

Lettre de la concurrence

Competition newsletter

Numéro 50 | Septembre–Octobre 2015

Issue 50 | September–October 2015

Sommaire / Contents

Affaire Total : où sont les limites de la responsabilité dérivée des sociétés-mères ?	02
The Total case: what are the limits of derivative liability of parent companies?	03
Rencontre du troisième type : la Cour de Justice de l'Union européenne précise la grille d'analyse des rabais dits de 'troisième catégorie'	04
Close encounters of the third kind: the Court of Justice of the European Union clarifies the analytical grid to be applied to 'third category' rebates	05
Nouvel épisode de la saga 'Google AdWords'	06
New episode of the 'Google AdWords' saga	07

Dans ce numéro:

- Nous commentons l'arrêt rendu le 17 septembre 2015 par lequel la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que Total, dont la responsabilité dans la réalisation de l'entente est entièrement dérivée de celle de sa filiale française, devait en conséquence bénéficier de la réduction d'amende accordée par le Tribunal à cette dernière.
- Nous commentons l'arrêt rendu le 6 octobre 2015 dans l'affaire *Post Danmark II* par lequel la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé la grille d'analyse des rabais dits de 'troisième catégorie'.
- Nous revenons sur le troisième volet de la saga 'Google AdWords', dans lequel l'Autorité de la concurrence a décidé, à la suite d'une plainte avec demande de mesures conservatoires introduite par Gibmedia, un éditeur de site web utilisateur du service, de poursuivre son instruction au fond concernant un potentiel abus de position dominante de Google dans la rédaction et la mise en œuvre des règles de fonctionnement de Google AdWords.

In this issue:

- We comment the Court of Justice of the European Union judgment dated September 17, 2015 which ruled that Total whose liability for the implementation of the cartel was derived entirely from that of its French subsidiary should thus benefit from the reduction in fine granted by the General Court to such subsidiary.
- We comment the judgment handed down on October 6, 2015 in the *Post Danmark II* case by which the Court of Justice of the European Union clarified the analytical grid to be applied to 'third category' rebates.
- We revert on the third episode of the 'Google AdWords' saga, in which the French Competition Authority decided, following a complaint with request for interim measures launched by Gibmedia, a site publisher using the service, to carry on its investigation on the merits of the case concerning an alleged abuse of dominant position by Google in drafting and implementing Google AdWords' terms of use.

Affaire Total : où sont les limites de la responsabilité dérivée des sociétés-mères ?

Le 17 septembre 2015, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que Total SA (Total), dont la responsabilité dans la réalisation de l'entente condamnée par la Commission européenne (Commission) est entièrement dérivée de celle de sa filiale, Total France SA (Total France), devait en conséquence bénéficier de la réduction d'amende accordée par le Tribunal de l'Union européenne (Tribunal) à cette dernière. Une solution louable prise dans un contexte procédural particulier, mais dont on peut souhaiter qu'elle soit interprétée plus largement par les autorités de concurrence et juridictions de recours.

En octobre 2008, la Commission avait condamné Total France à une amende de 128.163.000€ pour avoir participé à une entente sur les marchés des cires de paraffine et du 'gatsch' (huiles de paraffine non raffinées). Total, sa société-mère, n'avait pas pris part directement aux pratiques en cause. Néanmoins, la Commission l'avait également condamnée, conjointement et solidairement avec Total France, au paiement de cette amende du fait de la présomption d'influence déterminante appliquée aux sociétés mères détenant la totalité ou quasi-totalité du capital d'une filiale (la Décision).

Les deux sociétés avaient séparément introduit des recours contre la Décision. Rejetant le recours de Total, le Tribunal a néanmoins consenti une réduction d'amende à Total France par un arrêt du même jour, considérant que la Commission avait violé les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement en déterminant le coefficient

multiplicateur reflétant la durée de sa participation à l'infraction.

Total a alors formé un pourvoi devant la CJUE, soutenant que le Tribunal aurait dû lui appliquer la même réduction d'amende dans la mesure où sa condamnation solidaire n'était due qu'à la participation de sa filiale à l'infraction.

Pour accueillir la demande de Total, la CJUE précise, dans le prolongement de son arrêt *Tomkins c. Commission*, que lorsque la responsabilité de la société mère est purement dérivée de celle de sa filiale, et qu'aucun autre facteur ne permet de lui attribuer une part personnelle dans l'infraction, son amende solidaire ne saurait excéder celle de sa filiale. Dans ce contexte, la société-mère doit pouvoir bénéficier des réductions de sanction consenties à sa filiale, sous réserve de respecter certaines conditions procédurales, en l'espèce l'introduction de recours parallèles par la filiale et par la société

mère avec le même objet. Rappelons que la notion de 'même objet' n'exige pas une identité de l'étendue des requêtes des sociétés et des arguments invoqués par celles-ci, ce qui a conduit la CJUE à admettre que cette condition était remplie dès lors que Total avait également soulevé devant le Tribunal l'erreur de la Commission dans la détermination de la période infractionnelle.

La CJUE a en revanche jugé indifférent le fait que Total n'ait pas contesté la méthodologie appliquée par la Commission au titre de la durée, comme Total France, mais simplement les dates retenues pour définir la durée de l'infraction. Le contraire eût en effet été surprenant car cela aurait impliqué que la société-mère et sa filiale soient tenues de systématiquement coordonner leurs recours en tous points, alors qu'elles constituent deux sociétés juridiquement distinctes, libres d'exercer leur droit d'ester en justice en toute indépendance.

Si cet arrêt constitue à n'en pas douter un rappel à l'ordre à l'attention du Tribunal, souhaitons qu'il encourage plus largement les autorités de concurrence et juridictions de recours à appliquer aux sociétés-mères toute réduction d'amende accordée à leur filiale lorsqu'elles n'ont pris aucune part personnelle à l'infraction. En particulier, il serait urgent d'admettre qu'une ancienne société-mère puisse bénéficier des réductions octroyées à ses anciennes filiales au titre des demandes de clémence introduites par ces dernières.

The Total case: what are the limits of derivative liability of parent companies?

On September 17, 2015, the Court of Justice of the European Union (CJEU) held that Total SA (Total), whose liability for the implementation of a cartel sanctioned by the European Commission (Commission) was derived entirely from that of its subsidiary, Total France SA (Total France), should thus benefit from the reduction in fine granted by the General Court to such subsidiary – a praiseworthy solution made in the context of a particular procedural framework, but one which it is hoped will be interpreted more broadly by the competition authorities and the appeal courts.

In October 2008, the Commission imposed a fine of €128,163,000 on Total France for having participated in a cartel operating in the markets for paraffin wax and ‘gatsch’ (unrefined paraffin oil). Total, its parent company, did not directly participate in the sanctioned practices; nevertheless, the Commission imposed liability on Total, on a joint and several basis with Total France, for the payment of the fine due to the ‘decisive influence’ presumption applied to parent companies holding all or almost all of the shares of a subsidiary (the Decision).

The two companies separately lodged an appeal against the Decision. The General Court rejected the appeal of Total but did however grant a reduction of the fine payable by Total France by a separate decision the same day, on the grounds that the Commission had violated the principles of proportionality and equal treatment when determining the multiplying factor to be used on the basis of the duration of its participation in the infringement.

Total appealed to the CJEU, arguing that the General Court should have applied to it the same reduction in fines since its own conviction was based solely on its joint and several liability for the participation of its subsidiary in the infringement.

The CJEU agreed with Total, specifying that, in line with its decision in *Tomkins v Commission*, when the liability of a parent company is derived purely from that of its subsidiary, and there are no factors pointing to its personal involvement in the infringement, its joint and several fine cannot be greater than that of its subsidiary. In this context, the parent company should be entitled to benefit from reductions in fine granted to its subsidiary, subject to compliance with certain procedural conditions, in the instant case the introduction of parallel appeals by the subsidiary and the parent company, with the same object. It should be recalled that the concept of ‘same object’ does not require that the appeals and the arguments raised

in such appeals be identical, which led the CJEU to admit that such condition was satisfied so long as Total had raised before the General Court the error of the Commission in the determination of the period during which the infringement occurred.

Yet, the CJEU ruled that it was irrelevant that Total had not contested the methodology applied by the Commission with respect to the duration, as had Total France, but simply the dates used in order to define the duration of the infringement. The contrary would indeed have been surprising, since this would have meant that the parent company and its subsidiary would be required to systematically coordinate their appeals on all issues, even though they are two legally distinct companies, free to exercise on a fully independent basis their right to engage in legal proceedings.

While there is no mistaking that this decision constitutes a healthy reminder to the General Court, it is to be hoped that it will encourage competition authorities and appeal courts to apply to parent companies any reduction in fine granted to their subsidiaries where the parent company has not participated personally in the infringement. In particular, it is urgent for the principle to be accepted that a former parent company should benefit from the same reductions as those granted to its former subsidiaries with respect to leniency applications filed by the former subsidiaries.

Rencontre du troisième type : la Cour de Justice de l'Union européenne précise la grille d'analyse des rabais dits de 'troisième catégorie'

Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu, le 6 octobre 2015, un arrêt attendu apportant des précisions utiles sur l'appréciation d'un système de rabais dits de 'troisième catégorie' et en particulier de rabais 'rétroactifs' au regard de l'article 102 TFUE. Elle confirme par cet arrêt la tendance à une analyse formaliste, délaissant une approche plus économique.

Pour mémoire, la catégorie des rabais dits de 'troisième catégorie' regroupe l'ensemble des rabais qui ne sont ni octroyés en contrepartie d'un engagement d'approvisionnement exclusif, ce qui fait présumer leur caractère anticoncurrentiel, ni purement 'quantitatifs' c'est-à-dire reflétant des économies de coûts réalisées par l'entreprise en position dominante, ces rabais quantitatifs étant, à l'opposé, présumés légitimes. La troisième catégorie constitue ainsi une zone grise, nécessitant une analyse détaillée.

Parmi ces rabais figurent les rabais 'rétroactifs' qu'il était reproché à *Post Danmark* d'avoir mis en œuvre sur le marché du publipostage. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE développe une grille d'analyse stricte, pour l'essentiel applicable à l'ensemble des rabais de troisième catégorie et incitant à la plus grande vigilance, notamment en ce qui concerne les rabais 'rétroactifs', qui portent sur une période longue, en l'espèce un an.

Sur le fond, la CJUE rappelle qu'un système de rabais est susceptible de constituer un abus dès lors que l'effet d'éviction engendré sur les concurrents est 'potentiel'. Nul besoin d'établir un impact concret sur les concurrents : il suffit de démontrer que cet effet est 'probable', compte tenu de 'l'ensemble des circonstances' de chaque affaire et notamment des spécificités du système de rabais en cause (conditions d'obtention, modalités de calcul etc.), de la structure du marché et du degré de dominance de l'entreprise.

Cet effet n'a en outre pas à revêtir un caractère 'grave' ou 'notable' : un système de rabais peut constituer un abus de position dominante indépendamment du nombre de contrats, de clients, ou du chiffre d'affaires concernés. En revanche, la circonstance qu'un système de rabais couvre une partie importante du marché renforce indubitablement la vraisemblance d'un tel effet.

Enfin, la CJUE confirme qu'un système de rabais peut être abusif même si les prix de l'entreprise en position dominante sont supérieurs aux coûts. Ainsi, le test dit 'du concurrent aussi efficace' n'est pas indispensable pour identifier ou exclure l'existence d'un effet d'éviction probable – la CJUE estime qu'il est d'ailleurs dénué de pertinence lorsque, comme en l'espèce, l'entreprise en position dominante détient une part de marché très importante et des avantages structurels significatifs créant de fortes barrières à l'entrée sur le marché. A l'inverse, il ne fait ici guère de doute que des prix inférieurs aux coûts constitueraient l'indice d'un abus.

La CJUE, qui fonde dans une très grande mesure son analyse sur des références aux cas de jurisprudence 'classiques', tels que *Michelin* ou *British Airways*, confirme ainsi sa volonté de maintenir une analyse 'formaliste' et stricte des rabais octroyés par les entreprises en position dominante, plus stricte que l'approche 'par les effets' préconisée par la Commission. En pratique, celles-ci seront avisées de soigneusement apprécier la 'potentialité' d'éviction de leurs politiques commerciales et tarifaires au cas par cas, au-delà du seul niveau de prix pratiqué.

Close encounters of the third kind: the Court of Justice of the European Union clarifies the analytical grid to be applied to ‘third category’ rebates

Requested to provide a preliminary ruling, the Court of Justice of the European Union (CJEU) handed down an eagerly awaited judgment on October 6, 2015, enhancing clarity regarding the conditions for assessing ‘third category’ rebate schemes and more particularly ‘retroactive’ rebates under Article 102 TFEU. With this judgment, the CJEU has confirmed its tendency to prefer a formalistic approach to an economic one.

As a reminder, the ‘third category’ refers to rebates which are neither granted in return of an exclusionary supply obligation, which gives rise to a presumption of the existence of an anticompetitive nature, nor purely ‘quantitative’ i.e. reflecting economies of scale by a dominant undertaking and which, conversely, are presumed to be compliant. Therefore, third category rebates constitute a grey area, for which detailed analyses is needed.

Post Danmark was found to have abused its dominant position by applying ‘retroactive’ rebates, which fall under rebates of the ‘third category’, in respect of direct advertising mail. Requested to provide a preliminary ruling, the CJEU, by developing a strict analytical grid for assessing rebates falling within the third category, should inspire the utmost vigilance, particularly as regards ‘retroactive’ rebates granted over a long period, in this particular case over an entire year.

The CJEU reiterated that ‘retroactive’ rebates are likely to constitute an abuse to the extent they may ‘potentially’ exclude competitors. There is no need to establish a concrete effect on the competitors: it is sufficient to demonstrate that the effect is ‘probable’ in the light of ‘all relevant circumstances’, and notably the specificities of the rebate scheme in question (granting conditions, calculation methods etc.), the market structure and the degree of dominance held by the undertaking.

Furthermore, there is no need to show that such effect is of a ‘serious’ or ‘appreciable’ nature: a rebate scheme may constitute an abuse of dominant position regardless of the number of contracts, of clients, or the turnover involved. However, the fact that the rebate scheme covers a large part of the market undoubtedly reinforces the likelihood of such an exclusionary effect.

Finally, the CJEU confirmed that a rebate scheme may constitute an abuse even where the prices applied by the dominant undertaking are above costs. Thus, the ‘as efficient competitor’ test is not necessary for assessing whether there is a probable exclusionary abuse – the test is of no relevance in situations, such as the proceedings in issue, characterised by the holding by the dominant undertaking of a very large market share and by significant structural advantages resulting in strong barriers to entry. Conversely, there is no doubt that prices under costs would be seen as an evidence of an abuse.

Based to a very considerable extent on classic precedents such as *Michelin* or *British Airways*, the CJEU’s decision therefore confirms its intention to maintain a formalistic approach to rebates, which is much stricter than the more ‘effects based’ approach advocated by the Commission. In practice, dominant undertakings would be advised to assess carefully the ‘potentiality’ of an exclusionary effect of their commercial and pricing policies on a case by case basis and not limit their analysis to the level of price applied.

Nouvel épisode de la saga ‘Google AdWords’

Une nouvelle fois, le service de publicité de Google, AdWords, qui permet aux entreprises, contre rémunération, de diffuser des liens commerciaux est mis en cause devant l’Autorité de la concurrence (ADLC). Par une décision en date du 9 septembre 2015, l’ADLC a en effet décidé de poursuivre l’instruction au fond concernant de potentielles pratiques abusives de Google dans la mise en œuvre des règles de fonctionnement d’AdWords, à la suite d’une plainte avec demande de mesures conservatoires déposée par Gibmedia, éditeur de sites web fournissant de l’information payante sans publicité.

Cinq ans après les engagements pris par Google visant à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords (voir décision de l’ADLC du 28 octobre 2010), celui-ci fait l’objet d’un nouvel examen de l’ADLC.

Après que ses engagements aient pris fin en janvier 2014, Google est en effet revenue, en septembre 2014, à une formulation plus brève et plus vague des règles d’utilisation du service AdWords, justifiant ce changement par le souci ‘d’éviter de donner prise, par des règles trop précisément énoncées, à des contournements par des sites désireux d’évoluer en marge de celles-ci’.

Ainsi, là où les précédentes conditions d’utilisation d’AdWords interdisaient spécifiquement le fait de ‘facturer des frais aux utilisateurs pour des produits ou services qui sont normalement gratuits’ – une des trois pratiques reprochées à Gibmedia – et définissaient précisément cette notion, cette pratique ne constitue plus qu’un exemple parmi d’autres d’une interdiction plus

générale des ‘promotions indignes de confiance’.

En l’espèce, cette absence de précision ainsi que le manque de clarté des explications fournies par Google empêchaient selon l’ADLC Gibmedia de comprendre les raisons ayant conduit à la suspension de son compte AdWords. Or, tout en reconnaissant la liberté de Google de déterminer les conditions d’utilisation du service AdWords, l’ADLC rappelle que la position dominante de Google sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches lui impose de ne pas ‘porter atteinte au bon fonctionnement des marchés’.

La décision de l’ADLC n’est bien sûr pas définitive. Elle conclut uniquement qu’il ‘n’est pas exclu’ que Google n’ait pas respecté un ‘processus transparent, objectif et non discriminatoire’. Par ailleurs, l’ADLC doit encore analyser au fond si les faits reprochés à Google sont susceptibles de profiter aux propres services de Google.

Ce troisième volet inachevé de la ‘saga AdWords’ pose toutefois la question de l’utilisation du droit de la concurrence pour réguler l’activité de Google. Si les pratiques de Google peuvent à l’évidence être scrutées sur le fondement des règles de concurrence, sa liberté même de déterminer le contenu des conditions d’utilisation de son service AdWords semble singulièrement remise en cause.

Aux termes de la décision, tout manque de transparence dans la rédaction ou la mise en œuvre des conditions d’utilisation du système AdWords est susceptible de constituer un abus de position dominante, sans que l’existence d’un quelconque avantage pour Google ni la licéité du comportement des utilisateurs du service n’interviennent dans l’analyse - la décision précise d’ailleurs que certains comportements de Gibmedia soulevaient de sérieux doutes sous l’angle du droit de la consommation.

L’obligation mise à la charge de Google est si large qu’elle l’expose potentiellement à un flot de plaintes plus ou moins justifiées s’agissant des conditions d’utilisation du service AdWords, voire d’autres services.

On peut dès lors s’interroger sur la pertinence d’avoir limité la durée des engagements de Google, et sur l’opportunité d’en prendre de nouveaux pour toute la durée de l’existence du service, qui préciseraient les contours des obligations de Google et sécuriseraient sa situation juridique, quitte à prévoir des mécanismes d’adaptation aux évolutions de ce service, ou des clauses de révision avec l’ADLC.

New episode of the ‘Google AdWords’ saga

Google’s online advertising service, AdWords, which enables companies to display commercial links in return for payment, is once again being challenged before the French Competition Authority (FCA). By a decision of September 9, 2015, the FCA has decided to continue the investigation on the merits of the case concerning potential abusive practices of Google in the implementation of AdWords’ operating rules, following a complaint with request for interim measures filed by Gibmedia, a site publisher which provides paid information services with no advertising.

Five years after the commitments undertaken by Google to enhance the transparency and objectivity of the operation of its AdWords service for advertisers (see FCA decision of October 28, 2010), such service is once again being subjected to a review by the FCA.

After its commitments came to an end in January 2014, Google returned, in September 2014, to a briefer and more vague wording of the terms of use of the AdWords service, and justified such change by its concern ‘to avoid the possibility, with rules too precisely stated, of bypass by websites wishing to operate outside such rules’.

Thus, while the former terms of use of AdWords specifically forbade the possibility to ‘charge users for products or services which are normally free’ – one of Gibmedia’s three alleged wrongdoings – and precisely defined such concept, this practice now only constitutes one example amongst others of a more generic prohibition of ‘untrustworthy promotions’.

In the present case, the FCA found that this lack of precision as well as the lack of clear explanations provided by Google prevented Gibmedia from understanding the reasons which led to the suspension of its AdWords account. Whilst acknowledging Google’s freedom to determine the terms of use of the AdWords service, the FCA nonetheless pointed out that Google’s dominant position on the market for online advertising linked to researches requires that Google not ‘impede the good functioning of the market’.

The FCA’s decision is of course not final. It only concludes that ‘it is not excluded’ that Google did not respect a ‘transparent, objective and non-discriminatory process’. Moreover, the FCA still has to analyse on the merits whether Google’s alleged misconduct is likely to benefit its own services.

Still, this unfinished third round of the ‘AdWords saga’ raises the issue of the proper use of competition law to regulate Google’s activity. Although there is little doubt that Google’s

practices can be reviewed under competition rules, Google’s freedom to determine the content of the terms of use of its AdWords service seems strikingly constrained by the decision.

According to the decision, any lack of transparency in the wording or the implementation of AdWords’ terms of use is likely to constitute an abuse of dominant position, without the existence of any advantage for Google or the lawfulness of the conduct of the service’s users being considered in the analysis – moreover, the decision states that some aspects of Gibmedia’s behaviour raised serious doubts under consumer law.

The obligation placed on Google by the decision is so wide that it potentially exposes Google to a stream of complaints which are more or less justified concerning the terms of use of the AdWords service, or even other services.

In this context, one is left wondering whether Google’s earlier commitments should have had an indefinite duration, since undertaking new ones for the entire duration of the service now appears necessary to clarify the exact contours of Google’s obligations and secure its legal situation - even if that means providing for adjustment mechanisms to changes in the service, or revision clauses with the FCA.

Contacts

Mélanie Thill-Tayara

Associée

Droit de la concurrence et
Réglementation économique
Tél +33 1 56 59 52 52
melanie.thill-tayara@nortonrosefulbright.com

Marta Giner Asins

Associée

Droit de la concurrence et
Réglementation économique
Tél +33 1 56 59 52 72
marta.ginerasins@nortonrosefulbright.com

Lettre rédigée par des membres de l'équipe Droit de la concurrence et Réglementation économique, notamment :

Mélanie Thill-Tayara
Marta Giner Asins

Yann Anselin
Dylan Damaj
Sophie Pelé
Michel Pflieger
Marion Provost
Arnaud Sanz

Coordonnées

Norton Rose Fulbright
ParisEight
40, rue de Courcelles
75008 Paris
France
Tél +33 1 56 59 00 00
Fax +33 1 56 59 50 01

Norton Rose Fulbright

Norton Rose Fulbright is a global law firm. We provide the world's preeminent corporations and financial institutions with a full business law service. We have more than 3800 lawyers and other legal staff based in more than 50 cities across Europe, the United States, Canada, Latin America, Asia, Australia, Africa, the Middle East and Central Asia.

Recognized for our industry focus, we are strong across all the key industry sectors: financial institutions; energy; infrastructure, mining and commodities; transport; technology and innovation; and life sciences and healthcare.

Wherever we are, we operate in accordance with our global business principles of quality, unity and integrity. We aim to provide the highest possible standard of legal service in each of our offices and to maintain that level of quality at every point of contact.

Norton Rose Fulbright US LLP, Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright Canada LLP and Norton Rose Fulbright South Africa Inc are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients.

References to 'Norton Rose Fulbright', 'the law firm', and 'legal practice' are to one or more of the Norton Rose Fulbright members or to one of their respective affiliates (together 'Norton Rose Fulbright entity/entities'). No individual who is a member, partner, shareholder, director, employee or consultant of, in or to any Norton Rose Fulbright entity (whether or not such individual is described as a 'partner') accepts or assumes responsibility, or has any liability, to any person in respect of this communication. Any reference to a partner or director is to a member, employee or consultant with equivalent standing and qualifications of the relevant Norton Rose Fulbright entity. The purpose of this communication is to provide information as to developments in the law. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.