



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Novembre 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N° 11

### Stratégie d'exclusion sur les marchés des récupérateurs automatiques de déchets : le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission dans l'affaire *Tomra*

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

*Dans un arrêt rendu le 9 septembre 2010, dans l'affaire Tomra contre Commission (T-155/06), le Tribunal de l'Union Européenne a confirmé dans son intégralité, l'analyse de la Commission qui avait condamné pour abus de position dominante, la société Tomra. Cette dernière, leader sur le marché européen des récupérateurs automatiques d'emballages pour boissons, avait mis en place une stratégie d'exclusion via des accords d'exclusivité, ainsi que des engagements quantitatifs et une politique de rabais rétroactifs individualisés, ce qui verrouillait dès lors le marché à la concurrence !*

Les pratiques relevées n'avaient rien de révolutionnaire : quand Tomra ne parvenait pas à conclure des accords d'exclusivité avec ses clients, des chaînes de supermarchés, il leur accordait des ristournes pour des quantités individualisées correspondant à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande ou des rabais de fidélité, subordonnés à la condition que les clients s'approvisionnent pour la totalité ou la majeure partie de leurs besoins. Selon la Commission, ces pratiques avaient pour objectif

l'exclusion des concurrents du marché et les privait de toute possibilité d'expansion.

Dans ce recours contre la décision C (2006) 734 de la Commission, du 29 mars 2006, Tomra dénonce l'utilisation par la Commission de preuves manifestement inexactes et peu fiables pour la constatation que les requérantes menaient une **stratégie d'exclusion**. Elle reproche aussi à la Commission diverses erreurs manifestes d'appréciation concernant sa capacité à éliminer la concurrence. Enfin, elle invoque la violation des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le calcul de l'amende.

Néanmoins, le Tribunal rejette l'intégralité des arguments, point par point :

- La Commission ne s'est pas uniquement fondée sur l'intention ou la stratégie des requérantes pour démontrer la stratégie d'exclusion. Elle a aussi tenu compte de la documentation interne des parties (point 35) ;
- Le Tribunal rappelle, dans le droit fil d'une jurisprudence communautaire

bien établie, que le fait pour une entreprise en position dominante « **de lier des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle constitue une exploitation abusive d'une position dominante (...), soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais.** » (point 295) ;

- La Commission a démontré que les engagements sur les quantités convenues à l'origine correspondaient généralement à la totalité ou à une proportion élevée des besoins effectifs des clients au cours d'une période contractuelle donnée, l'analyse ex post montrant que les volumes des achats effectifs sont, dans la plupart des cas, légèrement supérieurs aux volumes prévus dans les engagements quantitatifs ;
- La Commission ne s'est pas contentée d'analyser le contenu des accords en question et a bien pris en considération le contexte dans lequel lesdits accords s'inscrivaient, en examinant la capacité de ces pratiques à fausser la concurrence dans les circonstances de l'espèce, en recherchant les effets réels des pratiques, en prenant en compte la prétendue supériorité technique des produits de Tomra, ainsi que la qualité d'acheteur professionnel de ses clients, mais aussi en relevant l'absence de justifications économiques objectives et respectueuses de la concurrence des pratiques en cause ;
- La Commission a eu raison, selon le Tribunal, de considérer qu'en fait d'engagements non contraignants sur les quantités, la grande majorité de ces accords subordonnait le prix et les conditions commerciales à l'achat d'un certain volume par le client et était proche d'une politique de rabais rétroactifs.

On relèvera encore du présent arrêt deux précisions d'importance :

Tout d'abord, Le Tribunal juge que la Commission a, à juste titre, considéré que, en verrouillant une partie significative du marché, comme dans le cas d'espèce, l'entreprise dominante a limité l'entrée à un ou quelques concurrents et, donc, a restreint l'intensité de la concurrence dans l'ensemble du marché :

*« En effet, le verrouillage d'une partie substantielle du marché par une entreprise dominante ne peut être justifié par la démonstration que la partie du marché susceptible d'être conquise est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents. En effet, d'une part, les clients qui se trouvent dans la partie verrouillée du marché devraient avoir la possibilité de profiter de tout degré de concurrence qui est possible sur le marché et les concurrents devraient pouvoir se livrer concurrence par les mérites pour l'ensemble du marché et pas seulement pour une partie de celui-ci. D'autre part, le rôle de l'entreprise dominante n'est pas de déterminer combien de concurrents viables sont autorisés à la concurrencer pour la portion de la demande encore susceptible d'être conquise. » (point 240 et 241).*

Autre précision d'importance concernant celle-là l'assiette de calcul de l'amende, le Tribunal estime que la Commission, faisant application des lignes directrices de 1998, n'a pas violé le principe de non-discrimination en fixant l'amende à 8 % du chiffre d'affaires global mondial des requérantes, sans égard pour le chiffre d'affaires afférent aux produits en cause. S'il ne saurait être nié que le chiffre d'affaires afférent aux produits en cause peut constituer un fondement approprié pour évaluer les atteintes à la concurrence sur le marché desdits produits au sein de l'EEE, il n'en demeure pas moins que cet élément ne constitue pas l'unique critère d'appréciation. La nature propre de l'infraction, l'impact concret de celle-ci lorsqu'il est mesurable, l'étendue géographique du marché affecté et la nécessaire portée dissuasive de l'amende sont autant d'éléments, en l'espèce pris en considération par la Commission, pouvant

justifier à suffisance de droit le montant de l'amende. Au cas d'espèce, le chiffre d'affaires réalisé, dans les marchés concernés par l'infraction, représentait 25 % du chiffre d'affaires global. Estimant qu'il s'agit là d'une part relativement importante de l'activité de l'entreprise, le Tribunal retient en tout état de cause qu'il ne saurait être prétendu que les requérantes n'ont réalisé qu'une part ténue de leur chiffre d'affaires global sur les marchés en cause (pts. 316 à 320).



### Quelques informations :

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la con-**

**currency** depuis le 2 mars 2009 : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**

- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;
- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME** du 4 août 2008, et de la **jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consomma-

teurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;

- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011,** comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;

- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocat](http://www.mgavocat)**