



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

19 avril 2012 *

«Pourvoi — Concurrence — Position dominante — Abus — Marché des appareils de collecte des emballages de boisson usagés — Décision constatant une infraction aux articles 82 CE et 54 de l'accord EEE — Accords d'exclusivité, engagements quantitatifs et rabais de fidélisation»

Dans l'affaire C-549/10 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, introduit le 18 novembre 2010,

Tomra Systems ASA, établie à Asker (Norvège),

Tomra Europe AS, établie à Asker,

Tomra Systems GmbH, établie à Hilden (Allemagne),

Tomra Systems BV, établie à Apeldoorn (Pays-Bas),

Tomra Leergutsysteme GmbH, établie à Vienne (Autriche),

Tomra Systems AB, établie à Sollentuna (Suède),

Tomra Butikksystemer AS, établie à Asker,

représentées par M^e O. W. Brouwer, advocaat, M^e J. Midthjell, advokat, et M. A. J. Ryan, solicitor,

parties requérantes en première instance,

l'autre partie à la procédure étant:

Commission européenne, représentée par MM. E. Gippini Fournier et N. Khan, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse en première instance,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, M^{me} R. Silva de Lapuerta (rapporteur), MM. E. Juhász, G. Arestis et T. von Danwitz, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

* Langue de procédure: l'anglais.

greffier: M^{me} L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 9 novembre 2011,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 2 février 2012,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par leur pourvoi, les requérantes (ci-après «Tomra e.a.») demandent l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 9 septembre 2010, Tomra Systems e.a./Commission (T-155/06, Rec. p. II-4361, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté leur recours tendant à l'annulation de la décision C(2006) 734 final de la Commission, du 29 mars 2006, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (affaire COMP/E-1/38.113 — Prokent/Tomra, ci-après la «décision litigieuse»).

Les antécédents du litige

- 2 Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a résumé le cadre factuel à l'origine du litige devant lui dans les termes suivants:
 - «1 Tomra Systems ASA est la société mère du groupe Tomra. Tomra Europe AS coordonne l'activité des filiales de distribution européennes au sein du groupe. Les filiales de distribution concernées par la présente affaire sont Tomra Systems GmbH en Allemagne, Tomra Systems BV aux Pays-Bas, Tomra Leergutsysteme GmbH en Autriche, Tomra Systems AB en Suède et Tomra Butikkssystemer AS en Norvège (ci-après, prises ensemble avec Tomra Systems ASA et Tomra Europe AS, les 'requérantes'). Le groupe Tomra produit des récupérateurs automatiques d'emballages pour boissons (ci-après les 'RVM'), qui sont des appareils de collecte des emballages de boisson usagés identifiant l'emballage apporté en fonction de certains paramètres, comme la forme et/ou le code à barres, et calculant le montant de la consigne qui doit être remboursée au client. [...]
 - 2 Le 26 mars 2001, la Commission [...] a reçu une plainte de Prokent AG, une société allemande qui opérait aussi dans le secteur de la collecte des emballages pour boissons ainsi que des produits et des services connexes. Prokent a demandé à la Commission de déterminer si les requérantes avaient commis un abus de position dominante en l'empêchant d'accéder au marché.
 - 3 Les 26 et 27 septembre 2001, la Commission a inspecté les locaux de Tomra Systems GmbH, en Allemagne, et de Tomra Systems BV, aux Pays-Bas. L'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) a inspecté, à la demande de la Commission, les locaux de Tomra Systems ASA et de ses filiales, en Norvège. [...]
 - 4 Le 23 décembre 2002, dans une lettre adressée à la Commission, les requérantes ont déclaré mettre fin aux accords d'exclusivité et ne plus appliquer de remises de fidélisation.
 - 5 Le 30 mars 2004, les requérantes ont présenté un programme de conformité à la concurrence pour le groupe Tomra, applicable à partir du 1^{er} avril 2004.

6 Le 1^{er} septembre 2004, la Commission a adressé une communication des griefs à Tomra Systems ASA, à Tomra Europe AS et aux filiales du groupe Tomra dans six États faisant partie de l'Espace économique européen (EEE), à laquelle les requérantes ont répondu le 22 novembre 2004. [...]

[...]

7 Le 29 mars 2006, la Commission a adopté la décision [litigieuse]. Elle y constate que les requérantes ont enfreint l'article 82 CE et l'article 54 de l'accord [sur l'Espace économique européen du 2 mai 1992 (JO 1994, L 1, p. 3, ci-après l'accord EEE)] au cours de la période 1998-2002, en mettant en œuvre une stratégie d'exclusion sur les marchés allemand, néerlandais, autrichien, suédois et norvégien des RVM, au moyen d'accords d'exclusivité, d'engagements quantitatifs individualisés et de régimes de rabais rétroactifs individualisés, fermant ainsi les marchés à la concurrence.

I — Marché en cause

8 Concernant le marché de produits en cause, la décision [litigieuse] indique que, pour son appréciation, la Commission est partie du principe qu'il existait un marché spécifique des déconsigneurs et autres systèmes haut de gamme, comprenant notamment tous les RVM qui peuvent être installés à travers un mur et reliés à un local technique, et un marché global couvrant tant les appareils haut de gamme que les appareils bas de gamme. La Commission a décidé, cependant, de retenir la définition du marché la plus large comme base de travail, car elle aboutissait à des chiffres plus favorables aux requérantes.

9 Concernant le marché géographique en cause, la Commission a considéré, dans la décision [litigieuse], que les conditions de concurrence n'avaient pas été homogènes dans l'EEE au cours de la période considérée et que les marchés géographiques en cause étaient de dimension nationale.

II — Position dominante

10 Dans la décision [litigieuse], la Commission, après avoir considéré, notamment, que les parts de marché des requérantes en Europe avaient constamment été supérieures à 70 % avant 1997, que, depuis 1997, elles dépassaient 95 % et que, sur tous les marchés en cause, la part de marché détenue par les requérantes constituait un multiple des parts de marché de leurs concurrents, a conclu que le groupe Tomra était une entreprise en position dominante au sens de l'article 82 CE et de l'article 54 de l'accord EEE.

III — Comportement abusif

11 La décision [litigieuse] indique que les requérantes ont conçu une stratégie ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel, tant dans leur pratique qu'au sein de discussions internes au groupe. La Commission y affirme que les requérantes visaient à préserver leur position dominante et leurs parts de marché par des moyens consistant, notamment, à empêcher l'arrivée de nouveaux opérateurs sur le marché, à faire en sorte que leurs concurrents restent faibles en limitant leurs possibilités de croissance et à les affaiblir et les éliminer, soit en les rachetant, soit par d'autres moyens. Cette stratégie a été mise en œuvre, est-il précisé, par la signature de 49 accords, entre 1998 et 2002, entre les requérantes et un certain nombre de chaînes de supermarchés, prenant la forme d'accords d'exclusivité, d'accords imposant un objectif quantitatif individualisé et d'accords établissant des régimes de rabais rétroactifs individualisés.

- 12 Il ressort également de la décision [litigieuse] que, bien que les accords, les clauses et les conditions rencontrés en l'espèce comportent des éléments différents, tels que des clauses d'exclusivité explicites ou de facto, des engagements ou des promesses, de la part des clients, d'acheter des quantités correspondant à une proportion importante de leurs besoins ou des régimes de rabais rétroactifs liés aux besoins desdits clients, ou encore une combinaison de ces éléments, ils doivent tous, selon la Commission, être envisagés dans le contexte de la politique générale des requérantes visant à faire obstacle à l'entrée sur le marché, à l'accès aux débouchés et aux possibilités de croissance des concurrents existants et potentiels et, en fin de compte, à les écarter du marché de manière à créer une situation de quasi-monopole.
- 13 Tout d'abord, selon la décision [litigieuse], les clauses d'exclusivité, dans la mesure où elles obligent les clients à s'approvisionner auprès d'un fournisseur dominant pour couvrir la totalité ou une part importante de leurs besoins, sont, par nature, susceptibles d'avoir un effet d'éviction. En l'espèce, les requérantes occupant une position dominante sur le marché et ces clauses d'exclusivité ayant été appliquées à une partie de la demande totale qu'elle estimait pouvoir être qualifiée de substantielle, la Commission en a déduit que ces accords d'exclusivité, conclus par les requérantes, étaient de nature à avoir, et ont effectivement eu, un effet d'éviction qui a faussé le marché. Or, il est constaté dans la décision [litigieuse] qu'il n'existait pas, en l'espèce, de circonstances qui puissent exceptionnellement justifier l'exclusivité ou des clauses similaires et que les requérantes ne sont pas non plus parvenues à justifier leurs pratiques par des économies de coûts.
- 14 La décision [litigieuse] ajoute, ensuite, que les ristournes accordées pour des quantités individualisées correspondant à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande ont le même effet que des clauses expresses d'exclusivité, en ce sens qu'elles amènent le client à s'approvisionner pour la totalité ou pour la quasi-totalité de ses besoins auprès d'une entreprise en position dominante. Il en va de même des rabais de fidélité, autrement dit des rabais qui sont subordonnés à la condition que les clients s'approvisionnent pour la totalité ou la majeure partie de leurs besoins auprès d'un fournisseur en position dominante. Le fait que l'engagement portant sur le volume des achats soit exprimé en termes absolus ou en pourcentage n'est pas, pour la Commission, déterminant quant au caractère d'exclusion des accords ou des conditions en cause. En ce qui concerne les accords conclus par les requérantes, la décision [litigieuse] précise que les objectifs quantitatifs stipulés constituaient des engagements individualisés qui variaient d'un client à l'autre, indépendamment de sa taille et de son volume d'achats, et qui correspondaient à la totalité ou à la majeure partie des besoins du client, voire les dépassaient. La décision [litigieuse] ajoute que la politique des requérantes consistant à lier leurs clients, en particulier leurs clients essentiels, par des accords qui visaient à exclure les concurrents du marché et à leur ôter toute chance d'expansion ressort clairement des documents relatifs à la stratégie des requérantes, à leurs négociations et aux offres qu'elles ont faites à leurs clients. Compte tenu de la nature du marché des systèmes de déconsignation et des caractéristiques du produit lui-même, en particulier la transparence et le caractère relativement prévisible de la demande de RVM par client et par an, la Commission a constaté que les requérantes disposaient de la connaissance nécessaire du marché pour estimer de manière réaliste la demande approximative de chaque client.
- 15 En outre, concernant les pratiques de rabais, la Commission a fait observer, dans la décision [litigieuse], que les régimes de rabais étaient propres à chaque client et que les seuils étaient liés à la totalité ou à une part importante des besoins de chacun. Ils étaient établis sur la base des besoins estimés du client et/ou des volumes d'achats réalisés dans le passé. Or, l'incitation à s'approvisionner exclusivement ou presque exclusivement auprès des requérantes était, selon la décision [litigieuse], particulièrement forte lorsque des seuils, tels que ceux appliqués par les requérantes, étaient combinés à un système en vertu duquel le bénéfice lié au franchissement, selon le cas, du seuil de prime ou d'un seuil plus avantageux se répercutait sur tous les achats effectués par le client pendant la période considérée et pas exclusivement sur le volume d'achats

excédant le seuil en question. Pour un client ayant commencé à s'approvisionner auprès des requérantes, ce qui est un scénario très probable compte tenu de la forte position de celles-ci sur le marché, un régime rétroactif créerait ainsi une forte incitation à atteindre le seuil voulu pour réduire le prix de l'ensemble de ses achats aux requérantes. Cette incitation augmentait, est-il indiqué, à mesure que le client s'approchait du seuil en question. Or, la Commission a constaté que la combinaison d'un régime de rabais rétroactif et d'un ou de plusieurs seuils correspondant à la totalité ou à une proportion élevée des besoins représentait une incitation importante à s'approvisionner pour la totalité ou la quasi-totalité des équipements nécessaires auprès des requérantes et augmentait artificiellement le coût du passage à un autre fournisseur, même pour un petit nombre d'unités. La Commission en a conclu que, conformément à la jurisprudence, les régimes de rabais en cause devaient être qualifiés de moyens de fidélisation, et donc de rabais de fidélité.

- 16 Enfin, la décision [litigieuse] indique que, bien que [...], pour établir un abus au sens de l'article 82 CE, il suffise de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet, la Commission a complété son analyse en examinant les effets probables des pratiques des requérantes sur le marché des RVM. À ce titre, la décision [litigieuse] indique que, pendant toute la période examinée, c'est-à-dire de 1998 à 2002, la part des requérantes sur chacun des cinq marchés nationaux considérés est restée relativement stable. Simultanément, la position de leurs concurrents est restée assez faible et instable. L'un d'eux, le plaignant, qui avait progressé, a quitté le marché en 2003 après être parvenu à prendre 18 % du marché allemand en 2001. D'autres entreprises concurrentes, qui avaient fait la preuve de leur potentiel et de leur capacité d'acquérir des parts de marché plus importantes, ont été éliminées du fait de leur rachat par les requérantes, comme Halton et Eleiko. En outre, selon la Commission, la stratégie d'exclusion pratiquée par les requérantes pendant toute la période 1998-2002 s'est traduite par des modifications dans la répartition des parts du marché lié et dans les ventes des acteurs sur le marché. Par ailleurs, aux termes de la décision [litigieuse], certains clients ont commencé à acheter un plus grand nombre de produits concurrents après l'expiration de leurs accords d'exclusivité avec les requérantes. Outre l'absence de gains d'efficacité sur les coûts, lesquels seraient de nature à justifier les pratiques des requérantes, il n'y aurait pas à relever non plus, en l'espèce, d'avantages pour les consommateurs. La décision [litigieuse] fait ainsi apparaître que les prix des RVM des requérantes n'ont pas diminué après l'augmentation du volume des ventes et que, bien au contraire, ces prix ont stagné, voire augmenté, pendant la période examinée.

IV — Amende

- 17 La décision [litigieuse] précise que l'appréciation de la gravité de l'abus commis par les requérantes doit tenir compte du fait qu'elles avaient délibérément mis en œuvre les pratiques en question dans le cadre de leur stratégie d'exclusion, mais également de la portée géographique de cet abus, à savoir le fait qu'il a couvert le territoire de cinq États faisant partie de l'EEE, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Autriche, la Suède et la Norvège. À l'inverse, doit également être pris en considération, selon la Commission, le fait que l'infraction n'a pas couvert la totalité de la période examinée sur tous les marchés nationaux considérés et que, sur chacun de ces marchés, son intensité a pu varier dans le temps.
- 18 En particulier, la décision [litigieuse] précise, au considérant 394, que l'infraction concerne les territoires et périodes suivants:
- Allemagne: 1998-2002
 - Pays-Bas: 1998-2002

- Autriche: 1999-2001
- Suède: 1999-2002
- Norvège: 1998-2001

19 La Commission a considéré qu'il s'agissait d'une infraction grave et a fixé le montant de base de l'amende à 16 millions d'euros, en se fondant sur la période de cinq ans allant de 1998 à 2002. Le montant de départ de l'amende a été majoré de 10 % pour chacune des années complètes couvertes par l'infraction. Enfin, la décision [litigieuse] indique qu'il n'existe pas de circonstances aggravantes ou atténuantes.

20 Le dispositif de la décision [litigieuse] se lit comme suit:

‘Article premier

[Les requérantes] ont enfreint l'article 82 [CE] et l'article 54 de l'accord EEE pendant la période 1998-2002, en mettant en œuvre une stratégie d'exclusion sur les marchés [allemand, néerlandais, autrichien, suédois et norvégien] des [RVM], au moyen d'accords d'exclusivité, d'engagements quantitatifs individualisés et de régimes de rabais rétroactifs individualisés, fermant ainsi les marchés à la concurrence.

Article 2

Pour l'infraction susmentionnée, une amende de 24 millions d'euros est infligée [aux requérantes], conjointement et solidairement.

[...]'»

La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

- 3 Dans le cadre de leur recours en annulation introduit devant le Tribunal contre la décision litigieuse, les requérantes avaient invoqué six moyens.
- 4 Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté l'ensemble de ces moyens.

Les conclusions des parties

- 5 Les requérantes concluent à ce qu'il plaise à la Cour:
 - annuler l'arrêt attaqué;
 - trancher le litige et annuler la décision litigieuse ou, en tout état de cause, réduire le montant de l'amende infligée ou, à titre subsidiaire, si la Cour décide de ne pas trancher le litige, renvoyer l'affaire devant le Tribunal afin qu'il tranche le litige conformément à l'arrêt de la Cour, et
 - condamner la Commission aux dépens de la procédure devant le Tribunal et devant la Cour.
- 6 La Commission conclut au rejet du pourvoi et à la condamnation des requérantes aux dépens.

Sur le pourvoi

- 7 À l'appui de leur pourvoi, les requérantes soulèvent cinq moyens, tirés, premièrement, d'une erreur de droit lors du contrôle exercé par le Tribunal quant à la constatation, par la Commission, d'une intention anticoncurrentielle de fermer le marché à la concurrence; deuxièmement, d'une erreur de droit et d'un défaut de motivation, eu égard à la partie de la demande totale que les accords devaient couvrir pour constituer une pratique abusive; troisièmement, d'un vice de procédure et d'une erreur de droit dans l'appréciation des rabais rétroactifs; quatrièmement, d'une erreur de droit et d'un défaut de motivation dans l'analyse du point de savoir si les accords dans lesquels les requérantes sont désignées comme «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» pouvaient être qualifiés d'«exclusifs»; cinquièmement, d'une erreur de droit dans l'appréciation de l'amende, eu égard au principe d'égalité de traitement.

Sur le premier moyen, tiré d'une erreur de droit lors du contrôle exercé par le Tribunal quant à la constatation, par la Commission, d'une intention anticoncurrentielle de fermer le marché à la concurrence (points 33 à 41 de l'arrêt attaqué)

Argumentation des parties

- 8 Tomra e.a. estiment que, lors de l'appréciation de la question de savoir si la Commission avait établi une intention anticoncurrentielle, le Tribunal a commis une erreur de droit en refusant de tenir compte d'éléments de preuve démontrant la volonté des requérantes d'exercer une concurrence fondée sur le mérite. Une telle omission serait contraire à l'obligation du Tribunal d'exercer un contrôle juridictionnel approfondi relatif aux conditions d'application de l'article 102 TFUE.
- 9 Tomra e.a. soutiennent que la Commission s'est fondée à tort sur des communications internes des requérantes afin d'établir une intention anticoncurrentielle dans leur chef, en écartant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que les requérantes entendaient exercer une concurrence basée sur le mérite.
- 10 Tomra e.a. observent qu'il résulte des quatre-vingt-dix-septième à cent cinquième considérants de la décision litigieuse que l'intention anticoncurrentielle constituait un élément important de la conclusion relative à l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle et que cette considération revêtait un rôle déterminant dans la constatation de l'infraction.
- 11 La Commission soutient que ce moyen est dénué de fondement. En effet, la notion d'«abus» au sens de l'article 102 TFUE serait de nature objective, si bien qu'une éventuelle intention anticoncurrentielle ne serait pas requise.
- 12 De l'avis de la Commission, une telle intention n'est, toutefois, pas dépourvue de pertinence pour apprécier de façon générale le comportement d'une entreprise en position dominante. En effet, une preuve d'une telle intention pourrait, éventuellement, être pertinente aux fins du calcul de l'amende, notamment en ce qui concerne le point de savoir si l'infraction a été commise de propos délibéré ou par négligence.
- 13 Par ailleurs, la Commission conteste l'affirmation des requérantes selon laquelle l'appréciation d'éléments de caractère subjectif aurait eu une incidence significative aux fins de la constatation de l'existence d'une violation de l'article 102 TFUE.
- 14 La Commission souligne, à cet égard, que le pourvoi n'identifie pas d'éventuels éléments de preuve concernant l'intention du groupe Tomra de livrer une concurrence fondée sur le mérite qui n'auraient pas été pris en compte par le Tribunal, pas plus qu'il n'explique en quoi de telles preuves pourraient remettre en cause l'analyse des pratiques d'éviction qui ont été mises en œuvre.

- 15 La Commission ajoute que les requérantes n'ont pas démontré que leurs pratiques étaient justifiées sur le plan commercial. Le Tribunal aurait donc, à juste titre, conclu à l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle du groupe Tomra.

Appréciation de la Cour

- 16 Par leur premier moyen, les requérantes visent, en substance, à établir que c'est à tort que le Tribunal a entériné une prétendue constatation de la Commission relative à l'existence d'une intention anticoncurrentielle dans le chef du groupe Tomra, notamment en omettant de prendre en compte des documents internes attestant la volonté de celui-ci d'exercer une concurrence fondée sur le mérite.
- 17 Afin d'apprécier le bien-fondé de ce moyen, il y a lieu de rappeler que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 102 TFUE est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (voir arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, Rec. p. I-527, point 27 et jurisprudence citée).
- 18 Nonobstant, la Commission, dans le cadre de son examen du comportement d'une entreprise en position dominante et aux fins de l'identification d'un éventuel abus d'une telle position, est tenue de considérer l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant ledit comportement (voir, en ce sens, arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 67).
- 19 Il convient d'observer, à cet égard, que lorsque la Commission procède à une évaluation du comportement d'une entreprise en position dominante, cet examen étant indispensable aux fins d'une conclusion relative à l'existence d'un abus d'une telle position, elle est forcément amenée à apprécier la stratégie commerciale poursuivie par ladite entreprise. Dans ce cadre, il apparaît normal que la Commission évoque des facteurs de nature subjective, à savoir les mobiles qui sous-tendent la stratégie commerciale en question.
- 20 Dès lors, l'existence d'une éventuelle intention anticoncurrentielle ne constitue qu'une des nombreuses circonstances factuelles susceptibles d'être prises en compte aux fins de la détermination d'un abus de position dominante.
- 21 Toutefois, la Commission n'est nullement tenue d'établir l'existence d'une telle intention dans le chef de l'entreprise en position dominante aux fins de l'application de l'article 82 CE.
- 22 À cet égard, c'est à juste titre que le Tribunal a souligné, au point 36 de l'arrêt attaqué, qu'il était tout à fait normal que la décision litigieuse fasse prioritairement état d'un comportement anticoncurrentiel des requérantes dès lors que c'est précisément ce comportement qu'il incombait à la Commission d'établir. En effet, l'existence d'une intention d'exercer une concurrence basée sur les mérites, à la supposer établie, ne saurait démontrer l'absence d'un abus.
- 23 Cela étant, au point 38 du même arrêt, le Tribunal a également rappelé, sans commettre d'erreur de droit, ainsi que cela ressort du point 20 du présent arrêt, que la notion d'abus est objective.
- 24 Le Tribunal a, dès lors, conclu, au point 39 de l'arrêt attaqué, que la Commission avait, aux quatre-vingt-dix-septième considérant et suivants de la décision litigieuse, établi que les pratiques des requérantes, examinées dans leur contexte et combinées avec une série d'autres éléments, y compris les documents internes de ces dernières, étaient susceptibles d'exclure la concurrence. Le Tribunal a

également précisé, à juste titre, au même point de l'arrêt attaqué, que la Commission ne s'était nullement fondée de façon exclusive sur l'intention ou la stratégie des requérantes pour justifier sa conclusion relative à l'existence d'une violation du droit de la concurrence. En effet, il ressort du deux cent quatre-vingt-quatrième considérant, qui s'inscrit dans la section de ladite décision consacrée à l'appréciation de la Commission, ainsi que de l'examen concret des pratiques en cause, effectué à partir du deux cent quatre-vingt-sixième considérant, que celle-ci a souligné le caractère objectif de l'infraction à l'article 102 TFUE qu'elle a constatée.

- 25 En ce qui concerne l'argument selon lequel le Tribunal aurait mal évalué un certain nombre de pièces de correspondance échangées au sein du groupe Tomra dans le raisonnement relatif à la stratégie commerciale des requérantes, il convient de relever, en outre, que, selon une jurisprudence constante, il résulte des articles 256 TFUE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne que le Tribunal est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. Lorsque le Tribunal a constaté ou apprécié les faits, la Cour est compétente pour exercer, en vertu de l'article 256 TFUE, un contrôle sur la qualification juridique de ces faits et les conséquences de droit qui en ont été tirées par le Tribunal (voir arrêt du 3 septembre 2009, Moser Baer India/Conseil, C-535/06 P, Rec. p. I-7051, point 31 et jurisprudence citée).
- 26 Ainsi, la Cour n'est pas compétente pour constater les faits ni, en principe, pour examiner les preuves que le Tribunal a retenues à l'appui de ces faits. En effet, dès lors que ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les principes généraux du droit ainsi que les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés, il appartient au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments qui lui ont été soumis. Cette appréciation ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour (voir arrêt Moser Baer India/Conseil, précité, point 32 et jurisprudence citée).
- 27 Par ailleurs, une dénaturation doit apparaître de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves (voir arrêt Moser Baer India/Conseil, précité, point 33 et jurisprudence citée).
- 28 Or, une telle dénaturation de preuves n'a pas été alléguée par les requérantes devant la Cour.
- 29 Le premier moyen doit, dès lors, être rejeté.

Sur le deuxième moyen, tiré d'une erreur de droit et d'un défaut de motivation, eu égard à la partie de la demande totale que les accords devaient couvrir pour constituer une pratique abusive (points 238 à 246 de l'arrêt attaqué)

Argumentation des parties

- 30 Tomra e.a. font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit et n'a pas suffisamment motivé le rejet de ce moyen dans la mesure où il a considéré que les accords litigieux portaient sur une partie suffisante de la demande totale pour être susceptibles de restreindre la concurrence.
- 31 Tomra e.a. estiment que le raisonnement retenu par le Tribunal à cet égard était basé sur des expressions telles qu'une partie «substantielle», «loin d'être faible» ou une proportion «très élevée». Par conséquent, en raison de l'emploi de ces termes ambigus, le Tribunal n'aurait pas fourni une motivation appropriée à l'appui de son arrêt.

- 32 Tomra e.a. soulignent que le Tribunal ne fournit pas de critère approprié pour déterminer si les pratiques en cause s'appliquent à une partie du marché suffisante pour fermer effectivement celui-ci à la concurrence. Le seul critère concernant la capacité à exclure toute concurrence, auquel l'arrêt attaqué ferait référence, résulterait de l'observation du Tribunal selon laquelle les concurrents des requérantes devaient pouvoir se livrer à une concurrence pour l'ensemble du marché. La considération du Tribunal selon laquelle tout accord d'exclusivité est automatiquement de nature à fermer le marché en question à la concurrence constituerait une erreur en droit.
- 33 Tomra e.a. ajoutent que la Commission aurait dû appliquer le critère de la «taille de viabilité minimale» ou toute autre méthode appropriée permettant de déterminer si les accords litigieux étaient à même de fermer le marché en question à la concurrence.
- 34 La Commission relève qu'il ne peut faire de doute que les pratiques des requérantes couvraient une partie très substantielle du marché en cause. En effet, ces dernières reconnaîtraient elles-mêmes que, en moyenne et pour les cinq années et les cinq marchés considérés ensemble, les pratiques en question liaient environ 39 % de la demande.
- 35 La Commission observe que les répercussions des accords litigieux se reflétaient le plus souvent dans des effets incitatifs importants exercés sur les clients du groupe Tomra quant à leur choix d'approvisionnement.
- 36 La Commission soutient, enfin, que l'utilisation de termes, tels que «significatif», était amplement justifiée par les faits pertinents. En effet, la motivation devant être fournie par le Tribunal devrait être mise en relation avec l'acte en cause, ce qui aurait été le cas en l'espèce.

Appréciation de la Cour

- 37 Le deuxième moyen porte, en substance, sur le bien-fondé des appréciations du Tribunal relatives à la partie pertinente du marché en cause devant être couverte par les accords litigieux afin de permettre d'établir si ceux-ci étaient susceptibles de fermer le marché à la concurrence.
- 38 En ce qui concerne la question du niveau de domination d'un marché déterminé de la part de l'entreprise concernée afin d'établir l'existence d'un abus dans son chef, il ressort du point 79 de l'arrêt *TeliaSonera Sverige*, précité, que la position dominante visée à l'article 102 TFUE concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable à l'égard de ses concurrents et de ses clients.
- 39 En outre, il résulte des points 80 et 81 dudit arrêt que cette disposition n'introduit aucune distinction ni aucun degré dans la notion de position dominante. Dès lors qu'une entreprise dispose d'une puissance économique telle que celle exigée par l'article 102 TFUE pour établir qu'elle détient une position dominante sur un marché déterminé, sa conduite doit être appréciée au regard de cette disposition. Néanmoins, le degré de pouvoir de marché a, en principe, des conséquences sur la portée des effets de la conduite de l'entreprise en question plutôt que sur l'existence de l'abus en tant que tel.
- 40 Certes, ainsi qu'il ressort du point 239 de l'arrêt attaqué, la Commission n'a pas établi un seuil précis au-delà duquel les pratiques du groupe Tomra étaient susceptibles d'exclure ses concurrents du marché en question.

- 41 Le Tribunal a, toutefois, au point 240 de l'arrêt attaqué, entériné à juste titre la considération de la Commission selon laquelle, en verrouillant une partie significative du marché, le groupe Tomra avait limité l'entrée à un ou à quelques concurrents et, donc, restreint l'intensité de la concurrence dans l'ensemble du marché.
- 42 En effet et ainsi que le relève le Tribunal au point 241 de l'arrêt attaqué, 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. 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, il n'appartient pas à l'entreprise dominante de déterminer combien de concurrents viables sont autorisés à la concurrencer pour la portion de la demande encore susceptible d'être conquise.
- 43 En outre, le Tribunal, au point 242 de l'arrêt attaqué, a précisé que seule une analyse des circonstances de l'espèce, comme celle effectuée par la Commission dans la décision litigieuse, peut permettre d'établir si les pratiques d'une entreprise en position dominante sont susceptibles d'exclure la concurrence. Il serait toutefois artificiel d'établir a priori quelle est la portion du marché liée au-delà de laquelle les pratiques d'une entreprise en position dominante peuvent avoir un effet d'exclusion des concurrents.
- 44 Le Tribunal a, dès lors, établi, à la suite de cette analyse des circonstances de l'espèce, au point 243 de l'arrêt attaqué, qu'une proportion considérable (deux cinquièmes) de la demande totale au cours de la période considérée et dans les pays examinés était soustraite à la concurrence.
- 45 Cette conclusion du Tribunal doit être considérée comme étant dépourvue d'erreur de droit.
- 46 Pour ce qui est de l'argumentation des requérantes selon laquelle la Commission aurait dû appliquer le critère de la «taille de viabilité minimale», il suffit d'observer que, d'une part, le Tribunal a considéré, à bon droit, que la détermination d'un seuil précis de verrouillage du marché au-delà duquel les pratiques en cause doivent être considérées comme abusives n'était pas nécessaire aux fins de l'application de l'article 102 TFUE et que, d'autre part, au regard des constatations faites au point 243 de l'arrêt attaqué, il a été, en tout état de cause, en l'espèce, démontré à suffisance de droit que le marché avait été fermé à la concurrence par les pratiques en cause.
- 47 Enfin et quant à l'argumentation des requérantes tirée d'une motivation insuffisante de la part du Tribunal relative à la demande totale que les accords litigieux devaient couvrir pour pouvoir être considérés comme étant abusifs, il convient de rappeler que l'obligation de motivation n'impose pas au Tribunal de fournir un exposé qui suivrait, de manière exhaustive et un par un, tous les raisonnements articulés par les parties au litige et que la motivation peut donc être implicite à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles le Tribunal n'a pas fait droit à leurs arguments et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle (voir, notamment, arrêt du 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, Rec. p. I-6155, point 114 et jurisprudence citée).
- 48 Il découle, toutefois, de l'ensemble des éléments qui précèdent, et notamment du fait, relevé au point 46 du présent arrêt, que la détermination d'un seuil précis de verrouillage du marché n'était pas indispensable, que le Tribunal n'a pas manqué à son obligation de motivation dans le rejet de l'argumentation susvisée des requérantes.
- 49 Dans ces conditions, le deuxième moyen doit donc être écarté dans son ensemble.

Sur le troisième moyen tiré d'un vice de procédure et d'une erreur de droit dans l'appréciation des rabais rétroactifs (points 258 à 272 de l'arrêt attaqué)

Argumentation des parties

- 50 Tomra e.a. soutiennent que le Tribunal a commis un vice de procédure en dénaturant les arguments invoqués concernant les rabais rétroactifs. En outre, l'arrêt attaqué serait entaché d'une erreur de droit, dans la mesure où la Commission n'aurait pas démontré que les rabais rétroactifs entraînaient des prix inférieurs aux coûts.
- 51 Tomra e.a. indiquent que la Commission n'a pas examiné les coûts pertinents afin d'établir le niveau au-dessous duquel les prix appliqués par les requérantes comportaient des effets d'exclusion. Or, une comparaison entre les prix et les coûts aurait été essentielle afin d'apprécier la capacité des rabais rétroactifs à restreindre la concurrence.
- 52 Les requérantes invoquent également la communication de la Commission intitulée «Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 [CE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes» (JO 2009, C 45, p. 7, ci-après les «Orientations»), observant que celles-ci prévoient justement une telle comparaison, dès lors qu'un prétendu abus résulterait des prix pratiqués par une entreprise dominante.
- 53 Tomra e.a. précisent que le Tribunal, quant à lui, n'a pas recherché non plus si les prix pratiqués par les requérantes étaient ou non inférieurs au prix de revient. En particulier, le Tribunal aurait méconnu l'argument selon lequel la Commission devait, afin d'établir que les rabais étaient susceptibles d'avoir un effet d'exclusion, démontrer que les prix étaient tellement bas qu'ils étaient inférieurs au prix de revient.
- 54 La Commission estime que le troisième moyen est irrecevable, étant donné qu'il n'a pas été dûment développé devant le Tribunal.
- 55 Quant au fond, la Commission considère que ce moyen est inopérant et, en toute hypothèse, non fondé.
- 56 La Commission indique que, à supposer même que les requérantes étaient fondées à affirmer que la question des «prix négatifs» n'était pas l'élément central de leur argumentation développée en première instance — ce qui n'est pas le cas —, elles ne contestent pas, au stade du pourvoi, la conclusion du Tribunal selon laquelle le point de savoir si les concurrents étaient contraints de proposer des «prix négatifs» n'a pas été décisif pour conclure que le système de rabais rétroactifs mis en œuvre par le groupe Tomra était abusif.
- 57 La Commission rappelle que les rabais litigieux s'appliquaient généralement à des quantités représentant la totalité ou une grande partie des besoins de chaque client au cours d'une période de référence donnée.
- 58 La Commission fait valoir que les requérantes font une lecture erronée de la décision litigieuse en supposant que la démonstration de l'existence de «prix négatifs» était une condition préalable à la constatation du caractère abusif des systèmes de fidélité.

Appréciation de la Cour

- 59 Il convient de souligner, tout d'abord, que le troisième moyen se rapporte spécifiquement à la prétendue absence, dans l'arrêt attaqué, d'un examen des arguments avancés par les requérantes en première instance, concernant la nécessité de comparer les prix pratiqués par ces dernières et leurs coûts.
- 60 En effet, le Tribunal se serait focalisé, dans l'arrêt attaqué, sur l'examen effectué par la Commission des prix pratiqués par le groupe Tomra, dans le cadre des rabais appliqués, et notamment sur la question de savoir si ces rabais forçaient les concurrents dudit groupe à facturer des «prix négatifs» aux clients de ce dernier.
- 61 Ainsi, les requérantes reprochent au Tribunal, premièrement, d'avoir entaché l'arrêt attaqué d'un vice de procédure, du fait de ne pas avoir examiné leurs arguments fondés sur la relation entre les coûts du groupe Tomra et ses prix, ainsi que, deuxièmement, d'avoir commis une erreur de droit en n'exigeant pas, au fond, que la Commission tienne compte de l'incidence, pour ce qui est du caractère abusif des rabais appliqués par les requérantes, de la question de savoir si les prix pratiqués étaient ou non inférieurs à leurs coûts marginaux moyens à long terme.
- 62 En ce qui concerne la recevabilité du troisième moyen, il y a lieu de relever, d'abord, que celui-ci vise les appréciations du Tribunal relatives à la troisième branche des deuxième et quatrième moyens formulés en première instance, ces derniers ayant été regroupés par le Tribunal en un seul moyen (voir point 198 de l'arrêt attaqué). Ladite branche portait sur les preuves et les hypothèses prétendument inexactes et trompeuses sur lesquelles se serait basée la Commission pour apprécier la capacité qu'auraient eue les remises rétroactives d'écarter la concurrence.
- 63 À cet égard, le Tribunal, aux points 247 et 248 de l'arrêt attaqué, a reproduit l'argumentation avancée par les requérantes devant lui telle qu'elle ressortait des points 102 à 131 de la requête de première instance.
- 64 Il découle du résumé de ladite argumentation que les requérantes avaient notamment soutenu que la thèse de la Commission concernant les rabais rétroactifs reposait sur la considération selon laquelle ces rabais permettaient au groupe Tomra de pratiquer des «prix négatifs» ou «très bas». Or, il ressort du point 105 de la requête introduite en première instance que Tomra e.a. reprochaient à la Commission de ne pas avoir examiné leurs coûts. En effet, elles y ont observé que la Commission avait invoqué, au cent soixante-cinquième considérant de la décision litigieuse, les rabais menant à des «prix très bas, éventuellement même des prix négatifs», mais qu'elle n'avait pas examiné les coûts du groupe Tomra, afin d'établir le niveau en dessous duquel ces prix seraient d'exclusion ou prédateurs.
- 65 Eu égard à ces éléments, il importe de constater que l'argumentation faisant l'objet du troisième moyen a été dûment développée devant le Tribunal.
- 66 Il s'ensuit que ledit moyen doit être déclaré recevable.
- 67 Quand au fond, il importe de relever que, selon la Commission, l'absence d'examen, dans l'arrêt attaqué, de l'argumentation relative à la question de savoir si les prix pratiqués par le groupe Tomra étaient inférieurs à leurs coûts marginaux moyens à long terme n'a eu aucune incidence sur la conclusion à laquelle le Tribunal est arrivé quant au bien-fondé de l'analyse de la Commission concernant le caractère abusif des rabais appliqués par les requérantes.
- 68 C'est à juste titre que le Tribunal a observé, au point 289 de l'arrêt attaqué, que, dans la perspective de prouver un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet.

- 69 S'agissant de rabais octroyés par une entreprise en position dominante à ses clients, la Cour a souligné que ceux-ci peuvent être contraires à l'article 102 TFUE, même s'ils ne correspondent à aucun des exemples énoncés à son paragraphe 2 (voir, en ce sens, arrêt *British Airways/Commission*, précité, point 58 et jurisprudence citée).
- 70 Dans les cas où une entreprise occupant une position dominante fait usage d'un système de rabais, la Cour a jugé que ladite entreprise abuse de cette position lorsque, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, elle applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un régime de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client — quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats — s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir arrêts du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, Rec. p. 461, point 89, et du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 71).
- 71 À cet égard, il convient d'apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi de rabais, et d'examiner si ces rabais tendent, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (voir arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 73).
- 72 Quant à la présente affaire, il résulte du point 213 de l'arrêt attaqué qu'un système de rabais doit être considéré comme étant contraire à l'article 102 TFUE s'il tend à empêcher l'approvisionnement des clients de l'entreprise en position dominante auprès de producteurs concurrents.
- 73 Contrairement à ce que prétendent les requérantes, la facturation de «prix négatifs», c'est-à-dire de prix au-dessous du prix de revient, aux clients ne constitue pas une condition préalable au constat du caractère abusif d'un système de rabais rétroactifs par une entreprise en position dominante.
- 74 Ainsi que le Tribunal l'a observé à bon droit, au point 258 de l'arrêt attaqué, la troisième branche des deuxième et quatrième moyens présentés en première instance était fondée sur une prémisse erronée. En effet, la circonstance que les systèmes de rabais rétroactifs forcent les concurrents à facturer des prix négatifs aux clients des requérantes bénéficiaires des rabais ne saurait être considérée comme l'un des piliers sur lesquels repose la décision litigieuse pour démontrer que les systèmes de rabais rétroactifs des requérantes sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels. D'ailleurs, le Tribunal a relevé à juste titre, au point 259 de l'arrêt attaqué, que la décision litigieuse s'était fondée sur toute une série d'autres considérations relatives aux rabais rétroactifs pratiqués par les requérantes pour conclure que ces types de pratiques étaient susceptibles d'exclure les concurrents en violation de l'article 102 TFUE.
- 75 À cet égard, le Tribunal a observé, plus particulièrement, que, selon la décision litigieuse, premièrement, l'incitation à s'approvisionner exclusivement ou presque exclusivement auprès des requérantes est particulièrement forte lorsque des seuils, tels que ceux appliqués par ces dernières, sont combinés à un système en vertu duquel le bénéfice lié au franchissement, selon le cas, du seuil de prime ou d'un seuil plus avantageux se répercute sur tous les achats effectués par le client pendant la période considérée et pas exclusivement sur le volume d'achats excédant le seuil en question (point 260 de l'arrêt attaqué). Deuxièmement, la combinaison d'un régime de rabais propre à chaque client et de seuils établis sur la base des besoins estimés du client et/ou des volumes d'achats réalisés dans le passé représentait donc une incitation importante à s'approvisionner, pour la totalité ou la quasi-totalité des équipements nécessaires, auprès des requérantes et augmentait artificiellement le coût du passage à un autre fournisseur, même pour un petit nombre d'unités (points 261 et 262 de l'arrêt attaqué). Troisièmement, les rabais rétroactifs s'appliquaient souvent à certains des plus gros clients du groupe Tomra avec l'objectif de s'assurer de leur fidélité (point 263 de l'arrêt attaqué).

Enfin, les requérantes n'auraient pas démontré que leur comportement était objectivement justifié ou qu'il produisait des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs (point 264 de l'arrêt attaqué).

- 76 Ainsi, il résulte de l'ensemble des considérations retenues aux points 260 à 264 de l'arrêt attaqué, rappelées ci-dessus, que le Tribunal est arrivé à la conclusion selon laquelle la troisième branche des deuxième et quatrième moyens présentés en première instance était fondée sur une prémisse erronée en raison de la force probante, en ce qui concerne le caractère anticoncurrentiel du régime de rabais en cause, des caractéristiques propres de ce régime, indépendamment du niveau précis des prix pratiqués.
- 77 En effet, le Tribunal a poursuivi son raisonnement en relevant, au point 266 de l'arrêt attaqué, que la Commission, dans la décision litigieuse, d'une part, n'affirme nullement que les systèmes de rabais rétroactifs ont systématiquement conduit à des prix négatifs et, d'autre part, ne soutient pas non plus qu'une telle démonstration constitue une condition préalable pour constater que ces systèmes de rabais sont abusifs.
- 78 Le Tribunal a précisé, à cet égard, au point 267 de l'arrêt attaqué, que le mécanisme d'exclusion que constituent les rabais rétroactifs n'exige pas non plus que l'entreprise dominante sacrifie des profits, car le coût du rabais se trouve réparti sur un grand nombre d'unités. Par l'octroi rétroactif du rabais, le prix moyen obtenu par l'entreprise dominante peut très bien être largement supérieur aux coûts et procurer une marge bénéficiaire moyenne élevée. Toutefois, le système de rabais rétroactifs fait que, pour le client, le prix effectif des dernières unités est très bas en raison de l'effet d'aspiration. Le Tribunal a donc rejeté comme inopérantes les allégations d'erreurs factuelles avancées par les requérantes à l'encontre de l'analyse du niveau des prix pratiqués par elles, effectuée dans la décision litigieuse.
- 79 Le Tribunal a, dès lors, jugé à juste titre, en substance, aux points 269 à 271 de l'arrêt attaqué, que le mécanisme de fidélisation résidait dans cette capacité qu'a le fournisseur d'évincer ses concurrents en aspirant à son profit la partie disputable de la demande. En présence d'un tel instrument commercial, il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des effets concrets des rabais sur la concurrence étant donné que, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement en cause est susceptible d'avoir un tel effet, ainsi qu'il a été rappelé au point 68 du présent arrêt.
- 80 Cela étant, la prétendue absence, dans l'arrêt attaqué, d'un examen des arguments soulevés par les requérantes en première instance, concernant la nécessité de comparer les prix pratiqués par elles et leurs coûts, qui sous-tend aussi bien le grief tiré d'un vice de procédure que celui tiré d'une erreur de droit, ne saurait entacher l'arrêt attaqué d'une erreur de droit. En effet, la Commission a établi l'existence d'un abus de position dominante en se fondant sur les autres considérations retenues aux points 260 à 264 de l'arrêt attaqué, et le Tribunal a constaté, à juste titre, que cette analyse était adéquate et suffisante pour établir l'existence d'un tel abus. Ainsi, ni la Commission ni le Tribunal n'étaient tenus d'examiner la question de savoir si les prix pratiqués par le groupe Tomra étaient ou non inférieurs à leurs coûts marginaux moyens à long terme, de sorte que le présent moyen ne saurait prospérer dans le contexte du présent pourvoi.
- 81 Les arguments des requérantes, aux termes desquels les Orientations de la Commission (voir point 52 du présent arrêt) prévoient une analyse comparative des prix et des coûts, ne sauraient infirmer cette analyse. En effet, et ainsi que M. l'avocat général l'observe au point 37 de ses conclusions, les Orientations, publiées en 2009, ne sont pas pertinentes pour l'appréciation juridique d'une décision, telle que la décision litigieuse, qui a été adoptée en 2006.
- 82 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le troisième moyen doit être rejeté.

Sur le quatrième moyen, tiré d'une erreur de droit et d'un défaut de motivation dans l'analyse du point de savoir si les accords dans lesquels les requérantes sont désignées comme «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» pouvaient être qualifiés d'exclusifs (points 55 à 67 de l'arrêt attaqué)

Argumentation des parties

- 83 Tomra e.a. estiment, en premier lieu, que le Tribunal n'a pas examiné, ni suffisamment motivé, si l'ensemble des accords dans lesquels les requérantes étaient qualifiées de «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» par les parties, considérés par la Commission comme des accords d'exclusivité, visaient effectivement l'exclusivité d'approvisionnement auprès des requérantes.
- 84 Tomra e.a. observent, en second lieu, que le Tribunal a négligé d'examiner le point de savoir s'il existait, dans les accords ne contenant pas d'obligation formelle d'exclusivité, d'autres facteurs d'incitation, pour les clients des requérantes, à s'approvisionner exclusivement auprès d'elles.
- 85 La Commission fait valoir que le quatrième moyen est irrecevable dans la mesure où il conteste l'appréciation d'éléments factuels effectuée par le Tribunal. En effet, ce moyen de pourvoi se bornerait à contester un constat du Tribunal selon lequel les contrats désignant les requérantes en tant que «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» impliquaient un engagement d'exclusivité. La question de savoir si ces accords étaient compris par les parties intéressées comme un tel engagement serait une question de fait, devant être tranchée sur la base des éléments de preuve disponibles, et non pas sur la base de dispositions de droit national régissant lesdits contrats.
- 86 La Commission souligne que le Tribunal a également examiné le point de savoir si les accords litigieux comportaient d'autres mécanismes d'incitation à s'approvisionner exclusivement auprès du groupe Tomra. Il s'agirait, par ailleurs, d'un grief nouveau irrecevable au stade du pourvoi.
- 87 La Commission soutient, enfin, que le quatrième moyen ne satisfait pas aux exigences de l'article 38, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de la Cour. En effet, le seul passage du pourvoi où les requérantes font référence aux accords désignant Tomra e.a. comme «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» serait une note en bas de page, qui se limitait à répertorier un nombre limité d'accords sans aucune explication. Or, une telle présentation ne saurait constituer un moyen dûment étayé au sens de la disposition susvisée du règlement de procédure.

Appréciation de la Cour

- 88 Par le quatrième moyen, les requérantes mettent en cause, d'une part, les appréciations du Tribunal relatives au fait que les accords litigieux qualifiant les requérantes de «fournisseur préféré, principal ou premier fournisseur» visaient effectivement l'exclusivité d'approvisionnement et, d'autre part, l'absence d'examen par le Tribunal de la question de savoir si les accords ne contenant pas d'obligation formelle d'exclusivité comportaient d'autres types de mécanismes, tels que des engagements quantitatifs ou des rabais, visant à inciter les clients du groupe Tomra à s'approvisionner auprès de ce dernier.
- 89 Il y a lieu d'observer, à cet égard, que le moyen se rapporte aux appréciations effectuées par le Tribunal en ce qui concerne les caractéristiques particulières des relations contractuelles entre les requérantes et leurs clients. La Commission, dans la décision litigieuse, a évalué lesdites caractéristiques, tenant compte d'un grand nombre d'éléments factuels qui ont entouré ces relations.
- 90 Le Tribunal, au point 57 de l'arrêt attaqué, a établi que c'est sur la base des éléments de preuve se trouvant à sa disposition que la Commission, dans la décision litigieuse, avait qualifié d'«exclusifs» ou de «préférentiels» les différents contrats conçus par les requérantes et que ceux-ci étaient compris comme tels, indépendamment de la question de leur caractère exécutoire en droit national.

- 91 Dans ce cadre, le Tribunal, à titre d'exemple, a effectué, aux points 58 à 66 de l'arrêt attaqué, ainsi qu'aux points 88 à 197 de cet arrêt, un grand nombre d'évaluations relatives aux relations commerciales entre le groupe Tomra et ses clients. Ce faisant, le Tribunal a examiné de façon approfondie les arguments avancés par les requérantes relatifs aux modalités desdites relations, tout en les considérant comme étant dépourvus de pertinence quant à la qualification de ces relations par la Commission.
- 92 L'ensemble de ces appréciations portait, dès lors et ainsi que le souligne M. l'avocat général au point 60 de ses conclusions, sur les répercussions des pratiques du groupe Tomra et sur des éléments de preuve présentés devant le Tribunal à ce sujet, en particulier en ce qui concerne les mécanismes visant à inciter les différents clients à s'approvisionner de façon exclusive auprès des requérantes.
- 93 Il s'ensuit que l'argumentation des requérantes formulée à ce sujet vise à mettre en cause des appréciations factuelles du Tribunal.
- 94 Or, ce dernier est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans les cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été soumis, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir arrêts du 21 juin 2001, *Moccia Irme e.a./Commission*, C-280/99 P à C-282/99 P, Rec. p. I-4717, point 78, ainsi que du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, points 48 et 49).
- 95 Il convient d'ajouter qu'aucune dénaturation des faits se rapportant auxdites appréciations du Tribunal n'a été alléguée par les requérantes.
- 96 Il s'ensuit également de ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le Tribunal a examiné en détail si les accords litigieux comportaient des incitations à s'approvisionner exclusivement auprès du groupe Tomra, de sorte que l'arrêt attaqué n'est pas entaché d'un défaut de motivation à cet égard.
- 97 Enfin, et s'agissant de l'argument selon lequel le Tribunal aurait dû tenir compte d'autres facteurs d'incitation pour les clients des requérantes, il importe d'observer, ainsi que le relève M. l'avocat général aux points 71 et 72 de ses conclusions, que le Tribunal n'avait pas été appelé à examiner cet argument dans le cadre des plaidoiries présentées devant lui.
- 98 Il s'ensuit que ledit argument doit être considéré comme étant un moyen de droit nouveau.
- 99 Or, selon la jurisprudence de la Cour, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal. Dans le cadre d'un pourvoi, la compétence de la Cour est en effet limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant le Tribunal (voir arrêt du 1^{er} juin 1994, *Commission/Brazzelli Lualdi e.a.*, C-136/92 P, Rec. p. I-1981, point 59).
- 100 Par conséquent, le quatrième moyen doit être rejeté comme irrecevable.

Sur le cinquième moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'appréciation de l'amende, eu égard au principe d'égalité de traitement (points 310 à 321 de l'arrêt attaqué)

Argumentation des parties

- 101 Tomra e.a. font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en infligeant aux requérantes une amende considérablement plus élevée que celle infligée à d'autres entreprises placées dans une situation comparable.
- 102 La Commission estime que l'argumentation avancée par les requérantes est dénuée de fondement en droit. La pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne pourrait servir en elle-même de cadre juridique aux amendes en matière de concurrence.
- 103 La Commission soutient que l'infraction reprochée aux requérantes avait un caractère patent et avait été commise de propos délibéré. Aucune circonstance particulière plaidant en faveur d'une réduction de l'amende n'aurait donc existé. Par ailleurs, le montant de base de l'amende, fixé en l'espèce à 16 millions d'euros, se situerait bien à l'intérieur de la fourchette prévue pour les infractions graves.

Appréciation de la Cour

- 104 Il y a lieu de rappeler que la Cour a itérativement jugé que la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne sert pas de cadre juridique applicable aux amendes en matière de droit de concurrence et que des décisions concernant d'autres affaires n'ont qu'un caractère indicatif en ce qui concerne l'existence de discriminations (voir arrêts du 21 septembre 2006, JCB Service/Commission, C-167/04 P, Rec. p. I-8935, point 205, ainsi que du 24 septembre 2009, Erste Group Bank e.a./Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, point 233).
- 105 Ainsi, le fait que la Commission, dans le passé, a imposé des amendes se situant à un niveau déterminé pour certaines catégories d'infractions ne saurait l'empêcher de les fixer à un niveau plus élevé, si un relèvement des sanctions est jugé nécessaire afin d'assurer la mise en œuvre de la politique de concurrence de l'Union, celle-ci restant uniquement définie par le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1) (voir, en ce sens, arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 227).
- 106 La Cour a, en effet, souligné que la mise en œuvre de ladite politique exige que la Commission puisse adapter le niveau des amendes en fonction des impératifs de la politique en la matière (voir arrêt du 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a./Commission, 100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 109).
- 107 Il convient d'ajouter que la gravité des infractions doit être établie en fonction de nombreux éléments, tels que les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte (voir arrêt du 17 juillet 1997, Ferriere Nord/Commission, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 33).
- 108 C'est, dès lors, à bon droit que le Tribunal a, au point 314 de l'arrêt attaqué, rejeté l'argumentation des requérantes tirée de la comparaison entre l'amende infligée au groupe Tomra et des sanctions imposées par la Commission dans d'autres décisions en matière de concurrence.
- 109 Dans ces conditions, le Tribunal, dans le cadre de son appréciation relative au montant de l'amende infligée, n'a pas violé le principe d'égalité de traitement.

- 110 Le cinquième moyen invoqué par les requérantes au soutien de leur pourvoi ne saurait donc prospérer.
- 111 Il résulte de toutes les considérations qui précèdent que le pourvoi doit être rejeté dans son ensemble.

Sur les dépens

- 112 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation des requérantes et celles-ci ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) déclare et arrête:

- 1) **Le pourvoi est rejeté.**
- 2) **Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB et Tomra Butikksystemer AS sont condamnées aux dépens.**

Signatures