II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION
du 23 novembre 1972
relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE
(IV/26894 — Pittsburgh Corning Europe — Formica Beligum — Hertel, IV/26876 et 26892)

(Les textes en langues française et néerlandaise sont les seuls faisant foi)

(72/403/CEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 85,

vu le règlement n° 17 du 6 février 1962 (1), et notamment ses articles 2, 3, 4 et 15,

vu la demande d'attestation négative assortie d'une demande d'exemption en application de l'article 85 paragraphe 3, présentée le 6 janvier 1971 en faveur des sociétés Pittsburgh Corning Europe (PCE) et Formica Belgium (Formica) (IV/26876) et le 23 février 1971 en faveur des sociétés Pittsburgh Corning Europe (PCE) et Hertel en Co. Amsterdam (Hertel) (IV/26892),

après avoir entendu, conformément à l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 et aux dispositions du règlement n° 99/63/CEE (2), les mandataires de PCE, de Formica et de Hertel,

vu l'avis du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, recueilli conformément à l'article 10 du règlement n° 17, le 25 juillet 1972,

(1) JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.
(2) JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.

I

considérant que les services de la Commission, ayant recueilli des indices donnant à penser que PCE, fabricant, en Belgique seulement, un matériau isolant dénommé verre cellulaire, pratiquait une politique de prix fondée sur une discrimination en fonction du pays de destination de ce produit à l'intérieur du marché commun, ont, d'office, procédé à l'instruction de l'affaire en application de l'article 3 du règlement n° 17, et que cette instruction a permis d'établir les faits suivants ;

pendant plusieurs années, et en particulier en 1970, 1971 et 1972, PCE a vendu son verre cellulaire en république fédérale d'Allemagne, par l'intermédiaire de sa filiale allemande Deutsche Pittsburgh Corning (DPC), agissant en qualité de concessionnaire, à des prix considérablement plus élevés, et pouvant aller jusqu'à 40 % de plus, que ceux pratiqués par ses autres concessionnaires dans les autres pays du marché commun et surtout Formica, en Belgique, et Hertel, aux Pays-Bas ;

pour éviter que cette forte différence de prix au même niveau de la commercialisation ne détermine des achats en Belgique et aux Pays-Bas mais à destination de la RFA, achats qui eussent pu entraîner une baisse importante des prix de vente, ou du volume des ventes, de DPC en Allemagne, PCE a tenté de contrôler la destination finale des commandes reçues par Formica et Hertel en se

faisant indiquer à chaque commande dans quel pays la marchandise devait être mise en œuvre, c'est-à-dire incorporée à une construction ;

il n'apparaît pas que PCE ait eu à se préoccuper d'exportations parallèles en Allemagne en provenance d'Italie, sans doute du fait du plus grand éloignement de ce pays et du coût relativement élevé du transport ;

la situation en France semble avoir été intermédiaire, en ce sens qu'il suffisait à PCE d'agir sur les prix pratiqués par son concessionnaire Saint-Gobain, ou sur ceux qui lui étaient consentis, ainsi qu'il a été fait en 1970, « pour éviter les problèmes d'exportation qui pourraient survenir vers l'Allemagne » (note interne de PCE du 28 juillet 1970) ;

en dépit de ces mesures, des importations parallèles de verre cellulaire de PCE eurent lieu en RFA, en provenance de Belgique et des Pays-Bas, et à concurrence de plusieurs milliers de mètres cubes. DPC a déclaré estimer ces importations parallèles à environ 10 000 m³ pour l'année 1970, pour un volume de ventes de verre cellulaire de toutes origines d'environ 93 000 m³ en RFA la même année.

c'est ainsi qu'une société allemande, spécialiste en travaux d'isolation, réussissait, par l'intermédiaire de sa filiale belge, à placer auprès de Formica, le 10 août 1970, une commande de 950 m³, en indiquant que la marchandise était destinée à un pays non européen, alors qu'elle fut en réalité expédiée à la société allemande ;

pour mettre fin à ces importations parallèles, PCE a modifié son système de prix en amenant Formica et Hertel à mettre en vigueur, au 1er octobre 1970, un nouveau tarif de vente dans lequel le prix « normal », en forte hausse, était calculé pour rendre impossible toute exportation parallèle de Belgique et des Pays-Bas vers la RFA, compte tenu des frais de transport et des prix pratiqués par DPC, mais dans lequel il était précisé qu'une réduction de 20 % serait pratiquée lorsqu'il serait justifié que la marchandise devait être mise en œuvre dans un chantier situé, respectivement, en Belgique ou aux Pays-Bas ;

considérant qu'en un moment où l'instruction de cette affaire par les services de la Commission était déjà fort avancée, PCE a présenté, les 6 janvier et 23 février 1971, en application des articles 2 et 4 du règlement n° 17, une demande d'attestation négative et subsidiairement d'exemption à l'égard des pratiques ci-dessus décrites ;

considérant que les entreprises en cause ont, au cours de l'audition qui a eu lieu le 21 mars 1972, annoncé que l'application d'un tarif comportant une discrimination en fonction du lieu de destination de la marchandise serait abandonnée à dater du 1er juin 1972 ; que cet abandon a depuis lors été confirmé par ces entreprises ;

II

considérant qu'il n'est pas concevable, dans les circonstances ci-dessus décrites, que ce soient Formica et Hertel qui aient spontanément et isolément adopté ces nouveaux tarifs ; que d'ailleurs, s'il en était ainsi, rien, en l'absence du moindre indice d'une collusion entre Formica et Hertel, n'expliquerait l'identité du mécanisme choisi pour mettre fin aux exportations parallèles de Belgique et des Pays-Bas, l'identité du taux retenu pour la discrimination de prix, et l'identité de la date d'entrée en vigueur des deux nouveaux tarifs ; qu'en outre, ni Formica ni Hertel n'ont excipé d'aucun intérêt à l'application d'un tarif discriminatoire, et qu'on est bien en peine d'imaginer qu'un tel intérêt ait pu exister ni en quoi il eût consisté ; qu'au contraire Hertel a clairement indiqué, notamment dans sa réponse à la communication des griefs retenus par la Commission, avoir dû céder à la demande de PCE ; que PCE n'a donné aucune indication en sens contraire et s'est même gardée de fournir une réponse au grief de pratique concertée avec Hertel ; que, cela étant, il est tout à fait invraisemblable qu'à l'inverse de Hertel pour les Pays-Bas ce soit Formica qui, pour la Belgique, ait désiré le nouveau tarif discriminatoire ; qu'aussi bien PCE, après avoir, au cours de la vérification effectuée en ses bureaux par les services de la Commission le 16 novembre 1970, affirmé « n'intervenir en aucune façon dans la fixation des prix ou l'élaboration des tarifs, même en Belgique », a rapidement abandonné ce système de défense pour tenter de faire valoir que ses tarifs s'imposaient à Formica parce que cette société était son représentant ; qu'il est d'autre part acquis, à la lumière des déclarations faites par Formica et Hertel aux services de la Commission lors des vérifications effectuées en leurs bureaux respectivement les 3 novembre 1970 et 15 février 1971, des pièces recueillies à cette occasion, telles que procès-verbaux de réunions et projets échangés et rectifiés de nouveau tarif, et des propres indications de PCE dans les notifications sus-mentionnées, que l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs a été précédée de nombreuses discussions et correspondances entre PCE et Formica, d'une part, et PCE et Hertel, de l'autre ; qu'il est donc bien établi que PCE a voulu et organisé le nouveau système de prix pratiqué par Formica et Hertel depuis le 1er octobre 1970 ;

considérant que, de leur côté, Formica et Hertel ont accepté d'appliquer ce système de prix ;

considérant tout d'abord qu'en ce qui concerne les relations à ce sujet entre PCE et Hertel, cette dernière société a fait valoir qu'elle se croyait dans l'obligation d'accéder à la demande de PCE de peur de voir résilier son contrat de concession ; mais que cette crainte, quel qu'en ait été le bien-fondé, ne saurait priver de sa portée juridique le consentement tacite effectivement donné ni le concours fourni par Hertel, ne serait-ce qu'en élaborant le projet de

nouveau tarif et en l'adressant pour approbation à PCE ; que d'ailleurs, s'il était suivi, le raisonnement de Hertel amènerait notamment à renoncer à l'application de l'article 85 à la quasi totalité des conditions de vente imposées par les concédants aux concessionnaires dans le marché commun, pour ne citer que cet exemple ; qu'ainsi donc il y a lieu de retenir que Hertel a mis en application un tarif discriminatoire élaboré de concert avec PCE et ayant pour but de permettre à la filiale allemande de cette société de continuer à pratiquer un niveau élevé de prix ; que ce comportement est constitutif d'une pratique concertée au sens de l'article 85 paragraphe 1 entre PCE et Hertel ;

considérant qu'en ce qui concerne les relations entre PCE et Formica au sujet du nouveau système de prix, ces deux sociétés ont fait valoir que le contrat de concession qu'elles ont souscrit le 1er janvier 1969 prévoyait que, durant une période transitoire, Formica aurait à l'égard de PCE la position de représentant, ce qui, selon ces entreprises, justifierait l'application, en faveur de l'adoption par elles du nouveau système de prix intervenu durant cette période, de la communication de la Commission du 24 décembre 1962 (JO n° 139 du 24. 12. 1962) relative aux contrats de représentation conclus avec des représentants de commerce, motif pris du lien de sujétion entre le représentant et le représenté ;

mais considérant que, par cette communication, la Commission, tout en s'efforçant d'indiquer aux entreprises quelques critères pour leur permettre d'apprécier leur propre situation au regard de l'article 85, n'a nullement marqué qu'elle entendait s'en tenir aux apparences en renonçant au droit de restituer leur véritable caractère aux actes juridiques, aux relations entre entreprises et aux situations économiques ; qu'elle a, bien au contraire, précisé « qu'elle ne liait pas son appréciation à la qualification », et « qu'il était indispensable que le contractant qualifié de représentant le soit effectivement de par sa fonction » ;

considérant que le contrat du 1er janvier 1969 entre PCE et Formica constitue un contrat de concession de vente tout à fait conforme aux usages en cette matière, conclu pour une longue durée, et dans lequel sont réglées avec soin et en détail toutes les questions habituellement soulevées par ce type de contrat ; que c'est, dans un contrat ainsi conçu et rédigé, que se trouve sommairement insérée la mention d'une période transitoire durant laquelle Formica aurait la position de représentant, période devant expirer, non pas à une date fixée d'avance, mais le jour de l'entrée en vigueur en Belgique de la taxe à la valeur ajoutée ;

considérant qu'il n'est pas vraisemblable que, dans ce contexte, et durant une période qui devait être de courte durée, Formica se soit comportée, sauf quant aux apparences, comme un véritable représentant de commerce à l'égard de PCE alors qu'elle s'apprêtait, à brève échéance, à intervenir ouvertement comme concessionnaire ; qu'il n'est pas davantage vraisemblable que, dans ces circonstances, PCE ait cherché à traiter Formica comme un véritable représentant ; qu'il est à noter en outre que PCE a organisé la distribution de son verre cellulaire dans tous les pays du marché commun par l'intermédiaire de concessionnaires et non de représentants de commerce, et qu'en Belgique même, avant de confier cette distribution à Formica, elle l'avait confiée, ainsi qu'il résulte des notifications effectuées à ce sujet par PCE le 15 décembre 1965 et enregistrées sous les numéros IVEx-12036 et 12038, aux sociétés Technisol et Revisma en tant que concessionnaires et non pas que représentants, ce qui montre bien qu'en fait PCE ne pratique pas dans le marché commun la vente par l'intermédiaire de représentants de commerce ; que, si PCE avait eu des raisons exceptionnelles de recourir réellement au mécanisme de la représentation commerciale, par exemple pour soumettre Formica à une période d'observation ou de formation durant laquelle elle aurait guidé son action de recherche de la clientèle par des instructions précises, le passage de la représentation à la concession n'aurait certainement pas été lié à l'évolution du système fiscal ; qu'il apparaît ainsi que la position de représentant n'a été provisoirement attribuée à Formica que pour éviter une imposition supplémentaire qui eût résulté, dans le régime fiscal en vigueur avant l'introduction en Belgique de la taxe à la valeur ajoutée, de la revente des produits de PCE par Formica en tant que concessionnaire ; que, si les conséquences formelles de cette disposition du contrat ont bien été tirées par les parties, en ce sens que les factures ont été établies par PCE ou à son son nom et que Formica a été rémunérée à la commission durant la période en cause, ces circonstances, quel que puisse être leur rôle dans l'appréciation de la situation au regard du droit national, sont sans incidence sur son appréciation au regard du droit communautaire et en particulier sur la question de savoir si Formica, durant cette période, s'est effectivement trouvée à l'égard de PCE dans la situation de dépendance économique sans laquelle la communication susdite ne saurait trouver application ;

considérant à cet égard que Formica, filiale directement ou indirectement de puissantes sociétés telles The De La Rue C° et American Cyanamid C°, est elle-même assez forte et assez indépendante

à l'égard de PCE pour avoir été parfaitement en mesure de s'opposer au désir de PCE de pratiquer un tarif discriminatoire si manifestement contraire aux règles du traité ;

considérant que Formica, durant la période de représentation apparente, faisait l'essentiel de son chiffre d'affaires par la vente de ses fabrications propres ainsi que comme concessionnaire d'autres sociétés pour d'autres produits, et qu'elle n'a assumé même en la forme la position de représentant de commerce dans aucun autre cas ; qu'il apparaît ainsi clairement que la vraie position de Formica sur le marché est et était celle d'un producteur doublé d'un négociant, ce qui n'entre nullement dans les prévisions de la communication invoquée, puisqu'il est, dans les conditions ci-dessus décrites, exclu de pouvoir considérer Formica comme n'ayant exercé qu'une fonction auxiliaire, pour reprendre les termes de cette communication, ni comme ayant été intégrée dans le circuit de distribution propre de PCE, intégration qui, selon le principe posé par la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes 56 et 58-64 (Grundig-Consten) ainsi que dans l'affaire 32-65 (recours du gouvernement italien contre le Conseil et la Commission des Communautés économiques européennes), ferait obstacle à l'application de l'article 85 ;

considérant que c'est à la Commission d'apprécier si une situation de fait correspond bien à ce qu'elle a envisagé lorsqu'elle a voulu, ainsi qu'elle l'a précisé, « donner aux entreprises des indications sur les considérations dont elle s'inspirera dans l'interprétation de l'article 85 paragraphe 1 » ; qu'en fait, la Commission n'a visé dans ladite communication que les contrats conclus avec les représentants de commerce proprement dits, au sens strict, et sans préjudice d'un examen approfondi des cas particuliers ; que, dans la présente espèce, et pour les raisons ci-dessus exposées, il apparaît bien que les considérations évoquées par la communication du 24 décembre 1962 ne conduisent pas à écarter l'application de l'article 85 paragraphe 1 à l'introduction par PCE et Formica d'un tarif discriminatoire à dater du 1er octobre 1970 ;

considérant qu'à dater du 1er janvier 1971 Formica a, en vertu du contrat du 1er janvier 1969, assumé ouvertement la position de concessionnaire de PCE ; qu'il importe peu que ce contrat, encore en cours, ait été remplacé par un contrat portant la date du 1er janvier 1971 mais dont Formica indique elle-même qu'il n'a été reçu que le 18 janvier 1971 et renvoyé signé que le 20 janvier 1971 ; qu'en effet la concession a bien résulté du contrat du 1er janvier 1969, et n'a nullement été instaurée par ce « nouveau » contrat qui n'a fait que de la répéter, et qui ne paraît s'expliquer que par le souci de créer l'impression d'un changement réel de situation, puisque, outre la suppression bien inutile de toute mention de la période transitoire, alors révolue, il ne diffère du précédent que par l'exclusivité de la concession, ce pourquoi une simple lettre eût suffi ; que, nonobstant l'argumentation de PCE selon laquelle Formica s'est bornée à continuer d'appliquer le tarif antérieur, et celle de Formica selon laquelle PCE n'a formulé aucune demande à ce moment, Formica ne saurait être considérée comme ayant, en quelque sorte par distraction ou par indifférence, continué d'appliquer isolément le tarif discriminatoire en cause, tarif dont il a déjà été souligné que la seule conséquence pour Formica était l'impossibilité d'exporter, profitable seulement à PCE et à sa filiale DPC ; qu'il est donc manifeste qu'à dater du 1er janvier 1971 Formica a, en matière de tarif, continué de donner effet à la pratique concertée déjà en cours avec PCE ;

considérant, par conséquent, que l'application par Formica et par Hertel d'un tarif comportant une discrimination de prix prohibitive en fonction du pays de destination, à dater du 1er octobre 1970 et au-delà du 1er janvier 1971, résulte d'une pratique concertée entre PCE et chacune de ces deux sociétés ;

considérant que cette pratique concertée a eu pour objet et, du fait de l'impossibilité de revendre en RFA, à des prix compétitifs avec ceux pratiqués par DPC, le verre cellulaire qui aurait été acheté à Formica ou à Hertel à leur prix « normal », a naturellement eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun en faisant obstacle à des importations parallèles à meilleur prix de Belgique et des Pays-Bas en RFA ; qu'eu égard à l'importance des sociétés en cause, au montant des importations parallèles empêchées, qu'en fonction des indications susmentionnées de DPC on peut estimer à plus de 10 % des ventes de verre cellulaire en RFA, mais eu égard surtout au caractère flagrant de la restriction, celle-ci doit être considérée comme particulièrement sensible, et ce, qu'elles qu'aient été les parts de marché respectives d'autres produits éventuellement comparables ; et qu'enfin cette pratique concertée a affecté le commerce entre États membres en exerçant une influence directe sur le courant d'échanges entre ces États d'une manière susceptible de nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique ; qu'ainsi sont remplies les conditions d'application de l'article 85 paragraphe 1, ce qui exclut l'octroi d'une attestation négative ;

considérant qu'au regard de l'article 85 paragraphe 3, PCE invoque, pour justifier la protection du territoire allemand en faveur de sa filiale DPC, l'étendue du territoire allemand, qui obligerait DPC à entretenir un coûteux réseau de vente et entraînerait des frais multiples, le fait que DPC ne revendrait que son verre cellulaire et ne pourrait, à la différence de Formica et de Hertel, répartir ses frais sur d'autres produits, et enfin, la nécessité d'offrir à la clientèle

allemande une assistance technique onéreuse dont se passeraient les clientèles belge et hollandaise ; que, selon PCE, ces facteurs se conjugueraient pour porter le prix de revient de PCE à un niveau bien plus élevé que celui de Formica et de Hertel, de sorte que la marge bénéficiaire de DPC serait très faible et que l'introduction du verre cellulaire de PCE en RFA à des prix moins élevés que ceux pratiqués par DPC lui porterait un grave préjudice ;

mais considérant que ces arguments ne justifient pas l'octroi d'une exemption en faveur d'une pratique concertée aussi contraire aux objectifs du traité de Rome que celle qui consiste à isoler un marché national à l'intérieur du marché commun pour l'exploiter plus librement ; qu'en particulier l'isolation du marché allemand ne remplit pas la première condition d'application de l'article 85 paragraphe 3, puisqu'il est impossible d'apercevoir une amélioration de la distribution dans une mesure ayant au contraire pour objet et pour effet de priver les utilisateurs de la RFA de la faculté de s'approvisionner à meilleur compte dans une autre partie du marché commun lorsqu'ils désirent se dispenser de l'assistance technique de DPC ; qu'il ne peut être justifié d'une amélioration de la production, et qu'on ne peut voir ni un progrès technique, ni un progrès économique dans le fait d'imposer la charge financière d'une coûteuse assistance technique à des utilisateurs qui n'en voudraient pas ; qu'en tout état de cause la Commission ne saurait reconnaître que le maintien de prix largement plus élevés en RFA qu'en Belgique et aux Pays-Bas soit indispensable pour permettre à DPC d'assurer des services satisfaisants à la clientèle allemande ; qu'il échet donc de rejeter la demande d'application de l'article 85 paragraphe 3 ;

considérant que la pratique concertée de prix discriminatoires ci-dessus établie constitue une infraction à l'article 85 ; que cette infraction doit être considérée comme ayant été commise, de propos délibéré ou par négligence, depuis le jour d'entrée en vigueur des tarifs discriminatoires, soit le 1er octobre 1970, jusqu'au 1er juin 1972, date où ces tarifs discriminatoires ont cessé d'être appliqués ; qu'en effet la demande d'attestation négative et d'exemption présentée les 6 janvier et 23 février 1971 n'a pu mettre fin à l'état d'infraction existant auparavant ;

considérant que cette pratique concertée, réalisée à l'instigation de PCE et dans l'intérêt exclusif de PCE ou de sa filiale DPC, constitue, à la charge principale de PCE une infraction grave à l'article 85 du fait de son évidente incompatibilité avec cette disposition et de son incidence très sensible sur le marché, ci-dessus soulignée ; qu'il y a donc lieu d'infliger une amende à PCE ; qu'à cet égard seule doit être prise en considération la période d'infraction antérieure à la demande d'attestation négative et d'exemption, en application de l'article 15 paragraphe 5 a) du règlement n° 17 ; qu'en raison du fait que l'amende n'est prononcée qu'à la charge d'une seule entreprise, son montant peut être apprécié globalement,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article premier

La pratique concertée de prix discriminatoires selon le pays de destination, à l'intérieur du marché commun, réalisée entre Pittsburgh Corning Europe SA et Formica (Belgium), d'une part, et entre Pittsburgh Corning SA et Hertel en C°, d'autre part, a constitué une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du 1er octobre 1970 au 1er juin 1972.

Article 2

La demande d'attestation négative et la demande d'exemption en application de l'article 85 paragraphe 3 présentées par Pittsburgh Corning Europe SA sont rejetées.

Article 3

Une amende de 100 000 unités de compte, soit 5 000 000 de francs belges, est infligée à Pittburgh Corning Europe SA.

Article 4

La présente décision est destinée aux sociétés suivantes :

Pittsburgh Corning Europe SA, Bruxelles ;
SA Formica Belgium NV, Bruxelles ;
NV Hertel en C°, Amsterdam.

Fait à Bruxelles, le 23 novembre 1972.

Par la Commission

Le président

S. L. MANSHOLT