

# Chronique Droit Européen

N°82 - janvier 2007

En partenariat avec

**DECIDEURS**  
STRATEGIE FINANCE DROIT

Le point sur...

## Contrôle des concentrations : l'analyse des effets coordonnés

PAR STÉPHANE HAUTOURG ET SOPHIE QUESSON.

**GIDE LOYRETTE NOUEL - BRUXELLES**



STÉPHANE HAUTOURG



SOPHIE QUESSON

Extrait du magazine  
Décideurs N°82 :  
Janvier 2007

DECIDEURS STRATEGIE FINANCE DROIT	
<b>Corporate Finance</b>	
<b>DEAL DU MOIS</b> <b>Havas innove avec les BSAR</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>Tendances: Les Partenariats Public-Privé en plein essor</li> <li>Moyens &amp; diables: Fusions &amp; Acquisitions</li> <li>LEI: Fusions &amp; Acquisitions</li> <li>BSAR: Fusions &amp; Acquisitions</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Marché de capitaux: 18</li> <li>1815 salles de champagne pour un millénaire 2009</li> <li>Revue des M&amp;A: 21</li> <li>Bataille des modèles de contrôle de financement</li> <li>Chroniques: 22</li> </ul>
<b>Capital Investissement</b>	
<b>DEAL DU MOIS</b> <b>Franklin : CVC avec 1,35 Md € bat la Bourse</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>Tendances: 21</li> <li>Barometer Coller Capital: 21</li> <li>Moyens &amp; diables: 24</li> <li>LEI: 25</li> <li>BSR: 26</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Capital Investissement: 28</li> <li>Chaquefois le 1000ème: 28</li> <li>Talents Multinationaux: 29</li> <li>Revue des M&amp;A: 31</li> <li>Stabilité des ressources à long terme pour plus de rendements: 32</li> <li>Chroniques: 33</li> </ul>
<b>Monde du Droit</b>	
<b>UN LEADER À LA LOUPE</b> <b>Fried Frank conquiert l'Europe des deals</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>Moyens &amp; diables: 34</li> <li>Grands continents: 35</li> <li>Conjonction internationale: 36</li> <li>Fidélité comme avantage: 37</li> <li>Revue des M&amp;A: 38</li> <li>Revue des M&amp;A: 39</li> <li>Revue des M&amp;A: 40</li> <li>Revue des M&amp;A: 41</li> <li>Revue des M&amp;A: 42</li> <li>Revue des M&amp;A: 43</li> <li>Revue des M&amp;A: 44</li> <li>Revue des M&amp;A: 45</li> <li>Revue des M&amp;A: 46</li> <li>Revue des M&amp;A: 47</li> <li>Revue des M&amp;A: 48</li> <li>Revue des M&amp;A: 49</li> <li>Revue des M&amp;A: 50</li> <li>Revue des M&amp;A: 51</li> <li>Revue des M&amp;A: 52</li> <li>Revue des M&amp;A: 53</li> <li>Revue des M&amp;A: 54</li> <li>Revue des M&amp;A: 55</li> <li>Revue des M&amp;A: 56</li> <li>Revue des M&amp;A: 57</li> <li>Revue des M&amp;A: 58</li> <li>Revue des M&amp;A: 59</li> <li>Revue des M&amp;A: 60</li> <li>Revue des M&amp;A: 61</li> <li>Revue des M&amp;A: 62</li> <li>Revue des M&amp;A: 63</li> <li>Revue des M&amp;A: 64</li> <li>Revue des M&amp;A: 65</li> <li>Revue des M&amp;A: 66</li> <li>Revue des M&amp;A: 67</li> <li>Revue des M&amp;A: 68</li> <li>Revue des M&amp;A: 69</li> <li>Revue des M&amp;A: 70</li> <li>Revue des M&amp;A: 71</li> <li>Revue des M&amp;A: 72</li> <li>Revue des M&amp;A: 73</li> <li>Revue des M&amp;A: 74</li> <li>Revue des M&amp;A: 75</li> <li>Revue des M&amp;A: 76</li> <li>Revue des M&amp;A: 77</li> <li>Revue des M&amp;A: 78</li> <li>Revue des M&amp;A: 79</li> <li>Revue des M&amp;A: 80</li> <li>Revue des M&amp;A: 81</li> <li>Revue des M&amp;A: 82</li> <li>Revue des M&amp;A: 83</li> <li>Revue des M&amp;A: 84</li> <li>Revue des M&amp;A: 85</li> <li>Revue des M&amp;A: 86</li> <li>Revue des M&amp;A: 87</li> <li>Revue des M&amp;A: 88</li> <li>Revue des M&amp;A: 89</li> <li>Revue des M&amp;A: 90</li> <li>Revue des M&amp;A: 91</li> <li>Revue des M&amp;A: 92</li> <li>Revue des M&amp;A: 93</li> <li>Revue des M&amp;A: 94</li> <li>Revue des M&amp;A: 95</li> <li>Revue des M&amp;A: 96</li> <li>Revue des M&amp;A: 97</li> <li>Revue des M&amp;A: 98</li> <li>Revue des M&amp;A: 99</li> <li>Revue des M&amp;A: 100</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Management: 63</li> <li>Le directeur juridique, un manager par 7: 64</li> <li>Chroniques: 65</li> <li>Droit social: 66</li> <li>Pratiques innovatrices: 67</li> <li>Droit européen des affaires: 68</li> <li>Droit général des affaires: 69</li> </ul>

## Contrôle des concentrations : l'analyse des effets coordonnés

**Le Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations<sup>2</sup> a remplacé le test de dominance par le test de l'entrave significative à la concurrence. Outre les effets unilatéraux, ce nouveau critère de contrôle permet d'appréhender les effets coordonnés qui peuvent résulter des concentrations horizontales.**

Une opération de concentration peut entraîner des effets coordonnés lorsqu'elle conduit à une structure de marché permettant aux entreprises présentes d'adopter ou de rendre plus efficace une coordination de leur comportement concurrentiel sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée.

Un tel risque est plus probable sur des marchés où il est relativement simple de parvenir à une compréhension mutuelle des modalités de la coordination. En outre, depuis l'arrêt *Airtours*<sup>3</sup>, trois conditions cumulatives doivent être réunies. D'une part, le marché doit être suffisamment transparent afin que les entreprises qui coordonnent leur comportement puissent être en mesure de surveiller si les modalités de la coordination sont respectées. D'autre part, il doit exister une forme de mécanisme de dissuasion en cas de comportement déviant. Enfin, les réactions des entreprises ne participant pas à la coordination et les réactions des clients ne doivent pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination.

Les critères fixés par l'arrêt *Airtours* pour l'analyse des effets coordonnés ont été codifiés par la Commission dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales<sup>4</sup>. La pratique décisionnelle récente de la Commission permet d'illustrer la façon dont elle appréhende les effets coordonnés et applique en pratique ces différents critères. De plus, l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance le 13 juillet 2006 dans l'affaire *Sony/BMG*<sup>5</sup> est venu apporter des précisions importantes.

### Compréhension mutuelle des modalités de la coordination.

Une concertation est plus facile à réaliser si les marchés concernés présentent des caractéristiques simples et stables et si les entreprises en cause sont relativement symétriques, en particulier en termes de structures de coûts, de parts de marché, de niveaux de capacités et de degré d'intégration verticale.

A l'inverse, lorsque le cadre économique dans

lequel les entreprises en cause évoluent est complexe et instable, les possibilités de coordination sont moindres. Ainsi, dans l'affaire *Siemens/VA Tech*<sup>6</sup>, la Commission a conclu qu'une coordination tacite des offres lors des différents appels d'offres aurait présenté des difficultés considérables dans la mesure où

**« L'affaire Sony/BMG a permis au Tribunal d'apporter des précisions importantes »**

les produits en cause se caractérisaient par une absence d'homogénéité et que le marché était également peu transparent. Dans l'affaire *Amer/Salomon*<sup>7</sup>, la Commission a pris en compte le fait que les produits concernés étaient très nombreux et différenciés, notamment en termes de technologie et d'image de marque, pour exclure le risque d'effets coordonnés. De plus, le rôle très important joué par les marques et les évolutions technologiques régulières rendaient difficile un alignement des prix entre les concurrents. Enfin, l'affaire *Blackstone/Acetex*<sup>8</sup> mérite d'être citée à cet égard. Dans cette affaire, la Commission a considéré que l'écart substantiel entre les parts de marché des parties et de leurs concurrents, les niveaux différents d'intégration ainsi que l'utilisation de technologies différentes (engendrant des structures de coûts différentes) rendaient très improbable une coordination fructueuse entre les concurrents.

### Surveillance des comportements déviants.

Seul un mécanisme de représailles suffisant et effectué en temps utile peut dissuader une entreprise de s'écarter des modalités de la

coordination. Les marchés en cause doivent donc être suffisamment transparents pour permettre aux entreprises qui coordonnent leur comportement de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, les éventuels écarts des autres entreprises sur le marché en cause et de procéder à des représailles.

En principe, l'absence d'une transparence suffisante sur le marché doit conduire la Commission à écarter le risque d'effets coordonnés, comme cela est illustré par l'affaire *Blackstone/Acetex* ou encore par l'affaire *Amer/Salomon*. Dans la première affaire, la faible transparence des marchés en cause résultait du fait que les contrats étaient conclus à l'issue de négociations intensives entre producteurs et clients du marché. Dans la seconde affaire, la faible transparence des marchés découlait de la grande variété des produits et de la diversité de leur positionnement en termes d'image et de prix.

Pour apprécier si la transparence d'un marché est suffisante, il convient de déterminer ce que les entreprises peuvent déduire des informations disponibles quant au comportement des autres entreprises. À cet égard, le Tribunal de première instance a souligné dans son arrêt *Sony/BMG* que la transparence requise « n'implique pas que chaque membre puisse à tout moment connaître dans les moindres détails les conditions exactes de chaque vente effectuée par les autres membres de l'oligopole ». Pour le Tribunal, il suffit que les entreprises en cause soient en mesure de découvrir les comportements déviants de nature à mettre en péril la coordination tacite.

Le Tribunal de première instance semble également indiquer dans son arrêt que le caractère suffisamment transparent du marché peut être simplement présumé, sans qu'il soit nécessaire de l'établir positivement, lorsque l'on constate une politique commune qui ne peut pas être expliquée autrement que par la coordination. Ainsi, pour le Tribunal, « l'alignement des prix (...), alors que les produits ne sont pas identiques, ainsi que leur maintien à un niveau stable et perçu comme élevé en dépit d'une baisse importante de la demande, joints à d'autres facteurs (...), pourraient, en l'absence d'une autre explication, suggérer, ou constituer un indice, que l'alignement des prix n'est pas le résultat normal d'une concurrence effective et que le marché est suf-

fisamment transparent en ce qu'il a permis une coordination tacite des prix ».

### Mécanismes de dissuasion.

La coordination ne peut être durable que si des facteurs de dissuasion suffisants existent afin d'assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune. En d'autres termes, chaque entreprise qui participe à la coordination doit savoir qu'une action fortement concurrentielle de sa part provoquerait une action identique de la part des autres entreprises, de sorte qu'elle ne retirerait aucun avantage de son initiative.

Dans son arrêt *Sony/BMG*, le Tribunal de première instance a précisé à cet égard que « la simple existence de mécanismes de dissuasion efficaces suffit, (...), en principe, dès lors que si les membres de l'oligopole se conforment à la politique commune, il n'y a pas lieu de recourir à l'exercice de sanction ». L'absence de preuve de l'exécution effective des mécanismes de rétorsion dans le passé n'est donc pas suffisante pour considérer que cette condition n'est pas remplie, sauf si l'on peut démontrer qu'il y a eu, dans le même temps, des violations de la ligne d'action commune.

Il n'est pas nécessaire que les représailles s'opèrent sur le même marché que celui sur lequel la violation de la ligne d'action commune est réalisée. Ainsi, dans l'affaire *Linde/BOC*<sup>10</sup>, la Commission a pris en compte le fait que les deux principaux acteurs sur les marchés des gaz industriels et de spécialités en Europe étaient par ailleurs partenaires dans un certain nombre d'entreprises communes en Asie présentant pour eux un intérêt stratégique majeur et a considéré que d'éventuelles représailles sur le bon fonctionnement de ces structures communes pourraient constituer un mécanisme de dissuasion crédible.

### Réaction des entreprises étrangères à la coordination.

Pour que la coordination réussisse, il ne faut pas que la réaction des entreprises étrangè-

res à la coordination, des concurrents potentiels ou encore des clients puisse compromettre les résultats attendus de la coordination.

Dans l'affaire *Linde/BOC*<sup>10</sup>, la Commission a

considéré que les concurrents de *Linde/BOC* et d'Air Liquide sur les marchés des gaz industriels et des spécialités disposeraient d'une couverture géographique moins étendue et, de ce fait, pourraient être dépendants d'eux pour livrer de nouveaux clients où ils ne sont pas présents. La Commission a également relevé que les clients étaient réticents à changer de fournisseur. Dans ces conditions, la Commission a conclu que ni les concurrents ni les clients n'auraient été en mesure de réagir en cas de tentative de coordination. A l'inverse, dans l'affaire *Adidas/Reebok*<sup>11</sup>, la Commission a conclu que la présence de nombreux concurrents dynamiques, capables d'exercer une contrainte concurrentielle significative sur les deux opérateurs principaux (Nike et Adidas), permettait d'exclure le risque d'une collusion tacite entre eux. De la même manière, dans l'affaire *Amer/Salomon*, la Commission a considéré que la probabilité d'une coordination sur le marché des skis de fond était limitée du fait de la concurrence potentielle de plusieurs acteurs déjà établis sur des marchés voisins et disposant de ce fait d'une marque établie et de liens avec les distributeurs.

On ajoutera que la disparition d'un concurrent ayant exercé jusqu'ici une contrainte concurrentielle forte sur le comportement des autres entreprises sur le marché est également susceptible de conduire à des effets coordonnés sensibles. Ainsi, dans l'affaire *Linde/BOC*, la Commission a estimé que la reprise de Linde



STÉPHANE HAUTOUBOURG



SOPHIE QUESSON

conduirait à l'élimination d'un moteur important de la concurrence sur le marché de la vente en gros d'hélium et augmenterait de ce fait le risque de coordination tacite. En effet, Linde venait tout juste d'entrer sur ce marché et y avait exercé une concurrence agressive, de nature à contrarier d'éventuelles tentatives de coordination de la part des acteurs plus établis.

<sup>1</sup> Gide Loyrette Nouel Bruxelles - Équipe concurrence : Antoine Gosset-Grainville, Stéphane Hautbourg, Laurent Godfroid, Sophie Quesson, Christina Renner, Alexandra Lamothe, Laura Olza Moreno et Hélène d'Udekem d'Acoz.

<sup>2</sup> JO L 24 du 29 janvier 2004, page 1.

<sup>3</sup> Arrêt du Tribunal de première instance du 6 juin 2002, affaire T-342/99, *Airtours plc* contre Commission, Rec. p.II-2585.

<sup>4</sup> Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n°C 31 du 5 février 2004, page 5.

<sup>5</sup> Arrêt du Tribunal de première instance du 13 juillet 2006, affaire T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)* contre Commission européenne.

<sup>6</sup> Décision de la Commission du 13 juillet 2005, affaire COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*.

<sup>7</sup> Décision de la Commission du 12 octobre 2005, affaire COMP/M.3765, *Amer/Salomon*.

<sup>8</sup> Décision de la Commission du 13 juillet 2005, affaire COMP/M.362 *Blackstone/Acetex*.

<sup>9</sup> Paragraphe 466 de l'arrêt du Tribunal de première instance, *Impala* contre Commission, précité.

<sup>10</sup> Décision de la Commission du 6 juin 2006, affaire COMP/M.4141, *Linde/BOC*.

<sup>11</sup> Décision de la Commission du 24 janvier 2006, affaire COMP/M.3942, *Adidas/Reebok*.

## LES POINTS CLÉS

- La Commission doit apprécier la transparence du marché, l'existence de mécanismes de dissuasion et la réaction des entreprises étrangères à la coordination.
- La disparition d'un concurrent ayant exercé jusqu'ici une contrainte concurrentielle forte sur le comportement des autres entreprises sur le marché est susceptible de conduire à des effets coordonnés.

## SUR LES AUTEURS

Présent à Bruxelles depuis 1967, le Bureau de Gide Loyrette Nouel est spécialisé en droit communautaire, en droit du commerce international et en droit agricole et alimentaire. Son équipe concurrence a une expérience reconnue dans les domaines du contrôle des concentrations, des ententes et des aides d'État.