



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

PRATIQUES UNILATÉRALES

Chroniques | Concurrences N° 3-2012 – pp. 101-115

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

| Chargé de recherche CNRS, Groupe de recherche en droit, économie et gestion (GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

| Professeur de droit européen, Université de Liège
| Professeur invité, Université Paris II – Panthéon-Assas

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| Avocat, Linklaters, Paris

Chroniques

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS,
Groupe de recherche en droit, économie et gestion
(GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

Professeur de droit européen,
Université de Liège,
Professeur invité, Université Paris II –
Panthéon-Assas

Anne WACHSMANN*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat, Linklaters, Paris

PRATIQUES UNILATÉRALES

1. UNION EUROPÉENNE

ACCORDS D'EXCLUSIVITÉ – RABAIS FIDÉLISANT – INTENTION – ÉCHELLE MINIMALE PROFITABLE : La CJUE précise la pertinence de l'intention pour la qualification d'abus de position dominante (CJUE, 19 avril 2012, *Tomra e.a. c/ Commission*, aff. C-549/10 P)

L'arrêt *Tomra* de la Cour s'inscrit dans la continuité de la pratique jurisprudentielle en matière d'abus : le pourvoi contre l'arrêt du Tribunal est rejeté, validant définitivement une décision par laquelle la Commission avait condamné en 2006 le groupe Tomra pour avoir pratiqué des rabais de fidélité et ainsi consolidé la position dominante qu'elle détenait dans plusieurs pays européens sur le marché des récupérateurs automatiques d'emballages pour boissons (*reverse vending machines*) par une stratégie ne relevant pas d'une concurrence par les mérites.

L'arrêt *Tomra* se situe dans la droite ligne de la jurisprudence en matière de rabais fidélisants. Celle-ci consacre, depuis l'arrêt *Michelin I*, une interdiction *per se* de ce type de rabais lorsqu'ils sont mis en œuvre par une entreprise en position dominante (CJ, 9 novembre 1983, *Michelin c/Commission*, 322/81, Rec. 1983 p. 3461). Cette approche peut paraître décalée par rapport au mouvement vers une approche plus économique, et c'est du reste ce qu'avait fait plaider Tomra devant le Tribunal (Trib. UE, 9 septembre 2010, *Tomra c/ Commission*, aff. T-155/06, cette chronique, *Concurrentes* n° 4-2010, p. 123). Il est certain que, dans l'arrêt rapporté, la Cour ne cherche pas à combler ce décalage. Toutefois, à supposer même que la Cour souhaite le faire, Tomra n'aurait sans doute pas été l'affaire idéale. Cela tient en particulier au fait que, comme le relèvent l'avocat général et la Cour, la décision de la Commission dans cette affaire est antérieure à l'adoption de sa communication relative aux priorités en matière d'abus-exclusion (JOUE, 24 février 2009, C 45/7 ; v. point 37 des conclusions et point 81 de l'arrêt). Comme cela avait été écrit à propos de l'arrêt du Tribunal, *Tomra* peut être vu comme une affaire de transition, en ce qu'elle ne préjuge pas de l'attitude des juridictions de l'Union par rapport à la méthode d'examen des rabais préconisée dans les orientations de la Commission, laquelle n'avait pas été utilisée en l'espèce (L. Peepkorn et E. Rousseva, Article 102 TFEU : exclusive dealing and rebates, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2010, doi : 10.1093/jecp/lpq070).

Dans l'arrêt rapporté, une approche classique – c'est-à-dire abstraite – des effets induits par les pratiques de rabais mises en œuvre par Tomra est admise comme suffisante (2). En cela, l'arrêt n'innove pas. Ce qui mérite davantage de retenir l'attention, ce sont les précisions de la Cour sur le rôle de l'intention dans la qualification d'abus de position dominante (1).

1. La pertinence de l'intention pour la qualification d'abus

L'intention de restreindre la concurrence est-elle un fait pertinent aux fins de la qualification d'abus ? Cette question est controversée. Du côté des opposants résolu à tout critère d'intention, il faut d'abord citer Richard Posner, qui fait notamment valoir que, d'un point de vue conceptuel, l'intention anticoncurrentielle est indistinguable de l'intention proconcurrentielle (l'intention de prévaloir sur ses concurrents étant présente dans les deux cas, *contra* : T. Eilmansberger, How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses, 42 *CML Rev.*, 129 (2005), qui propose au contraire une distinction entre l'intention proconcurrentielle et l'intention anticoncurrentielle). En outre, d'un point de vue probatoire, Posner souligne que les preuves de l'intention sont manipulables et qu'une entreprise avertie fera usage à dessein, dans sa communication interne, d'un langage policé, qui empêchera, le cas échéant, de constater une intention coupable, alors qu'une entreprise moins sophistiquée, mais animée des mêmes intentions, se verra reprocher un langage guerrier (R. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., 2001, p. 214). Cette position et ces arguments initialement exprimés à propos du droit américain ont été repris à propos du droit européen (A. Bavasso, The role of intent under Article 82 EC: from 'flushing the turkeys' to 'spotting lionesses in Regent's Park', E.C.L.R. 2005, 26(11), 616-623).

Abstracts

1. EU

EXCLUSIVE SUPPLY AGREEMENTS – FIDELITY REBATES – INTENT – MINIMAL EFFICIENT SCALE – PROPORTION OF TIED DEMAND: 101

The CJEU rules that intent is relevant for the purposes of assessing abusive conduct

CJEU, 19.04.12, *Tomra a.o. v. Commission*, case C-549/10 P

MARGIN SQUEEZE – RELEVANT COSTS: 105

The GCEU rejects both appeals against the Commission decision fining a Spanish telecommunications operator for margin squeeze and gives guidance as to how to apply the as-efficient-competitor test

GCEU, 29.03.12, *Telefónica and Telefónica de España v. Commission*, case T-336/07;

GCEU, 29.03.12, *Spain v. Commission*, case T-398/07

FOOD SECTOR – EUROPEAN COMPETITION NETWORK: 110

The European competition network publishes a report showing competition law enforcement across the EU to the food sector ECN Subgroup Food, ECN Activities in the food sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, May 2012

2. France

ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE – REFUSAL OF PURCHASE – ESSENTIAL FACILITIES – EARLY TERMINATION OF A CONTRACTUAL RELATIONSHIP – EXCLUSIVITY CLAUSES – CUMULATIVE EFFECT: 112

The French NCA rejects a complaint for abusive early termination of a contractual relationship but refers the case back to the investigation body with regard to the analysis of exclusivity clauses and their potential anticompetitive effects

Fr. NCA, 06.04.12, manufacturing and renting of re-usable towels for the industry

* Avec la collaboration de Nicolas Zacharie, Avocat, Linklaters, Paris.

La Cour confirme l'analyse du Tribunal et apporte une précision sémantique bienvenue concernant l'articulation de l'intention avec l'analyse économique. Au point 19 de l'arrêt, la Cour énonce que, aux fins de la qualification d'abus, *“la stratégie”* de l'entreprise dominante est un élément important : *“lorsque la Commission procède à une évaluation du comportement d'une entreprise en position dominante”,* écrit la Cour, *“elle est forcément amenée à apprécier la stratégie commerciale poursuivie par ladite entreprise”*. Il y a là une affirmation qui ne nous semble pas pouvoir être contestée par les tenants d'une approche économique (v. p.e. EAGCP Report, An Economic Approach to Article 82 (2005), <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>). La Cour lie ensuite stratégie et intention en jugeant que, dans le cadre de l'examen de la stratégie d'une entreprise, *“il apparaît normal que la Commission évoque des facteurs de nature subjective, à savoir les mobiles qui sous-tendent la stratégie commerciale en question”* (point 19). Dire que l'intention est un élément de la stratégie peut, en soi, paraître assez évident. En dehors du contexte du droit de la concurrence, l'affirmation ne susciterait aucun intérêt particulier, car elle semble découler du sens ordinaire des mots, ainsi que le suggèrent les termes employés par la Cour (*“forcément”, “normal”*). Si l'on s'y arrête néanmoins, c'est que, précisément dans le contexte des débats autour d'une approche plus économique de l'abus de position dominante, accorder pertinence à l'intention a pu être critiqué comme archaïque et anti-économique. Nous pensons au contraire que la Cour a raison d'insister sur le lien entre *“stratégie”*, un mot dans lequel les économistes peuvent se reconnaître, et *“intention”*, qui est un mot du droit. Ce lien est important dans la perspective même d'une approche plus économique. En effet, pour revêtir une portée concrète, les arguments économiques doivent être accrochés à des catégories qui jouent un rôle dans la qualification juridique des faits. Or, que cela plaise ou non à certains auteurs, en droit positif, l'intention joue un rôle dans la qualification d'abus au sens de

Au terme des développements consacrés à l'intention, on peut se demander quel sens donner à l'énoncé, rappelé plusieurs fois dans l'arrêt, selon lequel "*la notion d'abus est une notion objective*" (p.e. pts 20 et 23). Il résulte clairement de l'arrêt que le caractère objectif de la notion d'abus n'empêche pas d'accorder pertinence à l'intention pour caractériser un abus. Faut-il vraiment voir là un paradoxe ? Dans sa thèse publiée en 1957, le professeur François Terré distinguait l'influence de la volonté sur les qualifications de la prise en considération de la volonté comme élément de qualification (F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 10, p. 9). Suivant cette inspiration, ne pourrait-on dire que la qualification d'abus est objective au sens où il n'est pas possible à une entreprise en position dominante d'échapper à cette qualification par le seul effet de la volonté ? Dans cette perspective, il serait normal que la preuve éventuelle d'une intention proconcurrentielle ne soit pas de nature à exonérer l'entreprise de sa responsabilité. Le caractère objectif ainsi entendu n'empêcherait pas de faire de l'intention – qui peut être considérée comme un fait – un élément pertinent de la qualification. Que l'on adopte ou non cette tentative de réconcilier le caractère objectif de la notion d'abus et la pertinence de l'intention aux fins de la qualification, le plus important est sans conteste le second de ces deux éléments. L'arrêt *Tomra* met à cet égard les points sur les "i" et consacre plus explicitement et plus généralement qu'aucun autre la pertinence de l'intention aux fins de la qualification d'abus. Il faudra donc en tenir compte y compris dans la perspective d'une approche plus économique.

Les deuxième et troisième moyens portaient sur l'appréciation des effets de la pratique en cause, à savoir, en l'espèce, des rabais consentis par Tomra aux supermarchés acquéreurs de ses "déconsigneurs automatiques" en échange d'une exclusivité ou quasi-exclusivité. Plus précisément, le deuxième moyen soulevait la question de savoir quelle part de la demande devait être liée par les pratiques mises en œuvre pour que celles-ci puissent être qualifiées d'abusives. Le troisième moyen était relatif à la nécessité d'une comparaison entre prix et coûts pour qualifier des rabais d'abusifs. Dans les deux cas, les arguments du pourvoi allaient dans le sens d'exigence de preuves quantitatives. Dans les deux cas, la Cour rejette l'idée qu'une appréciation chiffrée soit nécessaire.

Le pourvoi reprochait tout d'abord au Tribunal d'avoir utilisé des termes imprécis pour caractériser l'effet de fermeture du marché. Pour décrire la part de la demande qui était liée à Tomra et donc inaccessible à ses concurrentes, le Tribunal avait retenu qu'il s'agissait d'une partie "*substantielle*", "*loin d'être faible*" ou une proportion "*très élevée*" (pt. 31). Les requérantes considéraient qu'une telle motivation était insuffisante. Elles reprochaient plus précisément au Tribunal de n'avoir dégagé aucun critère pour apprécier si l'effet des contrats entre Tomra et ses clientes était tel qu'il ferait l'accès du marché à ses concurrentes d'une manière abusive. Le critère qui, selon Tomra, aurait dû guider cette appréciation est celui de la "*taille de viabilité minimale*" (*minimal efficient scale*), qui consiste à se demander si la partie de la demande non liée à l'entreprise en position dominante est suffisante pour permettre à un ou plusieurs concurrents d'entrer sur le marché et d'y atteindre la taille critique permettant, compte tenu des coûts, de réaliser un profit.

Force est en tout cas de constater que l'arrêt n'est pas très clair à cet égard. En effet, si la Cour a voulu dire qu'il ne fallait pas fixer de seuil chiffré, elle valide néanmoins comme conforme au droit le constat selon lequel il y a abus lorsque les deux cinquièmes de la demande sont liés par des pratiques d'exclusivité (pt. 44). D'un autre côté, si la Cour a voulu dire qu'il ne fallait pas fixer de critère, même conceptuel et déterminable plutôt que déterminé, une autre

En outre et surtout, un tel énoncé est problématique sur le fond. Le critère proposé, selon lequel toute la demande doit être contestable, est un critère particulièrement radical, qui rappelle la notion ordo-libérale de concurrence complète (V. sur ce point, D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 245). Selon cette conception, l'entreprise en position dominante devait être forcée de faire comme si elle n'avait pas de pouvoir de marché. Il faut espérer que cette lecture du paragraphe 42 de l'arrêt *Tomra* ne soit pas la bonne. Un indice en ce sens se trouve dans la référence à "*toute la concurrence qui est possible*", qui évoque la notion de concurrence praticable, laquelle traduit une perspective plus souple et plus réaliste que la notion de concurrence complète (la notion a initialement été proposée par Clark, précisément comme un standard réaliste – plus réaliste que celui de concurrence parfaite. J. M. Clark, Toward a Concept of Workable Competition, *AER* juin 1940).

Si cette lecture correspond à l'intention de la Cour, cela signifie qu'elle privilégie le point de vue de la demande et vise à préserver des possibilités de choix satisfaisantes pour les acheteurs plutôt que de considérer l'entrée du côté de l'offre. Ce serait alors en raison de l'accent mis sur la demande

CISEAU TARIFAIRE – COMPRESSION DE MARGES – CRITÈRE DU CONCURRENT AUSSI EFFICIENT : Le Tribunal de l'UE donne des précisions sur la mise en œuvre du critère du concurrent aussi efficient en matière de ciseau tarifaire

(Trib. UE, 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España* c/ Commission, aff. T-336/07 ; Trib. UE, 29 mars 2012, *Espagne* c/ Commission, aff. T-398/07)

Dans deux arrêts du 29 mars 2012, le Tribunal rejette deux recours distincts relatifs à une même décision de la Commission du 4 juillet 2007 (aff. COMP/38.784 *Wanadoo España/Telefónica*). La Commission avait condamné l'opérateur historique espagnol à une amende de près de 152 millions d'euros pour un abus par compression de marge (ciseau tarifaire) ayant restreint la concurrence sur le marché naissant de l'Internet haut débit. Les faits étaient donc similaires à ceux qui ont donné lieu à des affaires récentes contre d'autres opérateurs historiques de télécommunication. Dès lors, il s'agissait essentiellement pour le Tribunal de faire application des principes consacrés dans les arrêts *Deutsche Telekom* et *TeliaSonera* (CJ, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom* c/ Commission, C-280/08 P et CJ, 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52/09), ce qu'il fait.

Les principes dégagés par la jurisprudence antérieure en matière de compression de marge peuvent être résumés en cinq points : (i) la conformité des pratiques de l'entreprise en position dominante à une régulation tarifaire sectorielle n'exonère pas l'opérateur dominant de sa responsabilité au titre de l'article 102 TFUE ; (ii) la compression des marges est un abus de position dominante autonome, pour lequel il n'est nécessaire de démontrer ni que le prix de gros est excessif, ni que le prix de détail est trop bas : c'est uniquement l'écart entre ces deux tarifs qui doit être analysé ; (iii) le critère pertinent aux fins de cette analyse est celui du concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant verticalement intégré ; (iv) un effet d'éviction potentiel suffit pour caractériser un abus de position dominante ; (v) le caractère indispensable de l'intrant fourni par l'entreprise en position dominante à ses concurrentes sur le marché aval est pertinent pour l'appréciation de l'effet de la pratique, mais il n'est pas exclu qu'une pratique de compression de marge soit abusive même si l'intrant n'est pas indispensable.

Par rapport à ces principes, les arrêts rapportés contiennent quelques précisions. En droit, la principale clarification a trait à la comparaison entre compression de marge et refus de contracter (1). Pour le reste, c'est principalement sur la méthode d'appréciation du ciseau tarifaire que les arrêts *Telefónica* et *Espagne/Commission* apportent des précisions (2).

1. L'abus par compression de marge diffère du refus abusif de contracter

Les deux pourvois invitaient la Cour à une interprétation de l'abus par compression de marge qui l'aurait rapproché du refus de contracter abusif. En effet, tant le Royaume d'Espagne que *Telefónica* faisaient plaider que les conditions dégagées dans l'arrêt *Bronner* (CJ, 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, Rec. 1998 p. I-7791) étaient d'application et

que, pour caractériser un abus par compression de marge, la Commission devait en particulier établir que l'intrant fourni par l'entreprise en position dominante verticalement intégrée à ses concurrentes sur le marché aval (ici un accès au réseau de l'opérateur historique) était "indispensable" à la fourniture du service sur le marché aval (ici des services d'accès à Internet haut débit au consommateur final). Cette position avait été défendue en doctrine (D. Gérardin, *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefónica exceptions" are wrong*, <http://ssrn.com/abstract=1762687>). On pouvait pourtant penser que, entre-temps la Cour avait tranché cette question dans l'arrêt *TeliaSonera* (CJ, 17 février 2011, C-52/09, obs. ALS, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2011, p. 108). En effet, il avait alors été jugé que le caractère indispensable de l'intrant est pertinent pour apprécier l'effet d'éviction anticoncurrentiel, sans toutefois qu'il soit nécessaire dans tous les cas de rapporter la preuve de cette caractéristique des intrants en cause (*TeliaSonera*, pts 69-71). Lorsque l'intrant est indispensable, cela rend l'effet d'éviction probable (*TeliaSonera*, pt. 72), mais cela ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir d'effet anticoncurrentiel lorsque que l'intrant n'est pas indispensable (*Telefónica*, pt. 182).

En dépit de cette jurisprudence, le Royaume d'Espagne cherchait à introduire une distinction selon que la fourniture de l'intrant est ou non rendue obligatoire par la régulation à laquelle l'entreprise en position dominante est soumise (*Espagne* c/ Commission, T-393/07, pts 4-65). Comme le souligne le Tribunal (pt. 73), l'argument manquait de clarté. Sans doute l'idée était-elle de soutenir que, lorsque la fourniture d'un intrant est rendue obligatoire par le régulateur, c'est que l'intrant est indispensable. En revanche, lorsque la fourniture de l'intrant n'est pas obligatoire, mais volontaire, comme c'était le cas en l'espèce, il reviendrait à la Commission d'établir que l'intrant est néanmoins indispensable avant de pouvoir qualifier d'abus une tarification qui compresses les marges des acheteurs de cet intrant. La Cour écarte cet argument sur la base des principes consacrés dans *Deutsche Telekom* et réitérés dans *TeliaSonera* (pt. 51) : l'existence d'obligations réglementaires – y compris une obligation de fourniture – est indifférente dès lors qu'une marge de manœuvre subsiste dans le chef de l'entreprise dominante régulée (*Espagne* c/ Commission, pts 70-72). En ce qui concerne l'articulation entre antitrust et régulation, l'Europe continue donc à se distinguer des États-Unis (Marty F., (2011), *Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine*, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 27, avril-juin, pp. 107-117).

Dans les arrêts rapportés, le rejet de l'exception de régulation renforce la distinction entre compression de marge et refus de contracter abusif. Logiquement, les critères de l'arrêt *Bronner* ne sont pas transposés à l'abus par compression de marge (*Telefónica*, pts 178-180). Toute interprétation contraire, précise la Cour, aurait indûment réduit l'effet utile de l'article 102 TFUE (*Espagne* c/ Commission, pt. 75). Cette distinction entre les deux formes d'abus paraît justifiée. En effet, en matière de compression de marge, la question essentielle est de savoir si les activités aval peuvent être profitables et non si elles sont possibles. L'approche est distincte de celle du refus de contracter, car les questions sont distinctes. Du reste, la

L'autonomie de l'abus par compression de marge étant rappelée, il convient de se tourner vers la caractérisation de ce type d'abus. Les deux pourvois soulevaient un certain nombre de questions relatives à la méthode d'appréciation et aux coûts qu'il convient de prendre en considération.

Les parties contestaient sur différents points la méthode de la Commission. Il ne s'agissait pas d'une critique radicale selon laquelle un niveau de marge faible sur le marché aval n'est pas suffisant pour caractériser un abus (telle est la position du droit américain, défendue par Veljanovski C., (2012), *Margin Squeeze and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law, e-competition* n° 46442, 13 p. Sur le risque de faux-positifs d'une méthode d'appréciation de l'abus à partir du niveau de profitabilité, v. aussi Spector D., (2010), Quelques éléments sur l'appréciation économique des affaires de ciseau tarifaire, *Concurrences* n° 4-2010).

Les coûts du concurrent aussi efficace : Quelles hypothèses retenir?

Point de départ : Les coûts de l'entreprise en position dominante

Faut-il ajuster les coûts de l'entreprise en position dominante ?

Cependant, la prise en compte d'une efficacité potentiellement équivalente, qui caractérise la seconde variante, peut avoir du sens dès lors que l'on considère qu'un concurrent nouvel entrant fait face à des coûts intrinsèquement et inéluctablement supérieurs à ceux d'un opérateur historique. Comme le soulignait la Commission elle-même dans sa décision *Telefónica* (pt. 314), un concurrent sur le marché aval ne peut bénéficier des mêmes économies d'échelle et d'envergure qu'un opérateur historique verticalement intégré. En outre, la présence sur plusieurs segments permet à la firme intégrée d'allouer ses coûts fixes et charges communes de manière optimale entre ses différentes activités. Elle bénéficie à cet égard d'un net avantage sur de nouveaux entrants, dont le périmètre d'activités est par définition plus étroit.

De façon générale, la variante stricte du critère du concurrent aussi efficace tend à être privilégiée par les autorités de concurrence dans le cadre d'une approche *ex post*, alors que la variante adaptative, qui consiste prendre comme référence un opérateur potentiellement aussi efficace, est plus souvent utilisée par les autorités de régulation sectorielle dans une logique *ex ante*. Ainsi, le régulateur britannique des télécommunications, l'OFCOM, qui est par ailleurs en charge de l'application des règles de concurrence dans son secteur de compétence, utilise non pas le critère de l'opérateur aussi efficace mais celui de l'opérateur potentiellement aussi efficace. Il considère, en effet, que le nouvel entrant fait intrinsèquement face à des coûts supérieurs à ceux de l'opérateur historique dans la mesure où il ne saurait bénéficier des mêmes économies d'échelle et de gamme. Par conséquent, pour ne pas pénaliser les nouveaux entrants, l'OFCOM refuse d'appliquer strictement le critère du concurrent aussi efficace et met en œuvre une norme ajustée, conduisant à reconstituer hypothétiquement les coûts de l'opérateur dominant en l'absence des dites économies (OCDE, (2009), *Margin Squeeze, Policy Roundtable*, DAF/COMP(2009) 36, Septembre, 322p).

Dans la décision *Telefónica*, les coûts aval pris en considération étaient bien ceux de l'opérateur historique et non des coûts ajustés. On était donc à première vue bien en présence d'un cas d'application stricte du critère du concurrent aussi efficace. Cependant, on peut remarquer que, devant le Tribunal, la discussion relative à l'ajustement des coûts était déplacée du segment aval vers le segment amont. Les coûts de l'entreprise en position dominante sur le segment aval, où elle est en concurrence avec les nouveaux entrants, n'avaient pas été ajustés. En revanche, certains coûts de l'entreprise dominante liés à son activité amont n'avaient pas été pris en considération. Il s'agissait des surcoûts engendrés pour un opérateur intégré par le fait de fournir un opérateur tiers plutôt qu'une de ses propres divisions aval. Dans la littérature, ces coûts sont appelés *additional upstream costs* (AUCs).

Le fait de ne pas tenir compte de ces surcoûts a pu, selon *Telefónica*, biaiser l'évaluation réalisée par la Commission. Le Tribunal, suivant la Commission, rejette cet argument au motif que test du concurrent aussi efficace doit porter sur les seules activités aval, celles pour lesquelles les nouveaux entrants sont en concurrence avec l'opérateur intégré. La compression des marges s'apprécie par rapport à la capacité d'un opérateur, qui supporterait des coûts équivalents à ceux de l'opérateur dominant sur le seul marché aval, à dégager une marge suffisante en utilisant le produit de gros dans les conditions de sa commercialisation sur le marché (*Telefónica*, pt. 209). Ce raisonnement paraît convaincant, car il est vrai que les nouveaux entrants n'ont pas à supporter de coûts comparables à ceux de l'opérateur intégrés pour ses opérations amont. Dès lors intégrer ces coûts à ceux d'un opérateur aussi efficace reviendrait à augmenter artificiellement ses coûts et, partant, à abaisser artificiellement le seuil d'efficacité requis des nouveaux entrants.

Pour autant, une efficacité optimale n'est pas requise des concurrents, comme le montre le rejet par le Tribunal d'une autre objection soulevée à l'encontre de la décision de la Commission.

Le concurrent aussi efficace doit-il optimiser ses coûts ?

Une autre question soulevée par les requérantes était en substance la suivante : en présence de plusieurs solutions techniques, le concurrent contrefactuel qu'est le concurrent aussi efficace ne pourrait-il pas combiner de manière optimale les différents intrants à sa disposition pour échapper à une possible compression des marges ? L'enjeu de cette question était en réalité de savoir si le concurrent aussi efficace a l'obligation de minimiser ses coûts. Telle n'est pas la solution que retient le Tribunal.

En l'espèce, *Telefónica* prenait argument de l'existence de trois intrants substituables à disposition des nouveaux entrants, à savoir le produit de gros national, les produits de gros régionaux et enfin le dégroupage de la boucle locale (*Telefónica*, pt. 114). Cet argument avait été également soulevé dans le recours introduit par le Royaume d'Espagne (*Espagne c/ Commission*, pt. 80). Il revenait à reprocher à la Commission d'avoir surévalué les tarifs de gros applicables aux concurrents de *Telefónica*. Une telle surévaluation de leurs coûts conduisant à reconnaître, à tort selon les requérantes, une compression de marges alors qu'une meilleure combinaison des différentes offres amont disponibles aurait pu permettre aux nouveaux entrants de remédier aux conséquences de l'effet de compression des marges qui pouvait exister sur l'une des trois offres.

Le Tribunal rejette cette argumentation, à la fois en fait et en droit. En fait, le Tribunal retient qu'il n'était pas établi en l'espèce que les nouveaux entrants combinaient plusieurs offres (*Espagne c/ Commission*, pt. 82). Le Tribunal s'appuie en outre sur le constat de la Commission selon lequel les produits de gros nationaux et régionaux constituaient deux intrants très différents (*Telefónica*, pt. 116) et que les coûts de substitution de l'un à l'autre étaient très élevés. La substitution aurait supposé un long processus technique et requis que le nouvel entrant ait atteint une taille critique minimale, ce qui, dans une phase de développement de la concurrence, n'est pas réaliste. Le Tribunal souligne aussi que le dégroupage de la boucle locale était encore moins substituable à court terme aux deux premières options techniques pour les opérateurs alternatifs (*Telefónica*, pt. 134).

En droit, l'idée selon laquelle un nouvel entrant devrait compenser les pertes d'un éventuel ciseau tarifaire sur l'un de ces intrants par une combinaison optimale entre ces trois derniers est rejetée (*Telefónica*, pt. 203). Il est vrai que l'accepter aurait considérablement réduit la possibilité de prouver un abus par compression de marge. Toutefois, le Tribunal n'adopte pas sur ce point une motivation en termes d'effet utile. L'argument mis en avant est celui de l'égalité des chances (*Telefónica*, pt. 204). L'égalité des chances entre l'opérateur dominant intégré et ses concurrents implique, selon le Tribunal que "*les prix des [différents intrants disponibles] puissent être répercutés sur les prix de détail*" (*ibid.*). Si l'on comprend bien, cela signifie qu'un opérateur nouvel entrant doit pouvoir faire un profit sur le marché aval quelle que soit la combinaison d'intrants qu'il choisit. Ce principe paraît cohérent avec la position prise par le régulateur espagnol des télécommunications, la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (ci-après "CMT"), qui faisait obligation à l'opérateur historique de

Ainsi, l'approche suivie par les autorités de concurrence en matière de ciseau tarifaire peut avoir deux effets possibles, très différents en termes de bien-être du consommateur. Elle peut certes promouvoir des entrées efficaces que cela soit à court terme ou à moyen terme, une fois la question de l'échelle

Une fois tranchées les différentes questions relatives à l'identification des coûts qui caractérisent un concurrent aussi efficace, reste à déterminer la méthode selon laquelle ils doivent être pris en considération dans le calcul de la marge possible du concurrent aussi efficace.

Estimation de l'effet de ciseau : Questions de méthode

Telefónica soulevait dans son recours de nombreuses critiques sur l'appréciation de la profitabilité des activités aval à laquelle la Commission était arrivée. En l'espèce, la Commission avait conclu, sur la base de deux méthodes distinctes, que la différence entre les prix aval et amont de Telefónica ne permettait pas à un concurrent aussi efficace de répliquer ses offres (*Telefónica*, pt. 211 et 232), ce qui caractérisait l'existence d'un effet de ciseau tarifaire (*Espagne c/ Commission*, pt. 23).

Deux méthodes avaient paru valoir mieux qu'une, car chacune a ses avantages et ses inconvénients. La méthode dite "période par période" consiste à comparer les revenus et les coûts d'une activité année par année (pt. 328 de la décision *Telefónica* de la Commission). La Commission avait utilisé cette méthode mais avait préféré privilégier la méthode "des flux de trésorerie actualisés" (ci-après méthode "FTA"). Utilisée par la Commission dans sa décision *Wanadoo*, mais aussi par l'OFCOM et l'OFT au Royaume-Uni, cette méthode d'évaluation a pour principal avantage de saisir la profitabilité d'une activité donnée sur une base pluriannuelle (souvent basée sur la durée de vie économique des actifs concernés). La profitabilité de l'activité est appréciée au travers de l'actualisation des flux de ressources futures. Une valeur actuelle nette (VAN) positive indique que l'activité a créé de la richesse au cours de la période considérée.

Cette méthode est cependant porteuse d'une difficulté liée à la nécessité d'affecter une valeur dite "terminale" à certains actifs, dont la durée de vie économique dépasse la période de référence concernée par les pratiques considérées, en l'espèce cinq ans et quatre mois (septembre 2001 - décembre 2006). La valeur des actifs à la fin de la période de référence est ainsi ajoutée aux flux de recettes de Telefónica afin de déterminer l'impact des pratiques sur sa profitabilité (*Telefónica*, pt. 215). Les désaccords relatifs à valorisation résiduelle des éléments d'actifs en fin de période peuvent être, comme en l'espèce, particulièrement importants et compliquer d'autant l'évaluation de la profitabilité des activités aval.

La méthode FTA se heurte en outre à trois autres types d'écueils. Tout d'abord, elle repose sur des prévisions de profit de l'entreprise. Ensuite, elle peut conduire à intégrer dans les flux de ressources les gains liés à la pratique anticoncurrentielle. Enfin, elle occulte le fait qu'un opérateur historique a de plus fortes capacités à absorber des pertes en début de période que de nouveaux entrants, quand bien même ces derniers seraient des filiales de grands groupes.

D'un autre côté, l'approche "période par période" présente aussi des inconvénients, comme le notait d'ailleurs déjà Telefónica dans sa réponse aux griefs notifiés par la Commission (pt. 336 de sa décision). En particulier, elle est peu adaptée aux marchés en phase de démarrage. En effet, une approche période par période tend à méconnaître le rôle des investissements dans les marchés en phase d'émergence. Des pertes de court terme, liées aux investissements, sont des conditions *sine qua non* pour les profits futurs. Corrélativement, les investissements destinés à devenir rentables sur plusieurs années ne devraient pas être imputés

intégralement sur l'exercice de leur réalisation (Laffont J.-J. and Tirole J., (2000), *Competition in Telecommunications*, MIT Press., Cambridge Ma. ; Gaffard J.-L. et Quéré M., (2003), Innovation, coopération inter-entreprises et politique de la concurrence, *Économie Rurale*, n° 277-278, pp.152-166). Pour ces raisons, la méthode FTA est plus adaptée dans le cas d'un marché en forte croissance, tandis que la méthode "période par période" convient mieux à un marché mature.

Dans son recours, Telefónica critiquait la mise en œuvre de chacune des deux méthodes.

Concernant la méthode FTA, Telefónica reprochait à la Commission la durée retenue pour le calcul. La question de la durée d'une évaluation dans le cadre d'une méthode FTA est particulièrement cruciale en ce sens qu'un allongement excessif peut conduire tout à la fois à une forte hausse du risque d'erreurs et à l'intégration de surprofits liés à la pratique d'éviction mise en œuvre (*Telefónica*, pt. 217). À ce titre, la durée prise en compte dans le cadre d'une évaluation d'une pratique de marché potentiellement anticoncurrentielle doit être inférieure à celles utilisées dans le cadre d'autres exercices, comme la valorisation d'une activité donnée dans le cadre d'une fusion acquisition. Sur ce point, le Tribunal fait sienne la position qui était celle de la Commission (pt. 354 de sa décision), consistant à limiter la période considérée à celle de la durée de vie des actifs concernés. Ainsi, selon le Tribunal, c'est à bon droit que la Commission a opté pour une période d'estimation de cinq ans, équivalant à la durée de vie des actifs de réseaux, à la durée d'amortissement des nouveaux abonnés dans les objectifs financiers de Telefónica et à la durée d'estimation standard retenue dans les estimations *ex ante* de ciseaux tarifaires réalisées par les régulateurs sectoriels (*Telefónica*, pt. 223).

Parmi les moyens soulevés par Telefónica relativement à la mise en œuvre de la méthode FTA figuraient aussi des questions relatives à la valorisation des actifs, notamment les actifs incorporels complexes (base clients, savoir-faire, marques), dont la durée de vie excède la durée retenue par la Commission. Comme nous l'avons noté, les estimations qui peuvent être faites de la valeur résiduelle des actifs dont la durée de vie excède la période considérée jouent un rôle potentiellement déterminant en matière de caractérisation d'une éventuelle stratégie de ciseau tarifaire. Le différend portait en l'espèce sur les capacités des clients acquis en fin de période et de certains actifs immatériels à générer des profits futurs, lesquels devraient selon Telefónica être intégrés dans la balance.

En outre, Telefónica faisait valoir que la Commission aurait pu utiliser des méthodes alternatives d'estimation des valeurs terminales, fondées sur les valeurs de cessions d'actifs comparables observées sur le marché (*Telefónica*, pt. 228). Il s'agit, en l'espèce, de la méthode dite "des multiples", laquelle revient à déduire un coefficient correcteur des valeurs de transactions faites sur le marché. Il suffirait de supposer que Telefónica cède sa branche aval en fin de période et d'en estimer la valeur. L'idée est alors de se baser sur des opérations passées comparables sur le marché et d'en déduire – pour le secteur considéré – un multiple entre le chiffre d'affaires réalisé et la valeur de marché, coefficient multiplicateur qu'il serait alors possible d'imputer au chiffre d'affaires réalisé en

- mars 2009 : Rapport du *High Level Group* sur la “Compétitivité de l’industrie agroalimentaire”, accompagné de 30 recommandations ;
- juillet 2009 : Feuille de route afin de stimuler l’industrie agroalimentaire européenne ;
- octobre 2009 : communication intitulée “Une chaîne d’approvisionnement alimentaire plus performante en Europe” ;
- juillet 2010 : Rapport intitulé “Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l’horizon 2020” ;
- juillet 2010 : transformation du *High Level Group* en *High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain* chargé de la mise en œuvre des initiatives de la communication d’octobre 2009 (mandaté jusqu’au 31 décembre 2012).

Plus récemment, au premier trimestre 2012, au sein de la DG Concurrence, la Commission a constitué une *Task force alimentaire* au sein de la direction E, dont l'objet est d'apprécier les opportunités d'intervention dans le domaine de la distribution alimentaire.

Un Rapport couvrant le droit de la concurrence et au-delà

Les domaines abordés par le Rapport du REC dépassent l'objet de cette chronique puisque sont traitées non seulement les pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante), mais également certaines concentrations et enquêtes de secteur diligentées par les différentes Autorités.

L'objectif affiché est de permettre une approche commune des Autorités afin de mieux déceler, au niveau européen, les problèmes “endémiques” spécifiques du secteur alimentaire et de permettre une coordination des potentielles actions à venir.

D'un point de vue statistique, le Rapport constate que les ententes horizontales (fixation de prix ou partage de marchés) représentent environ la moitié des affaires étudiées et les ententes verticales près de 20 % d'entre elles. Les pratiques unilatérales représentent environ 20 % des cas, le reste étant constitué d'affaires mixtes mêlant ententes verticales et abus.

Il est intéressant de noter qu'en matière d'abus, l'essentiel des affaires concerne le secteur de la grande distribution alimentaire (§ 189). Toutefois, le Rapport relève également que dans moins de la moitié de ces affaires, l'article 102 TFUE ou son équivalent en droit local a été appliqué. Dans la majorité des cas, ce sont des règles nationales différentes et plus “*strictes*” qui sont appliquées (§ 190).

Cela ne doit pas surprendre. La démonstration d'une position dominante sur le marché amont au niveau de l'approvisionnement auprès des fournisseurs n'a en effet rien d'évident lorsque plusieurs distributeurs se partagent le marché (rappelons qu'aucun groupe ne dépasse 30 % de part de marché en France, avec un niveau de concentration qui est

dans la moyenne des autres grands pays européens), et cela même si chacun d'entre eux dispose d'une puissance d'achat certaine vis-à-vis de ses fournisseurs. Et même lorsqu'une position dominante est constatée au niveau local, les abus sont difficiles à caractériser (sur tous ces points, v. Anne Perrot, Gildas de Muizon et Joseph Vogel, Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d'appréhender les comportements de la grande distribution, *Concurrences* n° 2-2012, n° 45402, www.concurrences.com).

La puissance d'achat des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs

C'est donc sans surprise que la puissance d'achat des distributeurs a été examinée par les Autorités. Le Rapport aborde cette question de manière distincte de celle des relations verticales proprement dites entre fournisseurs et distributeurs.

Il est relevé qu'une puissance d'achat importante peut avoir des effets positifs dès lors que la concurrence entre distributeurs subsiste sur le marché aval et que les rabais qu'un distributeur est susceptible d'obtenir de ses fournisseurs sont rétrocédés au consommateur final. Toutefois, les Autorités ont également identifié un certain nombre d'effets négatifs liés à cette puissance d'achat (§ 253).

Ainsi, de nombreuses Autorités ont relevé des pratiques commerciales déloyales, telles que des transferts de risques trop importants *via* des clauses de retour de produits sans limite de temps ou de quantité, des modifications unilatérales et rétroactives de contrats ou encore des frais excessifs pour le placement des produits dans les linéaires, etc.

D'autres Autorités se sont aussi déclarées préoccupées par les effets anticoncurrentiels éventuels que certaines de ces pratiques commerciales déloyales peuvent avoir sur le bien-être des consommateurs, dans la mesure où les pratiques pouvaient réduire les investissements et l'innovation et limiter le choix des produits offerts (§ 254).

Comme déjà indiqué, le Rapport relève que de telles pratiques ne sont pas toujours susceptibles de rentrer dans le champ du droit de la concurrence. Aussi, un certain nombre d'Autorités ont proposé de traiter ce problème en suggérant l'adoption de textes sur les pratiques commerciales déloyales ou de codes de bonnes pratiques assortis de mécanismes d'exécution efficaces (§ 254).

Concentration et barrières à l'entrée

Les Autorités ont constaté que la forte concentration des marchés de détail, notamment au niveau local, est souvent associée à l'existence d'importants obstacles à l'entrée de ces marchés (§ 259). Ainsi, de manière assez classique, les Autorités ont relevé que les changements d'enseigne étaient particulièrement compliqués, tant en raison de contraintes réglementaires que de contraintes contractuelles.

Le Rapport fait notamment référence, sur le plan réglementaire, aux lois d'aménagement du territoire et les autorisations administratives imposées pour l'ouverture

Cette saisine a été complétée par une demande de mesures conservatoires, qui avait été rejetée dans une première décision n° 10-D-33 du 30 novembre 2010 en raison de l'absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs et à RVT elle-même.

La société plaignante et ses prétentions

RVT est une entreprise principalement active dans la vente de mobiliers de jardin, terrasse et piscine, qui génère aujourd'hui l'essentiel de son chiffre d'affaires. Historiquement, RVT est cependant une entreprise de tissage située dans le nord de la France qui a lancé en 1974 une activité de fabrication ainsi que de location/entretien de serviettes industrielles réutilisables, qui font l'objet de la présente décision.

En 1995, RVT a cédé au GIE Elis son activité de location/entretien de serviettes industrielles réutilisables, logée dans les sociétés Euronet (ci-après "Euronet") et Ln Service. RVT a cependant maintenu son activité de fabrication de serviettes industrielles réutilisables et conclu un contrat avec Euronet au terme duquel elle s'est engagée à fournir exclusivement Euronet pour l'ensemble de ses besoins en serviettes industrielles réutilisables. RVT s'est également engagée à ne pas reprendre une activité de location/entretien concurrente d'Euronet.

Ce contrat de fourniture exclusive avec Euronet a été renouvelé en 2004 pour une durée de quatre ans, mais sans sa clause de non-concurrence d'origine. En 2006, Euronet a été rachetée par Mewa, qui a alors rompu de manière anticipée le contrat de fourniture exclusive conclu avec RVT. Selon cette dernière, la perte brutale de son unique client aurait conduit à son éviction du marché.

Dans sa saisine, RVT reprochait notamment l'absence de notification d'une opération de concentration par Mewa lors du rachat d'Euronet. Ce point est rapidement écarté par l'Autorité, les seuils de notification en vigueur à l'époque n'étant pas atteints (§ 61 à 64). RVT soupçonnait également l'existence d'une entente entre Mewa et le GIE Elis sans pouvoir réellement l'étayer (§ 65 à 68), voire la mise en place d'une stratégie globale de Mewa ayant pour objectif de l'éliminer à long terme du marché européen (§ 44 à 47). L'Autorité se contente de rappeler qu'elle n'est compétente que pour appréhender des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre ayant des effets sur le territoire français (§ 102). Enfin, un hypothétique contrat de fourniture de rouleaux d'essuie-mains aurait été résilié par Mewa, là encore sans qu'aucun élément de preuve n'ait pu être fourni (§ 100).

À côté de ces questions qui n'appellent pas de commentaire particulier, deux autres points soulevés par la plaignante méritent plus d'attention. RVT considérait tout d'abord que la rupture brutale et anticipée du contrat de fourniture exclusive était abusive. Elle reprochait également la mise en place par Mewa d'une exclusivité avec chacune de ses entreprises industrielles clientes.

Sur l'absence de rupture abusive du contrat par Mewa

L'Autorité traite successivement de la question d'une éventuelle dépendance économique ou d'une position dominante avant de se pencher plus précisément sur la nature abusive ou non d'un refus d'achat et d'une rupture des relations commerciales.

Absence de dépendance économique

Sur ce point, l'Autorité rejette sans surprise l'hypothèse d'une dépendance économique de RVT à l'égard de Mewa. Elle rappelle à cet égard la pratique décisionnelle constante s'agissant de la position de dépendance d'un distributeur vis-à-vis d'un fournisseur. On remarquera qu'en l'espèce il s'agit toutefois d'une hypothèse spécifique, à savoir de la dépendance alléguée d'un fournisseur (RVT) vis-à-vis de son unique client (Euronet). Cela est néanmoins sans conséquence et ces critères doivent se comprendre de manière large, à savoir que la dépendance d'une première entreprise A vis-à-vis d'une seconde entreprise B située à un autre stade économique, en amont ou en aval, résulte (§ 73) :

- de la notoriété de l'entreprise B ;
- de la part de marché de l'entreprise B ;
- de l'importance de la part de l'entreprise B dans le chiffre d'affaires de l'entreprise A, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de cette dernière ;
- des difficultés d'obtenir des produits ou services équivalents auprès d'autres entreprises que l'entreprise B.

Ces critères sont cumulatifs et sont, en pratique, rarement remplis puisqu'au cours des dix dernières années, ce n'est, à notre connaissance, qu'à deux reprises qu'un abus de dépendance économique a été sanctionné (v. Cons. conc., déc. n° 04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ; et Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films) avec plus récemment un troisième cas qui s'est achevé en engagements (voir Aut. conc., déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 1-2012, p. 113).

En l'espèce, la vente de serviettes industrielles réutilisables par RVT représentait moins de 6 % de son chiffre d'affaires total. De plus, sa situation résultait d'un choix économique délibéré lors de la cession d'Euronet, l'ayant conduite à ne plus être active dans le secteur de la location/entretien pour, en contrepartie, approvisionner en exclusivité Euronet, "acceptant ainsi les risques qui découlent de la détention d'un client unique" (§ 76). Dans une telle hypothèse, il était donc difficile pour RVT de se plaindre d'une dépendance économique qu'elle s'était elle-même imposée.

La rupture du contrat de fourniture exclusive est également analysée sous l'angle de l'abus de position dominante. RVT prétendait ainsi que Mewa dispose d'une position quasi monopolistique en France et de plus de 80 % en Europe. Sur ce point cependant, l'Autorité est assez expéditive, car elle ne prend pas la peine de rechercher si Mewa est ou non en position dominante, considérant que l'exercice est superflu dès lors qu'elle estime qu'aucun abus ne peut être constaté (§ 79).

Considérant le refus d'achat, l'Autorité rappelle qu'il peut être abusif lorsqu'il émane de points de vente qualifiés "*d'infrastructures essentielles*" (§ 81). De façon classique, l'Autorité rappelle les critères cumulatifs suivants (voir not. sur ce point, CA Paris, ch. 5-7, 23 février 2010, éditions Jean-Paul Gisserot SA c/ Cons. conc., déc. n° 08-D-08 du 29 avril 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 2-2010, p. 81) (§ 82) :

- En l'espèce, “l’infrastructure” envisagée aurait consisté en des canaux de distribution de serviettes industrielles réutilisables détenus par Mewa. L’Autorité relève que l’accès aux entreprises qui utilisent les services de location/entretien de serviettes industrielles réutilisables nécessite la mise en place d’une logistique spécifique pour assurer la livraison, la constitution de stocks de sécurité, le stockage des serviettes industrielles réutilisables usagées, la collecte et le traitement en usine avec des installations technologiquement complexes en raison des normes environnementales.

Au-delà du seul refus d'achat, c'est la rupture du contrat qui est également examinée par l'Autorité. Sur ce point, elle rappelle longuement qu'une "*entreprise en position*

L'Autorité en conclut donc qu'en l'espèce, la rupture n'a pas été abusive, cela toutefois sans préjudice d'une possible faute de la part de Mewa vis-à-vis de son ancien partenaire. Mais ce type de responsabilité relève du contentieux commercial et peut donner lieu à des dommages et intérêts le cas échéant.

Concrètement, RVT dénonçait l'exclusivité mise en place par Mewa avec ses clients dans chacun de ses contrats de location/entretien de serviettes industrielles qui aurait pour effet de verrouiller ce marché. RVT fondait l'existence de cette exclusivité sur l'ambiguïté des clauses de résiliation et le renouvellement par tacite reconduction desdits contrats (§ 48 et 49).

Or, l'Autorité relève en l'espèce que l'exclusivité dans un accord peut fort bien résulter de l'ensemble des stipulations contractuelles en cause, appréhendées dans leur contexte juridique et économique. Il s'agit alors de caractériser une exclusivité de fait. C'est ce que la Commission européenne et le Tribunal de l'UE ont retenu, par exemple, dans une récente affaire Altstoff Recycling Austria dans laquelle ils ont considéré que, même en l'absence de clause d'exclusivité formelle dans les accords passés par Altstoff, ceux-ci contenaient une exclusivité *de facto*, car Altstoff y indiquait son intention (unilatérale) de ne se lier qu'avec un seul partenaire par région pendant trois ou cinq ans selon les cas (Trib. UE, 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria c/ Commission*, aff. T-419/03, voir comm. M. Debroux, *Concurrences* n° 2-2011, p. 101).

Les clauses d'exclusivité ne sont pas, en principe, anticoncurrentielles par objet, mais elles peuvent le devenir par effet. Elles peuvent être examinées tout aussi bien sous l'angle des ententes que des pratiques abusives, lorsque l'exclusivité est le fait d'une entreprise en position dominante (voir, en matière d'ententes, Aut. conc., déc. n° 11-D-08 du 27 avril 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv/Kadeos, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 3-2011, p. 115 et, en matière d'abus, la décision de principe Aut. Conc., déc. n° 08-D-16 du 13 juillet 2008, *Photomaton*, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 4-2008, p. 90 et Aut. Conc., déc. n° 09-D-32 du 26 octobre 2009, *Photomaton*, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 1-2010, p. 105. Voir également déc. n° 07-D-01 du 25 avril 2007, *Société KalibraXE c/ EDF*, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 3-2007, p. 99. Voir enfin, pour un rapprochement des deux concepts en matière de clauses d'exclusivité, déc. n° 10-D-07 du 25 mai 2010, *Marché de la boule de pétanque de compétition*, § 163, comm. M. Debroux, *Concurrences* n° 3-2010, p. 86).

On observera que les critères rappelés par l'Autorité ne comprennent pas les éléments permettant de justifier l'exclusivité par des motifs techniques et/ou économiques ou encore par la contrepartie économique obtenue par le client que l'Autorité avait retenue, par exemple, dans les affaires *KalibraXE* ou *Kadeos* précitées.

Il appartient maintenant à l'instruction d'approfondir ces sujets, sans pouvoir, pour l'instant, s'en laver les mains...

À noter

La décision fait suite à une saisine de la société Desriac et du syndicat national du contrôle technique automobile dénonçant des comportements d'ententes et d'abus de position dominante des sociétés Dekra et Autovision dans le secteur du contrôle technique des poids lourds. Écartant le grief d'entente, faute d'éléments probants venant l'étayer, l'Autorité examine une éventuelle position dominante collective qui est également rejetée, car les conditions cumulatives de la jurisprudence Airtours ne sont pas remplies en l'espèce. L'Autorité examine également, au visa de l'article L. 420-5 du code de commerce, d'éventuelles pratiques tarifaires abusivement basses. Toutefois, tel n'est pas le cas, car les clients des centres de contrôle technique pour poids lourds ne peuvent être assimilés à des consommateurs au sens de cet article.

F. M. 

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Géradin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque, Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Jacques Gunther, David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret, John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | Review Concurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
☐ 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

☐ Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions

☐ Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
☐ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France