

Décision n° 14-D-09 du 4 septembre 2014
sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec,
Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le
secteur des machines à café expresso

L'Autorité de la concurrence, section V,

Vu la lettre en date du 10 décembre 2010, enregistrée sous le numéro 10/0110 F, par laquelle les sociétés Sara Lee NV et Sara Lee Coffee and Tea France SNC ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Nestlé Suisse SA, Nestec SA, Nestlé Nespresso SA et Nespresso France SAS sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso et sur le marché des machines expresso ;

Vu la lettre en date du 11 mai 2011, enregistrée sous le n° 11/0038 F, par laquelle la société Ethical Coffee Company SA a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé SA, Nestec SA, Nestlé Nespresso SA et Nespresso France SAS dans le secteur des machines à expresso et des capsules compatibles avec les machines à café Nespresso ;

Vu la lettre en date du 15 novembre 2011, par laquelle la société Ethical Coffee Company a complété sa saisine initiale ;

Vu la décision en date du 17 avril 2012, par laquelle le rapporteur général adjoint a joint l'instruction de ces deux dossiers ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 12-DSA-32, 12-DSA-33, 12-DSA-236, 12-DSA-373, 12-DSA-374, 12-DSA-376, 12-DSA-377, 12-DSA-378, 12-DSA-393, 12-DSA-397, 12-DSA-404, 12-DSA-421, 13-DSA-71, 13-DSA-215, 13-DSA-216, 13-DSA-218, 13-DSA-224, 13-DSA-225, 13-DSA-226, 13-DSA-228, 13-DSA-229, 13-DSA-238, 13-DSA-242, 13-DSA-243, 13-DSA-262, 13-DSA-281, 13-DSA-282, 13-DSA-309, 13-DSA-310, 13-DSA-311, 13-DSA-315, 14-DSA-23, 14-DSA-27, 14-DSA-29, 14-DSA-54, 14-DSA-61, 14-DSA-182, 14-DSA-184, 14-DSA-192, 14-DSA-196, 14-DSA-197, 14-DSA-201, et de déclassé n° 12-DEC-67, 14-DEC-10, 14-DEC-11, 14-DEC-08, 14-DEC-09, 14-DEC-10, 14-DEC-11, 14-DEC-12, 14-DEC-13 et 14-DEC-15 ;

Vu l'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence en date du 25 mars 2014 transmise aux parties et au commissaire du Gouvernement le 27 mars 2014 ;

Vu la proposition d'engagements du 16 avril 2014, modifiée le 23 juin 2014, le 11 juillet 2014 et, à l'issue de la séance du 24 juillet ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, le commissaire du gouvernement et les représentants de la société Ethical Coffee Company SA, des sociétés DEMB Holding BV et Maison du Café France SNC et des sociétés Nestlé SA, Nestlé Nespresso SA, Nestec SA, Nespresso France SAS et Nestlé Entreprises SAS entendus lors de la séance du 24 juillet 2014 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

I. Constatations	6
A. LES PARTIES	6
1. LES PARTIES SAISSANTES	6
a) DEMB	6
b) ECC	7
2. LA PARTIE MISE EN CAUSE : NESPRESSO	7
B. LE SECTEUR	7
1. LES MODES DE PRÉPARATION DU CAFÉ DESTINÉ AU GRAND PUBLIC	7
2. LES MACHINES À EXPRESSO ET LEURS CONSOMMABLES	7
C. LES PRODUITS	8
1. LES MACHINES NESPRESSO ET LES CAPSULES NESPRESSO	8
2. LES CAPSULES COMPATIBLES AVEC LES MACHINES NESPRESSO AUTRES QUE CELLES DE MARQUE NESPRESSO	10
3. LES AUTRES MACHINES EXPRESSO À CAFÉ PORTIONNÉ ET LEURS CONSOMMABLES	11
D. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE	12
1. LES MODIFICATIONS TECHNIQUES APPORTÉES AUX MACHINES NESPRESSO	12
a) Le transfert du joint d'étanchéité des machines aux capsules	13
b) L'ajout de nervures, de crochets et de rainures dans la cage d'extraction .	13
c) La modification du paramétrage du débitmètre	14
d) Le changement du système de perforation des capsules	15
2. LES MENTIONS FIGURANT SUR LES MACHINES NESPRESSO, SUR LEUR EMBALLAGE ET DANS LEUR MODE D'EMPLOI	16
3. LA COMMUNICATION DE NESPRESSO À L'ÉGARD DES CAPSULES DES CONCURRENTS	17
II. L'évaluation préliminaire	18
A. L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE	18
B. LA DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DE NESPRESSO	18
1. LES MARCHÉS PERTINENTS	18
a) L'existence de deux marchés de biens complémentaires	18
b) Le marché des machines à expresso à café portionné	20
c) Le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso	21
d) Les marchés géographiques	21
2. LA POSITION DE NESPRESSO	22
a) Sur le marché des machines à expresso à café portionné	22

b) Sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso	23
C. LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE	23
1. SUR LES MODIFICATIONS TECHNIQUES APPORTÉES AUX MACHINES NESPRESSO .	24
2. SUR LES MENTIONS FIGURANT SUR LES MACHINES NESPRESSO, SUR LEUR EMBALLAGE ET DANS LEUR MANUEL D'UTILISATION	25
III. La mise en œuvre de la procédure d'engagements	26
A. LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR NESPRESSO	26
1. LES ENGAGEMENTS PORTANT SUR LES PRATIQUES DE NATURE COMMERCIALE ET JURIDIQUE	26
2. LES ENGAGEMENTS PORTANT SUR LES PRATIQUES DE NATURE TECHNIQUE	27
3. LES ENGAGEMENTS MIS EN ŒUVRE DE MANIÈRE ANTICIPÉE	27
B. LES OBSERVATIONS RECUEILLIES LORS DU TEST DE MARCHÉ	28
1. SUR LES ENGAGEMENTS DE NATURE JURIDIQUE OU COMMERCIALE.....	28
2. SUR LES ENGAGEMENTS TENDANT À LEVER LES OBSTACLES DE NATURE TECHNIQUE	29
a) Sur le délai de communication des informations techniques	29
b) Sur les informations techniques communiquées	29
c) Sur la justification des modifications techniques	29
d) Sur les modalités de transmission.....	30
e) Sur la désignation d'un mandataire ou tiers de confiance	30
3. SUR LES ENGAGEMENTS ANTICIPÉS	31
C. DISCUSSION	31
1. SUR LE RECOURS À LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS	31
2. SUR LES ENGAGEMENTS	32
a) Les engagements de nature juridique et commerciale.....	32
<i>En ce qui concerne la clause de garantie</i>	<i>32</i>
<i>En ce qui concerne l'interdiction de formuler des commentaires sur les capsules concurrentes.....</i>	<i>33</i>
<i>En ce qui concerne l'efficacité du programme de conformité.....</i>	<i>33</i>
b) Les engagements de nature technique.....	33
<i>Le délai de communication des informations techniques</i>	<i>34</i>
<i>La définition de la décision de SOP, point de départ du délai de principe.....</i>	<i>34</i>
<i>La durée du délai de sauvegarde.....</i>	<i>35</i>
<i>Sur les informations techniques communiquées.....</i>	<i>36</i>
<i>La teneur des informations techniques communiquées</i>	<i>36</i>
<i>L'origine de la modification technique</i>	<i>36</i>
<i>Le calendrier de commercialisation des machines modifiées</i>	<i>37</i>

<i>Les modalités de transmission</i>	37
<i>La nomination d'un tiers de confiance (nouvelle partie 3)</i>	37
c) Sur le périmètre des machines concernées	37
3. CONCLUSION	38
DÉCISION	39

I. Constatations

1. Par lettre en date du 10 décembre 2010, enregistrée sous le n° 10/0110 F, les sociétés Sara Lee NV et Sara Lee Coffee and Tea France SNC ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé SA, Nestec SA, Nestlé Nespresso SA et Nespresso France SAS, dans le secteur des machines à expresso et des capsules compatibles avec les machines à café Nespresso, susceptibles de constituer des abus de position dominante sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).
2. Par lettre en date du 11 mai 2011, enregistrée sous le n° 11/0038 F, la société Ethical Coffee Company SA a déposé une saisine dirigée contre les sociétés Nestlé SA, Nestec SA, Nestlé Nespresso SA et Nespresso France SAS, pour des pratiques semblables à celles décrites dans la saisine n° 10/0110 F.
3. Par lettre en date du 15 novembre 2011, la société Ethical Coffee Company a complété sa saisine initiale.
4. Par décision en date du 17 avril 2012, le rapporteur général adjoint a joint l'instruction des dossiers n° 10/0110 F et n° 11/0038 F.

A. LES PARTIES

1. LES PARTIES SAISSANTES

a) DEMB

5. Sara Lee Corporation est la société américaine tête du groupe Sara Lee. Sara Lee Coffee and Tea France SNC est la filiale française du groupe dans le secteur du café.
6. Le groupe Sara Lee intervient dans des secteurs très différents : alimentaire, cosmétique, hygiène et produits ménagers. Il exploite plusieurs marques au niveau mondial : Bravo, Douwe Egberts, Chat noir, Cafitesse, Marcilla, Merrild, Maison du Café, Senseo, Piazza d'Oro et Superior Coffee.
7. Depuis le 2 juillet 2012, après une restructuration du groupe Sara Lee, les sociétés saisissantes Sara Lee NV et Sara Lee Coffee and Tea France SNC ont modifié leurs dénominations sociales pour devenir, respectivement, DEMB Holding BV et Maison du Café France SNC (ci-après, ensemble, DEMB).
8. DEMB propose sous sa marque ombrelle Maison du Café, différentes gammes de cafés torréfiés avec les cinq marques suivantes : Ma Tradition, Brazil, Arôme et Caractère, L'Or et Senseo. Sous la marque L'Or, DEMB offre une gamme de cafés vendus sous différentes formes (café torréfié, pépites de café). Depuis 2010, elle propose des capsules compatibles avec les machines Nespresso avec la marque L'Or Espresso.

b) ECC

9. Ethical Coffee Company SA (ci-après ECC) est une société de droit suisse créée le 24 avril 2008 par Jean-Paul X..., qui fut dirigeant de Nestlé Nespresso de 1988 à 1997.
10. Son objet social est la fabrication et la commercialisation de capsules de café recyclables biodégradables. Depuis 2010, elle propose des capsules compatibles avec les machines Nespresso, soit sous la marque Espresso, soit sous des marques de distributeurs.

2. LA PARTIE MISE EN CAUSE : NESPRESSO

11. Nestlé Nespresso SA (ci-après Nestlé Nespresso), Nestec SA (ci-après Nestec) et Nespresso France SAS (ci-après Nespresso France) sont des filiales du groupe Nestlé détenues à 100 % par Nestlé SA (ci-après Nestlé), *via* Nestlé Entreprises SAS (ci-après Nestlé Entreprises). Nestlé Nespresso, Nestec et Nestlé sont situées en Suisse, à la différence de Nespresso France et de Nespresso Entreprises qui sont basées en France.
12. L'ensemble de ces filiales, Nestlé Nespresso, Nestec, Nespresso France et Nestlé Entreprises forment avec Nestlé une même entreprise au sens du droit de la concurrence, dénommée ci-après Nespresso. Elle a pour activité la conception et le développement des machines à café et des capsules Nespresso, la production des capsules Nespresso, ainsi que la commercialisation des capsules et d'une partie des machines à café Nespresso.

B. LE SECTEUR

1. LES MODES DE PRÉPARATION DU CAFÉ DESTINÉ AU GRAND PUBLIC

13. À partir du café moulu, cinq modes principaux de préparation ont été développés pour la consommation d'un café destiné au grand public : la décoction, l'infusion, la filtration ou lixiviation, la percolation à basse pression (par exemple, cafetière italienne de type moka) et la percolation à haute pression.
14. Chacun d'eux produit un café aux goûts et aux propriétés spécifiques. La percolation sous haute pression, mode de préparation utilisé par les machines professionnelles, permet la préparation d'un expresso qui se caractérise par un goût intense et par la présence du « *crema* », crème de couleur beige en surface. C'est ce type de caractéristiques que les machines expresso domestiques proposent de reproduire.

2. LES MACHINES À EXPRESSO ET LEURS CONSOMMABLES

15. Le recours à la percolation sous haute pression dans un cadre domestique nécessite l'utilisation de machines de petit électroménager qui peuvent être de plusieurs types :
 - les machines à café expresso manuelles pour lesquelles le café moulu est inséré en vrac dans un porte-filtre traversé par de l'eau sous pression ; ces machines doivent être nettoyées manuellement et une certaine expérience est nécessaire pour obtenir un expresso comparable à celui des machines professionnelles ;

- les machines à café expresso automatiques qui assument toutes les fonctions du grain à la boisson : grâce à un broyeur intégré, ce type d'appareil moule les grains de café, insère le café moulu dans le système de percolation et assure le passage de l'eau sous pression au travers de la mouture ;

- les machines expresso à café portionné (Nespresso, Dolce Gusto, Lavazza A modo mio, Iperespresso, etc.) qui disposent d'un mécanisme permettant d'insérer une portion de café moulu encapsulée ; la machine assure le perçage de la capsule et le passage de l'eau au travers de la mouture, jusqu'à la tasse ; tous les paramètres (pression, température de l'eau, dosage du café) sont prédéterminés pour un résultat assuré, avec une facilité d'utilisation et d'entretien.

16. Les deux premiers types de machine fonctionnent avec toutes les marques de café moulu ou en grain. En revanche, les machines expresso à café portionné n'acceptent pas nécessairement les portions de café de toutes les marques, la forme de la dosette étant spécifique à chaque machine. Il existe donc, entre la machine et ses consommables, un lien de nature industrielle qui peut aller jusqu'à imposer l'utilisation exclusive de dosettes « propriétaires » si aucun fabricant ne propose de dosettes compatibles avec la machine utilisée par le consommateur.
17. Il faut enfin distinguer ces machines expresso à haute pression de celles qui utilisent aussi des portions individuelles de café mais qui sont dotées d'une pompe à faible pression (Senseo, Tassimo, Direct Serve, etc.). Pour les premières, les fabricants annoncent des pressions comprises entre 15 et 19 bars alors que pour les secondes les pressions sont généralement inférieures à 4 bars. Par convention et en l'état actuel des technologies présentes sur le marché, le seuil permettant de distinguer les deux catégories pour les besoins de la présente décision est fixé à 9 bars.
18. De manière générale, les machines à café portionné (dotées d'une pompe à faible ou à haute pression) ont rencontré un succès croissant auprès des consommateurs. Ainsi, le taux d'équipement des ménages en machines à café portionné a régulièrement augmenté à partir du milieu des années 2000, entraînant une forte progression des ventes de portions de café. Ce succès ne faiblit pas depuis et la vente des machines à café portionné a ainsi progressé de 12 % en 2012, celle des portions de café augmentant pour sa part de 18 %.

C. LES PRODUITS

1. LES MACHINES NESPRESSO ET LES CAPSULES NESPRESSO

19. Nespresso est à l'origine de la première machine à expresso à café portionné, permettant une préparation facile et rapide d'un café expresso à destination du grand public. La marque propose également des machines à expresso à café portionné à destination des professionnels mais qui fonctionnent avec des capsules de forme différente de celle à destination du grand public.

20. Les sociétés Nestlé Nespresso et Nestec participent à la conception et au développement des machines et des capsules. Nestec finance les coûts de recherche et de développement et détient les brevets (déposés après le 28 juin 2001¹) portant sur les machines et les capsules.
21. Nestlé Nespresso accorde à plusieurs entreprises de fabrication et de distribution de matériels électroménagers, qui ont le statut de « partenaire machine », une licence non exclusive pour faire fabriquer les machines Nespresso par des sous-traitants et les distribuer *via* des distributeurs de petit électroménager, grandes surfaces spécialisées (GSS), telles que Darty ou Boulanger, ou des grandes ou moyennes surfaces à dominante alimentaire (GMS).
22. Les machines Nespresso sont commercialisées auprès du grand public principalement par les magasins ou les sites Internet marchands de la grande distribution, qui représentent ensemble [75-95 %] environ des ventes en France et par Nespresso France, dans ses boutiques, par téléphone ou par Internet, l'ensemble de ces points de vente constituant le « Club Nespresso » et représentant les [5-25 %] restants.
23. Le partenaire machine a l'obligation de sous-traiter la fabrication des machines à des entreprises dénommées « *original equipment manufacturer* » (OEM), désignées par Nestlé Nespresso, cette dernière ayant préalablement conclu un accord avec les OEM pour qu'elles fabriquent les machines Nespresso selon ses spécifications. À ce jour, les entreprises fabricant des machines Nespresso sont au nombre de quatre.
24. Nestlé Nespresso détient les moules permettant la fabrication des différents modèles de machines vendus par les partenaires machines. Nespresso et les partenaires machines se concèdent mutuellement une licence non-exclusive pour l'utilisation de la marque Nespresso et de celle du fabricant/distributeur d'électroménager (accord de « *co-branding* »), les marques des deux parties devant figurer sur les machines Nespresso et les supports destinés à leur commercialisation (emballage, mode d'emploi, etc.).
25. Les capsules Nespresso sont fabriquées par deux usines de Nestlé Nespresso situées en Suisse et sont ensuite distribuées dans le monde entier par les filiales du groupe Nestlé. Il existe ainsi une société en charge de la distribution des capsules (et d'une partie des machines Nespresso) dans chaque État où les machines et capsules Nespresso sont distribuées. Ainsi, Nespresso France assure la vente des capsules Nespresso en France qui représentent 25 % environ des ventes mondiales.
26. Les capsules peuvent être acquises par le consommateur uniquement par l'intermédiaire du Club Nespresso, soit en se rendant dans les boutiques Nespresso (environ une vingtaine d'emplacements répartis sur le territoire national, représentant [20-40 %] des ventes), soit par téléphone ([5-25 %] des ventes), soit par Internet ([40-60 %] des ventes).
27. Le prix des capsules, vendues par paquets de 10 unités, varie entre 0,35 et 0,42 euro. Le prix de certains crus exceptionnels ou certaines éditions spéciales, commercialisés en petite quantité et sur une période limitée, peut être beaucoup plus élevé.
28. Lorsqu'un client achète une machine Nespresso, il est invité à devenir membre du Club Nespresso. Le numéro de membre permet de l'identifier, de connaître le nombre et les variétés de capsules consommées et, ainsi, d'adapter la démarche commerciale à son comportement individuel.

¹ Les brevets déposés antérieurement à cette date sont détenus par la société des produits Nestlé.

29. Les ventes, tant de machines que de capsules Nespresso, ont fortement augmenté entre 2007 et 2012.

Ventes de machines Nespresso à destination du grand public ²		
	Volume	Valeur (en euros)
2007	451 775	78 239 800
2008	498 427	82 480 500
2009	537 854	84 959 000
2010	604 830	92 298 900
2011	741 522	101 411 200
2012	787 104	94 983 300
Ventes de capsules Nespresso à destination du grand public ³		
	Volume (*1000)	Valeur (en euros)
2007	932 990	278 028 000
2008	1 162 318	346 943 000
2009	1 371 446	430 176 000
2010	1 545 384	494 674 000
2011	1 694 087	562 602 000
2012	1 854 917	633 571 000

2. LES CAPSULES COMPATIBLES AVEC LES MACHINES NESPRESSO AUTRES QUE CELLES DE MARQUE NESPRESSO

• Les capsules L'Or Espresso

30. Depuis le 7 avril 2010, DEMB vend en France des capsules compatibles avec les machines Nespresso, sous la marque L'Or Espresso. Les représentants du groupe DEMB ont indiqué qu'ils avaient conçu et développé, pendant trois ans, leur propre capsule et qu'ils avaient déposé plusieurs demandes de brevets auprès de l'Office européen des brevets (OEB). La fabrication et le lancement du produit ont nécessité vingt et un mois.

² GMS, GSS et ventes par le Club Nespresso (boutique, Internet, téléphone). Sources : GFK.

³ Sources : Nespresso France.

31. Les capsules L'Or Espresso sont fabriquées dans une matière plastique et transparente alors que celles de Nespresso sont en aluminium. Elles sont légèrement plus petites que les capsules Nespresso et sont proposées à un prix légèrement inférieur, à environ 30 centimes l'unité. À leur lancement, le prix de détail recommandé pour les boîtes de dix capsules était de 2,99 euros.

32. À la différence des capsules Nespresso, les capsules L'Or Espresso sont commercialisées en GMS, soit plus de 10 000 points de vente.

• **Les capsules ECC**

33. Les premières capsules ECC ont été commercialisées en France le 27 mai 2010 et ont également fait l'objet du dépôt de plusieurs brevets.

34. À la différence des deux précédentes, les capsules ECC sont fabriquées à base de fibres de plantes (amidon de maïs) et sont présentées comme étant biodégradables. Elles sont produites par la société Vegeplast, puis remplies, fermées et conditionnées par la société Folliet, qui est un producteur de café. Ces deux sociétés sont situées en France.

35. Comme les capsules DEMB, les capsules ECC sont commercialisées en GMS. À l'origine, elles étaient distribuées par le groupe Casino dans les enseignes Casino, Leader Price et Monoprix. Elles sont désormais également distribuées dans une multitude d'autres enseignes sous la marque Espresso.

36. Les capsules ECC ont été proposées, lors de leur lancement, à un prix inférieur à celui des capsules Nespresso (26,5 centimes).

• **Les capsules d'autres marques**

37. Depuis le mois d'octobre 2013, le groupe Mondelèz International (anciennement dénommé Kraftfoods, ci-après Mondelèz) commercialise en France, en GMS, des capsules de marque Carte Noire.

38. D'autres marques de capsules sont également commercialisées en France, le plus souvent par le biais de sites Internet, mais dont les volumes de ventes sont peu ou pas significatifs. Les marques suivantes proposent ainsi des capsules pleines : 2 Caps, Brown, Caffé impresso, Cap-Mundo, Capsulo, Méo. Quant à Capsul'in et Nexpod, elles proposent des capsules vides que le consommateur doit remplir lui-même avec du café moulu.

3. LES AUTRES MACHINES EXPRESSO À CAFÉ PORTIONNÉ ET LEURS CONSOMMABLES

• **Nescafé Dolce Gusto**

39. À partir de 2007, le groupe Nestlé a également conçu et développé les machines (en partenariat avec le groupe Seb et sa marque Krups) et les capsules Nescafé Dolce Gusto, qui ont été commercialisées en France à compter du mois d'août 2007.

40. Les modalités de conception, de développement, de fabrication des machines et des capsules Nescafé Dolce Gusto sont proches de celles mises en œuvre pour les machines et les capsules Nespresso mais permettent de préparer différentes boissons (café, chocolat, etc.). Toutefois, les capsules vendues concernent majoritairement le café noir.

41. À la différence de la gamme Nespresso, les machines et les capsules Nescafé Dolce Gusto sont distribuées dans les grandes et moyennes surfaces, les grandes surfaces spécialisées ainsi que sur les sites Internet marchands de ces distributeurs et des sites Internet.

• **Iperespresso**

42. Illy est une société italienne spécialisée dans la torréfaction et la vente de café. Les machines (fabriquées par la société Francis Francis ! pour Illy), ainsi que les capsules Iperespresso sont commercialisées en France depuis 2008 *via* le site Internet shop.illy.com et une sélection de magasins spécialisés.

• **Lavazza Blue et Lavazza A modo Mio**

43. La société Lavazza est une société italienne faisant partie des principaux torréfacteurs dans le monde. Lavazza Blue était, à l'origine, une machine à café expresso destinée aux professionnels. À partir de 2004, cette machine a également été proposée aux particuliers. Les machines et capsules destinées au grand public ont été exclusivement vendues, jusqu'en mai 2012, par le site Internet dédié lavazzablue.com.
44. À partir de 2008, Lavazza a commercialisé en France des machines expresso à capsules conçues pour le grand public, la gamme « A modo mio ». Les machines et les capsules sont vendues en GMS et GSS. Les boutiques Lavazza ne proposent que des capsules.

• **Malongo**

45. Malongo est une société française spécialisée dans la transformation du thé et du café, qui a conçu les machines Oh Expresso fonctionnant avec les capsules 1,2,3 Spresso et qui les a commercialisées, en France, dès 1997. Les machines et les capsules sont actuellement vendues soit en GMS et GSS, soit dans les boutiques Malongo ou sur le site Internet Malongo.com.

• **myespresso, Verismo, Ek'ho**

46. Depuis la fin de l'année 2012, sont commercialisées en France trois nouvelles marques de machines à expresso à café portionné : Verismo du distributeur Starbucks (septembre 2012), myespresso du torréfacteur Segafredo (décembre 2012) et Ek'ho du torréfacteur Malongo (décembre 2012), machine qui fonctionne avec les capsules Malongo 1,2,3 Spresso déjà présentes sur le marché et peut être acquise par un système de location vente.

D. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE

47. Les pratiques de Nespresso qui ont justifié les saisines et ont été confirmées par l'instruction concernent des modifications techniques apportées aux machines Nespresso, des inscriptions portées sur les emballages ou les modes d'emploi des machines Nespresso et des déclarations des dirigeants ou des employés de Nespresso.

1. LES MODIFICATIONS TECHNIQUES APPORTÉES AUX MACHINES NESPRESSO

48. Parmi la centaine de modifications apportées aux machines Nespresso depuis le lancement du produit au début des années 90, dont la plupart sont mineures, quatre modifications récentes sont remarquables par leur ampleur et par les effets qu'elles ont produits sur les capsules autres que celles de marque Nespresso.
49. Dans un premier temps, Nespresso a ainsi transféré aux capsules le joint d'étanchéité qui était logé dans la cage d'extraction des machines (a). Cette modification touchait à la fois les machines et les capsules, y compris celle de Nespresso. Dans un second temps, elle a installé des nervures, des crochets et des rainures dans la cage d'extraction des machines

(b), puis elle a modifié le paramétrage du débitmètre dans les machines Pixie et U (c) et enfin elle a modifié le système de perforation des capsules (d). Ces trois dernières modifications ne touchaient que les machines et pas les capsules Nespresso mais pouvaient avoir des conséquences pour la compatibilité des capsules des autres fabricants.

a) Le transfert du joint d'étanchéité des machines aux capsules

50. Nespresso a décidé, en 2007, de transférer de la machine à la capsule le joint assurant l'étanchéité lors de l'extraction du café. Les capsules équipées d'un joint d'étanchéité ont commencé à être produites à partir d'octobre 2007, de manière progressive puis, à partir de la fin juillet 2008, de manière systématique. Les machines non pourvues de joint d'étanchéité ont, quant à elles, été commercialisées au printemps 2009 lors du lancement du modèle Citiz. Les autres modèles de machines ont progressivement été produits et commercialisés sans joint d'étanchéité, l'ensemble des machines commercialisées à compter de 2010 n'étant plus pourvues de joint d'étanchéité, à l'exception du modèle Miele encastré « *built-in* » ou d'autres modèles dont la production a cessé aujourd'hui.
51. Nespresso a expliqué que porter le joint d'étanchéité sur la capsule avait notamment pour avantages de garantir une meilleure étanchéité de la cage à capsules et d'éviter un problème d'usure du joint, le joint étant renouvelé à chaque extraction.
52. Cette modification technique, qui a entraîné une modification des capsules Nespresso, a dû être étalée sur une longue période pour tenir compte du parc de machines installées, ce qui a demandé la mise en place d'un plan de communication spécifique. Dans un document interne du 7 décembre 2008 consacré à ce sujet, Nespresso mentionne ces questions de compatibilité des capsules concurrentes : « *La communication doit fournir un message clair et cohérent sur les bénéfices que les consommateurs vont retirer de l'ensemble des améliorations en cours. Cela est particulièrement important en 2012, date à laquelle les capsules génériques susceptibles de fonctionner avec des versions antérieures du système Nespresso sont susceptibles d'entrer sur le marché* »⁴.
53. Ainsi, lorsque DEMB a projeté de commercialiser une capsule compatible avec les machines Nespresso, elle a procédé à l'examen des brevets délivrés à Nespresso jusqu'en 2007, puis, à partir des informations disponibles, a investi dans des capacités de production pour une capsule dépourvue de joint d'étanchéité. Ce n'est qu'après cette décision d'investissement qu'elle a constaté que les nouvelles machines Nespresso ne comportaient plus de joint d'étanchéité et que ses capsules ne pouvaient être utilisées sur ce type de machines. Elle a donc changé les équipements de production et modifié le *design* de sa capsule afin de la rendre compatible avec les nouvelles machines Nespresso.

b) L'ajout de nervures, de crochets et de rainures dans la cage d'extraction

54. À partir de juillet 2010, Nespresso a ajouté des nervures, des crochets et des rainures au modèle Citiz, puis a étendu, en 2011, ces modifications à tous les modèles de machines Nespresso commercialisés. Nespresso a expliqué que cette modification technique a été

⁴ « *Communication must deliver a clear and consistent message as to the benefits consumers enjoy as a result of this whole package of ongoing improvements. This is especially important in 2012 when generic capsules which could work with earlier versions of the Nespresso system may enter the market* ». Cote 16333, caractères gras ajoutés.

mise en œuvre pour remédier à un problème survenu lors du transfert du joint d'étanchéité. Des tests internes avaient alors révélé que les capsules Nespresso restaient parfois collées sur la plaque pyramidale de l'unité d'extraction de café. Les nervures, crochets et rainures devaient remédier à ce problème.

55. Cette modification technique qui serait donc, selon Nespresso, une conséquence imprévue de la précédente ne demandait pas de modification des capsules Nespresso. En revanche, selon les saisissants, elle a eu pour effet d'empêcher les capsules compatibles avec les anciens modèles de machines Nespresso de fonctionner avec les plus récents. DEMB a ainsi expliqué, dans sa saisine, qu'à la suite de cette modification technique, ses capsules, ainsi que celles d'autres concurrents, ont pu rester coincées et n'être plus éjectées automatiquement.
56. Plusieurs plaintes de consommateurs, articles de presse, forums, blogs témoignent des difficultés d'utilisation des capsules de DEMB dans les machines Nespresso pourvues de nervures, crochets et rainures. DEMB a expliqué qu'avoir des plaintes de consommateurs dans la phase de lancement de ses capsules lui a été préjudiciable car c'est le premier contact du consommateur avec la capsule qui est le plus important. Si la capsule d'une nouvelle marque ne fonctionne pas la première fois, le consommateur risque de renoncer durablement à les utiliser. Finalement, de nouvelles capsules DEMB, compatibles avec les machines Nespresso, ont été commercialisées au début de l'année 2011.
57. De même, ECC a présenté un « *test en condition consommateur de 4 modèles de machines à café Nespresso* » avec ses capsules, duquel il ressort que le pourcentage de capsules bloquées dans les machines augmente avec les modèles les plus récents. Plusieurs consommateurs ont fait état de difficultés rencontrées lors de l'utilisation de capsules ECC et indiqué ne plus souhaiter acheter ces capsules du fait des dysfonctionnements rencontrés. Sur son site Internet, ECC a dû mettre en ligne des conseils d'utilisation et la procédure à suivre en cas de blocage de la capsule.
58. Au-delà de l'effet direct sur les consommateurs, ECC a même eu des difficultés à faire distribuer ses capsules auprès de différentes enseignes en raison des problèmes d'incompatibilité rencontrés.
59. Au début de l'année 2013, ECC déclarait que ses capacités financières, lourdement obérées du fait des pratiques dénoncées, ne lui permettaient plus de faire face aux investissements nécessaires pour adapter ses capsules à cette modification technique.

c) La modification du paramétrage du débitmètre

60. À partir de 2005, tous les nouveaux modèles de machines Nespresso ont été équipés d'un débitmètre de marque Digma. À partir de 2009, Nespresso a développé son propre débitmètre avec le modèle Citiz et les modèles suivants, dont le modèle Pixie.
61. Selon Nespresso, « *l'objet d'un débitmètre est de réaliser automatiquement différents volumes programmés de tasses de café et de protéger la pompe à eau par un arrêt de sécurité lorsque le réservoir est analysé comme vide ou, après un certain temps, lorsque l'eau ne circule pas* »⁵. Le nouveau débitmètre moins cher à fabriquer présenterait, selon

⁵ Cotes VC : 19528-19529, VNC : 21134-21135

elle, plusieurs avantages, notamment la réduction de la taille du composant qui permettrait son positionnement plus aisé dans la machine.

62. Cependant, ECC a produit une étude du cabinet Rossel Engineering intitulée « *Identification du phénomène de shut down* », effectuée à sa demande, tendant à montrer que le débitmètre de la machine Pixie est paramétré pour que la pompe d'injection d'eau se coupe lorsque le débit d'eau se situe au-delà de celui qui est nécessaire à l'extraction d'une capsule Nespresso, mais en deçà de celui qui est nécessaire à l'extraction d'une capsule ECC. Ce nouveau paramétrage aurait donc pour effet d'empêcher l'extraction correcte du café lorsque certaines capsules ECC sont utilisées, sans être justifié par des impératifs de protection du système hydraulique, de la pompe ou de la chaudière. ECC a produit plusieurs plaintes de consommateurs utilisant des capsules ECC avec leur machine Pixie se plaignant de dysfonctionnements.
63. Dans le même sens, le producteur d'une émission d'information des consommateurs de la télévision suisse (RTS), « *À bon entendeur* », s'est adressé au dirigeant d'ECC pour lui faire part des résultats d'un test comparatif sur les qualités des capsules présentées comme étant compatibles avec les machines Nespresso, dont celles fabriquées par ECC. S'agissant de l'écoulement du café dans la tasse, il a précisé que « *l'écoulement du café se bloque dans 8 cas sur les 15 essais réalisés, le volume servi variant entre 10 et 30 ml* » (au lieu des 40 ml exigés pour un café court)⁶.
64. À la suite de ces dysfonctionnements, la société Expand International, intermédiaire entre ECC et la société danoise Kaffekapslen.com, distributrice de capsules ECC, a indiqué au dirigeant d'ECC qu'elle ne proposerait plus ses capsules en raison, notamment, de l'absence d'écoulement ou d'un écoulement de café limité.

d) Le changement du système de perforation des capsules

65. Au cours de l'année 2013, Nespresso a introduit un nouveau système de perforation des capsules sur certains modèles de machines : le modèle Pixie qui est le plus vendu en France et le modèle Umilk qui a bénéficié d'une forte promotion pour son lancement. Enfin, le modèle Inissia, vendu en France depuis le premier semestre 2014, a dès l'origine été doté de ce nouveau système de perforation.
66. Nespresso a expliqué que cette modification technique faisait suite au constat, par son service technique, que, sur le modèle Pixie, deux capsules sur douze étaient comprimées pendant la mise sous pression de la machine. Le nouveau système de perforation aurait été imaginé pour limiter ce phénomène de compression.
67. Cependant, cette modification technique semble rendre plus difficile la perforation de certaines capsules, principalement celles d'ECC et du nouvel entrant sur le marché à l'automne 2013, le groupe Mondelèz, avec ses capsules de marque Carte Noire.
68. Selon ECC, le nouveau système de perforation n'a, en aucune façon, amélioré la perforation des capsules Nespresso, qui seraient elles-mêmes déformées. Il serait, en revanche, très pénalisant pour ECC car il conduirait, après l'utilisation de deux ou trois capsules ECC, à un blocage de la machine Nespresso.

⁶ Cote 15606

69. Mondelèz, qui avait annoncé le 10 juin 2013 qu'elle allait lancer une capsule compatible Nespresso et qui a commercialisé sa gamme de capsules compatibles en France à la fin du mois de septembre 2013, a dû mettre en ligne, sur le site cartenoire.fr, le communiqué suivant : « *Compatibles avec la plupart des machines Nespresso®* : Seuls certains modèles de machines Nespresso® les plus récents (ex: les nouvelles machines U®Milk® *et Pixie® Magimix ®*) ne sont pas compatibles avec nos capsules Carte Noire. Nous avons d'ores et déjà identifié des solutions techniques et nous mettons tout en œuvre pour que nos capsules soient de nouveau compatibles avec l'ensemble des machines dès que possible* »⁷.
70. Sur les emballages de ses boîtes de capsules, Mondelèz a également dû remplacer la mention « *Capsules compatibles avec les machines Nespresso* » par la mention « *Capsules compatibles avec la plupart des machines Nespresso* ». Cependant, des consommateurs insatisfaits se sont d'ores et déjà plaints, notamment, sur le site cartenoire.fr.
71. Les problèmes de compatibilité rencontrés par ECC et Mondelèz ont, notamment, été relayés par plusieurs articles de presse, un reportage diffusé sur la chaîne de radio Europe 1 et le site Internet capsules-compatibles.fr.

2. LES MENTIONS FIGURANT SUR LES MACHINES NESPRESSO, SUR LEUR EMBALLAGE ET DANS LEUR MODE D'EMPLOI

72. À partir de 2008, date de la première production du modèle Citiz, la mention « *Nespresso capsules only* » est apparue sur les machines Nespresso. Le représentant de Nespresso France a expliqué que cette mention avait pour but « *d'éviter que les capsules conçues pour fonctionner avec d'autres solutions n'endommagent les machines Nespresso* » et qu'elle était également motivée par le fait que « *la qualité Nespresso ne peut être assurée qu'avec l'utilisation combinée de la machine et des capsules Nespresso* »⁸. Depuis 2012, cette mention a été remplacée par la mention « *Designed for Nespresso* ».
73. Dans le même temps, des mentions ont été portées sur les emballages des machines Nespresso de la marque Krups. Par exemple, il était inscrit sur les emballages des modèles Essenza et Citiz jusqu'en 2010 : « *FR Important : cette machine fonctionne uniquement avec les capsules Nespresso en vente exclusive auprès du club Nespresso* »⁹, puis à partir de 2011 « *FR cette machine fonctionne avec les capsules Nespresso disponibles exclusivement auprès du Club Nespresso. Seul l'usage des capsules Nespresso avec les machines Nespresso garantit la qualité Nespresso* »¹⁰.
74. De même, à partir de 2006, sont apparues dans les manuels d'utilisation des modèles de machines Nespresso des mentions restrictives d'usage : « *Cette machine fonctionne uniquement avec les capsules Nespresso en vente directe exclusive auprès du Club*

⁷ Cote 21084

⁸ Cotes VC : 14085, VNC : 15219

⁹ Saisine n° 10/0110 F, cote VC : 130, VNC : 2128 et cote 825.

¹⁰ Saisine n° 10/0110 F, cote 2303.

Nespresso »¹¹ ou encore « *N'utilisez exclusivement que des capsules Nespresso. Toute autre utilisation n'est pas conforme avec les instructions* » ; ou bien des mentions d'une perte de qualité du café en cas d'utilisation d'autres capsules : « *Cette machine fonctionne avec les capsules Nespresso disponibles exclusivement auprès du Club Nespresso. Seul l'usage des capsules Nespresso avec les machines Nespresso garantit la qualité Nespresso* »¹² ou encore « *Cet appareil est conçu pour des capsules de café Nespresso disponibles exclusivement via le Club Nespresso ou votre revendeur Nespresso agréé. La qualité Nespresso n'est garantie que lorsque les capsules Nespresso sont utilisées dans les appareils Nespresso* »¹³ ; et enfin des mentions d'une restriction de garantie : « *Seul l'usage des capsules Nespresso garantit le bon fonctionnement et la longévité de votre machine Nespresso. Tout dommage ou dysfonctionnement occasionné par l'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso ne sera pas couvert par cette garantie* »¹⁴.

3. LA COMMUNICATION DE NESPRESSO À L'ÉGARD DES CAPSULES DES CONCURRENTS

75. Selon ECC, Nespresso a communiqué de manière négative sur la compatibilité de ses capsules avec les machines Nespresso et a, à cette fin, utilisé différents supports médiatiques, ainsi que le Club Nespresso.
76. ECC a ainsi rapporté les propos du directeur général de Nespresso France en date du 18 mars 2011, rapportés sur les sites Internet l'Express.fr et Figaro.fr : « *Il se trouve que leurs capsules [celles d'ECC] ne sont pas compatibles* »¹⁵.
77. ECC allègue également que des employés du Club Nespresso ont indiqué à différents consommateurs que les machines Nespresso ne sont pas adaptées pour les capsules concurrentes et que l'utilisation de ces capsules risque de détériorer les machines. Il a produit trois attestations de consommateurs ayant été en contact avec le Club Nespresso à l'appui de son affirmation.
78. Un programme audiovisuel diffusé le 5 avril 2013 sur France 5 et intitulé « *Du rififi dans nos capsules* » présentant le témoignage d'une journaliste s'étant adressée au Club Nespresso et un programme radiophonique diffusé le 13 janvier 2014 sur Europe 1, diffusant les propos tenus par un employé du Club Nespresso, rapportent également des propos négatifs sur les capsules des concurrents.

¹¹ Machines Magimix : Citiz and co, mode d'emploi de 2007, cotes 4510, 4520 ; Citiz, mode d'emploi 2011, cote 1032. Machines Krups : Citiz and co, mode d'emploi de 2007, cote 3963 ; Citiz, mode d'emploi 2011, cote 1034. Machines De Longhi : Lattissima premium, mode d'emploi 2007, cote 3746.

¹² Machines Krups : Essenza, mode d'emploi 2006, cote 4149 ; Pixie, mode d'emploi 2011, cote 1036. Machines Magimix : Essenza, mode d'emploi 2006, cote 4581. Machines De Longhi : Lattissima +, mode d'emploi 2007.

¹³ Machines Krups : Citiz, 2012, cote 3822 ; Citiz and Milk, 2012, cote 4002 ; Essenza, 2012, cote 4259 ; Maestria, 2012, cote 14339 ; Gran Maestria, 2012, cote 14451 ; U, 2012, cote 14704. Machine Magimix : Citiz, 2012, cote 4485 ; Citiz and Milk, 2012, cote 4552 ; Essenza, 2012, cote 4632 ; Maestria, 2012, cote 14417 ; U, 2012, cote 14805.

¹⁴ Machines Krups : Essenza (2012), cote 16374 ; Citiz (2011), cote 16459 ; Citiz and Milk (2012), cote 16588 ; Maestria (2012), cote 16676 ; Gran Maestria (2012), cote 16819. Machines Magimix : Citiz (2012), cote 16446 ; Citiz and Milk (2012), cote 16535 ; Essenza (2012), cote 16361 ; Maestria (2012), cote 16641 ; U (2012), cote 16918.

¹⁵ Cotes 297 et 302

II. L'évaluation préliminaire

79. Le 27 mars 2014, les services d'instruction de l'Autorité ont adressé à Nespresso une évaluation préliminaire dans laquelle étaient exprimées les préoccupations de concurrence que suscitaient les pratiques décrites plus haut.

A. L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

80. Trois éléments doivent être réunis pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir sensiblement affecté le commerce entre États membres : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges, le caractère sensible de cette affectation. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre, un comportement abusif peut constituer une entrave à l'entrée de ses concurrents sur ce marché. Le commerce entre États membres peut être affecté sans qu'il soit besoin de démontrer des courants d'échanges importants entre États membres.
81. En l'espèce, les pratiques mises en œuvre par Nespresso couvrent l'ensemble du territoire français et sont de nature à rendre plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration du marché français. Ces pratiques sont également susceptibles de restreindre l'entrée et l'expansion de fabricants de capsules compatibles avec les machines Nespresso, non seulement sur le marché national mais aussi sur le marché européen où les machines modifiées sont vendues.
82. Les pratiques en cause sont donc susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres et d'être qualifiées au regard de l'article 102 du TFUE.

B. LA DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DE NESPRESSO

1. LES MARCHÉS PERTINENTS

a) L'existence de deux marchés de biens complémentaires

83. Les machines expresso à café portionné et les capsules de café sont deux produits complémentaires qu'il faut utiliser simultanément pour obtenir un expresso et il convient de déterminer si ces deux biens constituent un ensemble indissociable appartenant à un marché unique ou si chaque produit appartient à un marché distinct.
84. Dans un arrêt du 2 mars 1994, Hilti AG c/ Commission européenne, la Cour de justice a confirmé l'analyse selon laquelle il existait trois marchés distincts pour l'utilisation de pistolets de scellement : les pistolets Hilti, les chargeurs compatibles avec les pistolets Hilti et les clous compatibles avec les pistolets Hilti. À cet égard, la Cour a précisé que l'existence de producteurs indépendants et même de producteurs spécialisés uniquement dans la fabrication de clous spécifiquement adaptés aux appareils de marque Hilti, constituait, en soi, un indice sérieux de l'existence d'un marché spécifique des clous compatibles avec les pistolets Hilti (C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 8).

85. Dans le même sens, le Tribunal de l'Union, dans l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak International c/ Commission européenne, a relevé que « *l'examen des usages commerciaux ne permet pas de conclure au caractère indissociable des machines destinées au conditionnement d'un produit, d'une part, et des cartons d'autre part. Il existe, en effet, de longue date, des producteurs indépendants, spécialisés dans la fabrication de cartons non aseptiques destinés à être utilisés dans des machines produites par d'autres entreprises et ne produisant pas eux-mêmes de machines. Il ressort en particulier de la décision (point 16), non contestée par la requérante, que, jusqu'en 1987, Elopak, qui a été créé en 1957, produisait exclusivement des cartons et du matériel accessoire, notamment de manutention. De plus, selon les mêmes sources (point 13) non contestées par la requérante, environ 12 % du secteur des cartons non aseptiques était partagé, en 1985, entre trois sociétés fabricant leurs propres cartons, généralement sous licence et n'agissant, pour les machines, qu'en tant que distributeurs* » (T-83/91, Rec. p. II-755, point 82. V. aussi points 79 à 85).
86. Cette analyse a été confirmée par la Cour de justice dans un arrêt du 14 novembre 1996 (C-333/94 P, Rec. p. I-5951, points 34 à 38).
87. De même, en droit national, l'Autorité de la concurrence, dans son avis n° 12-A-21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange, a distingué un marché primaire de la vente des véhicules et un marché secondaire de l'après-vente, une fois le véhicule acheté, sur lequel les constructeurs ne sont plus en concurrence directe et sont soumis à la pression concurrentielle des équipementiers, distributeurs et grossistes indépendants, réparateurs indépendants, intermédiaires spécialisés, notamment.
88. En l'espèce, plusieurs éléments sont susceptibles de fonder une distinction entre le marché des machines à café et le marché des portions de café :
- l'achat des machines à café et des capsules de café ne sont pas effectués au même moment, les machines étant des biens durables, achetés une seule fois, alors que le café est un bien consommable, acheté régulièrement ;
 - l'achat des deux produits n'est pas nécessairement réalisé au même endroit : les machines à café peuvent être achetées dans les enseignes de la grande distribution (GMS, GSA) et dans les enseignes spécialisées (GSS), alors que le café n'est que rarement vendu dans les enseignes spécialisées ; dans certains cas, les machines à café peuvent également être vendues dans des boutiques dédiées à une marque donnée, ces boutiques proposant également du café de la même marque ;
 - les machines à café et le café sont, le plus souvent, fabriqués et commercialisés par des entreprises différentes, même si certains torrificateurs peuvent être présents sur les marchés des machines à café et du café portionné ; il existe donc une offre spécifique sur chaque marché.
89. À titre subsidiaire, il faut relever que la société Nespresso elle-même retenait le caractère dissociable des deux produits complémentaires en évoquant, dans un document interne déjà cité, l'arrivée sur le marché de capsules génériques compatibles avec les machines

Nespresso¹⁶. La mention de « *capsules génériques* » et de leur entrée sur un marché n'aurait pas de sens dans le cas de biens complémentaires indissociables.

b) Le marché des machines à expresso à café portionné

90. Plusieurs arguments militent en faveur de l'existence d'un marché des machines à expresso à café portionné qui se distinguerait à la fois du marché des machines expresso pour le café moulu ou en grains et du marché des machines à café portionné à basse pression.
91. En premier lieu, l'utilisation d'une pompe à haute pression (minimum 9 bars pour une machine expresso, généralement entre 15 et 19 pour les machines expresso à capsules) est l'un des critères techniques déterminants pour la préparation d'un expresso.
92. Ainsi, la société Lavazza a déclaré : « *D'après la définition de la recette de l'expresso italien par Lavazza (qui représente, en Italie environ 48 % de part de marché en grande distribution tout produit café confondu), un café expresso répond à plusieurs critères précis* »¹⁷ et cite parmi ces critères une quantité de café par tasse entre 7 et 8 grammes, une température d'extraction entre 80-90 ° C et une pression de la machine d'au moins 9 bars.
93. DEMB s'est, quant à elle, référé aux conditions posées par l'organisme italien de certification, l'*Instituto Nazionale Espresso Italiano* pour utiliser la certification *Italiano Espresso*, qui comprennent des critères similaires à ceux mentionnés par Lavazza.
94. Les autres torréfacteurs ou fabricants/distributeurs de machines à café interrogés, Illy, Legal, Malongo, Electrolux (qui commercialise les machines A modo Mio de Lavazza), Philips (qui commercialise les machines A modo Mio de Lavazza et les machines Senseo), à l'exception de Kraft Foods (marque Tassimo) et de BSH (qui commercialise les machines Tassimo), ont confirmé que la préparation d'un café expresso nécessitait une machine dotée d'une pompe à haute pression (avec un minimum de 9 bars).
95. En second lieu, le positionnement des produits par les entreprises elles-mêmes indique que les machines à expresso sont susceptibles de constituer un marché à part et répondent à une attente différente des consommateurs. Le marketing des fabricants ainsi que les comparatifs de machines à café réalisés à l'attention des consommateurs insistent en particulier sur la qualité obtenue grâce à l'extraction à haute pression.
96. De même, le manuel d'utilisation des machines Nespresso indique : « *Nespresso, un système exclusif pour reproduire à l'infini un expresso parfait. Toutes les machines Nespresso sont équipées d'un système d'extraction breveté à très haute pression (jusqu'à 19 bar)* » et les emballages des machines Nespresso comportent l'indication très visible que ces dernières développent une pression de 19 bars¹⁸.
97. Lavazza a également déclaré que ses machines A modo mio étaient en concurrence avec les autres machines permettant de préparer des expresso, telles que Nespresso, Dolce Gusto, Malongo ou Illy. Dans le même sens, Philips, qui commercialise les machines A modo Mio de marque Saeco, a précisé : « *Même si nous observons une tendance réelle des consommateurs vers le segment du café portionné en général (expresso ou non expresso),*

¹⁶ « *This is especially important in 2012 when generic capsules which could work with earlier versions of the Nespresso system may enter the market* ». Cote 16333, caractères gras ajoutés

¹⁷ Cote 14981

¹⁸ Cotes 16352, 16437, 16524, 16618, soulignement ajouté.

nous retenons en priorité comme concurrents des machines AMM (A modo Mio) l'ensemble des machines permettant d'obtenir un café expresso (par opposition aux machines à filtre) », soit les machines Nespresso, Dolce gusto, Malongo¹⁹.

98. En troisième lieu, le comportement des consommateurs, qui acceptent de payer un prix supérieur pour les dispositifs permettant de préparer un expresso de qualité comparable à la qualité professionnelle, semble confirmer que les machines à expresso sont susceptibles de constituer un marché à part.
99. Cette différence de prix de revient de la tasse de café est justifiée par une différence de qualité. Ainsi, une étude réalisée par Mondelèz a mis en évidence que les consommateurs français associent le café expresso notamment aux caractéristiques suivantes : la petite taille du café, la présence de crème, l'arôme corsé, la longueur en bouche. Ces mêmes consommateurs considèrent enfin que la préparation d'un expresso nécessite une machine à haute pression comme dans un bar.
100. Parmi les machines à expresso (machines manuelles, machines à café portionné, machines entièrement automatiques) dotées d'une pompe à haute pression, celles utilisant des portions de café (ou capsules) sont susceptibles de relever d'un marché distinct car leur utilisation est plus simple, sans manipulation de café moulu, et leur prix est très inférieur à celui des machines entièrement automatiques.
101. Il résulte de ce qui précède qu'il est possible de définir un marché des machines expresso à café portionné.

c) Le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso

102. Comme les capsules compatibles avec une machine expresso à café portionné ne sont pas compatibles avec d'autres machines à café, le consommateur possédant une machine d'un type donné n'a pas d'autre choix que d'acheter des capsules compatibles avec cette machine.
103. Il est donc susceptible d'exister autant de marchés de capsules que de types de machines expresso à café portionné et, notamment, au cas d'espèce, un marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso.

d) Les marchés géographiques

104. S'agissant des machines, lors de l'examen des opérations de concentration des entreprises SEB/Moulinex et Philips/Saeco, la Commission européenne a considéré que les marchés des petits électroménagers (y compris ceux des machines à café) étaient de dimension nationale en raison des fortes différences entre États membres en ce qui concerne les prix de gros, les préférences des consommateurs, les parts de marché des principaux concurrents, les systèmes de distribution et le service après-vente.
105. S'agissant des capsules, les opérateurs sont également différents dans les différents États membres. Ainsi, ECC et DEMB ne sont pas présents dans tous les États, quand bien même la distribution de leurs capsules tend à se généraliser en Europe. Par ailleurs, le prix des capsules diffère selon les États.

¹⁹ cote 8931

106. Au vu de ces éléments, on peut considérer que le marché des machines expresso à café portionné et les marchés des capsules compatibles avec ces machines sont susceptibles d'être de dimension nationale.

2. LA POSITION DE NESPRESSO

a) Sur le marché des machines à expresso à café portionné

107. Nespresso a créé et développé la technologie de l'expresso domestique préparé à partir de café portionné et est restée pendant plusieurs années le seul opérateur de ce marché naissant. L'augmentation des ventes à partir du début des années 2000 a fait émerger des concurrents sans remettre en cause sa domination, d'autant que les seules machines disposant d'une part de marché significative sont celles de la gamme Dolce Gusto du même groupe Nestlé.

108. Le tableau ci-dessous présente l'évolution des parts de marché en valeur des opérateurs présents sur le marché français des machines à expresso à café portionné.

	Parts de marché en valeur (en %) ²⁰					
	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Nespresso	84	78	77	74	74	73
Nescafé Dolce Gusto	14	20	21	24	24	23
Lavazza a modo mio	-	0	0	0	1	2
Malongo	1	2	2	2	2	2
autres (Illy, etc.)	0	0	0	0	0	0
Total	100	100	100	100	100	100

109. Au vu de ce qui précède, Nespresso est susceptible de détenir une position dominante sur le marché des machines à expresso à café portionné en France.

²⁰ Cote 16934.

b) Sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso

	En valeur (euros)	Parts de marché	En volume (capsules)	Parts de marché
2010²¹				
Nespresso	494 674 000	95,6 %	1 545 384 000	95,1 %
ECC	926 857	0,2 %	6 682 460	0,4 %
DEMB	21 915 836	4,2 %	73 259 270	4,5 %
Total	517 516 693	100 %	1 625 327 740	100 %
2011²²				
Nespresso	562 602 000	89,0 %	1 694 087 000	86,9 %
ECC	10 367 468	1,6 %	64 151 350	3,3 %
DEMB	59 129 025	9,4 %	191 066 050	9,8 %
Total	632 098 493	100 %	1 949 304 400	100 %
2012²³				
Nespresso	633 571 000	85,5 %	1 854 917 000	82,8 %
ECC	14 439 655	1,9 %	88 745 720	4%
DEMB	93 017 831	12,6 %	295 253 280	13,2 %
Total	741 028 486	100 %	2 238 916 000	100 %

110. Malgré la progression des concurrents, la part de marché de Nespresso s'élevait encore à 85 % en 2012. Au vu de ce qui précède, Nespresso est donc susceptible de détenir une position dominante sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso.

C. LES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE

111. Aux termes de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, les ventes liées pratiquées par une entreprise en position dominante peuvent constituer des abus anticoncurrentiels.
112. La Commission européenne, dans ses Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE [article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02), a précisé : « *Il y a vente liée lorsque la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante. Cette pratique peut avoir des raisons techniques ou résulter de dispositions contractuelles* » (point 48). « *Il y a vente liée pour des raisons techniques lorsque le produit liant est conçu de telle manière qu'il ne fonctionne*

²¹ Nespresso : cote VC : 1500, VNC : 21587 ; ECC : cote 15545 ; DEMB : cote 16966.

²² Nespresso : cote VC : 1500, VNC : 21587 ; ECC : cote 15545 ; DEMB : cote 16966-16967.

²³ Nespresso : cote VC : 14099, VNC : 21594 ; ECC : cote 15545 ; DEMB : cote 16967.

correctement qu'avec le produit lié (et non avec d'autres produits proposés par les concurrents). Il y a vente liée contractuelle lorsque l'acheteur du produit liant s'engage à acheter également le produit lié (et non les autres produits offerts par les concurrents) » (page 15, note de bas de page n° 2).

113. La jurisprudence de l'Union, synthétisée dans ce document, a précisé qu'une vente liée peut constituer un abus de position dominante si l'entreprise occupe une position dominante sur le marché liant, si les produits liants et les produits liés sont des produits distincts et si la vente liée débouche sur une éviction anticoncurrentielle (point 50).
114. En l'espèce, Nespresso est susceptible de détenir une position dominante sur le marché des machines à espresso à café portionné qui constitue le marché liant. En outre, les machines Nespresso et leurs consommables sont susceptibles de relever de marchés différents sur lesquels interviennent des opérateurs différents. Les produits liants et liés sont, en effet, susceptibles d'être fabriqués de manière indépendante et peuvent appartenir à des marchés distincts. Les deux premières conditions présidant à la qualification de vente liée sont donc susceptibles d'être remplies.
115. Comme cela a été indiqué au point 112, les pratiques permettant de mettre en œuvre la vente liée peuvent être de nature commerciale, juridique ou technique. Sans qu'il soit besoin de dresser une typologie de ces différentes modalités, on doit relever qu'elles peuvent être utilisées de manière cumulative et se renforcer réciproquement. Ainsi que l'a souligné le Tribunal de l'Union dans l'arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, le fait de combiner une contrainte de nature juridique et une contrainte de nature technique renforce l'effet d'éviction d'une vente liée (T-201/04, Rec. p. II-3601, points 963 et 965).
116. Il convient, dès lors, de vérifier si les pratiques de nature juridique, commerciale ou technique de Nespresso sont susceptibles de favoriser la vente liée des capsules Nespresso avec les machines Nespresso et d'avoir eu un effet d'éviction sur les capsules concurrentes.

1. SUR LES MODIFICATIONS TECHNIQUES APPORTÉES AUX MACHINES NESPRESSO

117. Les modifications techniques apportées par Nespresso à partir de 2007 ont trois caractéristiques notables : elles ont toutes eu des conséquences sur la compatibilité des capsules concurrentes, elles sont intervenues de manière répétée pendant la période d'entrée sur le marché de nouveaux concurrents et elles ont été décidées pour apporter un remède à des dysfonctionnements dont l'existence n'est pas incontestablement démontrée en l'état actuel du dossier.
118. Il faut toutefois relever que le transfert aux capsules du joint assurant l'étanchéité de la capsule lors de l'extraction du café, initialement placé dans la cage d'extraction des machines, est le seul changement technique qui a rendu nécessaire une modification des capsules Nespresso elles-mêmes et pas seulement de celles des concurrents. Cette modification a toutefois pu être anticipée et préparée par Nespresso dans de bien meilleures conditions que ses concurrents puisque ces derniers en ignoraient le calendrier.
119. Les deux modifications suivantes, l'ajout, dans le courant de l'année 2011, de nervures, de crochets et de rainures aux cages d'extraction des machines Nespresso et le nouveau paramétrage du débitmètre développé par Nespresso ont altéré le bon fonctionnement des capsules commercialisées par les fournisseurs alternatifs (DEMB, ECC, Nexpod) qui étaient auparavant compatibles avec les machines Nespresso. Ces difficultés ont pu dissuader les consommateurs d'acheter les capsules des concurrents, évinçant ces derniers

du marché, le temps qu'ils fassent évoluer leurs capsules respectives afin qu'elles deviennent à nouveau compatibles avec les machines Nespresso.

120. Malgré ces efforts d'adaptation, les problèmes transitoires observés ont pu porter atteinte à l'image des producteurs de capsules concurrents, ce dommage n'étant pas limité aux seuls consommateurs qui y ont été directement confrontés, ni proportionnel au nombre d'incidents relevés, mais a pu être beaucoup plus large du fait de la publicité négative faite autour de ces incidents, à laquelle ont pu être exposés l'ensemble des utilisateurs potentiels.
121. Enfin, la modification du système de perforation des capsules sur une partie des machines Nespresso commercialisées est intervenue en octobre 2013 au moment de l'entrée sur le marché de Mondelez qui a lancé, en septembre 2013, des capsules compatibles avec les machines Nespresso sous la marque Carte Noire. La promotion de ce nouveau produit a pu en être perturbée puisque, sur la période de lancement de ce nouveau produit, de décembre 2013 à janvier 2014, plusieurs articles de presse ont évoqué un problème de compatibilité des capsules concurrentes lié au nouveau système de perçage.
122. En outre cette ultime modification technique est venue s'ajouter aux trois modifications précédentes qui avaient déjà demandé des efforts d'adaptation coûteux aux concurrents. L'effet cumulatif des quatre modifications successives sur quelques années a donc pu aggraver leur impact sur le marché.
123. Ainsi, dans une note en date du 13 janvier 2014, ECC a indiqué être dans l'impossibilité, après avoir déjà investi pour adapter ses capsules aux harpons, de procéder à une nouvelle modification de ses capsules²⁴.
124. En l'absence de la démonstration de l'existence d'une justification objective ou de gains d'efficacité qui en résulteraient, ces modifications répétées sont susceptibles de constituer un moyen à caractère technique de mettre en œuvre une vente liée, qualifiable d'abus de position dominante de la part de Nespresso, en application des articles 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce.

2. SUR LES MENTIONS FIGURANT SUR LES MACHINES NESPRESSO, SUR LEUR EMBALLAGE ET DANS LEUR MANUEL D'UTILISATION

125. Les mentions restrictives d'usage, de qualité ou de garantie en cas d'utilisation d'autres capsules que les capsules Nespresso apposées sur les machines à café ou leur emballage, ainsi que dans leur mode d'emploi sont apparues peu de temps avant ou concomitamment à l'arrivée des premières capsules concurrentes commercialisées en France : à partir du mois de juin 2009 pour les capsules à remplir de marque Nexpod (Alice Allison) et à partir du mois d'avril 2010 pour les capsules pleines de marque L'Or Espresso (DEMB).
126. Ces mentions, qui ont pu être relayées auprès des consommateurs par des déclarations du directeur général de Nespresso France et par le discours de certains employés du Club Nespresso, ont incité les consommateurs à considérer que leur machine Nespresso ne fonctionnerait pas ou fonctionnerait moins bien avec les capsules concurrentes. En dissuadant la clientèle d'accéder à d'autres sources d'approvisionnement que les capsules

²⁴ Cotes 20908-20910

de sa propre marque, Nespresso a pu renforcer le lien entre ses machines à café et ses capsules, pour préserver sa dominance sur ce marché.

127. Ces pratiques commerciales s'articulent avec les modifications techniques précédemment décrites et les renforcent. Chaque changement susceptible de créer des problèmes de compatibilité peut venir périodiquement justifier les discours tendant à dissuader les consommateurs d'utiliser les capsules concurrentes et les restrictions d'usage qui les accompagnent.
128. Ainsi, le recours à des mentions pouvant mettre en cause la compatibilité des capsules concurrentes et leur diffusion auprès des consommateurs est susceptible de constituer une modalité juridique ou commerciale de mise en œuvre d'une vente liée qualifiable d'abus de position dominante en application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.

III. La mise en œuvre de la procédure d'engagements

A. LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR NESPRESSO

129. Après avoir reçu l'évaluation préliminaire, Nespresso a transmis aux services d'instruction de l'Autorité, le 16 avril 2014, une proposition d'engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence exposées.

1. LES ENGAGEMENTS PORTANT SUR LES PRATIQUES DE NATURE COMMERCIALE ET JURIDIQUE

130. Nespresso a proposé des engagements de nature à répondre aux préoccupations de concurrence relatives aux pratiques à caractère juridique ou commercial :
- suppression, sur tout support écrit fourni avec les machines Nespresso et sur les machines, des mentions susceptibles de dissuader les consommateurs d'utiliser des capsules concurrentes (points 8 et 9) ;
 - renversement de la charge de la preuve pour la mise en œuvre de la garantie ; la garantie s'appliquera, y compris en cas d'utilisation de capsules concurrentes, sauf si Nespresso ou le débiteur de la garantie démontre que le dommage résulte de l'utilisation de capsules concurrentes (point 10) ;
 - interdiction de formuler tout commentaire sur les capsules des concurrents pour les dirigeants et mandataires sociaux susceptibles d'être en contact avec les médias en France (points 46 à 49) ;
 - interdiction de formuler tout commentaire sur les capsules des concurrents pour les employés du Club Nespresso et les employés des prestataires de service de Nespresso (points 29 à 31 et point 37) ;
 - communication des éléments de langage, par les partenaires machines (Krupps, Magimix, etc.), aux distributeurs de machines Nespresso indépendants (Darty, Boulanger, etc., qui

représentent 80 % des ventes de machines Nespresso) relatifs à l'interdiction de formuler des commentaires sur les capsules des concurrents (points 38 et 39) ;

- organisation de visites mystères pour vérifier le respect de ces interdictions (points 40) ;
- publication d'un communiqué adressé à l'Agence France Presse soulignant l'importance des règles de concurrence lors de la publication de la décision de l'Autorité (point 20) ;
- publication sur le site Nespresso.com d'une charte soulignant l'importance des règles de concurrence et l'engagement de Nespresso de les respecter (point 19) ;
- mise en œuvre d'un programme de conformité dans lequel s'inscriront ces mesures avec, en plus des engagements déjà décrits, des mesures de formation interne, d'alerte, etc. (points 18 et s.).

2. LES ENGAGEMENTS PORTANT SUR LES PRATIQUES DE NATURE TECHNIQUE

131. Nespresso a également proposé des engagements de nature à répondre aux préoccupations de concurrence relatives aux pratiques à caractère technique :

- communication d'une fiche technique d'origine et d'informations sur les modifications techniques apportées aux machines Nespresso susceptibles d'avoir un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine Nespresso, aux fabricants actuels ou potentiels de capsules autres que celles de marque Nespresso en faisant la demande (point 13) ;
- communication de la fiche technique d'origine pour chaque modèle à compter de la notification de la décision de l'Autorité ;
- communication des mises à jour dans un délai maximum de deux semaines après la décision finale d'approbation du SOP (« *Start Of Production* ») par le directeur des opérations de Nestlé Nespresso et, au plus tard, trois mois avant la commercialisation effective en France de la machine modifiée.

3. LES ENGAGEMENTS MIS EN ŒUVRE DE MANIÈRE ANTICIPÉE

132. Enfin, Nespresso s'est engagé à mettre en œuvre une série de mesures complémentaires relatives au modèle Inissia, avant même la publication de la décision de l'Autorité :

- modification des emballages et des documentations des machines Inissia (point 52) ;
- communication, le 15 janvier 2014, *via* son site Internet, d'une fiche technique concernant les lames utilisées pour percer le sommet des capsules. Cette fiche technique comporte une description de la forme des anciennes et des nouvelles lames, ainsi que des matériaux utilisés pour leur fabrication (point 53) ;
- communication, dans les 48 heures suivant la publication par l'Autorité de son test de marché, d'une fiche technique d'origine pour les machines Inissia (point 53) ;
- interdiction, à partir du 10 janvier 2014, de formuler des commentaires sur les capsules des concurrents ou sur leur compatibilité avec les machines Nespresso (point 54).

B. LES OBSERVATIONS RECUEILLIES LORS DU TEST DE MARCHÉ

133. Le 17 avril 2014, l’Autorité a transmis aux parties saisissantes et mis en ligne sur son site Internet la proposition d’engagements de Nespresso sur laquelle les parties saisissantes DEMB et ECC ont présenté leurs observations.
134. Le test de marché a également permis aux tiers intéressés de s’exprimer. Ont ainsi présenté leurs observations :
- des fabricants de capsules concurrents : Mondelèz, Swiss Innovation Products, Fichaux Industries, Equity Holding (marque Capsul’in) et Innov Café ;
 - un groupe de distribution : le groupe Casino ;
 - M. Guy Y..., détenteur d’un brevet traitement des dosettes usagées en vue de leur recyclage.
135. Il ressort de ces différentes observations que seule ECC conteste le recours à la procédure d’engagements et demande un retour à l’état antérieur des machines Nespresso.
136. Les autres réponses concernent l’ensemble des engagements et plus particulièrement les engagements techniques, la demande principale étant de pouvoir mieux anticiper les modifications des machines Nespresso ayant un impact sur la compatibilité des capsules. Ces observations seront détaillées ci-après.

1. SUR LES ENGAGEMENTS DE NATURE JURIDIQUE OU COMMERCIALE

• La rédaction des clauses concernant la garantie (point 30)

137. DEMB critique la nouvelle rédaction de la clause de garantie car elle serait de nature à créer des doutes dans la perception des consommateurs quant à la compatibilité des capsules concurrentes, les consommateurs pouvant facilement croire que les capsules Nespresso offrent une plus grande compatibilité. En conséquence, DEMB propose la rédaction suivante de la clause de garantie : « *la garantie s’applique quelle que soit la marque de la capsule utilisée dans la machine* ».

• Les personnes concernées par les mesures d’information et de formation (point 30)

138. Mondelèz estime que les mesures d’information et de formation ne devraient pas se limiter aux employés en contact avec les consommateurs mais devraient concerner l’ensemble des employés de Nespresso France et des employés des prestataires retenus par eux qui pourraient être en contact avec des clients.

• L’interdiction de formuler tout commentaire relatif aux capsules des concurrents (point 29-30)

139. ECC considère qu’en cas de question relative aux capsules compatibles, le consommateur devrait être systématiquement renvoyé, par les téléopérateurs et/ou les fabricants de machines, vers le fabricant de capsules concerné.

• La mise en place d’un audit de conformité et les visites mystère (point 40-41)

140. Mondelèz propose que les visites mystères, permettant à Nespresso d’établir son audit de conformité, soient effectuées par un auditeur tiers indépendant à la charge de Nespresso.

• L’efficacité du programme de conformité

141. Mondelèz estime que, pour que le programme de conformité soit réellement efficace, il conviendrait d'exiger que Nespresso France insère une clause relative au respect du droit de la concurrence dans les contrats de travail de ses dirigeants et salariés.

2. SUR LES ENGAGEMENTS TENDANT À LEVER LES OBSTACLES DE NATURE TECHNIQUE

a) Sur le délai de communication des informations techniques

142. Mondelèz souhaite que les informations techniques soient communiquées non pas deux semaines après la décision finale d'approbation du SOP (« *Start Of Production* ») mais à partir de la validation du design de la modification technique.
143. De manière générale, les parties saisissantes et les tiers estiment que le délai minimum de trois mois avant la commercialisation de la machine modifiée, que Nespresso doit respecter pour transmettre les informations techniques, est largement insuffisant. Ils considèrent, en effet, que ce délai ne permet ni de mettre en place toutes les mesures nécessaires à la modification de leurs capsules ni de s'assurer qu'aucun problème de compatibilité ne surviendra entre les capsules déjà présentes sur le marché et la machine modifiée. De manière générale, les réponses estiment entre 9 et 18 mois le délai minimum nécessaire.

b) Sur les informations techniques communiquées

144. Mondelèz estime que la communication des informations techniques dépend de Nespresso et de sa bonne foi pour déterminer si ces modifications sont susceptibles d'avoir un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine.
145. DEMB considère, en outre, que les fiches techniques d'origine pour chaque modèle commercialisé, ainsi que les mises à jour techniques de toutes les modifications ayant un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine, ne sont pas suffisantes pour garantir qu'un fabricant concurrent pourra concevoir et fabriquer une capsule compatible. Pour adapter ses capsules aux machines modifiées, DEMB explique qu'elle doit déterminer s'il existe un problème de compatibilité et ensuite développer et tester des prototypes de nouvelles capsules. À ce titre, elle estime qu'en sus des fiches techniques et des mises à jour, il est nécessaire que Nespresso fournisse des prototypes des modèles de machines modifiées qui seront mises sur le marché, afin que les concurrents puissent tester leurs propres capsules modifiées.

c) Sur la justification des modifications techniques

146. ECC et Mondelèz estiment que la communication préalable d'informations techniques n'empêchera pas Nespresso de continuer à modifier ses machines de manière injustifiée avec pour seul but de dégrader l'interopérabilité des fabricants de capsules compatibles.
147. ECC critique ainsi le fait que Nespresso puisse procéder à des modifications techniques sans avoir à justifier leur opportunité ou à détailler le problème technique de fonctionnement de leurs propres capsules avec les machines qu'elle veut résoudre.
148. Mondelèz émet des réserves sur le fait que Nespresso puisse faire une exception à la communication préalable des informations techniques soit pour assurer la sécurité des consommateurs, soit pour procéder à des actions correctives urgentes destinées à pallier un dysfonctionnement à caractère exceptionnel. Mondelèz et M. Guy Y... craignent aussi que

Nespresso reste libre d'apprécier si la modification a un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine et de trouver un prétexte de protection du consommateur ou de dysfonctionnement exceptionnel pour contourner l'engagement proposé.

d) Sur les modalités de transmission

149. DEMB, Mondelèz, Swiss Innovation Products et M. Guy Y... soulignent que le dispositif permettant la mise à disposition des informations techniques aux concurrents donne un avantage concurrentiel injustifié à Nespresso puisque cette dernière aura connaissance de l'ensemble des sociétés fabricant/concevant des capsules compatibles ou ayant l'intention d'en fabriquer/concevoir, de leur entrée et de leur sortie du marché, ainsi que du nombre de leurs salariés. À ce titre, DEMB propose la mise en place d'un intermédiaire entre Nespresso et ses concurrents, qui permettrait à ces derniers d'avoir accès aux informations techniques sans que Nespresso en ait connaissance.
150. S'agissant de l'accord de confidentialité à signer entre Nespresso et le fabricant de capsules compatibles (annexe III de la proposition d'engagements), l'article 1 mentionne que « *la société s'engage à tenir secrètes et à ne pas divulguer à une tierce partie l'ensemble des informations confidentielles de Nespresso* ». Mondelèz souligne que les sociétés impliquées dans la conception de capsules compatibles doivent travailler avec des cabinets extérieurs de conseils. Mondelèz considère qu'il serait nécessaire de pouvoir communiquer des informations sur les modifications techniques à ces experts extérieurs, qui pourraient de ce fait être soumis aux mêmes obligations de confidentialité.

e) Sur la désignation d'un mandataire ou tiers de confiance

151. ECC, DEMB, Mondelèz et Swiss Innovation Products demandent la mise en place d'un mandataire ou « monitoring trustee ». Toutefois, ces entreprises souhaiteraient lui voir confier des missions différentes.
152. La demande de DEMB souhaite que ce mandataire assure trois fonctions principales :
- une fonction de suivi de la mise en œuvre des engagements souscrits par Nespresso, avec remise d'un rapport trimestriel à l'Autorité et signalement en cas de projet de modification technique potentiellement anticoncurrentielle ;
 - une fonction de consultation sur la nécessité de communiquer les modifications techniques envisagées par Nespresso aux autres acteurs du marché, doublée d'une fonction d'autorisation en cas de non-communication de ces informations dans les délais prévus en vue d'assurer la sécurité des consommateurs ou pour procéder à des actions correctives urgentes ;
 - une fonction d'intermédiaire en vue d'éviter que Nespresso ait accès à la liste des concurrents ayant demandé la communication des informations relatives aux modifications techniques (v. *supra*) ;
153. Mondelèz souhaite ajouter une fonction d'arbitre entre les acteurs du marché, à charge pour le mandataire d'intervenir en cas de différend entre Nespresso et un tiers quant aux modifications techniques introduites.
154. ECC va encore plus loin en demandant qu'un expert indépendant rende un avis conforme sur les projets de modifications techniques envisagés par Nespresso, au terme d'une procédure contradictoire.

155. Swiss Innovation Products suggère qu'un laboratoire d'essai engagé par Nespresso attribue des certificats de conformité aux producteurs de capsules concurrents.

3. SUR LES ENGAGEMENTS ANTICIPÉS

156. Le 10 juin 2014, les services d'instruction de l'Autorité ont proposé aux parties saisissantes de faire part de leurs observations éventuelles sur les engagements mis en œuvre de manière anticipée par Nespresso. ECC et DEMB ont déposé leurs observations le 19 juin 2014. Nespresso a, de son côté, déposé un rapport d'exécution des engagements mis en œuvre de manière anticipée le 24 juin 2014.
157. ECC estime que la communication d'une fiche technique concernant les nouvelles lames dont sont dotées les machines Inissia n'est pas susceptible de mettre fin aux préoccupations de concurrence. Pour elle, seul le retour à l'état antérieur permettrait de résoudre le problème identifié.
158. Bien que le changement de lame n'ait pas affecté la compatibilité de ses capsules, DEMB, considère que la communication d'informations techniques sur le modèle Inissia ne présente pas d'intérêt pratique dans la mesure où elle n'a pas été mise en œuvre antérieurement à la commercialisation de ces machines.

C. DISCUSSION

159. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce l'Autorité de la concurrence peut « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* ».
160. Après discussion avec l'Autorité et avant la séance, Nespresso a déposé, le 23 juin 2014, une nouvelle version de sa proposition d'engagements pour tenir compte des résultats du test de marché, puis une version améliorée le 11 juillet 2014 et a enfin accepté des modifications lors de la séance du 24 juillet 2014. C'est sur cette dernière version incluant les dernières modifications acceptées en séance que le collègue s'est prononcé.

1. SUR LE RECOURS À LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS

161. Seule ECC, dans ses observations écrites comme en séance, a contesté le recours à la procédure d'engagements en considérant que les pratiques mises en œuvre par Nespresso avaient causé un grave dommage à l'économie, en entravant l'arrivée sur le marché des fabricants de capsules concurrents, ce qui justifierait le prononcé d'une sanction.
162. Cependant, le I de l'article L. 464-2 du code de commerce permet ainsi à l'Autorité de la concurrence d'« *accepter des engagements proposés par les entreprises ou les organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* ». Ainsi, l'Autorité peut accepter des engagements dès lors que ces derniers sont de nature à mettre fin aux préoccupations de concurrence identifiées.

163. Par ailleurs, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 19 décembre 2013, société Cogent Communications France, a également relevé que « *la procédure d'engagements constitue l'un des outils qui permet à une autorité de concurrence d'exécuter sa mission consistant à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, cette mission de défense de l'ordre public économique habilitant ladite autorité à rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence* ».

2. SUR LES ENGAGEMENTS

164. Dans leur version définitive, les engagements sont proposés non seulement par les sociétés Nespresso France, Nestlé Nespresso SA, Nestec SA, Nestlé SA et Nespresso Entreprises SA mais aussi par toutes autres sociétés du groupe Nestlé qui exerceraient des activités directement ou indirectement liées à la conception, la fabrication, la commercialisation ou le service après-vente en France des machines Nespresso (point 3).

165. Cette nouvelle formulation permet donc de viser l'ensemble des sociétés du groupe Nestlé, actuelles ou futures, intervenant dans la conception, la fabrication, la commercialisation ou le service après-vente des machines Nespresso en France.

a) Les engagements de nature juridique et commerciale

En ce qui concerne la clause de garantie

166. Dans un premier temps, Nespresso avait proposé de renverser la charge de la preuve relative à la mise en œuvre de la garantie de ses machines à café en remplaçant la clause contestée selon laquelle « *Tout dommage ou dysfonctionnement occasionné par l'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso ne sera pas couvert par la garantie* » par la clause suivante : « *La garantie s'applique y compris en cas d'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso, sauf si le dommage ou le dysfonctionnement constaté a été causé par l'utilisation de telles capsules. En cas de différend, il appartiendra à [Nespresso/Krups/Magimix/De'Longhi] de prouver que le dommage ou le dysfonctionnement a été causé par l'utilisation de ces capsules* ».

167. Dans la version définitive de sa proposition d'engagements, Nespresso propose que la clause de garantie mentionnant les capsules concurrentes soit progressivement supprimée de tous les documents accompagnant les machines Nespresso. En effet, à la demande des parties saisissantes et, notamment, de DEMB tant dans ses observations écrites qu'en séance, il est apparu plus neutre de ne plus mentionner une différence de traitement entre les types de capsules et de s'en remettre au droit commun de la garantie. La suppression progressive de ces clauses ou de toute clause équivalente interviendra à compter de la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence.

168. Il est à noter que la modification proposée des mentions sur la garantie par les engagements anticipés ne concerne que les machines déjà commercialisées au moment de la présentation des engagements. En revanche, comme l'indique le point 11 de la proposition d'engagements, la suppression définitive de toute mention des capsules concurrentes en matière de garantie, qui constitue l'engagement définitif, porte sur toute les machines y compris celles qui seront commercialisées dans le futur via le Club Nespresso.

En ce qui concerne l'interdiction de formuler des commentaires sur les capsules concurrentes

169. À la demande des concurrents et afin d'éviter de susciter des craintes dans l'esprit des consommateurs en mentionnant un risque d'incompatibilité sur lequel les consommateurs ne pourraient pas obtenir de renseignement, Nespresso a proposé lors de la séance que ses employés, ainsi que ceux des prestataires de service en contact avec les consommateurs de machines Nespresso utilisent la formule « *Nous ne sommes pas autorisés à (...)* » plutôt que la formule « *Nous ne sommes pas en mesure de (...)* » et qu'ils complètent leur réponse, en cas de question portant sur la compatibilité des capsules des concurrents, par la formule suivante : « *Nous vous invitons à vous rapprocher de votre fournisseur de capsules* » (points 47 et 54).
170. En outre, Nespresso propose que ses dirigeants et mandataires sociaux, susceptibles de faire des commentaires sur les capsules des concurrents, utilisent la même formule (point 66).

En ce qui concerne l'efficacité du programme de conformité

171. Nespresso propose d'insérer une clause spécifique relative au respect du droit de la concurrence sous forme d'avenant dans les contrats de travail du comité de direction de Nespresso France (point 61) et de remettre aux employés de Nespresso France un support d'informations rappelant qu'en cas de manquement aux règles de concurrence, ils courront le risque de se voir appliquer les sanctions disciplinaires prévues dans le règlement intérieur (point 62).
172. Ces améliorations sont de nature à améliorer la crédibilité du programme de conformité qui est un engagement pertinent au cas d'espèce puisqu'il permettra d'attirer l'attention des employés de Nespresso France en contact avec les consommateurs sur les atteintes à la concurrence que peuvent constituer certaines de leurs déclarations.

b) Les engagements de nature technique

173. De manière générale, les observations écrites comme les débats lors de la séance ont porté principalement sur les engagements relatifs à la communication des informations techniques lors des modifications éventuelles des machines Nespresso. Les fournisseurs de capsules concurrentes ont fait part de leur inquiétude sur le risque de nouveaux changements qui interviendraient après l'acceptation des engagements et qui seraient de nature à affecter de nouveau la compatibilité de leurs produits, sur les délais et les coûts d'adaptation et les risques réputationnels en cas de difficultés auprès des consommateurs. Leur demande a principalement porté sur l'allongement du délai entre la transmission des modifications techniques et la commercialisation des nouvelles machines.
174. Il convient donc de préciser les objectifs poursuivis par les engagements et les limites de ce qu'ils peuvent garantir, en relevant que la situation de marché qu'il faut traiter est marquée par une double asymétrie qui rend illusoire l'obtention d'une parfaite neutralité des changements techniques entre Nespresso et ses concurrents.
175. La première asymétrie est que les modifications techniques éventuellement engagées par Nespresso portent sur ses machines et sont destinées à apporter des améliorations sans modifier ou en modifiant le moins possible ses propres capsules alors que les concurrents doivent apporter des modifications techniques à leurs capsules pour les adapter aux nouvelles machines. Ni les processus industriels, ni les délais ne sont a priori identiques pour réaliser ces deux types de modifications. Il n'est donc pas possible de garantir par des

délais définis à l'avance, sauf à les allonger déraisonnablement pour se donner une marge de sécurité suffisante, que les concurrents auront tous le temps de réaliser leurs adaptations techniques avant la commercialisation des nouvelles machines.

176. Cette première limite est aggravée par une seconde asymétrie qui tient à la multiplicité des concurrents dont les capacités de réaction et d'innovation sont variables et qui, au surplus, doivent réaliser leurs changements dans des cadres différents puisqu'ils n'utilisent pas les mêmes technologies pour leurs capsules, ne sont pas nécessairement touchés de la même façon par les modifications éventuelles et ne sont pas soumis aux mêmes contraintes en matière de brevets et de droits de propriété industrielle pour y répondre. L'expérience a d'ailleurs montré la diversité des comportements des principaux concurrents lors des précédentes modifications techniques.
177. L'objectif des engagements ne peut donc pas être de supprimer toute période de transition entre la sortie d'une nouvelle machine et l'adaptation complète de tous les concurrents. Il faut, à cet égard, relever que l'existence de cette période d'adaptation n'a rien d'anormal en régime de concurrence. Il est en effet habituel que les entreprises mettent un certain temps avant de répondre à une innovation commerciale ou technique de leurs concurrents sur le marché. En pratique, les conséquences commerciales d'un éventuel retard devraient rester limitées puisque le parc installé de machines Nespresso est désormais assez important et ne pourra évoluer rapidement avec la commercialisation de nouvelles machines. Les débouchés des capsules concurrentes compatibles avec les anciens modèles de machines Nespresso seront donc préservés pendant plusieurs mois, durée nécessaire pour que les nouveaux modèles occupent une place significative sur le marché.
178. Le vrai risque de cette période frictionnelle pendant laquelle deux types de machines vont cohabiter avec éventuellement des situations de compatibilité variables selon les fabricants est un risque de réputation, des difficultés même transitoires et limitées pouvant avoir des conséquences importantes sur le comportement des consommateurs si la communication qui les entoure n'est pas maîtrisée.
179. L'objectif recherché par les engagements est donc de trouver un équilibre entre deux exigences potentiellement contradictoires. Le délai retenu doit, tout d'abord, permettre aux concurrents de disposer d'un temps raisonnable pour mettre en œuvre leur processus industriel dès lors que la modification des machines aura été engagée de manière irréversible sans attendre la mise sur le marché de ces nouvelles machines, tout en préparant leur communication sur les éventuelles conséquences de ces changements. D'autre part, ce délai doit aussi être limité pour ne pas retarder inconsidérément la commercialisation de nouvelles machines développées par Nespresso dans l'attente d'une adaptation de ses concurrents.

Le délai de communication des informations techniques

La définition de la décision de SOP, point de départ du délai de principe

180. Le point de départ de la communication des informations techniques a été fixé à la décision de mise en production des nouvelles machines (« SOP » ou *Start of production*) qui est un événement précisément défini et vérifiable.
181. Nespresso a défini ainsi la décision de SOP dans ses engagements : « *Le “SOP” (“Start of Production” ou “début de la production” en français), correspond à la décision formelle qui survient à la fin du processus de développement et autorise le déclenchement du processus de production de série par les fabricants de modèles de Machines Nespresso. Le SOP se matérialise par un formulaire qui doit comporter les signatures de plusieurs*

responsables de Nestlé Nespresso, dont celle de son Directeur des Opérations (aujourd'hui, Monsieur Edouard Z...). Afin de ne pas retarder leur commercialisation, la production des machines Nespresso ou des pièces détachées concernées peut commencer dès le lendemain du SOP » (point 20, note 2).

182. La décision de SOP est ainsi définie par son auteur, son contenu et le moment où elle intervient, ce qui permet de mieux identifier la décision de SOP dans le processus industriel de Nespresso et de déterminer précisément le point de départ du délai de transmission des informations techniques lorsque le délai de principe s'applique.
183. Ainsi, la règle retenue dans les engagements est que les informations techniques sont transmises aux concurrents dès la décision de SOP, c'est-à-dire au moment où l'ordre de mise en production est donné aux partenaires titulaires d'une licence de fabrication.

La durée du délai de sauvegarde

184. La règle générale ainsi définie n'est toutefois pas suffisante car le délai entre le SOP et la commercialisation des machines est variable, même s'il est généralement de plusieurs mois et on ne peut exclure qu'une commercialisation rapide après le SOP prive les concurrents du délai raisonnable qu'on souhaite leur accorder. Il a donc été nécessaire de prévoir un délai de sauvegarde incompressible afin de laisser un temps d'adaptation minimum aux concurrents.
185. C'est sur ce point que les positions étaient les plus éloignées. Nespresso qui avait initialement fixé à douze semaines le délai de sauvegarde, soit environ trois mois, alors que les concurrents demandaient un délai compris entre neuf et dix-huit mois.
186. L'examen des délais mis en œuvre à l'occasion des modifications passées a permis de mieux apprécier ces demandes. Il est notamment apparu que les entreprises concurrentes n'ont pas toujours eu besoin d'un délai aussi long que celui qu'elles demandent pour adapter leurs capsules aux différentes modifications techniques.
187. Par exemple, DEMB indique avoir eu besoin de dix mois pour adapter ses capsules à l'ajout de crochets et de nervures dans la cage d'extraction des machines Nespresso et n'a eu besoin d'aucun délai pour adapter ses capsules au changement de système de perforation, puisque cette modification n'a pas affecté la compatibilité de ses capsules.
188. De même, si Mondelèz soutient avoir besoin de dix-huit mois comme délai de sauvegarde, elle a, en réalité, mis neuf mois environ pour s'adapter au changement du système de perforation, ses capsules ayant de nouveau été compatibles avec l'ensemble du parc de machines Nespresso au mois de mai 2014, comme cela a été indiqué lors de la séance.
189. Enfin, si la société Equity Holding SA, entendue en qualité de témoin lors de la séance, a demandé un délai de neuf mois avant la première commercialisation des machines, elle n'a, jusqu'ici, eu besoin que de quatre à cinq mois pour adapter ses capsules aux modifications techniques apportées aux machines.
190. Les délais d'adaptation effectifs ont donc été compris entre cinq et neuf mois. Ce constat ne préjuge pas du délai qui pourrait être nécessaire en cas de nouvelles modifications, compte tenu des contraintes liées aux droits de propriété industrielle, mais il montre qu'une adaptation relativement rapide est possible.
191. De son côté, Nespresso a fourni des informations montrant que le délai effectif entre le SOP et la commercialisation des machines modifiées a été, par le passé, compris entre quatre et sept mois. Au regard de ces précédents, il apparaît, d'une part, que les concurrents auraient bénéficié d'un délai de quatre à sept mois sans mise en œuvre de la

clause de sauvegarde et, d'autre part, qu'en imposant un délai de sauvegarde supérieur à quatre mois on prend le risque de retarder le processus de commercialisation d'une nouvelle machine de manière excessive au regard des améliorations que les innovations en cause pourraient apporter aux consommateurs.

192. Ainsi, compte tenu des délais d'adaptation des concurrents observés lors des précédentes modifications, des délais observés entre la commercialisation des nouvelles machines Nespresso et le SOP et de la nécessité de ne pas retarder inconsidérément la commercialisation des nouvelles machines, il apparaît qu'un délai de sauvegarde de quatre mois répond aux objectifs rappelés aux paragraphes 174 à 179 ci-dessus.
193. Lors de la séance, Nespresso a accepté de porter le délai de sauvegarde à dix-huit semaines à compter du SOP, soit quatre mois pleins.

Sur les informations techniques communiquées

La teneur des informations techniques communiquées

194. Comme cela avait été demandé lors du test de marché, Nespresso propose de communiquer toutes les informations techniques « *ayant un impact sur l'interaction entre la capsule et la Machine Nespresso* » (points 14, 15 et 16) et de mettre à la disposition des concurrents, par l'intermédiaire d'un tiers de confiance, des prototypes de nouvelles machines pour effectuer des tests de compatibilité des capsules (point 22).
195. Nespresso proposait initialement de mettre à disposition trois prototypes mais les plaignants ont fait observer que ce nombre était insuffisant pour garantir que tous concurrents auraient accès aux tests dans des délais convenables. Lors de la séance, Nespresso a accepté d'augmenter ce nombre et a proposé de mettre à disposition de ses concurrents quinze prototypes par l'intermédiaire d'un tiers de confiance.
196. Après la séance, Nespresso a également pris soin de préciser que si le tiers de confiance considère que ce nombre était insuffisant pour lui permettre de réaliser simultanément tous les tests nécessaires, il en alertera l'Autorité et Nestlé Nespresso SA afin de l'ajuster à ses besoins.

L'origine de la modification technique

197. Nespresso propose d'accompagner la communication des informations techniques d'une mention relative à l'objectif général poursuivi par la modification concernée (point 19). Il s'agit, pour Nespresso, d'expliquer aux concurrents quel est l'esprit de son innovation technique afin de les mettre mieux en mesure d'en comprendre les mécanismes.
198. Après la séance et à la demande des concurrents, Nespresso a précisé que cette mention relative à l'objectif général poursuivi serait communiquée à l'occasion, aussi bien, de la modification d'un modèle de machine existant que d'une nouvelle spécification technique comprise dans un nouveau modèle de machine.
199. Par ailleurs, Nespresso propose de communiquer à l'Autorité un dossier exposant les raisons qui auront motivé chacune des modifications techniques ayant un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine (point 23). Nespresso communiquera un premier dossier à l'Autorité dans le premier mois qui suivra la décision d'affecter des ressources à une amélioration technique susceptible d'avoir un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine Nespresso puis communiquera un second dossier à l'Autorité à la même date que la transmission au tiers de confiance des fiches techniques à destination des concurrents.

200. Cet engagement est particulièrement important pour dissiper les doutes sur le caractère justifié des modifications qui pourraient être décidées à l'avenir.

Le calendrier de commercialisation des machines modifiées

201. Afin de répondre aux observations présentées lors du test de marché, Nespresso accepte de communiquer la date prévisionnelle de première commercialisation, en France, des modèles de machines Nespresso concernées par les modifications techniques (point 18).

Les modalités de transmission

202. Afin de répondre aux fortes craintes exprimées par de nombreux acteurs lors du test de marché, Nespresso propose que les informations techniques soient communiquées par un tiers de confiance aux fabricants concurrents qui en auront fait la demande directement à ce tiers de confiance, au moyen du formulaire d'information (annexe II) et de l'accord de confidentialité (annexe III) (point 31).
203. Par ailleurs, comme demandé, Nespresso propose que les fabricants concurrents puissent divulguer les informations techniques communiquées aux prestataires externes intervenant pour leur compte dans le processus de fabrication (article 1 à l'annexe III).
204. Enfin, DEMB a proposé en séance que Nespresso modifie plusieurs paragraphes de l'accord de confidentialité. Cependant, si l'accord de confidentialité fait partie du dispositif mis en œuvre des engagements proposés tendant à lever les obstacles de nature technique, il ne constitue pas un engagement en tant que tel. La proposition d'une nouvelle rédaction par DEMB n'apporte pas de réponse supplémentaire à la préoccupation de concurrence identifiée. Il en résulte qu'elle est écartée.

La nomination d'un tiers de confiance (nouvelle partie 3)

205. Nespresso propose ainsi de nommer un « *Tiers de Confiance* » pour assurer la mise en œuvre de la communication des informations techniques (partie 3 de la dernière proposition d'engagements). Le tiers de confiance présentera ainsi toutes les garanties d'indépendance habituellement requises par l'Autorité. Il sera rémunéré par Nespresso selon des modalités ne portant pas atteinte à la bonne exécution de sa mission, ni à son indépendance (point 26). La désignation du tiers de confiance sera soumise à l'Autorité ainsi que son contrat de mission, pour agrément (points 27-29).
206. Il aura deux principales fonctions : (a) communiquer sans délai, dès réception, les informations techniques aux fabricants concurrents qui lui en auront fait la demande selon les modalités définies *infra* (point 31) et (b) réaliser les tests que les concurrents jugeraient pertinents ou nécessaires de réaliser sur les prototypes mis à disposition par Nespresso, sur leur demande et à leurs frais (point 22).
207. Le tiers de confiance remettra à l'Autorité un rapport annuel sur l'exécution de sa mission. Une copie de ce rapport sera communiquée à Nespresso, après occultation des informations nominatives relatives aux fabricants concurrents (point 34).

c) Sur le périmètre des machines concernées

208. Les engagements concernent toutes les machines Nespresso déjà commercialisées ou susceptibles de l'être à l'avenir comme l'indiquent par exemple les points 14 et 15. Toutefois, dans certains passages (points 9 et 55, ainsi que l'annexe I), les engagements mentionnent trois partenaires titulaires d'une licence de fabrication des machines

Nespresso, en précisant que cette liste indicative est valable « à ce jour »²⁵. Cette mention nominative des fabricants actuels les plus importants est sans préjudice du caractère universel des engagements qui portent sur toutes les machines quel que soit leur fabricant actuel ou futur.

3. CONCLUSION

209. Dans la version définitive de sa proposition d'engagements, Nespresso a complété son offre de façon à répondre aux principaux points relevés lors du test de marché et aux demandes de l'Autorité lors de la séance.
210. En particulier, sur la question importante de la communication aux concurrents des informations relatives aux modifications techniques, Nespresso a substantiellement amélioré sa proposition d'engagements sur quatre points :
- elle a allongé de 12 à 18 semaines le délai de sauvegarde incompressible laissé aux concurrents pour recevoir les informations techniques sur les nouvelles machines avant leur commercialisation;
 - elle s'est engagée à mettre 15 prototypes de nouvelles machines, au lieu de 3, à la disposition des concurrents afin qu'ils puissent faire procéder aux tests de compatibilité de leurs capsules ;
 - elle s'est engagée à désigner un tiers de confiance jouant un rôle d'intermédiaire afin d'éviter tout transfert d'informations confidentielles entre les concurrents et elle-même à l'occasion de la communication sur les informations techniques ;
 - elle s'est engagée à être plus transparente sur l'origine des modifications techniques apportées aux machines et sur les nouvelles spécifications techniques, notamment en communiquant à l'Autorité, très en amont du processus de décision de fabrication, un dossier exposant les raisons qui motivent des changements techniques.
211. Ces améliorations s'inscrivent dans un dispositif plus vaste d'engagements dont chaque volet a pour objet de lever un des obstacles technique, juridique ou commercial identifiés dans l'évaluation préliminaire de concurrence. De même que les pratiques identifiées peuvent se renforcer l'une l'autre, les engagements se complètent et se renforcent et forment un ensemble dont l'efficacité est supérieure à celle de chaque engagement pris isolément. Chacun d'entre eux doit donc être apprécié en tenant compte du dispositif global dans lequel il s'insère.
212. Ils apparaissent ainsi proportionnés et pertinents pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées, et restent équilibrés car ils permettent de ne pas freiner l'innovation de Nespresso tout en permettant de prévenir l'affaiblissement de la concurrence sur le marché.

²⁵ Cette liste, purement indicative, qui se limite à trois partenaires, Krups, Magimix et de Longhi, est d'ailleurs incomplète puisqu'elle ne mentionne pas la société Miele, alors que les pièces du dossier montrent que cette dernière est titulaire d'une licence partenaire. Ce fabricant, positionné sur le secteur du très haut de gamme, a certes des parts de marché négligeables mais il est néanmoins également concerné par les engagements.

213. Les engagements améliorés lors de la séance répondent aux préoccupations de concurrence exprimées et présentent un caractère substantiel, crédible et vérifiable.
214. Il y a donc lieu de les accepter, de les rendre obligatoires et de clore la procédure.

DÉCISION

Article 1^{er} : L'Autorité de la concurrence accepte les engagements pris par Nespresso qui font partie intégrante de la présente décision à laquelle ils sont annexés. Ces engagements sont rendus obligatoires à compter de la notification de la présente décision.

Article 2 : Les saisines enregistrées sous les numéros 10/0110 F et 11/0038 F sont closes.

Délibéré sur le rapport oral de M. Philippe Couton et Mme Laure Gauthier, rapporteurs, et l'intervention de M. Joël Tozzi, rapporteur général adjoint, par M. Thierry Dahan, vice-président, président de séance, et Mmes Laurence Idot et Pierrette Pinot, membres.

La secrétaire de séance,

Le président,

Béatrice Déry-Rosot

Thierry Dahan
