



**Décision n° 07-D-42 du 30 novembre 2007
relative à certaines pratiques mises en œuvre par
les sociétés Blédina, Nestlé, Sodilac,
Nutricia-Milupa et leur syndicat professionnel
sur le marché des laits infantiles**

Le Conseil de la concurrence (Section II),

Vu les lettres du 14 décembre 2005 et du 15 mai 2006 enregistrées sous le numéro 05/0103 F, par lesquelles le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Blédina, Nestlé, Sodilac, Nutricia-Milupa et leur syndicat professionnel sur le marché des laits infantiles ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu la proposition de non lieu établie par le rapporteur ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 septembre 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS

A. LA SAISINE

1. Par lettres des 14 décembre 2005 et 15 mai 2006, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence " *des pratiques (...), imputables aux entreprises Blédina, Nestlé, Sodilac, Nutricia-Milupa et au syndicat professionnel Alliance 7 – SFAED* ". (cotes 2, 3 et 13017).
2. Les pratiques visées par le ministre portent sur un accord national aux termes duquel le SFAED et ses adhérents auraient établi et appliqué, depuis février 1999 et à l'occasion de l'entrée en vigueur de la réglementation interdisant la vente de lait infantile, un prix unique pour le lait infantile premier âge, présenté sous forme de biberon prêt à l'emploi (" nourette "), alors pourtant que " *le changement de réglementation (...) [devait] permettre aux acheteurs hospitaliers dans le cadre d'appels d'offres de bénéficier d'offres de prix différenciés* ".
3. Par suite, le ministre considère que " *la concertation sur le prix du lait a empêché les acheteurs d'exercer librement leur choix sur les produits par les prix, les produits étant équivalents, afin qu'ils recourent pour ce choix aux prescripteurs et pérennisent les tours de lait* ". La pérennisation des tours de lait permettrait aux fabricants de pratiquer des prix de vente des laits infantiles artificiellement élevés et " *d'empêcher tout nouvel arrivant de se maintenir sur le marché des maternités, levier des ventes de laits infantiles* ".
4. Selon le ministre, l'établissement de ces faits justifierait la condamnation pour entente illicite des entreprises participant au système du tour de lait en application de la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Il cite en particulier la décision n° [00-D-66](#) du 7 janvier 2001 " *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des laits infantiles* " comportant un passage ainsi rédigé : (cote 442)" (...) *La participation des fournisseurs de laits infantiles à cette pratique [des tours de lait] ne saurait être considérée comme une pratique contraire au livre IV du code de commerce, dès lors que (...) aucun élément du dossier ne suggère que les fabricants se seraient entendus explicitement ou tacitement pour pérenniser cette pratique (...)* ". Cette décision indique ainsi que la participation au tour de lait demeure une pratique licite tant que les fournisseurs ne s'entendent pas pour l'organiser ou la prolonger.

B. LE MARCHÉ DES LAITS INFANTILES

5. Selon des données INSEE, les naissances en France métropolitaine au cours des années passées ont été stables, entre 760 000 et 770 000 par an entre 2000 et 2005, et ont connu un pic à 796.800 naissances en 2006.
6. Dans l'immense majorité des cas (98 %), les naissances ont lieu en maternité et toutes les sociétés mises en cause ont indiqué que le taux d'allaitement maternel augmente régulièrement. La durée moyenne de l'allaitement est actuellement de 3,6 mois, durée liée à celle des congés légaux applicables.

7. Selon la société Milupa-Nutricia, le taux d'allaitement maternel était le suivant au cours des années passées :

1995	46 %
2000	52 %
2006	62 %

8. Les laits infantiles sont des aliments lactés diététiques destinés aux enfants, de la naissance jusqu'à l'âge de douze mois. Ils peuvent être utilisés dès la naissance à titre exclusif ou à titre de complément de l'allaitement maternel. Les laits infantiles sont donc des produits qui concurrencent un produit humain et s'adressent aux seuls nourrissons. Compte tenu de ces deux caractéristiques, ces produits sont encadrés par un ensemble de règles internes et internationales qui ont pour but d'assurer leur qualité physiologique et d'éviter que leur mise sur le marché ne s'effectue au détriment de l'allaitement maternel.
9. Les laits infantiles se répartissent en sous-catégories selon l'âge de l'enfant auquel ils sont destinés. Les " *préparations pour nourrissons* ", également appelées " *laits 1^{er} âge* " font l'objet d'une définition en droit communautaire. La directive 91/321/CEE du 14 mai 1991 les définit comme suit : " *Aux fins de la présente directive, on entend par " Préparations pour nourrissons " les denrées alimentaires destinées à l'alimentation particulière des nourrissons pendant les quatre à six premiers mois de leur vie et répondant à elles seules aux besoins nutritionnels de cette catégorie de personnes* ".
10. Cette définition a été transposée en droit interne par une loi du 3 juin 1994 codifiée à l'article L 121-50 du code de la consommation, qui dispose que : " *Constituent au sens de la présente section des préparations pour nourrissons les denrées alimentaires destinées à l'alimentation des enfants jusqu'à l'âge de quatre mois accomplis et présentées comme répondant à elles seules à l'ensemble des besoins nutritionnels de ceux-ci* ".
11. Les laits " 2^{ème} âge " prennent le relais des laits précédents dans l'alimentation des nourrissons.
12. Les laits spéciaux, dont il existe des versions en 1^{er} et 2^{ème} âge, sont parfois commercialisés sous l'appellation d'" *aliment diététique destiné à des fins médicales spéciales*". Des indications spécifiques, autres que la précédente, peuvent également commander de classer des laits infantiles dans la catégorie des laits spéciaux. Il existe à ce jour plus de 150 références de laits 1^{er}, 2^{ème} âge et spéciaux, selon la société Sodilac, voire plus de 180 selon un article paru dans " *Le moniteur du pharmacien* ", daté du 24 juin 2006. (cote 14920). Ces laits spéciaux sont vendus en pharmacie exclusivement. Selon la société Milupa-Nutricia, entre les deux tiers et les trois quarts des laits vendus en pharmacie sont des laits spéciaux.
13. Les laits 1^{er} et 2^{ème} âge sont des laits dits " *de prescription* ", alors que les laits de croissance n'en sont pas. Ceux-ci ne sont vendus que sous forme liquide quantifiée en litres, alors que ceux-là sont majoritairement vendus sous forme de poudre quantifiée en kilogrammes et pour une part résiduelle sous forme liquide quantifiée en litres. Les laits de croissance sont très majoritairement vendus en grande et moyenne surface (GMS).

14. Les ventes globales des laits 1^{er} et 2^{ème} âge, sous forme de poudre et sous forme liquide, peuvent être présentées comme suit :

(en tonnes) *	2001		2006		Variation 2001-06
	Quantités	Pdm	Quantités	Pdm	
GMS	17665	85%	16567	79%	- 6,2 %
Pharmacie	3050	15%	4444	21%	+ 45,7 %
Total	20715	100%	21011	100%	+ 1,4 %

* les quantités sont exprimées en tonnage d'extraits sec de poudre qui globalisent les poudres et les liquides en utilisant la correspondance de 1 litre = 0.15 kg

15. On observe, sur fond de stabilité globale du marché, un relatif déclin de la GMS compensé par un fort accroissement des ventes en pharmacie, de plus de 46 % en 5 ans. Les ventes en GMS, quoique très majoritaires en volume, ne sont donc plus le canal de commercialisation le plus dynamique. Cette évolution contraste avec la période précédente qui avait vu, au contraire, sa forte croissance. Il est d'ailleurs possible de reconstruire sur la longue durée les parts respectives de ces deux canaux de vente, en reprenant les données utilisées par le Conseil dans sa décision n° [00-D-66](#) du 7 janvier 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des laits infantiles : (cote 442)

% des ventes	1989	1992	2001	2006
Pharmacie	100	30	15	21
GMS	0	70	85	79

16. Les maternités ont, seules, accès à des laits 1^{er} âge non spéciaux conditionnés en mini-biberons d'une contenance de 90 à 100 ml, également appelés " nourettes ". Ces produits sont livrés stérilisés, avec une tétine, et sont donc prêts à l'emploi, ce qui supprime, dans les maternités, les préparations en biberonnerie. Ce produit est commercialisé par l'ensemble des fournisseurs au prix de 0,23 €HT.
17. Le chiffre d'affaires des ventes générées par ce produit a été de l'ordre de 3,2 à 3,5 M€ pour l'année 2006, ce qui correspond à la vente de 14 à 15 millions de mini-biberons. Il faut noter que chaque nourrisson consomme en moyenne entre 16 et 20 nourettes pendant son séjour en maternité, soit un coût de fourniture du lait par nouveau-né de l'ordre de 4 €
18. La société Sodilac a communiqué au rapporteur l'évaluation, par les panélistes auxquels elle a recours, du marché des laits 1^{er} et 2^{ème} âge pour l'année 2006 (cote 14232). Selon ces données, le chiffre d'affaires de l'ensemble des ventes de laits 1^{er} et 2^{ème} âge, y compris les laits spéciaux, s'élève à 326 M€ Il en résulte que les ventes de nourettes ne représentent qu'environ 1% des ventes globales de laits infantiles.
19. Les maternités achètent également pour une part résiduelle du lait 1^{er} âge présenté sous forme de poudre quantifiée en kilogrammes et sous forme liquide quantifiée en litres, mais ces livraisons en vrac sont très minoritaires, inférieures à 10% des ventes en maternité. On peut donc pour la suite de l'analyse négliger les volumes fournis aux maternités sous forme de poudre ou de liquide et considérer que le fonctionnement de ces établissements peut être correctement décrit à partir du seul marché des mini-biberons ou " nourettes ".

C. LES FOURNISSEURS DE LAITS INFANTILES

20. De nombreux industriels commercialisent des laits infantiles 1^{er}, 2^{ème} âge ou de croissance, en maternité, en pharmacie ou en GMS. Toutefois, quatre sociétés ou groupes de sociétés seulement commercialisent de façon significative des mini-biberons auprès des maternités : Nestlé, Blédina (Danone), Milupa-Nutricia et Sodilac. Ces sociétés sont les quatre leaders du marché dont elles détiennent une part globale proche de 90%.
21. Le groupe Nestlé commercialise du lait infantile par le canal de deux sociétés distinctes, Nestlé France et Laboratoires Guigoz, et sous deux marques différentes.
22. La société Blédina, filiale du groupe Danone, vend des laits infantiles sous deux marques : Blédilait et Gallia.
23. La société Milupa-Nutricia le fait également sous ses deux marques.
24. La société Sodilac, héritière de l'activité du laboratoire pharmaceutique Wyeth, commercialise des laits maternisés sous sa marque.
25. La majorité des sociétés produisant du lait maternisé, notamment toutes celles qui sont présentes en maternités, sont membres du Syndicat Français des Aliments de l'Enfance et de la Nutrition Clinique (SFAENC).
26. Le tableau suivant présente les parts de marché en pharmacie et GMS des entreprises commercialisant des laits infantiles, premier âge, deuxième âge et spéciaux. Les quatre groupes mis en cause pour leur participation aux tours de laits sont distingués des autres :

Pdm totales (GMS et pharmacies)	2001	2002	2003	2004	2005	Variation 2001-05
Nestlé	40,4	38,3	36,2	34,5	32,4	-20%
Blédina	27,5	27,5	28,5	29,6	29,8	8,4%
Milupa-Nutricia	18,1	18,3	18,7	17,9	18,6	2,8%
Sodilac	10,3	9,7	8,7	7,1	7,1	-31%
<u>Sous/total (tour de lait)</u>	96,3	93,8	92,1	89,1	87,9	-8,7%
Novalac	0,4	2	2,7	3,5	4,6	+4,2%
Mead Johnson	2	2,8	3,3	4,2	3,7	+1,7%
Lactel	0,4	0,6	0,9	1,2	1,7	+1,3%
Candia	-	0,1	0,2	0,3	0,6	+0,6%
Autres	0,9	0,7	0,8	1,7	1,5	+0,6%
<u>Sous/total autres</u>	3,7	6,2	7,9	10,9	12,1	+8,4%
Total	100	100	100	100	100	

Source Nielsen, (cotes 13598-99 et 13601-03).

27. Les entreprises mises en cause, si elles disposent des positions les plus importantes sur les segments précités (88% des volumes en 2005), ont néanmoins perdu globalement plus de 8 % de parts de marché sur l'ensemble des canaux, GMS et pharmacies, entre 2001 et 2005. Cette diminution ne les touche pas de manière uniforme. La société Nestlé a ainsi perdu 8 points de parts de marché (- 20 %), alors que la société Blédina en a gagné 2,3 (+ 8 %).
28. On relève surtout que les sociétés non participantes au tour de lait ont globalement gagné 8,4 points de part de marché, triplant ainsi leur part relative sur le marché total. A elle seule, la société Novalac, que l'on peut considérer comme un nouvel entrant en comparaison de l'ancienneté des marques historiques, a atteint une part de marché globale de 4,6% en devenant le leader des ventes en pharmacie.

29. Ces mouvements généraux sont la résultante d'évolutions contrastées de la situation de la concurrence pour les ventes en GMS et les ventes en pharmacie.
30. S'agissant des seules ventes en GMS, entre 2001 et 2005, les positions des quatre sociétés visées restent massives et se maintiennent au-dessus de 95 %. Toutefois, en 2005, la société Nestlé avait perdu 5 points de part de marché, alors que la société Blédina avait amélioré la sienne de 3,6 points, pendant que la société Milupa-Nutricia consolidait sa troisième position et que la société Sodilac continuait de voir la sienne s'effriter de 2,8 points au profit des marques non participantes au tour de lait.

Pdm en GMS	2001	2002	2003	2004	2005
Nestlé - Guigoz	43	41,8	40,4	39,9	38,1
Blédina -Gallia	28,5	28,9	30	31,5	32,1
Nutricia -Milupa	16,5	17,2	17,9	17,8	17,9
Sodilac	11,1	10,6	9,7	8,2	8,3
Autres marques	0,9	1,5	2	2,6	3,6
Total	100	100	100	100	100

** Source Nielsen*

31. S'agissant du canal des pharmacies, alors que les ventes ont globalement crû de 45 %, les quatre entreprises précitées ont globalement perdu 29 points de parts de marché entre 2001 et 2005 (le cas de la société Blédina méritant une nuance, puisque l'érosion de ses parts de marché est très faible). Par contre, une société comme Novalac, acteur confidentiel en 2001, a multiplié ses ventes par 5 sur cette période pour atteindre une part de marché globale comparable à celle de la société Sodilac : respectivement 5,7% et 6,7 % de parts de marché, GMS et pharmacies confondues.
32. Les tableaux suivants, construits sur le même principe que les deux précédents, révèlent une évolution contrastée des ventes en pharmacie.

Pdm en pharmacie	2001	2002	2003	2004	2005
Nestlé - Guigoz	25	20	15	11	8
Blédina -Gallia	21	20	22	21	20
Nutricia -Milupa	27	25	23	18	22
Sodilac	5	5	3	2	2
Autres marques	19	31	36	47	48
Total	100	100	100	100	100

Source Nielsen

33. Le constat général est sans ambiguïté : il n'existe aucun parallélisme dans l'évolution des situations des quatre acteurs principaux du marché, par ailleurs bénéficiaires du tour de lait. C'est notamment le cas pour les deux leaders Nestlé et Blédina, soit qu'ils aient suivi des stratégies différentes, soit qu'ils aient connu des fortunes diverses dans la mise en œuvre de stratégies identiques. L'enseignement principal reste la percée remarquable des opérateurs non présents en maternité par le système du tour de lait.

D. UN MARCHÉ ENCADRÉ PAR UNE FORTE RÉGLEMENTATION

Les textes de droit positif

34. Des restrictions à la vente des laits 1^{er} âge ont été proposées pour la première fois par le code de l'OMS, source d'inspiration des auteurs de la directive du 14 mai 1991 précitée. Celle-ci a elle-même fait l'objet d'une transposition en droit français par une loi du 3 juin 1994, codifiée aux articles L. 121-52 et L. 121-53 du code de la consommation. Le décret n° 98/688 du 30 juillet 1998 pris pour l'application de l'article L. 121-53 du code de la consommation, a complété ce dispositif.
35. L'objet de ces réglementations est d'encourager l'allaitement maternel et de dissuader la promotion et donc la consommation de lait maternisé par divers moyens, dont le principal est l'interdiction de fourniture gratuite de lait aux familles des nouveau-nés. Sont notamment visées l'interdiction de la publicité pour les laits 1^{er} âge à destination du grand public, l'interdiction de la distribution d'échantillons et l'obligation de mentionner, sur l'emballage des produits, la supériorité de l'allaitement maternel sur l'utilisation des laits infantiles.
36. Les dispositions des différents textes applicables en France et utiles au regard de la saisine sont mentionnées ci-après.

*Directive 91/321/CEE du 14 mai 1991, article 8 § 3 : " Les fabricants et les distributeurs de préparations pour nourrissons **ne peuvent fournir au grand public ni aux femmes enceintes, aux mères ou aux membres de leur famille des produits gratuits ou à bas prix, des échantillons ou tout autre cadeau promotionnel, ni directement ni indirectement par l'intermédiaire des services de santé ou de leurs agents** ".*

Code de la consommation (loi n° 94-442 du 3 juin 1994) :

*Art. L. 121-52, 2^{ème} al.: " Il est (...) interdit aux fabricants et aux distributeurs **de fournir au public à titre gratuit des préparations pour nourrissons, des échantillons de ces produits ou tout autre cadeau promotionnel, que ce soit directement ou indirectement par l'intermédiaire des services de santé ou de leurs agents** ".*

Décret n° 98-688 du 30 juillet 1998 pris pour l'application de l'article L. 121-53 du code de la consommation, art. 5 :

*" Est puni des peines d'amende prévues pour les contraventions de la cinquième classe : (...) c) Le fait pour **tout fabricant ou distributeur de fournir au public à titre gratuit, que ce soit directement ou indirectement par l'intermédiaire des services de santé ou de leurs agents, des préparations pour nourrissons, des échantillons de ces produits ou tout autre cadeau promotionnel, dans des conditions autres que celles qui sont prévues aux articles 3 et 4 du présent décret** ".*

37. On relève toutefois que l'article L. 4113-6 du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 sur l'hospitalisation et l'organisation des soins (DHOS), dite " loi anti-cadeaux ", n'est pas applicable aux laits infantiles, lesquels ne figurent pas parmi les produits " pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale ".
38. En réponse à une demande du rapporteur, la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS) du ministère de la santé et des solidarités a présenté comme suit la position de la DHOS dans un courrier du 16 mars 2007 (cotes 14592-93) : " Cette réglementation semble [...] interdire officiellement la pratique des tours de lait [...]. Ce fut en tout cas la volonté du ministère de la santé qui, lors de la préparation du décret en question, a précisé dans une réponse parlementaire [du 29 janvier 1997], vouloir mettre fin à de telles pratiques "(soulignement ajouté).

39. Toutefois, lors de son audition en qualité de témoin au cours de la séance du 18 septembre 2007, le représentant de ce ministère n'a pu préciser la raison pour laquelle la réglementation interdisant la fourniture gratuite des nouettes aurait dû entraîner la disparition du tour de lait et a reconnu que son administration pensait que cette pratique avait disparu après la modification de la réglementation de 1998, tout en découvrant aujourd'hui qu'il n'en était rien.

Les objectifs de santé publique des textes réglementant la vente de lait infantile

40. L'interdiction de la vente à bas prix prévue par la directive trouve son fondement dans l'idée qu'un prix élevé contribue au bien-être des nourrissons en ce qu'il constitue une incitation objective pour les mères à allaiter leurs enfants. A l'inverse, le droit de la concurrence voit dans des prix bas un mieux-être pour le consommateur.
41. Deux interprétations de l'ordre public sont ainsi sous-jacentes à la saisine : l'ordre public sanitaire, qui commande en l'espèce des prix élevés, l'ordre public économique, qui incite au contraire à des prix bas. En conséquence, la notion de " *bas prix* " de la directive a un statut ambigu puisqu'elle ne trouve pas son fondement dans des notions économiques relevant du droit de la concurrence, mais dans la simple considération que des dons de lait ou des prix du lait trop bas sont défavorables à l'allaitement maternel.
42. Les textes pris pour la transposition de la directive figurent au code de la consommation ou en dépendent. Ils organisent la répression de pratiques promotionnelles que des préoccupations de santé publique conduisent à réprimer. Il ne s'agit donc pas de la répression d'atteintes à la concurrence. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence n'est pas le juge des pratiques promotionnelles visées par ces textes, dont l'interprétation ne peut dépendre en dernier ressort que de l'autorité judiciaire.
43. Ces textes ne font référence aux services de santé qu'en qualité d'agents passifs (par l'intermédiaire desquels les fabricants distribuent activement et gratuitement leurs produits), ce qui suppose implicitement que les maternités, qui sont naturellement des " *services de santé* ", ne peuvent avoir de responsabilité propre dans la distribution gratuite du lait 1^{er} âge.
44. Ce présupposé est également clair quand on considère le mécanisme de la responsabilité pénale prévu par l'article 5 du décret : les maternités qui ne facturent pas aux jeunes mères le lait 1^{er} âge qu'elles distribuent à leurs enfants font endosser aux fabricants un risque pénal, alors qu'elles sont par ailleurs elles-mêmes à l'abri de toute poursuite. L'article 5 ne prévoit en effet, en cas de remise gratuite de lait au public, que la seule répression des " *fabricants et distributeurs* " sans envisager celle des " *services de santé* ".
45. Ainsi, il est de notoriété publique que les maternités continuent à distribuer gratuitement et en grande quantité des nouettes de laits 1^{er} âge aux nourrissons et à leurs mères, alors que le don de lait aux maternités par les professionnels a quant à lui cessé.
46. On arrive ainsi au paradoxe suivant : la législation française interdit la fourniture gratuite de lait aux maternités dans le but d'éviter leur don ultérieur aux familles ; cette prohibition est respectée par les fabricants qui se bornent de vendre le lait aux maternités à des prix bas (entendu au sens commun de l'expression " *prix bas* ", sans considération d'un test de coût) ; mais cette prohibition du don de lait n'est pas respectée par les maternités qui ne facturent pas aux familles le coût des nouettes distribuées pendant l'hospitalisation ; la responsabilité de cette situation est paradoxalement recherchée par l'administration non pas du côté des maternités sur le fondement de la législation sanitaire favorable à l'allaitement maternel, mais du côté des fabricants sur le fondement du droit de la concurrence.

47. Interrogé sur cette situation, le ministère de la santé a indiqué que les maternités publiques ne refacturent pas le lait aux familles car la fourniture de nouettes est une prestation intégrée au prix de journée. Dans ces conditions, le fait que les fabricants fassent payer ou non les nouettes aux maternités, que ce soit à un prix bas ou un prix élevé, ne peut avoir aucun effet sur le comportement des mères puisque le signal de prix ne leur est pas transmis.
48. En réalité, tout se passe comme si les objectifs de la réglementation sanitaire (favoriser l'allaitement maternel) étaient secondaires et que l'utilité réelle de cette réglementation soit de donner une assise à une régulation de la concurrence du secteur.

La " Lettre DGCCRF " du 16 novembre 1998

49. Dans ces conditions, la notion de prix bas au sens des textes de santé publique est problématique. Un prix bas ne saurait être un prix considéré comme insuffisamment dissuasif pour les familles puisqu'il est établi que celles-ci ne le payent pas. Il ne peut non plus s'agir d'un prix "*abusivement bas*" au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce puisque cette disposition ne s'applique qu'aux prix de détail payés par les consommateurs alors que ne sont en cause que les prix de soumission des fabricants aux appels d'offres des maternités. Il pourrait s'agir d'un prix "*anormalement bas*" au sens du code des marchés publics, mais la sanction d'un tel prix est le rejet de l'offre litigieuse par le donneur d'ordre. Il peut enfin s'agir de prix prédateurs, notion qui relève bien du droit de la concurrence, mais qui demande que soit établie une position dominante. Or, la réglementation en cause s'applique à tous les fabricants sans considération de leur pouvoir de marché.
50. Interrogée par le syndicat professionnel des fabricants de laits maternisés sur ce que pouvait être un prix bas au sens des textes, la DGCCRF a adopté, dans un courrier du 16 novembre 1998 (cote 13538), la position qui suit : "*La directive (...) interdit la mise à disposition gratuite ou la vente à bas prix des préparations pour nourrissons. (...) Les produits cédés à un prix qui ne rémunérerait pas, a minima, les coûts directs de fabrication doivent être présumés vendus à bas prix. (...) La cession aux maternités (...) à un prix inférieur à 1,50 F, pourrait laisser présumer une inobservation de la directive de 1991 et, partant, un comportement déloyal de la part du vendeur. (...) Les textes européens et nationaux (...) ne visent nullement à soustraire ces produits aux règles du marché et de la concurrence. Par conséquent, il n'existe aucune raison pour que les prix pratiqués par les entreprises soient identiques*".
51. Cette doctrine est reprise dans la lettre de saisine du 14 décembre 2005 (cotes 2-3) : "*(...) le changement de réglementation mis en œuvre à partir de février 1999 en France interdit la vente à bas prix des laits infantiles et doit par conséquent permettre aux acheteurs hospitaliers dans le cadre d'appels d'offres de bénéficier de prix différenciés*".
52. La DGCCRF n'a jamais indiqué que la lettre du 16 novembre 1998 devait être, à un moment donné, considérée comme caduque. Elle n'a, en particulier, pas considéré que tel était le cas au moment du passage à l'euro, mais n'a pas non plus donné d'indications aux fournisseurs notamment pour la conversion en euros du seuil de bas prix de 1,50 F.

E. LE NIVEAU DES OFFRES DE PRIX DES MINI-BIBERONS AUX MATERNITES

Période antérieure au 8 février 1999

53. Le décret 98-688 du 30 juillet 1998, qui a été publié au Journal officiel le 8 août 1998, prévoyait à son article 3 que les fabricants disposeraient d'un délai de six mois pour cesser les approvisionnements gratuits, ce délai permettant également aux maternités d'organiser la passation de marchés. C'est donc à partir du 8 février 1999 que la situation réglementaire a changé et que les livraisons gratuites ont été formellement prohibées.

54. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision n° [00-D-66](#) du 7 janvier 2001 déjà citée, avait relevé que, avant 1999, d'une part : *" Tous les fournisseurs ont reconnu que, pour la très grande majorité des maternités, les laits utilisés pour nourrir les bébés pendant leur séjour à la maternité sont livrés gratuitement. "* et que, d'autre part : *" Dans 10 à 15 % des cas restants, les fabricants ont reconnu que le lait était facturé aux maternités à un prix très bas, inspiré du tarif dit " Faton " établi par la Chambre syndicale des fabricants de laits infantiles en 1981, à la demande des pouvoirs publics, pour mettre un terme aux livraisons gratuites. "*

Période du 8 février 1999 au 31 décembre 2001

55. Aucun des représentants des sociétés mises en cause n'a contesté ne proposer le mini-biberon qu'au prix unique de 1,50 F depuis, sinon le premier appel d'offres postérieur au 8 février 1999, du moins très rapidement après les premiers appels d'offres. Les professionnels entendus ont reconnu que ce prix n'a, à leur connaissance, pas varié entre les premiers mois de l'année 1999 et le 1^{er} janvier 2002, date de la substitution de l'euro au franc.

Période postérieure au 1^{er} janvier 2002, date d'introduction de l'euro

56. La conversion en euros et l'arrondi de nombres exprimés en monnaie nationale sont régis par l'article 5 du règlement communautaire 1103/97 du 17 juin 1997. Une circulaire du Premier ministre du 12 février 2001 relative aux montants monétaires figurant dans les textes législatifs et réglementaires comporte un passage ainsi rédigé : *" (...) les références au franc qui figurent dans les textes législatifs et réglementaires devront être lues à compter du 1^{er} janvier 2002 comme des références à l'euro, en appliquant le taux de conversion officiel (...) avec arrondissement à la deuxième décimale "*. En application de ces normes de calcul, une somme de 1,50 F correspond à une somme de 0,23 €
57. Un compte-rendu de la division " Aliments de l'enfance " du SFAE daté du 18 décembre 2001 (cote 13795) contient un passage ainsi rédigé : *" Le seuil de vente à bas prix de 1,50 F cité dans la lettre de la DGCCRF pour les mini-biberons prêts à l'emploi est désormais à exprimer en euros, soit 0,23 € (...) "*
58. Un procès-verbal du 2 septembre 2002 émanant du SFAE (cote 13797) contient un passage ainsi rédigé : *" Seuil de la vente à bas prix (...) : Les usages commerciaux, 6 mois après le passage à l'euro, étant désormais d'utiliser 2 chiffres après la virgule (comme c'était le cas pour le franc lorsque la DGCCRF avait précisé le seuil en franc), les industriels considèrent que le seuil est désormais (...) de 0,23 € pour les mini-biberons prêts à l'emploi, (...). Si des opérateurs exigent d'aller au delà de 2 chiffres après la virgule, le 0 (zéro) doit être utilisé (0,230 € / 0,2300 € / etc. par exemple). "*
59. Les sociétés mises en cause n'ont pas contesté avoir converti la somme de 1,50 F en la somme de 0,23 €. Certaines d'entre elles, toutefois, ont pu proposer des offres comportant trois décimales, soit de manière délibérée, soit en raison de la configuration de leurs logiciels informatiques.
60. Cependant, confrontées à des offres de prix des mini-biberons différant de quelques millièmes d'euro, des établissements hospitaliers ont considéré être en présence d'offres identiques. Tel est par exemple le cas du CHU de Bordeaux, dont la commission d'appel d'offres conclut ainsi son rapport du 26 septembre 2002 (cote 412) : *" (...) Cette consultation est réalisée en euros et la conversion a été réalisée différemment au niveau de l'arrondi selon les sociétés. La commission a considéré cette différence comme minime et non représentative. L'ensemble des propositions sur chaque lot sont donc estimées comme identiques au niveau du prix (...) "*

F. LES SUBVENTIONS AUX MATERNITES

Nombre de nourrissons potentiellement nourris par l'un des laits des sociétés en cause

61. Les sociétés mises en cause ont communiqué un certain nombre d'estimations concernant le nombre de nourrissons potentiellement nourris lors de leur passage en maternité à l'aide de l'un des laits qu'elles commercialisent.
62. Ces données sont corroborées par celles relevées à l'occasion des opérations de visite et saisie menées par la DGCCRF lors de la phase d'enquête administrative. Les données chiffrées exactes ne sont pas rendues publiques.

Nombre de nourrissons " captés " par chaque entreprise (en milliers)				
Société	2003	2004	2005	2006
Nestlé-Guigoz	Inf. 310	Inf. 310 (36.2%)	Inf. 300 (32.8%)	Inf. 300 (37.3%)
Blédina	Env. 260	Env. 270 (35.2%)	Env. 295 (38.1%)	Env. 290 (36.4%)
Milupa-Nutricia	Nc	Env. 110 (14.3%)	Env. 120 (15.5%)	Env. 110 (13.8%)
Sodilac	Nc	Env. 110 (14.3%)	Env. 105 (13.6%)	Env. 100 (12.5%)
Total Insee (France métropolitaine)	761 464	767 816 (100%)	774 355 (100%)	796 800 (100%)

63. L'observation de ce tableau permet de constater que les entreprises ne disposent pas d'une année sur l'autre d'un nombre constant de nourrissons potentiellement nourris avec l'un de leurs laits. Les variations sont en outre parfois de forte amplitude. Les tendances sont également différentes d'une année à l'autre et d'une société à l'autre.

Subventions perçues par les maternités

64. Les sociétés en cause ont communiqué les montants respectifs des subventions qu'elles versent directement ou indirectement aux maternités, selon qu'elles relèvent du secteur privé ou public. Ces données sont corroborées par les documents saisis à l'occasion des opérations de visite et de saisie menées par la DGCCRF lors de la phase d'enquête administrative. Les données en pourcentages sont calculées par addition des moyennes des fourchettes communiquées et dans le cas de la société Nestlé, de la borne supérieure.
65. Les données chiffrées précises sont occultées :

Subventions accordées en millions d'euros				
Société	2003	2004	2005	2006
Nestlé-Guigoz	Inf. à 12,5	Inf. à 11 (42 %)	Inf. à 10,5 (40 %)	Inf. à 10,5 (42 %)
Blédina	Env. 8,2	Env. 8 (30,6 %)	Env. 9 (34 %)	Env. 8,5 (35 %)
Milupa-Nutricia	Nc	Env. 3,5 (13,4 %)	3-4 (13 %)	2-3 (10 %)
Sodilac	Nc	Env. 3,6 (14 %)	3.10-3,6 (13 %)	3,1-3,25 (13 %)
Total	Nc	26,1 (100 %)	26,4 (100 %)	24,7 (100 %)

66. Le montant des subventions perçues par les maternités a ainsi représenté en 2006 entre 7 et 8 % du chiffre d'affaires global constitué par les ventes de laits infantiles 1^{er} et 2^{ème} âge. Ce montant est à comparer au chiffre d'affaires global correspondant aux ventes de nouettes aux maternités qui ne représente que 1% du même marché.
67. Des deux tableaux qui précèdent, se déduit le suivant :

Subventions / nourrisson (en €)				
Société	2003	2004	2005	2006
Nestlé-Guigoz	36-39	35-39	30-33	30-33
Blédina	31-32	29-30	31-32	29-30
Milupa-Nutricia	Nc	31-32	25-34	18-28
Sodilac	Nc	32-33	31-33	31-33

68. On relève, tout d'abord, que le rapport de 1 à 8 observé au paragraphe 66 ci-dessus est bien vérifié au niveau des transactions unitaires. Le coût du lait consommé par un nourrisson en maternité étant d'environ de 4 € à la charge de la maternité (cf. paragraphe 17 supra), le prix payé à la maternité par le fournisseur est de l'ordre de 32 € soit 8 fois plus.
69. Avant 1999, les fournisseurs payaient un certain prix de référencement et fournissaient gratuitement le lait : le paiement était donc effectué pour partie en numéraire (la subvention) et pour partie en nature (les nouettes). Après 1999, les fournisseurs payent un prix (en moyenne 32 €) pour le référencement de leur produit sur lequel les maternités leur consentent un rabais de 12% (environ 4 €), en remboursant le prix des nouettes. Les flux financiers réels vont bien du fournisseur vers la maternité et non l'inverse comme pourrait le laisser croire la seule prise en compte du mécanisme de marché public.
70. Comme le remarque avec justesse la société Sodilac, la contrainte de la nouvelle réglementation pèse surtout sur les maternités publiques alors que les maternités privées sont moins touchées : *" Les hôpitaux ont dû faire face à trois conséquences de la nouvelle réglementation : il a fallu payer un prix pour les nouettes, le prix de la journée n'a pas été modifié, cela a généré des frais de gestion pour les maternités. "*
71. La conséquence prévisible a été la neutralisation de cette charge par l'augmentation des subventions, comme le ministère des finances le relevait, dans ses observations du 5 juillet 2000 relative à la première affaire des laits infantiles, en parlant d'un *" contexte de l'augmentation des sommes versées aux maternités "*. En revanche, sur la période 2003-2006, le niveau des subventions tend à décroître, du fait de la progression de l'allaitement maternel.
72. Les niveaux de subvention par nourrisson sont différents d'une entreprise à l'autre et d'une année à l'autre. Les écarts peuvent être considérables. De plus, ces données moyennes ne doivent pas dissimuler la grande variabilité du niveau des subventions consenties par nourrisson, selon que la maternité dépend du secteur public ou privé, d'un ensemble disposant d'une grande surface économique (Générale de Santé, APHP) ou non.
73. La société Blédina a présenté le montant de la subvention comme résultant d'une négociation *" entre la maternité et nous, et en fonction du rapport de force. Cela est bien sûr géré également en fonction des objectifs de notre société et de ce que l'on attend de la contribution qui nous est demandée. On est vraiment en négociation pure et dure, dans le privé. Il y a une grande violence de négociation avec les grands acteurs du privé. La contribution est du simple au double selon que l'on est dans le public et le privé (...). Avec le public, c'est*

beaucoup plus aléatoire. L'AO ne mentionne jamais la remise d'un conseil de sortie. Là, tout repose sur l'adhésion du personnel. (...) "

74. S'agissant des liens entre ce prix payé pour la présence en maternité et le système du tour de lait, la même société a déclaré : *" Dans le privé, tout est prévu par contrat. Dans le public, nous ne demandons que l'exposition de nos produits. A côté de cela, nous subventionnons des associations. En aucune façon nous ne pouvons parler en ce qui concerne les maternités publiques, de contrepartie à des subventions(...) Dans le public, on s'adresse à la sage-femme, ce n'est pas du tout la même dimension que dans le privé. (...). Il n'y a aucun lien contractuel, dans le public, reliant la prescription du lait à la maman et la subvention. D'ailleurs ce sont le plus souvent des associations que nous subventionnons. "*
75. La société Milupa-Nutricia a été plus directe : *" Dans le secteur privé, en moyenne, c'est entre 50 et 60 euros. Dans le sud-est, le sud-ouest, le nord, c'est moins cher, et Paris c'est extrêmement cher. Pour le public, ça doit tourner aux alentours de 15 euros. Ce n'est pas la même logique. Dans le privé, j'ai affaire à un directeur, qui est un négociateur. Dans le public, on est dans une logique d'amélioration du service, face à des fonctionnaires qui sont d'assez mauvais négociateurs. (...) Je suis sûre de mes chiffres. Je dois dire que quand vous n'êtes ni à l'APHP ni à la Générale de Santé, le coût baisse tout de suite. (...) Etre présent sur l'APHP, c'est entre 400 000 et 500 000 euros l'année. Ce sont des estimations de mon réseau, sur le fait qu'il y a deux marchés, nord et sud, et que quand on voit ceux qui ont gagné les marchés, historiquement, on fait le lien entre les subventions qui ont été faites et le gain des marchés. Ce sont des dons à des associations. (...) C'est Nestlé et Danone qui sont à l'APHP, depuis deux ans et reconduits cette année. (...) Etre présent à la Générale de Santé, c'est 250 000 euros pour deux mois et 4000 bébés, soit 60 € environ le bébé (...). "*

Subventions versées et référencements obtenus

76. La comparaison des parts respectives établies en pourcentages du total, s'agissant des nourrissons " captés " (dénommés " référencements ") et des subventions versées, permet de constater une corrélation entre le nombre de nourrissons " captés " et le niveau des subventions consenties. La société Sodilac a d'ailleurs été très claire sur ces dépenses : *" La raison d'être de nos investissements est d'être référencé. (...) Il y a corrélation entre le montant des subventions et la durée de l'exclusivité, mais pas avec le nombre de naissances "*.
77. En raison de niveaux de subventions assez variables selon les maternités, le secteur privé, non soumis à la procédure d'appel d'offres, peut servir de variable d'ajustement en cas de pertes trop nombreuses de marchés publics, le fabricant consentant alors des subventions plus élevées pour garantir un nombre minimal de nourrissons exposés au lait qu'il commercialise. La société Sodilac a sur ce point été très claire : *" Si on avait l'AO de l'APHP, on investirait peut-être moins sur le privé "*. S'il peut donc arriver qu'un fabricant consente des subventions proportionnellement plus élevées que la part des nourrissons potentiellement exposés à l'un de ses laits, en longue durée, on observe une forte corrélation entre les subventions versées et le nombre de nourrissons exposés à un lait du fabricant.
78. Ces éléments ne sont pas nouveaux et avaient déjà fait l'objet d'un constat par le Conseil dans sa décision n° [00-D-66](#) du 7 janvier 2001. A l'époque, les coûts de captation d'un nourrisson en maternité étaient compris entre 60 F et 300 F, soit grossièrement entre 10 € et 45 € selon les marques et les établissements, soit des niveaux cohérents avec ceux donnés au paragraphe 75 ci-dessus qui sont de 15 € pour le point bas à 50 € ou 60 € pour le point haut.

G. PROPOSITION DE NON-LIEU

79. Sur la base de ces constatations, un rapport proposant un non lieu à poursuivre la procédure a été transmis au ministre de l'économie et des finances le 25 mai 2007.

II. DISCUSSION

A. LES PRATIQUES MISES EN CAUSE PAR LA SAISINE

80. Dans ses observations du 30 juillet 2007, le ministre a confirmé le contenu de sa saisine : "*La saisine ministérielle visait deux pratiques : l'entente tarifaire proprement dite et la consolidation du système des " tours de lait " (...)*".
81. Toutefois, le commissaire du Gouvernement a présenté dans ses observations écrites du 30 juillet 2007 et au cours de la séance une qualification nouvelle, selon laquelle les sociétés Nestlé, Guigoz, Blédina, Milupa-Nutricia et Sodilac pourraient détenir une position dominante collective sur le marché des laits infantiles. Le prix de vente du mini-biberon de 0,23 € inférieur au coût moyen variable de fabrication de ce produit, permettrait quant à lui de caractériser une pratique de prix prédateur. Ces deux éléments devraient, selon le saisissant, conduire le Conseil de la concurrence à s'interroger sur l'existence d'un abus de position dominante collective imputable aux sociétés précitées. En conséquence, le ministre sollicite le renvoi du dossier à l'instruction.
82. Trois pratiques potentielles doivent donc être examinées : à titre principal, une entente de prix pour répondre aux appels d'offre des maternités et une entente de « *consolidation du tour de lait* », ces deux comportements étant liés ; à titre accessoire et aux fins d'un renvoi à l'instruction, l'éventualité d'un abus de position dominante collective ayant pour objet de dissuader l'entrée des fournisseurs concurrents sur le marché grand public des laits infantiles.
83. Les deux premiers reproches ministériels sont fondés sur l'hypothèse, explicitement soutenue dans le rapport d'enquête, que l'entente sur le marché des maternités est destinée à protéger des positions acquises sur le marché de grande consommation. En effet, le volume des ventes en maternité, limité à 1% du marché national, ne justifierait pas, en soi, une pratique d'entente, celle-ci étant au contraire plus vraisemblable si le marché des maternités détermine les achats des familles sur le marché de détail. En outre, la notion de "*tour de lait*" est proche de la notion de répartition, ce qui peut aussi laisser présumer que sa consolidation en maternité sert à protéger une entente de répartition sur le marché de masse.
84. L'entente alléguée sur le prix des nouettes en maternité repose sur le faisceau de trois indices : (1) l'existence de discussions au sein du syndicat professionnel sur la notion de prix bas introduite par le décret en 1998 et l'action de cette organisation auprès de la DGCCRF pour obtenir la définition d'un seuil de prix bas pour la nouette ; (2) les discussions au sein du syndicat professionnel, en 2002, pour savoir comment convertir en euros le seuil de prix bas exprimé en francs dans la lettre de la DGCCRF de 1998 ; (3) la convergence des prix lors des appels d'offre après 1998 (en francs) puis après 2002 (en euros).
85. L'entente alléguée sur la consolidation du tour de lait repose essentiellement sur un indice : le maintien d'un niveau élevé de subvention aux maternités, pratique jugée coûteuse pour les fournisseurs et donc explicable par l'objectif anticoncurrentiel de protection des situations acquises sur le marché de masse par les quatre fournisseurs participant au tour de lait.

86. La troisième pratique alléguée, celle d'abus de position dominante collective, établit également un lien clair entre le marché des maternités et le marché de masse. Le saisissant envisage la création d'une barrière à l'entrée artificielle sur le marché de masse par le verrouillage de l'accès aux maternités, sans nécessairement sous-entendre une entente de répartition sur le marché de masse ainsi protégé.
87. Pour examiner la proposition de non-lieu, il convient donc, d'une part, de donner une description précise du fonctionnement de ces marchés pour vérifier que les hypothèses sous-jacentes décrites ci-dessus sont corroborées par les éléments figurant au dossier et, d'autre part, d'examiner si les indices réunis par l'instruction sont susceptibles de caractériser une entente ou un abus de position dominante collective.

B. SUR L'ENTENTE ALLEGUEE POUR MAINTENIR LE " TOUR DE LAIT "

88. Comme cela a été indiqué au paragraphe 85 ci-dessus, le dossier n'apporte pas de preuve d'une entente des fournisseurs pour maintenir le tour de lait. Cette dernière est simplement déduite de l'existence d'un comportement parallèle des fournisseurs de lait, notamment du fait qu'ils consentent à payer des subventions élevées aux maternités pour obtenir leur référencement. Mais la description du marché ne confirme pas cette explication.

Le marché spécifique du mini-biberon ou " nourette "

89. Les maternités ne peuvent fonctionner sans disposer de laits infantiles. En effet, 40 % des mères environ n'allaitent pas leur enfant. Ce point est établi en particulier dans le cas des nourettes, car ces produits permettent aux maternités de limiter le personnel affecté à la biberonnerie et d'externaliser vers les fabricants les contraintes sanitaires liées à la stérilisation du lait distribué aux nouveau-nés. La fourniture de nourettes est donc, à court terme, indispensable au fonctionnement des maternités.
90. La quantité de nourettes achetée par les maternités est directement fonction de la consommation moyenne des nouveau-nés (qui se situe entre 17 et 20 nourettes par naissance) et du nombre de naissances qui ont lieu à la maternité. Les naissances sont elles-même fonction de la taille de la population locale, qui à court terme est constante. Le besoin en mini-biberons de chaque maternité peut donc être regardé comme relativement constant et incompressible. En conséquence, et sauf à cesser de fonctionner, chaque maternité doit accepter de payer un certain prix (y compris en cas d'augmentation importante) pour obtenir la quantité de lait dont elle a besoin : la quantité de nourettes achetée par chaque maternité ne dépend pas du prix proposé par les vendeurs.
91. Le lait infantile apparaît ainsi comme un bien de première nécessité pour les maternités, dont la demande est relativement constante et probablement peu élastique au prix.
92. S'agissant de l'offre, il convient de considérer l'intérêt pour chacun des quatre fournisseurs en cause de capter l'effet de source : 40 % des enfants nés en maternité sont nourris avec un lait infantile, 80 % des laits infantiles sont vendus en GMS, et 95 % des ventes en GMS sont le fait des fabricants précités. La marque de lait proposée par les maternités est adoptée par les parents dans 25 % à 50 % des cas, avec des variations selon le modèle économique privilégié par chaque entreprise. Cette fidélité crée des incitations pour les fabricants à capter la clientèle en maternité.
93. Le marché des services de maternité est local. Il en est de même des ventes sur le segment de marché de la GMS et des pharmacies. La population qui se rend dans un point de vente est la population qui fréquente les maternités locales, voire la maternité unique dans certaines zones. Il existe toujours, à proximité des maternités, des GMS où les parents peuvent

s'approvisionner. Le marché global du lait infantile, s'il est national, ne l'est que par addition de marchés locaux.

94. Le rapport d'enquête soutient que l'entente alléguée a pour objet de fermer le marché de masse aux nouveaux entrants. Il considère que le verrou des maternités est efficace comme le montre le montant des subventions auxquelles consentent les fournisseurs pour être référencés. Le fait de ne pas vendre de lait en maternité si les concurrents y sont représentés donc un risque considérable pour chaque fabricant de perdre des parts de marchés en GMS. A l'inverse, le vendeur, en plaçant ses nouettes en maternité, augmente ses chances de capter un nombre conséquent de clients en GMS et pharmacies. L'incitation à vendre aux maternités est donc très forte afin de fournir en laits la plus grande partie possible de la population : l'enjeu des ventes de lait en maternité dépasse de très loin la seule valeur du lait consommé en maternité.
95. Cette analyse est confirmée par les fournisseurs qui ont choisi de développer un modèle économique centré sur les ventes en GMS.
96. Il n'est donc pas contesté qu'il existe de fortes incitations économiques pour les principaux fabricants de laits infantiles à ne pas être évincés des appels d'offre lancés par les maternités et donc d'y répondre avec les prix les plus bas possible.
97. Il est possible d'intégrer à ce constat les perturbations engendrées par les textes normatifs décrits plus haut, et en particulier l'interprétation que fait la DGCCRF du décret du 30 juillet 1998. Les raisons pour lesquelles il convient de considérer que la lettre DGCCRF de novembre 1998 a, de fait, fixé un prix minimal de vente des nouettes de 1,50 F ou 0,23 € sont exposées plus loin. Pour autant, cette contrainte de prix ne modifie en rien l'incitation des vendeurs à être présents en maternité. Il ne s'agit d'une contrainte que pour les maternités qui doivent désormais payer cette fourniture.
98. Il convient d'examiner maintenant les questions liées au référencement des fabricants par les maternités puis celles relatives au marché du lait lui-même.

Le marché local du référencement exclusif pendant une période donnée

99. On peut décrire le tour de lait comme la décision par laquelle une maternité confie à un fournisseur l'approvisionnement des mini-biberons pendant une période donnée.
100. Le référencement exclusif d'une marque pendant une certaine période est un service qu'une maternité peut commercialiser auprès des fabricants. Sa valeur est proportionnelle au nombre des naissances enregistrées pendant la période : le nombre de clients potentiels en GMS pour le fabricant est fonction du nombre de naissances en maternité. Et dans les faits, les subventions versées, si elles sont proportionnées à la durée de la période d'exclusivité, le sont également aussi au nombre des naissances dans la mesure où le nombre des naissances ne varie pas significativement d'un mois à l'autre.
101. Le référencement est également un service qu'une maternité a intérêt à commercialiser plutôt qu'à attribuer gratuitement. Plusieurs raisons expliquent ce fait :
 - les maternités doivent faire face à un excès d'offres de nouettes, tous les vendeurs cherchant à être présents en maternité en subventionnant celles-ci. La situation peut ainsi être analysée comme celle d'un marché du "linéaire" : ce sont les maternités qui détiennent le bien rare, un "linéaire" où il est possible d'exposer le lait aux clients finals ; les fabricants sont prêts à payer pour accéder à ce "linéaire" et les maternités ont intérêt à exploiter cette disponibilité à payer ;

- elles sont confrontées à des contraintes d'organisation ; sauf besoins médicaux particuliers, il est plus simple pour elles de ne distribuer pendant une période donnée qu'une seule marque de lait pour tous les nouveaux-nés et de ne pas assumer les contraintes liées à la gestion de stocks de plusieurs laits différents.
102. Du point de vue du fabricant de lait infantile, le référencement a une valeur dans la mesure où obtenir le référencement exclusif de sa marque en maternité permet un accès privilégié aux achats ultérieurs des parents. Il est donc logique que se développe un marché du référencement en maternité, puisqu'il existe une offre et une demande.
 103. Le fait que les maternités sont souvent en situation de monopole local, du fait des contraintes de la carte sanitaire et hospitalière, ne permet pas que se développe une concurrence entre les maternités sur l'offre de référencement, cette dernière étant fonction du nombre de naissances dans l'aire d'implantation. En outre, l'offre de référencement n'étant qu'une conséquence de leur métier véritable, l'offre de services de maternité, le "prix du référencement" (c'est-à-dire la subvention versée par un fournisseur) dépend des seules capacités d'achat de chaque fournisseur de lait infantile.
 104. La seule situation préjudiciable aux maternités au plan financier est l'émergence d'un fournisseur unique sur le marché des nouettes, c'est-à-dire d'un acheteur unique sur le marché du référencement. Si cela se produisait, la maternité concernée perdrait *ipso facto* tout contrôle de la rareté de l'exclusivité du référencement, condition de son prix, puisque l'exclusivité du référencement découlerait du fait qu'il n'y a qu'un fournisseur. Les maternités ont intérêt à maintenir une certaine rotation des fournisseurs, même plus petits.
 105. La société Sodilac l'a d'ailleurs implicitement reconnu : *" Un système qui nous serait défavorable, serait d'imposer un seul partenaire par an. Mais cela concentrerait l'offre. Quand on doit retenir un seul partenaire, on décide de prendre un gros, parce que c'est la sécurité. Le mérite du système actuel est de maintenir des PME comme nous "*.
 106. Enfin, la structuration de la rotation permet aux maternités de faire monter les prix de référencement ou encore de mettre les référencements aux enchères. La société Sodilac a ainsi indiqué : *" Nous préférierions avoir deux tiers de référencements en moins et un passage trois fois plus long, afin de réduire nos coûts de logistique. Réciproquement, les établissements de santé ont un intérêt à multiplier les rotations parce qu'elles sont plus fortes pour obtenir un investissement plus élevé des fabricants s'ils sont plusieurs. Si nous étions seuls, nous aurions un pouvoir de négociation plus fort pour limiter le montant des subventions aux maternités. Le système favorise donc essentiellement les établissements de santé "*.
 107. La rotation des fournisseurs permet également d'éprouver de façon systématique la qualité de l'offre. La société Blédina a ainsi expliqué les avantages de ce système pour les maternités : *" La simplicité de gestion des stocks, la possibilité d'avoir un interlocuteur unique. Egalement, l'obligation pour le fournisseur de démontrer la qualité de ses prestations. Quand le train passe, il faut être bon. Rien n'est acquis. Dans le B to B, la situation est en général celle du partenariat dans la durée parce que les coûts de sortie sont élevés. Par exemple, si je veux changer de fournisseur d'emballage sur une machine de conditionnement, il est très difficile de retrouver un autre fournisseur qui me garantisse la même performance sur tous les maillons du procès industriel. Donc, il est difficile de changer. A l'inverse, la maternité a accès de façon régulière à de nombreux fournisseurs, sur la base des normes qu'elle définit (...). "*

108. Le système fonctionne globalement comme si les maternités accordaient le référencement exclusif d'un lait pendant une période donnée en échange de subventions proportionnées au nombre de nourrissons potentiellement exposés au lait du fabricant.
109. Le point décisif est donc que le tour de lait s'analyse comme une transaction dans laquelle le vendeur est la maternité et l'acheteur le fabricant, de telle sorte que le prix important est le montant de la subvention (somme versée par l'acheteur au vendeur) alors que le prix de la nouquette n'y joue aucun rôle (somme ristournée par le vendeur à l'acheteur).
110. La participation à un tour de lait est donc subordonnée au paiement d'un prix payé directement ou indirectement par le fournisseur aux maternités, principalement sous forme de subventions. Les subventions constituent l'un des fondements de la pratique du tour de lait.
111. On relève, à cet égard, que l'augmentation du taux d'allaitement maternel diminue le gain qui est retiré du tour de lait par les fabricants et leur propension à verser des subventions élevées. Ceci explique les interrogations de plusieurs des sociétés entendues sur la pérennité de ce modèle économique. Ainsi, la société Sodilac a considéré que : *" Son intérêt diminue en raison du niveau élevé des investissements et de l'augmentation de l'allaitement maternel. "*
112. Du côté des maternités, la pratique du tour de lait s'analyse comme un mode de captation d'une partie de la valeur de l'" effet de source ". Cette captation de surplus s'opère aux frais des consommateurs puisque les subventions aux maternités sont répercutées sur les prix de détails en GMS, mais au bénéfice des assurés sociaux puisque les subventions viennent alléger le besoin de financement public des maternités.
113. Il existe, en effet, une certaine fongibilité des ressources et des dépenses des maternités et des associations qui leur sont parallèles. A budget constant, une dépense supplémentaire d'une maternité publique pour l'achat de nouquettes la conduit à renoncer à d'autres dépenses moins urgentes, qui sont susceptibles d'être prises en charge par les associations para-professionnelles qui reçoivent les subventions des fabricants.
114. Par conséquent, les maternités ont la possibilité et l'intérêt de répercuter une hausse du prix des mini-biberons en faisant monter le montant des subventions payées par les fournisseurs. Cette hypothèse a été validée par les entreprises entendues. Ainsi :
- la société Milupa-Nutricia a indiqué : *" Etre au-dessus du prix [de 0,23 €], à ma connaissance, ça n'a pas été fait. On pourrait l'imaginer dans le privé avec un prix plus élevé mais compensé par des négociations d'un montant également plus élevé. (...) "*,
 - la société Blédina a estimé que : *" S'il y a augmentation du prix des nouquettes, les maternités ne pourront pas l'absorber et qu'in fine, la situation sera neutre, car il y aura répercussion à la hausse du niveau de nos contributions "*,
 - la société Sodilac a affirmé que : *" Le fait de modifier la tarification en maternité ne changera absolument rien au système actuel. (...) Il y a un risque que les maternités ne demandent des subventions plus élevées en contrepartie d'un prix de la nouquette plus élevé. Cela poserait un problème dans le secteur public "*.
115. C'est donc sans surprise que le ministre de l'économie, intervenant dans le cadre de l'affaire du lait infantile de 2000, a relevé dans ses observations (cote 13979) transmises au Conseil le 5 juillet 2000, soit quelques mois après l'entrée en vigueur du décret du 30 juillet 1998 qui a mis fin à la gratuité des mini-biberons, un contexte « (...) d'augmentation des sommes versées aux maternités (...) ». L'année 1999 a permis un réajustement à la hausse des subventions pour tenir compte de la fin de la gratuité des nouquettes.

116. On comprend pourquoi le décret de 1998 ne pouvait pas avoir pour effet de faire disparaître le tour de lait comme le soutient le ministère de la santé (voir paragraphe 39 supra). De fait, le seul moyen efficace pour mettre fin au tour de lait serait d'interdire aux maternités de recevoir des subventions des fournisseurs de lait, ce qui ne manquerait pas de soulever une question budgétaire, certes limitée, mais réelle et surtout gênante pour le secteur public, le secteur privé pouvant continuer à vendre son linéaire au prix fort.
117. La conséquence principale à tirer de cette situation est qu'une entente sur le prix des nouettes n'a pas de sens indépendamment du fonctionnement du reste du marché. Une entente entre fournisseurs pour assurer le maintien de la pratique du tour de lait à leur profit, c'est à dire pour leur garantir un part minimum du marché de masse, n'est envisageable que si elle porte sur le montant des subventions payées aux maternités.
118. Dans son principe, les entreprises entendues confirment ce point. La société Sodilac considère que " *le seul véritable enjeu est au niveau des subventions* " et la société Blédina reconnaît sans ambages que " *si on avait voulu s'entendre, c'est sur le prix de la naissance qu'il faudrait intervenir, pas sur celui de la nouette* " .
119. Or les relevés de prix mentionnés aux paragraphes 72 à 78 ci-dessus fournissent des indications convergentes d'une absence d'alignement des subventions.
120. Ainsi, le maintien du tour de lait par le moyen d'une entente anticoncurrentielle des fournisseurs n'est pas établi dans la mesure où aucun élément du dossier ne permet de caractériser un accord sur le niveau des subventions versées qui restent très variables aussi bien selon les fabricants que selon les bénéficiaires. Le constat est, au contraire, que les meilleurs négociateurs et les plus puissants – en pratique l'AP-HP et les grands réseaux de cliniques privées – obtiennent les subventions les plus élevées.

C. SUR L'ENTENTE DE PRIX ALLEGUEE CONCERNANT LES MINI-BIBERONS

121. Comme cela a été rappelé au paragraphe 84, la démonstration de l'entente de prix résulterait d'un faisceau de trois indices : l'intervention du syndicat auprès de l'administration pour obtenir la fixation d'un seuil de prix bas, des discussions au sein du syndicat pour le passage à l'euro et l'identité des prix lors des appels d'offres. La saisine soutient également que cette entente de prix n'est que le moyen de protéger une entente de répartition sur le marché de détail. Mais la combinaison de ces trois indices ne suffit pas, en l'espèce, à démontrer une entente et la situation du marché de détail ne confirme pas l'hypothèse d'une répartition.

En ce qui concerne le faisceau d'indices

122. Confrontée à l'entrée en vigueur imminente du décret du 30 juillet 1998 et à son objectif de remplacement de la gratuité par un prix minimum du lait, l'administration a pris la décision, sur la sollicitation pressante du secteur professionnel concerné, d'interpréter ce texte pour ce qui concerne la notion de prix bas dont le franchissement pouvait être constitutif d'une infraction. Elle a ainsi communiqué aux opérateurs un seuil de prix pour les mini-biberons.
123. Ce choix n'est d'ailleurs pas une innovation de méthode et il existait un précédent. Le Conseil de la concurrence avait ainsi relevé dans la décision [00-D-66](#) que " *Dans 10% à 15 % des cas restants, les fabricants ont reconnu que le lait était facturé aux maternités à un prix très bas, inspiré du tarif dit " Faton " établi par la Chambre syndicale des fabricants de laits infantiles en 1981, à la demande des pouvoirs publics, pour mettre un terme aux livraisons gratuites* (soulignement ajouté). L'existence de ce " *Tarif Faton* " est également décrite dans l'avis du Conseil de la concurrence 87-A-02 du 31 mars 1987.

124. La lettre de la DGCCRF en date du 16 novembre 1998 (cote 13538), adressée au SFAE, interlocuteur légitime des pouvoirs publics pour représenter les professionnels commercialisant des laits infantiles, a créé, sans base légale ni jurisprudentielle, une présomption d'infraction en cas de vente à un prix inférieur à 1,50 F par nourette. A la connaissance du Conseil de la concurrence, aucune décision de justice n'a jamais fait application des textes précités, et notamment de l'article 5 du décret de 1998, s'agissant de la prohibition de la vente à bas prix de laits infantiles aux maternités.
125. Ainsi, les opérateurs n'ont pas eu d'autre élément que cette lettre pour interpréter la réglementation sur la prohibition des prix bas, dont la compréhension était incertaine comme cela a été rappelé au paragraphe 49 ci-dessus. C'est cette incertitude qui a conduit les fabricants à essayer d'obtenir une réponse de l'administration, qui aurait dû avoir la prudence de les renvoyer à leurs coûts propres, sans indiquer un seuil de tolérance uniforme.
126. Sur ce point, le commissaire du gouvernement fait observer que l'administration avait pris le soin d'indiquer, dans sa lettre du 16 novembre 1998, « *qu'il n'existe aucune raison pour que les prix pratiqués par les entreprises soient identiques* ». La présomption de prix bas au-dessous de 1,50 F était donc clairement présentée comme ne devant pas s'appliquer indifféremment à toutes les entreprises qui devaient avant tout veiller à ne pas vendre en dessous de leurs coûts.
127. Mais dès lors qu'un seuil de prix était rendu public, il avait toute chance de servir de point focal des comportements des fournisseurs sans qu'il y ait besoin pour ces derniers de ce concerter, comportement qui aurait pu être qualifié au regard du droit des ententes.
128. La lettre de la DGCCRF en date du 16 novembre 1998 permet donc d'expliquer l'alignement des prix des mini-biberons sans qu'il soit nécessaire de postuler l'existence d'une entente de prix. En effet, comme cela a été dit, chaque fournisseur a un intérêt individuel à vendre au plus bas prix possible le lait qu'il commercialise aux maternités afin de garantir autant que possible son référencement, les pertes subies à cette occasion étant compensées par les ventes ultérieures, notamment en GMS. L'administration ayant indiqué un « *prix bas* » de la nourette au-delà duquel des poursuites pourraient être engagées, chaque professionnel a un intérêt à ne pas franchir ce seuil. En plaçant les fournisseurs sous ces deux contraintes opposées, une pression à la baisse des prix et une limitation administrative de cette baisse, il est possible d'obtenir un alignement des prix des mini-biberons sur le prix le plus bas admis.
129. S'agissant enfin du passage à l'euro, il faut rappeler que, pour permettre la conversion uniforme en euros de sommes exprimées en francs, les pouvoirs publics ont prévu par la circulaire interministérielle du 12 février 2001 une règle d'arrondi à deux décimales dans les cas où aucun texte ne fixe explicitement une conversion en euros d'un montant figurant dans un texte normatif exprimé en francs. La règle de l'arrondi à deux décimales prônée par le SFAE dans les procès-verbaux présentés n'était autre que celle prescrite par les pouvoirs publics. Le montant de 1,50 F figurant au sein d'une lettre considérée par la profession comme " quasi réglementaire " émanant de la DGCCRF, le SFAE n'a fait que recommander l'application de la loi en prescrivant de convertir 1,50 F en 0,23 €

En ce qui concerne la situation sur le marché de détail

130. Au-delà de l'interprétation non conclusive du faisceau d'indices, il faut surtout relever que la situation du marché contredit la conclusion du rapport d'enquête selon lequel " *Il en résulterait un gel des parts de marché des entreprises participant au tour de lait, la présence en maternité conditionnant les volumes de ventes de fabricants* ".

131. L'examen des parts de marché et de leur évolution, en GMS et en pharmacie (cf. paragraphes 26 à 33 supra), permet au contraire de constater une variation sensible des positions des opérateurs, une croissance plus rapide des fabricants qui ont fait l'économie des dépenses du tour de lait et consenti de meilleurs prix de gros aux distributeurs, une arrivée réussie de nouveaux entrants. Ces éléments contredisent la conclusion de l'enquête qui relevait une faible concurrence sur le marché des laits 1^{er} âge, 2^{ème} âge et des laits spéciaux.
132. Enfin, aucune information n'est apportée par l'enquête sur le niveau des prix de détail en GMS et en pharmacie. Les seules indications fournies révèlent que les prix français sont sensiblement inférieurs aux prix constatés en Italie et en Espagne. Ces éléments ne permettent donc pas de conclure que le niveau des prix pourrait être un indice d'entente.

D. SUR L'ABUS ALLEGUE DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE

133. Dans ses observations, le commissaire du Gouvernement a invité le Conseil à examiner la possibilité que les quatre producteurs de laits maternisés présents en maternité et bénéficiaires du tour de lait détiennent une position dominante collective et qu'ils aient utilisé leur pouvoir de marché pour ériger des barrières artificielles à l'entrée de nouveaux acteurs, notamment en renchérissant le coût subi par les concurrents souhaitant obtenir une présence en maternité, ce renchérissement résultant conjointement de la baisse du prix des nouettes en dessous de leur coût de fabrication et d'une hausse des subventions versées aux maternités pour obtenir une place dans le tour de lait.
134. Il est effectivement envisageable qu'un acteur dominant puisse barrer l'accès à un marché en captant la clientèle en début de période, cette stratégie pouvant également s'analyser comme le fait de mettre en place des coûts de sortie ("*switching costs*") pour dissuader les consommateurs de changer de fournisseur une fois qu'ils ont été captés en amont du marché principal ou en début de période de consommation.
135. En l'espèce, les coûts de sortie sont de nature informationnelle. Les familles sont sensibles à l'effet de prescription et au choix du lait fait pour eux par un "*sachant*". On observe d'ailleurs que le choix du lait fait en maternité n'est généralement renversé que par une prescription nouvelle d'un pédiatre ou d'un pharmacien. Il peut donc être admis, en théorie, que l'augmentation artificielle du coût de l'accès aux maternités pouvait être recherchée collectivement par les quatre entreprises participant aux tours de lait.
136. Mais ces quatre offreurs sont dans une situation asymétrique qui cadre mal avec l'existence d'une position dominante collective. En effet, deux d'entre eux, Nestlé et Danone-Blédina, sont présents sur le marché des laits infantiles mais également sur celui des aliments pour bébés et, plus largement, sont des opérateurs majeurs sur les marchés agro-alimentaires. A l'inverse, les deux autres offreurs, Milupa-Nutricia et Sodilac, ne sont présents que sur le marché des laits infantiles. Cette différence a pour conséquence que les deux acteurs multiproduits peuvent consentir des investissements commerciaux pour acquérir des clients au stade de l'alimentation des nourrissons puis les amortir sur une durée et des volumes plus importants que les deux acteurs mono-marché, les "*pure players*", qui doivent le faire sur la seule période pendant laquelle l'enfant consomme du lait infantile.

137. Cette asymétrie est difficilement compatible avec l'existence, alléguée par le ministre, d'une dominance collective à quatre et la démonstration d'un abus de cette éventuelle dominance par augmentation artificielle des coûts d'entrée. En effet, une telle stratégie serait particulièrement difficile à soutenir pour les deux membres de l'oligopole les plus spécialisés. De fait, on observe que Sodilac perd régulièrement des parts de marché. Partant d'un maximum de 18% en 1985, sa position n'était plus que de 10% en 2000 et de 7% en 2005, alors que, dans le même temps, les parts de marché de Blédina augmentaient de 4 points.
138. De plus, cette stratégie, si elle était avérée, ne bloquerait qu'un côté du marché puisque le segment dynamique des pharmacies reste accessible comme le montre le cas de l'entreprise Novalac, absente en 1985, dont les parts de marché sont passées de 0,4% à 4,2%, entre 2001 et 2005, cette société ayant développé une stratégie de distribution agressive dans le réseau des pharmacies.
139. La position dominante collective suggérée par le ministre, sans d'ailleurs étayer ses observations, n'est donc confortée par aucun élément probant.

DECISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Barbier, par Mme Perrot, vice-présidente, Mmes Béhar-Touchais, Renard-Payen et Xueref, MM. Flichy et Honorat, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot