



Institut de Droit Des Affaires Internationales

Faculté de droit de l'Université du Caire

Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Master 1

Droit de la concurrence

Cours magistraux de M. Nicolas DORANDEU.

Travaux dirigés de M. Clément LACOMBE

LE DROIT DES MARCHÉS CONCURRENTIELS :

DÉFINITION, CONTRÔLE ET DÉLIMITATION DES MARCHÉS CONCURRENTIELS

Séance n° 2 : Contrôle de la libre concurrence sur le marché : le contrôle des concentrations

1. Le contrôle des opérations de concentration en droit interne et européen

Document n° 1 : Commission européenne – Communiqué de presse IP/14/1088 :

« Concentrations : la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook », 3 octobre 2014

Document n° 2 : Commission européenne – Communiqué de presse IP/18/664 :

« Concentrations : la Commission va examiner l'acquisition de Shazam par Apple », 6 février 2018

Document n° 3 : Règlement (CE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (« Règlement sur le contrôle des concentrations »), article 4 paragraphes 4 et 5 ; article 21 et article 22

2. Théorie de l'entreprise défaillante

Document n° 4 : Conseil d'Etat, Section du Contentieux, du 6 février 2004, n° 249267, publié au recueil Lebon

Document n° 5 : CJCE, *Kali et Salz*, 31 mars 1998, aff. Jointes C-68/94 et 30/95

3. Respect des engagements

Document n° 6 : Autorité de la concurrence – Communiqué de presse publié le 21 sept. 2011, « L'Autorité de la concurrence constate que le groupe Canal Plus n'a pas respecté plusieurs engagements - dont certains essentiels - pris lors du rachat de TPS », relatif à la décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

❖ **Exercice** : Commentaire d'arrêt (document n° 5).

Lecture complémentaire

- Règlement (CE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (« Règlement sur le contrôle des concentrations ») (not. art.1^{er}).
- Commission européenne – Communiqué de presse IP/17/1369, 18 mai 2017.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Droit privé, 7^e éd., 2017.
- CJCE, *Kali et Salz*, 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et 30/95

Document n° 1 : Commission européenne – Communiqué de presse IP/14/1088 :
« Concentrations : la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook »

Bruxelles, le 3 octobre 2014

La Commission européenne a autorisé, en vertu du règlement de l'UE sur les concentrations, le projet de rachat de WhatsApp Inc. par Facebook, Inc., deux entreprises américaines. Facebook (via Facebook Messenger) et WhatsApp proposent chacune des applications pour smartphones (dites «apps») qui permettent aux consommateurs de communiquer par l'envoi d'un texte, d'une photo ou d'un message vocal ou vidéo. La Commission a constaté que Facebook Messenger et WhatsApp ne sont pas des concurrents proches et que les consommateurs continueraient d'avoir accès, après l'opération, à un vaste choix d'autres applications pour les communications grand public. Bien que les applications pour les communications grand public se caractérisent par des effets de réseau, l'enquête a montré que l'entité fusionnée continuerait d'être confrontée à une concurrence suffisante après l'acquisition.

M. Joaquín Almunia, vice-président de la Commission chargé de la politique de concurrence, a déclaré à ce sujet: *«Les applications de communication mobile, qui permettent aux citoyens européens de rester connectés entre eux, ont de plus en plus de succès. Même si Facebook Messenger et WhatsApp sont deux des applications les plus populaires, la plupart des gens n'utilisent pas une seule application de communication, mais plusieurs. Nous avons examiné ce projet d'acquisition avec beaucoup de soin et nous sommes parvenus à la conclusion qu'il n'entraverait pas le jeu de la concurrence sur ce marché dynamique et en pleine expansion. Les consommateurs continueront d'avoir accès à un vaste éventail d'applications mobiles grand public pour communiquer entre eux.»* L'enquête de la Commission s'est centrée sur trois aspects: i) les services de communications grand public, ii) les services de réseaux sociaux et iii) les services de publicité en ligne.

Concernant les services de communications grand public, la Commission a centré son examen sur les applications pour smartphones puisque WhatsApp ne peut pas être installée sur d'autres appareils. La Commission a constaté que Facebook Messenger et WhatsApp ne sont pas des concurrents proches. En effet, même si Facebook Messenger est une application autonome, l'expérience de l'utilisateur est spécifique étant donné son intégration dans le réseau social de Facebook. L'accès au service WhatsApp est assuré par les numéros de téléphone, tandis que pour Facebook Messenger, il faut posséder un profil Facebook. Les utilisateurs semblent utiliser les deux applications de façon différente et ils sont nombreux à utiliser les deux applications simultanément sur le même appareil mobile. En outre, ce marché est très dynamique, plusieurs applications concurrentes existant sur le marché, comme Line, Viber, iMessage, Telegram, WeChat et Google Hangouts.

Le marché des applications mobiles pour les communications grand public se caractérise par des effets de réseau

: la valeur du service rendu à ses utilisateurs s'accroît avec le nombre d'autres utilisateurs. L'existence d'effets de réseau peut permettre à l'entité qui possède un vaste réseau de maintenir ses concurrents à l'écart du marché. Vu leur popularité, tant WhatsApp que Facebook Messenger possèdent déjà une clientèle importante. Toutefois, un certain nombre de facteurs atténuent les effets de réseau en l'espèce. En effet, la Commission a constaté que le marché des applications pour communications grand public est en pleine expansion et se caractérise par des cycles d'innovation courts qui bousculent souvent les positions sur le marché. De plus, le lancement d'une nouvelle application est relativement simple, exigeant peu de temps et d'investissements. Enfin, les clients peuvent utiliser

- ce qu'ils font d'ailleurs effectivement - plusieurs applications en même temps et passer facilement de l'une à l'autre.

En ce qui concerne les services de réseaux sociaux, l'enquête de marché a montré que leurs frontières ne cessent d'évoluer. Certaines parties tierces ont affirmé que WhatsApp constitue déjà un réseau social concurrent de Facebook. La Commission a constaté néanmoins que les parties sont, à tout le moins, des concurrents éloignés dans ce domaine, compte tenu, en particulier, de l'expérience beaucoup plus riche qu'offre Facebook. De plus, il existe un grand nombre d'autres fournisseurs de services, notamment d'autres applications mobiles pour les communications grand public comme Line et WeChat. En outre, même dans le cas d'une intégration de WhatsApp et Facebook menée de telle manière qu'elle renforcerait

la position de Facebook dans le secteur des services de réseaux sociaux, le bénéfice net en termes de nouveaux membres du réseau social serait limité car la base d'utilisateurs de WhatsApp coïncide déjà largement avec celle de Facebook. Par conséquent, quelles que soient les limites précises du marché des services de réseaux sociaux et indépendamment de la question de savoir si WhatsApp est considérée ou non comme un réseau social, il est peu probable que la concurrence entre de tels services sera affectée négativement par la concentration.

Bien que WhatsApp ne soit pas présente dans le domaine de la publicité en ligne, la Commission a examiné dans quelle mesure l'opération pourrait renforcer la position de Facebook sur ce marché et entraver la concurrence. Elle a en particulier étudié la possibilité que Facebook i) introduise la publicité sur WhatsApp et/ou ii) utilise WhatsApp en tant que source potentielle de données d'utilisateurs afin de mieux cibler les publicités de Facebook. Elle a conclu que l'opération ne poserait pas de problèmes de concurrence, que Facebook introduise ou non la publicité sur WhatsApp et/ou commence ou non à collecter les données des utilisateurs de WhatsApp. En effet, après la concentration, il continuera à exister un nombre suffisant d'autres fournisseurs de publicité ciblée, et il demeurera un grand nombre de données d'utilisateurs d'internet utiles pour la publicité mais qui ne seront pas sous le contrôle exclusif de Facebook.

Dans le cadre de la présente enquête, la Commission a analysé les éventuels problèmes de concentration des données uniquement dans la mesure où ils pourraient entraver le jeu de la concurrence sur le marché de la publicité en ligne. Les inquiétudes éventuelles quant au respect de la vie privée découlant de la concentration accrue des données sous le contrôle de Facebook par suite de l'opération n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence de l'UE.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission a conclu que l'opération ne poserait pas de problèmes de concurrence.

L'opération a été notifiée à la Commission le 29 août 2014.

Document n° 2 : Commission européenne – Communiqué de presse IP/18/664 :

« Concentrations : la Commission va examiner l'acquisition de Shazam par Apple »

Bruxelles, le 6 février 2018

La Commission européenne a accepté la requête soumise par l'Autriche, la France, l'Islande, l'Italie, la Norvège, l'Espagne et la Suède, lui demandant d'examiner le projet d'acquisition de Shazam par Apple sur la base du règlement de l'UE sur les concentrations. La Commission considère que l'opération risque de nuire à la concurrence au sein de l'EEE.

Le projet d'acquisition de Shazam par Apple n'atteint pas les seuils de chiffre d'affaires fixés par le règlement de l'UE sur les concentrations pour les opérations devant être notifiées à la Commission européenne en raison de leur dimension européenne. Il a été notifié par Apple pour autorisation en Autriche, où l'opération répond au critère national de notification des concentrations.

L'Autriche a soumis une demande de renvoi à la Commission en application de l'article 22, paragraphe 1, du règlement de l'UE sur les concentrations. Cette disposition permet aux États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui ne revêt pas une dimension européenne mais qui affecte les échanges au sein du marché unique et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire des États membres qui formulent cette demande. L'Islande, l'Italie, la France, la Norvège, l'Espagne et la Suède se sont jointes par la suite à la demande.

Sur la base des éléments présentés par l'Autriche et les pays qui se sont joints à la demande de renvoi, et sans préjudice de l'issue de son enquête exhaustive, la Commission considère que l'opération pourrait nuire de manière significative à la concurrence au sein de l'Espace économique européen. Elle a également conclu

qu'elle était l'autorité la mieux placée pour examiner les effets transfrontières potentiels de l'opération.

La Commission va à présent demander à Apple de lui notifier l'opération.

Document n° 3 : Règlement (CE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (« Règlement sur le contrôle des concentrations »), article 4 paragraphes 4 et 5 ; article 21 et article 22

Article 4

4. Avant la notification d'une concentration au sens du paragraphe 1, les personnes ou entreprises visées au paragraphe 2 peuvent informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou en partie, par cet État membre.

La Commission transmet sans délai ce mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Lorsque cet État membre ne prend pas de décision dans ce délai, il est réputé être d'accord.

Sauf si cet État membre exprime son désaccord, la Commission, lorsqu'elle considère qu'un tel marché distinct existe et que la concurrence sur ce marché risque d'être affectée de manière significative par la concentration, peut décider de renvoyer tout ou partie de l'affaire aux autorités compétentes de cet État membre en vue de l'application du droit national de la concurrence de cet État.

La décision de renvoyer ou de ne pas renvoyer l'affaire en application du troisième alinéa doit être prise dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la réception du mémoire motivé par la Commission. La Commission informe de sa décision les autres États membres et les personnes ou les entreprises concernées. Si elle ne prend pas de décision dans ce délai, elle est réputée avoir adopté une décision de renvoi de l'affaire conformément au mémoire présenté par les personnes ou entreprises concernées.

Si la Commission décide ou est réputée avoir décidé, conformément aux troisième et quatrième alinéas, de renvoyer l'ensemble de l'affaire, il n'y a pas lieu de procéder à une notification conformément au paragraphe 1 et le droit national de la concurrence s'applique. L'article 9, paragraphes 6 à 9, est applicable mutatis mutandis.

5. Dans le cas d'une concentration telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er et qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins trois États membres, les personnes ou entreprises visées au paragraphe 2 peuvent, avant toute notification aux autorités compétentes, informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration doit être examinée par elle.

La Commission transmet sans délai ce mémoire à tous les États membres.

Tout État membre compétent pour examiner la concentration en vertu de son droit national de la concurrence peut, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire motivé, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi.

Lorsque au moins un État membre a exprimé son désaccord conformément au troisième alinéa dans le délai de quinze jours ouvrables, l'affaire n'est pas renvoyée. La Commission informe alors sans délai tous les

États membres et les personnes ou entreprises concernées du désaccord exprimé.

Lorsque aucun État membre n'a exprimé son désaccord conformément au troisième alinéa dans le délai de quinze jours ouvrables, la concentration est réputée avoir une dimension communautaire et doit être notifiée à la Commission conformément aux paragraphes 1 et 2. Dans ce cas, aucun État membre n'applique son droit national de la concurrence à cette concentration.

Article 21

Application du règlement et compétence

1. Le présent règlement est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3, et les règlements du Conseil (CE) n° 1/2003(8), (CEE) n° 1017/68(9), (CEE) n° 4056/86(10) et (CEE) n° 3975/87(11) ne sont pas applicables, sauf aux entreprises communes qui n'ont pas de dimension communautaire et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes. Sous réserve du contrôle de la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour arrêter les décisions prévues au présent règlement.

2. Les États membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux concentrations de dimension communautaire.

Le premier alinéa ne préjuge pas du pouvoir des États membres de procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'article 4, paragraphe 4, de l'article 9, paragraphe 2, et de prendre, après renvoi, conformément à l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa, point b), ou paragraphe 5, les mesures strictement nécessaires en application de l'article 9, paragraphe 8.

3. Nonobstant les paragraphes 2 et 3, les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

Sont considérés comme intérêts légitimes, au sens du premier alinéa, la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles.

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication.

Article 22

Renvoi à la Commission

1. Un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande.

Une telle demande doit être présentée au plus tard dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la date de notification de la concentration ou, si aucune notification n'est requise, de sa communication à l'État membre intéressé.

2. La Commission informe sans délai les autorités compétentes des États membres et les entreprises concernées de toute demande reçue conformément au paragraphe 1.

Tout autre État membre a le droit de se joindre à la demande initiale dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la date à laquelle la Commission l'a informé de la demande initiale.

Tous les délais nationaux relatifs à la concentration sont suspendus jusqu'à ce que, conformément à la procédure prévue au présent article, le lieu d'examen de la concentration ait été fixé. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin.

3. La Commission peut, dans un délai de dix jours ouvrables suivant l'expiration du délai fixé au paragraphe 2, décider d'examiner la concentration si elle estime que celle-ci affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent la demande. Si la Commission ne prend pas de décision dans ce délai, elle est réputée avoir adopté une décision d'examen de la concentration conformément à la demande.

La Commission informe tous les États membres et les entreprises concernées de sa décision. Elle peut demander qu'une notification lui soit faite conformément à l'article 4.

Le ou les États membres ayant formulé la demande n'appliquent plus leur droit national de la concurrence à la concentration concernée.

4. L'article 2, l'article 4, paragraphes 2 et 3, les articles 5 et 6 ainsi que les articles 8 à 21 sont applicables lorsque la Commission examine une concentration conformément au paragraphe 3. L'article 7 est applicable pour autant que la concentration n'ait pas été réalisée à la date à laquelle la Commission informe les entreprises concernées qu'une demande a été déposée.

Lorsqu'une notification au sens de l'article 4 n'est pas requise, le délai fixé à l'article 10, paragraphe 1, pendant lequel la procédure peut être ouverte court à compter du jour ouvrable suivant celui où la Commission informe les entreprises concernées qu'elle a décidé d'examiner la concentration en vertu du paragraphe 3.

5. La Commission peut informer un ou plusieurs États membres qu'elle considère qu'une concentration répond aux critères énoncés au paragraphe 1. Dans ce cas, elle peut inviter ce ou ces États membres à présenter une demande sur la base du paragraphe 1.

9. Le marché en cause dans le cadre duquel il convient d'apprécier un problème donné de concurrence est donc déterminé en combinant le marché de produits et le marché géographique. La Commission interprète les définitions énoncées aux points 7 et 8 (qui reflètent la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, ainsi que sa propre pratique décisionnelle) selon les orientations définies dans la présente communication.

(...)

Document n° 4 : CE, Section du Contentieux, du 6 février 2004, n° 249267, publié au recueil Lebon

Considérant que, par jugement du 22 octobre 2001, le tribunal de commerce de Nanterre a agréé le plan de cession partielle de la société Moulinex présenté par la société Seb, après que celle-ci eut obtenu de la Commission européenne l'autorisation de n'assortir son offre de reprise d'aucune condition suspensive ; que, saisie le 13 novembre 2001 de cette opération de concentration par la société Seb, la Commission européenne, sur demande présentée par les autorités françaises sur le fondement du a) du paragraphe 2 de l'article 9 du règlement du 21 décembre 1989 a, par décision du 8 janvier 2002, renvoyé à ces autorités l'appréciation des effets de cette opération de concentration sur le marché français ; que, par lettre du 5 juillet 2002, dont le sens a fait l'objet d'un communiqué de presse le 8 juillet, et qui a été publiée au bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes le 21 octobre 2002, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, après avoir pris connaissance, notamment, de l'avis n° 02-A-07 du 15 mai 2002 du Conseil de

la concurrence, a indiqué aux parties à l'opération que si la reprise de la société Moulinex par la société Seb impliquait la création ou le renforcement de la position dominante du nouveau groupe, sur au moins neuf des treize marchés de produits identifiés, cette reprise relevait néanmoins de l'exception de l'entreprise défaillante dès lors qu'elle n'était pas, en tant que telle, à l'origine de la dégradation constatée de la situation concurrentielle, et que, dans ces conditions, il n'entendait pas s'opposer à cette concentration pour ce qui concerne les marchés français ;

Sur la fin de non-recevoir invoquée par la société Seb :

Considérant que, contrairement à ce que soutient cette société, il ne ressort pas des dispositions précitées du règlement communautaire du 21 décembre 1989 qu'en l'absence de décision explicite des autorités nationales au terme du délai de quatre mois fixé par le paragraphe 6 de l'article 9 de ce règlement, l'opération dont l'examen a été renvoyé à l'appréciation de ces autorités doit être regardée comme ayant fait l'objet d'une décision tacite de non-opposition ; que, dans ces conditions, c'est bien la décision explicite attaquée qui a autorisé l'opération de reprise de la société Moulinex ; que le délai de recours à l'égard des tiers contre cette décision n'a couru qu'à compter de sa publication au bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; qu'à la date à laquelle les requêtes susvisées ont été enregistrées au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, ce délai n'était pas expiré ; que, dès lors, la société Seb n'est pas fondée à soutenir que ces requêtes seraient tardives ;

Sur la légalité de la décision attaquée :

Considérant que, pour la mise en oeuvre des dispositions précitées du code de commerce, il appartient au ministre, avant d'examiner si, le cas échéant, la contribution au progrès économique apportée par la concentration projetée est suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence redoutées, ou s'il convient de subordonner l'opération à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser ces atteintes, de procéder d'abord au bilan des effets de l'opération sur la concurrence ; que, s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, il doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, s'agissant de la première de ces conditions, que la société Moulinex, mise en règlement judiciaire après constatation de sa cessation de paiements, aurait fait l'objet d'une liquidation à défaut de reprise par une autre société et, s'agissant de la deuxième de ces conditions, que d'une part le tribunal de commerce de Nanterre a rejeté comme non sérieuses les offres de reprise présentées devant lui et que d'autre part, si l'offre présentée par la société Babyliiss le 29 novembre 2001 portait sur l'ensemble des effectifs et des actifs de la société Moulinex, cette société est revenue aux termes de son offre initiale limitée à la reprise des actifs de la société Krups ; que ces deux premières conditions étaient donc en l'espèce remplies ;

Considérant que, pour conclure que la troisième de ces conditions était satisfaite, le ministre dans sa décision comme devant le Conseil d'Etat se borne à soutenir que la disparition de la société Moulinex, entraînerait très certainement une détérioration importante des conditions de fonctionnement de plusieurs marchés du petit électroménager, au détriment des consommateurs, d'une part en créant un goulet d'étranglement sur les marchés concernés dont il serait à craindre qu'il entraîne des hausses de prix, au moins temporaires, sur

plusieurs de ces marchés, d'autre part du fait de la disparition du service après-vente concernant les produits de la marque Moulinex

; qu'à l'appui de cette démonstration, le ministre a relevé d'abord qu'il ressortait de l'analyse des différentes offres présentées, tant avant qu'après le jugement susmentionné du tribunal de commerce de Nanterre, qu'en cas de liquidation de la société Moulinex, qui fournissait plus de 22 % du secteur du petit électroménager, il était peu vraisemblable que ses actifs, et notamment ses actifs de production, soient repris, ensuite qu'il était improbable que l'offre des pays asiatiques, essentiellement axée sur les produits de bas de gamme, puisse répondre à la demande des consommateurs français et enfin que le défaut de fourniture de nombreux produits Moulinex au cours des quatre derniers mois de l'année 2001 s'était traduit par une hausse des prix de 0,6 % sur le marché français du petit électroménager, non seulement supérieure à celle de l'indice d'ensemble des prix à la consommation, qui était de 0,1 %, mais encore contrastant avec la baisse de 0,7 % observée sur ce marché au cours de la même période de l'année 2000 ;

Considérant, toutefois, que même si le ministre a pu sans erreur d'appréciation estimer qu'en cas de liquidation de la société Moulinex, la disparition de ses actifs de production était quasi-certaine, et même en admettant que dans l'hypothèse de cette liquidation la demande se fût portée exclusivement sur les produits de la société Seb ou de ses concurrents déjà présents sur le marché français, la probabilité du goulet d'étranglement invoqué par le ministre était limitée ; qu'en effet, compte tenu, d'une part, des caractéristiques technologiques des produits en cause, et, d'autre part, de l'existence de capacités de production immédiatement ou rapidement mobilisables par ces concurrents, directement ou en recourant à la sous-traitance, comme c'est déjà largement le cas dans ce secteur, il n'est pas établi que ces concurrents n'auraient pas été en mesure de fournir rapidement les quantités nécessaires pour pallier la disparition des produits Moulinex ; que la principale source de délai susceptible de retarder cette offre tenait donc moins aux contraintes de montée en puissance des capacités de production qu'à celles des procédures de référencement nécessaires à la commercialisation de ces produits ; qu'à cet égard, la raréfaction de l'offre observée à la fin de l'année 2001, lors de l'interruption de la production de la société Moulinex, s'explique principalement par l'impossibilité pour ses concurrents de faire aboutir immédiatement ces procédures de référencement ; qu'il n'est pas contesté, toutefois, que celles-ci, en cas de disparition de la société Moulinex, auraient pu être engagées et achevées rapidement ; que, dans ces conditions, la baisse de l'offre envisagée par le ministre dans cette hypothèse n'aurait probablement pas duré plus de quelques mois ; qu'ainsi, à supposer même que la corrélation observée à la fin de l'année 2001 entre la baisse de l'offre et la hausse des prix se soit reproduite, cette hausse des prix, d'ampleur limitée, n'aurait pas excédé cette très courte période ;

Considérant, en outre, qu'en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques ;

Considérant que, dans ces conditions, les motifs invoqués par le ministre - qui au demeurant a omis de prendre en compte les conséquences négatives que cette concentration pourrait avoir pour les consommateurs, cette fois de manière durable - ne suffisent pas à justifier qu'était remplie la troisième des conditions exigées pour le recours à l'exception de l'entreprise défaillante ; qu'ainsi, les requérantes sont fondées à demander l'annulation de la décision attaquée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leurs requêtes ;

Considérant qu'à la suite de cette annulation, le ministre, qui reste saisi du renvoi décidé par la Commission européenne le 8 janvier 2002, devra se prononcer à nouveau dans le délai prévu par l'article L. 430-3 précité du code de commerce, décompté à partir de la notification de la présente décision ; qu'à cet effet, il pourra

prendre en compte l'ensemble des données de fait existant à la date à laquelle il statuera, au regard des règles de fond et de procédure énoncées par le titre III du livre IV du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001, telles qu'interprétées par la présente décision, lesquelles restent applicables s'agissant d'une opération irrévocablement engagée avant la publication du décret du 30 avril 2002 ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

:

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat la somme de 7 000 euros que les SOCIETES X... S.P.A ET X... FRANCE demandent en application de ces dispositions et la somme de 10 000 euros que la SOCIETE BABYLISS S.A. demande au même titre ;

D E C I D E :

.....
Article 1er : La décision du 5 juillet 2002 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a autorisé la reprise par la société Seb d'une partie des activités de la société Moulinex sur le marché français du petit équipement électroménager est annulée.

Article 2 : L'Etat versera, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 7 000 euros aux SOCIETES X... S.P.A. ET X... FRANCE et la somme de 10 000 euros à la SOCIETE BABYLIS S.A.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE ROYAL PHILIPS ELECTRONIC, à la SOCIETE PHILIPS FRANCE, à la SOCIETE DE' LONGHI S.P.A., à la SOCIETE X... FRANCE, à la SOCIETE

BABYLISS S.A., à la société SEB S.A., à la société Moulinex, à la Commission européenne et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Document n° 5 : CJCE, *Kali et Salz*, 31 mars 1998, aff. Jointes C-68/94 et 30/95

Dans les affaires jointes C-68/94,

ayant pour objet l'annulation de la décision 94/449/CE de la Commission, du 14 décembre 1993, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (Affaire n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38),

et C-30/95,

(...)

parties intervenantes,

ayant pour objet l'annulation partielle, d'une part, de l'article 1^{er} de la décision 94/449/CE de la Commission, du 14 décembre 1993, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (Affaire n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38), en ce qu'elle conditionne la déclaration de compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun au respect des conditions énoncées en son point 63 et, d'autre part, de cette même décision, en ce qu'elle a

accepté l'engagement mentionné en son point 65, par lequel Kali und Salz AG s'est engagée à modifier, avant le 30 juin 1994, la structure de la société Potacan,

LA COUR,

rend le présent

Arrêt

Faits et procédure

1. Le 14 juillet 1993, la Commission a, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1990, L 257, p. 14, ci-après le «règlement»), reçu notification d'un projet de concentration entre Kali und Salz AG (ci-après «K+S»), filiale du groupe chimique BASF, et Mitteldeutsche Kali AG (ci-après «MdK»), dont l'actionnaire unique, la Treuhandanstalt (ci-après la «Treuhand»), est un organisme de droit public chargé de restructurer les anciennes entreprises de l'ex-République démocratique allemande.
2. K+S opère essentiellement dans les secteurs de la potasse, du sel gemme et de la dépollution. MdK regroupe l'ensemble des activités de l'ex-République démocratique allemande dans le domaine de la potasse et du sel gemme.
3. Le projet de concentration prévoyait que MdK serait transformée en une société à responsabilité limitée (MdK GmbH), à laquelle K+S et la Treuhand apporterait l'une ses activités «potasse» et «sel gemme» et l'autre 1 044 millions de DM. Dans l'entreprise commune ainsi constituée, K+S et la Treuhand détiendraient respectivement 51% et 49 % des parts et des droits de vote.
4. Par lettre du 5 août 1993, la Commission a informé les parties à l'opération envisagée de sa décision de proroger, en application des articles 7, paragraphe 2, et 18, paragraphe 2, du règlement, le sursis à la réalisation de la concentration jusqu'à l'adoption de la décision finale.
5. Le 16 août 1993, la Commission a décidé, en application de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement, d'engager la procédure dite «d'examen détaillé», au motif que l'opération de concentration notifiée soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun.
6. La Commission a, le 13 octobre suivant, communiqué aux parties les objections retenues à leur rencontre, conformément à l'article 18 du règlement. Selon elle, la concentration, telle qu'envisagée dans le projet notifié, pouvait créer une situation de position dominante collective sur le marché communautaire hors l'Allemagne et l'Espagne.
7. A la suite de cette communication de griefs, les parties ont proposé à la Commission de prendre certains engagements afin de lever ses doutes quant au fait que la concentration créerait une situation de position dominante oligopolistique sur le marché en cause.
8. La Commission a ensuite soumis un projet de décision au comité consultatif en matière de concentrations entre entreprises, tel qu'établi en vertu de l'article 19, paragraphes 3 et suivants, du règlement, qui a, lors de sa réunion du 3 décembre 1993, rendu, à la majorité de ses membres, un avis favorable (JO 1994, C 199, p. 5).
9. La Commission a, par la décision 94/449/CE, du 14 décembre 1993, relative à une procédure d'application du règlement n° 4064/89 (Affaire n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO 1994, L 186, p. 38, ci-après la «décision litigieuse»), déclaré le projet de concentration compatible avec le

marché commun, sous réserve toutefois que, en application de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, du règlement, certains engagements pris par les parties envers la Commission soient respectés. En effet, selon cette disposition, la Commission «peut assortir sa décision [déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun] de conditions et charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration».

10. Le marché du produit en cause, tel qu'identifié dans la décision litigieuse, concerne les produits à base de sels de potasse à usage agricole, lesquels comprennent à la fois la potasse vendue pour être utilisée directement en agriculture et celle vendue pour servir à la fabrication d'engrais composés. S'agissant du marché géographique du produit en cause, la Commission a identifié deux marchés distincts: le marché allemand et le marché communautaire hormis l'Allemagne.

11. Quant au marché allemand, la Commission a constaté, au point 46 de la décision litigieuse, que la concentration projetée créerait un monopole de fait, les parts de marché de K+S et de MdK étant respectivement de 79 % et de 19 %, et a conclu, au point 50, que l'opération de concentration envisagée aurait pour effet de renforcer la position dominante de K+S sur le marché allemand de la potasse. Cependant, elle est parvenue, **en application de la théorie de la «failing company defence»** (théorie de la défense de l'entreprise en état d'insolvabilité), à la conclusion que l'opération de concentration visée en l'espèce n'était pas la cause du renforcement de la position dominante de K+S sur le marché allemand. A cet égard, il est constaté, au point 95 de la décision litigieuse, que les conditions de la «failing company defence» sont remplies, à savoir «que la position dominante de K+S sera renforcée, même si l'opération de concentration ne se fait pas, parce que MdK disparaîtra rapidement du marché si elle n'est pas rachetée par une autre entreprise, que la part de marché de MdK sera alors absorbée par K+S et que l'on peut pratiquement exclure qu'une autre entreprise que K+S reprendra l'ensemble ou une partie substantielle de MdK» (voir également point 71 de la décision litigieuse). La Commission a par ailleurs ajouté, au point 95, que, compte tenu de la grave faiblesse structurelle des régions d'Allemagne de l'Est qui étaient concernées par le projet de concentration et des sérieuses conséquences probables pour elles d'une fermeture de MdK, la conclusion à laquelle elle était parvenue était également conforme à l'objectif fondamental du renforcement de la cohésion économique et sociale de la Communauté évoquée au treizième considérant du règlement.

12. S'agissant du marché communautaire, à l'exception de l'Allemagne, la Commission a relevé, au point 51 de la décision litigieuse, que, du fait de la concentration projetée, deux entités seraient en position dominante: K+S/MdK et la Société commerciale des potasses et de l'azote (ci-après «SCPA»), filiale du groupe français Entreprise minière et chimique (ci-après «EMC»), qui est chargée de la distribution de la potasse.

13. L'analyse de la Commission se fonde, d'une part, sur la constatation que l'offre, en dehors du groupe K+S/MdK et SCPA, est morcelée et émane d'opérateurs qui ne paraissent pas en mesure de s'attaquer à la part de marché totale d'environ 60 % détenue par le duopole et, d'autre part, sur une forte présomption selon laquelle, entre K+S/MdK et SCPA, il n'existera aucune concurrence effective, à la fois à cause des caractéristiques du marché de la potasse, du comportement passé de K+S et de SCPA et, enfin, de leurs liens commerciaux étroits et anciens. Ces liens consistent essentiellement: a) dans le contrôle d'une entreprise commune au Canada, Potacan, dont K+S et SCPA détiennent chacune 50 % du capital, b) dans la collaboration au sein du cartel à l'exportation constitué par Kali-Export GmbH (ci-après «Kali-Export»), société de droit autrichien établie à Vienne, qui coordonne la vente des produits à base de potasse de ses associés dans les pays tiers et dont font partie, avec chacune 25 % du capital, K+S, MdK, EMC/SCPA et le producteur de potasse espagnol Coposa, et c) dans les rapports de longue date sur la base desquels, en France, SCPA effectue presque toutes les livraisons de K+S (voir points 54 à 61 de la décision litigieuse).

14. Dans ces conditions, la Commission a estimé, aux points 57 et 62, que la concentration, qui impliquerait l'addition de la part de marché de MdK, deuxième producteur de la Communauté, sur le marché communautaire hormis l'Allemagne, aboutirait à la création d'un duopole entre K+S/MdK et SCPA qui occuperait une position dominante.

15. Afin d'éviter que la Commission déclare la concentration entre K+S et MdK incompatible avec le marché commun, les parties à cette concentration ont proposé à celle-ci certains engagements, formulés au point 63 de la décision litigieuse en ces termes:

«— *Kali-Export GmbH, Vienne* K+S et l'entreprise commune se retireront sans délai de Kali-Export GmbH/ De la même façon K+S et l'entreprise commune résilieront le contrat de représentation avec Kali-Export GmbH conformément aux dispositions relatives à la résiliation qui y sont prévues. Après cette date, l'entreprise commune entrera en concurrence avec Kali-Export GmbH au travers de son propre réseau de distribution...

— *Distribution en France*

K+S et l'entreprise commune mettront en place dans la Communauté leur propre réseau de distribution —dans la mesure où il n'existe pas déjà— et distribueront leurs produits à travers ce réseau de distribution selon les pratiques commerciales d'usage. Un réseau de distribution sera créé en France pour la potasse ainsi que pour les spécialités de la potasse. Il couvrira l'ensemble du marché français, sa nature et sa taille seront proportionnées à l'importance du marché français. Sa mise en place s'effectuera dans le respect du principe de l'efficacité économique.

L'actuelle coopération avec SCPA en tant que distributeur associé sur le marché français prendra fin... Cela permettra, d'une part, à SCPA d'exécuter les contrats déjà conclus avec ses propres clients et, d'autre part, à l'entreprise commune de mettre en place son propre réseau de distribution. La conclusion de contrats de vente avec SCPA aux conditions normales du marché reste possible».

C'est précisément en considération de ces engagements que la Commission a, ainsi qu'il a été rappelé au point 9 du présent arrêt, déclaré le projet de concentration compatible avec le marché commun.

16. Au point 65 de la décision litigieuse, il est rappelé que K+S, ayant pris connaissance des doutes de la Commission quant aux effets négatifs de l'opération de concentration sur les conditions de concurrence, s'est engagée à adapter, avant le 30 juin 1994, la structure de Potacan de telle sorte que chaque partenaire soit en mesure de commercialiser la potasse produite par Potacan de façon indépendante l'un de l'autre sur le marché communautaire. Toutefois, il est précisé, au point 67 de cette même décision, que la Commission a décidé de ne pas faire de cet engagement une obligation formelle, estimant que, «Dans l'hypothèse où K+S, en dépit de ses meilleurs efforts, ne serait pas en mesure de conclure un accord avec EMC, une solution appropriée aux problèmes de concurrence liés à la forme actuelle de l'entreprise commune Potacan devra être trouvée dans le cadre de la procédure [de notification des accords Potacan] engagée au titre du règlement n° 17 [du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962 13, p. 204, ci-après le 'règlement n° 17')]».

17. Par requête déposée au greffe de la Cour le 18 février 1994, la République française a demandé, en vertu de l'article 173 du traité CE, l'annulation de la décision litigieuse (affaire C-68/94).

18. Par ordonnance du président de la Cour du 9 septembre 1994, la République fédérale d'Allemagne a été admise à intervenir dans cette affaire au soutien des conclusions de la Commission.

19. Par requête déposée au greffe du Tribunal de première instance le 25 février 1994, SCPA et EMC ont demandé, en vertu de l'article 173 du traité, l'annulation partielle de la décision litigieuse.

20. Dans le cadre de ce dernier recours, le président du Tribunal a, par ordonnance du 10 mai 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (T-88/94 R, Rec. p. II-263), ordonné le sursis à l'exécution de l'article 1^{er} de la décision litigieuse, pour autant qu'elle pourrait impliquer la dissolution de Kali-Export, jusqu'au prononcé de l'ordonnance mettant fin à la procédure de référé et a rejeté la demande en référé pour le surplus.

21. Par ordonnance du président du Tribunal du 15 juin 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (T-88/94 R, Rec. p. II-401), l'exécution de l'article 1^{er} de la décision litigieuse a été suspendue, en ce qu'elle impose le retrait de K+S/MdK de Kali-Export, jusqu'à l'intervention de l'arrêt statuant sur le recours au principal.

22. Par ordonnance du président de la première chambre du Tribunal du 7 juillet 1994, la République française a été admise à intervenir dans l'affaire T-88/94 au soutien des conclusions des requérantes.

23. Par ordonnance du président de la deuxième chambre élargie du Tribunal du 18 janvier 1995, Kali und Salz Beteiligungs-AG (anciennement K+S) et Kali und Salz GmbH (anciennement MdK, ci-après les «entreprises intervenantes») ont été admises à intervenir dans l'affaire T-88/94 à l'appui des conclusions de la Commission.

24. Eu égard au fait que les recours dont la Cour et le Tribunal étaient saisis mettent en cause la validité du même acte, le Tribunal s'est dessaisi de l'affaire T-88/94, par ordonnance de la deuxième chambre élargie du 1^{er} février 1995, Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Commission (Rec. p. II- 221), afin que la Cour puisse statuer sur la demande en annulation. Cette affaire a été enregistrée au greffe de la Cour le 8 février suivant sous le numéro C-30/95.

25. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale dans les deux affaires sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

Conclusions des parties

Dans l'affaire C-68/94

26. La République française conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- annuler la décision litigieuse;
- condamner la Commission aux dépens.

27. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- rejeter le recours comme non fondé;
- condamner la République française aux dépens.

28. La République fédérale d'Allemagne, qui est intervenue à l'appui des conclusions de la Commission, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- rejeter le recours.

Dans l'affaire C-30/95

29. SCPA et EMC concluent à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler partiellement l'article 1^{er} de la décision litigieuse en ce qu'elle conditionne la déclaration de compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun au respect des conditions énoncées en son point 63;

— annuler partiellement la décision litigieuse en ce qu'elle a accepté l'engagement mentionné en son point 65 par lequel K+S s'est engagée à modifier avant le 30 juin 1994 la structure de la société Potacan afin que chaque actionnaire de cette dernière puisse commercialiser dans la Communauté, indépendamment de l'autre actionnaire, la potasse qu'elle a obtenue auprès de Potacan;

— condamner la Commission aux dépens;

— condamner les entreprises intervenantes à supporter leurs propres dépens.

30. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme irrecevable;

— rejeter le recours comme non fondé;

— condamner les requérantes aux dépens.

31. La République française, qui est intervenue à l'appui des conclusions des requérantes, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— faire droit aux conclusions des requérantes tendant à l'annulation partielle de la décision litigieuse;

— condamner la Commission aux dépens.

32. Les entreprises intervenantes Kali und Salz Beteiligungs-AG et Kali und Salz GmbH, qui ont succédé respectivement à K+S et à MdK, soutiennent les conclusions de la Commission et demandent à la Cour de condamner les sociétés requérantes aux dépens.

Sur la jonction des affaires C-68/94 et C-30/95

33. Étant donné la connexité de ces deux affaires, confirmée lors de la procédure orale, il convient, conformément à l'article 43 du règlement de procédure, de les joindre aux fins de l'arrêt

(...)

B — Sur l'appréciation erronée des effets de la concentration sur le marché allemand

90 Le gouvernement français reproche à la Commission d'avoir fait une application inexacte du règlement en autorisant, en application de la théorie de la société défaillante (« failing company defence ») et sans imposer aucune condition, une opération de concentration conduisant à la création d'un monopole sur le marché allemand de la potasse.

91 Quant à l'utilisation erronée de cette théorie, le gouvernement français rappelle qu'il s'agit d'une théorie issue de la réglementation antitrust américaine, en vertu de laquelle une concentration ne peut pas être considérée comme cause de la création ou du renforcement d'une position dominante lorsque sont remplies les conditions suivantes:

a) une des entreprises parties à la concentration se trouve dans une situation telle qu'elle ne devrait pas être à même d'honorer ses engagements dans un futur proche; b) elle serait incapable de se réorganiser avec des chances de succès, au sens du chapitre 11 du Bankruptcy Act; c) il n'existe pas d'autres solutions moins dommageables pour les conditions de concurrence que celle de la concentration; d) l'entreprise défaillante disparaîtrait du marché si la concentration n'était pas réalisée.

92 Or, la Commission se serait référée à la théorie de la « failing company defence » sans prendre en compte la totalité des critères retenus dans la réglementation antitrust américaine, et en particulier ceux mentionnés aux points a) et b), alors que seule l'application intégrale des critères américains garantirait la mise en œuvre d'un mécanisme d'exception dont l'application ne conduirait pas à aggraver une situation concurrentielle déjà dégradée.

93 Le gouvernement français soutient que la Commission, qui a estimé qu'en toute hypothèse K + S reprendrait la part de marché de MdK en Allemagne, a introduit arbitrairement le critère de l'absorption des parts demarché.

94 Il fait valoir que l'absorption par K + S de la part de marché de MdK en cas de disparition de cette dernière prouve que le marché allemand est imperméable à la concurrence, mais ne permet pas d'écarter le caractère préjudiciable de l'opération en termes de concurrence

95 Par ailleurs, la Commission n'aurait pas démontré que les critères qu'elle a retenus, relatifs à la disparition de l'entreprise et à l'absence d'alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence, seraient effectivement remplis en l'espèce.

96 S'agissant de la prétendue disparition de MdK en l'absence de l'opération de concentration, le gouvernement français indique que la Commission a totalement négligé l'éventualité que MdK puisse, à la suite d'un processus de restructuration autonome mené avec l'aide financière de la Treuhand dans le respect des articles 92 et 93 du traité CE, retrouver sa viabilité. 97 Enfin, il estime que la Commission n'a pas démontré qu'il n'y avait pas d'autre possibilité de reprise moins dommageable pour la concurrence. A cet égard, le gouvernement français relève que les syndicats de MdK avaient fait état d'un manque de transparence dans la procédure d'appel d'offres.

97 Enfin, il estime que la Commission n'a pas démontré qu'il n'y avait pas d'autre possibilité de reprise moins dommageable pour la concurrence. A cet égard, le gouvernement français relève que les syndicats de MdK avaient fait état d'un manque de transparence dans la procédure d'appel d'offres.

98 Quant à l'absence de conditions pour autoriser l'opération de concentration sur le marché allemand, ce gouvernement soutient que, en tout état de cause, la décision litigieuse, dans la mesure où elle autorise sans aucune condition l'opération sur le marché allemand sur lequel l'entreprise commune détiendra 98 % des parts de marché, est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et est contraire à l'article 2, paragraphe 3, du règlement. En effet, il serait évident que l'opération en cause renforcerait la position dominante de K + S en Allemagne, avec comme conséquence que la concurrence serait entravée de manière significative dans une partie substantielle du marché commun.

99 A cet égard, ce gouvernement fait remarquer que l'objectif de la cohésion économique et sociale visé aux articles 2 et 3, sous j), du traité CE, également rappelé au treizième considérant du règlement, auquel la Commission a renvoyé dans sa décision, bien qu'il doive être pris en compte dans l'appréciation des opérations de concentration, ne saurait en toute hypothèse justifier une autorisation faisant échec à l'objectif essentiel du contrôle communautaire des concentrations, qui consiste dans la protection de la concurrence. En définitive, la Commission n'aurait pu autoriser l'opération en faisant appel à l'objectif de la cohésion économique et sociale que si les entreprises notifiantes avaient pris, à l'instar de la société Nestlé dans la

décision 92/553/CEE de la Commission, du 22 juillet 1992, relative à une procédure au titre du règlement n° 4064/89 (Affaire n° IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (JO L 356, p. 1, ci-après la « décision Nestlé/Perrier »), des engagements précis et suffisants visant à ouvrir le marché pertinent à la concurrence.

100 La Commission admet que, dans la décision litigieuse, elle n'a pas fait sienne, dans son intégralité, la théorie américaine de la « failing company defence ». Néanmoins, elle ne voit pas en quoi cela serait de nature à porter atteinte à la légalité de cette décision.

101 Elle estime, en outre, avoir suffisamment démontré que les critères qu'elle a retenus pour l'application de la théorie de la « failing company defence » sont effectivement remplis dans le cas d'espèce.

102 Pour ce qui est du risque de disparition rapide de MdK à défaut de reprise par un autre opérateur, la Commission rappelle que, aux points 76 et 77 de la décision litigieuse, elle a constaté qu'il ne saurait être attendu de la Treuhand qu'elle éponge, à l'aide de fonds publics, les pertes durables d'une entreprise qui n'est plus économiquement viable, et que, même si cela n'arrive pas dans l'immédiat pour des raisons de politique sociale, régionale ou générale, la fermeture de MdK dans un avenir proche est très probable

103 Ensuite, il ne serait pas contesté que la part de marché de MdK en Allemagne serait, selon toute probabilité, reprise par K + S.

104 Quant à la condition qu'il n'y ait pas d'alternative d'acquisition de MdK moins dommageable pour la concurrence, la Commission se réfère aux points 81 à 90 de la décision litigieuse. Elle estime, en outre, que le gouvernement français n'a pas démontré en quoi les critiques des syndicats de MdK pourraient mettre en cause son appréciation. Au demeurant, la Commission ne se serait pas contentée de constater que l'appel d'offres n'avait pas permis de trouver un autre acquéreur, mais aurait elle-même fait une enquête complémentaire.

105 S'agissant de l'absence de conditions pour autoriser l'opération de concentration sur le marché allemand, la Commission relève que le gouvernement français ne précise pas les engagements que K + S et MdK auraient pu prendre en vue d'ouvrir le marché allemand à la concurrence. L'argument que le gouvernement français croit pouvoir tirer de la décision Nestlé/Perrier, précitée, manquerait de pertinence. Selon la Commission, dans cette décision, l'opération de concentration avait pu être autorisée compte tenu de certains engagements portant sur la structure de la concurrence dans le marché du produit pertinent. Or, en l'espèce, pour ouvrir le marché allemand à la concurrence, il faudrait s'attaquer non pas à la structure de la concurrence, mais au comportement des acheteurs. Selon la Commission, quand bien même le moyen pour ouvrir le marché allemand aurait pu être d'ordre structurel, il y a lieu de constater qu'aucune solution d'acquisition de MdK moins dommageable pour la concurrence ne s'est présentée.

106 Le gouvernement allemand soutient que, conformément à l'article 2, paragraphe 3, du règlement, il n'est justifié d'interdire une concentration que si elle entraîne une détérioration des conditions de concurrence. Or, le lien de causalité entre la concentration et ses effets sur la concurrence ferait défaut dès lors que, même sans la concentration, il faudrait s'attendre à une détérioration identique des conditions de concurrence. Cela se produirait lorsque les trois conditions retenues par la Commission sont remplies.

107 Le gouvernement allemand estime, contrairement au gouvernement français, que la Commission a suffisamment démontré que les conditions qu'elle a définies étaient remplies. En premier lieu, MdK ne serait pas viable seule, c'est-à-dire qu'il ne serait pas possible d'assainir l'entreprise en maintenant son autonomie sur le marché. La Commission aurait, au point 76 de la décision litigieuse, motivé de façon substantielle que, avec le maintien de la participation à 100 % de la Treuhand, MdK n'aurait pas été susceptible d'être assainie à long terme. En deuxième lieu, il ne ferait pas de doute que la part de marché de MdK serait absorbée automatiquement par K

+ S, puisque celle-ci demeurerait seule sur le marché considéré après la disparition de MdK, et qu'il s'agirait, dans ce contexte, d'une condition essentielle. En troisième lieu, le gouvernement allemand soutient que la Commission a motivé de façon exhaustive le fait qu'il n'existait pas d'autre possibilité d'acquisition de MdK.

108 Quant à l'approbation de la concentration sur le marché allemand sans conditions ni charges, le gouvernement allemand relève que, à défaut de lien de causalité entre la concentration et le renforcement d'une position dominante, une des conditions pour adopter une décision d'interdiction, au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement, n'était pas remplie. Dès lors, la concentration devait être autorisée sans charges ni conditions.

109 Il convient au préalable de rappeler que, aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du règlement, « Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun ».

110 Ainsi, dès lors qu'une opération de concentration n'est pas la cause de la création ou du renforcement d'une position dominante affectant de manière significative la situation concurrentielle sur le marché pertinent, il y a lieu de la déclarer compatible avec le marché commun.

111 Il ressort du point 71 de la décision litigieuse que, selon la Commission, une concentration qui, normalement, devrait être considérée comme conduisant à la création ou au renforcement d'une position dominante de la société acquéresse peut être considérée comme n'étant pas à l'origine d'une telle position si, dans le cas où **la concentration serait interdite, cette société obtenait ou renforçait inévitablement une position dominante**. Au même point, il est constaté que, en général, une concentration n'est pas la cause de la détérioration de la structure concurrentielle s'il est certain que:

- l'entreprise acquise disparaîtrait rapidement du marché si elle n'était pas reprise par une autre entreprise,
 - l'entreprise acquéresse reprendrait la part du marché de l'entreprise acquise si celle-ci venait à disparaître du marché,
- il n'y a pas d'autre alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence.

112 En premier lieu, il convient de relever que le fait que les conditions posées par la Commission pour conclure à l'inexistence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle ne recourent pas intégralement les conditions retenues dans le cadre de la théorie américaine de la « failing company defence » n'est pas en soi un motif d'invalidité de la décision litigieuse. En effet, seule la circonstance que les conditions fixées par la Commission ne seraient pas de nature à exclure qu'une concentration soit la cause de la détérioration de la structure concurrentielle du marché pourrait constituer un motif d'invalidité de la décision litigieuse.

113 En l'occurrence, le gouvernement français conteste la pertinence du critère selon lequel il importe de vérifier si l'entreprise qui procède à l'acquisition obtiendrait en tout état de cause la part de marché de l'entreprise acquise si celle-ci venait à disparaître du marché.

114 Or, il y a lieu de constater que, à défaut de ce critère, une concentration pourrait, à condition que soient remplis les autres critères, être considérée comme n'étant pas la cause de la détérioration de la structure concurrentielle du marché même s'il apparaissait que, en l'absence de cette concentration, l'entreprise qui procède à l'acquisition n'obtiendrait pas la totalité de la part de marché de l'entreprise acquise. Ainsi, l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du

marché pourrait être écartée alors même que, sans la concentration, la détérioration de la structure concurrentielle du marché serait moindre.

115 En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération.

116 Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement.

117 Quant au grief tiré de ce que la Commission n'aurait pas démontré que, en l'absence de l'opération de concentration, MdK aurait inéluctablement disparu du marché, il convient de rappeler que la Commission a constaté, au point 73 de la décision litigieuse, que, bien que la restructuration de MdK ait été achevée le 1^{er} janvier 1993, cette entreprise avait continué à enregistrer des pertes considérables au cours du premier trimestre. Selon la Commission, la grave situation économique de MdK résultait essentiellement de sa structure d'exploitation obsolète et de la crise des débouchés qui s'expliquait principalement par l'effondrement des marchés dans l'Europe de l'Est. Par ailleurs, MdK manquait également d'un système de distribution efficace (voir points 74 et 75 de la décision litigieuse).

118 Au point 76 de la décision litigieuse, la Commission a relevé que MdK n'avait pu continuer de fonctionner jusqu'à ce jour que grâce à l'intervention de la Treuhand qui avait constamment couvert ses pertes. La Commission a cependant ajouté que les pertes de MdK ne pouvaient être durablement couvertes par la Treuhand au moyen d'aides publiques, dans la mesure où il s'agirait d'une solution en toute hypothèse incompatible avec les dispositions du traité sur les aides d'État.

119 Compte tenu de ce qui précède, il ne saurait être reproché à la Commission d'avoir constaté que MdK n'était plus économiquement viable et d'avoir considéré qu'il était probable que, livrée à elle-même, celle-ci continuerait à cumuler des pertes même, si elle avait obtenu de la Treuhand les fonds prévus dans le projet de concentration à des fins d'assainissement.

120 Dans ces conditions, la prévision de la Commission selon laquelle la fermeture de MdK dans un avenir proche était, à défaut de reprise par une entreprise privée, très probable ne saurait être considérée comme ne s'appuyant pas sur des éléments de preuve consistants.

121 Enfin, s'agissant de la condition relative au défaut d'alternative d'acquisition de MdK moins dommageable pour la concurrence, il convient de rappeler que le grief du gouvernement français est tiré de ce que la Commission n'aurait pas, en raison du manque de transparence dans la procédure d'appel d'offres, démontré que cette condition était effectivement remplie.

122 A cet égard, il suffit de constater que le gouvernement français s'est contenté de rappeler que les syndicats de MdK avaient fait état du manque de transparence dans la procédure d'appel d'offres, sans aucunement fournir d'éléments de nature à préciser en quoi consistait ce prétendu manque de transparence.

123 Or, en l'absence de toute précision de ce grief, celui-ci ne saurait être accueilli.

124 Il ressort de ce qui précède que l'absence de lien de causalité entre l'opération de concentration et la détérioration de la structure concurrentielle sur le marché allemand n'a pas pu être valablement remise en

cause. Dès lors, il y a lieu de constater que, pour ce qui est de ce marché, ladite opération apparaît comme satisfaisant au critère mentionné à l'article 2, paragraphe 2, du règlement, en sorte qu'elle pouvait être déclarée compatible avec le marché commun, sans qu'il y soit apportée de modification. En conséquence, contrairement à ce que prétend le gouvernement français, il ne saurait être exigé, sans contredire cette prémisse, que, s'agissant du marché allemand, la Commission assortisse de quelque condition que ce soit sa déclaration de compatibilité de l'opération de concentration.

125 En conséquence, ce deuxième moyen doit être rejeté comme non fondé.

C — Sur l'appréciation erronée de l'opération de concentration sur le marché communautaire, à l'exception de l'Allemagne

126. Par ce moyen, le gouvernement français ainsi que SCPA et EMC font grief à la Commission, premièrement, d'avoir délimité de manière erronée le marché géographique hors l'Allemagne, deuxièmement, d'avoir interprété le règlement en ce sens qu'il s'applique aux positions dominantes collectives et, troisièmement, d'avoir fait une **mauvaise application de la notion de position dominante collective**.

1. Sur la délimitation du marché géographique en cause

127. Selon les requérantes, la détermination de la Communauté hormis l'Allemagne comme étant un marché géographique en cause distinct pour la potasse n'est pas suffisamment motivée et repose sur une analyse erronée et, en tout cas, partielle des éléments à prendre en considération. La Commission aurait, au demeurant, fait un amalgame entre des situations de concurrence totalement hétérogènes.

128. Ainsi, la Commission aurait placé sur un même plan des États sans aucune production nationale, des États producteurs dans lesquels la production est structurellement supérieure ou équivalente à la consommation, tels l'Espagne et le Royaume-Uni, et des États producteurs dans lesquels la production est structurellement inférieure à la consommation, telle la France.

129. Le gouvernement français fait observer que la quasi-totalité des échanges intracommunautaires résulte de flux à sens unique, et non d'échanges réciproques, qui caractérisent un véritable marché homogène. A cet égard, il rappelle que les États membres non producteurs importent exclusivement, que l'Espagne n'importe que du Royaume-Uni et n'y exporte rien, que la France importe d'Allemagne, d'Espagne et du Royaume-Uni, mais n'y exporte pratiquement rien et, enfin, que le Royaume-Uni importe beaucoup d'Allemagne, mais n'y exporte que des quantités négligeables.

130. En outre, les stratégies d'achat des États membres seraient différentes. La France aurait des approvisionnements relativement équilibrés entre les trois autres États producteurs et importerait également de pays tiers. En revanche, les importations vers le Royaume-Uni proviendraient essentiellement d'Allemagne. Parmi les États qui n'ont aucune production, l'Irlande et le Portugal importeraient exclusivement de la potasse d'origine communautaire, tandis que le Danemark, la Belgique et le Luxembourg importeraient environ un quart de leur consommation de pays tiers, alors que l'Italie et les Pays-Bas plus de la moitié.

131. Une autre preuve de l'absence d'homogénéité du marché considéré ressort, selon le gouvernement français, de l'examen des parts de marché des fournisseurs, qui varient considérablement d'un État à l'autre. En fait, seule K+S serait présente dans tous les États membres, à l'exception toutefois de l'Espagne.

132. Par ailleurs, le degré de concentration de l'offre serait important en Espagne, en France, et sur le

territoire belgo-luxembourgeois. Or, ce facteur plaiderait en principe pour une solution consistant à isoler les marchés sur lesquels une telle concentration existerait.

133. Selon le gouvernement français, même l'analyse des caractéristiques de la demande confirme l'inexistence en l'espèce d'un marché géographique constitué par l'ensemble des États membres, à l'exclusion de l'Allemagne. En effet, l'appréciation de la Commission sur l'interchangeabilité des produits serait erronée étant donné que le choix des produits à base de potasse dépendrait de la nature géologique du sol, de la superficie agricole, des habitudes des consommateurs et des politiques agricoles, ainsi que de la présence d'industries de potasse sur le territoire. Ainsi, il se vendrait près de deux fois plus de potasse au Royaume-Uni qu'en Italie et trois fois plus sur le territoire belgo-luxembourgeois qu'aux Pays-Bas, États de dimensions comparables. Au Portugal, il se vendrait douze fois moins de potasse qu'au Danemark.

134. Les requérantes contestent la fiabilité de l'examen des coûts de transport et des prix de la potasse à l'intérieur du marché de référence effectué par la Commission.

Pour ce qui est des premiers, la Commission se serait essentiellement contentée d'affirmer que les coûts de transport n'apparaissent pas constituer un obstacle aux flux commerciaux. En particulier, la circonstance qu'il n'existe aucun flux commercial du Royaume-Uni vers l'Italie ni d'Espagne vers les Pays-Bas ou le Danemark permettrait de douter de l'absence d'influence des coûts de transport sur les approvisionnements. S'agissant des prix, la Commission aurait omis de se livrer à un examen comparatif des prix pratiqués par les différents opérateurs dans chaque État membre. Le gouvernement français soutient que la Commission n'a fondé ses appréciations quant aux coûts de transport et aux prix que sur quelques données fournies par K+S ainsi que sur des statistiques vieilles de cinq ans.

135. Ce gouvernement estime que la Commission aurait dû isoler les marchés espagnol et français, qui, du fait de leurs caractéristiques particulières, présentent des conditions de concurrence qui ne sont pas comparables à celles rencontrées dans les autres États membres. En particulier, le marché espagnol présenterait des caractéristiques analogues à celles du marché allemand, alors que le marché français se distinguerait nettement de tous les autres marchés nationaux par une production inférieure à la consommation et par la présence d'un grand opérateur largement dominant.

136. La Commission rétorque que le fait d'inclure, dans un même marché, des États membres n'ayant aucune production nationale ou une production nationale soit supérieure, soit inférieure à la consommation, n'implique pas une délimitation erronée du marché géographique en cause. Par ailleurs, l'existence de flux commerciaux à sens unique dans le marché géographique tel que délimité n'exclurait pas, selon la doctrine économique, que celui-ci soit homogène quant aux conditions de concurrence.

137. Selon la Commission, la présence plus ou moins significative de producteurs d'une certaine zone géographique sur le marché d'une autre zone géographique s'expliquerait par des stratégies de vente des fournisseurs qui, pour des raisons diverses, préfèrent concentrer leurs efforts sur telle ou telle zone géographique.

Les prétendues stratégies d'achat des États membres ne seraient pas, en tant que telles, révélatrices d'une absence de conditions de concurrence suffisamment homogènes.

138. Quant à l'argument tiré des différences considérables existant d'un État à l'autre entre les parts de marché des fournisseurs, la Commission objecte que ces différences ne peuvent pas, en tant que telles, être considérées comme une preuve que les fournisseurs ne peuvent pas pénétrer les marchés et, donc, qu'il y a des marchés géographiques distincts. Ainsi, ce critère ne constituerait aucunement un facteur décisif pour la détermination du marché géographique pertinent.

139. Le degré relativement élevé de concentration de l'offre que connaissent certains États membres ne serait pas davantage un critère déterminant pour définir un marché distinct, notamment lorsqu'il existe des flux commerciaux importants entre ces États membres.

140. S'agissant des caractéristiques de la demande des produits potassiques, la Commission rappelle qu'elle a déjà constaté, d'une part, un degré élevé d'interchangeabilité, compte tenu que, dans aucun État, à l'exception de l'Allemagne, les utilisateurs n'ont une nette préférence pour les produits locaux et, d'autre part, la capacité de tous les producteurs communautaires du secteur concerné de produire les différentes sortes de potasse. En outre, elle relève que, en dépit des écarts assez importants entre les quantités de potasse consommées dans les différents États membres, la potasse se vend en quantité non négligeable dans toute la Communauté hors l'Allemagne. En définitive, il n'existerait en l'espèce aucun élément de nature à établir que la structure de la demande est révélatrice de marchés nationaux distincts.

141. La Commission conteste que son analyse des coûts de transport soit superficielle ou erronée, en objectant que l'absence de flux d'échanges entre pays producteurs et pays importateurs n'est pas nécessairement causée par les coûts de transport. D'autre part, la présence d'échanges entre certains États non limitrophes démontrerait que les coûts de transport ne sont aucunement prohibitifs. S'agissant des prix de la potasse dans les États membres, à l'exclusion de l'Allemagne, la Commission fait remarquer qu'ils présentent des différences négligeables. En effet, la différence maximale de prix entre les États membres autres que l'Allemagne serait de 10 % alors que, pour l'Allemagne, elle ne serait jamais inférieure à 15 %.

142. Enfin, la Commission soutient que ni le marché espagnol ni le marché français ne peuvent être considérés comme des marchés pertinents distincts. Quant au marché espagnol, elle relève que, avec ses 16 % d'importations, il est plus ouvert que le marché allemand, où les importations ne représentent que 2 % du marché. D'ailleurs, la part des importations dans le marché espagnol irait en s'accroissant au détriment de la part de marché détenue par Coposa. En outre, les produits de potasse espagnols seraient largement substituables à ceux des autres États membres hormis l'Allemagne. Enfin, il n'y aurait pas de différences sensibles entre les prix de la potasse en Espagne et dans le reste de la Communauté hors l'Allemagne. Quant au marché français, la Commission relève qu'il est même plus largement approvisionné par les importations que le marché espagnol. Par ailleurs, les considérations qu'elle a faites à propos des prix et de l'interchangeabilité des produits potassiques espagnols vaudrait, mutatis mutandis, pour les produits français. La Commission souligne également que les méthodes de distribution utilisées dans ces deux États sont identiques à celles employées dans le reste de la Communauté hormis l'Allemagne.

143. A titre liminaire, il convient de relever que la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration. S'agissant de l'application du règlement telle qu'envisagée dans le cas d'espèce, le marché géographique en cause est une zone géographique définie dans laquelle le produit en cause est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour tous les opérateurs économiques, de manière à pouvoir apprécier raisonnablement les effets sur la concurrence de la concentration d'entreprises notifiée (voir, en ce sens, arrêt du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, Rec. p. 207, points 11 et 44).

144. Il est constant que tous les États membres, à l'exception de l'Allemagne, importent des quantités appréciables de potasse en provenance d'autres États membres et, parfois, de pays tiers. Ainsi, l'Espagne, dont le producteur national, Coposa, est, de tous les producteurs communautaires, le plus solidement implanté sur son marché domestique, importe de la potasse dans une mesure excédant 15 % du marché espagnol. La France, quant à elle, importe le produit pour plus de 20 % de son marché alors que le Royaume-Uni l'importe pour plus de 50 % du sien. Les autres États de la Communauté hormis l'Allemagne

n'ont pas de production propre et sont dès lors nécessairement tributaires des importations.

145. Ainsi qu'il ressort des points 53 et 56 de la décision litigieuse, les producteurs des pays tiers détiennent, dans la Communauté hormis l'Allemagne, une part de marché libre de la potasse d'environ 15 %. Cette donnée est du reste confirmée par les chiffres contenus dans le document détaillant la répartition des ventes de chaque opérateur par État membre, produit lors de la procédure administrative et dont il est fait mention aux points 78 et suivants du présent arrêt.

146. Or, une aire géographique telle que celle visée en l'espèce, dans la mesure où elle s'avère sensiblement perméable à la circulation de la potasse d'origine tant communautaire qu'extracommunautaire, forme en principe une zone ouverte à la concurrence.

147. Par ailleurs, il est constant que les utilisateurs dans les différents États membres hormis l'Allemagne s'approvisionnent en produits à base de potasse qui sont largement substituables et n'ont pas de préférence marquée pour des spécialités qui ne sont disponibles qu'auprès des producteurs locaux.

148. En outre, il ressort des données fournies par l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture que, durant la période 1987-1989, les prix de la potasse dans chaque État membre hormis l'Allemagne ne différaient pas de façon significative, alors que les prix allemands étaient plus élevés de 20 % que ceux pratiqués dans les autres États membres. De plus, selon les informations fournies par les parties, les prix pratiqués par K+S en 1992 pour le «Korn-Kali» (produit potassique contenant du magnésium) et le granulé de potasse 40/8 étaient par exemple en Belgique et aux Pays-Bas rigoureusement identiques, mais, comparés aux prix allemands pour les mêmes produits, ils étaient respectivement inférieurs de 15 et 20 % (voir point 43 de la décision litigieuse). Ces informations, bien qu'assez approximatives, ainsi que l'a relevé le gouvernement français, constituent toutefois, en l'absence de toute preuve contraire, un indice que les prix de la potasse pratiqués dans la Communauté hormis l'Allemagne sont assez homogènes et diffèrent significativement de ceux pratiqués en Allemagne.

149. Ensuite, ainsi que l'a observé la Commission, les coûts de transport n'apparaissent pas constituer un empêchement aux flux commerciaux à l'intérieur de la Communauté hormis l'Allemagne. En ce sens milite le fait qu'il existe des flux commerciaux entre des États non limitrophes tels que le Royaume-Uni et l'Espagne, l'Espagne et l'Irlande, l'Espagne et l'Italie, l'Espagne et la zone belgo-luxembourgeoise, l'Allemagne et l'Irlande, l'Allemagne et le Portugal, l'Allemagne et l'Italie et la France et les Pays-Bas.

150. Enfin, l'affirmation de la Commission selon laquelle il n'apparaît pas, au niveau de la distribution, qu'il existe des barrières à l'entrée des produits dans la Communauté, à l'exception de l'Allemagne, semblables à celles existant en Allemagne, n'a pas été contestée par les requérants.

151. Dans ces conditions et en l'absence d'éléments décisifs contraires, l'appréciation économique faite par la Commission selon laquelle la Communauté, à l'exception de l'Allemagne, constitue un ensemble suffisamment homogène pour être considéré globalement comme un marché géographique distinct apparaît étayée à suffisance de droit, notamment par opposition au marché allemand dans lequel les importations sont négligeables, K+S et MdK détenant en effet 98 % du marché national de la potasse.

2. Sur l'applicabilité du règlement aux positions dominantes collectives

152. Le gouvernement français et les sociétés requérantes font valoir que le règlement n'autorise pas la Commission à l'appliquer dans les situations de position dominante collective. A cet égard, ils font observer que le texte du règlement, et en particulier son article 2, à la différence de l'article 86 du traité CE, ne vise pas expressément l'hypothèse de la position dominante collective. En effet, tandis que l'article 86 du traité «interdit... le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position

dominante...», l'article 2 du règlement considère comme respectivement compatibles et incompatibles avec le marché commun, d'une part, les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante anticoncurrentielle et, d'autre part, celles qui créent ou renforcent une telle position.

153. Par ailleurs, les bases juridiques du règlement ne justifieraient pas l'interprétation retenue par la Commission. Il ne serait pas, en effet, un texte d'application de l'article 86 du traité. Selon le gouvernement français, ce règlement est principalement fondé sur l'article 235 du traité CE, et, s'il est également fondé sur l'article 87 de ce traité, lequel habilite le Conseil à arrêter les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86, c'est précisément parce que, alors que la Cour avait retenu la possibilité d'utiliser l'article 86 pour contrôler certaines concentrations (arrêt du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, Rec. p. 215), il en réduit le champ d'application, en disposant notamment en son article 22, paragraphe 1, que «Le présent règlement est seul applicable aux opérations de concentration telles que définies à l'article 3».

154. En outre, rien dans les travaux ayant précédé l'adoption du règlement ne permettrait de soutenir que le législateur ait également entendu viser les positions dominantes collectives. Or, admettre que ce type de situation est couvert par le règlement équivaldrait à retenir un champ d'interdictions ou d'autorisations conditionnelles extrêmement large et surtout très incertain. Le gouvernement français estime dès lors que, si le législateur communautaire, dont l'un des soucis essentiels était d'assurer la sécurité juridique des entreprises, avait voulu introduire cette notion dans le cadre du règlement, il l'aurait fait expressément, à l'instar de l'article 86 du traité.

155. EMC et SCPA soutiennent que l'interprétation du règlement proposée par la Commission a pour effet de fausser l'économie de celui-ci. A l'appui de cette thèse, elles font valoir que ladite interprétation peut aboutir à appliquer le règlement même lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25 % ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci, contrairement à ce que prévoit le quinzième considérant de ce règlement. Selon ce considérant, l'indication que les opérations de concentration ne sont pas susceptibles d'entraver une concurrence effective et peuvent donc être présumées compatibles avec le marché commun existe notamment lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25 % ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci.

156. Enfin, l'absence de garanties de procédure adéquates pour les tiers confirme, selon les requérantes, que le règlement n'est pas conçu pour servir de cadre à l'utilisation de la notion de position dominante collective. Ainsi, les entreprises qui sont étrangères à l'opération de concentration examinée dans le cadre du règlement, mais qui, avec les entreprises participant à cette opération, constituent, aux yeux de la Commission, un oligopole, ne sont au départ destinataires d'aucune information spécifique pouvant leur indiquer quelles conséquences la procédure en cours pourrait impliquer à leur encontre. Le gouvernement français indique que, s'il est vrai que, en application de l'article 18, paragraphe 4, première phrase, du règlement, la Commission ou les autorités compétentes des États membres ont la possibilité d'entendre des tiers à l'opération de concentration et donc, le cas échéant, les représentants des sociétés étrangères à ladite opération, cette démarche n'est cependant pas obligatoire et, lorsqu'elle a lieu, revêt un caractère informel et n'offre pas les garanties prévues pour les auditions des parties à l'opération. En outre, les tiers considérés comme participant à une position dominante collective n'étant pas informés de la décision que la Commission a l'intention de prendre, ils ne seraient pas non plus mis à même d'utiliser de manière efficace la possibilité, prévue à l'article 18, paragraphe 4, seconde phrase, du règlement, de demander à être entendus.

157 La Commission rétorque que le texte du règlement ne permet pas d'exclure que cet instrument serve également à prévenir la constitution ou le renforcement de positions dominantes collectives. En particulier,

l'article 2, paragraphe 3, de ce règlement relierait la position dominante à l'opération de concentration, et non pas aux entreprises concernées, et viserait les conséquences de la concentration projetée sur la structure de la concurrence, se référant ainsi à une situation objective.

158. Par ailleurs, l'utilisation conjointe des articles 87 et 235 du traité en tant que base juridique du règlement démontrerait que l'objectif de celui-ci est de combler, en ce qui concerne le contrôle des positions dominantes oligopolistiques, une lacune en matière de concurrence laissée par les articles 85 et 86 du traité.

159. Selon la Commission, rien dans les travaux préparatoires n'autorise à considérer que le Conseil a entendu exclure que le règlement puisse servir à prévenir des situations de dominance collective du marché, c'est-à-dire des situations de dominance liées à la présence de plusieurs entités économiques fortement interdépendantes. La Commission rappelle que, lorsqu'il est apparu que les délégations des États membres étaient divisées sur la question du contrôle des oligopoles, un accord a été trouvé sur une formule neutre qui laissait la question ouverte. C'est cette formule qui aurait finalement été retenue à l'article 2 du règlement.

160. Au demeurant, l'interprétation défendue par le gouvernement français aurait pour conséquence que, à la suite de l'adoption du règlement, les concentrations, auparavant soumises à un contrôle des oligopoles dans certains États membres, ne seraient désormais soumises qu'au contrôle communautaire quant à l'existence d'une domination individuelle.

161. D'après la Commission, les modalités procédurales d'application du règlement protègent amplement les intérêts des tiers dès lors qu'elles leur permettent de faire valoir leur point de vue. La Commission relève que, en tout état de cause, une décision d'autorisation d'une concentration, même assortie de conditions et de charges, comme le permet l'article 8, paragraphe 2, du règlement, ne lie que les parties à la concentration. En effet, ces conditions et charges seraient destinées à garantir le respect par les parties à la concentration des engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission. A titre subsidiaire, la Commission considère que, étant donné que le droit d'être entendu est un principe fondamental du droit communautaire, qui doit s'appliquer même en dehors de toute codification expresse, il ne saurait être déduit de l'absence d'une référence au droit de défense des tiers que le règlement a entendu exclure des mesures pouvant affecter les intérêts des tiers.

162. Enfin, la Commission soutient que la possibilité d'interdire une concentration qui renforce le caractère oligopolistique du marché découle, d'une part, de la théorie économique selon laquelle la concurrence, dès lors que certaines conditions sont remplies, ne fonctionne pas de manière adéquate dans un marché oligopolistique et, d'autre part, de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun, conformément à l'article 2, paragraphe 1, sous a), du règlement.

163. D'après le gouvernement allemand, le règlement est applicable à des cas de position dominante collective notamment parce qu'il constitue un instrument complétant les articles 85 et 86 du traité et parce qu'il a été adopté pour atteindre l'objectif général énoncé à l'article 3, sous f), du traité CEE [devenu l'article 3, sous g), du traité CE]. En effet, le règlement devrait permettre un contrôle efficace des concentrations qui pourraient s'avérer incompatibles avec un régime de concurrence non faussé. Or, l'efficacité d'un tel contrôle impliquerait la possibilité d'empêcher toute concentration conduisant à la création ou au renforcement d'une position dominante, qu'elle émane d'une ou de plusieurs entreprises.

164. Ce gouvernement relève que, si l'on interprétait le règlement en ce sens que son champ d'application serait limité au cas de position dominante exploitée par une seule entreprise, cela aurait pour conséquence que les concentrations intervenues après l'adoption du règlement, qui étaient auparavant soumises au

contrôle d'un État membre, ne feraient plus l'objet d'un contrôle.

165. Il convient, en premier lieu, de constater que l'argument des requérantes selon lequel le choix des bases juridiques plaiderait en lui-même en faveur de la thèse selon laquelle le règlement ne serait pas applicable aux positions dominantes collectives ne saurait être accueilli. En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 83 de ses conclusions, les articles 87 et 235 du traité peuvent, en principe, être utilisés comme base juridique pour une réglementation permettant d'intervenir de manière préventive à l'égard d'opérations de concentration créant ou renforçant une position dominante collective susceptible de porter une atteinte significative au jeu de la concurrence.

166. En deuxième lieu, il ne saurait être inféré du libellé de l'article 2 du règlement que seules les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante individuelle, c'est-à-dire une position dominante détenue par les parties à la concentration, relèvent dudit règlement. En effet, l'article 2 du règlement, dans la mesure où il vise «les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante», n'exclut pas en lui-même la possibilité d'appliquer le règlement à des cas où les opérations de concentration aboutissent à la création ou au renforcement d'une position dominante collective, à savoir une position de dominance détenue par les parties à la concentration avec une entité tierce à cette concentration.

167. S'agissant, en troisième lieu, des travaux préparatoires, il ressort du dossier qu'ils ne peuvent être considérés comme exprimant clairement l'intention des auteurs du règlement quant à la portée de l'expression «position dominante». Dans ces conditions, les travaux préparatoires ne sont pas de nature à fournir des indications utiles en vue de l'interprétation de la notion controversée (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} juin 1961, *Simon/Cour de justice*, 15/60, Rec. p. 223).

168. Dès lors que les interprétations littérale et historique du règlement, et en particulier de l'article 2, ne permettent pas d'en apprécier la portée exacte quant au type de position dominante visée, il y a lieu d'interpréter la réglementation en cause en se fondant tant sur sa finalité que sur son économie générale (voir, en ce sens, arrêt du 7 février 1979, *Pays-Bas/Commission*, 11/76, Rec. p. 245, point 6).

169. A cet égard, il convient de relever que, ainsi qu'il résulte de ses deux premiers considérants, le règlement est fondé sur la prémisse selon laquelle l'objectif d'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun est essentiel dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur prévu pour 1992 et de son approfondissement ultérieur.

170. Par ailleurs, il ressort de ses sixième, septième, dixième et onzième considérants que ce règlement, à la différence des articles 85 et 86 du traité, a vocation à s'appliquer à toutes les opérations de concentration de dimension communautaire pour autant qu'elles risquent, en raison de leur effet sur la structure de la concurrence dans la Communauté, de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussé visé par le traité.

171. Or, une opération de concentration qui crée ou renforce une position dominante des parties concernées avec une entité tierce à l'opération est susceptible de se révéler incompatible avec le régime de concurrence non faussé voulu par le traité. Dès lors, s'il était admis que seules les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante des parties à la concentration sont visées par le règlement, la finalité de celui-ci telle que résultant notamment des considérants précités serait partiellement mise en échec. Ce règlement serait ainsi privé d'une partie non négligeable de son effet utile, sans que cela s'impose au regard de l'économie générale du régime communautaire de contrôle des opérations de concentration.

172. A cet égard, il y a lieu de constater que ni l'argument tiré de l'absence de garanties procédurales ni

celui tiré du quinzième considérant du règlement ne sont de nature à remettre en cause l'applicabilité du règlement à des cas de domination collective résultant d'une opération de concentration.

173. Quant au premier de ces arguments, il convient de constater que le règlement ne prévoit pas expressément que les entreprises tierces à l'opération de concentration, considérées comme le pôle externe de l'oligopole dominant, doivent être mises en mesure de faire connaître utilement leurs points de vue dès lors que la Commission envisage d'assortir l'«autorisation» de ladite opération à des conditions ou à des charges leur faisant spécifiquement grief. Or, il en va de même dans la situation où la Commission envisage d'assortir une opération de concentration ne donnant lieu qu'à la création ou au renforcement d'une position dominante individuelle de conditions ou charges faisant grief à des entreprises tierces.

174. En tout état de cause, à supposer même que la constatation par la Commission que l'opération de concentration projetée crée ou renforce une position dominante collective entre les entreprises concernées, d'une part, et une entreprise tierce, d'autre part, puisse en elle-même faire grief à cette dernière, il importe de rappeler que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à une personne déterminée constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure (voir, en ce sens, arrêts du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, et du 24 octobre 1996, Commission/Lisrestal e.a., C-32/95 P, Rec. p. I- 5373, point 21).

175. En présence d'un tel principe et compte tenu de la finalité du règlement telle que dégagée précédemment, le fait que le législateur communautaire n'ait pas, dans le cadre de ce règlement, prévu expressément de procédure garantissant les droits de la défense des entreprises tierces supposées détenir une position dominante collective avec les entreprises parties à la concentration ne saurait être considéré comme une preuve décisive de l'inapplicabilité dudit règlement aux positions dominantes collectives.

176. Quant au second argument, il convient de constater que la présomption de compatibilité avec le marché commun des opérations de concentration où les entreprises concernées totalisent une part de marché inférieure à 25 %, telle qu'elle figure au quinzième considérant du règlement, n'a nullement été développée dans le dispositif du règlement.

177. En fait, le quinzième considérant du règlement, eu égard notamment aux réalités du marché qui le sous-tendent, doit être interprété en ce sens qu'une opération de concentration qui n'apporte pas à l'ensemble des entreprises participantes une part d'au moins 25 % du marché de référence est présumée ne pas créer ni renforcer une position dominante anticoncurrentielle desdites entreprises.

178. Il ressort de ce qui précède que les positions dominantes collectives ne sont pas exclues du champ d'application du règlement.

3. Sur la constatation de l'existence d'une position dominante collective dans le cas d'espèce

179. Par cette troisième branche du moyen, tant le gouvernement français que EMC et SCPA font valoir que la motivation de la Commission concernant la prétendue création d'un duopole dominant est fondée sur une appréciation erronée en fait et en droit et est, en tout état de cause, insuffisante. La Commission aurait fondé son analyse de la position dominante collective sur des critères qui ne seraient pas ceux retenus par la jurisprudence relative à l'article 86 du traité et aurait, par ailleurs, commis des erreurs manifestes dans l'application des critères qu'elle a elle-même définis dans d'autres décisions aux fins d'établir s'il y a constitution d'une position dominante collective.

180. La Commission rétorque que les critères qu'elle a utilisés dans la décision litigieuse ne sont

aucunement en contradiction avec ceux qu'elle a employés dans d'autres décisions concernant des cas de position dominante collective. En effet, pour établir, en l'espèce, l'existence d'une position dominante collective, elle affirme s'être essentiellement fondée sur trois critères : le degré de concentration du marché, tel qu'il résulterait de l'opération de concentration, les éléments structurels relatifs à la nature du marché et aux caractéristiques du produit, ainsi que les liens structurels entre les entreprises intéressées. En outre, la Commission conteste que les critères pour la détermination de l'existence d'une position dominante collective doivent être identiques dans le cadre de l'article 86 du traité et dans celui du règlement. Quant à l'article 86, il s'agirait de se référer au passé, tandis que, pour ce qui est du règlement, l'analyse serait axée sur le futur, son but étant de préserver une structure de concurrence effective et non de mettre fin à l'abus d'une position dominante.

(...)

d) Sur la position sur le marché de K + S/MdK et de SCPA

192 En premier lieu, le gouvernement français reproche à la Commission d'avoir, parmi les critères appliqués pour affirmer l'existence d'une domination oligopolistique, attribué un poids excessif à la part de marché cumulée détenue par K + S/MdK et SCPA.

193 Ce gouvernement fait grief, en second lieu, à la Commission de ne pas avoir tenu compte de l'absence de symétrie entre les deux entités supposées constituer le duopole, alors même que, dans des décisions précédentes, une telle absence avait au contraire constitué un élément significatif pour nier l'existence d'une position dominante oligopolistique. Le gouvernement français souligne qu'il existe une différence substantielle entre les parts de marché de K + S/MdK (23 %) et de SCPA (37 %). Par ailleurs, la Commission aurait fait abstraction de nombreux éléments de fait qui feraient apparaître un déséquilibre manifeste entre SCPA et K + S/MdK, tels que leur capacité de production, leur puissance économique et leur différente intégration verticale.

194 La Commission rappelle que, selon une jurisprudence constante, une part de marché d'environ 60 % démontre bien l'existence d'une position dominante collective, en particulier lorsque, comme en l'espèce, il y a une différence sensible avec les parts de marché détenues par les concurrents.

195 Tout en admettant qu'il y a des différences entre K + S/MdK et SCPA, la Commission conteste l'idée selon laquelle un duopole ne serait concevable que dans le cas où les positions des entreprises en question sont similaires, d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, il existe des liens importants entre lesdites entreprises, qui empêchent une concurrence effective sur le marché.

(...)

g) Sur les caractéristiques du marché et du produit

201 Le gouvernement français estime que l'analyse faite par la Commission au point 57 de la décision litigieuse quant aux facteurs objectifs favorisant la création d'une position dominante collective, sur lesquels elle a mis l'accent dans des décisions précédentes telles que notamment les décisions Nestlé/Perrier, précitée, et 94/359/CE, du 21 décembre 1993, déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire n° IV/M358

— Pilkington-Techint/SIV) (JO 1994, L 158, p. 24), est vague et non probante. La Commission aurait fait totalement abstraction de critères d'analyse fondamentaux tels que ceux relatifs aux prix, à leur évolution, au degré d'élasticité de la demande et aux coûts des deux entreprises censées constituer le duopole. Par ailleurs, ce gouvernement conteste le bien-fondé de certaines considérations de la Commission. S'agissant de l'homogénéité du produit, il rappelle que la dénomination générale de potasse

comprend toute une variété de produits. Pour ce qui est de l'affirmation de la Commission selon laquelle le marché de la potasse est transparent, elle serait en contradiction avec la difficulté que cette institution a eue pour disposer d'une vision claire et rapide du marché exprimé en valeur et en volume.

202 La Commission rétorque d'abord qu'elle a clairement fait référence aux éléments structurels se rapportant aux caractéristiques du marché et du produit. Elle souligne que la décision litigieuse se réfère à une situation distincte de celles qui font l'objet des décisions invoquées par le gouvernement français. En effet, cette décision aurait pour toile de fond une situation dans laquelle, déjà avant l'opération de concentration, il n'y aurait pas eu de concurrence effective entre les deux plus importants fournisseurs de potasse dans la Communauté. Dans ces conditions, les éléments qui ont été examinés dans les décisions évoquées par le gouvernement français ne seraient qu'un des facteurs à prendre en considération. Ensuite, s'agissant de l'homogénéité du produit, la Commission constate que la potasse est identique tant sur le plan chimique que sur le plan de son utilisation. Enfin, pour ce qui est de la transparence du marché, la Commission soutient que chaque producteur connaît sa position et celle de ses concurrents. En effet, les chiffres de production et les prix seraient généralement connus et il existerait des statistiques concernant la consommation de la potasse ainsi que des études détaillées sur le marché de la potasse.

h) Sur l'existence de comportements parallèles

203 Le gouvernement français relève que la Commission cherche à établir la persistance de comportements anticoncurrentiels entre K + S et SCPA en constatant que, en dépit de la déclaration d'incompatibilité avec l'article 85 du traité d'un accord de coopération conclu dans les années 70 entre ces deux entreprises [décision 73/212/CEE de la Commission, du 11 mai 1973 (JO L 217, p. 3)] et nonobstant les surcapacités de production en Allemagne, il n'existe que très peu de flux entre l'Allemagne et la France qui ne transite pas par SCPA. A cet égard, ce gouvernement observe, en premier lieu, que le caractère récent des comportements anticoncurrentiels est essentiel dans la démonstration d'une position dominante collective. En deuxième lieu, les pratiques déclarées incompatibles avec l'article 85 auraient concerné l'ensemble de la Communauté. Or, pour soutenir que l'accord en question persiste, le seul élément de fait que la Commission invoquerait serait limité à des échanges depuis l'Allemagne vers la France. En troisième lieu, la faiblesse des échanges ne transitant pas par SCPA serait très relative. En effet, les livraisons vers la France représenteraient seulement 87 000 tonnes, soit 6 % de la consommation française, dont seulement 47 000 tonnes seraient canalisées par SCPA. Enfin, le gouvernement français conteste la thèse de la Commission selon laquelle la faible présence de K + S sur le marché français suffirait à établir l'existence d'un duopole entre K + S/MdK et SCPA dans la Communauté hors l'Allemagne.

204 La Commission observe qu'elle n'a pas indiqué dans la décision litigieuse s'être fondée sur un accord de coopération passé dans les années 70 pour conclure à l'existence d'une position dominante collective. Elle rappelle qu'elle a constaté que l'absence substantielle de K + S sur le marché français et la canalisation d'une partie majeure de ses importations par SCPA indiquent l'existence d'une position dominante collective.

i) Sur l'existence de liens structurels entre les entreprises

205. Selon le gouvernement français, les trois liens recensés par la Commission entre K+S et SCPA, à savoir l'entreprise commune Potacan, la collaboration au sein du cartel d'exportation Kali-Export et la canalisation par SCPA des livraisons de K+S en France, ne sont pas de nature à établir la création du duopole résultant de l'acquisition de MdK par K+S. Concernant le cartel d'exportation Kali-Export, son objectif est, selon ce gouvernement, de favoriser et de coordonner l'exportation de la potasse de ses membres hors de la Communauté. En revanche, ce cartel ne concernerait pas leurs ventes à l'intérieur de la Communauté. La crainte de la Commission de voir la collaboration au sein de ce cartel restreindre la concurrence entre K+S et SCPA dans la Communauté ne serait fondée sur aucun élément de preuve.

206. Pour ce qui est de Potacan, les sociétés requérantes soutiennent que la Commission a omis de justifier l'affirmation selon laquelle la structure actuelle de Potacan empêcherait ses actionnaires, K+S et SCPA, de se fournir de façon indépendante auprès de leur filiale commune pour approvisionner les marchés de la Communauté européenne.

207. Dans son mémoire en réplique, le gouvernement français fait état de quatre erreurs d'appréciation. Premièrement, il relève que la Commission, dans son analyse des liens entre K+S et SCPA, n'établit aucune relation entre ceux-ci et leurs conséquences sur l'ensemble du marché pertinent, mais se borne à montrer que ces liens ont uniquement une portée en France. Ainsi la Commission, partant du fait qu'il n'existe pas de concurrence entre K+S et SCPA dans l'État qui consomme la plus grande quantité de potasse produite, conclurait que ces entreprises sont en position dominante sur l'ensemble du marché communautaire, à l'exception de l'Allemagne. Or, une telle démarche serait en contradiction avec l'argument de la Commission selon lequel les situations nationales importent peu dès lors qu'il est établi que le marché de référence est la Communauté hors l'Allemagne.

208. Deuxièmement, le gouvernement français fait observer que la Commission, pour les besoins de sa démonstration, tantôt considère que Coposa exporte de manière autonome des volumes significatifs en France (dans le cadre de la définition du marché géographique en cause), tantôt fait valoir que l'entreprise espagnole est peu présente en France et qu'une partie importante de ses ventes est canalisée (pour démontrer que la coopération dans Kali-Export influe sur le comportement concurrentiel des membres du cartel dans la Communauté). En outre, tels qu'appliqués par la Commission, les critères auraient pu tout aussi bien conduire à la constatation d'un oligopole K+S/MdK, SCPA et Coposa. La décision litigieuse serait à tout le moins insuffisamment motivée sur ce point.

209. Troisièmement, le gouvernement français estime que la canalisation en France par SCPA d'une partie des fournitures de potasse de K+S, représentant seulement 1,4 % de la consommation du marché de référence, ne peut pas être considérée comme un indice de la création d'un duopole sur ledit marché à la suite de l'acquisition de MdK par K+S. De même, le niveau relativement réduit des ventes de K+S en France ne suffirait pas pour conclure qu'il existe des liens anticoncurrentiels entre K+S et SCPA, car il pourrait parfaitement avoir des justifications différentes. Ainsi, il pourrait résulter des structures du marché français ou de la stratégie industrielle de K+S. A cet égard, le gouvernement français indique que la politique d'exportation de K+S semble être orientée vers les pays situés hors de l'Europe, vers les États membres non producteurs et vers un État producteur comme le Royaume-Uni, qui est demandeur de potasse.

210. Sur ce point, les sociétés requérantes font valoir que le seul lien de distribution entre K+S et SCPA est constitué par un contrat portant sur la distribution de kiesérite, à savoir un produit non potassique relevant d'un marché de produits distinct. Les relations entre K+S et SCPA portant sur les produits potassiques ne comporteraient, en revanche, aucune coopération en matière de distribution et se limiteraient strictement à des relations entre fournisseur et acheteur selon des conditions normales de marché.

211. Quatrièmement, le gouvernement français soutient que la Commission n'a pas établi le lien de causalité entre la reprise de MdK et la prétendue création d'un duopole entre K+S/MdK et SCPA. Selon lui, ni le fait que la part de marché cumulée de K+S et SCPA est passée de 54 % à 61 % à la suite de l'opération de concentration ni le fait que MdK est l'un des plus importants producteurs communautaires ne sont des facteurs de création d'un duopole sur le marché pertinent.

212. Les sociétés requérantes, quant à elles, font valoir que, la Commission ayant constaté lors de l'examen des effets de la concentration sur le marché allemand que MdK allait de toute façon disparaître du marché, elle ne pouvait pas conclure que la reprise de MdK par K+S donnerait lieu à la création d'une position dominante de K+S/MdK et de SCPA.

213. Quant à Potacan, la Commission fait observer qu'il résulte notamment de sa structure organisationnelle qu'aucune décision importante en matière de politique de l'entreprise ne peut être prise contre la volonté d'un des partenaires. Ainsi, l'approvisionnement du groupe français en potasse pour des volumes importants ne serait pas possible si K+S s'y opposait.

214. S'agissant de Kali-Export, la Commission estime qu'il ne suffit pas de constater qu'un cartel à l'exportation ne concerne pas les ventes de ses membres dans la Communauté pour établir qu'il ne restreint pas la concurrence entre ceux-ci dans la Communauté. Elle expose que, en raison des différentes interdépendances entre K+S et SCPA, il n'y a pas de concurrence effective entre les deux pôles de l'oligopole dans la Communauté hors l'Allemagne. La Commission indique que: i) bien que le territoire français soit le plus porteur pour les produits potassiques dans la Communauté et qu'il n'y ait aucune barrière à l'entrée, K+S n'est que marginalement présente sur ce marché malgré sa capacité de production susceptible de fournir largement l'ensemble du marché communautaire; ii) bien que K+S ait établi un réseau de distribution très développé dans tous les États membres, elle n'a, jusqu'à ce jour, aucun réseau de distribution propre en France; iii) CPL n'a pu avoir accès au marché français qu'après avoir quitté Kali-Export et, en six ans, elle a pu obtenir une part du marché français s'élevant à 13 %; Coposa, membre de Kali-Export, est peu présente sur le marché français et une partie importante de sa potasse est vendue en France par SCPA. Sur la base de ces éléments, la Commission conclut qu'il y a une interférence nette entre la participation dans Kali-Export et la vente en France.

215. Dans sa duplique, la Commission soutient, en premier lieu, qu'elle a établi une relation évidente entre les liens existant entre K+S et SCPA, qui ne concernent que la France et l'absence de concurrence sur l'ensemble du marché communautaire hors l'Allemagne (points 57, 59, 61 et 67 de la décision litigieuse).

216. Deuxièmement, la Commission fait valoir qu'elle n'a nullement affirmé que Coposa exporte de manière significative en France. Au contraire, elle aurait constaté que, bien qu'il y ait des importations de Coposa en France, elles sont limitées et transitent en grande partie par SCPA. Selon la Commission, il n'y a pas lieu d'inclure Coposa dans le duopole avec K+S/MdK et SCPA, car elle est seulement liée à K+S et à SCPA par sa participation dans Kali-Export. En outre, elle exporterait plus de potasse en France que K+S, malgré la proximité géographique des minerais allemands et le fait qu'en Allemagne la production est quatre fois plus importante que la consommation. Par ailleurs, les liens de distribution entre K+S et SCPA seraient établis depuis longtemps.

217. Troisièmement, la Commission constate que les structures du marché français n'ont pas empêché CPL de pénétrer le territoire français sans transiter par SCPA. En outre, la politique commerciale de K+S, qui consisterait à ne pas vendre en France, serait incompréhensible sur le plan commercial compte tenu de ce que la France serait également un État demandeur de potasse et vu la surcapacité importante de l'Allemagne ainsi que la proximité géographique des minerais allemands.

218. Quatrièmement, la Commission constate que la reprise de MdK a modifié substantiellement les conditions structurelles du marché et a conduit à la création d'une position dominante collective entre K+S/MdK et SCPA pour les raisons suivantes: i) MdK assure 25 % de la production totale de potasse dans la Communauté (point 51 de la décision litigieuse) et a des réserves substantielles de potasse; ii) le taux d'utilisation de la capacité de MdK n'est que d'environ 50 % actuellement (point 73 de la décision litigieuse), ce qui implique que la production pourrait être augmentée facilement; iii) la part de marché de MdK de 7 %

est le facteur crucial dans la création de la position dominante conjointe (point 62 de la décision litigieuse) eu égard au fait que l'offre, en dehors du groupe K+S/MdK et SCPA, est morcelée (point 54 de la décision litigieuse) et que la part de marché de K+S/MdK et de SCPA devrait encore augmenter (point 53 de la décision litigieuse).

219. Avant d'examiner les griefs avancés par les parties requérantes à l'encontre de l'application que la Commission a faite en l'espèce de la notion de position dominante collective, il convient de rappeler que, pour conclure à la création d'une position dominante collective entre K+S/MdK et SCPA, susceptible d'entraver la concurrence de manière significative dans le marché communautaire hors l'Allemagne, la Commission a notamment constaté dans la décision litigieuse que:

— le marché de la potasse est un marché arrivé à maturité qui se caractérise par un produit largement homogène et l'absence d'innovations techniques (point 57 de la décision litigieuse);

— les relations sur le marché sont très transparentes, de sorte que les données relatives à la production, à la demande, aux ventes et aux prix sont généralement disponibles (point 57 de la décision litigieuse);

— il existe depuis longtemps des liens exceptionnellement étroits entre K+S et SCPA, qui pourraient, par eux-mêmes, laisser supposer une absence réelle de concurrence entre ces entreprises qui, du reste, représentent environ 53 % du marché communautaire hors l'Allemagne, calculés sur la base des ventes, celles-ci incluant, outre les ventes à partir de la production propre de K+S et de SCPA, les ventes de SCPA portant sur la potasse en provenance directe de pays tiers, laquelle doit transiter par cette entreprise qui peut ainsi contrôler les approvisionnements venant de l'extérieur de la Communauté (points 52, 56 et 57 de la décision litigieuse);

— malgré la surproduction en Allemagne, il n'existe toujours qu'un petit courant de livraisons de potasse de K+S vers la France qui ne transite pas

par SCPA, la France étant de loin le plus important État consommateur de potasse dans la Communauté (points 56 et 57 de la décision litigieuse);

— K+S et MdK, qui à la suite de l'opération de concentration formeront une entreprise commune, et SCPA assurent respectivement 35 %, 25 % et 20 % de la production totale de potasse dans la Communauté (point 51 de la décision litigieuse);

— MdK est le deuxième producteur de potasse de la Communauté, et ce bien que le taux d'utilisation de la capacité de l'entreprise ne soit que d'environ 50 % actuellement (points 51 et 73 de la décision litigieuse);

— à la suite de l'opération de concentration, le groupe K+S/MdK et SCPA détiendra une part de marché totale, calculée à partir des ventes, d'à peu près 60 % (point 52 de la décision litigieuse);

— l'offre en dehors de ce groupe est morcelée (point 54 de la décision litigieuse);

— les autres producteurs ne disposent pas de la base nécessaire pour survivre sur ce marché face à un duopole K+S/MdK et SCPA (point 62 de la décision litigieuse).

220. Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, aux termes de l'article 2, paragraphe 3, du règlement, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait

entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

221. S'agissant d'une prétendue position dominante collective, la Commission est donc tenue d'apprécier, selon une analyse prospective du marché de référence, si l'opération de concentration dont elle est saisie aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs.

222. Une telle démarche nécessite un examen attentif notamment des circonstances qui, selon chaque cas d'espèce, se révèlent pertinentes aux fins de l'appréciation des effets de l'opération de concentration sur le jeu de la concurrence dans le marché de référence.

223. A cet égard, il convient toutefois de relever que les règles de fond du règlement, et en particulier son article 2, confèrent à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique.

224. En conséquence, le contrôle par le juge communautaire de l'exercice d'un tel pouvoir, qui est essentiel dans la définition des règles en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations.

225. Cela étant, il y a lieu de constater que l'analyse de l'opération de concentration et de ses effets sur le marché en cause, telle qu'elle a été développée par la Commission, comporte certains vices affectant l'appréciation économique de l'opération en cause.

226. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il ressort des points 51 et 52 de la décision litigieuse, les entreprises K+S/MdK et SCPA auront sur le marché en cause, après l'opération de concentration, des parts de marché, calculées sur la base des ventes, respectivement de 23 % et de 37 %. Or, une part de marché totale d'environ 60 % ainsi répartie ne saurait constituer par elle-même un indice décisif de l'existence d'une position dominante collective desdites entreprises.

227. Quant aux prétendus liens structurels entre K+S et SCPA, qui ont constitué le facteur essentiel sur lequel s'est fondée la Commission pour formuler sa propre appréciation, il convient de relever que certains des griefs des parties requérantes, tendant à minimiser l'importance de ces liens comme indice de la création d'une position dominante collective des deux pôles concernés, sont fondés.

228. Ainsi, la constatation de la Commission, selon laquelle la participation de K+S et de SCPA au cartel à l'exportation Kali-Export peut avoir des répercussions sur leur comportement concurrentiel dans la Communauté, n'apparaît pas étayée par des éléments suffisamment significatifs et concordants. En effet, la Commission se borne à rappeler, à cet égard, que le producteur britannique CPL n'a commencé à commercialiser ses produits de façon indépendante sur le marché français qu'après avoir quitté le cartel, en 1987, parce qu'il ne pouvait pas concilier la concurrence directe avec SCPA sur le marché français avec son appartenance au cartel (voir point 60 de la décision litigieuse). Or, même à vouloir faire abstraction du fait que l'argument avancé par la Commission ne concerne que les effets prétendus de l'appartenance au cartel sur une partie seulement du marché communautaire hormis l'Allemagne, il y a lieu d'observer que le producteur espagnol Coposa, tout en étant également membre de Kali- Export, commercialise de façon indépendante en France une quantité de potasse correspondant à un peu plus de 5 % de la consommation française. Une telle quantité représente, à la fois, environ 47 % des exportations de

Coposa dans le marché en cause et près de deux tiers de ses exportations en France, et a, du reste, été considérée comme significative dans le cadre de la définition du marché géographique pertinent (voir point 38 de la décision litigieuse). Dans ces conditions, il apparaît que la Commission n'a pas établi à suffisance de droit l'existence d'une relation causale entre l'appartenance de K+S et de SCPA au cartel à l'exportation et leur comportement anticoncurrentiel sur le marché en cause.

229. Pour ce qui est des prétendus liens entre K+S et SCPA relatifs aux livraisons de K+S en France, il importe de relever que la Commission, d'une part, a imposé à K+S de mettre fin à l'actuelle coopération avec SCPA en tant que distributeur associé sur le marché français et, d'autre part, a admis que K+S puisse conclure des contrats de vente avec SCPA aux conditions normales de marché (voir point 63 de la décision litigieuse). Il en résulte que la Commission a estimé qu'il existait, entre K+S et SCPA, une relation de partenariat pour la distribution de la potasse allemande en France.

Or, il ressort du dossier que les seuls liens spécifiques de distribution existant entre ces deux entreprises portaient sur la kiesérite, c'est-à-dire un produit ne relevant pas du marché du produit en cause. Pour le reste, SCPA se limitait à acheter à K+S, aux conditions normales de marché, de la potasse utilisée par EMC ou destinée à la vente en dehors du marché français.

230. Il apparaît donc que K+S et SCPA n'avaient aucun rapport privilégié pour la distribution de produits à base de potasse.

231. Il ressort de ce qui précède que le faisceau de liens structurels unissant K+S et SCPA, qui, de l'aveu même de la Commission, constitue le cœur de la décision litigieuse, n'est, somme toute, pas aussi dense et probant que ne l'a voulu faire apparaître l'institution défenderesse.

232. Par ailleurs, il importe de rappeler que la Commission a constaté dans la décision litigieuse qu'il n'y avait pas de concurrence effective entre K+S et SCPA sur le marché en cause. Selon le point 57 de la décision litigieuse, «la raison essentielle pour supposer une absence réelle de concurrence entre K+S et SCPA est constituée par les liens exceptionnellement étroits entre les deux sociétés et qui existent depuis longtemps».

233. Il ressort en outre de ce dernier point de la décision litigieuse que la reprise de MdK par K+S à la suite de l'opération de concentration impliquera pour cette dernière entreprise une addition de la part de marché de MdK, addition que la Commission a qualifiée d'importante dans ses observations.

234. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, au-delà de la part de marché de 7 % qu'elle détient dans la Communauté hormis l'Allemagne, MdK, bien qu'exploitant ses installations seulement à 50 % de leurs capacités, est le deuxième producteur de potasse dans la Communauté, après K+S (voir points 51, 52, 62 et 76 de la décision litigieuse).

235. Ainsi, l'opération de concentration aura pour conséquence de renforcer considérablement la capacité industrielle de K+S. En effet, K+S et MdK assurent respectivement 35 % et 25 % de la production totale de potasse dans la Communauté, tandis que SCPA plafonne à 20 % et que ses réserves propres de potasse seront complètement épuisées avant 2004 (voir points 51 et 66 de la décision litigieuse).

236. Par ailleurs, il ressort du dossier que K+S est une filiale d'un des principaux transformateurs d'engrais, BASF, dont la puissance économique est très supérieure à celle du groupe EMC auquel appartient SCPA.

237. Enfin, il est constant que la demande de potasse a, de 1988 à 1993, baissé de près de 30 % en Europe, notamment à la suite des changements intervenus dans la politique agricole commune. Or, un

marché en baisse est généralement considéré comme favorisant, en principe, la concurrence entre les entreprises du secteur concerné.

238. Dans ces conditions et compte tenu du fait que l'importance des liens structurels entre K+S et SCPA s'avère être moindre que ne le prétend la Commission, l'argument sous-jacent à la constatation de la création d'une position dominante collective entre K+S/MdK et SCPA, selon lequel l'«importante» agrégation de MdK à la seule entreprise K+S maintiendra dans le chef du groupe allemand et SCPA un intérêt commun à ne pas s'engager dans une concurrence active l'un vis-à-vis de l'autre, n'apparaît pas, en l'absence d'autres éléments décisifs, suffisamment fondé.

239. S'agissant des autres éléments avancés par la Commission à l'appui de sa conclusion que la reprise de MdK par K+S aboutira à la création d'une position dominante collective, il y a lieu de renvoyer au point 57 de la décision litigieuse. Il y est constaté que «Le marché de la potasse est un marché arrivé à maturité, qui se caractérise par un produit largement homogène et l'absence d'innovations techniques. Les relations sur le marché sont très transparentes. Les données relatives à la production, à la demande, aux ventes et aux prix sont généralement disponibles. De plus, les parts de marché de K+S et SCPA ont été stables ces quatre dernières années... Enfin, dans le passé, il y a eu un accord entre K+S et SCPA relatif, entre autres, à la prise de décision conjointe sur les quantités et qualités de produits à base de potasse exportés par chacune des parties. Cet accord a été déclaré incompatible avec l'article 85 du traité CEE... A cet égard, on doit cependant noter que, à la suite de cette décision et malgré la surproduction en Allemagne, il n'existe toujours qu'un petit courant d'échanges transfrontaliers depuis l'Allemagne vers la France qui ne transite pas par SCPA».

240. Or, dans le cas d'espèce, ces données ne sauraient être considérées comme décisives en faveur de la conclusion de la Commission. En particulier, l'accord entre K+S et SCPA, qui a été déclaré, en 1973, incompatible avec l'article 85 du traité (JO 1973, L 217, p. 3), constitue, en raison de la période de vingt ans qui s'est écoulée entre la déclaration d'incompatibilité et la notification du projet de concentration, un indice extrêmement faible, voire insignifiant, pour faire présumer l'absence de concurrence entre K+S et SCPA et, a fortiori, entre K+S/MdK et SCPA. A cet égard, il convient de relever que l'allégation de la Commission, selon laquelle il n'existe toujours qu'un petit courant d'échanges transfrontaliers depuis l'Allemagne vers la France qui ne transite pas par SCPA, ne saurait, en l'espèce, conforter la valeur d'indice de l'accord précité dans le sens visé par l'institution défenderesse. Premièrement, le prétendu petit courant d'échanges transfrontaliers représente toutefois près de la moitié des ventes de potasse de K+S en France. Deuxièmement, l'analyse de la Commission, en ce qu'elle se limite uniquement au marché français, est en tout état de cause incomplète dès lors que le marché en cause est le marché communautaire hors l'Allemagne.

241. S'agissant de l'analyse de la Commission relative au degré de pression concurrentielle pouvant être exercé par les concurrents sur le prétendu groupe formé par K+S/MdK et SCPA, il y a lieu de rappeler que la Commission a exposé dans la décision litigieuse que les importations originaires de la CEI, qui ont représenté, en 1992, 8 % du marché communautaire hormis l'Allemagne (en incluant les importations qui transitent par SCPA), semblent avoir diminué depuis l'adoption du règlement antidumping (voir point 53 de la décision litigieuse).

242. Or, selon les données fournies par le gouvernement français, qui n'ont pas été contestées par la Commission, ces importations ont atteint, en 1993, 11 % des ventes à l'intérieur de la Communauté.

243. Ainsi, compte tenu du fait que le marché allemand est très peu accessible aux producteurs étrangers et qu'il n'apparaît pas que le rapport de grandeur d'environ 4 à 1 entre le marché communautaire hormis l'Allemagne et le marché allemand ait entre-temps changé, il peut être conclu que, si les importations de

potasse originaires de la CEI ont atteint, en 1993, 11 % des ventes à l'intérieur de la Communauté, elles ont certainement représenté un pourcentage supérieur des ventes à l'intérieur de la Communauté hormis l'Allemagne.

244. Dès lors, l'affirmation de la Commission faite au point 53 de la décision litigieuse selon laquelle, dans le cadre du marché communautaire, à l'exception de l'Allemagne, ces importations semblent avoir diminué, au moins pour partie, depuis l'adoption du règlement antidumping ne traduit pas la réalité, en ce qu'elle occulte le fait que la part de marché de la CEI a augmenté sur le marché de référence.

245. En outre, compte tenu de l'évolution durant l'année 1993 des importations de la CEI vers la Communauté hors l'Allemagne, la constatation que la pression concurrentielle que ces importations pourront exercer sur le groupe K+S/MdK et SCPA sera limitée pour des raisons tenant à la qualité des produits et aux difficultés d'assurer des livraisons rapides et dans les délais prévus apparaît fondée sur une motivation, à tout le moins, peu conséquente. Or, pour apprécier avec un degré de vraisemblance suffisant les effets que pourra produire une opération de concentration sur le jeu de la concurrence dans le marché en cause, il est indispensable de se fonder sur une analyse rigoureuse du poids des concurrents.

246. Quant à Coposa, qui détient une part de marché dans la Communauté hormis l'Allemagne d'un peu moins de 10 %, la Commission a affirmé que sa capacité de production serait considérablement réduite dès l'année à venir en raison de la fermeture d'une de ses mines. A cet égard, le gouvernement français a fait observer, sans être contredit par la Commission, que le niveau actuel de surcapacité de Coposa était d'environ 70 %. Dès lors, la constatation que la capacité de production de Coposa diminuerait considérablement sous peu, sans plus de précision, ne permettait pas en soi d'arguer que l'entreprise espagnole ne disposerait pas de la base nécessaire pour conserver, voire augmenter, sa part de marché, et donc exercer une contrainte sur le prétendu duopole, d'autant plus que le marché de la potasse est, ainsi qu'il a été rappelé au point 238 du présent arrêt, en baisse.

247. Il apparaît donc que la Commission n'est pas parvenue à démontrer l'absence d'un contrepoids concurrentiel effectif à l'égard du prétendu groupe formé par K+S/MdK et SCPA.

248. Au vu de ce qui précède, et sans qu'il soit nécessaire de décider si les constatations faites par la Commission dans la décision litigieuse suffiraient, en l'absence des vices relevés ci-dessus, pour conclure à l'existence d'une position dominante collective, il apparaît que la Commission n'a, en tout état de cause, pas établi à suffisance de droit que l'opération de concentration engendrerait une position dominante collective de K+S/MdK et SCPA susceptible de constituer une entrave significative à une concurrence effective dans le marché en cause.

249. La troisième branche du moyen invoqué par les parties requérantes doit donc être accueillie.

Document n° 6 : Autorité de la concurrence – Communiqué de presse publié le 21 sept. 2011

L'Autorité de la concurrence constate que le groupe Canal Plus n'a pas respecté plusieurs engagements - dont certains essentiels - pris lors du rachat de TPS

Elle retire la décision d'autorisation de l'opération, ce qui place les parties dans l'obligation de notifier à nouveau l'opération dans le délai d'un mois. Elle sanctionne en outre le groupe Canal Plus à hauteur de 30 millions d'euros.

L'Autorité de la concurrence vient de rendre une décision par laquelle elle constate que Groupe Canal Plus n'a pas respecté plusieurs engagements - dont certains essentiels - auxquels était subordonnée la décision autorisant en 2006 l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

L'Autorité de la concurrence retire par conséquent la décision d'autorisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à 2006, Vivendi et Groupe Canal Plus devront notifier à nouveau l'opération à l'Autorité de la concurrence dans le délai d'un mois.

L'Autorité a relevé la gravité des manquements constatés - qui traduisent des négligences mais aussi, de manière générale, un manque de diligence et le mauvais vouloir répétés de Canal Plus - ainsi que l'importance de l'atteinte que cette inexécution est de nature à engendrer pour la concurrence. Elle a, de ce fait, prononcé à son encontre une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros.

La fusion entre Canal Plus et TPS : une opération exceptionnelle qui a nécessité la souscription de nombreux engagements par groupe Canal Plus

L'opération qui a conduit à la création de la société Canal+ France a abouti à la fusion des deux opérateurs majeurs du marché de la télévision payante, en créant notamment un monopole sur l'édition et la commercialisation de chaînes premium et en renforçant la position dominante de Groupe Canal Plus sur le marché aval de la distribution. Compte tenu des nombreux risques d'atteinte à la concurrence, l'autorisation délivrée par le ministre de l'économie après avis du Conseil de la concurrence a été subordonnée à la mise en œuvre de 59 engagements souscrits par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus afin d'apporter des solutions aux problèmes de concurrence identifiés.

La finalité de l'ensemble de ces engagements était de permettre aux distributeurs de télévision payante qui subsisteraient après l'opération (pour l'essentiel les fournisseurs d'accès à internet) d'accéder à des contenus suffisamment attractifs pour constituer des bouquets de chaînes payants compétitifs qui participeraient à l'animation de la concurrence sur le marché aval de la distribution de télévision payante.

Les engagements avaient pour objectif de faciliter, sur les marchés amont², l'acquisition de droits audiovisuels par les concurrents de Groupe Canal Plus et de permettre à ces derniers, sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes³, d'acheter les chaînes thématiques nécessaires à la composition de bouquets attrayants.

Le dégroupage (c'est-à-dire la mise à disposition auprès de tous les distributeurs) de 7 chaînes (TPS Star, Cinéstar, Cinéculte, Cinétoile, Sport +, Piwi et Télétoon) concernant des thématiques incontournables de la télévision payante (cinéma, sport, jeunesse) était au cœur du dispositif d'engagements. Ce dégroupage s'accompagnait d'obligations relatives au maintien de la qualité des chaînes et en particulier du caractère premium de TPS Star. Cette dernière, qualifiée comme « l'une des clés du développement de la concurrence à l'aval », devait jouer un rôle moteur pour les bouquets des distributeurs concurrents de Groupe Canal Plus.

> Pour plus de détails sur la décision de 2006 et sur les engagements pris, consulter la fiche 1.

Les manquements constatés

Au total, l'Autorité de la concurrence a constaté des manquements à 10 engagements.

La non exécution des engagements concernant la mise à disposition des chaînes et le maintien de leur qualité présente aux yeux de l'Autorité un caractère de gravité particulier compte tenu du caractère essentiel de ces obligations pour la protection de la concurrence (voir développements ci-dessous).

L'Autorité a également relevé un certain nombre de manquements concernant les relations de Groupe Canal Plus avec les chaînes indépendantes.

> Pour une vision exhaustive de l'ensemble des manquements, consulter la fiche 2.

1. Groupe Canal Plus a tardé à mettre à disposition des distributeurs tiers les 7 chaînes qu'il devait dégroupier, ce qui a donné un avantage à sa nouvelle offre « Le Nouveau CanalSat »

Groupe Canal Plus n'a pas mis à disposition les 7 chaînes dans le délai prévu par les engagements (manquement à l'engagement 56).

Groupe Canal Plus a lancé sa nouvelle offre « Le Nouveau CanalSat » sur sa plateforme dès le 21 mars 2007, avant que la mise à disposition des chaînes auprès des distributeurs tiers n'ait été rendue possible par Groupe Canal Plus, et avant même la transmission à ces derniers du cahier des charges de mise à disposition des chaînes le 2 avril 2007. Ce retard de calendrier a permis à Groupe Canal Plus de favoriser la migration des abonnés au bouquet TPS vers « Le Nouveau CanalSat », en leur proposant une offre contenant « de nouvelles chaînes dans les différentes thématiques et des contenus exclusifs sans changement de tarifs », alors que les fournisseurs d'accès à internet par ADSL n'étaient pas encore en mesure de proposer une offre de détail incluant tout ou partie des 7 chaînes visées par le dégroupage. Ces éléments permettent d'établir l'existence d'une discrimination au détriment des plateformes des opérateurs ADSL (manquement à l'engagement 20).

2. Groupe Canal Plus a dégradé la qualité des chaînes qu'il devait dégroupier

L'obligation de maintenir la qualité des chaînes dégroupées en métropole (engagements 18 à 33) comme dans les DOM (engagements 34 et 35) et notamment le caractère premium de TPS Star (engagement 21) apparaît comme étroitement complémentaire de l'obligation de dégroupage elle-même : l'objectif est d'éviter que les programmes attractifs ne disparaissent des chaînes mises à disposition des distributeurs tiers.

La baisse de qualité de TPS Star et la perte de son caractère « premium »

La qualité de TPS Star a connu après 2007 une dégradation rapide, significative et durable tant en termes de programmation que d'innovation (manquement à l'obligation de maintien de la qualité /1er alinea de l'engagement 22). Ce constat a pu être établi sur la base de critères objectifs, mesurables et vérifiables. L'Autorité de la concurrence a notamment relevé la baisse durable et continue des coûts de grille, l'appauvrissement de l'offre cinéma, la perte de droits sportifs, la moindre diffusion de séries américaines attractives et l'absence d'innovation technologique.

Cette dégradation s'est traduite par un déclin sensible de l'attractivité de la chaîne auprès des téléspectateurs, comme en témoignent la chute d'audience et le déclin du nombre d'abonnés. En outre, la baisse significative des dépenses publicitaires de TPS Star souligne la volonté de Groupe Canal Plus de peu promouvoir la chaîne. (pour plus de détails, se reporter aux pages 16 à 28).

L'Autorité de la concurrence a par ailleurs établi que Groupe Canal Plus n'avait pas respecté les seuils de diffusion quantitatifs en matière de programmation sportive (manquement au cinquième alinéa de l'engagement 22). Les contenus se sont limités au seul football, aux seules périodes de championnat et Groupe Canal Plus n'a pas alimenté la chaîne en « matches phares » à hauteur de ce que ce prévoyait l'engagement (pour plus de détails, se reporter aux pages 28 à 31)

Prenant en compte l'ensemble de ces éléments, l'Autorité a estimé que TPS Star ne pouvait plus être qualifiée de « chaîne premium » (manquement à l'engagement 21).

La baisse d'attractivité des chaînes cinéma

Si les obligations quantitatives de diffusion ont été respectées, les obligations générales de maintien de la qualité des trois chaînes de cinéma TPS Cinéstar, TPS Cinétoile, TPSCinéCulte ne l'ont pas été (manquement au 1er alinéa de l'engagement 22). La modification du statut des chaînes et de leur positionnement a abouti à les rendre beaucoup moins attractives en termes de contenus, ceux-ci étant principalement constitués de films anciens.

S'agissant par exemple de TPS Cinéstar, devenue CinéCinéma Star, celle-ci était avant la réalisation de l'opération une chaîne de cinéma de « première exclusivité ». Depuis le 31 mars 2007, la chaîne ne programme plus de films en « première diffusion » et en « première exclusivité ». Sa programmation est désormais exclusivement consacrée au cinéma des années 1980 et 1990, notamment français. Elle ne diffuse par ailleurs plus de films le samedi soir en début de soirée. CinéCinéma Star n'a donc ni le même positionnement, ni la même attractivité que TPS Cinéstar avant la fusion.

(Pour plus de détails, se reporter aux pages 32 à 34)

La baisse de qualité des chaînes mises à disposition de Parabole Réunion

Cette baisse de qualité a pu être également observée pour l'île de La Réunion. Des engagements spécifiques

avaient été imposés afin que Groupe Canal Plus garantisse la reconduction des contrats de distribution qui liaient TPS à Parabole Réunion avant l'opération, l'objectif étant que cette dernière puisse continuer à accéder à des chaînes attractives dans des conditions équivalentes à celles qui existaient avant la fusion. L'attractivité des chaînes TPS Star et TPS Cinéstar (devenue CinéCinéma Star) s'est nettement dégradée pour les raisons exposées précédemment. Quant à la chaîne TPS Foot, elle a également été vidée de son contenu (plus de matches phares de grands championnats, plus de diffusion en direct, plus de diffusion exclusive). (manquement à l'engagement 34). (Pour plus de détails, se reporter aux pages 34 à 37).

3. Groupe Canal Plus n'a pas respecté certains engagements concernant les relations avec les chaînes indépendantes et tierces

Un certain nombre d'engagements avaient été souscrits par la nouvelle entité pour permettre aux distributeurs tiers d'enrichir leurs bouquets, en incluant des chaînes indépendantes attractives, dont il convenait d'assurer l'autonomie vis-à-vis de Groupe Canal Plus et la viabilité.

L'Autorité de la concurrence a relevé que Groupe Canal Plus avait maintenu plusieurs éditeurs de chaînes indépendantes (par exemple Equidia, Trace TV, Télémaison) en situation de dépendance, en entretenant avec eux des relations opaques, non transparentes et donc potentiellement discriminatoires, notamment en ce qui concerne leurs conditions de rémunération (non présentation de catalogue de reprise, absence de grille tarifaire ou de barème de rémunération, aucune communication de critères pouvant servir de base à la négociation) et la durée de leurs contrats (manquement à l'engagement 42). Ce comportement a contribué à renforcer le déséquilibre de la négociation commerciale jouant en faveur de Groupe Canal Plus, à entraver le bon fonctionnement de la concurrence entre les différents distributeurs ainsi que celui entre les chaînes indépendantes et les chaînes adossées, contrôlées par les actionnaires minoritaires de Canal+ France.

Par ailleurs, Groupe Canal Plus s'était engagé à ce que les rémunérations des chaînes indépendantes soient « déterminées selon des modalités comparables à celles prévalant avant l'opération ». Or, plusieurs chaînes sont passées après l'opération de concentration d'un modèle de rémunération variable à un modèle de rémunération fixe (manquement à l'engagement 41(b)).

Par ailleurs, l'obligation qu'avait Canal Plus de conclure des contrats séparés pour la distribution commerciale et pour le transport sans conditionner la première prestation à l'autre, n'a pas été respectée pour un certain nombre de chaînes (manquement à l'engagement 44). (Pour plus de détails, se reporter aux pages 40 à 47).

Conclusion

L'opération de concentration Canal Plus-TPS présentait de nombreux et importants risques d'atteinte à la concurrence. Le nombre et la teneur des engagements pris par Groupe Canal Plus en 2006 mettent en lumière l'ampleur des difficultés que cette opération soulevait.

Compte tenu du caractère essentiel de certains des manquements constatés, Groupe Canal Plus ne peut invoquer, à titre de circonstance atténuante, le fait que l'entreprise a respecté plus de 80 % des engagements souscrits. Outre que cette proportion repose sur une arithmétique contestable - qui met sur le même plan les 59 engagements souscrits alors qu'ils sont d'une nature et d'une portée souvent très différentes - il faut rappeler que l'autorisation de l'opération n'a été délivrée en 2006 qu'à la condition que l'ensemble des 59 engagements soient mis en œuvre, chaque remède étant nécessaire pour prévenir les risques d'atteinte identifiés.

L'Autorité de la concurrence a par conséquent décidé de retirer la décision d'autorisation accordée en 2006 et mis à la charge de Canal Plus une sanction de 30 millions d'euros. Vivendi et Groupe Canal Plus devront notifier à nouveau l'opération dans un délai d'un mois, sauf à revenir à l'état antérieur à cette opération.

1 Décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, après avis du Conseil de la concurrence émis le 13 juillet 2006 (06-A-13). A la date de l'opération, les opérations de concentration étaient notifiées

devant le ministre de l'économie. Depuis le 2 mars 2009 (date d'entrée en vigueur de la réforme mise en place par la LME), le contrôle des opérations de concentration relève de l'Autorité de la concurrence. Désormais compétente, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office le 28 octobre 2009 des manquements aux engagements pris en application de la décision du ministre.

2 Le marché de l'acquisition des droits audiovisuels (« marché amont » ou « marché primaire ») est celui sur lequel se rencontrent les détenteurs des droits de diffusion (producteurs d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, titulaires des droits sportifs telle que la ligue de football professionnel...) et les éditeurs, dont le rôle consiste à agréger les contenus audiovisuels afin de constituer des chaînes de télévision.

3 Le marché de gros de la télévision payante (« marché intermédiaire ») est celui sur lequel les éditeurs cèdent les chaînes qu'ils ont constituées, sur la base des contenus acquis sur le marché amont, aux distributeurs (« détaillants ») afin que ces derniers les commercialisent auprès du grand public, soit individuellement, soit, le plus souvent, sous la forme de « bouquets » de chaînes.