

## CONSEIL DE LA CONCURRENCE

### Décision n° 98-D-57 du 15 septembre 1998 relative à une saisine de la société Phytorus dans le secteur des produits phytosanitaires

---

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 23 juin 1993 sous le numéro F 605, par laquelle la société Phytorus a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Elf Atochem Agri ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Phytorus et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et la société Phytorus entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

## **I. - Constatations**

### **A. - Le secteur concerné**

La société Elf Atochem Agri développe en France dans le secteur de l'agrochimie deux activités : l'une concerne la distribution des produits phytosanitaires comme les herbicides, les fongicides, les insecticides destinés à protéger les végétaux avant et après la récolte, et l'autre consiste dans la fabrication de matières actives entrant dans la composition des produits finis. Parmi ces matières actives se trouve le mancozèbe qui est un fongicide de la famille des dithiocarbamates utilisé pour le traitement des arbres fruitiers, de la vigne et des cultures légumières et florales. Découvert dans les années 1960 par la société Rohm & Haas qui en est le principal producteur, ce produit est également commercialisé par les sociétés Elf Atochem Agri, JSB, la Cornubia, Dupont, Sandoz Agro, Top, Tradi Agri, La Quinoléine, Proval et Sipcam Phyteurop. D'après des sources professionnelles, la société Rohm & Haas détenait, en 1994, au niveau mondial, une part de marché de 44,7 % ; celles des sociétés Elf Atochem, DuPont et Sanachem étaient respectivement de 20,7 %, 8,3 % et 4,4 %, le reste des ventes, soit 21,9 %, étant réparti entre de nombreux petits producteurs.

### **B. - Les faits**

La société Phytorus, qui a pour activité la production et la distribution de spécialités phytosanitaires, a mis au point en 1991 un produit appelé " Dauphin " composé, notamment, de 4 % de cymoxanil qu'elle produit et de 46,5 % de mancozèbe. Afin de se fournir en mancozèbe, elle s'est adressée en premier lieu à la société Rohm & Haas et, s'étant vu opposer un refus, a engagé des discussions avec la société DuPont de Nemours. L'échec de celles-ci a conduit la

société Phytorus à s'adresser à la société Pennwalt France, devenue depuis Elf Atochem Agri. Par lettre du 27 juin 1991, la société Phytorus indiquait à cette société : " *L'accord serait de nous fournir l'intégralité de nos besoins en mancozèbe technique. Ce qui représenterait 100 à 150 tonnes dès la deuxième année de commercialisation, avec un maximum de 200 tonnes. (...) Pour information, Phytorus est prêt à fournir Pennwalt en cymoxanil technique si nécessaire* ". Les discussions sur un accord croisé de fourniture se sont poursuivies entre les deux sociétés. Une lettre de la société Phytorus en date du 18 mars 1993 adressée à la société Elf Atochem Agri fait état d'une réunion tenue le 23 février 1993, au cours de laquelle les parties seraient parvenues à un accord, la société Phytorus s'engageant à se fournir en mancozèbe exclusivement auprès de la société Elf Atochem Agri, sur la base d'une proposition de contrat de fourniture élaboré par cette dernière, et se déclarant prête " *à discuter avec (celle-ci) toutes possibilités d'accord de fourniture, de task force et de marketing (qu'elle) jugera intéressante* " s'agissant de la fourniture de cymoxanil. Par une lettre en date du 26 mars 1993, la société Phytorus confirmait son accord en indiquant : " *A la suite de notre discussion à Brighton et de notre réunion avec M. Wester le 23 février dernier, nous avons convenu d'un accord de fourniture de Mancozèbe par votre société à Phytorus pour notre produit Dauphin. (...) D'autre part, je vous rappelle que par l'intermédiaire d'une " joint-venture ", ma société est en mesure de vous proposer la fourniture à long terme de cymoxanil, ainsi que de nombreuses urées substituées.* " La société Elf Atochem Agri a répondu à cette lettre le 29 mars en " *confirm(ant) que nos services étudient actuellement votre proposition. Nous ne manquerons pas de vous contacter dès que le dossier sera finalisé.* "

La société Phytorus ayant parallèlement présenté un dossier d'homologation du produit Dauphin aux services du ministère de l'agriculture a, dans plusieurs courriers adressés à la société Elf Atochem Agri, sollicité de celle-ci la production d'une attestation de fourniture l'autorisant à se prévaloir des données toxicologiques du mancozèbe entrant dans la composition de son produit.

Le 16 avril 1993 la société Elf Atochem Agri a adressé un courrier à la société Phytorus lui indiquant : " Compte tenu des intérêts qui nous lient actuellement à nos confrères nous sommes dans l'impossibilité à ce jour de répondre à votre proposition. En espérant que cette décision n'entachera pas nos relations ". Mise en demeure, le 19 avril 1993, de livrer immédiatement " le produit de type mancozèbe dans la quantité souhaitée ", la société Elf Atochem Agri a répondu le 4 mai 1993 à la société Phytorus qu'elle ne savait pas " à quelle quantité souhaitée vous faites référence dans votre courrier ".

Les discussions ont toutefois repris entre les deux sociétés et ont abouti à la conclusion, le 24 décembre 1993, d'un " *accord secret* ", pour la fourniture de cymoxanil que la société Elf Atochem Agri souhaitait analyser et tester en vue de s'approvisionner auprès de la société Phytorus. Aux termes de cet accord, la société Phytorus devait, notamment, fournir à la société Elf Atochem Agri des informations devant rester confidentielles sur le produit cymoxanil destinées à lui permettre de procéder à son analyse. Ces discussions ont par ailleurs abouti à l'envoi au ministère de l'agriculture le 29 mars 1994 par la société Elf Atochem Agri d'une attestation de fourniture relative au mancozèbe. Enfin, un accord d'homologation a été conclu le 14 avril 1994 entre la société Elf Atochem Agri et la société Phytorus, permettant à cette dernière de bénéficier de l'accès aux données toxicologiques du produit mancozèbe. Cet accord prévoyait notamment dans son article 8 :

" Tous les droits obtenus par Phytorus pour l'obtention de cette homologation, y compris les droits aux informations techniques écrites d'Ato Agri obtenues suivant les clauses de cet accord, seront immédiatement annulés pour l'une des raisons suivantes :

" (i) si Ato Agri et Phytorus ne signent pas un accord de fourniture pour du cymoxanil Technique et un accord de commercialisation pour la France le 1<sup>er</sup> juin 1994 au plus tard.

" (ii) si Ato Agri (ou un fournisseur choisi par Ato Agri) n'est pas la source du produit. Dans ce cas, Phytorus consent par la présente à cesser toute vente résultant de cette homologation ".

M. Harat, directeur du marketing de la société Elf Atochem Agri, a précisé lors de son audition le 27 février 1998, au sujet de la télécopie envoyée par ses services le 16 avril 1993, que ce "*n'est pas une réponse à une commande ferme et définitive de mancozèbe par la société Phytorus. Elle s'inscrit dans un contexte de discussion de pourparlers sur la fourniture croisée de mancozèbe par la société Elf Atochem Agri SA à la société Phytorus, et de cymoxanil par la société Phytorus à la société Elf Atochem Agri SA*". La formule "*... compte tenu des intérêts qui nous lient actuellement à nos confrères...*" signifie : "*compte tenu des commandes en cours passées en planning de production par nos confrères, c'est-à-dire nos concurrents qui sont également nos clients... les capacités de production de la société Elf Atochem Agri SA ne permettaient pas momentanément de produire de nouvelles quantités de mancozèbe quel qu'en soit le demandeur...*".

M. Harat a également indiqué au cours de la même audition qu'" aucune de ces deux conditions résolutoires n'ayant été réalisées, l'accord d'homologation est devenu caduc ".

## **II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,**

### **Sur l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 :**

Considérant que la société Phytorus, souhaitant commercialiser un nouveau produit, sous la dénomination Dauphin, comprenant 4 % de cymoxanil, qu'elle produit, et 46,5 % de mancozèbe, a cherché à s'approvisionner en mancozèbe auprès des sociétés Rohm & Haas et DuPont de Nemours, puis, faute que les discussions aient abouti avec ces deux sociétés, s'est rapprochée de la société Elf Atochem Agri ; que, si elle était parvenue à un accord avec cette société lors d'une réunion tenue le 23 février 1993, la société Elf Atochem Agri lui a adressé une télécopie en date du 16 avril 1993 lui indiquant : "*Compte tenu des intérêts qui nous lient actuellement à nos confrères nous sommes dans l'impossibilité à ce jour de répondre à votre proposition*" ; que la société Elf Atochem Agri, mise en demeure le 19 avril 1993 de livrer immédiatement "*le produit de type mancozèbe dans la quantité souhaitée*" a répondu le 4 mai suivant : Nous ne comprenons pas "*à quelle quantité souhaitée vous faites référence dans votre courrier*" ; que les discussions ayant repris par la suite, les sociétés Phytorus et Elf Atochem Agri sont parvenues à la conclusion, le 24 décembre 1993, d'un "*accord secret*" pour la fourniture de cymoxanil, que la société Elf Atochem Agri souhaitait analyser et tester en vue de s'approvisionner auprès de la société Phytorus et, le 29 mars 1994, d'un accord d'homologation permettant à la société Phytorus d'accéder aux données toxicologiques du produit mancozèbe ; que l'article 8 de ce dernier accord prévoyait que "*tous les droits obtenus par Phytorus pour l'obtention de cette homologation (...) seront immédiatement annulés pour l'une des raisons suivantes : (i) si Ato Agri et Phytorus ne signent pas un accord de fourniture pour du cymoxanil technique et un accord de commercialisation pour la France le 1<sup>er</sup> juin 1994 au plus tard ; (ii) si Ato Agri (...) n'est pas la source du produit. Dans ce cas, Phytorus consent par la présente à cesser toute vente résultant de cette homologation*" ; qu'aucun accord de fourniture n'ayant été signé entre les sociétés Phytorus et Elf Atochem Agri dans le délai prévu à l'accord du 14 avril 1994, celui-ci s'est trouvé résolu par le jeu de la première des conditions fixées par la convention ;

Considérant que la société Phytorus soutient que le refus d'approvisionnement en mancozèbe qui lui a été opposé "*est justifié par les intérêts liant la société Atochem à ses confrères*" et procéderait d'"*une stratégie d'exclusion*", manifestant une entente anticoncurrentielle, les trois seules sociétés disposant d'un dossier d'homologation en France étant, à l'époque des faits, les sociétés Rohm & Haas, DuPont de Nemours et Elf Atochem Agri ; qu'elle soutient qu'il y aurait eu collusion entre les trois sociétés afin de la laisser hors "*du marché du mélange cymoxanil/mancozèbe*" ;

Mais considérant que la société Elf Atochem Agri justifie sa réponse du 16 avril 1993 par l'insuffisance de ses capacités de production " *compte tenu des commandes en cours passées en planning de production par (ses) confrères, c'est à dire (ses) concurrents, qui sont également (ses) clients* " dans le cadre d'accords de codistribution ; que, par ailleurs, il est constant qu'après cette réponse de nouvelles négociations ont eu lieu entre la société Alf Atochem Agri et la société Phytorus qui ont abouti, ainsi qu'il a été indiqué, à la signature, le 24 décembre 1993, d'un accord en vue de la fourniture de cymoxanil par la société Phytorus à la société Elf Atochem Agri, à la transmission le 29 mars 1994 au ministère de l'agriculture d'une attestation de fourniture relative au mancozèbe et à la signature le 14 avril 1994 d'un accord en vue de l'obtention de l'homologation autorisant l'accès aux données toxicologiques de ce produit ; qu'il n'est pas établi que l'absence de signature d'une convention de fourniture de cymoxanil par la société Phytorus avant le 1<sup>er</sup> juin 1994, rendant caduc l'accord d'homologation, procéderait d'une entente anticoncurrentielle ; qu'à cet égard, les seuls éléments produits par la société Phytorus, à savoir trois factures de livraison de ce produit à la société Elf Atochem Agri les 24 mai 1995, 31 octobre 1995 et 30 novembre 1995 et l'indication qu'elle pourrait poursuivre ses livraisons ne permettent pas d'imputer à la société Elf Atochem Agri la responsabilité de la rupture des accords conclus entre les deux sociétés ; que l'existence d'une entente de nature anticoncurrentielle entre les sociétés Rohm & Haas, DuPont de Nemours et Elf Atochem Agri n'est pas établie ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il n'est pas établi que la société Elf Atochem Agri a participé à une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;

### **Sur l'application des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 :**

Considérant, d'une part, qu'il ressort des déclarations faites en séance par le représentant de la société Phytorus que, sur le marché français de la fourniture des produits à base de mancozèbe, les sociétés Rohm & Haas et Elf Atochem Agri, qui disposent d'une homologation pour distribuer ce type de produits, détiendraient respectivement des parts de marché d'environ 75 % et 25 % ; qu'au niveau mondial les ventes des sociétés Rohm & Haas, Elf Atochem Agri et DuPont de Nemours représenteraient respectivement 44 %, 20,7 % et 8,3 % de l'ensemble des ventes de produits de type mancozèbe ; qu'ainsi, la société Elf Atochem Agri n'est pas en position dominante sur le marché de ces produits ;

Considérant, d'autre part, que la partie saisissante reconnaît que la société Elf Atochem Agri n'est pas le seul distributeur susceptible de la fournir en produit mancozèbe pour l'élaboration de la spécialité " Dauphin " ; qu'elle indique qu'un refus lui a été opposé par la société Rohm & Haas, et qu'après de nombreuses discussions elle n'a pas obtenu l'accord de la société DuPont de Nemours qui est elle-même productrice de cymoxanil ; que les éléments qui ont pu être recueillis au cours de l'instruction ne permettent pas d'établir que la société Phytorus serait en situation de dépendance économique à l'égard de la société Elf Atochem Agri ;

Considérant, par suite, qu'il n'est pas établi que les pratiques dénoncées par la société Phytorus entrent dans les prévisions de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède, qu'il y a lieu de faire application de l'article 20 de l'ordonnance précitée,

**Décide :**

Article unique. - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Madame Simone de Mallmann, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général,

Marie Picard

Le vice-président,  
présidant la séance

Frédéric Jenny