles elles ont été ensuite poursuivies dans le cadre de la présente affaire », que « dans ce contexte, et bien que le principe non bis in idem n'ait pas à s'appliquer, il eût été non conforme aux droits de ces parties qu'elles soient sanctionnées deux fois pour des faits identiques, dans le même secteur », que « c'est donc à juste titre que, pour éviter cette double sanction, l'Autorité a écarté de l'assiette de la sanction concernant ces sociétés la valeur des ventes correspondant lessives universelles pour la période au cours de laquelle les deux infractions ont eu lieu simultanément et dont elle a précisé les périodes au point 1245 de sa décision » et que « la situation de la société Reckitt Benckiser qui n'a pas été sanctionnée avant la décision attaquée n'est donc pas comparable à celle de ces quatre sociétés déjà sanctionnées et qui n'ont pas été favorisées par rapport à elle, dès lors qu'elles sont sanctionnées dans la mesure de leur participation aux concertations de l'espèce, abstraction faite des sanctions qui leur ont déjà été infligées pour la partie comprenant les seules lessives universelles », quand la circonstance que les sociétés en cause avaient été préalablement sanctionnées pour une entente, distincte, portant sur les lessives universelles, n'était pas de nature à fonder la différence de situation au regard de l'assiette de la sanction de la présente infraction, la cour d'appel a violé par refus d'application le principe d'égalité de traitement, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*2°/ que la sanction prononcée doit être proportionnée à l'importance du dommage économique causé ; que si l'absence de dommage économique d'une pratique anticoncurrentielle peut résulter de ce que ce dommage a d'ores et déjà été causé par une autre infraction, alors cette absence de dommage économique doit être retenue, pour déterminer l'assiette de la sanction, pour tous les participants à la pratique anticoncurrentielle ; qu'à supposer que le motif de l'arrêt énonçant que « prenant en compte que cette infraction, (l'entente sur les hausses de prix), compte tenu de son caractère particulièrement poussé, intégrait complètement la présente concertation, pour ce qui concerne les lessives universelles et sur la période concernée, l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de comptabiliser deux fois cette vente de lessives, une fois au titre*

*des accords sur les prix déjà sanctionnés et une autre fois au titre de la présente pratique concertée », signifie que le dommage économique de la présente infraction était, quant aux lessives universelles et pour la période concernée, inexistant du fait de l'entente parallèle sur les hausses de prix, la cour d'appel se devait d'exclure l'existence d'un dommage économique, né des pratiques litigieuses, quant aux lessives universelles, partant réduire l'assiette de la sanction, pour l'ensemble des entreprises mises en cause ; qu'en ce qu'elle a rejeté cependant la demande des sociétés Reckitt, tendant à ce que leur soit octroyée la même réduction de l'assiette de la sanction, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement et l'article L. 464–2 du code de commerce ;*

*3°/ que la sanction prononcée doit être proportionnée à la gravité de l'infraction ; que la participation à des échanges d'informations couvrant le champ de la négociation commerciale avec la grande distribution et les critères impactant la fixation du prix triple net constitue, quand bien même elle porterait sur le même produit, une infraction distincte de l'entente, conclue entre certains membres, seulement, des participants à la première infraction et portant sur la hausse des prix ; qu'en affirmant cependant, pour rejeter la demande des sociétés Reckitt, tendant à ce que leur soit octroyée la même réduction de l'assiette de la sanction, que « prenant en compte que cette infraction, (l'entente sur les hausses de prix), compte tenu de son caractère particulièrement poussé intégrait complètement la présente concertation, pour ce qui concerne les lessives universelles et sur la période concernée, l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de comptabiliser deux fois cette vente de lessives, une fois au titre des accords sur les prix déjà sanctionnés et une autre fois au titre de la présente pratique concertée », qu'« il eut été non conforme aux droits de ces parties qu'elles soient sanctionnées deux fois pour des faits identiques, dans le même secteur », que « c'est donc à juste titre que, pour éviter cette double sanction, l'Autorité a écarté de l'assiette de la sanction concernant ces sociétés la valeur des ventes correspondant lessives universelles pour la période au cours de laquelle les deux infractions ont eu lieu simultanément et dans la précisée les périodes au point 1245 de sa décision », quand la circonstance que l'entente sur la hausse des prix des lessives universelles avait d'ores et déjà été sanctionnée n'était pas de nature à exclure toute sanction d'une infraction autre portant sur les mêmes produits, partant à justifier une différence de l'assiette de la sanction, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement et l'article L. 464–2 du code de commerce ;*

*4°/ que la sanction prononcée doit être proportionnée à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées ; que la cour d'appel a constaté que les sociétés Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive, qui avaient participé aux échanges d'informations litigieux, avaient d'ores et déjà été sanctionnées par l'Autorité, dans une décision n° 11-D-17, pour avoir pris part à des accords, distincts des pratiques litigieuses, sur les hausses de prix des lessives universelles ; qu'en retenant cependant, pour*

*ces sociétés, une assiette de la sanction moindre que celle retenue pour les sociétés qui n'avaient pas participé à l'entente, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement et l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que l'Autorité, par une décision n° 11-D-17, avait sanctionné les sociétés Unilever, Procter, Henkel et Colgate pour avoir pris part à des accords sur les hausses des prix des lessives mais que les sociétés Reckitt n'avaient pas été sanctionnées par cette décision, la cour d'appel en a exactement déduit que ces dernières ne se trouvaient pas dans la même situation que les entreprises déjà sanctionnées et, partant, qu'il n'y avait pas lieu, pour elles, d'écarter de l'assiette de leur sanction les ventes des lessives universelles litigieuses ;

Et attendu, en second lieu, que les sociétés Reckitt ne sont pas fondées à critiquer la décision en ce qu'elle concerne les sociétés Unilever, Procter, Henkel et Colgate, qui ne leur fait pas grief ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi n° X 16-25.936, le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi n° D 16-26.586, le septième moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi n° N 16-26.479 et le deuxième moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi n° G 16-26.475, rédigés en termes similaires ou identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Unilever, Johnson Consumer, Johnson Santé, Henkel et Beiersdorf font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les pratiques concertées consistant dans des échanges d'informations se distinguent des accords sur les prix par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent ; que ces pratiques d'échanges sur les prix, fussent-ils futurs, sont d'une gravité moindre que les accords sur les prix ; qu'en jugeant au contraire que « les pratiques concertées constituées par des échanges directs sur les prix futurs des concurrents revêtent, même en l'absence d'accords, le même niveau de gravité » que les accords sur les prix, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, ensemble le communiqué du 16 mai 2011 ;*

*2°/ que 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 présent titre ; qu'en refusant de tenir compte, au titre de la*

*gravité des pratiques, de ce que les ententes litigieuses n'avaient pas pour objet de se concerter sur le prix, mais consistaient seulement dans des échanges d'informations dont l'objectif n'était pas de fixer en commun le prix de vente final aux distributeurs, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*3°/ qu'en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité impose des amendes proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que selon le communiqué de cette Autorité du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions pécuniaires, qui constitue une directive au sens administratif, qui lui est opposable, les cartels de prix sont plus sévèrement sanctionnés que les échanges d'informations et la proportion de la valeur des ventes retenue comme assiette de calcul de la sanction est comprise entre 15 et 30 % dans le cas des accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production, en fonction de l'importance du dommage qu'ils causent à l'économie ; qu'il s'en déduit que la proportion de la valeur des ventes retenue pour sanctionner des pratiques concertées consistant en de simples échanges d'informations doit être inférieure à 15 % ; qu'en fixant néanmoins la proportion de la valeur des ventes à 15 %, alors que les pratiques en cause étaient des pratiques concertées d'échanges d'informations, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*4°/ qu'en se déterminant par de tels motifs, qui, à tout le moins, laissent subsister une incertitude sur le degré de gravité qu'elle entendait attribuer aux pratiques en cause, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et de s'assurer que les pratiques contestées s'étaient bien vu attribuer le degré de gravité idoine, privant par-là sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

Mais attendu que l'arrêt rappelle que le droit de la concurrence réprime particulièrement sévèrement les pratiques qui portent sur les prix ou les quantités échangées et que, si les accords portant sur les prix sont considérés comme les plus graves, les pratiques concertées constituées par des échanges directs sur les prix futurs des concurrents revêtent, même en l'absence d'accords, le même niveau de gravité ; qu'il ajoute que les pratiques ayant pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence sont, par nature, des pratiques très graves et que les pratiques concertées horizontales d'échanges d'informations en matière de prix qui visent, par leur nature même, à manipuler un paramètre essentiel de la concurrence, peuvent être considérées comme faisant partie des violations d'une particulière gravité au sens du communiqué du 16 avril 2011, même si elles ne constituent pas des accords sur les prix ou des ententes de fixation de prix stricto sensu ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour

d'appel a caractérisé la particulière gravité de l'infraction ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses première, deuxième, quatrième, cinquième, sixième, septième branches, du pourvoi n° E 16-26.472, le quatrième moyen du pourvoi n° X 16-25.936, le quatrième moyen, pris en ses deuxième, quatrième, cinquième et sixième branches, du pourvoi n° C 16-26.470, le quatrième moyen, pris en ses troisième, quatrième, sixième, huitième, onzième branches, du pourvoi n° D 16-26.471, le quatrième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi n° D 16-26.586, le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi n° P 16-26.480, le troisième moyen du pourvoi n° G 16-26.475, le sixième moyen, pris en ses première, troisième et quatrième branches, du pourvoi n° F 16-26.473 et le deuxième moyen du pourvoi n° F 16-26.473, et le troisième moyen, pris en ses deuxième, troisième, cinquième, septième, huitième, neuvième et dixième branches, du pourvoi n° B 16-26.515, rédigés en termes similaires ou identiques, réunis :

Attendu que les sociétés L'Oréal, Unilever, Procter, Johnson Consumer, Johnson Santé, Bolton, Colgate, Vania, Tissue France, Reckitt, Henkel, Beiersdorf et Hillshire font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que si l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer précisément ce dommage, encore faut-il que l'appréciation de son existence et de son importance à laquelle elle procède repose sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; qu'en considérant que l'Autorité a déterminé l'ordre de grandeur du dommage à l'économie tout en constatant qu'elle n'a effectivement pas expressément qualifié l'ampleur du dommage à l'économie, qu'elle a refusé de tenir compte des analyses économétriques produites tant par ses services d'instruction que par les sociétés mises en cause, ou encore que le surpris n'a en l'espèce pas été clairement déterminé, ce dont il résulte que l'Autorité a présumé de l'existence du dommage sans jamais déterminer concrètement son ordre de grandeur, 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 ;*

*2°/ que si l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer précisément ce dommage, encore faut-il que l'appréciation de son existence et de son importance à laquelle elle procède repose sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; qu'en affirmant que l'Autorité avait « suffisamment démontré que les pratiques sanctionnées étaient de nature à entraîner un surpris » tout en admettant expressément par ailleurs que ce surpris n'a en l'espèce pas été clairement déterminé ou encore que l'Autorité a refusé de tenir compte des études économétriques permettant précisément de caractériser l'existence d'un surpris, 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 ;*

*3°/ que les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles doivent être proportionnées à l'importance du dommage causé à l'économie ; que le dommage à l'économie, s'il n'a pas à être quantifié précisément par l'ADLC, doit en revanche être caractérisé avec certitude et ne peut en aucun cas être présumé ; que la cour d'appel est tenue, en vertu de l'effet dévolutif du recours, de statuer elle-même en fait et en droit sur tous les points litigieux, en sorte que si l'Autorité n'a été en mesure, ni d'établir l'ampleur du prétendu dommage à l'économie, ni a fortiori de chiffrer ce dommage, la cour d'appel ne peut confirmer sa décision sans caractériser elle-même le dommage à l'économie, fût-ce au besoin en recourant à une mesure d'instruction ; qu'au cas d'espèce, en toute hypothèse, en confirmant, dans les conditions qui ont été rappelées, la décision qui lui était déférée, laquelle, après avoir écarté toutes les études économétriques même validées par le service d'instruction, n'avait pas établi avec certitude l'existence du dommage à l'économie, sans elle-même l'établir ni ordonner une mesure d'instruction à cette fin, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les articles L. 464-8 du même code, 561 et 562 du code de procédure civile, ensemble le principe de l'effet dévolutif des recours formés contre les décisions de l'Autorité ;*

*4°/ qu'en considérant que l'entente en cause avait causé un dommage à l'économie pouvant être regardé comme important, tout en admettant que la loi Galland avait conduit à un « équilibre collusif tacite » et que les réformes engagées ensuite par les pouvoirs publics avaient pour objectif de réintroduire de la concurrence sur le marché en générant une incertitude sur le marché concerné, ce dont il résultait qu'au moment des faits, la concurrence sur le marché concerné n'existait pas, 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°/ que le montant de la sanction d'une pratique anticoncurrentielle doit être proportionné au seul dommage effectivement causé à l'économie par l'infraction ; que, dans leurs conclusions, les sociétés Reckitt faisaient valoir que si les pouvoirs publics étaient intervenus à trois reprises pendant la période infractionnelle, l'équilibre tacite issu de la loi Galland n'avait pris fin qu'en 2008, date à laquelle il avait été mis fin à l'interdiction de discrimination tarifaire et à la réintégration de l'ensemble des marges arrière et du montant de la coopération commerciale et des services distincts dans le seuil de revente à perte ainsi que l'établissait l'évolution de la situation dans d'autres secteurs de produits de grande consommation et que les pouvoirs publics avaient eux-mêmes reconnu cette situation, ; que la cour d'appel a elle-même constaté que la réforme introduite par la circulaire « Dutreil » du 16 mai 2003 s'était « avérée inefficace » et que l'engagement « Sarkozy » du 17 juin 2004 avait été un « échec » ; qu'en se*

*bornant, cependant, pour déterminer de l'impact des pratiques sur les niveaux de marge arrière à constater que « les réformes mises en oeuvre par les pouvoirs publics avaient pour objet de réduire ces marges qui représentaient un surplus garanti pour les distributeurs » et que « l'Autorité a relevé dans sa décision que les marges arrière avaient continué de progresser pendant la durée des pratiques » et à affirmer qu' « en tout état de cause, quand bien même serait-il établi un ordre de grandeur (du surpris) nul ou positif de manière significative, il n'en demeure pas moins que le contexte dans lequel les pratiques ont été mises en oeuvre devait aboutir, non à une stagnation ou une hausse des prix, mais à une baisse qui n'a pas été atteinte », sans rechercher si les réformes intervenues avaient effectivement mis fin à l'équilibre tacite issu de la loi Galland, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*6°/ que ni la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, ni l'engagement Sarkozy du 17 juin 2004, ni la loi Dutreil du 2 août 2005 n'avaient remis en cause l'interdiction des tarifs et des conditions de vente discriminatoires posée par l'article L. 442-6 du code de commerce, qui était le principal verrou législatif empêchant l'instauration d'une saine concurrence par les prix ; que, pour juger que l'Autorité avait exactement considéré que la situation contrefactuelle à prendre en considération pour mesurer le dommage à l'économie était « celle résultant de l'application des réformes et non celle résultant de l'équilibre antérieur », la cour d'appel s'est bornée à relever que « les réformes successivement engagées par les pouvoirs publics avaient pour objectif de réintroduire de la concurrence sur le marché en générant une incertitude sur le marché concerné », que les pratiques ont eu pour objet « de maintenir l'équilibre collusif en dépit des changements voulus par les pouvoirs publics et donc de faire échouer les réformes mises en oeuvre par ceux-ci » ; qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi les réformes engagées étaient susceptibles de restaurer les conditions d'une saine concurrence fondée sur la libre négociabilité des tarifs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;*

*7°/ que l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques anti-concurrentielles poursuivies, déterminant le montant de la sanction, est notamment fonction de l'impact effectif résultant de ces pratiques sur l'économie ; ainsi que les sociétés Colgate-Palmolive le faisaient valoir, l'efficacité des différentes interventions du législateur pour remédier à l'effet inflationniste des dispositions de la loi Galland dépendaient du passage à l'avant des marges obtenues par les distributeurs hors factures et dont les hausses étaient répercutées postérieurement sur les tarifs des fournisseurs de l'année suivante afin de maintenir leur prix triple net ; qu'en imputant le fait que la baisse des prix souhaitée par les pouvoirs publics n'avait pas été atteinte aux pratiques poursuivies, sans rechercher si les échanges d'information étaient la véritable cause de l'échec des réformes*

*successives, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*8°/ qu'ayant constaté que les prix de vente aux consommateurs étaient « largement déterminés », dans le cadre réglementaire de l'époque, par les tarifs consentis par les fournisseurs aux distributeurs, ce dont il résultait que ces prix de vente n'étaient pas les seuls paramètres à l'origine des « prix supra-concurrentiels » facturés aux consommateurs, la cour d'appel, qui a néanmoins refusé de pondérer l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques anti-concurrentielles poursuivies en fonction de l'impact concret résultant effectivement de ces pratiques, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*9°/ qu'en refusant de considérer le pouvoir de marché de la grande distribution comme un facteur d'atténuation de la gravité de la pratique, de l'importance du dommage à l'économie et donc du montant de la sanction, après avoir admis la réalité de la menace de déréférencement, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*10°/ que l'existence de taux de coopération commerciale distincts selon les fournisseurs, en dépit de la pratique litigieuse, est de nature à caractériser l'existence d'un fort contre-pouvoir de la grande distribution, partant le caractère particulièrement réduit du dommage causé à l'économie du fait de cette pratique ; que, dans ses conclusions, les sociétés Reckitt faisaient précisément valoir, pour dire que l'Autorité avait commis une erreur d'appréciation quant à l'ampleur du dommage à l'économie, que l'existence de taux de coopération commerciale distincts selon les fournisseurs démontrait que la grande distribution exerçait bien un pouvoir de marché considérable, non mis à mal par les pratiques sanctionnées et que cet élément n'avait pas été pris en considération par la décision entreprise bien que l'Autorité ait disposé de toutes les données nécessaires ; qu'en confirmant la décision entreprise en ce qu'elle a fixé à 15 % de la valeur des ventes le montant de base de la sanction, sans répondre au moyen tiré de l'existence de taux de coopération commerciale distincts, de nature à établir l'existence d'un fort contre-pouvoir de la grande distribution, partant le caractère particulièrement réduit du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;*

*11°/ qu'ainsi que les sociétés Colgate le faisaient valoir, les marges arrière des distributeurs n'avaient cessé de croître au cours de la période de référence, tandis que le prix triple net effectivement perçu par ces fournisseurs était demeuré stable ; qu'en considérant néanmoins que les fournisseurs étaient en mesure d'opposer à la grande distribution un contre-pouvoir efficace, sans rechercher si l'impossibilité de s'opposer aux augmentations de marges sollicitées par les distributeurs ne traduisait pas*

*un pouvoir de ces derniers auquel les fournisseurs n'étaient pas concrètement en mesure de s'opposer efficacement, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*12°/ que même lorsqu'il dispose des marques pouvant être regardées comme incontournables, un fournisseur peut néanmoins être soumis à la puissance d'achat de la grande distribution eu égard notamment à la structure du secteur concerné ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*13°/ que l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques anti-concurrentielles poursuivies est notamment fonction de l'impact concret résultant effectivement de ces pratiques ; qu'au cours de la période de référence, ainsi que le faisaient valoir les sociétés Colgate, les marges arrière, négociées par enseigne et par produit, pour chaque fournisseur pris individuellement, en fonction de ses propres capacités de négociation, n'ont cessé d'augmenter en dépit des adaptations législatives intervenues ; qu'en refusant de relativiser l'importance du dommage causé à l'économie au regard de ce paramètre qui avait contribué au surpris retenu comme composant du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*14°/ qu'en refusant de considérer la puissance d'achat de la grande distribution comme un facteur atténuant du dommage à l'économie et de la sanction après avoir admis que les distributeurs ont exigé de leurs fournisseurs des marges arrières ou des contrats de coopération commerciale fictifs pour relever artificiellement le seuil de revente à perte au préjudice du consommateur, ce dont il résulte que le dommage à l'économie a été causé en partie au moins par les distributeurs et non par les fournisseurs seuls sanctionnés, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*15°/ que l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques anti-concurrentielles poursuivies est notamment fonction de l'impact concret résultant effectivement de ces pratiques ; qu'ainsi que le faisaient valoir les sociétés Colgate, les règles de facturation, conjuguées au seuil de revente à perte, issues de la loi Galland, avaient pour conséquence de laisser hors du champ de la fixation du prix de détail les marges arrières obtenues par les distributeurs, quel qu'ait été leur rôle dans la fixation du tarif des fournisseurs dont dépendait ce prix de détail ; qu'en retenant que les tarifs consentis par les fournisseurs aux distributeurs, en tant qu'il constituaient le seuil de revente à perte, déterminaient les prix de vente aux consommateurs, pour refuser de tenir compte du rôle joué par les marges arrière sur le prix final au consommateur, la cour d'appel, qui s'en est ainsi tenue à la description du dispositif légal en vigueur à l'époque des faits, sans s'intéresser à l'origine de la fixation des tarifs des fournisseurs et, partant, à*

*l'impact concret des pratiques poursuivies sur ces tarifs, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*16°/ que la cour d'appel a expressément relevé que les marges arrière obtenues en fin d'année par le distributeur auprès d'un fournisseur sur un produit « étaient systématiquement répercutées par le fournisseur au cours de l'année suivante, par une hausse de [ses] tarifs bruts » (arrêt, p. 8, § 3) et que « la hausse des marges arrière était systématiquement accompagnée d'une hausse concomitante des tarifs bruts des fournisseurs », ce dont il résultait que les augmentations de prix des fournisseurs subies par les consommateurs étaient dues à l'augmentation des marges obtenues par les distributeurs auprès de leurs fournisseurs ; qu'en considérant néanmoins, pour imputer aux fournisseurs les prix supra-concurrentiels facturés aux consommateurs, que les prix de vente aux consommateurs étaient déterminés par les tarifs consentis par les fournisseurs aux distributeurs, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*17°/ que la baisse du chiffre d'affaires du fournisseur, en dépit de la pratique litigieuse, est de nature à caractériser l'existence d'un fort contre-pouvoir de la grande distribution, partant le caractère particulièrement réduit du dommage causé à l'économie du fait de cette pratique; qu'en l'espèce, les sociétés Reckitt faisaient valoir, preuves à l'appui, que le chiffre d'affaires effectivement réalisé par la société Reckitt Benckiser France avait perdu 2 % par an pendant la période infractionnelle pendant que les marges arrière des distributeurs progressaient de 8 % la première année, puis restaient stables les années suivantes ; qu'en se bornant, pour dire que le contre-pouvoir de la grande distribution était resté limité, partant confirmer la décision entreprise en ce qu'elle avait fixé à 15 % de la valeur des ventes le montant de base de la sanction, à affirmer que « la circonstance que les distributeurs aient pu capter une partie de la rente découlant des pratiques incriminées sous forme de marges arrière plus élevées, ne saurait affecter la mesure du dommage à l'économie », sans rechercher si la baisse de chiffre d'affaires du fournisseur durant la période infractionnelle n'établissait pas le caractère très limité voire nul du dommage effectivement causé à l'économie, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'aux termes du communiqué sanctions, l'Autorité, pour déterminer le dommage à l'économie, prend généralement en compte des éléments de nature qualitative et peut prendre en compte des éléments de nature quantitative lorsqu'ils sont disponibles et fiables et que, si le dommage à l'économie ne peut être présumé, l'Autorité, qui n'est pas tenue de le quantifier précisément, doit, par une appréciation globale de l'entente en cause, en évaluer l'existence et l'importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du

dossier, par la recherche des différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie résultant des pratiques constatées ; que l'arrêt estime que celles-ci étaient de grande ampleur en ce qu'elles concernaient l'ensemble du territoire national, l'ensemble des distributeurs et deux tiers des fournisseurs sur ce territoire ; qu'il retient que, sur le plan qualitatif, les concertations avaient réduit l'asymétrie d'informations entre fournisseurs et distributeurs, altérant ainsi le processus de négociation, et diminué l'incertitude stratégique entre les fournisseurs, créant une zone de sécurité au sein de laquelle les propositions tarifaires étaient à un niveau supérieur à celles qui seraient résultées d'une situation de concurrence non faussée ; qu'il retient encore qu'il importe peu, pour déterminer l'existence du dommage, que le montant du surpris ne puisse être précisément établi ; qu'il retient, enfin, que, si l'Autorité n'a pas expressément qualifié l'ampleur du dommage à l'économie, la description des différents éléments qu'elle a retenus permet la contestation par les parties et la mesure de la cohérence entre cette ampleur et le taux de 15 % retenu ; que de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'ordonner une mesure d'instruction, a pu déduire que l'Autorité n'avait présumé ni l'existence du dommage à l'économie, ni son ampleur ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant relevé que les pratiques litigieuses avaient été mises en oeuvre concomitamment aux réformes législatives qui visaient à remédier à l'équilibre tacite entre fournisseurs et distributeurs engendré par la loi « Galland », en recréant des conditions de dynamique concurrentielle propres à générer une incertitude sur le marché, la cour d'appel a, à bon droit, approuvé l'Autorité d'avoir retenu que la situation contrefactuelle à prendre en considération pour mesurer le dommage à l'économie était celle résultant de l'application des réformes successives engagées à partir de 2003, et non celle résultant de l'équilibre tacite antérieur ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'analysant tant les conséquences conjoncturelles des pratiques que les caractéristiques économiques du secteur en cause pour déterminer l'importance du dommage à l'économie, l'arrêt retient, d'abord, que les échanges d'informations incriminés, qui avaient pour objet de maintenir l'équilibre tacite en dépit des changements législatifs, ont conduit, par la réduction de l'asymétrie d'informations entre fournisseurs et distributeurs et la diminution de l'incertitude stratégique entre les fournisseurs dans la concurrence qu'ils se livrent entre eux, à de fortes hausses de tarifs, sans une quelconque modération tarifaire pouvant bénéficier aux consommateurs, et sans que la réforme de la définition du seuil de revente à perte conduise à le décorrélérer du prix facturé, mettant en échec la circulaire Dutreil, l'engagement du 17 juin 2004 et la loi Dutreil, d'où il ressort que ce sont les pratiques litigieuses, et non la législation, qui ont été la cause des dysfonctionnements du marché constatés ; qu'il relève, en outre, que l'Autorité, loin d'avoir méconnu le contre-pouvoir des distributeurs, a tenu compte du pouvoir de

négociation exercé par les enseignes de la grande distribution sur les fournisseurs, pouvant se manifester, dans les cas les plus extrêmes, par des menaces de déréférencement de produits ou des déréférencements effectifs, l'accès aux linéaires de la grande distribution constituant une ressource rare sur un marché de l'approvisionnement oligopolistique ; qu'il ajoute que cette menace est cependant rendue peu probable par le poids des marques nationales à forte notoriété des fournisseurs dans les secteurs de l'hygiène et de l'entretien, peu pénétrés par les marques de distributeurs, et par le fait que l'importance réelle d'un fournisseur pour une enseigne résulte moins de la part du premier dans le chiffre d'affaires de la seconde que de celle du premier dans l'activité d'un rayon donné de la seconde, et que le déréférencement peut être compensé par la présence d'autres produits d'une même gamme, les distributeurs veillant à limiter le risque de perte de consommateurs ; qu'il en déduit que l'Autorité a pertinemment relativisé le pouvoir de marché des distributeurs par celui des fournisseurs ; qu'il retient encore que l'Autorité doit être approuvée en ce que, pour écarter les critiques selon lesquelles les pratiques des fournisseurs n'ont pas eu d'effet significatif sur les marges arrière en raison de la puissance de négociation des distributeurs et de leur captation du surprofit généré par ces pratiques, elle a retenu que ce contre-pouvoir ne pouvait ni annihiler, ni modérer les effets des pratiques sur les prix de vente aux consommateurs, lesquels étaient fixés à un niveau très proche du prix facturé, correspondant, jusqu'au 1er janvier 2006, au niveau du seuil de revente à perte et ne faisant pas l'objet de négociations, de sorte que les distributeurs étaient contraints par les hausses de tarifs concertées passées entre les fournisseurs, qui se répercutaient, de façon quasi-automatique, sur les consommateurs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, par une juste analyse de la portée réelle de la législation et du contre-pouvoir des distributeurs, a pu décider que l'Autorité avait caractérisé l'importance du dommage causé à l'économie résultant des pratiques reprochées ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° N 16-26.502 et le cinquième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi n° F 16-26.473, réunis :

*1°/ que nul n'est responsable que de son propre fait, et les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles doivent être 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 répétition des pratiques prohibées ; qu'elles doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'en conséquence, la gravité du comportement et l'implication causale de chacune des entreprises poursuivies doivent être prises en considération dans l'intégralité du*

*processus de détermination de la sanction, et non pas seulement au stade, subséquent, d'une éventuelle adaptation de ladite sanction sous couvert de « circonstances atténuantes » ou de « circonstances aggravantes » ; que la méthode consistant à déterminer une sanction de base pour l'ensemble des entreprises poursuivies au titre des pratiques anticoncurrentielles, sans distinction selon leur participation exacte aux faits, non plus qu'à leur implication causale, en repoussant la prise en compte des comportements individuels et de leur rôle causal dans le dommage à l'économie au seul stade de la modulation de la sanction déterminée par un taux de base, est contraire aux dispositions légales ; qu'au cas d'espèce, en approuvant l'Autorité d'avoir infligé à toutes les entreprises concernées, aussi bien dans le secteur de l'hygiène corporelle que dans le secteur des produits d'entretien ménager, un même « taux de base » de 15 %, sans considération à ce stade de l'importance de la participation ni de l'implication causale de chacune, en particulier les sociétés Bolton solitaire et Bolton Manitoba, en repoussant cet examen au seul stade de la modulation de la sanction ainsi déterminée à partir du taux de base collectif, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions, ensemble les articles 4, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;*

*2°/ que nul n'est responsable que de son propre fait, et les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles doivent être 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 des pratiques prohibées ; qu'elles doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que le respect, concret et effectif, de cette exigence légale de proportionnalité de la sanction par rapport, notamment, à l'importance du dommage et à la situation de l'entreprise sanctionnée, peut, compte tenu des circonstances particulières, justifier que la gravité du comportement et l'implication causale d'une entreprise poursuivie soient prises en considération au stade de la détermination de la sanction de base et en particulier du taux appliqué à cet effet, et non pas seulement au stade, subséquent, d'une éventuelle adaptation de la sanction de base, sous couvert de « circonstances atténuantes » ou de « circonstances aggravantes » ; qu'en l'espèce, il était constant que la société Bolton solitaire n'avait participé qu'à l'un des volets de l'infraction, à savoir le « Cercle des Amis », et non pas au groupe de réunion « Team HP », et qu'elle n'avait eu par ailleurs qu'un seul contact bilatéral qu'avec l'un des autres protagonistes ; que la cour d'appel a constaté que s'agissant de la sophistication des pratiques, ayant servi à déterminer le taux de sanction appliqué à toutes les entreprises, l'existence d'un mécanisme de cooptation conférant aux échanges un caractère fermé et sélectif n'avait été démontrée que dans le cadre des réunions du « Team », et non pas dans le cadre du*

*« Cercle des Amis » ; qu'il était par ailleurs avéré que la société Bolton Solitaire constituait un opérateur modeste du secteur, ne représentant qu'une part faible du marché, et intervenait uniquement dans le secteur des produits d'entretien ; qu'en affirmant pourtant, de manière générale et abstraite, que le dommage causé à l'économie devait s'apprécier de façon globale pour l'infraction en cause, c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants à la pratique sans qu'il y ait lieu d'identifier la part imputable à chaque entreprise, et encore qu'il était justifié que « la participation de chaque entreprise et les caractéristiques propres à celles-ci soient appréciées dans le cadre de l'individualisation de la sanction et non dans le cadre de la gravité objective de la pratique unique et continue », sans faire ressortir que, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, tenant à la participation limitée de la société Bolton Solitaire aux pratiques incriminées, et à sa taille très modeste au regard des autres opérateurs, induisant de sa part une implication causale nécessairement très modérée sur le dommage à l'économie, le respect effectif de l'exigence de proportionnalité et d'individualisation de la sanctions ne commandait pas la prise en compte de ces paramètres dès le stade de la détermination de la sanction de base, sous peine de ne pouvoir ensuite, par le seul correctif des circonstances atténuantes appliquées à une sanction de base manifestement disproportionnée, aboutir à une sanction véritablement proportionnée et individualisée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, du principe de proportionnalité et du principe d'individualisation des sanctions, ensemble les articles 4, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme ;*

*3°/ que le principe de non-discrimination, ou principe d'égalité de traitement, impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale ; que l'existence d'une infraction unique et continue ne suffit pas à retenir qu'une entreprise participant à l'une ou l'autre de ces manifestations puisse être tenue pour responsable de l'ensemble des infractions, sauf à ce que l'autorité de poursuite démontre que cette entreprise connaissait les activités anticoncurrentielles à l'échelle du territoire concerné des autres entreprises ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir ; que lorsque cette démonstration n'est pas faite, l'entreprise considérée ne saurait se voir infliger une sanction dont le montant de base est déterminé collectivement pour l'ensemble des participants ; qu'au cas d'espèce, il résulte des propres constatations de l'Autorité, adoptées par l'arrêt attaqué, qu'« aucun élément n'indique que Bolton Solitaire avait connaissance ou pouvait raisonnablement avoir connaissance des autres pratiques concertées constitutives de l'entente unique dans le secteur de l'entretien » ; qu'en approuvant néanmoins l'Autorité de lui avoir infligé, comme aux autres, une sanction dont le taux de base avait été arrêté à 15 % du chiffre d'affaires, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de*

*commerce, ensemble les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions ;*

*4°/ que lorsqu'une entreprise n'a participé qu'à un volet limité d'une entente sans avoir connaissance de son intégralité, cette moindre participation doit être prise en compte dès la détermination du pourcentage du montant de base de l'amende ; qu'en affirmant au contraire que « la moindre participation des entreprises ne peut être prise en compte à ce stade, mais seulement dans le cadre de l'appréciation individuelle du montant de la sanction » ou encore que « l'Autorité n'avait pas à établir que la société Sara Lee avait connaissance des différents volets de l'entente unique dans chacun des deux secteurs, ni son adhésion ou sa conscience d'adhésion à chacune des deux ententes uniques et au « plan d'ensemble », tout en admettant mais au stade seulement de l'individualisation de la sanction que la société Sara Lee n'avait participé qu'à certains volets des ententes, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu que l'individualisation de la sanction, qui consiste à tenir compte des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacune des entreprises, n'intervient qu'une fois déterminé le montant de base, lequel résulte de la valeur des ventes à laquelle est appliqué un taux établi par une approche globale de la gravité des faits et de la caractérisation et évaluation de l'importance du dommage causé à l'économie par l'entente, peu important que l'infraction soit ou non unique, complexe et continue ; que la cour d'appel a exactement retenu que le taux appliqué à la valeur des ventes n'est pas déterminé en considération du degré d'implication de l'entreprise dans les pratiques ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi n° E16-26.472 :

Attendu que la société L'Oréal fait grief à l'arrêt du rejet de ses recours alors, selon le moyen, *que les sanctions pécuniaires doivent notamment être proportionnées à la gravité des faits reprochés et souvent être individualisées ; que la gravité d'une pratique anticoncurrentielle est appréciée en tenant compte de sa durée tandis qu'une moindre implication d'une entreprise dans l'infraction constitue une circonstance atténuante ; qu'en affirmant au contraire que la circonstance que la société L'Oréal ne soit, plus poursuivie qu'en tant que société mère de la société Lascad et non plus en tant qu'ayant personnellement participé à la réunion du Cercle des Amis du 26 janvier 2006 est sans incidence sur l'évaluation de la sanction qui lui a été infligée, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu que la circonstance qu'une société soit poursuivie en qualité de société mère d'une filiale dont les pratiques sont qualifiées d'entente ne constitue pas une circonstance atténuante pour la détermination de la sanction ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° N 16-26.502 :

Attendu que les sociétés Bolton font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles 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 des pratiques prohibées ; qu'elles doivent être déterminés individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'aussi, le législateur prescrivant en particulier la prise en considération de la situation de l'entreprise sanctionnée (ou du groupe auquel elle appartient), et obligeant à une détermination individuelle et motivée de chaque sanction, le juge du contrôle ne peut refuser de tenir compte de la taille de l'entreprise, notamment lorsqu'elle soutient être une PME, au stade de l'appréciation de la sanction ; qu'au cas d'espèce, en retenant au contraire que le fait que la société Bolton Solitaire soit une PME ne constituerait pas en soi une circonstance individuelle de nature à justifier une réduction d'amende, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions, ensemble l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*2°/ qu'au cas d'espèce, en retenant d'abord que la qualité de PME de la société Bolton Solitaire ne pouvait constituer un élément d'atténuation du dommage causé à l'économie, qui devait s'apprécier de façon globale pour l'infraction en cause c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chaque entreprise considérée isolément, de sorte que cette qualité de PME ne pouvait être prise en considération qu'au stade de l'individualisation de la sanction, puis que la qualité de PME de la société Bolton Solitaire ne pouvait en tout état de cause constituer une circonstance individuelle de nature à justifier une réduction d'amende, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions, ensemble l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*3°/ que les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles 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 des pratiques prohibées ; qu'elles doivent être déterminés individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'au cas d'espèce, en tout cas, en ne s'expliquant pas mieux qu'elle ne l'a fait sur les caractéristiques économiques des sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba, à l'effet de déterminer si ces éléments ne justifiaient pas une modulation de la sanction plus importante que celle, fort limitée, retenue par l'Autorité, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité et le principe d'individualisation des sanctions, ensemble l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

Mais attendu que, par motif adopté, la cour d'appel relève que la société Bolton Solitaire, qui allègue que sa taille justifierait une réduction de la sanction, n'est pas une petite ou moyenne entreprise ; que le moyen manque en fait ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° C 16-26.470 :

Attendu que les sociétés Procter font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que la substituabilité entre différents biens et services doit être appréciée d'abord du point de vue du consommateur puis éventuellement du point de vue de l'offre, ce qui implique que les autres fournisseurs soit proposent les mêmes biens ou services que celui ou ceux en cause, soit peuvent réorienter leur production vers ce(s) produit(s) ou service(s) et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque substantiel ; qu'en affirmant, pour refuser d'atténuer la sanction de Gillette au titre des circonstances et des effets de sa participation à l'entente, que des produits non substituables du point de vue du consommateur pouvaient l'être « à un degré plus ou moins fort, du point de vue du distributeur », la cour d'appel qui a ajouté aux critères de substituabilité admis par la doctrine économique, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*2°/ qu'en reprochant à la société Gillette, pour refuser de tenir compte des spécificités de son marché au titre des éléments d'individualisation de la sanction, « de trouver un intérêt à coordonner sa politique commerciale avec celle d'autres fournisseurs du secteur, au détriment (...) des consommateurs finals », après avoir constaté que les*

*produits vendus par Gillette ne sont pas substituables du point de vue du consommateur avec ceux d'autres participants à l'entente, ce dont il résulte que la participation de Gillette à l'entente en cause dans le secteur de l'hygiène restait sans influence pour le consommateur final, 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 ;*

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que, pour les produits de grande consommation, notamment pour les produits d'hygiène et d'entretien, les fournisseurs ont recours aux enseignes de la grande distribution pour accéder à leurs clients finals, de sorte qu'il n'existe pas de transaction commerciale directe entre les fournisseurs et les consommateurs et que les distributeurs, en charge de « l'achat pour revente », sont les demandeurs directs des produits commercialisés par les fournisseurs ; qu'il ajoute que le distributeur peut décider de favoriser le produit qui génère le plus de marge, même imparfaitement substituable du point de vue du consommateur, à un produit déréférencé, de sorte que la concurrence à laquelle se livrent les fournisseurs dans le secteur de l'approvisionnement est significativement plus large que celle à laquelle ils se livrent auprès des consommateurs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il ressort que, dans le cadre de l'analyse des pratiques en cause, le marché pertinent est le marché amont de l'approvisionnement de la grande distribution, où l'offre est constituée par les fournisseurs et la demande par les distributeurs, la cour d'appel, en définissant le marché pertinent, n'a pas ajouté aux critères de substituabilité ;

Et attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que les fournisseurs des deux secteurs avaient intérêt à coordonner leurs conditions commerciales au détriment des distributeurs et des consommateurs finals, indépendamment du fait qu'ils soient ou non des concurrents sur le marché aval, c'est souverainement que la cour d'appel a écarté la circonstance, alléguée par la société Gillette, tirée de ce que ses produits ne sont pas substituables du point de vue des consommateurs, sur le marché aval, pour obtenir une réduction de la sanction ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° D 16-26.471 :

Attendu que les sociétés Reckitt font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les sanctions 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 ; qu'elles sont*

déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que, dans leurs conclusions, les sociétés Reckitt faisaient valoir que les taux d'abattement accordés par la décision étaient décorrélés de la réalité de la participation individuelle des entreprises aux pratiques pour se fonder non pas sur la participation globale de chaque entreprise aux échanges mais sur le nombre de « type d'échanges » auquel l'entreprise avait participé ; qu'elles observaient ainsi que la participation d'une entreprise n'ayant pris part, pour chaque type d'échanges qu'à un nombre limité de ces échanges, était globalement beaucoup plus restreinte que celle d'une entreprise qui aurait pris part à beaucoup plus d'échanges mais dans ce seul type d'échanges ; qu'en affirmant cependant, pour débouter les sociétés Reckitt de leur demande tendant à bénéficier d'un abattement de 10 % dans le secteur de l'entretien et de 15 % dans le secteur de l'hygiène, que la société Reckitt Benckiser expose que « la motivation de la décision ne permet pas de comprendre ce qui justifie les écarts entre les différents taux d'abattement accordés aux différentes entreprises, qui s'étendent de 2 à 23 % », que « dans le secteur de l'entretien, elle soutient que sa situation serait comparable à celle des sociétés Procter & Gamble et Unilever, qui ont bénéficié de réductions supérieures de leurs amendes » et que « dans le secteur de l'hygiène, la requérante prétend qu'elle aurait dû bénéficier d'une réduction de sanction identique à celle de la société Sara Lee », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des conclusions qui lui étaient soumises, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que dans leurs conclusions, les sociétés Reckitt faisaient valoir que les taux d'abattement accordés par la décision étaient décorrélés de la réalité de la participation individuelle des entreprises aux pratiques pour se fonder non pas sur la participation globale de chaque entreprise aux échanges mais sur le nombre de « type d'échanges » auquel l'entreprise avait participé ; qu'en se bornant, pour débouter les sociétés Reckitt de leur demande tendant à bénéficier d'un abattement de 10 % dans le secteur de l'entretien et de 15 % dans le secteur de l'hygiène, à affirmer que les sociétés Unilever et Procter & Gamble, d'une part, et Sara Lee, d'autre part, ne se trouvent pas dans la même situation que la société Reckitt Benckiser, sans répondre au moyen, tiré de ce que le critère, utilisé par l'Autorité pour individualiser la sanction n'était pas approprié, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'aux termes de son communiqué, en date du 16 mai 2011, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, qui lui est opposable, l'Autorité peut adapter le montant de base de la sanction à la baisse pour tenir compte du fait que « l'entreprise concernée mène l'essentiel de son activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction (entreprise « mono-produit ») » ; que la circonstance que l'entreprise, auteur des pratiques litigieuses, est la filiale d'autres sociétés, qui se sont vues également imputer l'infraction, n'est pas de nature

à venir modifier le caractère « mono-produit » de son activité, partant n'est pas de nature à justifier que soit comparé, pour déterminer ce caractère « mono-produit » de l'activité, la valeur des seules ventes en relation avec l'infraction avec le chiffre d'affaires mondial du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'en affirmant, cependant, pour refuser de faire droit à la demande de réduction du montant de la sanction, que, le communiqué visant « l'entreprise », au sens d'entité économique du terme, « c'est par une juste appréciation des faits de la cause que l'Autorité a refusé ce bénéfice à la société Reckitt Benckiser en retenant que l'entreprise Reckitt Benckiser, dont la société mère ultime, Reckitt Benckiser plc s'est vue imputer des griefs est un groupe d'envergure mondiale et que les ventes réalisées en relation avec les infractions, qui s'élevaient en 2005 à 435,7 millions d'euros dans le secteur de l'entretien et à 79,6 millions d'euros dans le secteur de l'hygiène, devaient être rapportées au chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise Reckitt Benckiser, soit 6,11 milliards d'euros », la cour d'appel, qui a comparé les ventes effectuées par la société Reckitt Benckiser France dans le secteur de l'hygiène et de l'entretien au chiffre d'affaires mondial du groupe auquel elle appartient, quand cette comparaison ne permettait pas d'apprécier le caractère monoproduit de son activité, a violé les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ qu'aux termes de son communiqué, en date du 16 mai 2011, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, qui lui est opposable, l'Autorité peut adapter le montant de base de la sanction à la baisse pour tenir compte du fait que « l'entreprise concernée mène l'essentiel de son activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction (entreprise « mono-produit ») » ; qu'à supposer même que « l'entreprise concernée » puisse désigner le groupe auquel appartient la société, auteur de l'infraction, alors il ressort des termes du communiqué qu'il convient d'apprécier le caractère mono-produit de l'activité du groupe, partant de comparer la valeur des ventes effectuées par le groupe dans le secteur de l'entretien et de l'hygiène au chiffre d'affaires global du groupe ; qu'en affirmant, cependant, pour refuser de faire droit à la demande de réduction du montant de la sanction, que « c'est par une juste appréciation des faits de la cause que l'Autorité a refusé ce bénéfice à la société Reckitt Benckiser en retenant que l'entreprise Reckitt Benckiser, dont la société mère ultime, Reckitt Benckiser PLC s'est vue imputer des griefs est un groupe d'envergure mondiale et que les ventes réalisées en relation avec les infractions, qui s'élevaient en 2005 à 435,7 millions d'euros dans le secteur de l'entretien et à 79,6 millions d'euros dans le secteur de l'hygiène, devaient être rapportées au chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise Reckitt Benckiser, soit 6,11 milliards d'euros », la cour d'appel, qui a comparé les ventes effectuées par la société Reckitt Benckiser France dans le secteur de l'hygiène et de l'entretien au chiffre d'affaires mondial du groupe auquel elle appartient, quand cette comparaison ne permettait pas d'apprécier le caractère monoproduit de l'activité du groupe, a violé les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que sous le couvert d'un grief infondé de défaut de réponse à conclusions, le moyen, en sa deuxième branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond qui, sans dénaturer les conclusions, ont rejeté la demande de réduction de la sanction fondée sur le caractère mineur allégué du rôle des sociétés Reckitt dans les pratiques poursuivies ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir constaté que l'Autorité, dans son communiqué sanctions, précise qu'elle peut adapter à la baisse le montant de base de la sanction pour tenir compte du fait que l'entreprise concernée mène l'essentiel de son activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction, l'arrêt retient que c'est bien à l'entreprise, au sens d'entité économique du terme, que se réfère le communiqué afin d'établir le caractère monoproduit de celle-ci ; qu'ayant fait application de cette règle, la cour d'appel n'a pas encouru les griefs du moyen ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le huitième moyen, pris en ses première et deuxième branches du pourvoi n° N 16-26.479 et le quatrième moyen du pourvoi n° G 16-26.475, réunis :

Attendu que les sociétés Henkel et Beiersdorf font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ qu'en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les principes d'égalité de traitement et d'égalité devant la loi, l'augmentation d'amende imposée à une entreprise en raison de la puissance financière du groupe auquel elle appartient ne peut être supérieure à l'augmentation d'amende imposée à ce titre à une entreprise appartenant à un groupe doté d'une puissance financière supérieure ; qu'en augmentant les amendes imposées aux sociétés Henkel au motif qu'elles appartenaient à un groupe doté d'une grande puissance financière, alors qu'elle n'avait pas augmenté l'amende infligée aux sociétés Vania et Johnson & Johnson Consumer Holdings France, qui appartenaient au groupe Johnson & Johnson, dont le chiffre d'affaires mondial consolidé est supérieur à celui du groupe Henkel, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;*

*2°/ qu'en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les principes d'égalité de traitement et d'égalité devant la loi, l'augmentation d'amende imposée à une entreprise en raison de la puissance financière du groupe auquel elle appartient ne peut être supérieure à l'augmentation d'amende imposée à ce titre à une entreprise appartenant à un groupe doté d'une puissance financière supérieure, sauf à ce que l'autonomie commerciale de cette dernière entreprise soit établie ;*

*qu'en augmentant les amendes imposées aux sociétés Henkel au motif qu'elles appartenaient à un groupe doté d'une grande puissance financière, alors qu'elle n'avait pas augmenté l'amende infligée aux sociétés Vania et Johnson & Johnson Consumer Holdings France, qui appartenaient au groupe Johnson & Johnson, dont le chiffre d'affaires mondial consolidé est supérieur à celui du groupe Henkel, et ce sans justifier de l'autonomie commerciale des sociétés Vania et Johnson Consumer Holdings France envers la société faïtière du groupe Johnson & Johnson, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;*

*3°/ que les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce devant être déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque sanction, l'appartenance de l'entreprise sanctionnée à un groupe de sociétés de grande envergure ne saurait à elle seule justifier le relèvement automatique de la sanction prononcée ; qu'il s'en déduit que, si la présomption simple d'influence déterminante qui s'attache à la détention de la totalité du capital de la filiale qui a commis les pratiques en cause justifie que ces pratiques soient, sans autre preuve, imputées à la société mère, le relèvement de la sanction prononcée à leur rencontre requiert la démonstration de ce que l'appartenance de la filiale à un groupe a concrètement joué un rôle dans la commission des pratiques ou dans l'appréciation de leur gravité ; qu'en jugeant au contraire que l'Autorité avait valablement pu majorer de 10 % la sanction prononcée à raison des faits commis par la SAS Beiersdorf, également imputés à la société Beiersdorf Holding France et à la société Beiersdorf AG en tant que sociétés mères, sans avoir à démontrer en quoi l'appartenance de la filiale française à un groupe avait concrètement joué un rôle dans la commission des pratiques en cause, dès lors que, sur le terrain de l'imputabilité des pratiques, ces trois sociétés ne constituaient qu'une entreprise unique au sens du droit de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que la société « faïtière » du groupe Henkel, à laquelle l'infraction a été imputée, a un chiffre d'affaires démontrant une puissance économique importante et supérieure au montant cumulé des chiffres d'affaires des sociétés détenant la société Vania, la cour d'appel a pu en déduire que la société Henkel ne se trouvait pas dans la même situation que la société Vania ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant retenu que les pratiques reprochées à la société Beiersdorf SAS ont été imputées à la société « faïtière » du groupe, la société Beiersdorf AG, et que ces entités constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence, et relevé, par motifs adoptés, que le groupe était d'une taille, d'une puissance économique et de ressources globales importantes puis constaté que le chiffre d'affaires mondial consolidé de cette société faïtière était de 66,14 milliards d'euros, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la

proportionnalité de la sanction que la cour d'appel a estimé que le montant de la sanction devait être majoré pour tenir compte de la puissance économique des auteurs des pratiques ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen, pris en ses première, deuxième et troisième branches, du pourvoi n° B 16-26.515 :

Attendu que les sociétés Colgate font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les sociétés Colgate Palmolive faisaient valoir que l'exonération de 50 % du montant de la sanction, accordée au titre de la clémence, devait être appliquée sur une assiette réduite à due concurrence de la proportion liée à l'augmentation du montant de la sanction issue de l'allongement de 60 % de la durée de l'infraction qui résultait des informations qu'elles avaient révélées dans le cadre du programme de clémence ; qu'en considérant que la demande des sociétés Colgate Palmolive s'analysait en une demande d'exonération supplémentaire qui en aurait porté la proportion au-delà de la limite de 50 % fixée par le point 20 du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence française, la cour d'appel a dénaturé leurs écritures, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;*

*2°/ qu'afin de prétendre à une exonération partielle, l'entreprise doit fournir à l'Autorité des éléments de preuves de l'existence de l'entente présumée tels qu'ils renforcent, par leur nature ou leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'entente présumée ; qu'en retenant, pour refuser de réduire l'assiette de la sanction sur laquelle l'exonération partielle était appliquée, que les éléments communiqués par les sociétés Colgate-Palmolive n'avaient pas permis d'établir une infraction différente de celle pour laquelle l'Autorité disposait déjà d'éléments qui lui avaient été apportés dans le cadre de la première demande de clémence, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 IV du code de commerce ;*

*3°/ que lorsque l'entreprise qui présente la demande de clémence fournit des éléments permettant d'établir des faits de nature à augmenter le montant des sanctions pécuniaires, tel l'allongement significatif de la durée de l'infraction, la part de l'augmentation de la sanction liée à la révélation de ces faits doit être retranchée de l'assiette de la sanction pécuniaire sur laquelle est appliquée l'exonération à laquelle ouvrent droit ces révélations ; qu'en refusant néanmoins de retrancher de l'assiette de la sanction infligée aux sociétés Colgate-Palmolive l'augmentation liée à l'accroissement significatif (+ 60 %) de la durée de l'infraction révélé par ces dernières, motifs pris de ce que le montant de l'exonération ne pouvait*

*excéder la limite de 50 %, la cour d'appel, qui a ainsi confondu l'assiette de la sanction et la proportion de l'exonération, a violé l'article L. 464-2 IV du code de commerce ;*

Mais attendu que l'arrêt relève, sans dénaturation, que la société Colgate Palmolive sollicitait que soit retranchée, pour le calcul de sa sanction, la durée de l'infraction comprise entre janvier 2003 et le 4 novembre 2004, au motif quelle avait fourni des éléments permettant d'établir des faits de nature à augmenter le montant des sanctions pécuniaires, tel l'allongement significatif de la durée de l'infraction ; qu'il retient que l'article 19 du communiqué de procédure du 2 mars 2009, alors applicable, qui précise que si l'entreprise qui présente la demande de clémence fournit des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, cette contribution supplémentaire sera prise en compte dans la détermination individuelle de la sanction, qui pourra faire l'objet d'une exonération partielle, ne peut se lire comme signifiant que l'entreprise qui apporte des éléments à valeur ajoutée significative doit bénéficier d'une exemption, au titre de la durée de l'infraction qu'elle a aidé à établir, dans le cadre du calcul de la sanction puisque l'article 20, qui le suit, prévoit seulement, en ce cas, une exonération partielle de sanction, laquelle ne peut, en principe, excéder 50 % ; qu'en l'état de ces seuls motifs, abstraction faite de celui, surabondant, critiqué par la deuxième branche, la cour d'appel a pu écarter la demande de réduction du montant de base de la sanction de la société Colgate Palmolive ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le neuvième moyen du pourvoi n° N 16-26.479 et le cinquième moyen, pris en ses quatrième, cinquième, sixième et septième branches, du pourvoi n° B 16-26.515, réunis :

Attendu que les sociétés Henkel et Colgate font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que le communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs de l'Autorité constitue une directive au sens administratif du terme, qui lui est opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ; que ce communiqué prévoit un cumul des réductions d'amende au titre des procédures de clémence et non-contestation des griefs, lorsqu'une même entreprise bénéficie de ces deux procédures ; qu'en appliquant successivement plutôt que cumulativement les réductions d'amende au titre de ces deux procédures aux sociétés Henkel, l'Autorité a violé ce communiqué ; qu'en refusant de réformer la décision sur ce point, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce et le communiqué précité ;*

2°/ qu'en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en l'espèce, ensemble les principes d'égalité de traitement et d'égalité devant la loi, la réduction d'amende au titre de la non-contestation des griefs doit être appliquée à la même base pour toutes les entreprises qui ne contestent pas les griefs, qu'elles bénéficient ou non de la procédure de clémence ; qu'en réduisant les amendes imposées aux sociétés Henkel au titre de la non-contestation des griefs après avoir réduit ces amendes au titre de la clémence, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;

3°/ qu' il appartient à la cour d'appel de Paris, investie d'un pouvoir de pleine juridiction, de contrôler, en fait et en droit, les conditions dans lesquelles l'Autorité met en oeuvre les paramètres légalement prévus de fixation des sanctions pécuniaires ; qu'en affirmant qu'il appartient à l'Autorité de définir la façon dont elle estime devoir articuler les différentes procédures de clémence et de non contestation des griefs, qui ouvrent toutes deux droit à des réductions du montant des sanctions pécuniaires infligées, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en violation de l'article L. 464-2 III et IV du code de commerce ;

4°/ que l'égalité de traitement entre les entreprises poursuivies impose que les réductions de sanction en cas de non-contestation des griefs leur soient appliquées dans des conditions identiques ; que la réduction de sanction au titre de la non-contestation de griefs sur une assiette amputée de la réduction appliquée au titre de la demande de clémence conduit à défavoriser les demandeurs à la clémence en les faisant bénéficier, dans une moindre mesure que ceux qui ne demandent pas la clémence, des effets pécuniaires attachés à la non contestation de griefs ; qu'en admettant néanmoins que les réductions pouvaient être appliquées « en cascade » et non de façon cumulée, la cour d'appel a consacré une rupture d'égalité de traitement entre les entreprises, violant ainsi ce principe, ensemble l'article L. 464-2 III et IV du code de commerce ;

5°/ que l'appréciation de l'égalité de traitement entre les entreprises s'effectue au regard de la mesure dont le bénéfice est sollicité ; qu'en retenant que les entreprises qui avaient sollicité la clémence et n'avaient pas contesté les griefs étaient mieux traitées que celles qui s'étaient limitées à ne pas contester les griefs puisque la sanction infligée aux premières était réduite à deux reprises, à deux titres différents, lorsque c'est au seul regard de la non-contestation de griefs que l'égalité de traitement devait être appréciée, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 III et IV du code de commerce ;

6°/ que le principe d'autonomie des autorités nationales dans la détermination des sanctions ne fait pas obstacle à l'application du principe de convergence qui préside au prononcé des sanctions par les autorités européennes de concurrence et qui impose d'unifier les pratiques pour éviter

*les effets pervers pouvant naître de pratiques différenciées ; qu'en refusant de prendre en compte la méthode de prononcé des sanctions par la Commission européenne qui applique les réductions au titre de la clémence et de la non-contestation de griefs de façon cumulée plutôt qu'en « cascade » en se retranchant derrière le principe d'autonomie procédurale, sans rechercher si la pratique française et l'effet possiblement dissuasif induit de se tourner vers l'Autorité française pour dénoncer de telles pratiques ne s'inscrivait pas en contradiction avec le principe de convergence duquel l'Autorité se revendique pourtant, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 III et IV du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, que ni l'article L. 464-2 du code de commerce ni le communiqué de procédure du 10 février 2012 ne prévoient que les taux de réduction accordés au titre des procédures de clémence et de non-contestation des griefs soient cumulés avant d'être appliqués au montant de base de la sanction ; que le moyen qui, en ses première, deuxième et quatrième branches, soutient le contraire, manque en droit ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel, qui a exactement retenu qu'il appartient à l'Autorité chargée de la régulation de la concurrence de définir la façon dont elle estime devoir articuler les différentes procédures de clémence et de non-contestation des griefs et qui a contrôlé que le mode de détermination de la sanction ne s'écartait pas du point 6 du communiqué de procédure du 10 février 2012, sans avoir à effectuer la recherche invoquée à la sixième branche, n'a pas méconnu l'étendue de ses pouvoirs ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'une violation du principe d'égalité de traitement n'est caractérisée que lorsque des situations identiques sont traitées différemment ; que la situation du bénéficiaire d'une procédure de non-contestation des griefs étant différente de celle du bénéficiaire d'une telle procédure et d'une procédure de clémence, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que le choix de réductions en cascade plutôt que cumulées ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement à l'égard des entreprises placées dans ces situations respectives ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° B 16-26.515 :

Attendu que les sociétés Colgate font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que l'unité économique bénéficiaire de l'exonération au titre du programme de clémence est celle existant à la date à laquelle cette*

*exonération est accordée ; que c'est donc à la date à laquelle le montant de la sanction est déterminé et l'exonération, le cas échéant, appliquée, que doit être appréhendée l'unité économique considérée bénéficiaire de l'exonération ; qu'en jugeant que l'unité économique devant être prise en considération était celle telle qu'elle existait au stade de la demande de clémence, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 IV du code de commerce ;*

*2°/ que les sanctions sont proportionnées à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient ; que la cour d'appel, pour dire la société Colgate-Palmolive solidairement responsable du paiement des amendes infligées à la société Sara Lee Household and Body Care France, a retenu qu'elle était le successeur juridique de cette société ; qu'en affirmant cependant, que la société Colgate-Palmolive ne pouvait bénéficier de l'exonération appliquée en raison de sa participation au programme de clémence relativement aux sanctions prononcées à l'encontre de la société Sara Lee, au motif, inopérant, pris de ce que la société Sarah Lee n'avait pas, à la date de la demande de clémence, été encore absorbée, la cour d'appel, qui a retenu cumulativement, dans la détermination de la sanction, que les sociétés en cause constituaient et ne constituaient pas une unité économique, a violé l'article L. 464-2 I et IV du code de commerce ;*

Mais attendu qu'après avoir retenu que bénéficie de la procédure de clémence l'unité économique qui a déposé une demande de clémence et transmis les preuves décisives, l'arrêt relève qu'au moment du dépôt de sa demande de clémence, en juin 2006, la société Colgate Palmolive n'a pu agir que pour l'unité économique qu'elle formait à l'époque, dont la société Sara Lee, qui n'a rejoint l'entreprise que le 1<sup>er</sup> décembre 2011, ne faisait pas partie, et en déduit exactement que la société Colgate Palmolive ne pouvait pas engager, au moment du dépôt de cette demande, une société dont elle n'était pas encore le successeur juridique ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a écarté à bon droit la demande de la société Colgate Palmolive d'extension du bénéfice de la clémence, qui lui avait été accordée en sa qualité de dénonciateur des pratiques reprochées, à la sanction qui lui était infligée en sa qualité de successeur de la société Sara Lee ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° D 16-26.586 et le troisième moyen du pourvoi n° P 16-26.480, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Johnson Consumer, Johnson santé, Vania et Tissue font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen :

*1°/ que dans leur rapport du 8 avril 2014, les rapporteurs de l'Autorité avaient considéré que l'engagement des sociétés Unilever et*

*Johnson & Johnson Sante Beauté France était « particulièrement significatif », dans la mesure où il avait « vocation à s'appliquer à toutes les activités » de ces sociétés ; qu'en indiquant à l'Autorité, dans ses observations du 17 juin 2014, que son programme avait également « vocation » à s'appliquer à toutes ses activités, la société SCA Tissue France n'a fait que reprendre le terme utilisé par les rapporteurs de l'Autorité qui, dans ce contexte, était dépourvu de toute ambiguïté, comme le soutenait cette société dans ses conclusions reprises par la société Johnson & Johnson Consumer Holdings France dans son mémoire récapitulatif ; qu'en considérant que l'utilisation de ce terme, par la société SCA Tissue France, ne constituait pas un engagement d'étendre le champ du périmètre des engagements, la cour d'appel a dénaturé les observations du 17 juin 2014 et violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;*

*2°/ qu'en tout état de cause, en se bornant à relever que la société SCA Tissue France ne s'était pas engagée à étendre le champ du périmètre de ses engagements, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si la circonstance que la liste des cadres de direction concernés par certains aspects de l'engagement de la société SCA Tissue France comprenait le directeur commercial et le directeur marketing de la marque « Lotus », ainsi que le responsable Grands Comptes des papiers tissus « hors résidentiel » (« Away From Home »), lesquels sont employés dans des activités non visées par la décision de l'Autorité, ne démontrait pas l'extension du périmètre de l'engagement de la société SCA Tissue France, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

Mais attendu que sous le couvert d'un grief infondé de manque de base légale, le moyen, pris en sa seconde branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui, sans dénaturer les observations déposées par la société Tissue devant l'Autorité, a retenu, pour écarter le grief de différence de traitement dans la détermination d'une éventuelle réduction de la sanction au titre des programmes de conformité, que si certaines parties avaient pris un engagement d'élargir le périmètre d'activité couvert par le programme à toutes leurs activités, tel n'était pas le cas de la société Tissue ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur les autres moyens des pourvois n° E 16-26.472, X 16-25.936, C 16-26.470, D 16-26.471, F 16-26.473, G 16-26.475, N 16-26.479, P 16-26.480, N 16-26.502, B 16-26.515, D 16-26.586 :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa huitième branche, du pourvoi n° E 16-26.472 :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société L'Oréal au paiement de la somme de 189 494 000 euros, la société Lascad étant solidairement responsable du paiement de cette somme à hauteur de 40 784 000 euros, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la société L'Oréal, société « faïtière » du groupe, a participé à l'infraction en communiquant des informations stratégiques sur les déterminants de ses prix et de ceux des sociétés Lascad et Gemey Maybelline Garnier, de sorte que c'est à juste titre que l'Autorité a pris en compte, au titre de la valeur des ventes, le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des sociétés du groupe L'Oréal en commercialisant les produits d'hygiène auprès des enseignes de la grande distribution, en ce compris celui réalisé par la société Gemey Maybelline Garnier, peu important que cette dernière n'ait pas participé comme auteur à l'infraction ;

Qu'en statuant ainsi, en incluant dans l'assiette de la sanction de la société L'Oréal la valeur des ventes réalisée par la société Gemey, à laquelle aucun grief n'avait été notifié, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois n° X 16-25.936, C 16-26.470, D 16-26.471, F 16-26.473, G 16-26.475, N 16-26.479, P 16-26.480, N 16-26.502, B 16-26.515 et D 16-26.586 ;

Et sur le pourvoi n° E 16-26.472 :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il inflige, au titre des pratiques sur le marché français de l'approvisionnement en produits d'hygiène, la sanction pécuniaire de 189 494 000 euros à la société L'Oréal, la société Lascad étant solidairement responsable du paiement de cette somme à hauteur de 40 784 000 euros, et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile à l'égard de ces sociétés, l'arrêt rendu le 27 octobre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 président de l'Autorité de la concurrence aux dépens afférents au pourvoi formé par les sociétés L'Oréal et Lascad et condamne les sociétés Unilever France Holdings, Unilever France Holdings venant aux droits de la société Topaze, Unilever France, Procter & Gamble

Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble Holding France, Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud, Reckitt Benckiser PLC, The Hillshire Brands Company, Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France, Beiersdorf, Henkel AG & Co KGaA, Henkel France, Vania Expansion et Essity Operations France, Bolton Solitaire et Bolton Manitoba SPA, Colgate Palmolive, Colgate Palmolive Services, Colgate Palmolive Company, Colgate Palmolive, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France, Johnson & Johnson Consumer Holdings France, et Johnson & Johnson Santé Beauté France aux dépens afférents à leurs propres pourvois ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne le président de l'Autorité de la concurrence à payer à la société L'Oréal la somme de 3 000 euros et condamne les sociétés Unilever France Holdings, Unilever France Holdings, venant aux droits de la société Topaze, Unilever France, à payer, au président de l'Autorité de concurrence, la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Procter & Gamble Company, Procter & Gamble France, Procter & Gamble-Holding France, à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Reckitt Benckiser France, RB Holding Europe du Sud et Reckitt Benckiser PLC à lui payer la somme globale de 3 000 euros, la société The Hillshire Brands Company, à lui payer la somme de 3 000 euros, les sociétés Beiersdorf AG, Beiersdorf Holding France et Beiersdorf, à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Henkel AG & Co KGaA, Henkel France, à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Vania Expansion et Essity Operations France à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Bolton Solitaire et Bolton Manitoba SPA, à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Colgate Palmolive, Colgate Palmolive Services, Colgate Palmolive Company, Colgate Palmolive, venant aux droits de la société Sara Lee Household and Body Care France, à lui payer la somme globale de 3 000 euros, les sociétés Johnson & Johnson Consumer Holdings France, et Johnson & Johnson Santé Beauté France à lui payer la somme globale de 3 000 euros, et rejette les autres demandes ;

Vu l'article R. 490-5 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

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 partiellement cassé ;

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