



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen comparé
Dirigé par Pr. Louis VOGEL
2011**

***Le contrôle transatlantique des
concentrations d'entreprises : étude
comparative des pratiques
décisionnelles de la FTC et de la
Commission européenne depuis le 1^{er}
mai 2004***

Lucien MIDOT

Sous la direction de Pr. Laurence IDOT

**MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPÉEN
COMPARÉ**

2010-2011

**Le contrôle transatlantique des concentrations
d'entreprises :
Étude comparative des pratiques décisionnelles de la
FTC et de la Commission européenne depuis le 1^{er} mai
2004**

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Laurence IDOT.

MIDOT Lucien

Séjour de recherche à l'Université Columbia de New York

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires,
ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé du mémoire

La présente étude porte sur la comparaison des pratiques décisionnelles de la *FTC* et de la Commission européenne en matière de concentrations d'entreprises. Pour ce faire, elle se fonde sur vingt-deux décisions rendues par les deux autorités à propos des mêmes opérations depuis le 1^{er} mai 2004, date d'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, jusqu'en 2010. Toutes ces décisions ont autorisé les entreprises parties à l'instance à poursuivre leur opération, la plupart du temps sous conditions.

Les développements suivant s'attachent à comparer l'application faite par la *FTC* et la Commission européenne de leurs droits des concentrations respectifs, pris dans leur dimension matérielle. Avant de comparer l'application par les autorités des critères analytiques d'appréciation substantielle des opérations de concentration, il faut connaître les cadres de l'analyse. La première partie traite donc des critères, sous critères et méthodes employées dans la définition par les autorités du contrôle des marchés pertinents, tant dans leurs dimensions *produits* que *géographique*. Il en est exposé une comparaison aussi exhaustive que possible, qui conduit à remarquer que si les critères mis en œuvre sont tout à fait similaires, les méthodes employées changent quelque peu. Ces divergences de méthodes admises et, considérant de surcroît, qu'une opération de concentration n'emporte pas les mêmes effets des deux côtés de l'Atlantique, il n'est pas surprenant de constater que les marchés pertinents effectivement retenus par les deux autorités quant à une même opération diffèrent, le plus souvent. Les cadres de l'analyse adoptés relativement à la même concentration ne sont donc pas les mêmes aux États-Unis et en Europe.

Néanmoins, il reste possible de confronter les analyses des effets potentiellement anticoncurrentiels conduites par les deux Commissions. La deuxième partie a donc pour objet la comparaison des critères et méthodes de mise en œuvre des tests substantifs américain et européen à savoir, respectivement, les tests *Significantly Lessening of Competition* et *Significantly Impeding Effective Competition*. Cet exercice révèle, bien que les deux approches divergent légèrement en théorie, que les panels de facteurs, seuils en parts de marchés et autres outils analytiques, ainsi que leurs méthodes d'applications, convergent dans la pratique. Les circonstances et caractéristiques d'une concentration propres à attirer sur elle les *doutes sérieux* des deux autorités sont très comparables. Au moins en ce qui concerne les effets horizontaux non coordonnés, car les effets coordonnés sont entendus bien plus strictement par la Commission européenne que par son homologue européenne, au travers du rigoureux test de dominance collective. En revanche, la prise en compte des effets non horizontaux s'avère très inégale. Si la Commission examine souvent les potentiels effets verticaux anticoncurrentiels, la *FTC* semble ne pas s'en alarmer. Les effets congloméraux, quant à eux, apparaissent comme une préoccupation tout à fait secondaire, tant pour les autorités américaine qu'européenne.

Abréviations

al. : alinéa.

art. : article.

Ch. : chapitre.

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes.

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne.

col. : collection.

Com. UE : Commission de l'Union Européenne.

Cons. : considérant.

DG Comp : *Directorate General for Competition*, soit « Direction Générale de la Concurrence de la Commission Européenne ».

DGCCRF : Direction Générale de la Concurrence et de la Répression des Fraudes du Ministère de l'Économie.

DOJ : *Department of Justice*, soit l'équivalent américain du Ministère de la Justice.

ECMR : *European Communities Merger Regulation*, soit « Règlement du Conseil de l'Union Européenne relatif au contrôle des concentrations entre entreprises », n°139/2004.

éd. : éditions.

FDA : *Food and Drug Administration*, soit l'équivalent américain du Ministère de la Santé.

FTC : *Federal Trade Commission*, juridiction spéciale, autorité américaine du contrôle des concentrations.

HSR Act : *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976, instaurant l'obligation de notifier une concentration *a priori*.

N.B. : *nota bene*.

p. : page.

Réf. UE : Référence de la décision de la Commission européenne, exprimée selon la nomenclature interne de la Direction Générale de la Concurrence.

Réf. US : Référence de la décision de la *FTC*, exprimée selon la nomenclature interne du *Bureau for Competition*.

s. : section

TCE : Traité constitutif des Communauté Européennes.

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

TPI : Tribunal de Première Instance, des Communautés Européennes puis de l'Union Européenne.

Table des matières

INTRODUCTION	7
---------------------------	----------

PREMIERE PARTIE

MARCHES PERTINENTS : CONVERGENCE DES PRINCIPES, DIVERGENCES EN PRATIQUE	17
--	-----------

A. DES CRITERES DE DEFINITION DES MARCHES PERTINENTS EN PRINCIPE SIMILAIRES	18
1. Convergence des critères de segmentation des marchés de produits pertinents.....	19
a) Le test du monopoleur hypothétique : un critère commun aux deux autorités	20
(i) La substituabilité des produits, définition	20
(ii) Un standard commun : le test du monopoleur hypothétique	21
b) La description empirique des caractéristiques de produits et autres sous critères adéquats	22
(i) La description empirique des caractéristiques et applications des produits.....	22
(ii) Une palette commune de sous critères complémentaires.....	24
2. Convergence des critères de délimitation des marchés géographiques pertinents....	28
a) Les restrictions au transport comme facteurs déterminants	29
(i) Le coût du transport	30
(ii) Restrictions au transport hors coût de celui-ci	31
b) Évaluation de la structure des échanges et des marchés	32
(i) Les imports et exports aux frontières.....	33
(ii) L'analyse de la structure des marchés.....	33
B. DES DIVERGENCES PLUS OU MOINS MARQUEES DANS LES DEFINITIONS ADOPTEES EN PRATIQUE	35
1. Ressorts des divergences dans les définitions des marchés retenues	35
a) Des fréquences variables dans l'usage des critères de segmentation.....	36
(i) Le test du monopoleur hypothétique comme critère de prédilection de la <i>FTC</i>	37
(ii) Un test du monopoleur hypothétique exceptionnellement employé par la Commission européenne	38
b) Exhaustivité de la Commission européenne contre efficacité de la <i>FTC</i>	40
(i) Exhaustivité et principe du contradictoire en Europe.....	40
(ii) Ton prétorien et efficacité des décisions aux Etats-Unis.....	42
c) Des divergences quant aux définitions de marché retenues	43
(i) Des marchés de produits plus étroits pour la <i>FTC</i>	45
(ii) Un découpage géographique plus fin du côté européen.....	47
(iii) Des marchés différemment affectés et structurés.....	50
2. Une standardisation européenne des définitions par secteurs d'activités.....	52
a) La prise en compte par la Commission européenne de sa pratique décisionnelle antérieure.....	52
(i) La standardisation de la définition des marchés de l'industrie pharmaceutique.....	52
(ii) La standardisation des définitions de marché dans le secteur des gaz industriels.....	54
b) Une tendance en filigrane similaire de la <i>FTC</i> , sans systématisation	56
(i) Des critères de segmentation des produits pharmaceutiques récurrents.....	56
(ii) Récurrence des critères de segmentation pour les produits gaziers.....	56

DEUXIEME PARTIE

CONVERGENCE DU TEST SUBSTANTIF, DIVERGENCES DES CONTROLES PAR FORMES DE CONCENTRATION.....	59
---	-----------

A. LA FERMETE QUANT AUX EFFETS HORIZONTAUX : UNE POLITIQUE PARTAGEE PAR LES DEUX AUTORITES.....	61
1. Un traitement similaire des effets horizontaux non coordonnés.....	62
a) Convergence des droits positifs : la présomption structurelle	63
(i) Les parts de marché comme critère principal.....	63
(ii) Divergences mineures dans la méthode.....	65

(iii) Convergence des critères complémentaires et de leur mise en œuvre.....	68
b) Faiblesses partagées dans la prise en compte des gains d'efficience.....	74
c) Les obligations de défaisance : accord des autorités sur les conditions d'autorisation.....	76
2. <i>Une acception européenne plus rigoureuse de la notion d'effets horizontaux</i>	
<i>coordonnés</i>	80
a) Un droit positif européen plus précis : la dominance collective.....	80
b) Une application plus rigoureuse du principe par la Commission européenne.....	82
c) Une préoccupation majeure de la <i>FTC</i> pourtant faiblement argumentée	85
d) Réticences de la Commission européenne quant aux engagements comportementaux.....	88
B. UNE COMMISSION EUROPEENNE PLUS SOUCIEUSE DES EFFETS NON HORIZONTAUX.....	90
1. <i>Similarité des droits positifs américain et européen</i>	90
a) Des objectifs communs	91
(i) Les objectifs décrits par les <i>Lignes directrices</i> européennes.....	91
(ii) Les <i>Guidelines</i> américaines de 1984.....	94
b) Des critères d'analyse comparables en théorie	95
(i) Les critères de l'analyse des concentrations verticales	95
(ii) Les critères de l'analyse des concentrations conglomerales.....	98
2. <i>Une prise en compte très inégale en pratique</i>	99
a) Pratique de la Commission européenne : prudence et présomptions	100
(i) Acception très stricte d'effets verticaux fréquemment analysés	100
(ii) Une acception très rigoureuse des effets conglomeraux anticoncurrentiels	103
b) Silence de la <i>FTC</i>	105
CONCLUSION	107
BIBLIOGRAPHIE	110
ANNEXES	114

INTRODUCTION

« *Le droit antitrust américain occupe depuis longtemps une place centrale sur la scène du droit de la concurrence. Fréquemment cité comme le père de la discipline, il est souvent perçu comme un modèle que les autres doivent suivre, ou au moins étudier. Pour certains, il représente ce que le droit de la concurrence devrait être. Pour d'autres, il est la proie privilégiée des critiques. Pour les membres de la communauté américaine des juristes antitrust, il est le filtre au travers duquel ils abordent les questions actuelles et envisagent l'avenir de la matière. En tant que tel, il est une clé de compréhension des points de vue qu'ils adoptent sur les autres droits et de leur confiance en la supériorité de l'approche américaine. Pour tous, il est un point de repère à partir duquel penser les questions que pose le droit de la concurrence* »¹.

Il s'est écoulé plus de cent vingt années depuis l'adoption de la première loi *antitrust* américaine : le *Sherman Act* de 1890. Il fut adoptée par le Congrès en réaction au pouvoir économique, progressivement devenu politique, qu'avaient alors concentré entre leurs mains certaines associations de compagnies pétrolières, dont la célèbre *Standard Oil Corporation* du non moins célèbre John Davison Rockefeller. Le droit américain de la concurrence fait ainsi figure d'ancêtre commun à tous les droits de la concurrence, dont le droit de l'Union européenne. Comme le remarque David Gerber, ce lien de parenté n'est pas assumé par tous les acteurs du droit de la concurrence, loin de là, à commencer par les auteurs européens. En effet, le législateur communautaire et les commentateurs de la doctrine mettent un point d'honneur à souligner que le droit de la concurrence de l'Union européenne n'est pas une simple copie des préceptes américains en la matière, qui auraient été importés tels quels d'outre-Atlantique.

C'est aussi le cas du contrôle des opérations de concentration entre entreprises, où la première loi américaine précède de soixante-quinze ans le premier règlement européen en la matière, adopté en vertu du Traité sur les Communautés Européennes (TCE) en 1989². Un tel contrôle n'était, à l'origine, pas prévu par les dispositions du *Sherman Act*. Dès lors, voyant leurs accords verticaux, horizontaux (« *trusts* ») et certaines de leurs pratiques qualifiées d'abusives, poursuivies et condamnées par les autorités judiciaires, les entreprises américaines s'adaptèrent et se mirent à fusionner entre elles ou acquérir leurs rivales au lieu et place de l'adoption de comportements coordonnés. La réponse des pouvoirs publics américains à cette pratique fut le *Clayton Act* de 1914 dont la Section 7 constitue, aujourd'hui encore, la base légale du contrôle américain des concentrations. L'année suivante fut promulgué le *Federal Trade Commission Act*, chargeant la *Federal Trade Commission*, autorité administrative indépendante, de procéder à la détection et à la poursuite des concentrations.

¹ In « *Global Competition* », David Gerber, Oxford University Press, 2010, p. 121.

² « TCE », abrogé par le Traité de Lisbonne, remplacé depuis 2010 par le Traité Fondateur de l'Union Européenne, « TFUE ». S'il est précisé « en vertu du TCE » c'est qu'une disposition (art. 66) relative aux concentrations se trouvait déjà dans le traité sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.

Le droit américain des concentrations entre entreprises est donc bien antérieur au droit communautaire et, pour cette raison, l'adoption progressive de la réglementation européenne en la matière n'a pu se faire qu'en connaissance des positions américaines, sans pour autant les reproduire à l'identique. La Cour de Justice de l'Union Européenne³ (CJUE) avait commencé, dès 1973⁴, de procéder à un tel contrôle sur le fondement des articles 81 et 82 anciens du TCE. Le contrôle européen des concentrations conservera longtemps la marque de ses débuts, effectués sous l'empire de l'article 82 TCE relatif aux abus de position dominante. En effet, le test substantif d'évaluation de l'atteinte portée à la concurrence par une opération de concentration restera, jusqu'à l'adoption du Règlement du Conseil de 2004 *relatif à l'appréciation des concentrations entre entreprises*⁵, un test de dominance. Le test substantif européen fut ainsi longtemps conforme aux positions américaines en vigueur de 1962⁶ à 1990⁷, fondées sur la structure des marchés. Cependant, influencées par les théories économiques de l'École de Chicago, les cours de justices et les autorités du contrôle américaines passèrent de l'application d'un test substantiel majoritairement préoccupé de la structure des marchés, à la question de savoir si l'opération de concentration réduit la concurrence au regard de toutes les conditions de marché. Le test « *SLC* »⁸ était né. Finalement, les institutions européennes se rapprochent de la nouvelle position américaine, à défaut de s'y aligner complètement, avec l'adoption du règlement de 2004 et du test « *SIEC* »⁹.

C'est donc une constante depuis les débuts du droit de la concurrence que de voir réagir l'Union Européenne aux évolutions américaines de la discipline. Comme le soulignait David Gerber dans les propos rapportés plus haut, le droit *antitrust* américain sert de point de repère à quiconque aborde le droit de la concurrence avec une approche comparatiste. S'il est intéressant de comparer les droits européen et américain des concentrations dans leurs aspects substantiels, c'est aussi parce que les États-Unis et l'Union Européenne sont les deux pôles majeurs du capitalisme et les deux plus grands marchés de consommateurs dans le monde. Peut-être plus pour longtemps, il est vrai. En ces temps de crise économique où les excès d'une économie mondialisée à certains égards trop libérale sont dénoncés, un regain d'intérêt pour le contrôle des comportements des entreprises par les États peut être constaté. Le droit de la concurrence fait partie intégrante de ces mécanismes de contrôle. À ce titre, le sujet de la comparaison des droits de la concurrence des deux plus importantes économies mondiales semble plus que jamais d'actualité.

La présente étude comparative des aspects matériels des droits européen et américain adopte pour point de départ le 1^{er} mai 2004, date d'entrée en vigueur du Règlement n°139/2004 du Conseil de l'Union Européenne. La question de savoir si le changement de test substantif apporté à cette occasion a permis le rapprochement des

³ Dénommée à cette date, et jusqu'en 2010, *Cour de Justice des Communautés Européennes* ou CJCE.

⁴ Première application par la CJCE de l'article 82 TCE à une opération de concentration : *Europemballage et Continental Can v. Commission*, n° 6/72 {1973} CMLR 199.

⁵ Règlement n°139/2004, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004.

⁶ Naissance de la « présomption structurelle » ou « *incipiency theory* », découverte par la Cour suprême américaine dans son arrêt *Brown Shoe Co. v. U.S.* 370 US 294 (1926).

⁷ Fin définitive de l'approche structuraliste aux États-Unis : *U.S. v. Baker Hughes*, 908F.2d 981 (DC Cir. 1990).

⁸ Pour « *Significantly Lessening Competition* » : « réduction significative de la concurrence ».

⁹ Pour « *Significantly Impeding Effective Competition* » : « atteinte significative portée à la concurrence ».

critères d'appréciation substantielle des concentrations a déjà été traitée¹⁰. Plutôt que des droits positifs américain et européen tels qu'ils existent depuis le 1^{er} mai 2004, il sera question ici des pratiques décisionnelles des autorités européenne et américaine. Dans ce contexte, l'intérêt de cette date de départ réside dans la possibilité de comparer les décisions des autorités sur une période durant laquelle les droits qu'elles appliquent ne changent pas, ou peu. De plus, il sera ainsi possible de savoir si la convergence des tests substantifs entraîne une convergence de la pratique au stade de la décision administrative. Ce sujet n'a que peu attiré l'attention des auteurs de la doctrine et se trouve encore peu couvert. Il existe bel et bien quelques articles sur le sujet¹¹, mais ils ont abordé les décisions rendues par les autorités du contrôle sous un angle économique, voire statistique. Les développements qui suivent vont donc s'attacher à rendre compte des outils et méthodes effectivement employés dans les décisions de la *FTC* et de la Commission européenne, afin de voir si des différences les concernant peuvent expliquer certaines des divergences quant aux décisions finalement adoptées, à propos des mêmes opérations de concentration. Mais avant d'explicitier la méthode employée pour ce faire, il convient de s'arrêter sur plusieurs notions nécessaires à la compréhension du sujet.

Il est tout d'abord nécessaire d'expliquer l'expression « contrôle transatlantique des concentrations entre entreprises ». Elle recouvre les opérations ayant été contrôlées à la fois par les autorités américaines et européennes. Une transaction contrôlée de part et d'autre de l'Atlantique doit ainsi être qualifiée de concentration entre entreprises, vérifier certains seuils quantitatifs et produire ses effets à la fois sur les territoires américain et européen. Il arrive en effet qu'une telle transaction implique des entreprises multinationales d'un poids économique si considérable, que les critères de compétence des autorités du contrôle sont vérifiés de part et d'autre de l'Atlantique. Le premier critère de compétence commun aux deux autorités est la notion de « concentration entre entreprises ». Elle recouvre les notions communément employées de « fusion » et d'« acquisition », ainsi que la mise en commun de leurs moyens par deux ou plusieurs entreprises au sein d'un joint-venture de plein exercice. Pour s'assurer qu'elles sont bien en présence d'une concentration, les autorités recourent à un critère qualitatif commun : le changement durable dans le contrôle effectif d'une entreprise. Pour le droit communautaire, ce critère est exposé à l'article 3(1) du règlement 139/2004, qui dispose qu'« *une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte : (a) de la fusion de deux ou plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou (b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que se soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments actifs, contrat ou tout autre moyen* ». Le deuxième alinéa de l'article en question poursuit pour préciser que le critère est celui de la *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise*, que cela soit seul ou conjointement, directement ou indirectement, et grâce à des droits contractuels ou de propriété. L'acceptation européenne

¹⁰ Voir, par exemple, la thèse de Virginie Viillard, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations, Étude comparée des droits communautaire et américain*, éd. Dalloz, 2005, Col. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*.

¹¹ À ce titre, voir les articles suivants : pour une approche économique François Lévêque, *Contrôle des concentrations : UE/US, match nul*, *Revue Lamy de la Concurrence*, Octobre-Décembre 2007 – n°13, 11.10.2007, ou encore, du même auteur : *Le contrôle des concentrations aux États-Unis et en Europe : Lequel est le plus sévère ?*, *Revue Concurrences* N°2 – 2005, Droit et économie.

de la notion de « concentration » est donc large. C'est aussi le cas de l'approche américaine. La section 15 du *Clayton Act* prévoit le contrôle des opérations de fusion et d'acquisition entre entreprises réalisées au moyen d'un transfert d'actions ou de parts sociales. L'amendement apporté par le *Celler-Kefauver Act* en 1950 permet de contrôler les concentrations résultant de transferts d'actifs. La notion « d'entreprise partie à l'opération », elle, n'appelle pas de remarque particulière dans la mesure où toute entité, quelle qu'en soit la forme, privée ou publique, impliquée dans une activité commerciale est présumée être une entreprise pour les besoins du contrôle. Les autorités américaine et européenne ne peuvent encore contrôler une opération que si celle-ci vérifie des seuils quantitatifs, c'est-à-dire si les concentrations en cause possèdent une certaine dimension financière. Les seuils prévus par le droit de l'Union Européenne pour que la « dimension communautaire »¹² d'une opération donnée soit trouvée, sont exprimés en chiffre d'affaire des parties à l'opération. Le chiffre d'affaire mondial agrégé des parties doit être de cinq milliards d'euro au moins, le même chiffre d'affaire agrégé réalisé dans l'Union Européenne par les parties devant être de deux-cents cinquante millions d'euro. La législation américaine¹³ prévoit également des seuils quantitatifs, mais ils sont très complexes et varient en fonction de la nationalité des entreprises impliquées, de sorte qu'il serait trop long de les expliquer ici¹⁴. Qu'il suffise de retenir qu'au lieu de se référer aux chiffres d'affaires des parties, le *HSR Act* se fonde alternativement sur le montant des transactions en cause ou sur le montant total des ventes réalisées par les parties à l'intérieur des frontières américaines. Les effets d'une opération de concentration, pour être contrôlés par la Commission européenne, doivent s'étendre au Marché commun ou une part substantielle de celui-ci¹⁵. De même, aux États-Unis, ils doivent « affecter le commerce fédéral »¹⁶.

En vertu de l'article 4 du Règlement du Conseil de l'Union Européenne de 2004, relatif au contrôle des concentrations, les opérations remplissant les conditions qui viennent d'être exposées doivent obligatoirement être notifiées à la Commission par les parties, sous peine de sanctions. Le *HSR Act* de 1976¹⁷ prévoit également l'obligation faite aux parties de notifier leur opération, lorsqu'elle vérifie lesdites conditions.

Les opérations de concentrations qui ont été étudiées ici sont donc toutes conformes à la description qui vient d'en être donnée.

Aux États-Unis, le contrôle des opérations de concentration est réalisé par deux autorités, ou *agencies*. Il s'agit de la *FTC*, déjà présentée, et du *DOJ*¹⁸, le Ministère de la Justice américain. Ce dernier compte en son sein une division *antitrust*, à qui il incombe la tâche de s'occuper des attributions du Ministère en matière de concurrence, et de contrôle des concentrations en particulier. Il existe donc deux autorités concurrentes chargées du contrôle des concentrations outre-Atlantique. Néanmoins, le *DOJ* n'étant pas, contrairement à la *FTC*, une autorité administrative indépendante, il n'est pas doté de pouvoirs de décisions. Il doit, pour engager des poursuites à l'encontre des parties à

¹² Prévue à l'article 1(3) du règlement 139/2004.

¹³ Le *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976, ci-après « *HSR Act* », tel que modifié le 21 décembre 2000.

¹⁴ Le seuil minimum, toutes situations confondues, est que le montant de la transaction contrôlée dépasse cinquante millions de dollars américains.

¹⁵ Alinéas 2 et 3 de l'article 1^{er} du Règlement n°139/2004 précité.

¹⁶ Selon le *Clayton Act*, s.15 : « affect interstate trade and commerce ».

¹⁷ Réf. US : 15 U.S.C. § 18a.

¹⁸ i.e « *Department of Justice* » soit « Ministère de la Justice ».

une concentration, demander à un magistrat du siège que soient délivrés aux parties des injonctions qui, seules, ont la capacité de contraindre. La *FTC*, elle, est dotée de pouvoirs lui permettant de contraindre les parties directement, tant que les parties n'interjettent pas appel de ses décisions devant une cour de l'ordre judiciaire.

C'est la raison pour laquelle cette étude prend le parti de ne pas aborder les décisions ou, pour être plus précis, les conclusions du *DOJ*, puisque ce dernier n'est pas une autorité administrative. En effet, son rôle dans la poursuite des concentrations anticoncurrentielles s'apparente à celui que joue un *prosecutor* en procédure pénale de *Common Law*. C'est-à-dire celui de conseil juridique et représentant du Gouvernement des États-Unis, devant un tribunal. Il est donc partie à l'instance, et non juge. Pour cette raison, il ne rend pas, à proprement parler, de décisions à l'égard des opérations qu'il contrôle. Il décide de l'opportunité d'engager des poursuites, de manière comparable à ce que ferait, dans l'ordre juridique français, le Procureur de la République, lorsque les forces de police ont porté à sa connaissance la commission d'une infraction, d'un délit ou d'un crime. Ainsi les documents délivrés aux parties par le *DOJ* ne sont-ils pas publiés, il n'est donc pas possible de connaître ses conclusions autrement qu'en recherchant l'arrêt correspondant d'une cour de justice américaine, et d'y trouver la reproduction desdites conclusions. Il est encore possible de trouver des informations relatives aux actions entreprises par la division *antitrust* du *DOJ* dans les rapports annuels d'activité publiés conjointement avec la *FTC*¹⁹. Mais, en-dehors de comptes rendus concernant les affaires les plus importantes, aucune information détaillée ne s'y trouve quant aux conclusions recherchées.

La Commission européenne et la *FTC* sont, quant à elles, dotées de pouvoir similaires en matières de contrôle des concentrations, bien que la première puisse infliger des sanctions en cas de non respect par les parties de ses instructions (non respect des délais de la procédure, demande de communication de documents et engagements)²⁰, ce que ne peut faire la *FTC* sans recourir à un *court order*. Il semble donc pertinent de se limiter à la comparaison de décisions d'autorités administratives ayant, d'une part, des pouvoirs de décisions similaires et publiant, d'autre part, des documents qui peuvent être comparés en ce qu'ils se correspondent.

Concernant les documents dont il est question, la Commission européenne rend publiques toutes les décisions qu'elle adopte en matière de contrôle des concentrations²¹. C'est aussi le cas de la *FTC* qui rend compte de sa décision et de la procédure qui a été suivie au cours d'une affaire considérée en trois documents distincts. Le premier, intitulé « *Complaint* », devant être adopté dans les trente jours suivant la réception de la notification, comprend la communication aux parties de sa décision quant à la conformité de l'opération notifiée *a priori*. Les griefs fondant le dispositif de la décision y sont succinctement exposés. Le second document, intitulé « *Decision and Order* » est adopté une fois que les éventuels engagements préalables à l'autorisation de l'opération, négociés entre la *FTC* et les parties et faisant l'objet d'un « *agreement* », ont été adoptés. Cette « *Decision and Order* » reprend, dans le détail, les engagements demandés par la *FTC*. Elle comporte les modalités de leur application, les délais de mise en conformité impartis, les mesures de transition, les échéances auxquelles les parties

¹⁹ « *HSR annual reports* », disponibles sur le site internet de la *FTC*, voir bibliographie.

²⁰ Tel que le prévoit l'article 14 du Règlement 139/2004, « *Amandes* ».

²¹ Accessibles sur le site internet du *DG Comp* ainsi que sur la base de données européenne *Celex*.

devront communiquer les documents et informations nécessaires au suivi par la *FTC* des suites de l'opération et la nomination des *trustees* chargés d'en surveiller le bon déroulement ainsi que la désignation des entreprises repreneuses lorsque des obligations de défaisance sont mises en œuvre (ce qui est toujours le cas). Il faut relever que les dispositions présentes dans ce document continuent de courir sur une période de dix ans après l'adoption de la décision finale. Enfin, la *FTC* met à disposition du public un « document d'aide au commentaire », permettant aux tiers intéressés de présenter leurs observations avant que ne soit adoptée la décision finale. S'il n'a pas de valeur légale en ce qu'il ne constitue pas une partie de la décision, il revêt toutefois une importance considérable pour l'observateur de la pratique décisionnelle américaine, en ce qu'il palie le déficit d'information relatif aux motifs de la décision, souvent constaté dans la *Complaint*. Quant à la Commission européenne, toutes les informations relatives à sa décision se retrouve dans un seul et unique document. Les engagements sont motivés dans le corps de la décision et leurs modalités d'application sont précisées en annexe.

C'est donc sur la base de ces documents que la présente étude a été réalisée. Néanmoins, il convient de rappeler avec David Gerber que « {le} rôle que joue le droit antitrust américain au niveau international ne dépend pas uniquement du droit substantif, mais aussi des dynamiques du système en interne. Les textes, les institutions, les praticiens et les modes de pensée structurent les décisions. Les questions essentielles sont : « qui peut peser sur les décisions, et dans quelle mesure ? ». Bien que les décisions effectivement adoptées soient de primes importance pour évaluer précisément comment fonctionne tout système de droit de la concurrence dans lequel elles sont rendues, les auteurs étrangers se sont très souvent concentrés sur la seule jurisprudence américaine et les « règles » qu'ils pensent y avoir trouvé. C'est pourquoi ils ne connaissent, la plupart du temps, que peu le contexte dans lequel les décisions sont élaborées et, partant, ignorent la signification des facteurs employés ou émettent des hypothèses imprudentes à leur sujet, qui peuvent conduire à de graves erreurs d'interprétation »²². Tirant partie de cette mise en garde, les développements qui suivent tenteront d'éviter les pièges qui y sont décrits en effectuant, lorsque nécessaire, des références aux droits positifs américain et européen afin que chacune des pratiques décisionnelles soit replacée dans son propre contexte légal. De même, il sera fait référence aux pratiques généralement constatées chez les deux autorités du contrôle. Cette question semble ne pas appartenir aux droits matériels, sujets de la présente étude, des deux ordres de juridiction considérés. Mais il apparaîtra, et cela n'est pas surprenant, que certaines interrogations ne peuvent trouver de réponses qu'en prenant en compte les spécificités propres à chacune des autorités, tant relatives au déroulement des procédures devant elles, qu'à l'institutionnalisation de certaines pratiques informelles.

Les initiatives visant à intensifier la coopération internationale des autorités nationales de la concurrence sont nombreuses. Des cadres internationaux de réflexion et d'échange ont été créés depuis la fin des années 1990, tels que l'*International Competition Network* et, plus tard, le *Comité de droit de la concurrence de l'Organisation de la Coopération et de Développement Économiques*. Malheureusement, l'échec des tentatives de mise en place de politiques internationales

²² David Gerber, *Global Competition*, précité, p. 134.

de coopération en la matière est patent. En témoigne la création du *Comité de droit de la concurrence* (susmentionné) au sein de l'OCDE, à l'initiative des autorités américaines : celles-ci considéraient que l'*ICN* avait fait naître des propositions trop audacieuses et d'inspiration trop peu américaines à leur goût. Pourtant, ce même comité, dans le rapport issu du Dixième Forum Mondial sur la Concurrence²³ recommande jusqu'à l'application du principe de *positive comity*, qui sera abordé dans les développements qui suivent.

Il existe deux accords bilatéraux de coopération entre les autorités américaines et européenne de la concurrence, adoptés en 1995 et 1997. Ceux-ci prévoient, notamment, la communication des documents que chacune des autorités a pu obtenir à propos d'une ou plusieurs entreprises dont les comportements sont contrôlés de part et d'autre de l'Atlantique. De l'aveu même des membres de ces autorités, la coopération transatlantique sur la poursuite des comportements anticoncurrentiels est une réussite et va s'intensifiant d'année en année. Néanmoins, il faut remarquer qu'aucune liste des opérations de concentration contrôlées par les deux autorités n'est disponible, ni auprès de la *FTC*, ni de la Commission européenne. Il aura donc fallu l'établir pour les besoins de l'étude. L'exercice n'étant pas aisé, le risque que certaines de ces opérations aient pu échapper à la vigilance de son auteur ne peut être exclu.

Les opérations identifiées comme ayant été contrôlées à la fois par la *FTC* et la Commission européenne du 1^{er} mai 2004, publiées avant que les présents travaux ne soient commencés²⁴ sont au nombre de vingt-deux. Aucune des affaires considérées n'a donné lieu à une décision d'opposition, que cela soit de la part de la *FTC* ou de la Commission européenne. À l'inverse, aucune des opérations de concentrations qui en ont été l'objet n'a été autorisée sans que ne soit imposée préalablement par la *FTC* l'adoption d'engagements, impliquant dans tous les cas sauf un²⁵ la mise en œuvre d'obligations de défaisance. La Commission européenne a, quant à elle, autorisé sans conditions sept des affaires étudiées. Néanmoins, comme il sera montré dans ce développement, il n'est pas certain que cette divergence soit imputable à une plus grande sévérité de la *FTC*. Dans sept décisions, sur les quinze décisions finales de conformité adoptées sous conditions, les parties ont été invitées à modifier les engagements qu'elles avaient présentées en phase I de la procédure, sans pour autant que la Commission ne décide *in fine*, sur le fondement de l'article 6(1)(c) du Règlement 139/2004, d'engager une procédure de phase II. Une telle procédure de phase II, gouvernée par l'article 8 du Règlement précité, n'a été engagée qu'une seule fois, à l'occasion de l'affaire *Johnson & Johnson / Guidant*²⁶, pour finalement à une décision de conformité de l'article 8(2). Il n'est pas évident de connaître les phases de la procédure qu'ont atteintes les décisions de la *FTC* : celle-ci ne le mentionne pas dans sa décision. Toutefois, il est possible de remarquer que, dans plusieurs affaires, les document *Complaint* et *Decision and Orders* ont été réexaminés. Cela est sans aucun doute le résultat d'une *second request*²⁷, procédure par laquelle la *FTC* prolonge les délais impartis pour son enquête, demande des documents additionnels aux parties et

²³ Ayant eu lieu à Paris, les 17 et 18 février 2011.

²⁴ C'est-à-dire en janvier 2011.

²⁵ Il s'agit de la décision *Boeing / Lockheed Martin / ULA*, Réf. US : C-4188 051 0165, 2005, dans laquelle seuls des engagements comportementaux sont imposés.

²⁶ Réf. UE : COMP/M.3687, 25.08.2005.

²⁷ Prévu par le *HSR Act* précité.

procède au réexamen des engagements. Toutes les affaires étudiées ont ainsi été l'objet d'une *second request*. La seule n'ayant pas atteint ce stade de la procédure est l'affaire *Merck / Schering-Plough*²⁸, autorisée sans conditions par la Commission européenne. L'opération *Johnson & Johnson / Guidant*, objet d'une procédure de phase II devant la Commission européenne, est également l'objet d'un *second request* devant la *FTC*. Finalement, et c'est la seule parmi les concentrations étudiées, l'opération sera abandonnée par les parties. Les décisions fondant cette étude sont exposées dans le tableau suivant :

	Date UE	Date FTC	Décision UE	Décision FTC	Référence UE	Référence FTC
2004						
Cemex/RMC	08/12/2004	25/03/2005	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.3572	C-4131 0510007
Cytec / UCB Surface Penalties	19/12/2004	07/04/2005	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.3538	C-4132 0410203
2005						
Novartis / Hexal	27/05/2005	21/09/2005	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.3751	C-4150 0510106
Proctor & G. / Gillette	13/07/2005	15/12/2005	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.3732	C-4151 0510115
Boeing / LM ULA	09/08/2005	08/05/2007	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.3859	C-4188 0510155
Johnson & J. / Guidant	25/08/2005	02/11/2005	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.3687	C-4154 0510050
Teva / Ivax	24/11/2005	02/03/2006	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.3928	C-4155 0510214
2006						
Boston S. / Guidant	11/04/2006	21/07/2006	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.4076	C-4164 0410056
Linde / BOC	06/06/2006	17/07/2006	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.4141	C-4163 0610114
Thermo E. / Fischer E.	09/11/2006	30/11/2006	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.4242	C-4170 0610187
Johnson & J. / Pfizer	11/12/2006	12/12/2006	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.4314	C-4180 0610220
2007						
Schering-Plough / Organo B.	11/10/2007	28/12/2007	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.4601	C-4211 0710132
Carlyle / INEOS / JV	20/12/2007	17/09/2008	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.4927	C-4233 0710203
2008						
Pernod R. / V&S	17/07/2008	14/10/2008	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.4927	C-4225 0810119
Teva / Barr	19/12/2008	09/02/2009	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5295	C-4242 0810224
2009						
BASF / Ciba	12/03/2009	14/05/2009	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5355	C-4253 0810265
Pfizer / Wyeth	17/07/2009	25/01/2010	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5476	C-4267 0910053
Panasonic / Sanyo	29/09/2009	06/01/2010	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5421	C-4274 0910050
Merck / Schering-P.	22/10/2009	30/11/2009	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.5502	C-4268 0910075
Pepsico / T. Pepsico B.G.	26/10/2009	27/09/2010	Autorisation	Autorisation sous conditions	COMP/M.5633	C-4301 0910133
2010						
Varian / Agilent	20/01/2010	25/06/2010	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5611	C-4292 091 0135
Novartis / Alcon	09/08/2010	28/09/2010	Autorisation sous conditions	Autorisation sous conditions	COMP/M.5778	C-4296 1010068

²⁸ Réf. US : C-4211 071 0132, 2007.

Ainsi qu'il a été dit, les solutions effectivement adoptées par chacune des autorités relativement à la même opération de concentration ne sont en elles-mêmes pas suffisantes pour révéler la sévérité respective de leurs pratiques décisionnelles. Il convient donc de comparer les critères et méthodes employées ainsi que les habitudes adoptées par les autorités lorsqu'elles élaborent leurs décisions. Deux questions principales semblent devoir être traitées pour ce faire. L'impact de tout comportement potentiellement anticoncurrentiel ne peut être évalué que relativement à un ou plusieurs marchés de référence. C'est aussi le cas dans le cadre du contrôle des opérations de concentration entre entreprises. La définition des marchés pertinents revêt donc une importance considérable, puisqu'elle constitue le cadre de l'analyse des effets potentiellement anticoncurrentiels d'une opération de concentration. La présente étude s'est donc attachée à la comparaison, point par point des critères, sous-critères et de leurs méthodes d'application, telles que les autorités en font usage. En effet, si de tels cadres divergent entre les deux autorités, alors l'analyse des effets substantiels de l'opération, quand bien même elle serait menée selon la même méthode et en prêtant la même importance au même critère, conduirait, *in fine*, à l'adoption de décisions différentes. La Commission européenne, à l'instar de la *FTC*, adopte comme critère de compétence pour le contrôle d'une opération la « doctrine des effets »²⁹. Cela signifie que la nationalité des entreprises en cause n'importe pas, le seul fait que l'opération, où qu'elle advienne, produise ses effets sur le territoire de l'Union Européenne, pour la Commission, et sur le territoire des États-Unis, pour la *FTC*, justifie que ladite opération soit contrôlée. Puisque la *FTC* et la Commission européenne ne contrôlent les effets potentiellement anticoncurrentiels que dans la mesure où ils affectent leurs territoires respectifs, il est prévisible que les marchés pertinents définis quant à une même opération ne seront pas toujours identiques. C'est en effet le cas. Néanmoins, si les deux autorités mettent en œuvre des critères identiques, leurs méthodes diffèrent, ce qui explique également une part non négligeable des divergences constatées dans la définition des marchés effectivement retenus dans la pratique. En matière de définition des marchés pertinents, **une convergence des principes peut donc être constatée en dépit de divergences dans la pratique (I)**. Sur la base des marchés en cause, les autorités cherchent ensuite à évaluer l'atteinte potentielle qui pourrait résulter de l'opération de concentration. Comme il a déjà été vu, les tests substantifs mis en œuvre par les autorités américaine et européenne ont convergé depuis l'adoption par l'Union Européenne du Règlement 139/2004 sur le contrôle des opérations de concentration. Il ressort de l'étude qui a été menée sur la comparaison des pratiques décisionnelles que, si les outils et les méthodes utilisés diffèrent quelque peu, l'approche des effets horizontaux des opérations adoptée par les deux autorités est tout à fait comparable et se caractérise par une relative fermeté. Néanmoins, les effets non horizontaux sont pris en compte par la Commission bien plus souvent que ne le fait la *FTC*. Les deux pratiques décisionnelles en la matière se caractérisent donc par une **convergence du test substantif mais une divergence dans les objectifs poursuivis (II)**.

²⁹ « *Effect based doctrine* » : en vigueur aux États-Unis depuis l'arrêt *U.S. v. ALCOA*, n° 148 F2d 416 (2d Cir. 1945) de 1945 ; dans l'Union Européenne depuis l'arrêt *Re Wood Pulp Cartel v. Commission* n° 125-129/85 {1988} 4 CMLR 901 relativement à l'article 82 ancien TCE puis *Gencor Ltd v. Commission* n° T-102/96 {1999} 4 CMLR 971, relativement au contrôle des concentrations.

PREMIERE PARTIE

MARCHES PERTINENTS : CONVERGENCE DES PRINCIPES, DIVERGENCES EN PRATIQUE

La définition des *marchés pertinents* ou des *marchés en cause* dans le cadre desquels analyser les effets d'une opération de concentration est une préoccupation primordiale, commune aux deux Commissions. « *La notion de marché en cause joue un rôle essentiel pour la détermination d'une éventuelle position dominante, ou, plus généralement, d'éventuelles entraves à la concurrence, en vue de l'appréciation d'une concentration d'entreprises. {...} Il n'est pas un arrêt ou une décision, dans ces domaines, qui ne commence par une définition précise de ce marché, qui est souvent l'aboutissement d'une analyse fine et difficile* »⁵⁹. En effet, les autorités étatsunienne et européenne y consacrent toujours une partie de leurs décisions, celle-ci prenant place, dans une vaste majorité des cas, après l'identification et la qualification des parties à l'instance d'une part, et de l'opération en cause, d'autre part. Donc en troisième partie, le plus souvent. Puisque tout effet d'une concentration est relatif à un ou plusieurs marchés sur lesquels ils se font sentir, il est en théorie impératif pour une autorité de la concurrence d'identifier les marchés en cause avant de procéder à l'analyse concurrentielle, à proprement parler, des effets de l'opération. Ce n'est d'ailleurs pas toujours le cas dans les décisions de la Commission européenne, question qui sera évoqué plus tard dans ce développement.

Une telle définition des marchés pertinents, comme le soulignent messieurs Decocq, résulte d'une « *analyse fine et difficile* ». La place laissée à l'interprétation des faits lors de l'appréciation des marchés pertinents, par définition subjective (au sens large), conduit naturellement à une augmentation des risques de divergence entre deux décisions rendues par des autorités différentes à propos d'une même affaire. Il s'agit donc d'une question d'importance considérable d'un point de vue comparatiste. De plus, la définition des marchés pertinents retenue par une autorité conditionne toute l'analyse concurrentielle qui s'ensuit. Ainsi, deux décisions faisant une application de principes comparables à une même affaire peuvent aboutir à des conclusions différentes au stade de l'analyse concurrentielle, si les cadres de l'analyse adoptés ne sont pas les mêmes. Une difficulté supplémentaire provient de ce que la même opération de concentration, quand bien même elle implique des entreprises de dimension multinationale –ce qui est toujours le cas dans cette étude, peut très bien emporter des conséquences tout à fait différentes selon qu'on se situe d'un côté ou de l'autre de

⁵⁹ *In Droit de la concurrence, Droit interne et Droit de l'Union Européenne*, Pr. A. et G. Decocq ; p.100, éd. L.G.D.J, 4^e édition, 2010.

l'Atlantique. Ainsi la présence des parties à une opération peut varier, et c'est assez souvent le cas⁶⁰, en fonction de l'espace géographique considéré.

Les développements de cette première partie vont donc s'attacher à l'analyse des principes qui gouvernent la segmentation des marchés par produits et par espaces géographiques. Deux tendances se dégagent lors de l'étude comparée des affaires communément contrôlées au cours de la dernière décennie par la FTC et la Commission européenne. Il apparaît d'abord que les mêmes préoccupations sont prises en compte par les autorités. Ainsi les principes prévus par les droits positifs des deux ordres de juridiction sont-ils identiques (A). Mais lorsque le regard de l'observateur se porte sur l'application desdits principes à la pratique (B), quelques divergences apparaissent qui, si elles ne paraissent pas toujours considérables de prime abord, emportent tout de même des conséquences significatives en ce qu'elles modifient le champ de l'analyse concurrentielle effectuée sur le fondement de ces conclusions.

A. Des critères de définition des marchés pertinents en principe similaires

Comme évoqué succinctement plus haut, les marchés pertinents sur lesquels analyser les effets potentiellement anticoncurrentiels d'une concentration présentent deux dimensions. La première concerne la délimitation des produits et services commercialisés par les entreprises parties à l'instance. Ces produits et services doivent être classés par marchés ; classification qui se fonde principalement sur les caractéristiques et applications du produit telles que perçues par les consommateurs. Il sera montré ici que les principes de segmentation des marchés de produits gouvernant l'analyse des deux autorités, tels que prévus par les différents textes de lois et lignes directrices, sont sensiblement identiques (1). Il en va de même en ce qui concerne la seconde dimension des marchés pertinents, que constitue la délimitation géographique du cadre de l'analyse (2).

⁶⁰ À ce titre, pour un exemple 'extrême', voir notamment l'affaire *Boeing / Lockheed Martin / ULA*, Réf. UE n° COMP/M. 3856, 2005 ; dont les conséquences aux États-Unis ne sont pas du tout comparables à celles qui affectent le marché européen ;

1. Convergence des critères de segmentation des marchés de produits pertinents

À l'annexe II du règlement de la Commission du 7 avril 2004 de mise en œuvre du règlement du Conseil de l'Union européenne n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises⁶¹, la définition d'un marché de produits est donnée comme suit : « *Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché de produits en cause peut, dans certains cas, se composer de plusieurs produits et/ou services qui présentent des caractéristiques physiques ou techniques en grande partie identiques et sont interchangeables* ». Il s'agit, à la lettre, de la reprise d'une définition constante depuis l'adoption du premier texte spécifique au contrôle des concentrations, à savoir le règlement du Conseil n°4064/89 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises. En effet, cette définition se trouvait déjà dans la section 6 du « *Formulaire CO* » relatif au règlement précité.

Aux États-Unis, les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales⁶², publiées conjointement par la *FTC* et le *DOJ* américain, donnent une définition de référence de ce qu'est un marché de produits dans le cadre du contrôle des concentrations plus concrète, à défaut d'être plus claire : « *Lorsque qu'un produit vendu par une entreprise partie à l'opération de concentration (le Produit A) est en concurrence avec un ou plusieurs produits vendus par l'autre entreprise partie à la concentration, les Autorités définissent un marché de produits pertinents autour dudit Produit A afin d'évaluer l'importance de ladite concurrence. Un tel marché de produits pertinent consiste en un groupe de produits substituables, incluant le Produit A. Plusieurs marchés de produits pertinents peuvent ainsi être identifiés* »⁶³. Cette définition est tirée de lignes directrices datant du mois d'août 2010. Partant, elle n'était pas disponible lorsque la quasi-totalité des affaires considérées dans cette étude ont été l'objet d'une décision de la *FTC*. Les précédentes lignes directrices ne donnaient pas, à proprement parler, de définition concise de la notion de marché de produits, telle qu'on peut la trouver dans la dernière version. En effet, elles décrivaient d'emblée la notion en présentant la méthode à employer pour identifier les marchés de produits : le « test du monopoleur hypothétique », dont il sera bientôt question. La définition établie dans les lignes directrices de 2010 est rapportée ici parce qu'elle décrit l'esprit selon lequel la *FTC* a procédé à la définition des marchés au cours des différentes affaires étudiées sur la dernière décennie.

⁶¹ « *Formulaire simplifié de notification d'une concentration conformément au règlement n° 139/2004* », règlement de la Commission n°802/2004, voir annexes.

⁶² « *Horizontal Merger Guidelines* », 19.08.2010 pour la version la plus récente, voir annexes.

⁶³ Section 4.1, « *Product Market Definition* » : « *When a product sold by one merging firm (Product A) competes against one or more products sold by the other merging firm, the Agencies define a relevant product market around Product A to evaluate the importance of that competition. Such a relevant product market consists of a group of substitute products including Product A. Multiple relevant product markets may thus be identified.* ».

Si le style de rédaction des deux textes diffère, et s'il est possible de remarquer que seule la définition donnée par le texte européen mentionne déjà quelques uns des facteurs de segmentation utilisés par les autorités (les principaux, d'ailleurs), la notion de marché de produits pertinents telle qu'exprimée dans ces deux textes est tout à fait similaire. C'est aussi le cas de la description des objectifs présidant à la définition des marchés de produits pertinents que les deux autorités exposent dans les mêmes documents.

Pour les deux Commissions, le critère central de définition des marchés de produits pertinents tel qu'il apparaît dans les définitions citées plus haut, est la substituabilité des produits et services commercialisés. À ce stade de l'analyse, c'est au test dit « du monopoleur hypothétique » que les textes s'attachent (a). Toutefois, face à la difficulté que constitue parfois la réalisation de tests économiques techniques en pratique, les autorités peuvent recourir à la description des caractéristiques des produits en cause pour identifier les marchés pertinents (b). Afin de préciser les définitions pressenties, d'autres facteurs de segmentation sont également pris en compte par les deux autorités lorsqu'elles établissent leurs définitions de marchés (c).

a) Le test du monopoleur hypothétique : un critère commun aux deux autorités

Le test du monopoleur hypothétique (ii) se trouve être le critère de référence pour évaluer la substituabilité des produits (i).

(i) La substituabilité des produits, définition

« Deux produits ou deux services sont substituables {...} si l'utilisateur les perçoit comme tels {...} en ce sens que deux produits ne sont pas substituables, bien que, par leurs caractéristiques physiques, ils soient aptes à la même utilisation, si l'utilisateur n'accepte pas de remplacer l'un par l'autre »⁶⁴. Considérant cette définition, il est apparent que la notion de substituabilité entre produits varie en fonction de critères plus ou moins objectifs, voire tout à fait subjectifs (dans le cas d'une différenciation marquée des produits, dont les marques de luxe fournissent un exemple archétypal), dépendant de la perception qu'en a l'utilisateur. Cela dépend donc des circonstances de chaque espèce et, en particulier, du type de produits considérés.

⁶⁴ In *Droit de la Concurrence*, A. et G. Decocq, ouvrage précité, p.104.

Afin de procéder à une délimitation des marchés aussi fidèle que possible à la réalité des comportements des consommateurs et des entreprises effectivement actives sur un marché donné, tenant compte des entrants potentiels, les deux Commissions mettent en œuvre un test commun : celui du monopoleur hypothétique.

(ii) Un standard commun : le test du monopoleur hypothétique

La méthode que l'on pourrait qualifier de technique pour évaluer la substituabilité des produits est clairement identifiée comme étant le *test du monopoleur hypothétique* dans les nouvelles lignes directrices de la *FTC*⁶⁵. La version antérieure, elle, se contentait de décrire la méthode sans la nommer⁶⁶. Celle-ci consiste en la mise en œuvre de tests *SSNIP*⁶⁷ successifs. Un test *SSNIP* consiste en l'application, de manière fictive, à un produit ou service considéré d'une augmentation de prix de l'ordre de cinq à dix pourcents, afin de voir si le nombre de consommateurs marginaux choisissant d'opter pour l'achat d'un autre produit, qu'ils considèrent donc comme lui étant substituable, serait suffisamment important pour que les profits réalisés par le vendeur soient moindre qu'en l'absence d'une telle augmentation de prix. La diminution des ventes doit donc être compensée par l'augmentation des profits. Tant que l'augmentation en cause n'est pas corroborée par une augmentation des bénéfices réalisés, le produit vers lequel se tournent les consommateurs appartient au même marché que le produit initial. Dès lors qu'au contraire, l'augmentation de prix entraîne une augmentation des profits réalisés par le vendeur, le produit testé n'est plus présumé se situer sur le même marché de produits, et la limite du marché de produits en cause est trouvée.

La communication de la Commission européenne relative « à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » fait état de la même méthode à employer : « *l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. L'exercice de définition du marché est axé sur les prix pour des raisons opérationnelles et pratiques et, plus précisément, sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations légères mais permanentes des prix relatifs. Ce test peut fournir des indications claires sur les éléments pertinents pour la définition des marchés* »⁶⁸. Plus loin, la Commission poursuit : « *La question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le*

⁶⁵ « *Horizontal Merger Guidelines* », s. 4.1.1., 19.08.2010.

⁶⁶ « *Horizontal Merger Guidelines* », s.1.11, « *General Standards* », 02.04.1992.

⁶⁷ i.e. « *Small but Significant, Non-transitory Increase in Price* ».

⁶⁸ Communication n° 97/C 372/03, s. II, §15, du 9 décembre 1997.

marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu'il devienne rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs »⁶⁹. Sans mentionner nommément l'expression « test du monopoleur hypothétique », il est clair que la communication de la Commission européenne y fait référence.

Aux fondements de la définition des marchés de produits pertinents, les deux autorités utilisent donc le même procédé de segmentation des marchés afin d'évaluer l'élasticité croisée de la demande au prix et, *in fine*, la substituabilité des produits considérés. Reste que, comme cela a déjà été brièvement évoqué plus haut, le test du monopoleur hypothétique n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. C'est pourquoi la FTC comme la Commission européenne recourent régulièrement à d'autres facteurs et indices, dont l'application semble moins complexe.

b) La description empirique des caractéristiques de produits et autres sous critères adéquats

Le test du monopoleur hypothétique évoqué précédemment a pour objectif de renforcer voire de remplacer une énumération exhaustive des caractéristiques des produits en cause, tâche laborieuse à accomplir pour les organes du contrôle et qui, de surcroît, est emprunte de subjectivité intrinsèque ainsi que d'imprécisions. Cela dit, la question de savoir si les deux opérations se cumulent ou se substituent dépend des autorités : la *FTC* et la Commission européenne semblent ne pas articuler l'utilisation de ces deux outils de la même manière, question qui sera abordée plus tard dans ce développement⁷⁰. Un test réalisé selon des règles établies présente donc l'avantage d'être constant dans ses résultats et, par là même, moins facilement contestable. Ce qui représente un avantage certain pour une autorité administrative dont les décisions sont susceptibles d'appels devant une cour de justice. Cependant, les pratiques décisionnelles européenne et étatsunienne, qui se trouvent confortées en cela par les droits positifs des deux ordres de juridiction, continuent de s'attacher à une description des caractéristiques et utilisations des produits en cause, quoiqu'à des degrés divers de précision, d'une autorité à l'autre⁷¹.

(i) La description empirique des caractéristiques et applications des produits

⁶⁹ *Idem*, s. II, §17.

⁷⁰ Voir *infra* I/, B/, b).

⁷¹ Là encore, cette question est traitée *infra*, I/, B/, b).

La Communication n°97/C 372/03 précitée accorde une place importante à la description des caractéristiques et utilisations des produits en cause tout en soulignant la nécessité pour la Commission de ne pas s'attacher à une hiérarchisation stricte des critères de segmentation des marchés de produits. Celle-ci dispose : « {il} existe tout un faisceau d'éléments qui permettent d'apprécier jusqu'à quel point la substitution pourrait s'opérer. {...} La Commission adopte une approche souple, en se fondant sur des éléments empiriques et en exploitant toutes les informations dont elle dispose et qui peuvent lui être utiles pour l'appréciation des cas concrets. Elle ne suit pas un ordre hiérarchique rigide des différentes sources d'information ou des différents types d'éléments de preuve »⁷². En effet, l'approche qu'adopte la Commission européenne de la notion de substituabilité est très flexible. Il est difficile d'identifier une base légale claire au fondement de cette pratique : exception faite des articles du règlement 139/2004, relatifs à ses critères de compétence⁷³ d'une part, et à ses pouvoirs de décisions⁷⁴ d'autre part, elle ne cite aucun article au soutien de ses décisions. Cela qu'il s'agisse des dispositions des règlements relatifs au contrôle des concentrations de 1989 et de 2004 ou des lignes directrices et autres communications. Cependant, l'esprit du texte, préconisant une application souple des principes de segmentation se trouve corroboré dans la pratique décisionnelle européenne, la Commission recourant largement à la description des caractéristiques des produits en cause telles que perçues par les consommateurs. De 2004 à 2010, il n'est pas une décision européenne rendue à l'occasion des affaires contrôlées à la fois par Washington et Bruxelles qui ne se serve de cette liberté. On peut donc considérer qu'une telle pratique est conforme aux textes.

Les lignes directrices américaines, quant à elles, sont bien plus précises relativement à la méthode qu'elles indiquent : elles ne préconisent pas d'« *approche souple* ». Qu'il s'agisse des *Guidelines* de 1992 ou de 2010, les deux documents procèdent à un exposé assez technique de l'application du test du monopoleur hypothétique⁷⁵, sans que la description empirique des caractéristiques n'y soit mentionnée. Une telle pratique semble donc, ici, moins conforme à l'esprit du texte. Pourtant la *FTC* y recourt dans la pratique.

Il suffit, pour s'en convaincre, de prêter un regard attentif aux décisions rendues par elle au cours de la dernière décennie. Parfois cette description s'attache au mode de production, donc à la substituabilité côté offre. C'est le cas, sans que, pour autant, l'autorité étatsunienne n'explique l'exercice auquel elle se livre, dans l'affaire *Pernod Ricard / V & S*⁷⁶, dans laquelle la *FTC* procède à une description des caractéristiques des produits en cause : le marché des « *vodkas premium* ». Pour fonder sa définition, la *FTC* procède à la description suivante : « *La vodka est une boisson alcoolisée translucide, produite à partir de la distillation de féculs amidonnées, la plupart du temps de pommes de terre, blé, seigle mais aussi parfois à partir de maïs, betteraves à sucre, raisins ou agrumes. Les vodkas aromatisées sont courantes, la vodka pouvant être*

⁷² Communication précitée, III/, §25.

⁷³ Art. 1 et 3 du règlement du Conseil n°139/2004.

⁷⁴ Art. 6 et 8 du règlement précité.

⁷⁵ « *Horizontal Merger Guidelines* », s. 4.1., « *Product Market Definition* », 19.08.2010 ; s.1.11, « *General Standards* » pour les *Guidelines* du 02.04.1992.

⁷⁶ N° C-4224 081 0119, 17.07.2008, « *Complaint* ».

aromatisée par l'addition d'ingrédients contenant des arômes, en les mélangeant suffisamment longtemps pour que l'arôme infuse la vodka »⁷⁷. La définition du marché de produits en cause s'étend encore sur quelques paragraphes sans que jamais ne soit mentionnée l'utilisation d'un test du monopoleur hypothétique au moyen de l'application de tests *SSNIP*. La substituabilité côté demande, elle aussi, est régulièrement traitée de manière descriptive et empirique. Tel est par exemple le cas dans l'affaire *Procter & Gamble / Gillette*⁷⁸, dans laquelle la *FTC* définit un marché pour les déodorants masculins séparé des déodorants à destination des femmes. Au soutien de sa définition, qui n'est d'ailleurs pas argumentée dans sa *complaint*, la *FTC* décrit les préférences respectives des consommateurs masculins et féminins, pour conclure qu'en raison de parfums différents, les hommes ne porteraient pas leur choix sur des déodorants pour femmes. Là encore, aucune mention d'un quelconque test *SSNIP* : la définition est arrêtée sur la base de considérations pratiques, telles que les perçoivent les consommateurs. De nombreuses autres décisions pourraient encore être citées à l'appui de ce constat, dont la liste exhaustive ne saurait être donnée ici, tant elle serait longue. Ainsi la *FTC* procède-t-elle régulièrement à ce type de descriptions, bien que ses lignes directrices ne l'y invitent ni explicitement, ni implicitement, comme il a été vu plus haut.

Ainsi, bien que les dispositions réglementaires propres à chaque autorité divergent quelque peu, leurs pratiques décisionnelles se rejoignent dans l'acceptation du procédé de description des caractéristiques et applications des produits comme facteurs de segmentation des marchés de produits pertinents.

Reste que d'autres caractéristiques, relatives à la structure des marchés eux-mêmes, cette fois, sont pris en compte par les deux autorités pour affiner la segmentation des marchés. Là encore, il semble que les principes gouvernant l'analyse de part et d'autre de l'Atlantique soient tout à fait similaires.

(ii) Une palette commune de sous critères complémentaires

En plus du test du monopoleur hypothétique et de la description des caractéristiques des produits en cause, les décisions des deux Commissions prennent en compte un certain nombre de considérations communes dont il sera fait ici une description succincte et non exhaustive. En effet, la prise en compte des facteurs de segmentation des marchés dont il est question varie en fonction des cas d'espèces et paraît ainsi le fruit de décisions, semble-t-il, d'opportunité, prises au gré des circonstances factuelles.

⁷⁷ Décision précitée, §21 : « *Vodka is a clear alcoholic beverage distilled from a starch source, most commonly potatoes, wheat, or rye, but sometimes also from corn, sugar beets, grapes, or citrus fruit. Flavored vodkas are common, and vodka may be flavored by the addition of flavor containing ingredients and by allowing it to sit for sufficient time for the flavors to infuse the vodka* ».

⁷⁸ Réf. US : C-4152 051 0115, « *Analysis* ».

La prise en compte des écarts de prix généralement constatés entre différents produits constitue une indication importante qu'une possibilité de segmentation des marchés plus fine que celle que pourrait conduire à adopter *a priori* les méthodes mentionnées jusqu'ici. Les textes applicables aux deux autorités y font référence. Ainsi la Communication de la Commission européenne sur la définition des marchés pertinents, déjà plusieurs fois mentionnée, indique-t-elle la pertinence du positionnement en prix des produits sur le marché⁷⁹. L'étude par l'autorité du contrôle des variations dans les prix ayant pris place dans le passé, y est ainsi décrite comme un moyen pouvant permettre d'évaluer la substituabilité potentielle de deux produits considérés. Cette hypothèse de travail est reprise dans la pratique, en témoignent diverses affaires dans lesquelles les décisions de la Commission européenne se sont fondées, en partie, sur ce facteur de segmentation. Parmi ces affaires l'on peut citer, de façon non exhaustive, une grande partie des affaires impliquant le secteur pharmaceutique, où les formes génériques et originales des médicaments en cause sont souvent distinguées grâce aux écarts de prix entre les différents produits, quand bien même ces derniers ont la même fonction, c'est-à-dire les mêmes indications de traitement⁸⁰. D'autres décisions font encore une application de ce facteur dans d'autres domaines, tels les produits de consommation courante, où, par exemple, les écarts de prix constatés entre différents types de brosses à dents sont pris en compte pour diviser le marché⁸¹. La *FTC* utilise également cette technique de segmentation sans pour autant, une fois encore, que des bases réglementaires claires la supportent. Il n'est en effet pas possible d'en retrouver traces dans les « *Horizontal Merger Guidelines* » de 1992 telles qu'amendées en 1997, ni même dans les nouvelles *Guidelines* de 2010. Toutefois, plusieurs décisions étudiées ici ont révélé son utilisation dans la pratique. À titre d'exemple peuvent être citées les affaires *Procter & Gamble / Gillette*⁸², où la *FTC* procède de la même manière que la Commission européenne pour diviser le marché des brosses à dents. De même l'affaire *Pernod Ricard / V & S* précitée, à l'occasion de laquelle la *FTC* sépare le marché des « *vodkas au moins premium* »⁸³ du reste des vodkas, sur le fondement de considérations de prix, principalement, couplée à des indications révélés par la stratégie des entreprises qui positionnent volontairement leurs produits dans le haut de gamme. Les deux autorités s'accordent donc, en principe, sur la validité des différences en prix comme critère de segmentation des marchés.

Les deux Commissions prennent encore en compte l'importance des dépenses des entreprises présentes sur un secteur considéré dans la recherche et le développement (ci-après « *R&D* » pour « *Research and Development* ») pour délimiter les marchés de produits pertinents. En effet, certains marchés de produits nécessitant la maîtrise de technologies avancées peuvent être isolés en fonction de l'avance des entreprises en *R&D*. Cela permet de déterminer les concurrents qui sont effectivement présents sur tel ou tel marché en cause, et d'identifier les concurrents potentiels, dans la mesure où il n'est pas possible d'intégrer un marché hautement technologique sans avoir des moyens

⁷⁹ Communication de la Commission européenne n° C/97 372/03, § 39.

⁸⁰ Les décisions concernées sont les suivantes : *Novartis / Hexal* (COMP/M.3751, 2005) ; *Teva / Ivax* (COMP/M.3928, 2005) ; *Johnson & Johnson / Pfizer* (COMP/M.4314, 2006) ; *Schering-Plough / AkzoNobel* (COMP/M.4601, 2007) ; *Teva / Barr* (COMP/M.5295, 2008) ; *Merck / Schering-Plough* (COMP/M.5502, 2009) ; *Pfizer / Wyeth* (COMP/M.5476, 2009).

⁸¹ Décision rendue dans l'affaire *Procter & Gamble / Gillette*, COMP/M.3732, 2005.

⁸² Réf. US : C-4151 051 0115.

⁸³ Réf. US : C-4233 071 0203, 17.07.2008, « *Complaint* », § 22.

financiers conséquents⁸⁴. Ce critère appartient à la catégorie générale des « barrières à l'entrée » d'un marché. Les références les plus courantes aux barrières à l'entrée faites par les autorités du contrôle des concentrations d'entreprises se trouvent généralement au stade de l'analyse de l'impact concurrentiel de l'opération à proprement parler⁸⁵. Toutefois, celles-ci sont régulièrement prises en compte au stade de la définition des marchés pertinents pour évaluer la substituabilité côté offre. Selon la même logique, les barrières réglementaires, c'est-à-dire les réglementations étatiques imposant l'homologation de certains produits, relativement, notamment, à leur conformité à certaines normes écologiques, sanitaires ou encore techniques, constituent autant de facteurs de délimitation des marchés de produits pertinents. À cet égard, la Commission européenne aussi bien que la *FTC* en ont une utilisation régulière, notamment lorsque les marchés à délimiter concernent des produits de l'industrie chimique⁸⁶, fortement encadrée.

Les deux autorités fondent encore leurs définitions sur la structure des échanges prenant place sur les marchés, telle que leurs investigations respectives l'ont révélée. Cela consiste, en substance, en l'analyse des flux des achats et des ventes afin de déterminer s'il existe des circonstances propres à fonder une segmentation des marchés de produits particulière. Ainsi, dans l'affaire *PepsiCo / PepsiCo Bottling Group*⁸⁷, la *FTC* relève que la structure des contrats existant entre les producteurs de concentrés servant à la production de boissons carbonatées de marques et les producteurs de ces mêmes boissons conduits à isoler un marché pour les concentrés. C'est aussi le cas de la Commission européenne qui, dans la décision qu'elle rend à propos de l'affaire *Johnson & Johnson / Guidant*⁸⁸ se pose la question de savoir s'il est pertinent de segmenter plus finement le marché des « *stents à élution médicamenteuse* » (un matériel de chirurgie cardiaque) en fonction du circuit de distribution : vente aux clients finaux directement effectués par le producteur ou vente par l'intermédiaire d'un distributeur proposant également d'autres marques. Une question similaire se pose également dans l'affaire *Procter & Gamble / Gillette* susmentionnée, à l'occasion de la quelle la Commission européenne est amenée à étudier les modes de distributions respectifs des brosses à dents à piles et à batteries rechargeables, afin de savoir si ces deux catégories de produits constituent des marchés séparés ou non. En l'espèce, la Commission n'a pas eu à trancher la définition en cause puisqu'aucune atteinte à la concurrence n'était à prévoir, quelle que soit la définition de marché retenue. En revanche, le principe d'une segmentation des marchés tenant compte des canaux de distribution était, lui, bien accepté.

Il serait vain de faire l'inventaire de la totalité des facteurs de segmentation de marché de produits utilisés dans leurs décisions par les deux autorités, tels qu'ils ont pu être constatés dans la pratique, grâce à cette étude⁸⁹. Ils sont en effet très nombreux et,

⁸⁴ Pour un exemple archétypal, voir la décision rendue par la *FTC* dans l'affaire *Boeing / Lockheed Martin / ULA* (Réf. US : C-4188 051 0155), où l'investissement nécessaire avant d'intégrer le marché des lanceurs orbitaux de capacités moyennes à lourdes est estimé à 1 milliard de dollars au moins.

⁸⁵ Voir deuxième partie.

⁸⁶ Par exemple, ce type de critères est pris en compte par les deux autorités dans leurs décisions relatives à l'affaire *Bayer / Aventis Crop Science*, 2002 (Réf. UE : COMP/M.2547 ; Réf. US : C-4049 011 0199).

⁸⁷ Réf. US : C-4301 091 0133, in « *Complaint* », 26.02.2009.

⁸⁸ Réf. UE : COMP/M.3687, 15.03.2005.

⁸⁹ Les ouvrages généraux sur le contrôle des concentrations mentionnés dans la bibliographie établissent déjà une liste assez exhaustive des facteurs de segmentation.

comme il a été montré plus haut, leurs fondements dans les textes sont d'une netteté variable. De plus, l'importance qu'ils revêtent et la fréquence de leur utilisation changent d'une autorité à l'autre, ce qui sera étudié plus en détail, plus loin dans ce développement⁹⁰. Avant de clore cette présentation des facteurs et méthodes de segmentation des marchés de produits, il convient de noter un dernier point de convergence entre les deux pratiques décisionnelles.

La FTC comme la Commission européenne tendent, dès que cela est pertinent, à délimiter les marchés de produits en prenant en compte la réputation dont bénéficient auprès du public les marques vendues par les parties à l'instance. Ce critère fait partie d'une catégorie plus vaste prise en compte dans les décisions rendues en matière concurrentielle : la différenciation des produits. Une telle pratique trouve une base réglementaire dans les *Guidelines* étatsuniennes de 1992 et, en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, dans la Communication de la Commission de 1997, *relative à la définition des marchés en cause*. Il est fait mention à plusieurs reprises dans les cas d'espèce couverts par cette étude, et par les deux Commissions, de l'évaluation de la substituabilité des produits telles que perçues par les consommateurs en hiérarchisant les marques présentes sur un marché en cause : premier choix des consommateurs et deuxième choix. Les autorités s'attachent ainsi à déterminer la marque qui emportera le choix des consommateurs si leur marque préférée venait à n'être plus disponible ou trop chère. À titre d'exemple, la FTC se livre à l'exercice à l'occasion de la décision précitée *Pernod Ricard / P&S*⁹¹ précitée, en relevant la forte reconnaissance de marque dont jouissent les parties ainsi que le fait que les consommateurs de *vodkas super premiums* achetant le produit de l'une des parties (*Absolut*), se tourneraient vers la marque possédant la seconde meilleure réputation, celle de l'autre partie à l'opération (*Smirnoff*). En l'espèce, la FTC fut donc confortée par ce constat dans son choix de définir un marché des « *vodkas premiums au moins* ». Quelques décisions de la Commission européenne attestent de l'existence de cette pratique sur le vieux continent. Ainsi la décision rendue par la Commission à l'occasion de l'affaire *Thermo Electron / Fischer Scientific*⁹² fait-elle usage de ce critère pour établir une définition de marché de produits pertinents limitées aux *évaporateurs à centrifugeuse hautes performances* à l'exclusion des autres évaporateurs à centrifugeuse en constatant, grâce à son enquête de marché, qu'en l'absence du produit de l'une des parties à l'opération, les consommateurs se tourneraient, en second choix, vers les produits vendus par l'autre partie. Les deux parties étant seules à posséder une réputation de qualité aussi solide, leurs seuls produits sont considérés constituer un marché séparé.

Sans avoir eu l'occasion de passer en revue la totalité des méthodes et critères de segmentation des marchés de produits, il ressort de l'analyse des plus importants d'entre eux que les principes gouvernant l'opération de contrôle de part et d'autre de l'Atlantique sont très similaires, voire identiques. Il ne semble donc pas abusif de relever une convergence quasi parfaite desdits principes entre la FTC et la Commission européenne. Les définitions des marchés de produits qu'elles retiennent sont donc

⁹⁰ Voir I, B/.

⁹¹ N° C-4224 081 0119, 17.07.2008, « *Complaint* ».

⁹² N° COMP/M.4242, 09.11.2006.

fondées sur les mêmes éléments. Une telle convergence se remarque également relativement aux outils de délimitation géographique des marchés pertinents.

2. Convergence des critères de délimitation des marchés géographiques pertinents

L'annexe II du règlement de la Commission n°802/2004 précitée⁹³ donne la définition générale suivante du marché géographique pertinent : « *Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises offrent et demandent les biens et les services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciables* ». Comme le précisent les Professeurs Decocq, « *l'élément essentiel {de cette définition} est l'homogénéité des conditions de concurrence sur le territoire considéré* »⁹⁴. Ces mêmes auteurs remarquent encore que c'est là un des motifs de l'un des arrêts fondateurs du droit européen de la concurrence rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes⁹⁵ en 1978 : *United Brands c. Commission*⁹⁶.

La deuxième section du *Sherman Act* étatsunien, quant à lui, se borne à énoncer que la poursuite des atteintes à la concurrence doit prendre place dans le cadre de *marchés pertinents*⁹⁷, sans qu'aucune définition plus précise n'en soit donnée. Le *Sherman Act* ayant été adopté en 1890, il faut attendre l'année 1911 pour que la Cour suprême des États-Unis vienne clarifier le sens de cette disposition dans un arrêt célèbre : *Standard Oil v. United States*⁹⁸. La Cour considère alors que l'expression « *any part of commerce* » présente dans la section 2 du texte précité recouvre « *une signification à la fois géographique et distributive* ». C'est le point de départ de l'approche dite 'traditionnelle' de la définition des marchés pertinents, par opposition à celle adoptée par les *Guidelines* de 1992, qui ne se réfère qu'au test du monopoleur hypothétique. En 1962, la Cour suprême a clarifié sa conception de la notion de marché géographique pertinent à l'occasion d'un arrêt *Brown Shoe v. United States* où elle déclare que « *la notion de marché géographique pertinent doit {...} à la fois correspondre aux réalités commerciales du secteur concerné et être économiquement pertinent* »⁹⁹. La définition que donne la jurisprudence américaine du marché géographique pertinent n'est donc pas très claire. Cette approche a donc été négligée au profit de celle des *Guidelines* de 1992 qui, elles, se fondent exclusivement sur le test

⁹³ Règlement relatif à l'application du règlement du Conseil n°139/2004, « *Formulaire de notification* ».

⁹⁴ In « *Droit de la concurrence* », ouvrage précité note 1, p. 117/118.

⁹⁵ Aujourd'hui (2011), après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, « Cour de justice de l'Union européenne ».

⁹⁶ Réf. UE : {1978} 1 CMLR 429.

⁹⁷ « *Any part of commerce* ».

⁹⁸ 221 US 1 (1911).

⁹⁹ 370 US 336-7 (1962) : « *geographic market selected must... both 'correspond to commercial realities' of the industry and be economically significant* », citation tirée de l'ouvrage « *Federal Antitrust and EU Competition Law Analysis* », Femi Alese, éd. Ashgate, 2008.

SSNIP pour définir en même temps les dimensions produits et géographiques des marchés pertinents¹⁰⁰. Cependant, cette ‘nouvelle approche’ que constitue celle des *Guidelines* ne semble pas suivie à la lettre par la *FTC*. Ainsi, il est toujours possible, et c’est même régulièrement le cas, de voir celle-ci recourir aux méthodes ‘traditionnelles’ de segmentation des marchés géographiques, à l’instar de la Commission européenne. Cette dernière, quant à elle, semble se conformer aux principes qu’elle énonce dans sa *Communication* de 1997, tels qu’ils figurent aux paragraphes 44 et suivants.

La présente étude des décisions rendues par les deux autorités entre 2004 et 2010 révèle les critères de principes effectivement mis en application dans les pratiques décisionnelles des Commissions. Il apparaît ainsi que le panel principal de facteurs de délimitation géographique des marchés pertinents reste les restrictions au transport (a). Cela étant, l’évaluation du coût relatif du transport se trouve fréquemment renforcée, voire remplacée dans certains cas, par la prise en compte d’autres considérations, qui ont pour point commun d’avoir trait à la structure des échanges prenant place sur les marchés analysés, telle que constatée par les autorités (b).

a) Les restrictions au transport comme facteurs déterminants

Les restrictions au transport des produits et services identifiés lors de la définition des marchés pertinents figurent en première place des critères de segmentation des marchés géographiques. Là encore, il sera fait état de divergences entre les textes étatsuniens et européens sur les principes du contrôle. Cependant, comme c’était déjà le cas en matière de définition des marchés de produits pertinents, la pratique décisionnelle de la *FTC* ne correspond pas tout à fait à ce que ses *Guidelines* prescrivent, ou suggèrent, puisque les lignes directrices, américaines comme celles de l’Union européenne, n’ont pas valeur de loi dans leurs ordres de juridiction respectifs et, partant, ne sont pas contraignantes.

Nombre d’auteurs de la doctrine s’attachent à l’étude des restrictions au transport et, de façon plus générale, aux facteurs de délimitation des marchés géographiques, en les répartissant par natures : critères d’ordre factuel d’une part, obstacles d’origine légale de l’autre¹⁰¹. Une telle dichotomie ne semble pas mise en exergue par la pratique décisionnelle des deux autorités qui, si elles mentionnent l’origine de telles contraintes, considèrent les facteurs de délimitation géographique pêle-mêle, en fonction de la pertinence que leur donne le contexte de chaque cas d’espèce. Lesdits critères de segmentation géographique seront donc abordés par ordre d’importance, en fonction de la fréquence à laquelle ils sont invoqués dans les décisions. La première des restrictions au transport auxquelles les autorités du contrôle des concentrations s’intéressent est le coût du transport qui, dans bien des cas, est un facteur déterminant de la dimension

¹⁰⁰ « *Horizontal Merger Guidelines* », 1992, section 1.2. « *Geographic Market Definition* ».

¹⁰¹ Voir, par exemple, *Droit de la Concurrence*, MM. les Pr. A. et G. Decocq, ouvrage précité, p. 116 et suivantes.

géographique d'un marché. D'autres types de restrictions, telles les barrières réglementaires imposées par les États, sont également considérées.

(i) Le coût du transport

Le coût du transport doit être compris comme le ratio existant entre les coûts de livraison des produits et services en cause sur le lieu de leur consommation et leur valeur. Ainsi, plus la valeur d'un produit ou service est faible et plus le coût de son transport est élevé (ce qui est notoirement le cas des pondéreux, tels le sucre, par exemple), moins il sera rentable pour le producteur ou prestataire de l'exporter, car le coût du transport représenterait alors une part trop importante du prix finalement facturé au consommateur. Le produit ou service considéré n'est alors plus compétitif face aux produits et services substituables issus de producteurs locaux, moins chers.

La Communication de la Commission européenne précitée sur la définition des marchés en cause fait état du critère du coût du transport en son paragraphe 50 : « *Avant de conclure qu'un marché géographique en cause est national, il faut voir s'il n'existe pas de barrières isolant ce marché de l'extérieur. L'obstacle le plus évident qui empêchera un client de délocaliser ses commandes vers d'autres zones est sans doute le coût de transport {...}. Les répercussions des coûts du transport limiteront généralement l'étendue d'un marché géographique pour les produits volumineux de faible valeur* ». Les *Guidelines* américaines de 1992 étaient exclusivement préoccupées par le test du monopoleur hypothétique. Les critères 'traditionnels' de segmentation géographique des marchés n'y sont pas mentionnés, pas même le critère du coût du transport. Seule la substituabilité telle qu'évaluée au moyen du test *SSNIP* y était considérée. Toutefois, les « *Horizontal Merger Guidelines* », dans leur version révisée d'août 2010, le citent en bonne place. Ainsi l'alinéa 2 de la section 4.2, « *Geographic Market Definition* », dispose : « *L'étendue des marchés géographiques dépend souvent des coûts de transport* », avant de passer en revue un certain nombre de critères supplémentaires. Un retour à plus de pragmatisme peut donc être observé côté étatsunien. En effet, bien que les *Guidelines* de 1992 ne mentionnaient pas ce critère, la FTC y a eu régulièrement recours sur la période étudiée, si bien que sa pratique décisionnelle s'inscrivait en porte à faux relativement aux dispositions de ses lignes directrices. La nouvelle mouture des *Guidelines* publiée en 2010 effectue donc un rapprochement des principes vers la pratique effectivement constatée.

Nombre de cas d'espèce étudiés se réfèrent au coût du transport pour définir l'étendue géographique des marchés pertinents. C'est tout particulièrement le cas pour certains secteurs d'industrie fréquemment impliqués dans des opérations de concentration sur la dernière décennie. Ainsi en est-il du secteur des gaz industriels, où la volatilité des produits transportés rend leurs conditions de transport très exigeantes, donc le coût du transport très élevé. Une illustration de la centralité de ce critère relativement à ce type d'industrie se trouve dans les décisions rendues par la *FTC* et la Commission européenne à propos de l'acquisition par BOC de Linde, deux entreprises actives dans la production de gaz. En l'espèce, après s'être accordée sur la dimension

*produits des marchés des gaz vendus à la bonbonne et à la cargaison*¹⁰², les deux autorités adoptent pour limites géographiques aux marchés concernés une échelle locale. Partant, il n'est rentable de les transporter que sur une zone comprise dans un rayon assez court autour des sites de production, de l'ordre de quelques centaines de kilomètres pour la Commission européenne, de cent cinquante à deux cents cinquante miles pour la *FTC*. Les dimensions géographiques retenues sont donc similaires, le critère de segmentation également. Il est encore possible de relever l'exemple du secteur de la production et de la vente de ciments et bétons prêts à l'usage qui, pour les mêmes raisons, voit la dimension géographique de ses marchés circonscrite à une zone locale autour des sites de production. Dans les décisions rendues à propos des affaires *Lafarge / Blue Circle*¹⁰³ et *Cemex / RMC*¹⁰⁴, les deux Commissions ont ainsi recours au même critère de délimitation et s'accordent sur la dimension géographique à adopter.

Il semble donc possible de généraliser et de considérer que, dès qu'un produit considéré possède une haute valeur ajoutée et, donc, un prix élevé, soit qu'il s'agisse d'une matière première rare ou de produits technologiquement très avancés, les coûts de transports ne sont pas pertinents dans la délimitation géographique du marché, dans la mesure où ils représentent une part négligeable du prix final. C'est en tout cas ce qui ressort de l'analyse des décisions ayant pris en compte ce facteur. Quand ce facteur n'est pas pertinent, les autorités utilisent des critères relatifs aux possibles restrictions du transport autres que le coût.

(ii) Restrictions au transport hors coût de celui-ci

Il s'agit là d'une forme de barrières à l'entrée restreignant, cette fois, l'accès à des zones géographiques. Celles-ci sont le plus souvent la conséquence de réglementations nationales ou régionales, c'est-à-dire adoptées par des organisations internationales régionales, telles l'Union européenne ou l'ALENA en Amérique du Nord.

Les deux Commissions prêtent une attention toute particulière dans leurs définitions des marchés géographiques pertinents à l'existence de réglementations environnementales, dès lors que celles-ci contraignent les échanges des produits en cause. C'est notamment le cas des décisions rendues à propos d'opération de concentration ayant lieu entre entreprises du secteur chimique. Ainsi, dans l'affaire *Bayer / Aventis Advanced Crop Sciences*¹⁰⁵, les marchés des produits chimiques agricoles de traitement des cultures (insecticides, herbicides, fongicides, etc.) sont-ils considérés être de dimension nationale (un marché par État membres de l'Union européenne), dans la mesure où les autorisations de commercialisation desdits produits sont toujours obligatoirement délivrées par chaque État membre, cela malgré l'existence d'une directive communautaire d'harmonisation de la matière¹⁰⁶. La *FTC*, dans sa

¹⁰² Voir la note sous la décision dans les annexes.

¹⁰³ Réf. UE : COMP/M.2317, 01.03.2001 ; Réf. US : C-4014 001 0112.

¹⁰⁴ Réf. UE : COMP/M.3572, 08.12.2004 ; Réf. US : C-4131 051 0007.

¹⁰⁵ Réf. UE : COMP/M.2547, 17.04.2002 ; Réf. US : C-4049 011 0199.

¹⁰⁶ La directive 91/414/EEC, raisonnement figurant cons. 25 de la décision précitée.

décision relative à la même affaire, se fonde elle aussi sur les contrôles réalisés par les autorités sanitaires fédérales pour définir un marché géographique pertinent de la dimension des Etats-Unis¹⁰⁷. Les décisions rendues à l'occasion du rachat par *BASF* de *Ciba*¹⁰⁸ sont également révélatrices de l'importance que les deux autorités prêtent aux autorisations réglementaires, puisque toutes deux y font référence.

Des restrictions aux échanges de produits commandant à la segmentation géographique des marchés se trouvent encore du côté des autorisations de commercialisation auxquelles sont soumis les produits des industries pharmaceutique, vétérinaires et médicales. Celles-ci s'illustrent, en matière pharmaceutique, dans des décisions telles que celles rendues à propos de l'affaire *Pfizer / Pharmacia*¹⁰⁹. La décision européenne relève les autorisations de commercialisation comme facteur de segmentation pertinent en l'espèce, tout comme le fait la *FTC*. Concernant l'homologation de matériels médicaux, les décisions rendues dans l'affaire *Boston Scientific / Guidant*, la *FTC* adopte une dimension géographique nationale au regard, notamment, des investissements très importants en temps et en argent pour que de tels produits soient homologués par la *Food and Drug Administration*. À vrai dire, la *FTC*, dans la décision précitée, n'explique pas directement les arguments au fondement de sa définition du marché géographique. Mais il est possible de le déduire des arguments présentés lors de la définition des marchés de produits, où elle identifie de telles barrières à l'entrée. Étant donné que la valeur des produits en cause est élevée, et que, partant, le coût de leur transport ne doit pas être un facteur pertinent, l'existence de barrières réglementaires à l'entrée du marché américain, qui ne fait aucun doute puisqu'elles sont mentionnées, peut seule expliquer cette définition. De plus, la Commission hésite, dans sa décision relative à la même opération, à adopter une dimension mondiale pour cadre géographique, ce qui renforce l'hypothèse qui précède.

b) Évaluation de la structure des échanges et des marchés

Les deux autorités, afin de confirmer, d'infirmer ou d'affiner les positions qu'elles ont pu adopter relativement à la dimension géographique des marchés, analysent la structure des marchés. C'est-à-dire qu'elles se livrent, régulièrement, à l'examen de la manière selon laquelle, concrètement, sont produits et échangés les produits et services en cause. Très souvent, lorsque la question de savoir si les marchés sont de dimension mondiale se pose, elles vont chercher à compléter les critères du coût du transport et des restrictions aux échanges en prenant en compte les flux d'import et d'export des produits et services aux frontières (i). Lorsqu'au contraire, la possibilité d'un marché inférieur à l'échelle américaine pour la *FTC* et à l'EEE pour la Commission est évoquée, c'est la structure de la distribution et des ventes au niveau local qui sera examinée (ii).

¹⁰⁷ Point E., in « *Analysis* », document relatif à la décision précitée.

¹⁰⁸ *BASF / Ciba* ; réf. UE : COMP/M.5355, 12.03.2009 ; réf. US : C-4253 081 0225, 02.04.2009.

¹⁰⁹ Réf. UE : COMP/M.2922, 27.02.2003 ; Réf. US : C-4075 021 0192, 27.05.2003.

(i) Les imports et exports aux frontières

Les flux observés aux frontières des produits en cause constituent un indice permettant de préciser la taille des marchés géographiques. S'il existe des flux entrants sur le marché interne considérables, c'est que les producteurs ont à faire face à une concurrence mondiale. Si, au contraire, les flux sont importants à l'export, les producteurs locaux concurrencent les producteurs du reste du monde.

La *Communication* de la Commission européenne relative à la définition des marchés en cause mentionne explicitement l'utilisation du procédé. Il est donc peu surprenant de le voir employé dans la pratique décisionnelle européenne. Des imports faibles aux frontières de l'EEE sont considérés être révélateurs de la limite géographique du marché. C'est le cas dans la décision *Cytec / UCB Surface Specialties* que la Commission a rendu en 2004, à l'occasion de laquelle elle circonscrit quatre marchés de résines à l'Espèce Économique Européen après avoir constaté que les imports en la matière étaient pratiquement inexistantes. Considérant que les coûts du transport des produits considérés sont faibles, le critère des imports permet à la Commission de ne pas adopter une dimension géographique mondiale, qu'elle n'aurait pas pu exclure autrement. À l'inverse, les importants flux d'import à l'entrée de l'EEE de *vanadate de bismuth* et de *bleu d'indanthrone* observés à l'occasion de l'affaire *BASF / Ciba* conduit la Commission européenne à adopter une dimension mondiale pour la définition des marchés considérés.

La *FTC* y recourt également, sans que les dispositions de ces *Guidelines* ne l'y invitent explicitement. Ce qui, la *FTC* étant accoutumée du fait, ne constitue pas un problème : elle l'emploie tout de même, dans les mêmes circonstances que la Commission européenne. Dans sa décision *Cytec / UCB*, elle constate que les flux d'importation en provenance du Canada des produits en cause sont relativement faibles, malgré un coût du transport peu élevé. C'est la raison pour laquelle elle retient pour dimension géographique l'Amérique du Nord, tout en précisant qu'elle pourrait potentiellement être limitée aux États-Unis. Elle définit encore la dimension géographique des *batteries rechargeables au nickel (NiMH)* dans sa décision *Panasonic / Sanyo*, grâce à la présence d'importations importantes à la frontière des États-Unis.

Néanmoins, si le sous critère des flux aux frontières présente un intérêt tout à fait considérable dans certaines affaires où les dimensions géographiques sont difficiles à déduire des seuls coûts du transport et restriction aux échanges, il n'est que rarement utilisé en-dehors de ces hypothèses, d'ailleurs elles-mêmes peu courantes. L'analyse de la structure des marchés revêt une importance beaucoup plus significative.

(ii) L'analyse de la structure des marchés

La structure des marchés, c'est-à-dire de la distribution géographique des ventes telle qu'elle est constatée par l'étude de marché réalisée par les autorités est un facteur de segmentation des marchés géographiques auquel les autorités ont intensivement recours.

À cet égard revêt une importance de premier plan la façon dont les contrats de vente sont conclus. C'est le cas lorsqu'il est constaté que les relations commerciales sont locales. Ainsi, dans la décision *Procter & Gamble / Gillette*, la Commission fonde en partie la dimension nationale des marchés de produit sur le fait que, bien que les coûts de transport soient relativement peu élevés, les distributeurs ont conservé l'habitude de négocier avec les représentants nationaux des marques. Cette prise en compte de l'organisation des marchés telle qu'elle existe sur le terrain se retrouve dans la décision *Johnson & Johnson / Guidant*, où la Commission relève que les clients tiennent à ce que leur revendeur soit présent dans leur État membre, principalement pour que le service après-vente soit facilité. La prise en compte de l'organisation des marchés est parfois rendue nécessaire par la présence d'infrastructures qui déterminent d'emblée la dimension géographique des marchés. À titre d'exemple, la présence d'un réseau de gazoducs détenu par BOC en Allemagne et en Europe de l'Est et par Air Liquide en Europe de l'Ouest conduit à définir les marchés de la vente de gaz au poids de la dimension de l'EEE.

La *FTC* est également concernée par la structure des ventes sur les marchés à plusieurs reprises. C'est elle qui détermine la dimension géographique du marché des *boissons carbonatées non alcoolisées vendues en magasin de proximité* dans la décision *PepsiCo / PepsiCo* : les contrats de production et de distribution sont structurés au niveau local. La *FTC* fonde encore ses marchés géographiques sur l'importance du service après-vente : c'est le cas dans *Thermo Electron / Fischer Scientific*, où ledit service conduit à adopter une dimension nationale. La même justification est au fondement de la définition géographique retenue dans la décision *Varian / Agilent*. Au contraire, la structure de la production conduit à adopter une dimension mondiale pour les produits de *Panasonic* et *Sanyo*, dont la production, ainsi que celle de la plupart de leurs concurrents, est centralisée en Asie.

Les exemples qui pourraient encore être rapportés sont nombreux. La prise en compte de la structure des marchés telle que révélée par les études de marché des deux autorités est symptomatique de l'exercice de casuistique que représente la définition des marchés pertinents. Ce sous critère, conjugué au sous critère des imports aux frontières, constitue pour les deux Commissions la variable d'ajustement des définitions de marchés géographiques en ce qu'il permet de rendre compte des circonstances factuelles de l'espèce.

Malgré une convergence marquée des critères et sous critères de définition des marchés pertinents, ceux-ci ne sont, dans la grande majorité des cas, pas définis à l'identique par la *FTC* et la Commission européenne lorsqu'elles rendent une décision au sujet d'une même opération de concentration. C'est donc que certaines méthodes d'application et, peut-être, certains objectifs présents lors de la définition des marchés pertinents ne sont pas partagés par les autorités américaine et européenne.

B. Des divergences plus ou moins marquées dans les définitions adoptées en pratique

Les divergences qui peuvent être constatées dans les pratiques décisionnelles américaine et européenne relativement aux définitions des marchés pertinents qu'elles retiennent à l'occasion d'une même affaire sont considérables. Ainsi, quand bien même la majorité des affaires étudiées montre que les définitions de marché adoptées par les deux autorités se recoupent en de nombreux points, à défaut de se superposer complètement, les marchés pertinents adoptés comme cadre de l'analyse concurrentielle sont, parfois, tout à fait différents. Comme il a été montré précédemment, les méthodes et facteurs de segmentation ne diffèrent que peu. Un tel constat est donc déroutant de prime abord. C'est donc dans l'application de principes pourtant partagés en matière de définition des marchés pertinents que se creusent les différences quant aux marchés effectivement retenus *in fine*.

Après avoir exploré quelques pistes pouvant expliquer les divergences constatées en pratique (1), le présent développement rendra compte d'une tendance européenne à l'institutionnalisation de standards en matière de définition des marchés pertinents, relatifs au secteur économique affecté par l'opération de concentration (2).

1. Ressorts des divergences dans les définitions des marchés retenues

Dans près de cent pourcent des affaires étudiées, les autorités ne fondent pas leurs analyses des effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration sur des définitions de marchés identiques. Bien sûr, la convergence entre lesdites définitions retenues varie, passant de situations où les marchés retenus ne se recoupent pratiquement pas à d'autres, où, à défaut d'une majorité, les principales définitions sont formulées à l'identique ou de façon très similaire et se retrouvent dans les deux décisions. Il faut d'ailleurs remarquer que, la dimension géographique mise à part, les divergences concernent moins telle ou telle définition de marché de produits adoptée que le nombre de définitions établies à l'occasion d'une même affaire. Quant aux cadres géographiques retenus, il est aisé de comprendre qu'ils varient significativement. Comme il a été expliqué dans l'introduction à ce développement, le critère de compétence internationale commun aux

deux autorités est l'« *effects doctrine* », ce qui implique que la FTC et la Commission européenne contrôlent les opérations présentant un élément d'extranéité sur le fondement des effets potentiellement anticoncurrentiels qui pourraient affecter leurs marchés domestiques respectifs. Chacune des autorités a donc pour tâche de contrôler les effets des concentrations dans la mesure où ils se font sentir sur le territoire de leur juridiction. Il convient de noter au passage que si la coopération entre les deux autorités en matière de partage d'informations tend à s'intensifier¹¹⁰, l'application du principe de *positive comity*, pourtant prônée par nombre d'observateurs dont l'OCDE¹¹¹, n'est pas encore une réalité : chacune des autorités ne s'occupe que de ce qui la concerne.

Ainsi, la seule possibilité de concordance exacte entre les deux autorités relativement à une définition de marché, prise dans ses dimensions produits et géographique, se trouve donc dans les marchés de dimension mondiale. En dehors de cette hypothèse, les Commissions ne peuvent s'accorder que sur la dimension produits d'une définition, sachant que les dimensions géographiques seront alors soit 'continentales', c'est-à-dire les marchés européen et nord américain (ce qui est rare), soit de la dimension de l'EEE et des États-Unis, ou encore d'une dimension inférieure à ces deux espaces. Les différentes combinaisons possibles sont donc nombreuses.

Quant aux définitions des marchés de produits pertinents, les conséquences des opérations contrôlées ne sont pas toujours les mêmes de part et d'autre de l'Atlantique, ce qui semble expliquer nombre de divergences en la matière. Il n'est cependant pas toujours possible de le vérifier : les documents de travail du *Bureau of Economics*, la division en charge des études de marché au sein de la *FTC*, homologue du *Chief Economist* européen, ne sont pas rendus publics et les décisions à proprement parler ne les mentionnent pas. Il n'est donc pas possible de connaître les effets d'une concentration aux États-Unis que la *FTC* a choisi de ne pas aborder dans sa décision.

Il reste possible d'identifier certaines causes au fondement des divergences effectivement constatées dans les définitions de marchés pertinents retenues, qui ont trait aux méthodes employées par les autorités. Il apparaît tout d'abord que les critères de segmentation des marchés, dont il a été dit ici qu'ils sont les mêmes en principe, semblent ne pas revêtir la même importance selon qu'ils sont employés par l'une ou l'autre des autorités : ainsi ne sont-ils pas utilisés avec la même fréquence (a). Il semble également que les décisions de la Commission européenne procèdent à une analyse exhaustive des marchés potentiellement affectés, là où la *FTC* se contente de définir, sans doute avec plus d'efficacité, les seuls marchés sur lesquels elle entend poursuivre les effets de l'opération (b). Au vu de ces considérations, il n'est pas surprenant de constater que les définitions de marché retenues à l'occasion d'une même affaire divergent de manière significative d'une autorité à l'autre (c).

a) Des fréquences variables dans l'usage des critères de segmentation

¹¹⁰ Voir l'introduction à ces développements.

¹¹¹ Rapport du Comité de Droit et Politique de la Concurrence de l'OCDE sur la doctrine de «*positive comity*», 07.05.1999.

Il est frappant de constater le nombre de décisions dans lesquelles la FTC recourt au test *SSNIP* afin de procéder à la segmentation des marchés, si on le compare à l'usage qui en est fait par la Commission européenne. Ce test apparaît comme le critère de segmentation de référence pour la *FTC*, dont cette dernière fait une application presque automatique. Il apparaît plus opportun de mentionner les décisions dans lesquelles la *FTC* n'a pas eu recours au test *SSNIP*, plutôt que celles où elle l'a utilisé, tant ces dernières sont nombreuses.

(i) Le test du monopoleur hypothétique comme critère de prédilection de la *FTC*

Une illustration de l'absence de test *SSNIP* se trouvait déjà dans l'affaire relative à la fusion de *Chevron* et *Texaco*¹¹², rendue avant 2004. En l'espèce, la *FTC* expose une description assez détaillée des caractéristiques et applications des marchés en cause. Il s'agissait alors de différents hydrocarbures (essence et gaz GPL), dont la vente et le *marketing* sont fortement conditionnés par les contraintes réglementaires environnementales propres à chaque État fédéré, la Californie tout particulièrement. Il semble que l'on puisse attribuer ce mode opératoire, peu courant chez la *FTC*, au fait que les contraintes réglementaires suscitées limitent fortement, voire éliminent, la variable subjective que représente la substituabilité des produits telle que perçue par les utilisateurs. De plus, les acteurs présents sur les marchés en cause sont solidement implantés localement, ce qui diminue grandement les possibilités d'entrées sur le marché pour de nouveaux concurrents. En présence d'un marché stable dans sa structure qui est plus contraint par la législation que par le choix des consommateurs, le test *SSNIP* n'était sans doute pas l'instrument le plus pertinent pour délimiter les marchés de produits. Cette méthode n'est donc pas nouvelle, et se retrouve tout au long de la période étudiée. La *FTC*, en effet, fait encore l'impasse sur le test *SSNIP* dans sa décision relative au rachat de *Pfizer Consumer Health Care* par *Johnson & Johnson*¹¹³. En l'espèce, il s'agissait de segmenter le marché des médicaments de traitement des brûlures d'estomac. Trois catégories de médicaments, fondées sur leurs compositions et les modalités de traitement qui leurs sont particulières, sont trouvées. La *FTC* estime que la catégorie de médicaments dans laquelle les parties à l'opération sont actives ne connaît pas de substituts économiquement rentables dans les autres catégories, en ne se fondant que sur lesdites indications de traitement et caractéristiques. Telle est encore la méthode appliquée par l'autorité des Etats-Unis dans sa décision relative à l'affaire *Merck / Schering Plough*¹¹⁴, concernant là aussi des produits pharmaceutiques, mais du secteur vétérinaires. En l'espèce ce sont, une fois de plus, les indications de traitement qui commandent à la segmentation des marchés de produits pertinents.

¹¹² Réf. US : n° C-4023 011 0011, 07.11.2001.

¹¹³ Réf. US : n° C-4180 061 0220, 12.12.2006.

¹¹⁴ Réf. US : n° C-4268 091 0075, 29.10.2009.

Il semble donc permis de penser que, lorsque les conditions de marché sont suffisamment indépendantes du comportement des consommateurs, impliquant l'utilisation de critères de segmentation objectifs, au sens que ceux-ci sont imposés, comme le montre les affaires précitées, par des réglementations émanant d'autorités publiques ou des caractéristiques techniques précises excluant la variable que représente le jugement subjectif des utilisateurs, la *FTC* se dispense de réaliser le test du monopoleur hypothétique. Cela ne reste qu'une hypothèse, puisque dans une autre affaire, *BASF / Ciba*¹¹⁵, où les produits impliqués présentaient des caractéristiques tout aussi techniques, contraignant donc fortement la substituabilité côté demande et côté offre, la *FTC* a tout de même eu recours au test *SSNIP*. Le cas d'espèce concernait un pigment pour revêtements hautes performances (le vanadate de bismuth) pratiquement irremplaçable dans la composition des peintures résistant aux très hautes températures, qui fut considéré comme formant un marché séparé des autres pigments sur le fondement d'un test *SSNIP*. En l'espèce, la décision évoque la possibilité qu'un nouveau produit substituable soit développé (hypothèse purement théorique, ledit produit n'étant, à la date de la décision, présent à aucun stade de développement chez aucun concurrent réel ou potentiel), mais son prix de vente serait alors bien plus élevé que celui de son prédécesseur.

Quelles que soient les raisons qui conduisent la *FTC* à attacher une importance telle au test du monopoleur hypothétique, il est une certitude : son emploi est généralisé. Cette pratique est d'ailleurs conforme aux dispositions des *Guidelines* américaines qui, comme cela a déjà été vu, préconisent l'emploi du test du monopoleur hypothétique comme seul critère de segmentation des marchés.

(ii) Un test du monopoleur hypothétique exceptionnellement employé par la Commission européenne

La Commission européenne, pour sa part, se montre bien moins encline à recourir au test du monopoleur hypothétique. Sur la totalité des affaires ayant été contrôlées par elle et la *FTC* ces six dernières années, seules quatre de ses décisions mentionnent l'emploi d'un test du monopoleur hypothétique. Le Professeur Michel Glais, dans un article de 2003¹¹⁶, expliquait en effet que « *{la} référence au test du monopoleur hypothétique n'est pas directement retenue par les autorités communautaires, même si elle est parfois utilisée et si elle transparaît dans les indications données par la Commission dans le cadre de sa communication n° 97 C/372/03. Plus pragmatique, la méthode utilisée par les autorités communautaires repose sur une analyse souvent plus qualitative, développée en trois étapes : les produits susceptibles d'appartenir à un même marché doivent tout d'abord présenter des caractéristiques techniques suffisamment proches pour satisfaire de façon à peu près identique au même besoin (interchangeabilité fonctionnelle) ; si tel est le cas, l'interrogation porte alors sur*

¹¹⁵ Réf. US : n° C-4253 081 0265, 01.04.2009.

¹¹⁶ In « *Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration* », article du 10.09.2003, Ateliers de la concurrence, DGCCRF.

l'importance des réactions des acheteurs face à l'augmentation des prix de chacun des produits en cause (interchangeabilité réactive) avant de vérifier qu'aucun obstacle n'est de nature à s'opposer aux reports d'achats (analyse des éventuelles barrières à la substitution) ». La pratique décisionnelle européenne postérieure à l'article précité semble confirmer le point de vue qui y est développé. Dans la décision rendue à propos du rachat de RMC par Cemex¹¹⁷, deux entreprises actives dans la production et la vente de différentes sortes de bétons et de ciments, la description des caractéristiques et applications des ciments gris, bétons pré mélangés, mortiers et agrégats n'a pas permis de distinguer plusieurs marchés sur la foi de « l'interchangeabilité fonctionnelle ». Ainsi le Commission procède-t-elle à un test du monopoleur hypothétique qui révèle la substituabilité perçue par les utilisateurs de ces produits, lorsque ces derniers sont confrontés à une augmentation de prix (« interchangeabilité réactive »), qui n'était pas apparue de prime abord, lors de l'étude des caractéristiques des produits. Cette méthode se trouve encore appliquée dans la décision de conformité que la Commission européenne a rendue à propos de l'affaire Panasonic / Sanyo¹¹⁸, où les produits commercialisés par les parties (des batteries électriques de différents types) sont soumis à un test SSNIP après que la décision a décrit leurs caractéristiques et applications. C'est encore le cas dans l'affaire Pfizer / Wyeth¹¹⁹ où la Commission prend soin d'appliquer un test SSNIP aux produits pour lesquels elle n'a pas réussi à se décider sur le seul fondement de l'interchangeabilité fonctionnelle. En revanche, la quatrième décision du corpus faisant appel au test du monopoleur hypothétique¹²⁰ applique le test SSNIP systématiquement à tous les produits en cause et cela avant d'affiner son découpage des marchés au moyen d'autres critères, comme l'analyse des coûts et procédés de fabrication pour préciser la substituabilité côté offre. Il s'agit là cependant d'un exemple unique d'utilisation du test du monopoleur hypothétique « à l'américaine ».

Il suit de ce qui vient d'être exposé que les deux autorités n'ont, d'une part, pas recours au test du monopoleur avec la même fréquence, et n'en ont, d'autre part, pas le même usage. La Commission européenne semble ainsi y faire référence de manière exceptionnelle pour préciser un découpage des marchés de produits qu'elle n'a pas pu affirmer sur le seul fondement de la description des caractéristiques et applications des produits en cause, exception faite de la décision rendue dans *Thermo Electron* en 2006, dont la méthode n'a pas été reprise depuis. La FTC l'utilise comme principe directeur et y a recours presque automatiquement. Finalement, les pratiques décisionnelles des deux autorités se conforment à leurs *Guidelines* et *Communication* respectives, bien que toutes deux tendent à utiliser l'ensemble du panel des critères de segmentation des marchés, lorsque leurs critères traditionnels respectifs ne sont pas suffisants.

Une autre conséquence logique de ce qui précède est que la Commission européenne se livre automatiquement à une description empirique de l'interchangeabilité fonctionnelle des produits bien plus détaillée que ne le fait la *FTC*, lorsque cette dernière

¹¹⁷ Réf. UE : COMP/M.3572, 08.12.2004.

¹¹⁸ Réf. UE : COMP/M.5421, 29.09.2009.

¹¹⁹ Réf. UE : COMP/M.5476, 17.07.2009.

¹²⁰ *Thermo Electron / Fischer Scientific*, réf. UE : COMP/M.4242, 09.11.2006.

y a recours. Il faut relever que cette méthode, conjuguée à l'habitude qu'a la Commission de prendre en compte un très grand nombre de marchés, rend les décisions de la Commission européenne longues et parfois obscures.

b) Exhaustivité de la Commission européenne contre efficacité de la FTC

Les décisions de la *FTC* et de la Commission européenne sont dans la plupart des cas d'un volume qui n'est pas comparable. Cela est en grande partie dû, semble-t-il, à l'importance que la Commission européenne attache à passer en revue une quantité considérable de marchés. L'autorité européenne expose donc toujours des développements bien plus longs et détaillés (i) que ne le fait la *FTC* (ii).

(i) Exhaustivité et principe du contradictoire en Europe

Il n'est pas rare de rencontrer des décisions de la Commission européenne, hors procédure simplifiée, atteignant régulièrement les cent cinquante pages¹²¹. Avec deux-cents soixante-sept pages (description des engagements comprise), la décision rendue à l'occasion du rachat par *Bayer* de *Aventis Advanced Crop Sciences*¹²² est la plus considérable en volume sur la dernière décennie. Si les décisions européennes sont si volumineuses c'est, s'emble-t-il, en raison de deux facteurs. Pour avoir été déjà abordé, le premier sera simplement rappelé. La Commission européenne préfère la description des caractéristiques et applications des produits en cause au test du monopoleur hypothétique. De telles descriptions occasionnent des développements beaucoup plus élaborés et exhaustifs qu'un test du monopoleur hypothétique, dont les deux autorités, tant américaine qu'européenne, se bornent à donner le résultat sans s'appesantir sur les paramètres et méthodes de calculs employés.

La seconde explication réside, semble-t-il, dans le principe du débat contradictoire prévu au paragraphe 3 de l'article 18 du règlement du Conseil 139/2004, relatif au contrôle des concentrations d'entreprises. Ainsi tout tiers justifiant d'un intérêt suffisant peut présenter ses observations à la Commission. C'est généralement le cas des membres des Conseils d'administration des entreprises parties à l'affaire, mais aussi des entreprises concurrentes et parfois, conformément au paragraphe 4 dudit article, de tiers *a priori* étrangers à l'affaire mais qui peuvent être entendus sous certaines conditions. En soi, le principe du débat contradictoire n'est pas propre à la procédure européenne, puisque la procédure de contrôle aux Etats-Unis le prévoit également. Ce qui diffère et emporte des conséquences notoires sur la décision en elle-même, c'est que la

¹²¹ Comme c'est le cas de la décision *Pfizer / Wyeth* précitée, 2009

¹²² Réf. UE : COMP/M.2547, 17.04.2002.

Commission européenne expose dans ses développements les observations qui lui ont été communiquées au cours de la procédure relativement à la définition des marchés pour les discuter point par point.

Pour cette raison, chaque possibilité de segmentation d'un marché est discutée en détail. La définition d'un marché pertinent semble suivre un raisonnement structuré en trois étapes. La Commission prend d'abord pour point de départ de son raisonnement les allégations des parties qui, bien souvent, tentent de conduire l'autorité à adopter une segmentation aussi grossière que possible. En effet, il est logique qu'un marché dont les dimensions *géographique* et *produits* sont plus vastes supportera moins facilement une conclusion de dominance ou d'atteinte substantielle à une concurrence effective au stade de l'analyse concurrentielle. En guise de deuxième étape, la Commission discute du mérite de ces prétentions au moyen des critères de segmentation exposés précédemment, s'appuyant sur les documents qui lui ont été transmis par les parties et les tiers, afin de définir une première définition du marché pertinent. Finalement, elle confronte cette définition présentée *a priori* aux observations qu'elle a reçues de la part de tiers intéressés pour la confirmer ou l'infirmer.

Une illustration emblématique de cette pratique pouvait déjà se trouver dans la décision rendue à propos de l'affaire *Bayer / Aventis Advanced Crop Sciences* précitée, à l'occasion de laquelle la Commission détaille le raisonnement qui l'a conduit à retenir plusieurs dizaines de marchés pertinents, dont les motifs s'étendent sur plusieurs dizaines de pages¹²³. Il convient de noter qu'au surplus, les développements consacrés à la définition des marchés pertinents sont en l'objet d'une première description en tête de décision, abordant les critères de segmentation utilisés, puis se trouvent de nouveau débattus dans le corps de la décision, avant l'analyse concurrentielle de chacun des marchés en cause. De nombreuses décisions de la Commission, rendues après l'entrée en vigueur du règlement 139/2004, reflètent encore cette tendance à l'exhaustivité, comme, par exemple, celles rendues dans les affaires *Novartis / Alcon*¹²⁴ et *Pfizer / Wyeth*¹²⁵ où les définitions des marchés pertinents sont affinées au stade de l'analyse concurrentielle après avoir été une première fois longuement discutées en tête de décision.

Une telle pratique semble louable de prime abord, dans la mesure où elle témoigne de la volonté de la Commission européenne de définir les marchés pertinents avec la plus grande précision, de la manière la plus objective possible et en prenant soin de considérer les observations des parties et des tiers. Cependant, elle emporte un certain nombre de conséquences au fondement des divergences constatées entre les autorités américaine et européenne du contrôle, et ne va pas sans poser quelques problèmes. Premièrement, cette pratique est un facteur de multiplication du nombre de définitions de marché adoptées. Dans l'affaire *Pfizer / Wyeth* précitée, la Commission européenne définit plusieurs dizaines de marchés pertinents, sans d'ailleurs que tous ne supportent une conclusion de risques significatifs d'atteinte à la concurrence, alors que la *FTC* n'en définit que vingt-et-un (nombre déjà très élevé pour la *FTC*) dans la décision qu'elle a rendu à propos de la même opération. Ensuite, si le fait d'exposer de manière détaillée chaque raisonnement conduisant à l'adoption d'une définition de marché rend les

¹²³ Voir notes sous la décision en annexes.

¹²⁴ Réf. UE : COMP/M.5778, 09.08.2010.

¹²⁵ Réf. UE : COMP/M.5476, 17.07.2009.

conclusions de la Commission plus légitimes, puisqu'elles sont solidement argumentées, la complexité et la longueur des débats qui en résultent ne favorise par la clarté de l'analyse. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'une même définition est une première fois abordée, puis laissée en suspend, pour être de nouveau discutée quelques dizaines de pages plus loin. Les affaires citées au paragraphe précédent en témoignent : c'est souvent le cas.

(ii) Ton prétorien et efficacité des décisions aux Etats-Unis

À l'inverse, les décisions de la *FTC* se montrent bien plus avares d'explications. Cela se remarque d'abord en matière de quantité de rédaction: ses décisions sont toujours beaucoup plus concises que celles de son homologue européenne. Comme expliqué en introduction, l'autorité américaine rend compte de ses décisions dans trois documents différents, qui sont tous publiés. D'abord la « *Complaint* » qui consiste en la communication, par la *FTC* aux parties notifiant l'opération, des griefs que la première émet à l'encontre des dernières. Vient ensuite le document intitulé « *Analysis* », qui n'a pas de valeur légale, dans la mesure où il ne sert qu'à exposer les arguments de la *FTC* à tout tiers intéressé qui voudrait présenter ses observations avant que ne soit adoptée la décision finale. Enfin, ladite décision, intitulée « *Decision and Order* », qui contient les instructions de mises en conformité des parties avec les engagements auxquels elles ont souscrit afin de voir leur opération de concentration autorisée par la *FTC* (dénommés « *Agreements* »). Si ce dernier document, contenant définitions et injonctions, est souvent assez considérable en volume (d'une trentaine à une cinquantaine de pages en moyenne), il ne contient aucun des arguments fondant la décision adoptée par la *FTC*. Seuls les documents « *complaint* » et « *analysis* » en rendent compte, chacun ne dépassant jamais une quinzaine de pages. Il faut encore noter que c'est dans sa *complaint* que la *FTC* signifie les définitions de marché qu'elle a adoptées. Bien souvent cependant, ces définitions sont peu argumentées¹²⁶, voire pas du tout, comme c'est par exemple le cas dans la décision *Pfizer / Pharmacia*, à l'occasion de laquelle neuf marchés de produits sont définis sans qu'aucune explication ne soit donnée pour les justifier, pas d'avantage que leur dimension géographique : les États-Unis¹²⁷.

Contrairement à la Commission européenne, la *FTC*, au stade de l'analyse concurrentielle à proprement parler, identifie des atteintes à la concurrence justifiant de déclarer l'opération contraire à la section 5 du *Federal Trade Commission Act* de 1914¹²⁸ relativement à cent pourcent des marchés qu'elle a définis. Il semble donc possible de déduire de ce qui précède que les définitions de marchés pertinents adoptées par la *FTC* le soient en fonction d'objectifs finalisés. Là où la Commission européenne manifeste un souci évident d'objectivité, de respect du débat contradictoire et d'exhaustivité, la *FTC* se montre donc beaucoup plus économe quant au nombre de

¹²⁶ À titre d'exemple, voir la *complaint* émise dans l'affaire *INA/FAG*, réf. US : C-4033 021 0002, 20.12.2001, où seule une description succincte (une phrase) est donnée au soutien de la définition de marché retenue.

¹²⁷ Réf. US : C-4075 021 0192, 11.04.2003.

¹²⁸ 15 U.S.C. § 45, tel qu'amandée.

définitions qu'elle retient et aux explications qui les fondent. Il faut toutefois remarquer que la *FTC* donne souvent plus d'explications relatives aux arguments supportant ses définitions de marché dans son document « d'aide au commentaire par le public »¹²⁹, afin, probablement, de palier le déficit d'informations que présentent ses *complaints*. Mais là encore, le niveau de précision est bien inférieur à ce que la Commission européenne développe dans ses décisions.

Il faut sans doute nuancer l'attitude de la *FTC* vis-à-vis du respect du principe du débat contradictoire. Certes la lettre des décisions, puisqu'elle ne reprend pas les observations des parties et des tiers, ne met pas ce principe en exergue. Toutefois, la procédure aux Etats-Unis en matière de droit de la concurrence, comparée à la procédure en vigueur devant la Commission européenne, est réputée laisser une place plus grande à la négociation entre les parties et l'autorité du contrôle, à un stade plus précoce de la procédure¹³⁰. De sorte que les solutions au litige sont automatiquement négociées de gré à gré entre les parties et l'autorité. Il est donc possible que les définitions des marchés pertinents n'échappent pas à cette règle et qu'elles soient négociées de manière non officielle. Mais cela, si tel est le cas, n'apparaît pas dans les décisions : nulle référence n'y est faite.

Une autre différence notoire entre les deux autorités se trouve dans le style de rédaction qu'elles emploient. En conséquence logique de ce qui précède, la Commission européenne fait état de ses doutes, et, de ce fait, expose les faiblesses de son raisonnement lorsqu'elles sont présentes. La *FTC*, elle, énonce ses conclusions avec fermeté, sans qu'elle ne rende jamais compte des incertitudes qu'elle a pu rencontrer lorsqu'elle a rédigé sa *complaint*.

Malgré les lacunes que comportent les décisions de la *FTC* quant aux arguments fondant ses conclusions - sans aucun doute volontaires, une qualité que ne possèdent pas les décisions européennes résulte de cette économie de marchés définis et d'argumentation : celles de la *FTC* sont considérablement plus claires et précises. La question de la prévisibilité des décisions de cette dernière se pose tout de même, ce qui ne laisse pas l'observateur sans se poser la question de savoir si l'efficacité et la clarté des décisions de la *FTC* ne nuisent pas à la sécurité juridique. Une chose est en tout cas certaine : en raison des particularismes qui leurs sont propres, les définitions de marché adoptées par l'une et l'autre des Commissions divergent de manière assez considérable.

c) Des divergences quant aux définitions de marché retenues

¹²⁹ Ces documents portent, en guise d'entête, la mention : « *Analysis of proposed consent order to aid public comment* ».

¹³⁰ Le « Rapport Folz » sur les sanctions en droit de la concurrence, présenté au ministre de l'économie fin 2010, adopte ce point de vue.

Sur les vingt-deux opérations de concentration étudiées, il ne s'en trouve aucune à propos de laquelle les deux autorités ont retenu les mêmes définitions relativement aux marchés pertinents.

Certes, les cadres retenus pour l'analyse concurrentielle sont régulièrement similaires, au moins en ce qui concerne leur dimension *produits*. En témoignent de nombreuses affaires, à l'instar des décisions européenne et américaine rendues à l'occasion de l'affaire *GE / Agfa*¹³¹. *General Electric* bénéficiait en l'espèce d'une option d'achat assortie d'un contrat de fourniture exclusive de services tous deux relatifs à une filiale d'*Agfa*, active dans la recherche, le développement et la production de '*matériels de tests non destructifs à ultrasons*'. Les deux Commissions s'accordent sur la définition d'un marché de produits pour les matériels de tests non destructifs susmentionnés. Alors que la Commission européenne ne retient aucun autre marché, la *FTC* en définit deux autres (concernant des matériels de tests non destructifs spécialisés). La Commission européenne arrête sa définition sur le fondement de la description des caractéristiques et applications des produits en cause, la *FTC* met en œuvre un test *SSNIP*. Une relative proximité des définitions de marché retenues s'illustre encore dans l'affaire *Pharmacia par Pfizer*¹³². En l'espèce la *FTC* retient neuf marchés pertinents contre sept pour la Commission européenne. Trois marchés définis par la *FTC* ne sont pas abordés par la Commission et, en retour, une définition retenue par cette dernière n'est pas abordée par la *FTC*. Les six autres marchés ont été définis de manière identique relativement à leur dimension produits. Cela dit, les marchés géographiques retenus pour les marchés de produits définis des deux côtés de l'Atlantique dans les deux affaires précitées ne sont pas les mêmes : la *FTC* retient le territoire des Etats-Unis, et la Commission européenne l'Espace Économique Européen. D'autres exemples pourraient être cités à l'appui de ce constat : il arrive bel et bien que des définitions de marchés de produits coïncident.

À l'inverse, il se trouve des affaires où les définitions de marchés adoptées par chaque autorité n'ont pratiquement rien en commun. C'est notamment le cas des décisions rendues dans l'affaire *Chevron / Texaco*¹³³, où la Commission européenne ne définit que des 'grands marchés' tel le marché mondial du raffinage de pétrole brut, ou encore le marché mondial de l'exploration des ressources pétrolières et gazières. De son côté, la *FTC* ne se préoccupe que des effets de l'opération qui se font sentir sur son territoire national. Partant, elle ne définit que des marchés assez pointus, tel le « *transport par pipeline de gaz naturel brut* », contenu dans des marchés géographiques extrêmement ténus (la *FTC* se réfère au découpage administratif des parcelles de certains territoires des États-Unis)¹³⁴.

Il n'apparaît pas opportun de comparer une à une les définitions de marché adoptées par les autorités à propos d'une même affaire, tant celles-ci peuvent diverger en certaines occasions. En revanche, il est possible de décrire certaines tendances, propres à chaque autorité, relativement aux dimensions produits et géographiques des marchés en cause. De manière générale, il semble que les marchés de produits retenus

¹³¹ *General Electric / Agfa* ; Réf. UE : COMP/M.3136, 05.12.2003 ; Réf. US : C-4103 031 0097, 28.01.2004.

¹³² *Pfizer / Pharmacia* ; Réf. UE : COMP/M.2922, 27.02.2003 ; Réf. US : C-4075 021 0192, 11.04.2003.

¹³³ Réf UE : COMP/M.2208, 28.02.2001 ; Réf. US : C-4023 011 0011, 07.09.2001.

¹³⁴ Voir point « i » de la décision précitée.

par la *FTC* soient en moyenne plus étroits que ceux retenus par la Commission européenne (i). Par contraste, les marchés géographiques pertinents semblent plus finement découpés par la Commission européenne que par la *FTC* (ii). Ce ne sont cependant que des tendances, et, sans qu'il soit possible de le vérifier, la cause principale des divergences entre les autorités relativement aux marchés définis réside sans doute dans le fait qu'une opération de concentration de dimension mondiale n'a pas les mêmes effets aux États-Unis et en Europe (iii).

(i) Des marchés de produits plus étroits pour la *FTC*

Puisque les définitions de marchés pertinents se recoupent assez régulièrement sans jamais se superposer complètement, c'est que l'une ou l'autre des autorités adopte, en fonction des cas d'espèce, une définition plus large de la dimension *produits*, incluant la définition de l'autre autorité. Reste à savoir s'il est possible de constater une certaine constance de ce phénomène, c'est-à-dire savoir si l'une des deux autorités a tendance à définir ses marchés de produits de façon plus vaste que l'autre.

Il arrive que l'un des marchés définis par la Commission européenne corresponde à un marché de produit défini par la *FTC*, cas dans lequel, bien sûr, la finesse du découpage est la même. C'est le cas, à titre d'exemple, du marché des *bétons pré mélangés*, marché de produits retenu par les deux autorités dans leurs décisions relatives au rachat de *RMC* par *Cemex*¹³⁵. Mais, dans l'ensemble, il ressort de l'étude de la pratique décisionnelle des deux autorités qu'en effet, la Commission européenne tend à définir des marchés de produits pertinents plus vastes que son homologue américaine. Pour être plus précis, il conviendrait de dire que la *FTC* tend à définir des marchés de produits plus étroits que ne le fait la Commission européenne.

Il n'est pas véritablement possible, à de rares exceptions près, de connaître les fondements analytiques d'une divergence donnée en matière de définition d'un marché de produits. Les arguments exposés par la *FTC* sont souvent insuffisamment nombreux et détaillés pour que l'exercice soit possible. Une divergence de taille entre les deux autorités est cependant repérable : la *FTC* conclut à la probabilité d'une atteinte significative à la concurrence justifiant le blocage de l'opération en l'état, relativement à cent pourcent des marchés qu'elle définit. Aucune exception à la règle n'a pu être rencontrée sur les vingt-deux décisions étudiées. À l'inverse, seule une minorité des définitions de marché adoptées par la Commission servent de fondement à la poursuite d'effets potentiellement anticoncurrentiels. Cette dernière tend en effet à regrouper les marchés selon le niveau de concentration qui y règnera *post* opération. Parmi ces marchés se trouvent ceux, faiblement concentrés, qu'elle n'aborde plus après les avoir définis ; des marchés moyennement concentrés qui seront succinctement investigués en l'absence d'indices supplémentaires outre celui d'une atteinte significative probable à une concurrence effective, et, enfin, des marchés fortement concentrés longuement

¹³⁵ Réf. UE : COMP/M.3572, 08.12.2004 ; Réf. US : C-4131 051 0007, 11.02.2205, précitée.

étudiés au stade de l'analyse concurrentielle - sans pour autant que la totalité de ces derniers ne fondent une conclusion d'incompatibilité.

À la lumière de ce qui précède, il semble possible de déduire que la *FTC* définit les marchés pertinents de manière finalisée. C'est-à-dire qu'elle ne mentionne pas les marchés, quand bien même ils seraient affectés par l'opération, dont elle sait qu'elle ne parviendra pas à les utiliser pour fonder une conclusion d'atteinte significative à la concurrence. Or les chances, pour une autorité de la concurrence, de pouvoir incriminer les effets d'une opération avec succès sur tel ou tel marché en cause sont d'autant plus grandes que le marché défini est étroit. La tendance de la *FTC* à définir des marchés de produits plus étroits semble donc résider dans cette explication, la seule qui, *a priori*, et sans avoir accès aux documents de travail du *Bureau of Economics*, semble valable.

Dans sa décision *Cytec / UCB Surface Specialities*¹³⁶ la Commission européenne définit un marché de produits pertinents pour les *résines aminoplastes*. Elle s'interroge sur la pertinence de subdiviser plus avant le marché considéré sur le fondement des cinq applications les plus courantes du produit dans l'industrie. Elle conclut cependant, malgré des doutes affichés, que la substituabilité côté offre (un fabricant d'une résine aminoplaste donnée peut, à peu de frais, en produire d'autres) plaide pour une définition d'un marché monolithique pour lesdites résines. La *FTC*, elle, choisit d'adopter une segmentation plus fine du même marché, qu'elle divise en deux, selon deux des applications industrielles susmentionnées. La substituabilité côté offre n'est pas mentionnée. Étant donné que, sans en avoir la certitude, il serait surprenant que la possibilité de changer de production soit une option pour les sites de production européens et non pour les sites américains ; considérant de surcroît que la *FTC* fonde une conclusion d'atteinte à la concurrence sur les deux marchés en cause, il semble que la divergence entre les deux autorités s'explique par des considérations d'opportunité du côté de la *FTC*. Dans l'affaire *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare*¹³⁷, la Commission européenne définit un marché pour les *médicaments en vente libre de traitement des brûlures d'estomac*, sans que la question de savoir si une segmentation plus fine fondée sur les trois différents composés chimiques existant serait opportune ne soit tranchée. En effet, c'est une pratique courante de la Commission, conforme au texte de la *Communication sur la définition des marchés en cause* précitée, que de ne pas trancher lorsque, quel que soit le marché pertinent retenu, aucune atteinte significative à une concurrence effective n'est à prévoir. La *FTC*, quant à elle, choisit de diviser plus avant lesdits médicaments selon leurs principes actifs (qui emporte des modalités de traitement différentes), segmentation justifiée par l'absence de substituabilité côté demande, pour ne retenir que les *H2 antagonistes*. Là encore, une atteinte à la concurrence est trouvée relativement à ce marché. Un tel cas de figure se retrouve encore dans l'affaire *Pernod Ricard / V&S* précitée, dans laquelle la *FTC* se réfère à un marché des *vodkas au moins premium*, alors que l'autorité européenne ne retient que le marché des *vodkas* en général, car l'analyse concurrentielle se trouverait inchangée, la segmentation du marché eût-elle été plus fine.

Une définition de marché de produits plus étroite se trouve encore dans la décision de la *FTC Procter & Gamble*¹³⁹, où elle choisit de définir un marché pour les *brosses à*

¹³⁶ Réf. UE : COMP/M. 3538 ; réf. US : C-4132 041 0203.

¹³⁷ Réf. UE : COMP/M.4314 ; réf. US : C-4180 061 0220.

¹³⁹ Réf. UE : COMP/M.3732 ; réf. US : C-4151 051 0115.

dents électriques rechargeables pour adultes, là où la Commission européenne ne segmente pas ce marché selon que les consommateurs ciblés soient des adultes ou des enfants. Une telle possibilité de segmentation plus fine n'est même pas discutée côté européen. Les cas dans lesquels la segmentation plus fine par la *FTC* de ses marchés pertinents ne s'explique pas, étant donné l'absence ou la brièveté de son argumentation, sont très nombreux. C'est encore le cas dans les décisions rendues par les deux Commission dans l'affaire *PepsiCo / PepsiCo Bottling Group*¹⁴⁰, où la *FTC* retient un marché pour *les boissons carbonatées non alcoolisées vendues en magasins de proximités*, alors que la Commission européenne ne retient pas de segmentation fondée sur l'échelle de distribution. La *FTC* justifie son choix par la structure existant dans les contrats locaux de production, mais son homologue européenne n'aborde pas la question.

La tendance de la *FTC* à définir les marchés de produits pertinents de façon plus restreinte est donc apparente. Cependant, il ne faut pas considérer que cette tendance soit une règle immuable. En effet, comme il a déjà été remarqué plus haut, de nombreux marchés de produits définis à l'occasion des décisions étudiées ici sont identiques. C'était donc le cas dans l'affaire *Cemex*, mais d'autres opérations contrôlées pourraient encore être citées, telles que *Johnson & Johnson / Guidant*, dans laquelle les définitions de la Commission européenne sont bien plus nombreuses (12 contre 3 pour la *FTC*) que celles de la *FTC* mais où, néanmoins, deux des définitions sont identiques¹⁴¹.

Si la *FTC* tend à définir des marchés de produits plus étroits que la Commission européenne, la situation s'inverse en matière de marchés géographiques pertinents.

(ii) Un découpage géographique plus fin du côté européen

La Commission européenne reconnaît aujourd'hui, dans ses *Lignes Directrices sur l'application de l'article 101 TFUE*, relatif aux ententes illicites, que sa politique en matière de concurrence compote parmi ses objectifs une meilleure intégration des marchés nationaux au Marché commun. Dans un article publié en 2005, les Professeurs Idot et Blaise remarquaient : « *On a longtemps pensé que les règles communautaires de concurrence servaient deux objectifs distincts, la promotion de la concurrence et l'intégration des marchés nationaux par la réalisation du marché intérieur. On a même pu penser que l'intégration des économies nationales constituait l'objectif majeur des règles de concurrence, dès lors que la Commission et la Cour condamnaient per se les pratiques de cloisonnement de nature à perpétuer la séparation des marchés nationaux. Non seulement ces pratiques étaient considérées comme ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le marché commun, mais encore elles ne pouvaient jamais bénéficier d'une exemption individuelle ou collective. La Commission entérine aujourd'hui une évolution qui était perceptible, en prônant la synthèse des deux*

¹⁴⁰ Réf. UE : COMP/M.5633 ; réf. US : C-4301 091 0133.

¹⁴¹ Réf. UE : COMP/M.3687 ; réf. US : C-4154 051 0050, les définitions adoptées à l'identiques y sont les suivantes : *stents à élution médicamenteuse, systèmes endoscopiques de prélèvement de vaisseaux*, pour les mêmes raisons (substituabilité).

objectifs. Dans les Lignes directrices, la Commission déclare que l'article 81, § 1, a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché afin d'accroître le bien-être du consommateur et d'assurer une répartition efficace des ressources. Mais tout aussitôt, elle précise que la concurrence et l'intégration du marché servent ces finalités, puisque la création et le maintien d'un marché unique ouvert favorisent la répartition efficace des ressources dans toute la Communauté au profit des consommateurs (pt 13). L'intégration ne constitue pas un objectif distinct, elle est subordonnée à l'objectif de concurrence dans le marché commun »¹⁴². Reste à savoir si ce constat est transposable au contrôle des concentrations d'entreprises, tel que prévu par le règlement 139/2004.

Si les *Lignes directrices sur les concentrations horizontales* précitées ne mentionnent pas la prise en compte de cet objectif d'intégration du Marché intérieur, l'étude de la pratique décisionnelle révèle que la Commission prête une attention toute particulière à la question de savoir si les conditions de la concurrence sont homogènes entre les différents marchés nationaux des États membres de l'Union européenne, lors de la segmentation des marchés géographiques pertinents en matière de concentration. Une telle pratique reflète-t-elle simplement la volonté pragmatique de la Commission de s'attacher à une définition des marchés géographiques aussi fidèle que possible à la réalité, ou l'objectif d'intégration joue-t-il d'un rôle implicite dans ce phénomène ? Le Professeur Davide Gerber souligne que certains auteurs, anglo-américains notamment, pensent que cet objectif explique le fait que la Commission applique, au stade de l'analyse substantive des concentrations, un bilan concurrentiel fondé sur une présomption structurelle¹⁴³. Cela était donc le cas sous l'empire du règlement 4064/89 qui invitait clairement la Commission à procéder de la sorte. Logiquement, la définition des marchés géographiques devrait donc, elle aussi, s'attacher à cet objectif et se concentrer sur les effets de concentrations à l'échelle nationale, pour éviter que les parties n'acquièrent un pouvoir de marché sur un marché national donné, grâce à l'opération. Si tel était le cas, cela conduirait *de facto* à une segmentation des marchés en fonction des positions tenues par les entreprises.

Dans la pratique, la Commission européenne semble ainsi bien plus encline à effectuer un découpage géographique des marchés plus fin que celui adopté par la *FTC*. Cette dernière adopte occasionnellement pour dimension géographique de référence des parties son territoire national. C'est tout particulièrement le cas lorsque les coûts de transports sont élevés, et que, partant, la zone d'influence des parties est circonscrite à un périmètre plus ou moins important autour de leurs sites de production. Ainsi des marchés géographiques retenus dans les affaires *Cemex / RMC* (production et vente de bétons et ciments) précitées, ou encore *Carlyle / Morgan Chase*¹⁴⁴. En de rares occasions, le marché pertinent est « *potentiellement* » l'Amérique du Nord¹⁴⁵, ou mondial¹⁴⁶. Les dimensions mondiale et continentale exceptionnellement retenues le sont la plupart du temps au regard d'imports importants aux frontières des États-Unis des produits considérés ainsi que l'uniformité des prix pratiqués en-dehors du territoire des États-Unis. Mais les marchés géographiques retenus sont majoritairement de la dimension des États-Unis. Cela n'est d'ailleurs pas surprenant, puisque le marché

¹⁴² Revue trimestrielle de droit européen, éd. Dalloz, 2005, p. 131.

¹⁴³ In « *Global Competition* », David Gerber, Oxford University Press, 2010.

¹⁴⁴ Réf. US : C-4233 071 0203, 30.06.2008.

¹⁴⁵ Par exemple : *Cytec / Surface Specialties*, précitée.

¹⁴⁶ Par exemple : *Varian / Agilent*, précitée.

géographique est défini sur le fondement de l'homogénéité des conditions de concurrence : le marché fédéral américain ne connaît pas, ou très peu, de barrières aux échanges entre les États fédérés, de plus les particularismes régionaux y sont bien moins marqués qu'en Europe.

À l'inverse, les conditions de la concurrence pour un produit données sont bien moins homogènes sur le marché de l'EEE. Certes, il n'existe plus de barrières douanières à l'intérieur des frontières de l'Union européenne, et les barrières réglementaires relatives aux normes de production et autorisations de commercialisation disparaissent un peu plus chaque année, ce que ne manque pas de remarquer à de nombreuses reprises la Commission européenne¹⁴⁷.

Pour cette raison, l'un des critères de segmentation géographique jouant d'un rôle majeur dans les décisions de la Commission européenne est la prise en compte des préférences et habitudes de consommation au niveau national. Ainsi la Commission européenne retient-elle une dimension nationale pour les marchés pertinents dans treize affaires sur les vingt-deux étudiées, soit près de soixante pour cent des cas. C'est tout particulièrement le cas des entreprises actives dans le secteur pharmaceutique où les habitudes de prescription des professionnels de santé (médecins, chirurgiens, dentistes, etc.) fonde pratiquement automatiquement la dimension géographique des marchés de médicaments¹⁴⁸ ou d'instruments¹⁴⁹ médicaux en cause. Dans le cas desdits instruments médicaux, comme sur les marchés d'instrumentation scientifique, la présence d'un réseaux de revendeurs et de services après-vente dans chaque État membre est considérée être une condition *sine qua non* d'une implantation commerciale réussie, en raison des différentes langues parlées dans l'Union européenne. Ainsi la Commission relève-t-elle, grâce à ses enquêtes d'opinion, que les utilisateurs des produits considérés ne se fourniraient pas auprès d'une entreprise qui n'aurait pas de point de vente et d'assistance dans leur pays.

D'autres marchés de produits se voient encore conférer une dimension nationale sur la base des préférences nationales et des habitudes des consommateurs, tel le marché des *vins et spiritueux* dans la décision *Pernod Ricard / V&S* de la Commission, rendue en 2008. C'est parfois le cas de produits de grande consommation, tels que les marchés des *brosses à dents*, des *soins de bouches* et des *déodorants* qui, en raison des langues différentes des instructions présentes sur les emballages et d'un engouement variable pour la technologie entre l'Europe du Nord et l'Europe du Sud (en ce qui concerne les brosses à dents électriques), sont de dimension nationale¹⁵⁰.

La Commission européenne tend donc à définir des marchés géographiques pertinents de dimension nationale très fréquemment. Sa segmentation des marchés est donc plus fine que celle que retient généralement la *FTC*. Quant à la question de savoir si l'intégration du Marché intérieur y est pour quelque chose, l'étude des cas considérés

¹⁴⁷ Par exemple dans sa décision *Novartis / Hexal* précitée, cons.4, p.4 : « *The Commission has previously defined the geographic markets for pharmaceutical products as being national in scope, despite the trend towards harmonisation at a European level* ».

¹⁴⁸ À cet égard, voir les décisions *Novartis / Hexal*, *Teva / Ivax*, *Teva / Barr*, *Pfizer / Wyeth*, *Johnson & Johnson / Pfizer Healthcare*, *Novartis / Alcon*.

¹⁴⁹ Par exemple : *Thermo Electron / Ficher Scientific*.

¹⁵⁰ In *Procter & Gamble / Gillette*, précitée.

ici semble ne pas être concluante. D'abord, les remarques qui ont été faite plus haut reflètent des points de vue qui ont principalement été défendus par des auteurs avant que ne soit adopté le règlement de 2004. Partant, le changement de test substantiel fait que la Commission européenne ne se focalise plus automatiquement sur la dominance pour interdire une opération de concentration. Lesdites remarques semblent donc moins pertinentes aujourd'hui. Il n'est cependant pas possible d'exclure le rôle que joue l'intégration du marché, car qu'elle que soit le niveau de préoccupation que la Commission lui attache, et bien que les définitions de marchés géographiques de taille nationale soient toujours fondées en faits, un tel découpage sert, *in fine*, l'intégration. Il n'est cependant pas possible de dire que ce découpage est artificiellement petit pour servir l'objectif d'intégration. Les arguments présentés par la Commission pour définir un marché national sont toujours solides. C'est donc plutôt le reflet de la structure des marchés européens, encore assez hétérogène. Cette différence réelle entre les structures des marchés américain et européens est d'ailleurs à la source de nombreuses divergences quant aux définitions effectivement retenues.

(iii) Des marchés différemment affectés et structurés

Affirmer qu'une opération de concentration n'emporte pas les mêmes conséquences en Europe qu'aux États-Unis ressort presque de l'évidence. En effet, les entreprises en cause ne sont pas également implantées de part et d'autre de l'Atlantique, et, quand elles le sont approximativement, elles ne sont néanmoins pas forcément sur les mêmes marchés. Il ne sera donc pas nécessaire de disserter longuement sur cette question pour en être convaincu. Qu'il suffise de rapporter quelques uns des cas les plus illustratifs du problème, tels qu'ils ont été rencontrés lors de l'étude de la pratique décisionnelle de ses six dernières années.

Les affaires les plus représentatives à cet égard sont au nombre de deux : *Boeing / Lockheed Martin / ULA* et *PepsiCo / PepsiCo Bottling Group*.

Dans la première, les parties créent un joint-venture de plein exercice pour la fourniture de sévices de lancements orbitaux de charges moyennes à lourdes, à destination du Ministère de la Défense des Etats-Unis, exclusivement. La décision de la *FTC* se préoccupe donc de savoir si l'opération permettrait aux parties de verrouiller les marchés d'appels d'offres situés en aval : celui des charges utiles (satellites d'observation, de navigation, charges militaires, etc.)¹⁵¹. La décision de la Commission européenne (relative à la même opération¹⁵²) se focalise sur la question de savoir si le joint-venture en question ne facilitera pas la mise en place de pratiques anticoncurrentielles horizontales coordonnées relativement aux activités commerciales des parties. Les activités gouvernementales des parties, inexistantes en Europe, ne la concernent pas. Les effets de cette opération ne sont donc absolument pas comparables

¹⁵¹ Réf. US : C-4188 051 0155.

¹⁵² Réf. UE : COMP/M.3856.

en Europe et aux États-Unis, les décisions des deux autorités ne le sont donc pas non plus.

Dans la deuxième affaire citée plus haut, *PepsiCo / PepsiCo Bottling Group*, le rachat de la seconde entreprise par la première n'entraîne qu'une modification minimale de la structure des marchés européens pour les *boissons carbonatées non alcoolisées*. La Commission autorise donc l'opération en l'état et les marchés préalablement définis se bornent à celui qui vient d'être rapporté ainsi qu'à celui des *snacks salés*¹⁵³. L'impact de la transaction n'a rien de comparable puisque *PepsiCo Bottling Group* produit sur licence l'une des *boissons carbonatées non alcoolisées* les plus vendues aux États-Unis, inconnue en Europe : Dr. Pepper. Ladite production sous licence prenant place au niveau local, la *FTC* retient, pour le marché des boissons susmentionnées, le qualificatif « *vendues dans les magasins de proximité* », que ne relève pas la Commission. L'opération conduit à l'émergence d'un risque important de coordination tacite outre-Atlantique, tout à fait absent en Europe. Là encore, bien qu'il s'agisse de la même opération, les effets ne sont pas comparables puisque la structure des marchés et la présence des parties ne sont pas comparables non plus.

Moins représentative du problème mais, étant moins archétypale, plus révélatrice de ce qui arrive le plus fréquemment : l'affaire *Schering-Plough / Organon Bioscience* (ou *AkzoNobel* devant la Commission européenne)¹⁵⁴. Dans cette affaire les autorités définissent plusieurs marchés pour des vaccins à destination des élevages de volailles. Bien que les marchés de produits retenus soient proches, aucun ne correspond exactement, puisque les souches virales frappant le bétail en Amérique du Nord et en Europe ne sont pas les mêmes. Les parties ne sont donc pas également présentes sur les marchés américain et européens, car elles ne maîtrisent pas la fabrication de tous les principes actifs des médicaments vétérinaires en cause.

De telles circonstances de faits expliquent une partie non négligeable des divergences qui peuvent être rencontrées en pratique, en matière de définition des marchés.

Finalement, un constat s'impose : les divergences dans les définitions des marchés pertinents adoptés par les deux autorités sont une réalité, quoiqu'il ne faille pas en exagérer l'importance, eu égard aux différentes circonstances factuelles dans lesquelles les décisions des autorités sont rendues. Des divergences dans la méthode peuvent certes, comme il a été montré, être remarquées. De telles divergences de méthodes peuvent être étudiées plus avant en ce que des tendances à la systématisations des critères, sous critères et méthodes de définition des marchés sont clairement visibles du côté européen, n'étant que perceptibles du côté américain.

¹⁵³ Réf. UE : COMP/M.5633.

¹⁵⁴ Réf. UE : COMP/M.5502 ; réf. US : C-4268 091 0075.

2. Une standardisation européenne des définitions par secteurs d'activités

Il a déjà été remarqué que les décisions européennes sont plus importantes en volume que leurs équivalents aux Etats-Unis. C'est surtout le cas parce que la Commission européenne prend le soin de passer en revue tous les marchés affectés par l'opération, quitte à ne pas se servir de leurs définitions au stade de l'application du test substantif. Une telle exhaustivité n'est pas, semble-t-il, sans raison. Certains des ressorts de cette pratique ont déjà été vus. Il est finalement possible de penser que, à la manière d'une cour de *Common Law*, la Commission édicte des *obiter dictae*, c'est-à-dire qu'elle aborde des questions qui ne seront, *in fine*, pas utiles à la résolution du cas d'espèce, mais qui pourront postérieurement servir pour d'autres affaires. Ainsi est-il possible de remarquer une tendance européenne à l'institutionnalisation des critères et méthodes de définition des marchés, rendue possible grâce à des références nombreuses à sa pratique décisionnelle antérieure (a). S'il est possible de remarquer que la *FTC* tend, elle aussi, à retenir des définitions similaires si les affaires sont considérées sous l'angle des secteurs d'industrie concernés, elle ne se réfère pas à ses décisions antérieures, de sorte qu'il n'est possible de discerner une telle standardisation qu'en filigrane (b). De manière générale, il semble falloir imputer la difficulté, aux Etats-Unis, à prévoir la pratique décisionnelle au peu d'informations que la *FTC* expose au soutien de ses définitions de marché.

a) La prise en compte par la Commission européenne de sa pratique décisionnelle antérieure

La prise en compte de sa pratique décisionnelle antérieure par la Commission européenne peut être abordée par secteur d'activité concerné par l'opération de concentration. C'est en effet le sens que la Commission semble donner elle-même à une telle pratique, en ce qui concerne la définition des marchés pertinents. Le secteur dont les critères et méthodes de définition des marchés sont le plus standardisés est celui de l'industrie pharmaceutique. Pour cause, quarante pour cent des opérations de concentration ayant été contrôlées à la fois par la *FTC* et la Commission européenne ces six dernières années le concernent.

(i) La standardisation de la définition des marchés de l'industrie pharmaceutique

Dès la première des affaires de concentration entre laboratoires pharmaceutiques du corpus de décisions étudiées¹⁵⁵, les références de la Commission à sa pratique antérieure en la matière sont nombreuses. En effet, les critères de segmentation des marchés pertinents que la Commission européenne met en œuvre sont le fruit d'une série de décisions rendues à propos du secteur pharmaceutique.

Des critères de segmentation des marchés de produits pertinents appellent quelques développements. L'exposé le plus clair, et apparemment la décision pivot à partir de laquelle une telle pratique a été institutionnalisée, fut rendu à l'occasion de l'affaire *Sanofi Synthélabo / Aventis*¹⁵⁶.

Pour évaluer la substituabilité côté offre des produits pharmaceutiques, la Commission se réfère à la classification internationale « *Anatomical Therapeutic Chemical* », abrégée en « *ATC* », mise au point par la « *European Pharmaceutical Marketing Research Association* », une entité regroupant les acteurs du marché et des chercheurs universitaires. Cette classification regroupe, en vingt-quatre classes, les médicaments en fonction de leurs indications de traitement ('niveau 3', soit la classe « *ATC 3* »), et de leurs compositions chimiques (sous-classes, niveau « *ATC 4* »). La Commission précise qu'elle se réserve la liberté de changer de classe au cas où le niveau 3 ne lui semblerait pas pertinent, mais adopte le classement *ATC 3* à titre de référence, puisque représentatif des indications de traitement, donc des applications des produits en cause. Et, en effet, elle s'y réfère dans la totalité des cas étudiés, relatifs au secteur pharmaceutique¹⁵⁷.

Est ensuite pris en compte le mode de vente des médicaments en cause. À savoir si le médicament est en vente libre ou ne peut être acheté que sur prescription. Lorsque les médicaments sont en vente libre, le médecin n'intervient pas et les consommateurs supportent eux-mêmes le coût du traitement, ce qui conduit à une augmentation de l'élasticité de la demande au prix, telle que comparée à la situation de médicaments prescrits, qui seront achetés de toute façon, et souvent remboursés. De plus, la Commission relève que les médicaments en vente libre sont l'objet de pratiques marketing élaborées, au moyen de publicités télévisées et présentoirs spécifiques en pharmacie, ce qui est un facteur supplémentaire de segmentation.

Le troisième critère standardisé de délimitation des marchés de produits pharmaceutiques pertinents consiste en la question de savoir si les produits en cause sont des médicaments originaux ou « propriétaires », couverts par des droits de propriété intellectuelle (brevets de propriété industrielle), ou des génériques. Ces derniers sont en effet moins chers, donc reflètent les écarts de prix constatés entre les produits.

Ces trois critères sont systématiquement appliqués aux produits pharmaceutiques, et cela dans toutes les concentrations entre laboratoires pharmaceutiques examinées dans

¹⁵⁵ *Novartis / Hexal*, précitée.

¹⁵⁶ Réf. UE : COMP/M.3354, 2004.

¹⁵⁷ Ces affaires sont les suivantes : *Novartis / Hexal* ; *Teva / Ivax* ; *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare* ; *Schering-Plough / AkzoNobel* ; *Teva / Barr* ; *Merck / Schering-Plough* ; *Pfizer / Wyeth* ; *Novartis / Alcon*, précitées.

la présente étude.

Il en va de même en matière de définition géographique, où les critères de segmentation sont également standardisés. Dans sa décision *Sanofi Synthélabo / Aventis* précitée, la Commission estime que les différents programmes de remboursement existant à l'échelle des États membres, les habitudes différentes des praticiens prescripteurs en fonction de leur pays d'origine, et les autorisations de commercialisation existant encore au niveau national en dépit d'une tendance à l'harmonisation des procédures au niveau de Bruxelles conduisent à définir les marchés pertinents de médicaments dans une dimension nationale. Tel sera le cas de 2004 à 2010 : aucune dérogation à cette règle ne peut être rapportée.

Le contrôle des opérations entre laboratoires pharmaceutiques étant fortement standardisé, la prévisibilité des définitions de la Commission en la matière est donc élevée, au bénéfice de la sécurité juridique. Néanmoins, les critères de définition des marchés du secteur pharmaceutique ne sont pas les seuls à être normalisés. Une telle tendance doit également être constatée relativement aux marchés gaziers.

(ii) La standardisation des définitions de marché dans le secteur des gaz industriels

Il ne se trouve, dans le corpus de décisions étudiées, qu'une seule affaire relative au secteur de la production de gaz industriels. Mais ce secteur a apparemment été l'objet d'un mouvement de concentration important au début des années 2000. C'est la raison pour laquelle la Commission a pu rendre un nombre significatif de décisions à son sujet et en a profité pour normaliser les standards de définition des marchés pertinents.

La seule affaire en cause est donc la décision *Linde / BOC*, de 2006. Se fondant sur les affaires précédentes rendues à propos de l'industrie gazière¹⁵⁸, la Commission procède à une segmentation des marchés de produits selon trois critères.

D'abord par élément chimique, ou type de gaz (oxygène, azote, hélium, argon, etc.). C'est le moyen de déterminer la substituabilité côté demande, car la Commission constate que les utilisateurs ne peuvent pas substituer un gaz à un autre dans les applications qu'ils en ont.

Le deuxième critère a trait aux types de clients auxquels la production est destinée. Trois classes sont ainsi identifiées. Les gaz industriels représentent la part la plus importante de la production, et sont consommés par de nombreux secteurs économiques. Les gaz de spécialités sont utilisés par des consommateurs exigeants pour des applications très spécifiques (l'industrie électronique, notamment). La précision de leurs mélanges est une composante essentielle, et la rareté des gaz employés (gaz « nobles »),

¹⁵⁸ Ces affaires sont : *Air Liquide / BOC*, COMP/M.1630, 18.01.2000 ; *Air Liquide / Messer Targets*, COMP/M.3314, 15.03.2004.

une caractéristique majeure. Leurs prix sont donc plus élevés que ceux des gaz industriels, ce qui les distingue, ainsi qu'une élasticité de la demande au prix très faible : nombre d'industries devraient arrêter leur production si elles venaient à ne plus pouvoir se fournir en gaz de spécialité. Enfin, les gaz médicaux sont beaucoup moins rares que les gaz de spécialités (l'oxygène étant le plus demandé) mais doivent être d'une grande pureté. C'est donc un facteur de séparation des autres gaz en raison des prix encore plus élevés pratiqués dans cette catégorie et l'élasticité quasi nulle de la demande au prix.

Enfin, les marchés pertinents sont également segmentés selon le mode de distribution. D'abord la vente « au poids » ou « en gros »¹⁵⁹ qui consiste en l'approvisionnement des plus gros consommateurs par gazoducs ou usines de transformation directement construite sur le site du client. Ensuite la vente « à la cargaison »¹⁶⁰, où les gaz sont livrés par conteneurs. Enfin, pour les quantités les plus faibles, la vente « à la bonbonne » ou « à la bouteille »¹⁶¹. Ces critères de segmentation des marchés gaziers sont pertinents parce que les différents modes d'approvisionnement ne sont pas économiquement substituables.

Là encore, ces critères de segmentation sont automatiquement respectés, et fondés par référence à des décisions antérieures.

Le secteur pétrolier pourrait encore être cité comme exemple de la reprise par la Commission de ses définitions de marchés antérieures, mais aucune opération n'a été revue à la fois par la *FTC* et la Commission européenne entre 2004 et 2010 en la matière, la dernière du genre étant la fusion *Phillips / Conoco*, contrôlée en 2002.

La Commission européenne, de manière plus générale, tend à faire référence à ses décisions antérieures même quand le secteur concerné par l'opération examinée n'a pas été l'objet d'une standardisation, ou, à tout le moins, qu'une telle standardisation n'est pas encore fermement établie. En témoignage, à titre d'exemple, la référence faite à la décision *Invitrogen / Applied Biosystems*¹⁶² dans la décision *Varian / Agilent*¹⁶³. La Commission décrit en l'espèce les caractéristiques et application d'instruments scientifiques de détection d'atomes et particules, plus précisément le marché des *appareils de chromatographie gazeuse à spectrométrie de masse*, dont elle affirme l'une des caractéristiques en se fondant sur ce qu'elle avait pu établir précédemment, en l'occurrence le fait que lesdits appareils peuvent servir à identifier des éléments chimiques connus mais aussi inconnus.

Constater que la Commission cite ses décisions précédentes de manière générale peu paraître incongru, tant cela semble évident. Toutefois, il faut remarquer que, d'une part, elle ne cite pas, ou très rarement, les arrêts des cours européennes de justice qui ont compétence pour connaître des appels interjetés à ses décisions. D'autre part, cette pratique apparemment banale prend toute son importance lorsqu'est constaté le fait que la *FTC*, elle, ne cite jamais aucune de ses décisions au soutien de son argumentation.

¹⁵⁹ « *Tonnage supply* » dans le texte, s. 3.1, p.6 de la décision précitée.

¹⁶⁰ « *Bulk supply* », s. 3.2, p.7, décision précitée.

¹⁶¹ « *Cylinders supply* », s.3.3, p.8, décision précitée.

¹⁶² Réf. UE : COMP/M.5264, 11.11.2008.

¹⁶³ Réf. UE : COMP/M.5611, précitée, p.7.

b) Une tendance en filigrane similaire de la *FTC*, sans systématisation

Il est *a priori* surprenant de constater que la *FTC* ne mentionne jamais sa pratique décisionnelle antérieure pour justifier de l'adoption de tel ou tel critère comme moyen de segmentation, ou de telle ou telle méthode dans leur application.

Toutefois, les critères standardisés de segmentation des marchés pertinents utilisés par la Commission européenne se retrouvent très fréquemment mentionnés dans les décisions de la *FTC*. C'est d'abord le cas des décisions rendues au sujet d'opérations impliquant des entreprises pharmaceutiques.

(i) Des critères de segmentation des produits pharmaceutiques récurrents

Tout comme la Commission européenne, la *FTC* distingue les médicaments selon qu'ils sont disponibles en vente libre ou sur prescription, sans doute pour les mêmes raisons, mais cela n'est pas explicite¹⁶⁴.

La *FTC* tend également à fonder la segmentation des marchés de produits pharmaceutiques selon qu'il s'agisse de médicaments originaux ou génériques. Ainsi en est-il de la décision *Teva / Ivax*, dans laquelle seuls des médicaments génériques sont considérés être présents sur les marchés définis, en raison des écarts de prix constatés entre ceux-ci et les originaux, bien plus chers. La même argumentation se retrouve dans l'affaire *Teva / Barr*.

En revanche il n'est pas possible de retrouver la moindre trace de la classification *ATC* dont il a déjà été question, d'origine européenne il est vrai. La *FTC* continue de décrire les indications de traitements pour segmenter les marchés au cas par cas, sans adopter de critères de référence. Des critères récurrents apparaissent encore dans les décisions américaines relatives aux concentrations dans le secteur gazier.

(ii) Récurrence des critères de segmentation pour les produits gaziers

¹⁶⁴ C'est le cas, notamment, dans la décision *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare*, précitée.

Là encore, au moins deux des critères de segmentation des marchés de produits gaziers utilisés par la Commission européenne se retrouvent au fil des décisions de la *FTC*. Cela est patent des ses décisions *Air Liquide /Messer Targets*¹⁶⁵ et *Linde / BOC*¹⁶⁶

La *FTC*, à l'instar de la Commission européenne, distingue les gaz par éléments chimiques, puisque les consommateurs considèrent qu'un gaz donné ne rencontre pas de substituts.

Il en va de même du critère du mode d'approvisionnement. La *FTC* considère elle aussi que trois modes de distribution sont à distinguer, sans pour autant les qualifier exactement de la même manière que la Commission européenne. Pour rappel, celle-ci distingue la vente au poids, la vente à la cargaison et la vente à la bonbonne. La *FTC* définit par exemple, dans les arrêts précités, des marchés de la production et de la vente *d'oxygène et d'azote liquides*, ce qui ne peut que correspondre à la qualification européenne de *vente à la cargaison*, seul mode de distribution où les gaz sont transportés et vendus à l'état liquide. De même, lorsque la *FTC* définit un marché pour la *production et la vente d'hélium non raffiné au gros*¹⁶⁷, elle ne peut faire référence qu'à la vente au poids, dans la mesure où la distribution et la vente se font à l'état gazeux, sachant que le seul autre mode de distribution sous forme gazeuse est la vente à la bonbonne, que la *FTC* désigne également sous le vocable de « *cylinders* ».

Il faut donc remarquer que, pour établir des correspondances entre les critères établis par la Commission européenne et la *FTC*, il est nécessaire de procéder par déduction à partir des descriptions qui en sont données dans chacune des décisions, américaine et européenne. La *FTC* ne prend en effet pas le soin d'exposer explicitement une quelconque standardisation de ces critères. Tout au plus est-il possible de remarquer une certaine récurrence dans leur utilisation, en fonction des industries considérées d'une part, et, d'autre part, de souligner une certaine corrélation entre la pratique institutionnalisée qu'adopte explicitement la Commission européenne.

Il ne peut donc pas être considéré que la *FTC*, contrairement à la Commission européenne, institutionnalise des systèmes de définition des marchés pertinents dépendant des secteurs industriels contrôlés.

Que les effets qu'une opération entraîne diffèrent aux États-Unis et en Europe est assurément un facteur de divergence dans les définitions de marché adoptées de part et d'autre de l'Atlantique. Mais il n'en explique pas l'intégralité à lui seul. Les différentes méthodes d'application des critères, les fréquences inégales avec lesquelles les deux autorités y ont recours, et, surtout la finalité poursuivie que se trouve derrière chaque définition de marché permet de comprendre que les marchés de produits ne soient pas définis à l'identique. Pour conclure sur les marchés pertinents, il est certain que les divergences les concernant sont à la source des différences dans les analyses des effets substantiels auxquelles se livrent les deux autorités. Cependant, que celles-ci portent ou

¹⁶⁵ Réf. US : 041 0020, 29.04.2004.

¹⁶⁶ Réf. US : C-4163 061 0114, 07.06.2006.

¹⁶⁷ « *bulk* » dans la terminologie américaine, alors que la terminologie européenne utilise « *tonnage* ».

non sur les mêmes marchés, il reste possible de confronter les pratiques des autorités en la matière sans que, malheureusement, l'occasion ne se présente de pouvoir le faire dans le même cadre de référence, c'est à dire relativement à un marché qui présenterait, dans les deux décisions, les mêmes dimensions *produits* et *géographique*. Depuis l'adoption par l'Union Européenne du test *SIEC*, les tests substantifs de la Commission Européenne et de la *FTC* sont, en théorie, très proches. Se pose néanmoins la question de savoir si la pratique décisionnelle reflète cette convergence des principes. Cela semble être le cas, bien que la prise en compte de certaines formes de concentrations par les autorités soit très inégale.

DEUXIEME PARTIE

CONVERGENCE DU TEST SUBSTANTIF, DIVERGENCES DES CONTROLES PAR FORMES DE CONCENTRATION

Les développements qui suivent vont s'attacher à l'analyse concurrentielle à proprement parler, c'est-à-dire aux tests d'appréciation substantielle d'une éventuelle atteinte à la concurrence sur des marchés qui ont été préalablement définis, conformément à ce qui a été montré en première partie.

Comme le remarque Virginie Viillard dans son ouvrage *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations*¹⁶⁸, les opérations de concentration donnant lieu à un double contrôle de la part des autorités américaines et européennes sont de très grosses opérations. Elles engendrent donc un risque important de conséquences fortement anticoncurrentielles. Les entreprises multinationales impliquées étant de tailles considérables, les opérations contrôlées risquent souvent de conduire au renforcement ou à la création d'une situation de monopole ou d'oligopole, sur un ou plusieurs marchés donnés. Se trouvent ainsi facilitées la coordination des acteurs qui y sont présents ainsi que l'obtention d'un pouvoir unilatéral de marché, ce qui a pour principale conséquence néfaste que les consommateurs soient amenés à payer un prix plus élevé.

En fonction de l'analyse économique retenue, les effets d'une concentration sur un marché ne sont pas perçus de la même manière. Il convient donc de procéder à une brève présentation des enjeux économiques sous-jacents aux politiques de concurrence des autorités américaine et européenne. Sans entrer dans le détail, puisque ce n'est pas le sujet ici, deux grandes tendances sont observable, représentées par deux écoles : Harvard et Chicago. L'objectif, lors de la mise en œuvre d'un test substantiel, est de préserver l'intensité concurrentielle qui existe sur les marchés considérés avant l'opération contrôlée. Pour ce faire, les autorités procèdent à une analyse *a priori* ou *ex ante* de ce que seront, selon toute vraisemblance, les effets de la concentration sur la concurrence, si l'opération était autorisée telle que présentée par les parties. La situation idéale se rencontre sur un marché présentant une « concurrence pure et parfaite », notion développée au dix-neuvième siècle par les économistes classiques puis néoclassiques, à l'instar de Ricardo, reprenant les travaux de Turgot et de Smith. En théorie, l'existence d'un tel marché est conditionnée par quatre caractéristiques. D'abord l'homogénéité des produits qui y sont proposés à la vente, ce qui signifie que l'identité du producteur ou la marque du produit ne doivent pas influencer le choix du consommateur. La deuxième caractéristique est l'atomicité des vendeurs et des

¹⁶⁸ « *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations* », « *Étude comparée des droits communautaire et américain* », Virginie Viillard, éd. Dalloz, col. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, 2007.

acheteurs, c'est-à-dire devant figurer en très grand nombre pour qu'aucun ne puisse exercer un pouvoir sur l'autre, que cela soit du vendeur vers l'acheteur ou en sens inverse. Le troisième critère est l'exigence de mobilité des facteurs de production et l'absence de barrières à l'entrée, conditions nécessaires à ce que l'allocation des ressources entre les différents acteurs et les différents marchés soit optimale. Enfin, la condition de transparence, qui implique une parfaite information (gratuite), de tous les acteurs concernant les produits, les quantités offertes et demandées, les prix et les conditions de vente, afin que joue au maximum la concurrence, tant du côté de l'adoption de leurs stratégies respectives par les entreprises que du côté du choix des consommateurs. Dans les conditions qui viennent d'être décrites, l'offre égale la demande, le prix du produit considéré tend vers son coût marginal de production et le profit réalisé par les producteurs tend, sur le long terme, vers zéro. Mais ce type de marché reste un idéal théorique, inexistant en pratique, décrit comme un « *monument théorique harmonieux et achevé* »¹⁶⁹. Deux économistes, Robinson et Chamberlain, en 1933, sont les premiers à dénoncer l'utopie et montrent qu'une *concurrence imparfaite* est possible, sans que les quatre conditions classiques soient réunies.

C'est donc dans ce contexte que l'Ecole d'Harvard apparaît, menée par l'économiste Joe Bain. La théorie qu'elle élabore prend acte de l'existence uniquement théorique d'une concurrence pure et parfaite et affirme que le meilleur *arrangement concurrentiel* possible réside dans le paradigme « SCP » pour « *Structure, Conduct, Performance* ». La notion de *structure* renvoie ici à l'existence d'éventuelles barrières à l'entrée et à la disponibilité pour les acteurs d'un marché considéré des informations qui y sont relatives. La notion de *performance* renvoie à la question de savoir si les prix constatés sont d'un niveau concurrentiel ou supra concurrentiel, si la production est efficace et si l'innovation est présente sur le marché en cause. Selon ce courant de pensée, la possibilité de voir une ou plusieurs entreprises obtenir un pouvoir de marché croît à mesure que le marché est plus concentré et que les barrières à l'entrée sont plus élevées. La praticabilité de la concurrence vient de la compétition entre les vendeurs et de la possibilité qu'a l'acheteur de s'adresser à l'un de ses concurrents. Dans ces conditions, le niveau de qualité des produits et le volume de la production correspondent à la demande, alors que les prix pratiqués reflètent les coûts de production. En outre, les profits réalisés par les entreprises doivent être suffisants pour attirer des investissements et favoriser les opportunités d'introduire des produits plus innovants. Si toutes ses conditions sont présentes, la situation de l'ensemble des acteurs présents sur le marché considéré est alors efficiente : l'allocation des ressources entre vendeurs et acheteurs, ainsi qu'entre vendeurs concurrents, est optimale. Les autorités du contrôle des concentrations doivent ainsi se préoccuper à la fois de la structure des marchés et du comportement des entreprises sur ledit marché.

Plus tard, dans les années 1970, émerge un autre courant de pensée : celui de l'Ecole de Chicago, - du nom de l'université dans laquelle elle est apparue. Ses thèses emporteront un franc succès auprès des libéraux, après l'accession à la Présidence des Etats-Unis, en 1981, du néoconservateur Ronald Reagan. Les économistes apparentés à ce courant de pensée envisagent la concurrence de manière *dynamique*. Le prix Nobel Milton Friedman estime ainsi que la concurrence est un processus de sélection des entreprises les plus efficaces. D'après lui, une entreprise qui parvient à s'emparer d'une

¹⁶⁹ A. Bienaymé, *Encyclopédie Universalis*.

importante part de marché est récompensée du fait d'être devenue plus efficiente que ses concurrentes. Selon ce courant, il ne faut donc pas s'alarmer du transfert de richesse et du pouvoir de marché qui résultent d'une telle position, puisqu'elle est détenue par une entreprise performante. Le paradigme « SCP » mentionné plus haut doit ainsi être inversé pour tenir compte, en premier lieu, de la performance. La structure d'un marché considéré perd ainsi de sa pertinence. Ainsi l'existence d'une structure de marché très concentrée n'est plus, en soi, vue comme automatiquement contreproductive pour l'économie en générale. La notion de performance prédomine.

Pour toutes ces raisons, le type de contrôle des concentrations entre entreprises pratiqué par une autorité de la concurrence varie en fonction de la théorie économique qui préside à son fondement : l'École d'Harvard ou l'École de Chicago. Un contrôle fondé sur la première implique la réalisation d'un *bilan concurrentiel* de l'opération, se focalisant sur les modifications apportées à la structure des marchés par l'opération, afin d'éviter qu'un transfert de richesse ne s'effectue des consommateurs vers les producteurs. En revanche, un contrôle adoptant pour philosophie l'École de Chicago portera sur un *bilan économique* général, qui s'attachera à vérifier que la création de richesse, quels qu'en soient les bénéficiaires, ne souffre pas de l'opération, quand bien même un transfert de richesse au détriment des consommateurs en résulterait.

Les fondements économiques du contrôle ayant été brièvement exposés, il convient maintenant de revenir aux pratiques décisionnelles de la Commission européenne et de la *FTC*. À bien observer la vingtaine d'opérations de concentration contrôlées par les deux autorités entre 1^{er} mai 2004, date d'entrée en vigueur du nouveau règlement du Conseil sur les concentrations d'entreprises¹⁷⁰, et 2010, il est possible de distinguer des tendances propres à chacune des autorités. Celles-ci se distribuent selon le risque anticoncurrentiel identifié et combattu. Ainsi les deux autorités partagent-elles une semblable fermeté dans la poursuite des effets horizontaux des opérations qu'elles contrôlent (A), objectif qui a toujours été considéré comme primordial par les auteurs de la doctrine et les autorités de la concurrence, tant américaines qu'européennes. En revanche, bien que les bases légales et réglementaires américaine et européenne soient comparables en la matière, il faut remarquer que la Commission européenne est plus soucieuse des effets verticaux et congloméraux des opérations de concentrations que son homologue américaine (B).

A. La fermeté quant aux effets horizontaux : une politique partagée par les deux autorités

¹⁷⁰ Règlement du Conseil de l'Union européenne n° 139/2004.

Il existe, parmi les différentes conséquences qui peuvent résulter d'une opération de concentration, deux types d'effets horizontaux : les effets coordonnés¹⁷¹ et les effets non coordonnés¹⁷² ou unilatéraux. Les premiers regroupent les comportements collectifs, rendus possibles par le changement apporté à la structure du marché par l'opération. L'entité née de l'opération de concentration ne sera donc pas en mesure d'exercer seule un pouvoir de marché, en revanche, lorsque le marché *post* opération présente une structure oligopolistique, des pratiques collusives anticoncurrentielles peuvent prendre place entre l'entreprise en question et ses concurrents. Les effets non coordonnés consistent en la possibilité qu'aura ladite entité d'exercer un pouvoir de marché unilatéral à l'issue de l'opération. Si les pratiques décisionnelles des deux autorités sont caractérisées par la fermeté quant à la poursuite des effets anticoncurrentiels horizontaux, il faut remarquer que la Commission européenne a une acception plus stricte des effets coordonnés (2). En revanche, il semble que le traitement fait aux effets horizontaux non coordonnés soit assez similaire (1).

1. Un traitement similaire des effets horizontaux non coordonnés

Sur les vingt-deux affaires ayant été contrôlées par la Commission européenne et la *FTC*, les autorités tombent d'accord sur le fait que douze opérations donnent lieu à un risque sérieux d'atteinte à la concurrence en raison d'effets horizontaux non coordonnés. Dans quatre cas, la Commission européenne ne s'accorde pas avec la *FTC* pour trouver de pareils effets horizontaux non coordonnés. Mais dans trois de ces cas d'espèce, elle n'a imposé aucun engagement aux parties à l'opération. Aussi la Commission n'avait-elle pas considéré que la probabilité d'une atteinte significative à une concurrence effective soit suffisamment importante. En ce qui concerne la quatrième affaire dans laquelle les décisions des autorités divergent, les marchés pertinents définis ne rendent pas la comparaison possible, tant ils sont différents d'une décision à l'autre, et cela à tel point qu'aucune définition ne se recoupe¹⁷³. Or, comme il a été vu en introduction à ce développement, la totalité des cas examinés par la *FTC* s'est soldée par l'imposition d'engagements. C'est donc que les effets horizontaux non coordonnés constituent, dans la pratique, un fondement majeur commun aux deux autorités pour déclarer une opération de concentration illégale, puisqu'ils sont incriminés dans plus de cinquante pourcents des cas.

¹⁷¹ Prévus à la s. 2.1. des « *Horizontal Merger Guidelines* » américaine de 1992 et au § 22, b), Ch. IV

¹⁷² Prévus au § 22, a), Ch. IV « *Effets anticoncurrentiels possibles de concentrations horizontales* » des « *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales* » de la Commission européenne et à la s. 2.2. des « *Horizontal Merger Guidelines* » américaines.

¹⁷³ *PepsiCo / PepsiCo Bottling Group*, réf. UE : COMP/M.5633, 26.10.2009 ; réf. US : 091 0133, 26.02.10.

Les dispositions prévues par les droits positifs américain et européen sont assez similaires, en ce qu'elles attachent une importance considérable à la modification de la structure des marchés en cause par l'opération (a). Pourtant prévus comme critère apte à contrebalancer l'obtention par l'entité créée par l'opération, les gains d'efficacité semblent pris en compte de façon marginale par les deux autorités (b). Un autre point de convergence se remarque encore dans les engagements requis pour que l'opération de concentration soit autorisée : les autorités ont en effet largement recours aux engagements de défaisance (c).

a) Convergence des droits positifs : la présomption structurelle

Les droits européen et américain, bien qu'ils prévoient un nombre important de facteurs aggravant une éventuelle atteinte à une concurrence effective, se focalisent tous deux sur les parts de marché qui seront détenues par la nouvelle entité à l'issue de l'opération. Il s'agit donc de la mise en œuvre d'une présomption structurelle, dans la mesure où la référence principale concerne les parts de marchés (i), bien que les méthodes d'application ne soient pas identiques (ii). Les critères, et sous critères également pris en compte ne servent en réalité, comme il sera vu plus loin, qu'à confirmer, ou, plus rarement, renverser la présomption structurelle (iii).

(i) Les parts de marché comme critère principal

Les lignes directrices européennes précitées sur *l'appréciation des concentrations horizontales* définissent les risques d'effets unilatéraux comme suit : « les concentrations peuvent {...} entraver de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante {...} en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements »¹⁷⁴. Les lignes directrices poursuivent, au paragraphe 27, en insistant sur le rôle central que jouent les parts de marché des parties et de leur évolution imputable à l'opération dans la détermination d'une atteinte à une concurrence effective : « plus sa part de marché est élevée, plus une entreprise a de chances de posséder un pouvoir de marché. Plus l'addition des parts de marchés est importante, plus les risques que l'opération entraîne une augmentation significative du pouvoir de marché sont élevés. Plus est importante l'augmentation de la clientèle sur laquelle sera dégagée une grande marge bénéficiaire après une augmentation des prix, plus il est probable que les parties à l'opération trouveront une telle augmentation profitable,

¹⁷⁴ § 22, a), Ch. IV des lignes directrices précitées.

même si elle s'accompagne d'une réduction de la production ». Jusque là, les lignes directrices énoncent de manière succincte les effets qui sont assimilés de longue date à l'augmentation des parts de marché : la possibilité pour une entreprise dominante de pouvoir se comporter indépendamment de la concurrence et de ses clients, ce qui lui permet, *in fine*, de fixer des prix à la hausse et d'augmenter ainsi ses profits sans pour autant augmenter sa production. En revanche, ce qui suit est caractéristique du 'nouveau' test substantiel instauré par le règlement de 2004. En effet, la Commission poursuit : « *Bien que des parts de marché et leur progression ne constituent que de premières indications d'un pouvoir de marché et d'une augmentation de celui-ci, ce sont des facteurs importants pour l'opération* ». Il peut être remarqué que la Commission, par cette nuance apportée au caractère central des parts de marché des parties et de leur progression, met en valeur les éléments complémentaires sur lesquels elle fondera une conclusion d'atteinte substantielle à une concurrence effective. Avant le 1^{er} mai 2004 et l'application du règlement 139/2004, le test substantiel utilisé par la Commission était emprunté aux procédures engagées sur le fondement de l'article 102 TFUE¹⁷⁵ relatif aux abus de position dominante, donc un simple test de dominance¹⁷⁶. C'est pourquoi le bilan de l'opération consistait en un *bilan concurrentiel* et non *économique*. Ce n'est en théorie plus le cas, et les affaires dont il est question dans cette étude permettront de le confirmer ou de l'infirmer.

La centralité des parts de marché dans les lignes directrices européennes se retrouve largement à la lecture des « *Horizontal Merger Guidelines* » de 1992. La section 2 de ce texte, « *Effets anticoncurrentiels potentiels des concentrations* », dispose : « *Toute chose égale par ailleurs, la concentration d'un marché influence la probabilité qu'une entreprise, ou un petit groupe d'entreprises, puissent exercer avec succès un pouvoir de marché. Plus la part qu'une entreprise contrôle de la production totale est petite, plus la diminution de sa propre production nécessaire pour provoquer une augmentation de prix sera importante, et moins elle a de chances que cette restriction à sa production lui soit profitable* ». Le critère relatif aux parts de marché détenues par les parties et la description des effets qui s'ensuivent, à savoir la probabilité que celles-ci puissent augmenter les prix tout en générant un profit sont donc énoncés de manière négative, mais néanmoins identique à la disposition équivalente des lignes directrices européennes, quant à son contenu. De même, les *Guidelines* américaines poursuivent : « *Cependant, les parts de marché et leurs augmentations dues à l'opération indiquent seulement un point de départ pour l'analyse de l'impact concurrentiel d'une concentration. Avant de déterminer s'il convient de contester la légalité d'une concentration, la Commission prendra également en compte les autres facteurs relatifs aux effets anticoncurrentiels, ainsi qu'à l'entrée, aux gains d'efficacité et à l'entreprise défaillante* ». Les *Guidelines* américaines soulignent donc, elles aussi, le fait qu'une part de marché élevée détenue par l'entité née de l'opération ne constitue qu'un premier indice d'un affaiblissement significatif de la concurrence. Il faut remarquer qu'elles le font avec plus d'insistance que ne le font les lignes directrices européennes précédemment citées.

Le test substantiel qui vient d'être décrit dans sa première branche est nommé *SLC* aux Etats-Unis, pour « *Significantly Lessening Competition* » c'est-à-dire «

¹⁷⁵ À l'époque, art. 82 du Traité instituant les Communautés Européennes

¹⁷⁶ Voi à ce titre, l'arrêt de la Cour Européenne de Justice *Akzo Chemie BV v Commissio*, 1993 5 CMLR 215, établissant les présomptions de dominances fondées sur la part de marché détenue par l'entreprise.

affaiblissement significatif de la concurrence », alors qu'il est énoncé à l'article 2.2. du règlement du Conseil 139/2004 comme le test « *SIEC* » pour « portant une atteinte significative à une concurrence effective ». Bien que le règlement de 2004 ait amorcé un rapprochement du test substantif européen vers le test substantif américain, les deux sont encore considérés diverger quelque peu : « *la position adoptée par le règlement des communautés européennes relatif au contrôle des concentrations est aujourd'hui un hybride {des tests de dominance et du SLC américain} »¹⁷⁷. Se pose donc la question de savoir en quoi le test *SIEC* est un hybride de test de dominance et du *SLC*, si toutefois l'étude de la pratique décisionnelle confirme ce point de vue, largement partagé, il est vrai, par les auteurs de la doctrine.*

(ii) Divergences mineures dans la méthode

La pratique confirme l'accent placé par les textes sur les parts de marché et leur évolution. Il convient cependant de remarquer que les outils analytiques utilisés par les deux autorités ne sont pas les mêmes, bien qu'ils aient exactement le même objectif. Ainsi la Commission européenne se réfère-t-elle de manière quasi automatique aux parts de marché 'brutes', telles qu'elles apparaissent à l'issue de son enquête. C'est le cas de la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Cemex / RMC*¹⁷⁸ : la Commission y commence son analyse concurrentielle en relevant les marchés sur lesquels les parts des parties sont supérieures à trente pour cent, niveau en deçà duquel elle considère que, hors circonstances exceptionnelles, l'opération n'affectera pas significativement une concurrence effective. Dans sa décision *Novartis / Hexal*¹⁷⁹, la Commission fait état de ses préoccupations *a priori* dès lors que le cumul des parts des parties atteint trente-cinq pour cent sur un marché considéré, dont l'augmentation imputable à l'opération est supérieure à un pour cent. Il faut noter que l'apparent changement de seuil est dû à une systématisation de la Commission européenne de l'analyse des marchés de l'industrie pharmaceutique, pour laquelle elle classe les marchés en trois groupes, en fonction de la présence des parties. Dans sa décision *Teva / Ivax*¹⁸⁰, à l'occasion de laquelle la Commission européenne rend une décision de conformité de l'article 6(1)(b) ECMR sans demander aux parties d'engagements, la Commission ne fait part d'aucun *doute sérieux* puisque les parties ne détiennent pas plus de vingt à trente pour cent des parts des marchés en cause. Ce type de classification des marchés particulièrement affectés se retrouve dans les décisions *Teva / Barr*¹⁸¹, *Merck / Schering-Plough*¹⁸² et *Pfizer / Wyeth*¹⁸³. Il va sans dire que des parts de marché cumulées s'élevant à plus de cinquante pour cent, comme c'est par exemple le cas dans la décision *Thermo Electron / Fischer Scientific*¹⁸⁴, où la part de marché combinée des parties sur le marché des « évaporateurs

¹⁷⁷ In « *Competition Law of the EC and the UK* », 19.2.2.4 « *The substantive test* », p.391, Mark Furse, éd. Oxford University Press, 6^e édition, 2008.

¹⁷⁸ Réf. UE : COMP/M.3572, 08.12.2004.

¹⁷⁹ Réf. UE : COMP/M.3751, 27.05.2005.

¹⁸⁰ Réf. UE : COMP/M.3928, 24.11.2006.

¹⁸¹ Réf. UE : COMP/M.5295, 19.12.2008.

¹⁸² Réf. UE : COMP/M.5502, 22.10.2009.

¹⁸³ Réf. UE : COMP/M.5476, 17.07.2009.

¹⁸⁴ Réf. UE : COMP/M.4242, 09.11.2006.

rotatifs sous vide » atteint cinquante-cinq à soixante-cinq pour cent. La présomption structurelle joue donc à plein.

La *FTC* prête une attention tout aussi importante à l'analyse des parts de marché détenues par les parties et leur évolution *post* opération. Seulement, là où la Commission européenne fonde son évaluation de la concentration sur l'observation des simples parts de marché, le plus souvent déduites des données relatives aux ventes réalisées par les parties, la *FTC* recourt au *two* ou *four firms ratio* et à l'indice *Herfindahl-Hirschman*. Le premier de ces outils analytiques consiste en la prise en compte des parts de marché des deux ou quatre premières entreprises, selon le cas, étant les plus présentes sur un marché considéré. Il est ainsi possible d'obtenir une image de la concentration du marché en cause. Cela dit, nombre d'économistes considèrent ce critère dépassé en ce qu'il ne rend pas compte de l'évolution de la part de marché due à l'opération. La *FTC* y a pourtant recours encore assez régulièrement, en témoignent les décisions qu'elle a rendu dans les affaires *Cemex / RMC*¹⁸⁵ ou encore *Procter & Gamble / Gillette*¹⁸⁶, de manière non exhaustive. Il faut cependant nuancer l'importance de cet outil, puisqu'il se trouve toujours renforcé dans son utilisation par la prise en compte de l'indice *Herfindahl-Hirschman*. Ce dernier outil analytique consiste en la somme des carrés des parts détenues par tous les acteurs présents sur un marché considéré. L'indice obtenu est compris entre mille et dix mille. Un marché dont l'indice *HHI* est compris entre mille et mille huit-cents points est considéré faiblement concentré, fortement concentré à partir de quatre mille, le maximum, dix mille, correspondant à une situation de monopole absolu. Au-delà de mille huit-cents points, la *FTC* se montre plus attentive à l'augmentation de l'indice imputable à l'opération. Cet outil analytique de mesure de la concentration régnant sur un marché est celui que la *FTC* emploie en priorité. Il se retrouve dans la quasi-totalité des décisions étudiées, à quelques exceptions près¹⁸⁷. Lorsque l'autorité américaine ne recourt pas à l'indice *HHI* c'est qu'elle n'en a pas besoin : les parts de marché cumulées des parties sont alors tellement élevées qu'il n'est nul besoin de prendre en compte la dispersion de la concurrence. C'est par exemple le cas dans la décision *Novartis / Hexal* susmentionnée, dans laquelle les deux entreprises à l'opération sont en position de duopole sur les marchés américains de trois médicaments génériques, atteignant de soixante-quinze à quatre-vingt-quinze pour cent des parts des marchés considérés.

S'il est difficile d'identifier avec précision la part de marché et le niveau de concentration conduisant à une condamnation *per se* de l'opération, c'est-à-dire suite à la seule prise en compte des critères de concentration sans que ne soient considérés les sous critères supplémentaires (ils le sont toujours, même très brièvement), il est possible de relever des tendances. La Commission européenne tend à relever une probabilité importante d'atteinte à une concurrence effective due à des effets horizontaux non coordonnés, sans que ne soient examinés sérieusement d'autres critères, lorsque les parts de marché cumulées détenues par les parties atteignent un niveau propre à conduire à

¹⁸⁵ Réf. US : C-4131 051 0007, 25.03.2005.

¹⁸⁶ Réf. US : C-4151 051 0115, 15.12.2005.

¹⁸⁷ L'indice *HHI* n'est pas employé par la *FTC* dans les décisions suivantes : *Novartis / Hexal*, réf. US : C-4150 051 0106, 21.09.2005 ; *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare*, C-4180 061 0220, 16.01.2007 ; *Boston Scientific / Guidant*, réf. US : C-4164 041 0056, 21.07.2006 ; *Thermo Electron / Fischer Scientific*, réf. US : C-4170 061 0187, 30.11.2006 ou encore *Merck / Schering-Plough*, réf. US : C-4268 091 0075, 30.11.2009.

une conclusion de dominance. Selon les niveaux de concentration établis par la jurisprudence communautaire¹⁸⁸, une part de marché cumulée de plus de cinquante pour cent attirent les *doutes sérieux* de la Commission, qui ne prend pratiquement plus en compte les circonstances aggravantes ou atténuantes dès que les parts de marché s'approchent de soixante-dix pourcents. Dans ce dernier cas de figure, l'opération est considérée contraire au Marché commun. Cette tendance s'illustre, à titre d'exemple, dans la décision *Procter & Gamble / Gillette* précitée, où la Commission déclare l'opération illégale en l'état, car elle conduirait à la création d'une situation de dominance en faveur des parties, qui détiendrait jusqu'à quatre-vingt pourcents de certains marchés identifiés en l'espèce. La décision la plus représentative de cette tendance dans le corpus d'affaires étudié est sans doute celle rendue à propos du rachat d'*Agilent* par *Varian*¹⁸⁹, où la part cumulée des parties sur le marché des *instruments portables de chromatographie gazeuse* s'élève à quatre-vingt ou quatre-vingt-dix pourcents (les parts exactes ne sont jamais rendues publiques, conformément au respect des secrets commerciaux imposé par l'article 17 du règlement 139/2004), un niveau tel qu'il est en lui-même une preuve de la création d'une position dominante. Un seul contre-exemple à cette tendance peut néanmoins être relevé dans la décision *Novartis / Hexal* où la Commission estime qu'une part de marché cumulée des parties s'élevant à 70-80% n'est pas révélatrice d'une atteinte à la concurrence puisque l'augmentation de la part de marché apportée par l'opération est faible, et la part apportée est en décroissance constante sur les années précédant l'opération. Le comportement stratégique de la nouvelle entité ne se trouverait ainsi pas modifié *post* opération.

La *FTC* adopte la même conduite lorsque les parts de marché des parties sont très élevées et ne prend pas la peine de considérer de sous critères supplémentaires pour déclarer l'opération illégale en l'état. C'est ce qu'elle fait à l'occasion de la décision qu'elle rend dans l'affaire *Varian / Agilent* précitée, notant qu'elle conduirait à la création d'une situation de monopole¹⁹⁰, sans citer la part de marché cumulée (proche de 100%), mais en se contentant de relever qu'elle serait très élevée. C'est encore le cas dans la décision *Novartis / Hexal*, où des parts cumulées variant de soixante-dix à quatre-vingt-quinze pour cent en fonction des marchés pertinents sont considérées être une preuve que l'entité née de l'opération pourra exercer un pouvoir unilatéral de marché.

Restent les situations intermédiaires, dans lesquelles les parts de marché ne sont pas suffisamment élevées et leur augmentation pas suffisamment importante pour qu'une conclusion d'illégalité soit tirée directement. On peut constater que les deux autorités adoptent un seuil inférieur, exprimé en parts de marché ou en points *HHI*, assez proche, avant de pousser plus avant leurs investigations. Ce seuil se situe aux alentours de vingt-cinq pour cent pour la Commission européenne qui, jusqu'à trente-cinq pour cent de parts de marché, n'émet aucun *doute sérieux a priori*. Il faut alors que de très sérieux éléments factuels conduisent la Commission à penser que l'opération pourrait donner naissance à des effets anticoncurrentiels non coordonnés. Ceci est expliqué dans la décision *Novartis / Hexal*, lorsqu'elle procède au classement des marchés pertinents en trois groupes. Ainsi le « *groupe 3* » regroupe-t-il les marchés sur lesquels les parties possèdent une part de marché comprise entre vingt-cinq et trente-cinq pour cent, à

¹⁸⁸ Voir l'arrêt de la CJE *Akzo c. Commission* précité.

¹⁸⁹ *Agilent / Varian*, réf. UE : COMP/M.5611, 26.01.2010.

¹⁹⁰ Réf. US : C-4292 091 0135, 25.06.2010.

propos desquels elle ne pousse pas plus loin son enquête. Parmi les décisions étudiées ne figurent pas d'exemples d'effets non coordonnés pouvant être obtenus en présence d'une très faible part de marché des parties. C'est donc à partir de trente-cinq pour cent de part que la Commission cherche d'autres indices afin de savoir si un pouvoir de marché unilatéral pourrait être exercé *post* opération. Les seuils admis par la *FTC* en la matière sont comparables mais généralement exprimé en points de l'indice *Herfindahl-Hirschman*. Les *Commentaires sur les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales*¹⁹¹ indiquent que les seuils énoncés à la section 1.15 des *Guidelines* agissent comme limites inférieures mais qu'il reste possible que des marchés investigués, dont le niveau de concentration serait supérieur aux seuils, ne soient pas nécessairement porteur d'une atteinte substantielle à la concurrence. Les seuils ainsi prévus sont les suivants : aucuns effets anticoncurrentiels ne sont à prévoir si l'indice *HHI* est inférieur à 1000 points, s'il est inférieur à 1800 points et que son augmentation est inférieure à 100 points, ou encore si le *HHI* est supérieur à 1800 points mais que son augmentation ne dépasse pas 50 points.

La présomption structurelle est donc une réalité de part et d'autre de l'Atlantique, tant dans les textes que dans les pratiques décisionnelles. Par ailleurs, à l'exception des opérations qui créent à l'évidence une position de dominance, les autorités recourent à d'autres outils analytiques, comme les y invitent leurs droits positifs, avant de déclarer une opération illégale en l'état en raison de ses effets horizontaux.

(iii) Convergence des critères complémentaires et de leur mise en œuvre

Les lignes directrices communautaires relatives à l'appréciation des concentrations horizontales précitées identifient d'autres facteurs servant à préciser la première impression que donnent la mesure des parts de marché et l'évaluation de l'augmentation dans la concentration. Celles-ci s'attachent à l'analyse de l'intensité de la concurrence qui existait entre les deux parties à l'opération avant la concentration, à la substituabilité côté offre, aux capacités de production inexploitées que les concurrents pourraient mettre en œuvre en réaction à une diminution de la production des parties, à la capacité de la nouvelle entité à étouffer la concurrence restante ou potentielle, ainsi qu'à la disparition éventuelle d'un « *important moteur de la concurrence* »¹⁹², dont la signification et la portée seront vues plus loin.

Les « *Horizontal Merger Guidelines* » américaines de 1992, en leur section 2.2 intitulée « *Atteinte à la concurrence due aux effets unilatéraux* »¹⁹³, prescrivent, en substance, le recours aux mêmes outils d'évaluation de l'atteinte à la concurrence. Il faut toutefois remarquer que les *Guidelines* divisent les outils analytiques à employer selon

¹⁹¹ « *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* », « *Significance of concentration and market shares statistics* », *FTC/DOJ*, mars 2006.

¹⁹² Lignes directrices de la Commission européenne sur l'appréciation des concentrations horizontales, 2004, paragraphes 28 à 38, précitées

¹⁹³ « *Lessening of competition through unilatéral effects* ».

que les parties se caractérisent par une forte différenciation de leur produits ou par leurs capacités. Cependant, comme le remarque Me. Femi Alese¹⁹⁴, cette distinction n'est pas reprise par la pratique décisionnelle de la FTC. Effectivement, il n'est pas possible d'y trouver la moindre allusion dans les décisions étudiées ici. La distinction n'est d'ailleurs pas reprise dans la version révisée des *Guidelines* d'août 2010¹⁹⁵, ce qui semble entériner sa désuétude. Considérant le peu d'importance que revêt cette distinction en pratique et dans un souci de clarté de l'exposé, il n'en sera pas tenu compte dans les développements qui suivent. Se trouve donc évoquée en première position la proximité entre les produits des parties à l'opération, ce qui revient à considérer l'intensité de la concurrence existant entre lesdites parties. Est ensuite considérée la capacité des concurrents à réagir à l'opération en « *repositionnant les produits qu'ils proposent à la vente* », ce qui semble ouvrir à la question de la substituabilité côté offre. Enfin est évoquée la capacité des concurrents à augmenter leur niveau de production en réaction à l'opération, afin de combler une éventuelle réduction de leur offre par les parties à l'opération.

Une assez large convergence des lignes directrices peut donc être constatée au vu de ce qui précède. Il semble que les lignes directrices européennes soient sensiblement plus précises dans leur prise en compte des critères complémentaires à l'étude des parts de marché et de leur évolution. Un regard porté sur la pratique décisionnelle de ces six dernières années montre que, au stade de l'application, les autorités font un usage tout à fait semblable des critères énoncés.

Comme il a été vu plus haut, il faut une part de marché de l'ordre de trente-cinq pour cent et une augmentation de celle-ci imputable à l'opération supérieure à un pour cent pour que la Commission européenne pousse plus avant ses investigations sur un marché donné. De même, les parts de marché et la variation de la concentration exprimées en points *HHI*, telles qu'exposées précédemment, servent-elles de seuils déclenchant une investigation plus poussée de la *FTC*. Alternativement, cette dernière se fonde également sur les parts de marché, et se fie à des seuils tout à fait similaires. Dès lors que ces seuils sont vérifiés, les autorités recherchent si les facteurs aggravants décrits plus haut existent en l'espèce.

Sur les vingt-deux décisions ayant été rendues à propos des mêmes affaires par la *FTC* et la Commission européenne de 2004 à 2010, seuls deux marchés sur lesquels les parts des parties étaient faibles ou modérées ont supporté une conclusion de risque d'atteinte significative à la concurrence, relativement aux effets unilatéraux qui auraient probablement pu y prendre place *post* opération.

Le seul marché dans le cas qui vient d'être décrit ayant été défini et étudié par les deux autorités (à l'exception de sa dimension géographique), se rencontre dans l'affaire *Varian / Agilent*¹⁹⁶. Il s'agit en l'espèce du marché des *instruments de chromatographie couplée à la spectrométrie de masse à quadrupole triple*, qui sont des appareils de détection des éléments atomiques. Pour la Commission européenne, la part détenue par *Varian* est estimée à 40-50% du volume et 30-40% de la valeur du marché EEE. La part d'*Agilent* est inconnue, mais faible. Malgré la part de marché relativement modérée

¹⁹⁴ In *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*, éd. Ashgate, 2008.

¹⁹⁵ *Horizontal Merger Guidelines*, s.6 « *Unilateral effects* », 19.08.2010.

¹⁹⁶ Réf. UE : COMP/M.5611, 20.01.2010 ; Réf. US : C-4292 091 0135, 25.06.2010.

détenue par *Varian* et l'inconnue que représente celle d'*Agilent*, la Commission estime qu'en raison de la réputation de marque de cette dernière et de son avancée technologique, *Agilent* est le concurrent le plus sérieux de *Varian*. L'opération supprimerait donc une concurrence substantielle qui ne peut être mesurée. Bien sûr, sur un marché aussi technologique, les barrières à l'entrée sont très élevées. La *FTC*, quant à elle, après avoir mesuré la part cumulée des parties *post* opération sur le marché américain à 48%, estime elle aussi qu'*Agilent* était le concurrent le plus sérieux de *Varian* et que, partant, le rythme de l'innovation technique et de l'amélioration des services s'en trouveraient affectés. Elle déclare qu'au surplus, la nouvelle entité serait dès lors en mesure d'exercer un pouvoir de marché et d'augmenter les prix.

Dans une autre affaire, la Commission européenne, dans sa décision relative à la concentration *Novartis / Hexal* précitée, affirme que les parties à l'opération détiennent ensemble trente-cinq pour cent du marché allemand des médicaments *anti rhumatismes topiques en vente libre*. Cette part de marché est relativement faible mais *Novartis* produit et vend le médicament original de référence (Voltarène) et *Hexal* son générique le plus proche en matière de composition chimique (Diclac). Le premier critère aggravant réside donc dans la proximité de produits des parties, jusqu'alors cause d'une concurrence qui disparaîtrait *post* opération. Cette situation est encore aggravée par la réputation dont jouissent les produits des parties, ce qui leur donne la possibilité d'augmenter les prix, les consommateurs se sentant captifs de ces marques. La décision considère ensuite que les barrières à l'entrée sont significatives en raison des coûts élevés de publicité nécessaires à la commercialisation de tels produits. Enfin, les parties seraient en mesure d'étouffer la concurrence en proposant des *packages* aux pharmaciens et ainsi occuper une partie très majoritaire des espaces de vente accessibles aux consommateurs finaux¹⁹⁷. La *FTC*, ayant décidé de séparer les médicaments génériques et originaux dans sa définition des marchés pertinents (en raison des écarts de prix constatés aux États-Unis), ne définit pas de marché équivalent. Il n'est donc malheureusement pas possible de comparer les positions américaine et européenne, sans compter que le marché géographique n'aurait de toute façon pas été le même, les marchés de produits pharmaceutiques étant toujours nationaux.

En dehors des décisions qui viennent d'être citées, aucun risque de voir s'installer des effets horizontaux non coordonnés n'a été identifié en deçà de cinquante pour cent de part de marché. S'il est possible de dégager des tendances fondées sur un échantillon si mince, on peut constater que, contrairement à sa réputation, la Commission européenne ne semble pas plus hésiter que la *FTC* à émettre des *doutes sérieux* même lorsque les parts de marché des parties ne sont pas élevées. On remarquera également que dans les deux cas d'espèces cités, la différenciation des produits joue d'un rôle majeur, puisqu'elle rend les utilisateurs captifs des produits des parties. C'est aussi le cas des barrières à l'entrée suscitées tant par l'avance technologique que par les frais de publicité. Il serait toutefois risqué de considérer que l'affaire *Varian / Agilent* soit représentative, tant le marché qui y était considéré est ténu, apparaissant comme une niche technologique, petite chose qui justifie probablement les conclusions des deux Commissions.

¹⁹⁷ Réf. UE : COMP/M.3751, p.10 et 11, 27.05.2005.

Quand les parts de marché des parties dépassent les 50 pour cent, les décisions prennent tout de même le soin d'examiner les conséquences de l'opération au moyen des outils analytiques complémentaires déjà décrits. À l'exception de cas où lesdites parts de marché sont si élevées que seules les barrières à l'entrée du marché sont prises en compte, il faut noter que les deux Commission renforcent la présomption structurelle au moyen d'autres fondements.

Sont toujours invoquées les barrières à l'entrée, même au soutien des accusations portant sur les marchés les plus concentrés. Dans le corpus de décisions étudiées, pas une seule conclusion de risques significatifs d'atteinte à une concurrence effective n'a été retenue sans que des barrières élevées n'aient été trouvées. Ce qui ne signifie cependant pas que des barrières à l'entrée peu élevées aient pu servir à renverser une présomption d'illégalité *a priori* adoptée au vu de l'importance des parts de marchés : aucun exemple d'un tel cas de figure ne se rencontre. Dans chaque cas d'espèce, des barrières élevées ont servi à renforcer une conclusion d'atteinte significative probable à une concurrence effective. Ainsi de la décision de la *FTC* dans l'affaire *Novartis / Hexal*, dans laquelle les parts des parties sur trois marchés de médicaments génériques étaient comprises entre 70 et 95%, selon les marchés, un niveau propre à soutenir une conclusion de dominance *per se*. L'autorité américaine relève toutefois l'existence de barrières à l'entrée élevées (que représentent en l'espèce les droits de propriété intellectuelle et l'obtention des autorisations de commercialisation nécessaires auprès de la *Food and Drug Administration*) au soutien de sa conclusion à l'illégalité de l'opération telle qu'envisagée par les parties. La *FTC* procède de même, dans une situation comparable (80% de parts de marché), dans l'affaire *Procter & Gamble / Gillette*¹⁹⁸, ou encore à l'occasion de la création d'un monopole lors du rachat d'*Ivax* par *Teva*¹⁹⁹. La Commission européenne adopte une pratique identique sur ce point. C'est notamment le cas dans sa décision *Thermo Electron / Fischer Scientific* précitée, où elle souligne qu'aucun entrant n'est suffisamment avancé en recherche et développement pour intégrer le marché en cause sur le moyen terme, afin de concurrencer les parties détenant 55-65% dudit marché. Il ne paraît pas opportun de rapporter toutes les décisions qui ont fait état de fortes barrières à l'entrée, puisque c'est une constante dès qu'une atteinte à la concurrence est établie. Il faut en effet que les autorités s'assurent qu'aucune entrée ne viendra modifier la structure concentrée des marchés en cause avant de conclure à une atteinte à la concurrence.

Les éléments factuels à l'origine des barrières à l'entrée sont l'objet d'un large consensus. Sont invoqués le plus souvent, par ordre de récurrence : les droits de propriété intellectuelle (concernant tous les marchés technologiques tels que pharmacie, chimie, instrumentation et, parfois, biens de consommation courante – affaire *Procter & Gamble* précitée)²⁰⁰, les autorisations administratives de commercialisation (autorités sanitaires le plus souvent), l'importance des investissements financiers nécessaires au développement ou à la production d'un produit²⁰¹, dont les *sunk costs*, la difficulté que

¹⁹⁸ Réf. US : C-4151 051 0115, 29.09.2005, *Complaint*.

¹⁹⁹ Réf. US : C-4151 051 0214, 20.01.2006, *Complaint*.

²⁰⁰ Voir, à titre non exhaustif, les affaires : *Johnson & Johnson / Guidant, Varian / Agilent, Novartis / Hexal*.

²⁰¹ Voir, à titre non exhaustif, les affaires : *Boeing / Lockheed Martin / ULA*, où les investissements en R&D sont estimés représentés plus d'un milliard de dollars ; *Linde / BOC* : où les investissements nécessaires à la construction d'un site de production s'élèvent à 30-40 millions de dollars par la *FTC*, et où la Commission européenne parvient à des conclusions similaires.

rencontrera tout nouvel entrant à se faire une image de marque et les coûts inhérents de publicité²⁰² ou encore l'accès aux réseaux de distribution²⁰³. Dans l'ensemble, les autorités relèvent ainsi la présence des mêmes barrières à l'entrée et y attachent une importance identique.

La question de savoir si les parties à l'opération exerçaient l'une envers l'autre une contrainte concurrentielle significative apparaît tout aussi fondamentale pour les deux Commissions. Ainsi s'emploient-elles automatiquement à caractériser l'intensité de la concurrence que se livraient les parties *ante* opération, et à relever la disparition d'une concurrence « *directe, substantielle et effective* » entre les parties, formule commune à la *FTC* et à la Commission européenne. Il se trouve des situations dans lesquelles cette question revêt une importance particulière, à savoir lorsque l'une des parties a une réputation de « *maverick* », c'est-à-dire « franc-tireur ». Une telle entreprise se caractérise par sa politique agressive sur les prix pour gagner des parts de marché et ainsi contenir les prix des concurrents vers le bas. À titre d'exemple, les deux autorités relèvent la disparition d'un tel concurrent dans les affaires *Linde / BOC*, où Linde contribuant pour une grande partie à la concurrence sur les prix de *l'hélium vendu à la cargaison*. D'autres affaires font encore mention de la disparition d'un « franc-tireur » par l'opération, ce qui entraîne automatiquement la condamnation de l'opération relativement au marché considéré, puisque la nouvelle entité, débarrassée de son concurrent le plus embarrassant, pourra facilement augmenter les prix. En revanche, une divergence entre les deux autorités apparaît dans les décisions qu'elles ont rendues à propos de la fusion *Agilent / Varian*²⁰⁴, puisque la *FTC* relève qu'*Agilent* était le concurrent le plus agressif sur les prix, ce que ne fait pas la Commission européenne. Ce relatif désaccord doit être nuancé dans la mesure où les deux décisions considèrent un même marché de produits, mais de dimensions géographiques différentes (EEE et États-Unis). Il est donc possible que la politique commerciale d'*Agilent* n'ait pas été la même aux États-Unis et en Europe, ce que les documents disponibles ne permettent pas de savoir.

Se trouve toujours analysée la répartition de la concurrence *post* opération. Il s'agit pour les autorités de comparer la part cumulée détenue par les parties à celle de l'entreprise qui sera leur plus proche concurrente. Les parts de marchés des autres acteurs sont également prises en compte. Ainsi, moins les concurrents restants sont nombreux et plus leurs parts de marché sont faibles à l'issue de l'opération, plus il y a de chances que la nouvelle entité puisse exercer un pouvoir de marché. Dresser la liste exhaustive des décisions faisant appel à cette pratique serait vain, tant elle est généralisée. Cet outil analytique ne semble pas appeler plus de commentaires, tant les pratiques décisionnelles convergent en la matière : dès lors qu'il reste trois à quatre concurrents sur le marché, dont au moins deux possèdent 20% à 40% de parts de marché, la concurrence survivant à l'opération sera la plupart du temps considérée comme suffisamment importante. Un cas particulier doit toutefois être mentionné. La *FTC*, dans sa décision *Varian / Agilent* précitée, considère que la structure de la

²⁰² Voir, notamment, l'affaire *Novartis / Hexal* où les investissements en publicité télévisée sont considérés constituer un obstacle majeur.

²⁰³ Voir l'affaire *Procter & Gamble / Gillette*, à l'occasion de laquelle l'accès aux étalages des distributeurs (*shelf positioning*) est considéré être une barrière à l'entrée significative par la *FTC* et la Commission européenne.

²⁰⁴ Réf. UE : COMP/M.5611, 20.01.2010 ; réf. US : C-4292 091 0135, 14.05.2010.

concurrence se trouverait considérablement affaiblie par l'opération, en présence de 48% de part de marché détenue par les parties, suivies d'un concurrent avec 36% et d'un troisième avec 16%. La concurrence ne paraît donc pas tellement fragmentée *a priori*. Le fait que la *FTC* y attache de l'importance en l'espèce s'explique probablement par le fait que le nombre de concurrents présents sur le marché passerait de quatre à trois, ce qui est favorable à l'établissement de comportements coordonnés.

Quelques différences semblent encore prendre place entre les deux autorités relativement à leur considération des indices factuels complémentaires renforçant la présomption structurelle. Ainsi qu'il a été vu plus haut, les lignes directrices européennes sont sensiblement plus précises en la matière que les *Guidelines* américaines, ce qui transparait en filigrane dans les pratiques décisionnelles des deux autorités. C'est d'abord le cas en ce qui concerne la prise en compte des capacités de production inexploitées sur le marché, auxquelles la *FTC* ne fait aucune référence dans les décisions étudiées. La Commission européenne ne se montre pas beaucoup plus soucieuse de les relever, mais le fait tout de même en une occasion. Dans sa décision *BASF / Ciba*²⁰⁵, elle y recourt pour confirmer le risque d'effets unilatéraux sur le marché du *vanadate de bismuth*, dont il n'existe pas de capacités de production inexploitées, condamnant ainsi toute possibilité de réaction à une éventuelle réduction de leur production par les parties. Un autre facteur aggravant est encore pris en compte par la Commission seule, mais, là encore, à deux reprises seulement : l'élimination d'un « moteur de la concurrence ». La Commission, dans sa décision *Varian / Agilent*²⁰⁶, où *Agilent*, malgré sa faible part de marché, est considéré être un moteur de la concurrence, en raison de son avancée technologique qui le plaçait comme le concurrent futur vraisemblablement le plus important de *Varian*. Cette contrainte concurrentielle future disparaissant avec l'opération, les perspectives de voir s'établir une concurrence intense sur le marché en cause disparaissent avec l'opération. Une autre illustration se trouve dans la décision *Johnson & Johnson / Guidant*²⁰⁷, dans laquelle la Commission estime que *Guidant* se trouve exactement dans la même situation que celle décrite pour *Agilent* dans la décision précitée. Il faut remarquer que la *FTC* fait de même dans sa décision relative à la même affaire, mais semble aborder la question sous l'angle de l'intensité de la concurrence que se livraient les parties, et non la suppression d'un « moteur de la concurrence », quoique les descriptions faites de la situation dans l'une et l'autre des décisions soient très similaires.

Les outils d'analyse des circonstances factuelles de chaque espèce servant à détecter et poursuivre une éventuelle atteinte significative à une concurrence effective sont donc largement partagés par les autorités. Exceptées quelques décisions dont l'importance est nuancée par leur caractère exceptionnel, les pratiques décisionnelles européenne et américaine emploient ces outils selon les mêmes méthodes et en se référant aux mêmes seuils. En effet, les rares différences dont il a été question ne sont pas suffisamment récurrentes pour révéler l'existence de divergences structurelles. Il ne faut pas perdre de vue que les autorités, dans leurs décisions, procèdent à un exercice de casuistique et, pour cette raison, utilisent les outils à leur disposition en fonction de considérations d'opportunité, qui varient au gré des circonstances factuelles de chaque

²⁰⁵ Réf. UE : COMP/M.5355, 12.03.2009.

²⁰⁶ Réf. UE : COMP/M.5611, précitée.

²⁰⁷ Réf. UE : COMP/M.3687 ; réf. US : C-4151 051 0050.

opération. Il ne semble donc pas, qu'au niveau de la pratique décisionnelle des autorités, les tests *SLC* et *SIEC* emportent des contrôles bien différents.

Lorsqu'elles concluent à une atteinte significative à la concurrence après avoir considéré tous les facteurs qui viennent d'être exposés, les parties ont encore une chance de voir leur opération autorisée si des circonstances propres à justifier une concentration *a priori* anticoncurrentielles sont trouvées : les gains d'efficacité et la justification de l'entreprise défaillante. Ce dernier fondement n'ayant jamais été rencontré dans le corpus de décisions analysé, seules les pratiques décisionnelles relatives aux gains d'efficacité seront examinées.

b) Faiblesses partagées dans la prise en compte des gains d'efficacité

Selon les *Guidelines* américaines de 1992, telles que révisées en 1997²⁰⁸, les gains d'efficacité pouvant contrebalancer les effets anticoncurrentiels d'une concentration doivent d'abord être « *merger specific* », c'est-à-dire qu'ils ne pourraient pas être atteints au moyen d'un procédé moins nuisible à la concurrence que ne l'est l'opération de concentration envisagée par les parties. Ils doivent aussi être proportionnels à l'ampleur de l'atteinte portée à la concurrence, telle que constatée à l'issue de l'étude des parts de marché, de leur augmentation due à l'opération, des barrières à l'entrée et de tous les autres facteurs complémentaires qui ont été vus. En somme, le bilan économique de l'opération étant apparu comme négatif *a priori*, les gains d'efficacité allégués par les parties doivent être aptes à rendre ce bilan positif. Ainsi, plus l'atteinte portée à la concurrence est importante, plus les gains d'efficacité devront être substantiels afin de justifier l'autorisation de l'opération. Les gains d'efficacité allégués doivent enfin être vérifiables et non purement spéculatifs ou aléatoires.

Les lignes directrices européennes²⁰⁹ se référant de manière, semble-t-il, erronée, aux « *gains d'efficacité* », prêtent *mutatis mutandis* les mêmes caractères aux gains d'efficacité. Là aussi, ils doivent être aptes à renverser le bilan économique négatif établi *a priori*, donc être substantiels. Ils doivent être spécifiques à l'opération de concentration en cause, c'est-à-dire ne pas pouvoir être atteints via d'autres moyens qui porteraient une atteinte moins importante à la concurrence. Ils doivent encore être vérifiables. Un caractère que doivent impérativement présenter ces gains d'efficacité n'est cependant pas mentionné par les *Guidelines* américaines : les gains d'efficacité, pour justifier l'autorisation de l'opération anticoncurrentielle *a priori*, doivent directement bénéficier aux consommateurs. Cette condition impérative reflète l'attachement de la Commission européenne à un bilan de type concurrentiel plutôt qu'économique en général. Les conditions de validité des gains d'efficacité telles

²⁰⁸ « *Horizontal Merger Guidelines* », s. 4 « *Efficiencies* ».

²⁰⁹ « *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales* », Ch. VII « *Gains d'efficacité* », § 76 à 88.

qu'énoncées par les lignes directrices de 2004 reprennent, en substance, celles qui avaient été dégagées par la pratique décisionnelle de la Commission²¹⁰, sur le fondement de l'art. 2(1)(b) du règlement 4064/89, repris au considérant 29 du règlement 139/2004.

S'il n'est pas surprenant qu'aucune allégation n'ait été faite relativement à une *failing firm defence* (au regard de la puissance financière des entreprises en cause), il est en revanche frappant de constater que seules deux décisions de la Commission européenne y font référence, dont une où elle est rejointe en cela par la *FTC*. Alors même que la prise en compte des gains d'efficacité est pensée comme un axe majeur des nouvelles politiques américaine et européenne en matière de contrôle des concentrations, ayant pour objectif d'établir un bilan économique plus conforme à la pensée économique de l'École de Chicago, en témoignent les modifications faites aux *Guidelines* américaines de 1997 et aux lignes directrices européennes en 2004, cette question est donc abordée dans moins de cinq pour cent des cas étudiés. De plus, cette question n'est abordée qu'une seule fois relativement aux effets horizontaux.

La question des gains d'efficacité dans le cadre d'une opération emportant un risque d'atteinte concurrentielle via effets horizontaux non coordonnés est abordée par les deux autorités dans l'affaire *Boeing / Lockheed Martin / ULA*²¹¹. En l'espèce, les deux avionneurs américains voient leur joint-venture (ULA) contrôlé, dont l'objectif est de répondre aux appels d'offres du Ministère de la Défense des Etats-Unis pour la mise en orbite de matériels spatiaux moyens à lourds. Les deux autorités s'accordent pour définir un marché pertinent de la fourniture des services susmentionnés, de dimension mondiale. Elles s'accordent également pour dédoubler le marché selon les destinataires des services : lancements gouvernementaux ou commerciaux. La *FTC* analyse les gains d'efficacité dans le cadre des marchés gouvernementaux, la Commission européenne dans le cadre commercial. Les gains d'efficacité pris en compte ne sont donc pas les mêmes. D'ailleurs, ceux qui sont analysés par la Commission européenne ressemblent bien peu à ce que la notion de gains d'efficacité recouvre habituellement. Celle-ci déduit de l'économie de prix qui pourra être obtenue sur le lanceur lourd Atlas, résultant de la mise en commun de leurs moyens technologiques et financiers par les parties, que ledit lanceur restera trop cher pour qu'il puisse intégrer le marché des lanceurs commerciaux. La Commission conclut donc que l'opération n'aura pas d'impact anticoncurrentiel dans la mesure où les gains d'efficacité réalisés au moyen du joint-venture ne permettront toujours pas la commercialisation d'Atlas. La *FTC* procède à une application plus conforme à ce qui peut être attendu de l'invocation par les parties de gains d'efficacité. Elle considère ainsi que le joint-venture permettra aux parties d'augmenter le rythme de leurs lancements, améliorant ainsi, par le gain d'expérience et la mise en commun des technologies, la fiabilité des lanceurs. Les critères des gains d'efficacité décrits plus haut sont passés en revue et vérifiés : le gouvernement américain bénéficiera de cette amélioration de la fiabilité des fusées, ce qui compense l'atteinte portée à la concurrence.

Bien évidemment, il est impossible de déduire de cette seule affaire la moindre tendance qui pourrait être adoptée par l'une ou l'autre des autorités relativement à la question des gains d'efficacité. S'il faut conclure à leur sujet, il est resté très surprenant

²¹⁰ *Aerospatiale-Alenia / de Havilland*, 91/619 (1991) OJ L334/42.

²¹¹ Réf. UE : COMP/M.3856, 09.08.2005 ; réf. US : C-4188 051 0155, 03.10.2006.

de constater à quel point la question des gains d'efficience semble négligée par les autorités.

c) Les obligations de défaisance : accord des autorités sur les conditions d'autorisation

Lorsque la Commission européenne émet des *doutes sérieux* relativement à la compatibilité avec le Marché commun d'une opération contrôlée, décision fondée sur l'article 6(1)(c) du règlement 139/2004 *sur le contrôle de concentration entre entreprises*, la Commission engage une procédure d'enquête et les parties sont invitées à présenter des modifications à leur opération, avant que ne soit ouverte, si les modifications présentées ne sont pas aptes à rendre l'opération compatible avec le Marché commun, une procédure dite de 'phase II', gouvernée par l'article 8 du règlement de 2004. Sur le corpus de décisions étudié, seule l'affaire *Johnson & Johnson / Guidant*²¹² a atteint le stade de la phase II, pour être finalement déclarée compatible avec le Marché commun, conformément à l'article 8(2) du règlement précité, et 14 autres opérations de concentrations sont autorisées conformément à l'article 6(1)(b) après soumission de leurs propositions d'engagements par les parties. La FTC, quant à elle, impose des engagements, conformément au *Clayton Act*, à l'occasion de toutes les affaires considérées. Il ne faut toutefois pas en conclure que la *FTC* est plus sévère que la Commission européenne dans son appréciation des effets unilatéraux. Lorsque cette dernière ne réclame pas d'engagements, c'est que les effets sur le marché européen ne sont pas aussi importants que sur le territoire américain. Ainsi de l'affaire *Cemex / RMC*²¹³ où le surplus de concentration apportée par l'opération dans certaines parties des Etats-Unis alors que la part combinée des parties ne dépasse pas 15-30% localement dans l'EEE, à l'exception des quelques zones en Espagne, qui ne sont pas considérées être une *part substantielle du Marché commun*. Ainsi encore de l'affaire *Boeing / Lockheed Martin / ULA* précitée, qui n'emporte de conséquences que sur le marché de fourniture de services au gouvernement des Etats-Unis, ce qui justifie que la Commission européenne l'autorise sans engagements. Les parties ne possèdent jamais plus de 20-30% des parts d'un marché dans l'affaire *Linde / Boc*, la Commission n'impose donc pas d'engagements, ce qui est encore le cas dans la décision *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare*, relativement aux marchés définis en commun par les deux autorités. Pas d'engagements demandés par le Commission européenne encore, dans sa décision relative au joint-venture *Carlyle / INEOS*, où les parties ne détiendraient jamais plus de 35% des marchés, sur lesquels des concurrents sérieux seraient toujours présents *post* opération. Le rachat de *PepsiCo Bottling Group* par *PepsiCo* conduirait à un cumul très faible de parts, résultant en une concentration assez faible des marchés en cause, donc la Commission n'impose pas d'engagements.

²¹² COMP/M.3687, 25.08.2005.

²¹³ Citée plus haut.

La Commission a publié une *Communication concernant les mesures correctives conformément au règlement (CE) 139/2004* le 22 octobre 2010²¹⁴ dans laquelle sont exposés les objectifs et les mesures pouvant être prises lors des engagements. Conformément à l'article 6 du règlement de 2004 précité, ces mesures doivent bien sûr être propres à faire disparaître les doutes sérieux que la Commission a pu émettre lors de sa première enquête. Sans entrer dans le détail, il existe deux grandes catégories de mesures propres à rétablir la concurrence : la cession de certaines activités des parties à un repreneur approprié²¹⁵, et l'élimination des liens des parties avec les concurrents. Quant à la *FTC*, elle fait connaître la méthode avec laquelle elle procède relativement aux engagements (*agreements*) dans sa *Communication du Bureau de la Concurrence de la FTC relativement à la négociation des engagements*, disponible sur son site internet²¹⁶, qui ne semble pas publiée officiellement. Les mêmes types d'engagements y sont exposés.

Deux grandes catégories d'engagements existent donc : les engagements *structurels* qui impliquent la cession d'une ou plusieurs activités accompagnées des actifs nécessaires à leur continuation, ainsi que les engagements *comportementaux*, qui consistent en l'interdiction faite aux parties de se livrer à certaines pratiques, qui conduiraient à des effets anticoncurrentiels, eu égard à la concentration.

Concernant les effets horizontaux non coordonnés, la règle partagée par les deux autorités est l'imposition d'engagements structurels, donc de cessions d'activités, désignés sous le vocable d'obligations de défaisance. De même, relativement aux effets unilatéraux toujours, les engagements comportementaux, qui nécessitent un suivi du comportement des parties longtemps après l'opération, ne sont que rarement mis en œuvre, que ce soit par la *FTC* ou par la Commission européenne.

Cette position commune est apparente dans les décisions rendues par les deux autorités à l'occasion du rachat par *Cytec* d'*UCB*²¹⁷. Après avoir relevé que les parties à l'opération étaient les concurrents les plus proches depuis des années, que les marchés en cause seraient très concentrés *post* opération et que les barrières à l'entrée sont élevées, les deux autorités imposent la cession de l'activité d'*UCB* dans la production de résines. Ces obligations de défaisance sont accompagnées dans les deux cas de mesures d'accompagnement du transfert au repreneur agréé (assistance technique et commerciale le temps que le repreneur soit à même de tout gérer seul), et d'un encouragement au transfert des « *personnels clés* » de la production. De telles obligations de défaisance se retrouvent encore sur le marché de produits des *brosses à dents électriques rechargeables* défini en commun par la *FTC* et la Commission européenne dans l'affaire *Procter & Gamble / Gillette* précitée, sur lequel les autorités ont relevé une trop grande concentration apportée par l'opération (fortes parts de marché et concurrence très fragmentée). En l'espèce, *Procter & Gamble* se voit contrainte de céder sa marque de brosses à dents aux Etats-Unis et en dans l'Union européenne, obligation de défaisance s'accompagnant d'obligations comportementales d'accompagnement du transfert au repreneur, tel que c'est toujours le cas. Les engagements exigés par les décisions européenne et américaine sont encore exactement les mêmes dans l'affaire *Thermo*

²¹⁴ 2008/C 267/01.

²¹⁵ Ch. 2 de la communication précitée.

²¹⁶ www.ftc.gov/bc/bestpractices/bestpractices030401.shtm

²¹⁷ Réf. UE : COMP/M.3538, 19.12.2004 ; réf. US : C-4132 041 0203, 07.05.2004.

Electron / Fischer Scientific, qui consistent encore une fois en des obligations de défaisances, toujours accompagnées d'engagements comportementaux relatifs aux transferts d'activité. La liste des décisions dans lesquelles les autorités américaine et européenne s'accordent sur l'exigence d'obligations de défaisance est longue. Puisqu'elles sont toujours motivées par la nécessité de diminuer la concentration apportée par l'opération, en donner le détail exhaustif ne semble pas pertinent. C'est le cas de toutes les décisions à l'exclusion de celles, citées plus haut, que la Commission européenne a autorisées en l'état.

Il est intéressant de remarquer que, parfois, les autorités offrent aux parties le choix entre plusieurs « *packs* » d'engagements. C'est le cas de la Commission européenne dans sa décision *Johnson & Johnson / Guidant*, qui laisse aux parties la possibilité de céder les branches d'activité de l'une ou l'autre des parties. Les options ainsi laissées aux parties n'appellent pas plus de remarques, dans la mesure où toutes deux se composent d'engagements structurels accompagnés des habituels engagements comportementaux d'assistance du repreneur. Dans la décision de la Commission *Novartis / Alcon*, la commission donne le choix aux parties entre la cession d'une branche d'activité considérée ou la conservation des actifs nécessaires à la production (sites de production et droits de propriété intellectuelle), le temps que le repreneur soit en mesure de pourvoir seul à la production, afin d'éviter les engagements comportementaux d'accompagnement du repreneur. Un tel choix quant aux engagements propres à conduire l'opération à être autorisée se retrouve également dans une décision de la *FTC : BASF / Ciba*²¹⁸. Là encore, il s'agit d'une option similaire, entre deux ensembles d'obligations de défaisance.

Quant aux obligations comportementales, elles sont très rarement demandées dans le cadre des effets unilatéraux. Quand elles le sont, c'est en complément d'obligations de défaisance, pour renforcer les engagements. Comme il a été vu, les obligations de cession sont automatiquement accompagnées de mesures d'accompagnement du repreneur, afin que celui-ci soit en mesure de rétablir la concurrence sur les marchés affectés le plus rapidement possible. Mais ce ne sont pas des engagements comportementaux à proprement parler, semble-t-il, en ce qu'ils ne se suffisent pas à eux-mêmes. D'autres engagements comportementaux sont enfin demandés parfois, afin d'interdire aux parties de défaire les engagements structurels souscrits quelque temps après la décision, et d'en préserver les effets dans la durée. Ainsi, à titre d'exemple, la Commission européenne dans sa décision *Procter & Gamble* précitée, demande aux parties de s'engager à ne pas recouvrir leurs droits relatifs à la vente des produits cédés sur une période de six ans. Cette pratique n'est pas courante chez la *FTC* car les *agreements* qu'elle négocie avec les parties relativement aux engagements qui doivent être pris courent sur une période de dix ans après l'adoption de la décision finale de conformité. De tels engagements comportementaux de préservation des engagements structurels ne sont donc pas nécessaires aux États-Unis.

Les obligations de défaisance sont donc largement considérées comme étant l'outil de référence pour corriger les effets unilatéraux anticoncurrentiels d'une

²¹⁸ Réf. UE : C-4253 081 0265, 14.05.2009.

concentration, tant pas la *FTC* que la Commission européenne. Cela n'est pas surprenant au regard des moyens humains et financiers que les autorités devraient mettre en œuvre pour contrôler le respect d'engagements comportementaux souscrits par les parties. Les engagements structurels ont pour avantage d'être irréversibles, ou, en tout cas, très difficilement modifiables par les parties une fois la procédure de contrôle terminée. Ils n'impliquent donc pas de surveillance particulière.

Une dernière remarque relative aux engagements structurels adoptés pour corriger les effets unilatéraux doit être faite. Dès lors que les autorités imposent des obligations de défaisance relativement à des marchés de dimension mondiale, des divergences quant à l'identité du repreneur adéquat pourraient poindre. Ce n'est, semble-t-il, pas le cas. Il n'est pas toujours possible de connaître le repreneur en cause, car les *agreements* américains et les engagements exposés en annexe des décisions européennes ne le mentionnent pas toujours, soit qu'il ne soit pas encore identifié au moment de la décision, soit que son identité soit tenue secrète jusqu'au transfert d'activité. Cela dit, lorsque l'identité du repreneur est connue, il faut remarquer que les autorités s'accordent sur le choix. Il serait en effet impossible pour les parties de se conformer aux engagements souscrits de part et d'autres de l'Atlantique s'ils ne prescrivent pas la même chose : le respect des uns entraînerait le non respect des autres. Il ne semble donc pas abusif d'inférer de ce constat que les autorités américaine et européenne doivent communiquer à ce sujet, dialogue d'ailleurs prévu dans les conventions de 1995 et 1997, relatives à la coopération en matière de concurrence entre les deux autorités. Cela dit, les décisions ne mentionnent jamais les discussions qu'elles ont pu avoir relativement à l'identité des repreneurs. Une seule décision voit la *FTC* proroger les délais de la procédure de 30 jours, afin de laisser le temps à la Commission européenne d'agréer le repreneur proposé²¹⁹. C'est donc qu'il y a discussion, et, le plus souvent, accord entre les autorités.

Les effets unilatéraux ou horizontaux des opérations de concentrations semblent donc traités par les autorités américaines et européennes de la même manière : avec fermeté. Si l'on se réfère aux parts de marché à partir desquelles les autorités considèrent qu'un pouvoir unilatéral de marché pourra être exercé, elles sont similaires, de l'ordre de trente-cinq pour cent. La Commission se montre peut-être un peu plus sévère avec un seuil relatif à l'augmentation dans la concentration imputable à l'opération de seulement un pour cent, alors que la *FTC* se fonde sur une augmentation de plus de 100 points du *HHI* pour les marchés peu concentrés (*HHI* inférieur à 1000 points) *ante* opération. Mais en pratique, comme il a été vu, de telles structures de marché supportent rarement une accusation d'atteinte probable et significative à une concurrence effective. En revanche, les autorités considèrent un grand nombre de facteurs, souvent identiques et suivant la même méthode, pour interdire les opérations en l'état lorsque les parts de parties dépassent cinquante pour cent d'un marché considéré. Dans ces conditions, ni la *FTC* ni la Commission européenne ne semblent autoriser une opération de concentration, à de très rares exceptions près. Enfin, les engagements imposés sont souvent les mêmes et consistent exclusivement en des obligations de défaisance. Si la Commission européenne autorise plus d'opérations en l'état, comme il

²¹⁹ Il s'agit de la décision *Agilent / Varian*, 2010.

a été vu plus haut, il ne semble pas qu'il faille imputer le phénomène à une moins grande sévérité de sa part, mais plutôt aux circonstances factuelles qui diffèrent entre les marchés américain et européens. En revanche, si les effets unilatéraux se voient traités de façon similaire, il n'en va pas de même des effets coordonnés.

2. Une acception européenne plus rigoureuse de la notion d'effets horizontaux coordonnés

Les effets coordonnés, comme il a déjà été expliqué en introduction à cette partie, prennent place entre les concurrents restant sur un marché considéré *post* opération. La réduction du nombre de concurrents emportée par l'opération peut, sous certaines conditions, conduire ces derniers à aligner leurs comportements stratégiques, particulièrement en ce qui concerne les niveaux de production et, *in fine*, fixer des prix plus élevés, au détriment du consommateur. En la matière, il semble que le droit positif dictant la conduite de la Commission soit plus précis que les fondements américains (a), ce qui se traduit, dans la pratique, par une application plus rigoureuse par la Commission européenne des critères pouvant amener une autorité à interdire qu'une opération soit consommée en l'état, sur le fondement d'effets anticoncurrentiels coordonnés probables (b). Pourtant, lesdits effets horizontaux coordonnés constituent une préoccupation bien présente chez la *FTC*, qui souvent, argumente peu à leur endroit (c). Quels que soient les critères et méthodes retenues par les autorités, les engagements mis sur pied pour remédier à de telles situations semblent plus élaborés que ceux qui sont exigés pour les effets unilatéraux. Mais la Commission, même en la matière, reste réticente vis-à-vis des engagements comportementaux (d).

a) Un droit positif européen plus précis : la dominance collective

Les « *Horizontal Merger Guidelines* » précitées de 1992 décrivent les critères que la *FTC* doit considérer afin de déterminer s'il est possible que l'opération conduise à une probabilité sérieuse de coordination sur un marché considéré, *post* opération. Les conditions favorables à la mise en place de telles pratiques entre les concurrents, telles que décrites dans les *Guidelines*²²⁰, sont au nombre de trois. La première a trait aux conditions de la concurrence sur le marché en cause : moins les produits sont différenciés, plus les parts de marchés des acteurs présents et les coûts de production

²²⁰ S.2.1, « *Conditions conducive to reaching terms of coordination* ».

sont symétriques, plus les informations relatives à la production et aux ventes prenant place sur ledit marché sont disponibles, plus le marché sera *transparent*. Dans ces conditions, il est possible pour une entreprise de prévoir le comportement stratégique de ses concurrents et d'adapter son niveau de production et de prix en conséquence (*équilibre de Cournot*). Mais ses concurrents ne tarderont pas à l'imiter, et les entreprises essayeront selon toute probabilité d'arrêter de gagner de parts de marché au détriment des autres, puisqu'à ce jeu là, les prix finissent par baisser, en même temps que les profits de toutes les entreprises du marché (*équilibre de Bertrand*). Pour faire cesser la guerre des prix qu'elles se livrent, les entreprises présentes sur le marché tenteront donc de s'entendre sur les quantités et les prix, afin de restaurer leurs profits. Néanmoins, pour que l'entente soit stable sur le long terme, les entreprises doivent être en mesure d'une part de détecter si l'une d'elle décide de ne plus suivre les termes de l'accord, ce qui constitue la deuxième condition, et de prendre des mesures de rétorsion contre l'entreprise déviante d'autre part, ce qui constitue la troisième condition pour que des effets coordonnés puissent être effectifs. La jurisprudence américaine, quant à elle, paraît bien peu disserte sur la question. Il est en effet difficile de trouver un arrêt d'une cour d'appel ou de la Cour suprême traitant des critères de la coordination avec précision. Il est clair, au vu de la pratique décisionnelle de la *FTC* en la matière - qui est abordée plus loin dans ce développement, que la *FTC* se montre très évasive, comme ses *Guidelines*, quant au traitement des critères de la coordination dans le contexte des concentrations.

Le droit positif européen se montre beaucoup plus précis. Une notion développée par la jurisprudence sur le fondement de l'article 82 ancien du Traité des Communautés Européennes, bien avant l'adoption du règlement 139/2004 par le Conseil de l'Union européenne gouverne la matière et le changement de test substantif : celle de dominance collective. Les *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales* de 2004, déjà plusieurs fois citées, procèdent à un exposé des motivations des entreprises qui les conduisent à adopter la même ligne comportementale sur certains marchés oligopolistiques et les critères qui permettent d'identifier de telles situations²²¹. S'y trouve reprise et développée la notion de dominance collective, d'origine jurisprudentielle. Globalement, les conditions dont il a été question plus haut, lors de la présentation de la position des *Guidelines* américaines, sont aussi similaires que ne le sont les motifs conduisant les entreprises à adopter un comportement coordonné. Cependant, les critères d'identification d'une situation de dominance collective sont plus précis.

La notion fut donc inaugurée dans une décision *Kali und Salz*²²², rendue par la Commission en 1994. Dans le cas d'espèce, la création d'un joint-venture a été interdite, car il en aurait résulté la création d'une « *situation de dominance oligopolistique* ». Les produits en cause étaient très homogènes (i.e. pas sujets à une différenciation de la part des consommateurs), les parties n'auraient eu à affronter la concurrence davantage que dans le cas d'une seule autre entreprise sur le marché européen, et la Commission remarquait que des « *liens économiques* » pouvaient déjà être constatés entre les parties et leur concurrent. Le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes invalida la décision de la Commission, sans pour autant condamner le concept de

²²¹ Ch. IV, § 39 à 52, « *Effets coordonnés* ».

²²² IV/M080 (1994) OJ L186/38.

dominance collective. Dans sa décision *Gencor / Lonhro*²²³ de 1997, la Commission précise que pour un risque de dominance collective soit trouvé, il n'est pas nécessaire de prouver une collusion active entre les parties, mais que le parallélisme des comportements peu simplement être constaté ou présumé. De même la notion de « *liens économiques* » se trouve-t-elle explicitée comme une situation d'interdépendance économique entre les entreprises présentes sur le marché considéré, quel que soit le mécanisme par lequel cette situation s'est installée. Quant au nombre d'acteurs présents sur le marché, qui doit être assez faible pour que la coordination des comportements soit possible, la Commission estime à l'occasion de sa décision *Price Waterhouse / Coopers and Lybrand*²²⁴ rendue en 1999 qu'« *une situation de dominance collective impliquant plus de trois ou quatre producteurs est improbable en raison de la complexité des relations inter entreprises en cause, et de la tentation à la déviance qui en résulte* »²²⁵. Ce n'est finalement qu'en 2002 que le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPICE) donne une définition rigoureuse de la notion, toujours en vigueur à ce jour. Trois conditions doivent donc être remplies pour qu'un risque de dominance collective soit valablement établi. Le marché doit d'abord être suffisamment transparent pour que les parties à l'instance puissent être en mesure de connaître le comportement de leurs concurrents et savoir s'ils le maintiennent dans la durée. Elles doivent ainsi être en mesure de savoir « *suffisamment rapidement et précisément, l'évolution des comportements des autres acteurs du marché* ». La situation de collusion tacite doit ensuite être suffisamment stable pour durer. Cela signifie concrètement que les participants doivent avoir suffisamment de raisons de ne pas vouloir dévier du comportement collusif, c'est-à-dire d'une part, avoir intérêt, financièrement, à ne pas changer de ligne, et d'autre part, savoir que les autres participants seraient capables de réagir brutalement pour sanctionner une entreprise qui dévierait de la ligne commune. Enfin, la Commission doit s'assurer qu'aucun concurrent réel ou potentiel ni aucun consommateur ne serait en mesure de tenir en échec la ligne commune adoptée par les participants à la collusion tacite. Tous ces critères ont été confirmés à l'occasion de l'arrêt *Impala* rendu par le TPICE, en 2006²²⁶.

Les critères du droit de l'Union européenne sont donc nettement plus développés et précis que ceux prévus par les *guidelines* américaines. Cela se ressent clairement dans la pratique décisionnelle des autorités. La Commission européenne se montre en effet très rigoureuse dans l'examen des critères susmentionnés.

b) Une application plus rigoureuse du principe par la Commission européenne

²²³ 97/26 (1997) OJ L11/30.

²²⁴ 1999/152 (1999) OJ L50/27.

²²⁵ Paragraphes 94 à 119 de la décision précitée.

²²⁶ T-464/04 (2006) 5 CMLR.

Il n'est pas surprenant de constater que la Commission européenne soit très prudente dans son appréciation des effets horizontaux coordonnés, tant il est vrai que par le passé, les décisions qu'elle a rendues dans ce sens ont souvent été infirmées en appel. En témoignent les arrêts du TPICE rapportés plus haut lors de l'exposé de la création et de l'évolution jurisprudentielle de la notion, qui ont tous été rendus contre les décisions que la Commission avait adoptées. L'utilisation, à l'époque, de l'article 82 ancien, relatif aux abus de position dominante, dans le cadre d'une procédure gouvernée par le règlement 4064/89, n'avait pas emportée l'unanimité dans les rangs des commentateurs de la doctrine, loin s'en faut.

Dans nombre de décisions rendues par la Commission entre 2004 et 2010, celle-ci relève les allégations de risque de comportement coordonné faites par les tierces parties qui ont déposé leurs observations. Dans la plupart des cas, elle se contente d'affirmer d'autorité que de tels effets sont improbables, sans investiguer plus avant sur la question²²⁷. Trois décisions, en revanche, abordent plus longuement la question des effets coordonnés horizontaux. En comptabilisant les trois décisions susmentionnées dans lesquelles cette question a été éludée très rapidement par la Commission, la question de la coordination est donc abordée dans environ vingt-six pour cent des cas par la Commission, mais est étudiée en profondeur dans seulement treize pour cent des cas.

L'exposé sans doute le plus clair de la méthode de la Commission en matière d'effets se trouve dans la décision *Boeing / Lockheed Martin / ULA* déjà citée²²⁸. D'ailleurs, la décision traite des éventuels effets coordonnés, presque dans son intégralité, sans toutefois aboutir à une conclusion de dominance collective probable. La méthode développée en l'espèce semble tout à fait conforme à l'orthodoxie en la matière. Il s'agissait pour la Commission de savoir si le joint-venture créé entre les parties leur permettrait de coordonner leurs comportements sur les produits apportés à la nouvelle structure d'une part, et d'évaluer si la plus grande transparence apportée par le joint-venture permettrait aux parties d'entrer dans un comportement collusif concernant les produits non apportés au joint-venture d'autre part. Dans le premier cas de figure, la Commission écarte toute probabilité de collusion en remarquant que les produits apportés au joint-venture par l'une des parties ne concurrencent pas les produits disponibles sur le marché mondial (le lanceur de Boeing n'est utilisé que par le gouvernement américain) et que, partant, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres critères de la dominance collective puisque le surplus de transparence apporté ne concerne pas les marchés commerciaux. Quant aux deuxième cas de figure, la Commission considère que les effets éventuels d'une collusion entre les parties seraient par trop incertains, dans la mesure où les pratiques abusives qui pourraient être mises en place grâce à une éventuelle coordination ne seraient, selon toute vraisemblance, pas couronnées de succès. Ainsi une augmentation coordonnée des prix ne serait probablement pas cautionnée et suivie par leurs concurrents (au premier rang desquels se trouve Arianespace, leader du marché avec plus de quarante pour cent des parts de marché) qui pourraient alors gagner des parts de marché au détriment des parties. Une pratique coordonnée de prix discriminatoires ne parviendrait pas à marginaliser lesdits concurrents des parties, car leurs capacités financières ne sont pas suffisantes pour

²²⁷ Voir, par exemple *Cemex / RMC*, 2004, ou encore *Carlyle / INEOS / JV*, 2007, ou *BASF / Ciba*, précitées.

²²⁸ Réf. UE : COMP/M.3856, 09.08.2005, Partie IV, 2., Cons. 13 à 38.

éliminer Ariespace. En effet, les contrats sur le marché des services commerciaux de lancement sont stables et verrouillés, et les consommateurs ne changent pas de fournisseur facilement. De plus, lesdits consommateurs diversifient leurs sources d'approvisionnement. Une telle stratégie ne serait donc pas profitable. Les parties n'auraient pas suffisamment d'intérêt à adopter une stratégie commune, les effets coordonnés, conformément à la jurisprudence *Airtour*, sont donc improbables.

La Commission européenne examine encore de possibles effets coordonnés dans sa décision *Pernod Ricard / V&S*²²⁹. Là encore, la méthode est exemplaire. Sont d'abord exposés les trois critères dont il a été question plus haut, avant qu'ils ne soient appliqués un à un au cas d'espèce. Ainsi la Commission estime-t-elle que les conditions de marché sont assez transparentes (informations publiées par des associations de producteurs), et que les chances que les concurrents puissent punir une entreprise déviante sont sérieuses. Cependant, la décision relève que de nombreux nouveaux concurrents ont intégré le marché en cause les années précédentes. Le troisième critère ne se trouve pas vérifié, puisque des nouveaux entrants pourraient mettre en péril toute coordination tacite entre les acteurs présents sur le marché. Bien que les « *liens économiques* » entre les acteurs du marché soient considérables, notamment en raison de la présence de nombreux joint-ventures et accords de distribution, le risque de voir s'installer des effets horizontaux coordonnés *post* opération est donc faible. La Commission ne retient pas ce fondement.

Le seul exemple d'effets horizontaux coordonnés retenus par la Commission parmi les décisions étudiées se rencontre dans l'affaire *Linde / BOC*²³⁰. Là encore, la méthode utilisée dans la décisions est un modèle de rigueur. Les critères sont encore exposés puis étudiés un à un, relativement au cas d'espèce, faisant l'objet d'un développement séparé du reste des effets horizontaux. En l'occurrence, l'opération de concentration entre Linde et BOC conduirait à la création d'une nouvelle entité en situation de dominance sur les marchés d'Europe de l'Est pour la production et la vente en gros de gaz industriels. La Commission relève que Air Liquide occupe une position dominante en Europe de l'Ouest. De plus, Linde et Air liquide sont engagés ensemble dans plusieurs joint-ventures en Asie, structures idéales pour organiser une stratégie commune, loin des regards indiscrets de la Commission. Les conditions de marché sont transparentes (symétrie des coûts de production, très peu d'acteurs, information assez largement disponible), la répartition spatiale de la présence de la nouvelle entité et de Air Liquide associée à leurs parts de marché très importantes leur permettraient de mettre en place une pratique abusive de distribution des marchés, qui leur serait très profitable. Enfin, les barrières à l'entrée étant très élevées et la substituabilité côté demande très faible voire nulle, aucun concurrent ne pourrait venir troubler une stratégie commune d'augmentation des prix, aucun consommateur ne pourrait faire pression en changeant de fournisseur. Des effets horizontaux coordonnés anticoncurrentiels sont donc à prévoir, la Commission conclue donc à la non conformité de l'opération en l'état avec le Marché commun.

²²⁹ Réf. UE : COMP/M.4927, 17.07.2008, Cons. 107 à 111, p. 24.

²³⁰ Réf. UE : COMP/M.4141, 06.06.2006, p. 28 à 36.

Il semble donc falloir retenir de ce qui précède que la Commission se montre très pointilleuse dans son analyse des effets horizontaux coordonnés. Si elle prend soin de relever la possibilité qu'ils s'installent sur les marchés *post* opération, elle en exclue le plus souvent la pertinence. Seules trois décisions les considèrent sérieusement, d'ailleurs de façon très méthodique. Une seule décision retient dans ses conclusions d'incompatibilité la charge des effets coordonnés, dans des circonstances où il était très claires qu'une telle pratique pouvait s'installer entre les concurrents restants, qui n'étaient plus que deux sur les marchés européens. Considérant que la Commission n'a pas retenu la probabilité de tels effets dans sa décision *Pernod Ricard / V&S*, dans laquelle les conditions de marché étaient pourtant assez favorables à la collusion, il peut être remarqué que la Commission a une acception très rigoureuse des effets coordonnés, auxquels elle ne conclue pas facilement. Ce n'est pas le cas, semble-t-il, de son homologue américaine.

c) Une préoccupation majeure de la *FTC* pourtant faiblement argumentée

Comme cela a été vu, les bases réglementaires fondant la poursuite par la *FTC* des effets horizontaux coordonnés ne semblent pas très précises. Cela n'empêche pas l'autorité américaine de s'en préoccuper très souvent, bien au contraire. Sur les vingt-deux décisions que comptent le corpus étudié, douze contiennent des conclusions à l'illégalité de l'opération en l'état en raison d'effets horizontaux coordonnés rendus dont l'occurrence serait facilitée par l'opération, soit dans plus de cinquante-quatre pour cent des cas, là où la Commission européenne ne conclut qu'une seule fois en ce sens.

Un tel écart s'explique par la facilité avec laquelle la *FTC* allègue de tels effets, sans qu'il ne soit, d'ailleurs, toujours possible de bien comprendre leurs fondements. Contrairement à ce qui a été fait pour la Commission européenne, il n'est pas possible de rendre compte ici de la totalité des décisions américaines abordant la question des effets coordonnés, tant elles sont nombreuses. Il sera donc procédé à une description générale des critères et circonstances généralement pris en compte par la *FTC*, avant que ne soit vues plus en détail les décisions dans lesquelles *FTC* et Commission européenne se sont accordées pour examiner la probabilité de tels effets, à défaut de conclure ensemble à une atteinte à la concurrence.

La décision rendue par la *FTC* dans l'affaire *Cemex / RMC* est une bonne illustration de ce que la pratique américaine présente de plus détaillé et de plus méthodique en matière d'effets horizontaux coordonnés. La *FTC* y affirme que les trois critères de la coordination sont réunis, sans véritablement expliquer pourquoi. Il est cependant possible d'y trouver une argumentation assez sommaire, relevant que les produits en cause sont homogènes, que le nombre d'acteurs restant sur la marché *post* opération se limiterait à deux entreprises, dont la nouvelle entité, que des sanctions en réponse à une déviance seraient efficaces et précises en raison de la transparence et de la

forte concentration du marché en cause, et, finalement, que des liens d'interdépendance économique existent entre l'une des parties et un autre concurrent.²³¹ C'est là l'explication la plus claire donnée par la *FTC*, toutes décisions étudiées confondues. Le reste du temps, la *FTC* semble principalement²³² fonder ses conclusions d'illégalité de l'opération en l'état dès que la réduction du nombre de concurrents conduit à un très faible nombre d'acteurs présents sur le marché. Dans sa décision *Carlyle / Morgan Chase*²³³, la *FTC* dédie une partie de sa *complaint* aux effets coordonnés. Elle y affirme que les produits sont homogènes, que le marché est très concentré, que des informations relatives aux prix pratiqués sont largement disponibles et qu'un haut niveau d'interdépendance existe entre les parties, sans aborder la question de savoir si la réaction des concurrents en cas de déviance de la ligne commune par l'une des entreprises partie à la pratique collusive serait suffisamment efficace et précise. Un autre type de pratique de la *FTC* se rencontre dans sa décision *Teva / Ivax* déjà citée, dans laquelle elle rassemble plusieurs marchés pertinents au sein d'un paragraphe et énumère les charges qu'elle retient à l'encontre de l'opération des parties sans que les effets coordonnés ne soient argumentés²³⁴. Il est bien possible de relever que plus haut dans sa décision la *FTC* avait montré que la concurrence sur les marchés dont il est question se limiterait à deux entreprises présentes. Mais aucun autre critère n'est ni mentionné, ni vérifié.

La méthode mise en œuvre par la *FTC* relativement à la poursuite des effets horizontaux coordonnés apparaît quelque peu inconstante, tout autant que les critères qu'elle utilise pour argumenter ses conclusions d'illégalité de l'opération adoptées sur ce fondement. Il semble possible de déduire de sa pratique décisionnelle que le critère central est le nombre de concurrents encore présents sur le marché après l'opération, qui ne dépasse jamais trois entreprises.

La Commission est donc bien plus rigoureuse dans sa méthode, et emploie des critères solidement établis. Reste à voir, en considérant les affaires dans lesquelles les autorités américaine et européenne du contrôle ont abordé le sujet des effets horizontaux coordonnés, si l'une ou l'autre de ces dernières est effectivement plus sévère. Deux décisions sont concernées : *Linde / BOC* et *Pernod Ricard / V&S*²³⁵.

²³¹In *Analysis*, réf. US : C-4131 051 0007, III : « *The three-firm Tucson, Arizona ready-mix concrete market is highly concentrated. If the Proposed Acquisition is consummated, the Tucson, Arizona ready-mix concrete market will become even more concentrated with only two independent suppliers. As a result, the Proposed Acquisition likely would facilitate coordinated behavior between Cemex and its lone remaining competitor. Coordination is particularly likely where the relevant product is homogenous, as is ready-mix concrete. In a two-firm market, each competitor would have an enhanced ability to monitor the other's conduct, and would know with certainty the source of any discounting. Likewise, the accuracy and effectiveness of any retaliation for deviations from the terms of collusion would greatly improve with only one remaining competitor. As a result, the Proposed Acquisition would increase the likelihood that ready-mix concrete purchasers in Tucson, Arizona would be forced to pay higher prices and would receive diminished service. Absent Commission action, Cemex's acquisition of RMC raises significant antitrust concerns in Tucson, Arizona* ».

²³² Voir, par exemple les décisions *Teva / Barr*, réf. US : C-4242 081 0224, 18.12.2008 ; *BASF / Ciba* ou encore *Merck / Schering-Plough*, précitées.

²³³ Réf. US : C-4223 071 0203, 30.06.2008, F., Cons. 18.

²³⁴ *Teva / Barr*, réf. UE : C-4242 081 0224, *Analysis*, « *Effects* », p. 5.

²³⁵ Précitées.

Dans l'affaire *Pernod Ricard / V&S*, la Commission européenne analyse assez longuement la possibilité que des effets coordonnés puissent prendre place sur le marché *post* opération mais ne retient pas ce motif, considérant que de nouveaux entrants potentiels pourraient venir troubler le jeu de la collusion tacite. La *FTC*, elle, en fait un chef d'accusation. Il faut noter que *V&S* était engagé dans un joint-venture de mise en commun de leurs moyens de distribution avec *Beam Global*. Après l'opération, *Pernod* prend la place de *V&S* auprès de *Beam Global* comme co-fondateur du joint-venture en question. Or les deux entreprises deviennent les deux concurrents les plus proches sur les marchés américains de quatre boissons alcoolisées. Les conditions de marché étant par ailleurs sensiblement identiques en Europe et aux États-Unis, il est dès lors compréhensible que ce surplus de transparence apportée au marché soit pris en compte comme circonstance aggravante, en faveur d'une conclusion d'illégalité fondée sur de probables effets horizontaux coordonnés. De plus, sans que ne soient fournies aucunes explications à cet égard, la *FTC* considère que le marché est « *difficile à intégrer* », ce qui n'était pas le cas de la Commission, ayant rapporté des entrées récentes sur les marchés. Les conclusions divergentes des deux autorités semblent ainsi plus devoir être attribuées aux conditions de marché elles aussi divergentes entre l'Europe et les États-Unis.

La même remarque peut être faite à propos des décisions rendues par les autorités dans l'affaire *Linde / BOC*. Cette fois, les autorités s'accordent pour conclure à la probabilité de la survenance d'effets coordonnés sur les marchés, *post* opération. Cela dit, l'analyse américaine souffre de ses faiblesses habituelles en matières de précision et de méthode. La Commission européenne, elle, fait face à une situation clairement à risque, relativement aux effets coordonnés, comme il a été expliqué plus haut, spécifique, en l'espèce, à la structure des marchés européens des gaz industriels vendus en gros.

Il est donc difficile de conclure sur la question de savoir laquelle des deux autorités, confrontées à une même situation, est la plus sévère dans la prise en compte des effets coordonnés, puisque les deux marchés de produits ayant été abordés par les deux autorités en la matière ne présentaient apparemment pas exactement les mêmes caractéristiques en Europe et aux États-Unis. Il faut tout de même retenir un penchant prononcé de la *FTC* à invoquer les effets coordonnés dans ses griefs, ce qu'elle fait bien plus souvent que la Commission. Et pour cause : une conclusion de risque de dominance collective semble bien plus difficile à établir selon les critères du droit communautaire. Quant à déduire de ce qui précède que la *FTC* serait considérablement plus sévère que son homologue européenne, il semble que ce serait aller un peu vite. Il faut en effet garder à l'esprit que la *FTC* agit, en somme, comme un *prosecutor* en procédure pénale de Common Law. C'est-à-dire que, à certains égards, elle est partie à l'affaire autant que juge ; plus que ne l'est la Commission européenne dotée des pouvoirs d'une véritable autorité administrative, dans la tradition juridique continentale, mais moins, il est vrai, que son « frère jumeau », le DOJ, qui, lui, ne possède aucun pouvoir d'exécution et doit automatiquement demander que des injonctions soient adoptées selon ses desiderata, auprès d'un juge du siège. Partant, il est possible de penser que la *FTC* multiplie les griefs, quitte à ce que certains ne soient pas retenus si l'affaire prend un tour judiciaire. C'est en tout cas l'impression que laisse ses conclusions en matière d'effets coordonnés, qui semblent assez souvent bien succinctement argumentées.

Afin de remédier à de telles situations, la *FTC* demande parfois des engagements comportementaux aux parties, pratique qui n'est pas partagée par la Commission européenne.

d) Réticences de la Commission européenne quant aux engagements comportementaux

Lorsqu'il s'agit pour les autorités américaines de remédier à une situation favorable à la collusion des acteurs présents sur un marché *post* opération, elles élaborent des engagements plus fins que ce qui se constate en matière d'effets non coordonnés. Dans ce dernier cas, il avait été montré que les engagements comportementaux, difficiles à mettre en œuvre et à surveiller, n'emportent pas la faveur des autorités. Souvent, les engagements structurels souscrits par les parties, qui étaient nécessaires pour remédier à des effets non coordonnés, limite la probabilité que les comportements coordonnés anticoncurrentiels puisse s'installer sur les marchés *post* opération. Cependant, les autorités américaines estiment parfois qu'il est nécessaire de prévenir toute probabilité de coordination en imposant des engagements comportementaux. Ceux-ci servent à limiter les possibilités qui seront offertes aux parties, à l'avenir, d'obtenir des informations sur les comportements de leurs concurrents. C'est d'ailleurs l'un des très rares cas de figures dans lesquels aient été rencontrés des engagements comportementaux au cours de cette étude.

Dans la décision *Pernod Ricard / V&S* rendue par la *FTC* en octobre 2008²³⁶, *Pernod* remplace, *post* opération, *V&S* comme membre d'un joint-venture de plein exercice fondé pour mettre en commun avec son principal concurrent sur le marché américain. Les craintes se portent donc sur l'excès de transparence du marché ainsi apporté : *Pernod* serait en mesure, grâce au joint-venture, de s'informer sur les ventes de l'autre membre du Conseil d'administration. C'est pourquoi il est demandé aux à la partie ayant notifiée la transaction de se soumettre à des engagements décrits comme un « pare-feu » (*firewall*). Les cadres de *Pernod* qui auront siégé au Conseil d'administration du joint-venture se voient interdire d'intégrer le Conseil d'administration de *Pernod*, puisqu'ils auront pu acquérir des informations précises sur la stratégie commerciale et les ventes de l'autre société mère.

De tels engagements comportementaux de type *firewall* ne sont apparemment pas appréciés par la Commission européenne. Elle est confrontée à une situation similaire à celle qui vient d'être décrite dans sa décision *Linde / BOC*, dans laquelle, pour rappel, des effets coordonnés anticoncurrentiels probables ont été mis en évidence. Là où la *FTC* demande que soit instaurée une séparation claire entre les cadres travaillant pour le joint-venture et ceux travaillant au siège social de la société mère, la Commission préfère demander soit la dissolution des joint-ventures existant en Asie entre *BOC* (remplacée dans ses droits par *Linde post* opération) et *Air Liquide*, soit la cession de ses

²³⁶ Précitée.

participations dans lesdits joint-venture par *Linde* à *Air Liquide*²³⁷. Les marchés européens étant déjà très concentrés et très transparents, les appréhensions de la Commission se portaient principalement sur l'effet multiplicateur des joint-ventures en question quant à des effets coordonnés déjà très probables *post* opération. La Commission préfère donc ne pas prendre le risque que d'éventuels engagements comportementaux ne soient pas suivis, cela d'autant plus, sans doute, que les joint-ventures sont en Asie, donc difficilement contrôlables. Elle impose donc des engagements structurels, une fois de plus.

Les engagements comportementaux qui semblent être une solution moins invasive que les engagements structurels semblent donc malaimés par les autorités. Moins, cependant par la *FTC* qui y recourt, certes exceptionnellement, que par la Commission européenne qui ne les utilise pas là où elle avait une occasion de s'en servir, à savoir la seule affaire ayant supporté une conclusion de dominance collective probable, *Linde / BOC*. Les engagements comportementaux sont donc cantonnés du côté européen, comme il a été vu dans la décision rendue dans l'affaire *Pernod Ricard / V&S*, au contrôle des effets dans le temps des engagements structurels.

Les pratiques décisionnelles des deux autorités en matière de contrôle des effets horizontaux sont donc comparables, bien que la Commission tende à être plus stricte que son homologue américaine quant à la question de la coordination. Mais, comme cela a été dit, il ne semble pas falloir déduire du fait que la *FTC* retienne plus souvent les effets coordonnés comme fondement d'une probable atteinte significative à la concurrence, que celle-ci est plus sévère à leur encontre. Il semble que cela soit imputable à une sorte de logique de poursuites automatiques, sans que les chances qu'elles soient couronnées de succès dissuadent la *FTC* de poursuivre en cette voie.

Si les effets horizontaux sont traités de façon assez proche par l'une et l'autre des autorités, ce n'est pas le cas des effets non horizontaux, qui sont l'objet d'une prise en compte très inégale. En effet, si les droits positifs des deux ordres de juridictions semblent s'attacher à prévenir les mêmes effets anticoncurrentiels et, partant, sont animés de mêmes objectifs théoriques, les pratiques décisionnelles, elles, ne semblent pas se concentrer sur des objectifs communs. La *FTC* ne s'attache pratiquement jamais à l'analyse des effets verticaux et congloméraux, alors que la Commission européenne aborde la question dans la majorité des cas étudiés, sans pour autant retenir plus de conclusions d'atteinte significative à une concurrence effective que son homologue américaine.

²³⁷ Cons. 250, p. 45 de la décision *Linde / BOC*, précitée.

B. Une Commission européenne plus soucieuse des effets non horizontaux

Les effets verticaux et congloméraux sont manifestement moins souvent pris en compte que les effets horizontaux. Ce constat s'applique tant aux pratiques décisionnelles américaine qu'europpéenne. Mais cela n'est pas simplement dû à une orientation qui serait imputable aux seules politiques décisionnelles des autorités, en tout cas pas seulement. En effet, les objectifs du contrôle des concentrations, dictés par les théories d'économie industrielle qui lui sont sous-jacentes, ne se concentrent pas, à titre principal, sur la poursuite et la condamnation des effets verticaux, et encore moins congloméraux. L'intégration verticale et conglomérale des entreprises est, dans beaucoup de cas, perçue comme ne nuisant pas à l'économie mais, au contraire, comme lui étant bénéfique, au premier chef parce qu'elle ne contribue pas à l'élimination de concurrents situés au même niveau de la chaîne de production. Si la concentration d'entreprises sur un marché horizontal, bien souvent, ne sert les intérêts que des entreprises qui y sont parties, au détriment de leurs concurrents et des consommateurs, l'intégration verticale, souvent, apporte son lot de gains d'efficacité, qui contribuent au progrès économique et technologique.

Cependant, certaines concentrations verticales et conglomérales peuvent, en fonction des cas d'espèce, emporter une atteinte à la concurrence. C'est pour cette raison que les droits positifs européen et américain prévoient que soient contrôlés de tels effets, se conformant en cela aux mêmes objectifs économiques et adoptant des critères de contrôle comparables (1). En revanche, au stade de l'application à la pratique, il faut remarquer que la prise en compte de ces effets non horizontaux par les autorités du contrôle est très inégale (2), la Commission européenne y prêtant souvent de l'attention, alors que la *FTC* semble les ignorer presque complètement.

1. Similarité des droits positifs américain et européen

Le contrôle des effets non horizontaux des opérations de concentrations, pour les raisons brièvement évoquées plus haut, est l'objet d'une littérature moins fournie, comparée à celle qui aborde les effets verticaux. De même, les textes de lois, la jurisprudence et les *lignes directrices* ou *Guidelines* des deux ordres de juridictions américain et communautaire sont-ils moins dissertes à ce sujet. C'est principalement le cas des *Guidelines* américaines, dans lesquelles les explications se trouvent réduites à la portion congrue. Toutefois, il existe des dispositions réglementaires, reprenant souvent la jurisprudence qui existait avant leur publication, des deux côtés de l'Atlantique. Au

vu desdites lignes directrices et politiques jurisprudentielles, il apparaît que les droits positifs américain et européen fondent la nécessité du contrôle sur des objectifs partagés (a). Il n'est donc pas surprenant que les critères auxquels s'attachent les autorités de la concurrence soient similaires en la matière (b).

a) Des objectifs communs

À observer la chaîne de production de produits donnés, il faut constater que les produits d'une entreprise servent d'intrants, ou, à reprendre le terme anglais, d'« *input* » à des entreprises situées plus en amont de la chaîne. Ces dernières transforment alors les produits en cause pour donner, en débouché ou « *output* », d'autres produits qui peuvent, à leur tour, servir d'*input* pour d'autres entreprises situées encore plus en amont dans la fabrication de produit ou la fourniture de services, ou bien être vendus aux consommateurs finaux (*outlets*). Les effets verticaux résultent de la réunion dans les mêmes mains de deux ou plus de ces entreprises. Ainsi, par exemple, un producteur peut-il racheter son fournisseur ou son distributeur. Les concentrations conglomerales, quant à elles, consistent en la réunion par l'opération d'entreprises présentes sur des marchés différents mais complémentaires, lorsque l'une des parties n'aurait pas intégré le marché, seule, sans être renforcée des moyens de l'autre partie à la fusion ou à l'acquisition. La réunion ainsi apportée des moyens des parties peut servir à l'éviction de concurrents au moyen de pratiques prédatrices. Les appréhensions des autorités se portent donc plus sur l'intention et le comportement des parties, susceptibles de porter une atteinte à la concurrence, plutôt que sur le changement dans la structure du marché, bien que celui-ci conserve tout de même une certaine importance.

Les objectifs sous-jacents du contrôle des effets non horizontaux sont assez longuement exposés dans les *Lignes Directrices* que la Commission européenne a publié en 2008 (1). La *FTC* énonce également ces objectifs dans ses *Guidelines* de 1984 (2), qui, pour être plus anciennes, sont un peu moins précises mais révèlent une approche comparable de la question.

(i) Les objectifs décrits par les *Lignes directrices* européennes

Il convient de remarquer avant les développements qui vont suivre que le règlement 139/2004, pas plus que ne le faisait son prédécesseur de 1989, n'évoque les différentes formes que peuvent prendre les opérations de concentrations. Il n'y est donc pas fait allusion aux concentration verticales et conglomerales. C'est donc sur la foi des *Lignes Directrices* de 2008 que les objectifs assignés au contrôle de telles concentrations par la Commission européenne peuvent être connus.

Comme il a été déjà souligné, la préoccupation principale des autorités lorsqu'elles contrôlent les effets horizontaux des concentrations est la disparition des concurrents situés sur un même marché. Une concentration verticale n'a pas pour conséquence une telle diminution du nombre de concurrents sur un même marché, l'atteinte portée à la concurrence est donc moindre *a priori*, comme le soulignent les « *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* » de la Commission européenne²³⁸, publiées le 18 octobre 2008. De plus, comme cela a déjà été brièvement évoqué, les concentrations non horizontales conduisent plus facilement que les concentrations horizontales à la réalisation de gains d'efficacité, comme l'expliquent encore les *lignes directrices* précitées : « ... les concentrations verticales et conglomérales permettent des gains d'efficacité substantiels. Les concentrations verticales et certaines concentrations conglomérales se caractérisent notamment par le fait que les activités et/ou les produits des sociétés concernées sont complémentaires. L'intégration d'activités ou produits complémentaires au sein d'une société unique peut générer des gains d'efficacité significatifs et favoriser la concurrence. Dans les relations verticales, par exemple, une diminution des marges commerciales en aval entraînera, grâce à la complémentarité, une augmentation de la demande, y compris en amont. Une partie des avantages de cette augmentation de la demande reviendra aux fournisseurs situés en amont. Une société intégrée prendra ces avantages en compte. L'intégration verticale peut donc inciter plus fortement à chercher à diminuer les prix et à accroître la production car la société intégrée peut bénéficier d'une partie plus importante des avantages. On parle souvent, dans ce cas, d'«internalisation de doubles marges commerciales». De même, d'autres efforts visant à augmenter les ventes à un certain niveau (en diminuant les prix ou en renforçant l'innovation, par exemple) peuvent profiter davantage à une société intégrée qui incorporera les retombées positives à d'autres niveaux. L'intégration peut aussi réduire les coûts de transaction et permettre une meilleure coordination en termes de conception de produits, d'organisation du processus de production et de mode de vente des produits. De même, les concentrations concernant des produits appartenant à une gamme ou un portefeuille de produits généralement vendus au même ensemble de clients (qu'il s'agisse ou non de produits complémentaires) peuvent générer des avantages pour le client, comme par exemple un système de guichet unique »²³⁹.

Cependant, des effets anticoncurrentiels peuvent tout de même résulter de telles opérations. Comme pour les effets horizontaux, ils se répartissent en deux catégories : les effets coordonnés et non coordonnés. La manière avec laquelle de tels effets peuvent prendre place ainsi que leurs effets anticoncurrentiels sont exposés en détail dans les *Lignes Directrices* en question.

Les effets non coordonnés trouvent ici leur cause principale, comme pour les effets horizontaux du même type, dans l'acquisition par la nouvelle entité, grâce à l'opération de concentration, d'un pouvoir de marché, c'est à dire de la possibilité de se comporter indépendamment de ses concurrents et des consommateurs. Les principaux effets non coordonnés résident dans la possibilité alors accrue que la nouvelle entité puisse

²³⁸ 2008/C 265/07, II « *Considérations générales* », §11 et 12.

²³⁹ *Lignes Directrices précitées*, § 13 et 14.

verrouiller les marchés, phénomène que la Commission explique comme suit : « la notion de 'verrouillage du marché' désigne tous les cas où la concentration entrave ou ferme l'accès des entreprises rivales existantes ou potentielles aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, réduisant ainsi leur capacité et/ou leur incitation à animer la concurrence. Un tel verrouillage du marché peut permettre aux parties à la concentration — ainsi que, le cas échéant, à certains de leurs concurrents — d'augmenter profitablement le prix facturé aux clients. On parle dans ce cas de verrouillage anticoncurrentiel du marché »²⁴⁰.

Quant aux effets coordonnés, ils sont tout à fait comparables à ce qui a pu être exposé plus avant dans cette partie²⁴¹. Qu'il suffise de remarquer que des concentrations non horizontales parfois augmentent les possibilités de coordination, en raison du changement de structure apporté par l'opération sur les marchés concernés, notamment des « liens d'interdépendance économique » entre les acteurs d'un marché, favorisant l'échange d'informations, la transparence. Ainsi des entreprises qui ne coordonnaient pas leurs comportements avant l'opération pourraient être tentées de le faire *post* opération.

Les impacts potentiellement anticoncurrentiels des effets non horizontaux sont moins faciles à évaluer en ce qu'il est nécessaire que l'autorité du contrôle adopte un point de référence relativement à l'intensité de la concurrence sur les marchés concernés. Cette évaluation est plus simple sur un marché horizontal donné, puisqu'il est relativement aisé d'identifier les entreprises qui y sont présentes, et les conditions de marché qui y règnent. Dans les cas des concentrations non horizontales, une telle évaluation de l'intensité de la concurrence doit donc se fonder sur des probabilités comparées. Ainsi l'autorité du contrôle doit-elle comparer les chances qu'un entrant potentiel aurait eues d'intégrer un marché considéré, ainsi que les risques qu'une entreprise qui y était présente avait d'en sortir *ante* opération aux mêmes probabilités, telles qu'elles existeront vraisemblablement *post* opération. L'exercice n'est pas aisé, et c'est l'une des raisons qui conduisent les autorités à se montrer prudentes en matière de contrôle des concentrations non horizontales. Une décision de non conformité d'une opération de concentration, pour laquelle les parties ont investi beaucoup de temps et d'argent, doit en effet reposer sur des fondements solides, et non sur de simples éventualités.

Tels sont ainsi les objectifs du contrôle des effets non horizontaux portés par les *Lignes Directrices* européenne : empêcher, d'une part, que des marchés ne se trouvent verrouillés par le changement dans la structure verticale apporté par l'opération et, d'autre part, prévenir toute coordination rendue possible par ladite opération. Ces motifs sous-jacents au contrôle se retrouvent également du côté des Etats-Unis.

²⁴⁰ In §.18 des *Lignes directrices* précitées.

²⁴¹ Voir Deuxième Partie, A/, 2).

(ii) Les Guidelines américaines de 1984

L'exposé des motifs président au contrôle des concentrations non horizontales le plus récent du côté américain se trouve dans les « *Non Horizontal Merger Guidelines* », publiées le 14 juin 1984. Elles sont, initialement, une partie des « *Horizontal Merger Guidelines* » déjà citées à de nombreuses reprises, et ont survécu inchangées aux révisions de 1992, de 1997 et d'août 2010. Il semblerait que les autorités de la concurrence américaines sont en train de préparer de nouvelles *Guidelines* à ce sujet, mais elles ne sont pas encore disponibles à la date de cette étude. Il convient donc de remarquer de prime abord que, sauf à ce que les autorités américaines aient considéré que leurs *Guidelines* étaient d'une qualité telle qu'aucune révision ne s'imposait pendant près de trente ans, les concentrations non horizontales ne figurent pas au rang des préoccupations majeures de la *FTC*. Pour nuancer ce constat, il convient de souligner qu'avant le 18 octobre 2008, aucun document d'aide à l'appréciation des concentrations non horizontales n'avait été publié par les autorités européennes. Cela semble constituer une preuve tangible du caractère secondaire de la prise en compte de tels effets par les autorités du contrôle.

Néanmoins, les *Guidelines* exposent des fondements du contrôle des concentrations non horizontales similaires, bien qu'elles se montrent moins exhaustives et, du même coup, sont dans une certaine mesure moins pédagogiques dans leur approche, de sorte que la compréhension des motifs qui y sont exposés ne s'en trouve pas favorisée. Il faut également constater quelques différences dans la structure de l'exposé, qui semble faire la part belle aux effets verticaux, les autorités américaines considérant les concentrations conglomerales comme un type particulier d'effets non horizontaux, qui n'est considéré par elles que lorsque ladite concentration implique une entreprise potentiellement entrante sur un marché considéré, qui prend le contrôle d'une entreprise qui y est déjà présente. La notion se voit donc conférer une acception plus réduite aux États-Unis qu'en Europe.

À l'instar des *Lignes Directrices* communautaires, les *Guidelines* commencent par remarquer que les concentrations non horizontales ne conduisent pas nécessairement à la suppression d'un concurrent, contrairement aux concentrations horizontales²⁴², ce qui les rend potentiellement bénignes relativement aux atteintes significatives à la concurrence. Toujours en accord avec les *Lignes Directrices* européennes, les *Guidelines* identifient deux types d'effets anticoncurrentiels pouvant résulter de telles concentrations : les effets non coordonnés²⁴³ et les effets coordonnés²⁴⁴.

²⁴² In « *Non-Horizontal Merger Guidelines* », précitées, s. 4, « *Horizontal Effects of Non-Horizontal Mergers* ».

²⁴³ *Guidelines* précitées, s. 4.21, « *Barriers to Entry from Vertical Mergers* » pour les concentrations verticales, s. 4.1, « *Elimination of Specific Potential Entrants* » pour les concentrations conglomerales.

²⁴⁴ *Idem*, s. 4.22, « *Facilitating Collusion through Vertical Mergers* ».

Le caractère potentiellement anticoncurrentiel de ces effets est justifié sur les mêmes fondements que la Commission européenne. Les effets non coordonnés, pouvant prendre place lorsque la nouvelle entité obtient un pouvoir unilatéral de marché grâce à l'opération, peuvent lui permettre de verrouiller verticalement les marchés sur lesquels elle est présente. De même concernant les effets coordonnés, une opération conduisant à une plus grande concentration verticale peut, dans des circonstances permettant l'obtention par la nouvelle entité d'informations commercialement sensibles, conduire à faciliter les conditions de mise en place de comportements coordonnés entre les entreprises présentes sur les marchés *post* opération.

Les *Guidelines* américaines soulignent également, bien qu'avec plus d'insistance que la Commission européenne, qu'une distinction doit être faite entre une atteinte qui serait rendue possible par l'opération à une concurrence existant effectivement *ante* opération d'une part, et une atteinte qui ne serait portée qu'à une concurrence potentielle qui, en l'absence de ladite opération, aurait plus facilement pu s'épanouir²⁴⁵. Dans le dernier cas, l'atteinte à la concurrence doit être établie avec précision, tant dans sa nature que dans sa probabilité.

Les *Lignes Directrices* européennes et les *Guidelines* américaines identifient donc les mêmes objectifs au fondement du contrôle des concentrations non horizontales, bien que les accents placés par les deux textes varient quelque peu, comme c'est le cas de la prise en compte des effets congloméraux, qui préoccupent moins la *FTC*, ou encore la distinction de l'atteinte à une concurrence potentielle ou existante, sur laquelle le texte américain se montre plus pointilleux. Ces divergences ténues se retrouvent dans les critères du contrôle adoptés par les deux autorités, qui restent, malgré tout, très comparables.

b) Des critères d'analyse comparables en théorie

Les critères de l'analyse des concentrations non horizontales ont été établis par la jurisprudence puis repris par les *Lignes Directrices* tant en Europe qu'aux États-Unis, propres à l'analyse des effets verticaux (i) et congloméraux (ii) des opérations de concentration.

(i) Les critères de l'analyse des concentrations verticales

²⁴⁵ *Idem*, s. 4.1 et 4.2.

Le droit positif communautaire en matière de concentrations verticales, assez récent et n'ayant encore été traité que rarement par les cours de justice européennes, est assez mal établi. Il reste possible, au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne et du Tribunal de Première Instance, de connaître les critères auxquels la Commission doit se conformer dans sa pratique décisionnelle. L'exercice est de plus facilité grâce aux *Lignes directrices* précitées de 2008, établies sur la base de la jurisprudence existante.

Les principes et critères gouvernant l'analyse de ce type de concentrations sont très complexes, ce qui est également vrai des concentrations conglomerales. Comme le soulignent les *Lignes directrices* de 2008, il faut que la Commission soit en mesure de prouver la probabilité des effets concurrentiels de façon stricte. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Tribunal de Première Instance *Tetra Laval c. Commission*²⁴⁶, rendu en appel d'une décision de la Commission *Tetra Laval / Sidel*, qui considère que les concentrations conglomerales et verticales doivent être approchés comme compatibles avec le Marché commun de prime abord. Il existe donc une présomption de conformité en faveur de ce type de concentrations, présomption simple.

Les appréhensions de la Commission en matière de concentrations verticales se portent sur la question de savoir si, *post* opération, les parties auront tout à la fois la capacité et l'intérêt de se lancer dans l'adoption de pratiques abusives prédatrices, telles qu'énoncées sous l'empire de l'article 102 TFUE, relatif aux abus de positions dominantes. Sans entrer dans le détail, ces pratiques sont la vente liée, la vente à la boule de neige, la pratique de rabais abusif ou encore la fixation de prix prédateurs (ne reflétant pas les coûts de production), à un niveau permettant aux parties de phagocytter les parts de marché détenues par leurs concurrents, qui sont alors expulsés du marché.

Les pratiques abusives précitées peuvent donc, si les parties à l'opération sont en mesure de les mettre en œuvre, conduire à l'élimination de concurrents existants tant sur les marchés en amont (en leur restreignant l'accès au marchés aval) que sur les marchés en aval (en favorisant leurs propres entités présents sur lesdits marchés au détriment des autres concurrents). De telles pratiques peuvent aussi conduire à éliminer toute possibilité d'entrée future, en augmentant considérablement les barrières à l'entrée tant réelles (concentration de brevets, pouvoir de marché relativement à l'approvisionnement en intrants ou, à l'inverse, relativement aux débouchés, tels les réseaux de distribution), que perçues par les entrants potentiels qui, de peur d'une réaction rapide et forte des parties, n'oseront pas intégrer un marché qu'ils auraient été en mesure d'intégrer en l'absence d'un pouvoir de marché détenu par les parties.

La méthode analytique devant être adoptée par la Commission est décrite dans l'arrêt *Tetra Laval* qui impose des conditions à la Commission, conclusions qui furent confirmées en 2002 par le TPI à l'occasion de l'affaire *GE/Honeywell*. La première des conditions réside dans le fait que la Commission doit prouver que les circonstances de l'espèce sont propres à conclure à une probabilité significative d'atteinte à une concurrence existante. Doivent encore être prouvés les liens de complémentarités entre les marchés pertinents retenus, sur lesquels les parties sont présentes et pourraient adopter des pratiques abusives. Ensuite, la Commission doit montrer que les parties

²⁴⁶ C-12/03P (2005) CMLR 8.

seraient incitées à adopter un comportement prédateur. La Commission doit enfin montrer que les parties seraient capables d'adopter un tel comportement avec succès, et en évaluer les conséquences prévisibles.

Tous ces critères d'analyse des concentrations verticales sont littéralement repris par les *Lignes Directrices* de 2008. Celles-ci expliquent comment ils doivent être appliqués relativement au verrouillage des marchés des intrants d'une part²⁴⁷, et le verrouillage de l'accès à la clientèle, ou aux débouchés²⁴⁸, d'autre part.

Concernant le verrouillage des marchés des intrants, les *Lignes Directrices* exposent assez longuement les motivations et les moyens que permettraient à une entreprise disposant d'un pouvoir de marché en amont de verrouiller les débouchés sur les marchés situés en aval. La Commission souligne que de nombreuses circonstances relatives à la configuration des marchés sont de nature à pouvoir conduire à une telle situation. Un exposé exhaustif de ces circonstances factuelles ne sera pas fait ici : lesdites *Lignes Directrices* ont font part de façon très précises, il est donc recommandé de s'y référer²⁴⁹.

De même pour le verrouillage de l'accès à la clientèle, qui peut advenir lorsque une entreprise et son client ou distributeur se rapprochent et deviennent en mesure de restreindre l'accès à la clientèle. Là encore, la Commission procède à une énumération assez exhaustive des indices factuels qui doivent être pris en compte dans ses *Lignes Directrices*²⁵⁰.

Quant aux effets coordonnés, les *Lignes Directrices* rappellent les critères et conditions développés sous l'empire de l'article 101 TFUE, déjà évoquée plus haut, à l'occasion des concentrations horizontales.

Quant à la méthode que doit adopter la *FTC*, relativement aux effets non coordonnés, elle se concentre sur la question de savoir si l'opération conduirait à l'élimination d'une concurrence potentielle ou réelle, ainsi qu'il est expliqué dans ces « *Non-Horizontal Merger Guidelines* » de 1984. L'accent est ainsi particulièrement mis sur l'élévation des barrières à l'entrée, tant sur les marchés en amont que sur les marchés en aval. En effet, si l'opération conduit la nouvelle entité à être suffisamment performante sur ces deux niveaux, via la réalisation d'économies d'échelle et de gamme, elle pourra pratiquer des prix conduisant soit à l'exclusion des concurrents déjà présents, soit à décourager toute nouvelle entrée qui devrait alors se faire simultanément sur les marchés des intrants et des débouchés.

Les critères devant être pris en compte, de l'aveu même de la *FTC*, sont similaires à ceux qui dictent l'analyse des concentrations horizontales²⁵¹. Seront ainsi considérés par l'autorité américaine les parts de marchés de l'acquéreur et de l'acquis, la

²⁴⁷ *Lignes directrices* n° 2008/C 265/07 précités, Ch. IV, A, 1., cons. 31.

²⁴⁸ *Idem*, 2., cons. 58.

²⁴⁹ Cons. 32 à 57 des *Lignes Directrices* précités.

²⁵⁰ Cons. 58 à 72 des *Lignes Directrices* précités.

²⁵¹ S. 4.13, « *Enforcement Standards* ».

concentration régnant sur les marchés en cause en conséquence de l'opération, les avantages de l'entreprise acquéreuse à l'entrée des marchés comparés aux conditions d'entrée que devraient affronter les autres entreprises ainsi que les éventuels gains d'efficacité permis par l'opération.

Quant aux effets coordonnés, la *FTC* prête une attention particulière au niveau d'intégration qui existera sur le marché aval *post* opération, afin de savoir si la nouvelle entité pourra améliorer sa capacité à superviser les prix pratiqués sur le marché par ses concurrents, augmentant la transparence. À cet égard, les *Guidelines* considèrent que cette situation peut facilement s'installer si l'indice de concentration des marchés amonts *HHI post* opération dépasse 1800 points, et que nombre de produits seront alors produits puis vendus au sein d'une chaîne verticalement intégrée. De même, la *FTC* vérifie si l'opération élimine un « *disruptive buyer* », c'est-à-dire un acteur présent sur le marché aval qui contribuait à la concurrence sur les prix.

Les facteurs pris en compte par les deux autorités lors de l'analyse des concentrations conglomerales sont tout à fait comparables.

(ii) Les critères de l'analyse des concentrations conglomerales

Cette section n'appelle pas beaucoup de remarques supplémentaires, puisque les objectifs du contrôle des effets conglomeraux ont déjà été rapportés et que les critères effectivement appliqués pour le contrôle par les autorités ne diffèrent que très légèrement de ceux qui sont utilisés dans le contexte des concentrations verticales.

Sous l'empire du *Claton Act*, section 7, la jurisprudence américaine a d'abord souligné l'avantage que deux firmes actives sur des marchés complémentaires ou connexes peuvent trouver à fusionner. Dans l'arrêt *FTC v. Consolidated Foods Corp.*²⁵², la Cour suprême des États-Unis a considéré que la mise en place entre les parties de pratique d'achats réciproques leur permettaient d'abaisser significativement leur coûts de production et de concurrencer déloyalement le reste des acteurs présent sur le marché, rendant en cela l'opération contraire au *Clayton Act*. Une attention toute particulière à la possibilité de la mise en place par les parties de pratiques prédatrices est nécessaire²⁵³, qui ne peuvent être engagées profitablement par les parties que si les barrières à l'entrée des marchés en cause sont élevées²⁵⁴.

Une théorie un peu particulière a été avancée par la jurisprudence américaine, décrite sous le vocable de « *toehold* », soit « prise de pied »²⁵⁵. Elle a déjà été brièvement abordée plus haut, mais mérite de plus amples explications, sans qu'il soit certain pour autant qu'elle soit utilisée par la *FTC* dans la pratique, puisqu'elle n'y fait

²⁵² 380 US 592 (1965).

²⁵³ *FTC v. Procter & Gamble*, 386 US 568 (1967).

²⁵⁴ *FTC v. Matsushita*, 475 US 574 (1986).

²⁵⁵ Arrêt « *Falstaff* », 410 US 526 (1973).

aucune référence dans les décisions étudiées. La théorie du « *toehold* » consiste à considérer une opération contraire à la section 7 du *Clayton Act* lorsque l'entreprise acquéreuse représentait, *ante* opération, une menace sérieuse d'entrée sur le marché sur lequel l'entreprise acquise est présente. Dans ce cas, il n'était pas nécessaire que l'acquéreuse procède à l'opération de concentration, car elle aurait pu intégrer le marché en cause par ses propres moyens, sans absorber une entreprise qui y était déjà implantée. En somme, l'opération apporte un surplus de concentration considéré comme indu, donc nuisible à la concurrence. Il est possible de retrouver une référence à cette théorie dans les *Guidelines* de 1984, section 4.112, « *Harm to Actual Potential Competition* ». Il s'agit en quelque sorte de considérer qu'une contrainte concurrentielle potentielle, mais très probable, est équivalente à une concurrence effective. Mais elles n'expliquent pas comment une telle théorie devrait être mise en œuvre spécifiquement, et procède directement à l'exposé des critères qui ont déjà été rapportés relativement aux concentrations verticales. Comme le souligne Me. Femi Alese²⁵⁶, « *Considérant que la Cour {suprême américaine} n'a pas revisiter les décisions qu'elle a adopté dans les affaires susmentionnées depuis presque trois décennies, le développement de la section 7 du Clayton Act via les Merger Guidelines et la jurisprudence des cours inférieures rendent apparemment extrêmement difficile, sinon impossible, la mise en cause des opérations de concentrations sur le fondement de certaines, à défaut de toutes, des doctrines précédemment exposées* ».

Quant à la Commission européenne, les conditions posées par l'arrêt *Tetra Laval* précité s'imposent également dans le champ des concentrations conglomérales. Dans ses *Lignes Directrices*²⁵⁷, elle passe en revue les conséquences anticoncurrentielles prévisibles de telles opérations. Celles-ci sont encore la possibilité que la nouvelle entité puisse jouir de son pouvoir de marché, cette fois sur des marchés complémentaires ou connexes. Les produits des deux entreprises indépendantes *ante* opérations peuvent, *post* opération, être l'objet de ventes liées ou groupées et ainsi conduire au verrouillage des marchés, et, *in fine*, à l'exclusion d'acteurs déjà présents. De telles pratiques d'exclusion sont rendues possibles par le fait que les concentrations conglomérales permettent souvent aux parties la réalisation d'économies de gamme, grâce à l'adoption de standards ou technologies de production communes.

Les critères d'analyse des concentrations non horizontales utilisés aux États-Unis et en Europe semblent donc avoir pour points communs d'être très complexes, de commander une analyse assez stricte de telles opérations de sorte qu'elles ne se trouvent pas facilement bloquées. Il sont encore assez incertains, et laissent une place importante au développement d'une casuistique par les autorités du contrôle, qu'il est très difficile de structurer, étant considérée la rareté des décisions abordant la question, particulièrement frappante du côté de la *FTC*.

2. Une prise en compte très inégale en pratique

²⁵⁶ In « *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis* », précité, p. 493.

²⁵⁷ Précitées, cons. 93 à 121.

Si les droits positifs européen et américain ne sont pas très clairs, surtout en ce qui concerne les effets congloméraux, il a pu être constaté que les objectifs sous-jacents au contrôle et les critères adoptés par celui-ci sont comparables. Il est difficile donc difficile de comparer les critères adoptés en pratiques et la sévérité relative des deux autorités, car leurs pratiques décisionnelles accordent une place très inégale aux effets non horizontaux, de sorte que les éléments pouvant fonder une étude comparative sont peu nombreux.

La Commission européenne aborde assez régulièrement la question des effets non horizontaux mais ne les retient pratiquement jamais dans ses conclusions relatives aux effets anticoncurrentiels. Elle se montre donc très prudente dans son application des principes et respecte la présomption de conformité au Marché commun des concentrations (a). La *FTC*, quant à elle, n'aborde la question de savoir si des effets non horizontaux peuvent prendre place que très exceptionnellement. Partant il est très difficile de discerner la ligne décisionnelle qu'elle adopte à leur rencontre (b).

a) Pratique de la Commission européenne : prudence et présomptions

La Commission européenne aborde la question des effets non horizontaux en général dans dix-sept des vingt-deux affaires étudiées, donc dans plus de 75 pourcents des cas. Parmi ces décisions, il s'en trouve seize qui se préoccupent d'effets verticaux et quatre des effets congloméraux éventuels. Il faut donc remarquer que, pour être une préoccupation secondaire des contrôles des opérations de concentration, le nombre de décisions procédant à l'analyse des effets non horizontaux est tout de même considérable. Néanmoins, seule une conclusion d'atteinte significative à une concurrence effective est retenue sur le fondement d'effets verticaux, et aucune sur le fondement d'effets congloméraux.

La Commission européenne est donc soucieuse de vérifier la probabilité que de tels effets puissent nuire à la concurrence, mais n'est pas encline à conclure à leur incompatibilité avec le Marché commun. D'ailleurs, la précision de son contrôle varie d'une décision à l'autre, que cela soit relativement aux effets verticaux (i) ou aux effets horizontaux (ii).

(i) Acception très stricte d'effets verticaux fréquemment analysés

Sur les seize décisions abordant la question des effets verticaux, neuf ne le font que très succinctement pour éliminer, d'entrée de jeu, toute probabilité que ces effets puissent nuire à la concurrence. C'est d'abord le cas lorsque les parts de marché

détenues par les parties en amont ne sont à l'évidence pas suffisantes pour que la nouvelle entité puisse, *post* opération, restreindre avec succès la production ou l'accès aux intrants. Parfois, c'est que l'opération n'entraîne pas une augmentation de la concentration du marché des intrants. C'est le cas dans la décision *Cemex / RMC*, précitée, où seule l'une des parties est présente sur le marché des *ciments gris*, intrants dans la production de différents *agrégats*, marché aval sur lequel les deux parties sont actives. Dans la décision *Teva / IVAX* précitée, la Commission examine la possibilité de voir des effets verticaux anticoncurrentiels prendre place dès lors que la part de l'une des parties sur le marché des intrants (*principes actifs pharmaceutiques*) dépasse les 25% et la part de l'autre partie sur le marché situé en aval (*médicaments*) excède 5% de part de marché. En dehors de ce cas de figure, les effets verticaux sont considérés être bénins. Seul un marché vertical dépasse en l'espèce les seuils fixés par la Commission, mais l'une des parties consommait déjà, *ante* opération, la plupart des intrants produits par l'autre partie. Partant, la stratégie adoptée par les parties ne changerait pas *post* opération : elles n'auraient pas une capacité de production d'intrants suffisante pour pouvoir se livrer à des pratiques abusives ou d'exclusion. Le seuil de 5% de la demande du marché aval en matière de consommation d'intrants est également retenu dans la décision *Pfizer / Wyeth* où la forte part de marché de *Pfizer* sur le marché des *capsules de gélatines* n'est pas considérée représenter une source d'effets verticaux potentiellement anticoncurrentiels puisque *Wyeth* ne représente que moins de 5% de la demande. Partant, la nouvelle entité ne pourrait pas restreindre l'accès aux intrants en consommant une grande partie en interne, les capacités de consommation de *Wyeth* étant insuffisantes. Dans sa décisions *Panasonic / Sanyo*, la Commission considère encore que 20-30% de part des marchés en amont et 10-20% de part des marchés en aval ne peuvent conduire à la mise en place de pratiques d'exclusion puisque, sur les deux niveaux, intrants et débouchés, la concurrence est très présente et les perspectives de croissance faibles pour la nouvelle entité. La Commission explique ainsi clairement dans sa décisions *BASF / Ciba*²⁵⁸ que les effets verticaux ne sont pas préoccupants lorsqu'une asymétrie significative existe entre les capacités de production d'intrants d'une des parties et la part de la demande totale des mêmes intrants de l'autre partie.

Les seuils en part de marché ne sont pas fixes et peuvent donc évoluer au gré des circonstances de l'espèce, en tenant compte, notamment, de l'intensité de la concurrence sur les marchés en amont et en aval, et des perspectives de croissance sur ces marchés de la nouvelle entité.

En plus de l'importance des parts de marché détenues par les parties en amont et en aval, une atteinte significative ne sera pas trouvée tant que des barrières à l'entrée élevées ne sont pas démontrées. C'est ce que la Commission relève dans sa décision *Cytec / UCB Surface Specialties* précitée, en remarquant que deux concurrents disposent de capacités de production inexploitées et qu'ils pourraient ainsi tenir en échec toute tentative de restreindre la production d'intrants pour provoquer une augmentation des prix. Une illustration représentative de l'importance de la présence de barrières à l'entrée se trouve encore dans l'affaire *Thermo Electron / Fischer Scientific*. En l'espèce, *Thermo* est un producteur important d'*instruments d'analyses médicales*, dont *Fischer* est l'un des principaux distributeurs en Europe. Pour conclure à la faible probabilité qu'une atteinte significative à la concurrence résulte d'effets verticaux *post*

²⁵⁸ Cons. 295, p. 54.

opération, la Commission montre qu'une forclusion du marché de la distribution ne serait pas envisageable, bien que les parts de marché détenues en amont par *Thermo* s'élèvent jusqu'à 40-50%. En effet, l'étude de marché révèle que les concurrents de *Thermo* sur les marchés des intrants sont nombreux et qu'il est relativement simple pour les acteurs du marché aval de changer de fournisseur. Quant à une éventuelle forclusion des débouchés directement au niveau des consommateurs finaux, la Commission estime qu'elle est improbable, car lesdits consommateurs ont pour habitude de diversifier leurs sources d'approvisionnement (pratique dite du *multisourcing*). Une situation tout à fait comparable conduit la Commission à la même conclusion dans l'affaire *Varian / Agilent*, où un nombre élevé de concurrents seraient en mesure de palier toute tentative de forclusion des *outputs*.

L'affaire *Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare* est la seule opération de concentration ayant supporté une conclusion d'incompatibilité avec le Marché commun en raison de ses probables effets verticaux. En l'espèce, les parties sont les deux plus importants producteurs de substituts nicotiques, mais connaissent, *ante* opération, un concurrent au niveau de la distribution : *GlaxoSmithKline*. La réunion entre les mains de la nouvelle entité des deux produits leaders en la matière (*Nicorette* et *NiQuitin*) permettrait alors l'exclusion de *GSK*, qui se fournit auprès des deux parties. Pour incriminer les effets verticaux de l'opération, la Commission dresse un bilan accablant de l'opération. Elle constate d'abord la disparition de tout fournisseur en aval, l'accès de la nouvelle entité à des informations commerciales sensibles sur son concurrent *downstream*, *GSK* ; la possibilité alors offerte à la nouvelle entité de limiter sa production, de dégrader la qualité des produits, d'en augmenter le prix et d'élever énormément les barrières à l'entrée en devenant seule détentrice des droits de propriété intellectuelle relatifs aux intrants. Enfin, pour ne rien arranger, *GSK* est obligé par un contrat de fourniture exclusive au bénéfice de l'entreprise acquise, dont *Johnson & Johnson* deviendrait alors créancier. La Commission conclue que l'opération aurait pour conséquences probables la diminution du choix offert aux consommateurs finaux, la diminution de la qualité des produits et l'augmentation de leur prix, conformément aux conditions édictées par le TPI dans son arrêt *Tetra Laval*. Il faut encore ajouter à cela que l'acquisition, en ce qu'elle permettrait à *Johnson & Johnson*, comme il a déjà été dit, d'avoir des informations sur ses concurrents présents *downstream*, une pratique de coordination verticale pourrait être mise en place avec succès, renforçant encore les effets anticoncurrentiels unilatéraux.

La Commission européenne est donc très stricte dans son appréciation des effets verticaux. Bien qu'elle adopte un seuil de référence en parts de marché détenues en amont et en aval de respectivement 25% et 5%, le fait que cette situation soit constatée n'est en soi pas suffisant pour conclure à l'incompatibilité de l'opération avec le Marché commun. Dans ce cas elle prend encore le soin d'évaluer les barrières à l'entrée et l'intensité de la pression concurrentielle exercée par les autres acteurs des marchés ainsi que la possibilité qu'ont les consommateurs finaux de changer de fournisseur. En fonction des cas, comme il a été vu, elle modifie les seuils de référence exprimés en part de marché si la concurrence exerce une pression significative sur la nouvelle entité *post* opération. La seule opération ayant supporté une conclusion d'incompatibilité en raison d'effets verticaux, cela a été vu, présentait un bilan accablant en la matière. Une affaire dans laquelle la Commission semblait proche de conclure à des effets verticaux anticoncurrentiels dans sa décision *Linde / BOC* de 2006. Les parties détenaient plus de

25% des parts du marché de *vente au gros d'hélium raffiné* et plus de 50%, en moyenne (en fonction du marché national considéré) des *marchés de vente au détail d'hélium raffiné*, dont la production est intrinsèquement liée à la précédente. Malgré ces parts de marché élevées couplées à de fortes barrières à l'entrée et une grande transparence des marchés, la Commission considère que la possibilité laissée aux consommateurs de se fournir auprès de l'une des trois autres entreprises présentes sur ces marchés oligopolistiques suffit à condamner à l'échec toute tentative de pratiques abusives. La Commission est donc, décidément, particulièrement stricte dans sa prise en compte des effets verticaux anticoncurrentiels : la conformité des effets verticaux est la règle, l'incompatibilité l'exception. Stricte, elle l'est encore plus relativement aux effets congloméraux.

(ii) Une acception très rigoureuse des effets congloméraux anticoncurrentiels

Pour rappel, seules quatre décisions de la Commission abordent la question des effets congloméraux²⁵⁹. La pratique décisionnelle européenne en la matière semble accorder une importance toute particulière à la réunion entre les mains de la nouvelle d'une gamme de produits complémentaires ou connexes bénéficiant d'une forte reconnaissance de marque. Cela est apparent dans l'affaire *Novartis / Alcon* précitée, où l'opération en cause, selon les allégations de tiers intéressés, les parties à détenir dans leur portefeuille une marque célèbre de *lentilles de contact souples* et d'une marque de *sérum d'entretien* tout aussi reconnue. Partant, les craintes se portent sur les possibilité de ventes liées ou groupées de ces produits qui pourraient, en tant que pratique prédatrice, conduire à l'exclusion de concurrents. Cela se constate encore dans la décision *Cytec / UCB*, où la Commission exclue d'emblée toute possibilité d'effets congloméraux anticoncurrentiels après avoir remarqué que les gammes de produits offertes par les deux parties *ante* opération ne se différencient pas suffisamment l'une de l'autre pour que puisse prendre place des pratiques de ventes liées ou groupées.

De plus amples explications sont données par l'autorité européenne dans sa décision *Pernod Ricard / V&S*. En l'espèce, les craintes relatives aux effets congloméraux se portent sur la vaste gamme de *spiritueux* que la nouvelle entité offrira à la vente *post* opération, incluant une marque de vodka célèbre. La Commission considère toutefois que ladite nouvelle entité continuera de faire face à une concurrence solide, certains concurrents possédant une gamme de produits aussi large. De plus, les acteurs des marchés en aval (distribution) pourraient se passer des marques des parties si celles-ci venaient à imposer des conditions d'approvisionnement qui ne leur conviendraient pas. Ainsi les utilisateurs des intrants en cause peuvent-ils tenir en échec toute tentative d'instaurer des pratiques abusives. La probabilité d'une atteinte significative à la concurrence est donc considérée « *extrêmement improbable* ». En revanche, les parties invitaient la Commission à considérer les gains d'efficience

²⁵⁹ Ces décisions, précitées, sont les suivantes : *Cytec / UCB Surface Specialties*, 2004 ; *Procter & Gamble / Gillette*, 2005 ; *Pernod Ricard / V&S*, 2008 et *Novartis / Alcon*, 2010.

résultant des économies d'envergure faite sur les démarches administratives et le transport des produits *post* opération, qui bénéficieront *in fine*, selon elles, aux consommateurs via une baisse du prix des produits considérés. La Commission ne reprend pas cet argument, sans doute parce que les effets congloméraux anticoncurrentiels étaient si peu probables que les gains d'efficacité n'étaient pas nécessaire à l'autorisation de l'opération.

Les effets congloméraux potentiels sont discutés avec plus de détail dans la décision *Procter & Gamble / Gillette*. Là encore l'accent est placé sur la large gamme de produits vendus par les parties (des biens de grande consommation tels que les brosses à dents, produits cosmétiques, etc.) et les parts de marché détenues par les parties relativement aux marques très reconnues par les consommateurs²⁶⁰. La Commission procède en l'espèce à une analyse des comportements passés à la fois des parties et des entreprises résultant de concentrations, ayant pris place dans le même secteur. Cette analyse porte sur la fréquence des pratiques prédatrices qui ont pu être constatées. À l'issue de son enquête, la Commission conclue que les indices qui constituent les comportements passés d'entreprises placées dans la même situation et la présence encore forte de concurrents aux parties *post* opération ne conduit pas à penser que la nouvelle entité pourrait verrouiller les marchés de la distribution situés en amont au moyen de ventes groupées. La décision prend encore en compte un facteur peu courant : le « *category management* ». Il s'agit d'une pratique *marketing* qui consiste en ce que chacun des producteurs suggère aux distributeurs une stratégie de présentation de leurs produits (« *shelf positioning* »). La Commission se pose donc la question de savoir si, d'une part, les parties pourraient, seules, désavantager les produits des autres entreprises au moyen de cette pratique et, d'autre part, s'il serait possible que le distributeur et les parties agissent de concert dans le même sens. La Commission estime que non, car les producteurs invités à suggérer des modes de présentation tournent et les suggestions ne sont que rarement suivies à la lettre. De plus, ce n'est pas parce qu'une entreprise est « *category manager* » que ses produits ne peuvent pas être exclus des rayons du distributeur. La Commission considère donc que l'exclusion des concurrents au moyen du *category management* est improbable. Enfin, la Commission reconnaît l'existence de gains d'efficacité en les économies de gammes qui seront réalisées sur les coûts du transport et des procédures administratives.

La pratique décisionnelle se concentre donc sur la reconnaissance de marque et la taille de l'éventail des produits proposés à la vente par les parties pour savoir si elles pourraient s'engager dans des pratiques de ventes groupées avec succès, afin de verrouiller l'accès aux marchés situés en aval à leurs concurrents.

Si la Commission semble ainsi ne pas facilement reconnaître la probabilité d'une atteinte significative à une concurrence effective découlant d'effets congloméraux, du moins les analyse-t-elle lorsqu'ils sont une éventualité. Ce n'est pas le cas de la *FTC* qui ne s'y intéresse vraisemblablement pas. Elle a toutefois pris en compte, une fois, les effets verticaux d'une opération de concentration.

²⁶⁰ « *Must stock brands* », cons. 127 de la décision.

b) Silence de la FTC

Il devient possible de comprendre pourquoi les « *Non-Horizontal Merger Guidelines* » n'ont pas été révisées depuis 1984 en considérant la pratique décisionnelle de la *FTC*. Certes la théorie économique de l'école de Chicago n'est pas favorable à l'interdiction des concentrations non horizontales, pour les raisons qui ont déjà été vues. Mais la *FTC* est quasiment muette en la matière. Alors que la Commission européenne aborde la question des effets non horizontaux dans soixante-dix pourcents des affaires étudiées, la *FTC* n'en traite qu'une seule et unique fois, sans même employer le mot « vertical » dans sa *complaint*, qu'il est tout de même possible de retrouver dans son « *document d'aide à l'analyse* ». Car c'est d'effets verticaux dont il s'agit, dans sa décision *Boeing / Lockheed Martin / ULA*²⁶¹. Les effets congloméraux, quant à eux, n'ont pas été abordés une seule fois dans le corpus de décisions étudié, pas même à l'occasion de l'affaire *Procter & Gamble / Gillette*, dont il a déjà souvent été question, un terrain pourtant propice à ce type d'effets. Comme cela avait été rapporté plus haut, les conditions nécessaires à une conclusion d'illégalité fondée sur les effets congloméraux d'une concentration, telles que développées par la jurisprudence de la Cour suprême, sont pratiquement inapplicables. En effet, elles doivent l'être.

Malheureusement, la seule analyse d'effets verticaux effectuée par la *FTC* se trouve dans une décision à propos de laquelle la Commission européenne ne les a pas relevés. Il n'est donc pas possible de proposer une approche comparative des méthodes des deux autorités en la matière. Reste qu'il est toujours possible de se pencher sur la décision *Boeing / Lockheed Martin* précitée pour tenter de déceler un point de comparaison.

En l'espèce, comme il a déjà été rapporté, les parties mettent en commun des moyens financiers, techniques et humains dans le cadre d'un joint-venture de plein exercice pour la fourniture de services de mise en orbite de matériels spatiaux moyens à lourds au gouvernement américain. La *FTC* se préoccupe de savoir si les parties, actives sur le marché desdits matériels spatiaux, ne profiteront pas de leur situation de monopole relativement aux lanceurs pour verrouiller le marché des charges utiles, situé en aval.

En effet, après avoir estimé que les barrières à l'entrée étaient très élevées, la *FTC* estime que les parties seraient, d'une part, en mesure de se livrer à des pratiques d'exclusion des concurrents présents en aval au moyen, notamment, de la limitation de la compatibilité avec leurs lanceurs des charges utiles fabriquées par d'autres producteurs. D'autre part, les parties pourront partager les informations techniques et commerciales sur les produits *downstream* de leurs concurrents, et se livrer ainsi à des pratiques coordonnées. Les gains d'efficacité propres à justifier les effets horizontaux de la concentration (l'amélioration de la fiabilité des lancements) ne compensent pas l'atteinte à la concurrence emportée par les effets horizontaux. La *FTC* considère donc la transaction illégale en l'état et impose, d'une part, que soient prises des mesures dites « *firewall* », afin que les entreprises parentes ne puissent pas bénéficier des informations

²⁶¹ Réf. US : C-4188 051 0155, 03.10.2006.

sur les produits de leur concurrents présents sur le marché en aval des charges utiles, et, d'autre part, que les parties mettent à disposition les informations techniques suffisantes pour que lesdits concurrents puissent adapter leurs produits aux lanceurs.

La *FTC* ne procède donc pas à une analyse très conforme au droit américain applicable en la matière. Certes la question des parts détenues par les parties sur les marchés en amont et en aval est indirectement traitée puisqu'il est connu que *Boeing* et *Lockheed Martin* sont en situation de monopole en amont. Aucune précision n'est cependant donnée relativement aux parts des parties en aval. La *FTC* devrait encore poser la question de savoir si une « double entrée », sur les marchés en amont et en aval, serait nécessaires à tout concurrent potentiel pour pouvoir intégrer un marché, ou encore vérifier les impacts de la concentration sur l'intensité de la concurrence survivant en aval.

Dans le cas d'espèce, il faut rappeler qu'il s'agit d'un marché gouvernemental dont les prix sont régulés et non concurrentiels. De même, le monopole des parties en amont est imposé par une loi. La décision de la *FTC* relativement aux effets verticaux n'en est donc pas vraiment une, dans la mesure où une décision rendue relativement à des marchés fortement régulés n'est pas représentative, semble-t-il, de la ligne que pourrait adopter une autorité de la concurrence face à des marchés concurrentiels, ou supposés l'être.

Pour conclure sur la question des effets non horizontaux, il n'est pas possible d'affirmer clairement que la *FTC* adopte une approche encore plus restrictive de la notion d'effets non horizontaux que son homologue européenne, dont l'acceptation de la notion est déjà très stricte. Il peut être simplement constaté que le contrôle des effets non horizontaux est pratiquement inexistant du côté américain.

CONCLUSION

Cette étude comparative touche à sa fin. Elle a tenté d'être exhaustive, autant que possible, dans la description et l'explication du rôle des critères d'appréciation de mise en œuvre des droits matériels américain et européen des concentrations. De même, elle a voulu mettre en lumière les particularismes propres à chaque autorité dans l'application qu'elles font desdits critères ou sous critères. À partir ces constats, des tendances ont pu être identifiées dans les pratiques décisionnelles de la *FTC* et de la Commission européenne. Ces tendances ont été confrontées les unes aux autres afin de voir si des enseignements suffisamment clairs pouvaient en être tirés. L'analyse juridique, tant américaine qu'européenne, qui est faite des opérations de concentrations est si dépendante des analyses économiques effectuées en amont, que les décisions rendues en la matière s'apparentent souvent plus à un exercice de casuistique fondé sur l'ensemble des circonstances factuelles de chaque cas d'espèce, plutôt qu'à des décisions de justice fondées sur des principes stables et bien établis. Il n'est donc pas aisé de procéder à une classification, ou une hiérarchisation des critères et méthodes juridiques tant d'interprétation du contexte factuel que d'analyse des effets anticoncurrentiels probables des concentrations. En effet, il se dégage parfois de l'étude des décisions dont il a été question une certaine impression de désordre. Ce n'est sans doute pas tant le cas, mais le nombre des critères et sous-critères employés, leur importance relative dans chaque espèce et jusqu'à la précision des analyses qui sont réalisées par les deux autorités varient considérablement d'une décision à l'autre. C'est la raison pour laquelle cette étude n'a pu mettre en évidence que des tendances, et peu de règles. Il serait péremptoire d'affirmer qu'elle est parvenue à établir un cadre clair et stable de comparaison des pratiques décisionnelles européenne et américaine : les réactions respectives des autorités face à des cas concrets, plus encore que dans d'autres branches du droit, sont plus affaires de probabilités, de statistiques que de règles prévisibles. Néanmoins, certaines des tendances mentionnées plus haut sont suffisamment récurrentes pour qu'il soit possible de conclure à leur égard.

Quant aux cadres de l'analyse concurrentielle des opérations de concentration, il peut être retenu que, dans l'ensemble, les critères et méthodes de définition des marchés pertinents ne diffèrent que peu. Certaines des divergences de méthode en la matière qui ont pu être rapportées semblent contribuer plus ou moins significativement aux différences constatées dans les marchés effectivement retenus *in fine*. Mais il est difficile d'imputer ces divergences, certes considérables, à un facteur plutôt qu'à un autre. Les différentes conditions régnant sur les marchés américain et européens brouillent trop souvent les pistes : le lien de causalité entre telle divergence de méthode et telle variation dans la définition des marchés pertinents ne peut pas être établi avec certitude. Il faut cependant rappeler qu'il est clair qu'une part non négligeable des différences constatées entre les décisions des deux Commissions dans les marchés effectivement retenus, relativement à une même affaire, est due à une pratique téléologique de la *FTC* en la matière, en opposition complète avec la pratique européenne qui, elle, définit autant de marchés pour les besoins de son étude qu'il y a de marchés effectivement affectés par l'opération.

Il résulte des divergences dans les définitions de marchés pertinents effectivement retenues que les analyses des effets substantiels ne se font pas dans les mêmes cadres. Comme cela a été montré, il arrive assez fréquemment que les dimensions *produits* des marchés retenus se recoupent voire se superposent, auquel cas les critères et méthodes qui ont conduit à leur adoption de part et d'autre de l'Atlantique ne diffèrent pas ou très peu. En revanche, ce n'est quasiment jamais le cas des dimensions *géographiques*, qui diffèrent systématiquement. Partant, il n'a pas été possible de confronter les analyses des effets substantiels relatives à un même marché. Des tendances se dégagent tout de même de la pratique décisionnelle. D'abord, le rapprochement des tests substantifs américain et européen suite à l'adoption du Règlement n°139/2004 est visible dans les pratiques décisionnelles respectives de la *FTC* et de la Commission européenne. Si le test *SLC* américain est sensé attacher moins d'importance aux parts de marché détenues par les parties et à la concentration régnant sur lesdits marchés que le test *SIEC*, décrit comme un hybride de dominance et de *SLC*, cela n'est pas frappant dans la pratique. En dépit de l'*incipiency theory* en vigueur aux États-Unis, qui n'attache en principe à l'indice de concentration et aux parts de marché qu'une valeur indicative quant aux possibles conséquences anticoncurrentielles d'une concentration, la présomption structurelle semble tout de même revêtir une importance significative dans le raisonnement de la *FTC*. Bien sûr, c'est aussi le cas de la Commission européenne, qui attache à la présomption structurelle une place centrale dans sa poursuite des atteintes significatives à une concurrence effective. Les seuils de référence mis en œuvre par les autorités dans le cadre des effets coordonnés des concentrations horizontales sont très comparables, tout comme le sont les facteurs aggravants pris en compte et la relative faiblesse de la prise en compte des gains d'efficience. Les engagements demandés sont tout à fait comparables et consistent automatiquement en des obligations de défaisance. En revanche, le contrôle européen des effets coordonnés des concentrations est encore centré sur la notion de dominance collective. Les conditions devant être vérifiées sont très strictes, par conséquent les conclusions d'atteinte significative à une concurrence effective sont rares. Elles sont plus rares que pour la *FTC*, davantage encline à les invoquer, sans que l'argumentation relative à ce type de conclusion soit très développée.

Mais l'enseignement le plus clair de cette étude est le traitement très inégal réservé par les deux autorités aux effets non horizontaux des concentrations. Les tests substantifs *SLC* et *SIEC* n'ont ici que peu d'incidence. Tout au plus le premier stade d'analyse qu'ils préconisent, soit la présomption structurelle en pratique, est-il pris en compte. La *FTC* ne les analyse qu'une seule fois, pour conclure à des effets verticaux potentiellement anticoncurrentiels, mais relativement à un marché non concurrentiel. Étant donnée l'obscurité du droit positif américain en la matière et la faible représentativité de la seule décision concernée, la conclusion qui semble s'imposer est que les effets non horizontaux des concentrations sont une préoccupation très secondaire de la *FTC*, qui se conforme en cela à la jurisprudence de sa Cour suprême, qui n'a pas revisité la question depuis près de trente ans, date à laquelle les préceptes de l'École de Chicago ont pénétré le droit *antitrust* américain. La Commission européenne, de son côté, s'en préoccupe assez souvent, mais les conditions devant être remplies sont très strictes. Partant, une seule conclusion d'incompatibilité au Marché commun est rendue sur ce fondement, dans une situation archétypale. Il ne s'agit donc pas d'une préoccupation secondaire en Europe, mais elle est limitée dans son application par la reconnaissance des effets bénins voire bénéfiques de la plupart des concentrations de types congloméral et vertical. À cet égard, le refus de prendre en compte de tels effets

semble être la conséquence d'une position dogmatique aux États-Unis, alors que la pratique européenne se montre plus pragmatique.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages en français :

- DECOCQ André et Georges, *Droit de la Concurrence, Droit Interne et Droit de l'Union Européenne*, 4^e édition, L.G.D.J, 2010.
- MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la Concurrence Interne et Européen*, 5^e édition, Sirey, 2011.
- DUBUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit Matériel de l'Union Européenne*, 5^e édition, Montchrestien, 2009.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la Concurrence*, 1^{ère} édition, Précis Dalloz, Dalloz-Sirey, 2006.

Ouvrages en anglais :

- GERBER David, *Global Competition*, Oxford University Press, 2010.
- FURSE Mark, *Competition Law of the EC and UK*, 6^e édition, Oxford University Press, 2009.
- WHISH Richard, *Competition Law*, 6^e édition, Oxford University Press, 2008.
- EZRACHI Ariel, *EC Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases*, 1^{ère} édition, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2008.
- ALESE Femi, *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*, 1^{ère} édition, Ashgate, 2008.
- LÉVÊQUE François et SHELANSKI Howard, *Antitrust and régulation in the EU and US : legal and economic perspectives*, col. New horizons in competition law and economics, éd. Cheltenham (UK) et Northampton (Massachusetts), 2009.
- SULLIVAN E. Thomas et HARRISON Jeffrey L., *Understanding Antitrust and its economic implication*, 5^e édition, Lexis Nexis, 2009.
- POSNER Richard A. *Antitrust Law*, 2^e édition, The University of Chicago Press, 2001.
- DEBBAH Maher et LASOK Paul, *Merger Worldwide*, Cambridge University Press, 2005.

Thèses de doctorat

- VIALARD Virginie, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaires et américain*, Université Paris I, sous la direction du Pr. H. Muir-Watt, col. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2005.
- WILSON Joseph, *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, McGill Law Faculty, sous la direction du Pr. R. Janda, Kluwer Law International, 2003.

Articles

- LÉVÊQUE François, *Le Contrôle des Concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Lequel est le plus sévère ?*, Droit et Économie, p. 20, Concurrences N°2 – 2005.
- LÉVÊQUE François, *Contrôle des concentrations : UE/US, match nul*, Revue Lamy de la Concurrence, p. 124, Octobre-Décembre 2007, N°13.
- IDOT Laurence et BLAISE Jean-Bernard, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen, éd. Dalloz, 2005, p. 131.
- COHEN-TANUGI Laurent, *Les concentrations transatlantiques, conflit ou convergence ?*, Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF, 2003.
- LEDDY Mark, *Les différences en contrôle des concentrations et antitrust*, Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF, 2003.
- GLAIS Michel, *Convergences et divergences dans les analyses économiques américaines et européennes des projets de concentration*, Ateliers de la Concurrence de la DGCCRF, 2003.

Législation, réglementation et Lignes Directrices de l'Union Européenne

- Règlement du Conseil n°4064/89 sur le contrôle des concentrations entre entreprises.
- Règlement du Conseil n°139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises.

- Règlement de la Commission n° 802/2004 sur l'application du règlement 139/2004.
- Communication de la Commission sur la définition des marchés en cause n° 97/C 372/03.
- Communication de la Commission sur les engagements n° 2008/C 267/01.
- Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales n° 2004/C 31/03.
- Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales n° 2008/C 265/07.

Législation, réglementation et *Guidelines* des Etats-Unis

- Section 5 du *Federal Trade Commission Act* de 1915, tel qu'amendée : 15 U.S.C. § 45.
- Section 7 du *Clayton Act* de 1914, tel qu'amendée : 15 U.S.C. § 18.
- Section 2 du *Sherman Act* de 1890, tel qu'amendé : tel qu'amendées 15 U.S.C. § 1.
- *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976, 15 U.S.C. § 18a.
- *Horizontal Merger Guidelines* du 2 avril 1992, amendée le 8 avril 1997.
- *Horizontal Merger Guidelines* du 8 août 2010.
- *Non Horizontal Merger Guidelines* du 14 juin 1984.

Accords bilatéraux de coopération entre l'Union Européenne et les Etats-Unis

- Accord de coopération du 10 avril 1995, OJ L 95, 27.4.1995 pp. 47-52, (95/145/EC, ECSC).
- Accord de coopération du 4 juin 1998, OJ L 173, 18.06.1998.

Publications et rapports

- **Commission européenne :**

- Rapports annuels sur la politique de concurrence, disponibles sur le site internet de l'autorité :

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html

- **FTC :**

- Rapports annuels sur l'activité de la *FTC* et du *DOJ* relativement aux concentrations, disponibles sur le site de la *FTC* :

<http://www.ftc.gov/bc/anncompreports.shtm>

ANNEXES

Ensemble des notes sous les décisions De la Commission européenne et de la *Federal Trade Commission*

N.B. les notes qui figurent aux présentes annexes ne sont ni exhaustives ni pensées comme constituant des commentaires comparés. Plutôt, elles pourront servir de guide pour naviguer dans les décisions étudiées, en ce qu'elles résument les critères et méthodes utilisés, les marchés pertinents et les engagements retenus.

2004	114
1 - CEMEX / RMC.....	115
2- CYTEC / UCB SURFACE SPETIALTIES.....	117
2005	121
3- NOVARTIS / HEXAL.....	121
4- PROCTER & GAMBLE / GILLETTE	125
5- BOEING / LOCKHEED MARTIN / ULA.....	131
6- JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT	134
7- TEVA / IVAX	139
2006	142
8- BOSTON SCIENTIFIC / GUIDANT.....	142
9- LINDE / BOC.....	147
10- THERMO ELECTRON / FISCHER SCIENTIFIC.....	152
11- JOHNSON & JOHNSON / PFIZER CONSUMER HEALTHCARE	156
2007	159
12- SCHERING-PLOUGH / ORGANON BIOSCIENCE (AKZO NOBEL).....	159
13- CARLYLE / INEOS / JV.....	161
2008	165
14- PERNOD RICARD / V & S	165
15- TEVA / BARR.....	170
2009	174
16- BASF / CIBA	174
17- PFIZER / WYETH	178
18- PANASONIC / SANYO.....	181
18- MERCK / SCHERING-PLOUGH	185
19- PEPSICO / THE PEPSICO BOTTLING GROUP	188
20- PFIZER / WYETH	190
21- NOVARTIS / ALCON.....	194

1 - Cemex / RMC

Réf. UE : *COMP/M.3572*

Réf. US : *C-4131 0510007*

α/ Historique des procédures

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 18.10.2004
 - Décision d'autorisation art. 6(1)(b) : 08.12.2004
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 11.02.2005
 - Décision finale : 25.03.2005

I. Compétence des autorités

A/ Qualification de l'opération

- 1) Com UE :
 - Le règlement du Conseil de l'Union européenne 139/2004 trouve à s'appliquer pour la première fois.
- 2) FTC :
 - Acquisition de RMC par Cemex via rachat de 100% des actions

B/ Dimension de l'opération

- 1) Com UE :
 - Les chiffres d'affaire agrégés de parties dépassent 5 milliards d'euros au niveau mondial et 250 millions d'euros sur le Marché commun. La règle des deux tiers ne trouve pas à s'appliquer.
- 2) FTC :
 - L'opération est évaluée à 5,8 milliards de dollars (US\$)

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés produits

- 1) Com UE :
 - *Description de l'utilisation des produits par les consommateurs pour en déduire les caractéristiques des produits* : ciment gris, béton pré mélangé, mortier et agrégats ;
 - *Test SSNIP sous forme d'enquête d'opinion* : pour déterminer la substituabilité des produits fabriqués et vendus par les parties ;
 - *La Commission ne retient pas les différences de prix de production encourues d'un matériau à l'autre pesant sur les parties, tout comme elle refuse de segmenter les marchés en fonction des variations dans les prix payés par les consommateurs. Seules les caractéristiques des matériaux vues du consommateurs sont prise en compte ;*
 - *Référence à des décisions antérieures (Lafarge / Blue Circle notamment) rendues dans des affaires similaires pour reprendre la définition des marchés produits;*
 - *Chacun des produits cités plus haut forme un marché produit indépendant.*
- 2) FTC :

- *Identification d'emblée du marché des ciments pré mélangés*, seul marché produit affecté aux Etats Unis par la transaction
- *Description du processus de production*, sans

B/ Marchés géographiques

- 1) Com UE :
 - *Analyse des modes et conditions du transport* : les matériaux pré mélangés sous forme humide ne se conservent pas longtemps et doivent être transportés dans des camions spécifiques (bétonnières) ce qui impose que le temps de transport soit court et, partant, les distances courtes également (15-25 Km). Les matériaux secs sont conditionnés en sac ou en silo et peuvent être conservés bien plus longtemps, donc transportés plus loin ;
 - *Les possibilités de transports dictent la taille des marchés* : locaux pour les matériaux humides, régionaux voire nationaux pour les matériaux secs.
- 2) FTC :
 - *Contraintes de transports décrites pour conclure à la dimension locale des marchés du béton* (10-20 Miles);
 - *Tucson, Arizona, est la seule zone affectée par l'opération* ;

III. Analyse concurrentielle

- 1) Com UE :
 - *Identification des zones géographiques où les parts de marchés des parties se cumulent en conséquence de l'opération* ;
 - *Les activités des parties sont géographiquement réparties de manière complémentaire* : c'est pourquoi les parts de marchés de la nouvelle entité, dans les zones où elles dépassent 15%, n'excèdent pas 30% ;
 - *Les quelques zones géographiques dans lesquelles l'opération entrainera une concentration significative des parts de marché sont trop petites pour être considérées une part substantielle du Marché commun* (quelques villes et îles. La Commission n'explique cependant pas ce qu'elle considère constituer « une part substantielle du Marché commun » ou, plus exactement, comment elle applique cette sorte de règle 'de minimis' ;
 - *Prise en compte de la substituabilité de l'offre* : présence de concurrents actuels ou potentiels avérée dans les régions où la part de marché de la nouvelle entité atteindrait 40-50%.
 - *Prise en compte du risque de forclusion des marchés situés en amont* : risque inexistant malgré l'existence d'un joint-venture entre RMC et Lafarge ;
 - *Enfin, la Commission ne fait état d'aucune préoccupation quant à l'intensité de la concurrence sur les marchés affectés par l'acquisition* (ciments gris, agrégats, mortiers et bétons en Espagne et France du sud ouest).

→ La Commission ne s'oppose pas à l'opération et rend une décision de conformité avec le Marché commun de l'article 6(1)(b).

- 2) FTC :
 - *Mesure de la concentration sur le marché via test HHI et 'two firms ratio'* : la FTC conclut que la nouvelle entité serait en position **dominante** ;
 - *Les parties sont des concurrents réels*
 - *Barrières à l'entrée importantes* : il n'y a pas eu d'entrée sur le marché considéré depuis 10 ans. Il faudrait deux ans au moins pour qu'un nouveau concurrent potentiel puisse organiser son approvisionnement en matières premières avant de pouvoir commencer à produire. Les matières premières nécessaires sont rares dans la zone considérée.

→ Elimination de la concurrence réelle et effective entre les parties, risque de comportement collusif entre les concurrents restants accru, risque que les incitations à l'amélioration de la qualité du service

disparaissent, risque que les consommateurs soient amenés à payer un prix plus élevé. *L'opération est illégale en l'état.*

IV. Engagements

1) Devant la Com UE :

Pas d'engagements requis

2) FTC :

- *RMC doit céder son activité de production de béton à Tucson à un repreneur agréé par la FTC sans condition de prix minimum et avant que l'opération n'ait été consommée.*

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés pertinents :*
La FTC ne discute pas la définition de ses marchés produits pertinents mais se borne à l'affirmer d'autorité. Comme d'habitude, elle cible le ou les marchés sur lesquels elle entend contester l'opération et imposer des conditions. La FTC n'aborde aucune question relative à la définition du marché produit. En revanche, elle affirme la dimension locale des marchés de ciment et de béton, en utilisant les mêmes arguments que la Commission européenne (contraintes de transport). Cela sert son objectif puisque cela réduit les possibilités de trouver une substituabilité côté offre et limite le nombre de concurrents inclus dans son analyse. Néanmoins, le marché géographique est défini objectivement, pas de manière artificielle.
- *Quant à l'évaluation de la position de la nouvelle entité sur les marchés considérés :*
La Commission européenne se limite, comme toujours, à relever les parts de marchés 'brutes' et considère qu'en deçà de 30-35% de part de marché, aucune préoccupation n'est à relever. La FTC s'attache au test HHI et au 'two firms ratio' pour trouver **position de dominance**, ce qu'elle ne fait pratiquement jamais.
- *Evaluation de la pression concurrentielle exercée sur la nouvelle entité :*
Les deux autorités considèrent les contraintes de transports comme une limitation apportée à la substituabilité de l'offre. Les barrières à l'entrée semblent prises en compte de manière plus stricte par la FTC, mais, d'après les explications qu'elle donne à ce sujet, cela semble tenir aux particularismes du marché géographique considéré.
- *De minimis causa :*
Si la Commission européenne considère que les quelques marchés significativement affectés par l'opération ne constituent pas une partie substantielle du Marché commun, la FTC s'attache à imposer la cession par RMC de son activité alors même que la zone considérée est très petite au regard du marché américain. La FTC semble donc plus pointilleuse et plus encline à dicter sa solution, quelle que soit l'importance de l'atteinte à la concurrence, que la Com UE.

2- *Cytec / UCB Surface Spetialties*

Réf. UE : *COMP/M.3538*

Réf. US : *C-4132 0410203*

α/ Historique des procédures

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 29.10.2004
 - Décision : 19.12.2004
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 28.02.2005
 - Décision : 07.04.2005

I. Compétence des autorités

A/ Qualification de l'opération

NB : Première affaire du corpus de cas comparés dans cette étude à se voir appliquer le Règlement 139/2004 (ci-après ECMR pour « European Communities Merger Regulation ») relatif au contrôle des concentrations d'entreprises, remplaçant le Règlement 4064/89.

- 1) Com UE :
 - Cytec offre d'acheter la totalité de Surface Specialties GmbH, filiale de UCB S.A. et d'en acquérir seul le contrôle exclusif. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR.
- 2) FTC :
 - Cytec Industries Inc. ("Cytec"), une entreprise soumise à la juridiction de la *Commission*, va acheter la division Surface Specialties de l'entreprise UCB S.A. ("UCB"), également soumise à la juridiction de la *Commission*, ce qui représente une atteinte à la Section 5 du FTC Act, ainsi qu'à la Section 7 si consommée.

B/ Dimension de l'opération

- 1) Com UE :
 - Les seuils de chiffres d'affaire agrégés mondiaux et européens sont vérifiés, l'opération est donc de dimension communautaire au sens de l'art. 1(3) ECMR.
- 2) FTC :
 - L'opération représente un coût de 1,8 milliards de dollar (US\$)

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés produits

- 1) Com UE :
 - *La Com UE fonde son découpage des marchés produits sur les différentes utilisations qu'ont les consommateurs des produits et des caractéristiques qu'ils leur prêtent.* Ainsi, l'axiome de départ dans la définition des marchés produits semble être la solution dictée par la substituabilité des produits côté demande. Pour que la substituabilité des producteurs côté offre puisse renverser la solution apparue de prime abord, il semble qu'il faille que les parties établissent clairement la preuve que la substituabilité côté demande est importante. D'après la lettre du texte du Cons.14 de la présente décision, il semble exister une présomption réfragable en faveur de la définition des marchés produits dictée par la substituabilité côté demande. Cependant, il faut sans doute prendre en compte le fait que les parties tentent de remettre en cause une division des marchés produits solidement ancrée dans la pratique décisionnelle de la Commission. En l'espèce, les

concurrents des parties s'accordaient tout de même pour considérer la substituabilité côté offre comme importante ;

- *Fondés sur la substituabilité de la demande, 4 marchés produits (différentes résines) sont définis.*

2) FTC :

- *La distinction des marchés opérée par la FTC se fonde sur les effets que le rachat d'UBC Specialties par Cytec aura dans les activités suivantes : recherche et développement, production manufacturière et ventes*
- Deux marchés sont dégagés :
 - o Le marché de résine *amino* destinée aux revêtements liquides industriels
 - o Le marché de résine *amino* destinée aux revêtements en caoutchouc
- *Description des caractéristiques et applications des produits* : Les résines *amino* produites par les deux entreprises concernées sont utilisées comme agent de liaison des fibres de revêtements de surfaces thermales, ainsi que d'autres revêtements très spécifiques (automobiles, canettes, rouleaux, bobines, etc.) ;
- *La FTC distingue également les deux marchés en fonction des choix et utilisations qu'en font les acheteurs* ; ceux-ci sont établis au fur de leurs tests de production de produits nécessitant certaines caractéristiques présentes dans certains types de résines *amino* ;
- *Description confortée par un test SSNIP, pas de substituabilité côté demande.*

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- *Les facteurs considérés par la Commission européenne sont : la variation des prix sur le territoire de l'EEE, les coûts du transport, la répartition géographique des ventes effectivement réalisées par les entreprises du secteur et l'importance des flux d'export/import à la frontière de l'EEE.*

Les prix sont globalement stables sur tout le territoire de l'EEE, les coûts de transport faibles, les unités de production, quelle que soit leur situation géographique, exportent dans tout l'EEE : autant d'indices plaidant pour des marchés géographiques s'étendant à l'EEE.

- *Les flux aux frontières de l'EEE comme limite au marché géographique*
Les imports de résines sont faibles aux frontières de l'EEE, ce qui indique que les marchés géographiques ne sont pas plus vastes que l'EEE.
- *Les marchés géographiques s'étendent donc à l'EEE*

2) FTC :

- Le marché géographique est l'Amérique du Nord, « potentiellement limité aux États-Unis »

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

A/ Effets horizontaux :

- *La Com UE identifie les marchés sur lesquels les parts des deux parties se cumuleront post opération : deux marchés sont concernés ;*
- *Les parties sont en position de leader sur les marchés puisque le principal producteur concurrent consomme sa production en interne.*
Toutefois, la Commission ne mentionne aucun chiffre concernant la part de marché que détiendrait la nouvelle entité ;
- *Les parties se livraient une concurrence « féroce » (Cons. 32) sur les prix ante opération, concurrence qui garantissait un niveau de prix relativement bas ;*
- *La Commission, pour la première fois, ne se fonde pas sur une position de dominance pour justifier ses préoccupations quant à l'atteinte à la concurrence ;*

- *Des barrières à l'entrée suffisamment importantes pour sécuriser la position des parties* : La substituabilité côté offre, après enquête d'opinion auprès des consommateurs, est considérée faible parce que les entrants potentiels doivent mettre en place des étapes de qualification avant d'entrer sur le marché, bien que d'un point de vue technique, la production soit assez facile à lancer ;

→ Risque que la nouvelle entité puisse exercer un pouvoir de marché, entraînant un risque accru de baisse dans la qualité des produits et un risque d'augmentation du prix, dans la mesure où de nouveaux entrants ne pourraient intégrer le marché qu'au terme de quelques années de qualification, interdisant toute source alternative d'approvisionnement pour les consommateurs.

B/ Effets verticaux:

- Négligeables

2) FTC :

A/ Effets horizontaux non coordonnés

- Pour rappel, les deux marchés de *résine amino* identifiés par la FTC sont :
 - o Le marché de *résine amino* destinée aux revêtements liquides industriels
 - o Le marché de *résine amino* destinée aux revêtements en caoutchouc
- Ces marchés sont tous deux très concentrés
- Cytec et UCB sont les deux concurrents principaux sur ces marchés depuis « de nombreuses années » ; de plus, leur concurrence s'étend à une large gamme de résines, pour des utilisations très variées par leurs clients
- La plainte souligne que les clients comptaient sur cette concurrence pour le maintien de prix compétitifs pour les résines *amino* ; et que, de fait, le rachat d'UCB Specialties par Cytec porterait atteinte à la concurrence de ces marchés et empêcherait le maintien de prix compétitifs pour les résines *amino*
- La plainte souligne les barrières (matérielles et temporelles) d'entrée sur les marchés susmentionnés
- Pas d'existence d'entreprises aptes à offrir, dans le moyen terme, la gamme de résines concernée par les deux marchés suscités

→ En l'état, l'opération aurait pour effets :

- D'éliminer une concurrence réelle, directe et substantielle entre les parties ;
- D'accroître la concentration sur les marchés suscités
- De provoquer une hausse potentielle des prix des résines *amido*, fixés unilatéralement
- De réduire l'innovation dans les marchés de *résine amino*
- *L'opération est donc illégale en l'état car contraire au FTC Act s.5 et serait contraire au Clayton Act s.7 si consommée.*

B/ Effets horizontaux coordonnés

- Négligeables

IV. Engagements

1) Devant la Com UE :

- *Engagements structurels* : Cytec doit se conformer à une obligation de défaisance de l'ensemble des actifs d'UCB relatifs à la production de résines *amido* : actifs matériels, mais également droits de propriété intellectuelle, brevets, le matériel de vente et de marketing, etc.
- *Engagements structurels comportementaux* :
 - o Cytec doit assurer la sécurité de cette opération de défaisance, et les conditions de production de la *résine amido* produite par UCB jusqu'à la date de défaisance effective.

- L'acheteur des actifs susmentionnés doit avoir la possibilité d'acquérir également le *personnel clé* ayant travaillé pour la production en question.

→ Décision de compatibilité de l'art. 6(1)(b) ECMR, notifiée aux parties conformément à l'art. 6(2) ECMR.

2) Devant la FTC :

- Mêmes conditions que pour la Com UE

→ L'opération peut être poursuivie sous condition de respect des engagements souscrits par les parties.

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés de produits* : la Com UE et la FTC se fondent sur les sous-jacents du choix des consommateurs : utilisations des produits à base de résines amido, donc classement de ces résines, a posteriori, par eux-mêmes, notamment au cours de leur test de production. Néanmoins, ce critère est primordial pour la Com UE, alors qu'il apparaît comme un critère secondaire pour la FTC. Cette dernière inscrit les effets de la concentration sur un certain nombre d'activités (recherche et développement, production et vente) comme première variable. La Com UE préfère prendre en compte la substituabilité de l'offre et de la demande, et aboutit au découpage de quatre marchés, et non deux comme dans l'analyse de la FTC
- *Quant à la définition des marchés géographiques* : ils sont succinctement décrits par les deux autorités. La Com UE définit l'EEE et la FTC l'Amérique du Nord.
- Quant à l'analyse concurrentielle :
- *Quant aux engagements pris par les parties devant les deux autorités*, ils se rejoignent de part et d'autre. Les engagements imposés par la Com UE sont toutefois plus détaillés : ils comprennent, au contraire de la FTC :
 - Cytec doit s'assurer que les employés des entités d'UCB dont Cytec se détache ne devront avoir « aucun engagement dans les activités gardées par Ctec et vice-versa »,
 - Cytec ne devra en aucun cas avoir connaissance des droits de propriété intellectuelle et autre brevet, informations commerciales et savoir-faire dont bénéficiera l'acheteur d'UCB Specialties,
 - etc.

2005

3- Novartis / Hexal

Réf. UE : *COMP/M.3751*

Réf. US : *C-4150 0510106*

α/ Historique des procédures

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 04.04.2005
 - Premiers engagements : 02.05.2005
 - Engagements finaux : 25.05.2005
 - Décision : 27.05.2005
- 2) Devant la FTC :

- Complaint : 18.07.2005
- Décision : 21.09.2005

I. Compétence des autorités

A/ Qualification de l'opération

- 3) Com UE :
 - Novartis acquière 67% des parts d'Hexal et lancera une offre publique d'achat pour le reste des actions, correspondant à la filiale américaine d'Hexal, Eon Labs. En tout état de cause, les 67,5% des actions confèrent suffisamment de droits sociaux à Novartis pour considérer qu'elle acquière seule le contrôle total et effectif d'Hexal. La Commission considère encore que, puisque les parties sont les mêmes des affaires Novartis/Hexal et Novartis Eon Labs, lesdites affaires doivent être considérées en même temps. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR.
- 4) FTC :
 - Acquisition de 67 % Eon Labs par Novartis par achat de 60 millions d'actions puis achat des actions restantes. Il s'agit donc d'une concentration.

B/ Dimension de l'opération

- 1) Com UE :
 - Après avoir considéré les chiffres d'affaires agrégés mondiaux et européens des parties à l'espèce, la Commission conclut à la dimension communautaire de l'opération.
- 2) FTC :
 - Le montant de l'achat des 60 millions d'actions d'Eon Labs s'élève à 1,72 milliards d'euro, payés en numéraire. Les 33% de parts restantes seront acquis au prix de 31 dollars par action. Novartis devient ainsi le leader mondial du médicament générique avec des ventes combinées en 2004 s'élevant à 5,1 milliards de dollars. Les montants susmentionnés dépassent les seuils de compétence de la FTC, tant ceux relatifs au montant de la transaction que ceux relatifs au montant des ventes réalisées.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 4) Com UE :

NB : Eon Labs n'est pas active sur le marché européen, elle ne sera donc pas prise en compte dans cette analyse par la Commission.

A/ Effets horizontaux :

- *Prise en compte des applications des produits, de la substituabilité côté demande, via la reprise du classement international ATC, conformément à la ligne décisionnelle de la Commission (voir par exemple Sanofi Synthelabo / Aventis, analysé plus tôt dans cette étude) ;*
- *Prise en compte des modalités différentes de commercialisation concernant les médicaments disponibles sans prescription (médicaments OTC, pour 'Over The Counter'). La Commission estime qu'il est nécessaire de prendre en compte les possibilités de publicité spécifiques à ce type de médicament et ainsi de déroger au classement ATC : les modes de commercialisation justifient donc une dérogation à l'analyse classique qui prend en compte les applications des produits ;*
- *Prise en compte des différences de prix entre le médicament original et ses formes génériques, qui lui sont totalement substituables. En effet, dès lors qu'un générique est commercialisé, la part de marché du médicament original décroît rapidement puisqu'il est plus cher ;*

→ Il convient donc de distinguer les produits selon leur classement ATC (révélateur de leur substituabilité), leur mode de commercialisation et la réglementation publicitaire les concernant (sur prescription ou en vente libre) et les droits de propriété intellectuelle qui leurs sont relatifs (médicament original ou générique).

B/ Effets verticaux :

- *Identification de marchés de produits primaires situés en amont de la production de médicaments finis : les marchés des principes actifs.* Conforme à la ligne décisionnelle de la Commission (voir, par exemple, *Sanofi Synthélabo / Aventis*) ;
- *Les deux parties sont actives sur ces marchés mais Hexal consomme sa production en interne ;*

→ En conséquence, l'opération affectera les marchés où les activités des parties se cumulent. Il s'agit des marchés primaires suivants : flucloxacilline, oxacilline, penicilline V et tyronine.

5) FTC :

- *Identification de trois marchés de produits (3 médicaments génériques) sans que les fondements de cette démarche ne soient exposés.* Seul le fait que la différence de prix entre le médicament propriétaire et les prix pratiqués à la vente des génériques correspondants justifie qu'on isole ces derniers au sein d'un marché séparé, dont l'original ne fait pas partie.

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

A/ Quant aux marchés horizontalement affectés :

- *Dimension nationale* : conformément à une pratique décisionnelle constante de la Com UE. Bien qu'il y ait une tendance à l'harmonisation des marchés au niveau communautaire et qu'il existent des vendeurs de gros à cette même échelle, les contraintes réglementaires nationales imposent une concurrence encore largement nationale dans le secteur pharmaceutique.

B/ Quant aux marchés verticalement affectés :

- *Conformément à une ligne décisionnelle bien établie, les marchés de principes actifs pour produits pharmaceutiques sont considérés de dimension mondiale.*

2) FTC :

- *Les États-Unis*, sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

2) Com UE :

A/ Impact de l'opération sur les marchés secondaires de médicaments :

- *111 marchés affectés par l'opération sont identifiés, répartis en trois groupes :*
 - Groupe 1 : 17 marchés sur lesquels la nouvelle entité aura une part de marché supérieure à 35%, résultant d'une augmentation de plus 1% due à la concentration ;
 - Groupe 2 : 94 marchés sur lesquels la nouvelle entité obtiendrait plus de 35% de part de marché, mais avec une augmentation de moins de 1% due à la concentration ;
 - Groupe 3 : marchés non considérés sur lesquels la nouvelle entité détiendra moins de 35% de part de marché.
- *La Commission passe en revue les 17 marchés du Groupe 1, seuls susceptibles de présenter des problèmes de concurrence post opération ;*

- *Reprenant les critères de délimitation des marchés cités plus haut, la Commission confronte la position des parties à celles de ses concurrents, marché par marché.*
- *La Commission ne fait pas systématiquement part d'inquiétudes lorsque la part de marché combinée des parties est susceptible d'entraîner la qualification de la situation en dominance. En effet, (p. 9 de la décision), une part combinée de 70-80% n'est pas révélatrice d'une atteinte à la concurrence si le supplément de part de marché du à la concentration est faible et que la part de marché apportée est en décroissance constante sur les dernières années. Le comportement stratégique de la nouvelle entité ne s'en trouvera pas modifié.*
- *Prises en compte d'autres éléments* lorsqu'il est pertinent de le faire, tels l'évolution des ventes sur les dernières années, les habitudes des praticiens prescripteurs, barrières à l'entrée (*sunk costs* et protection par brevets), concurrence des génériques ;
- *Seuls trois marchés appartenant au Groupe 1 sont considérés être impactés de manière incompatible avec le Marché commun, pour les raisons suivantes :*
 - o *Même sur un marché en déclin, la nouvelle entité pourra exercer son pouvoir de marché (70-80% de part de marché) puisque les concurrents les plus faibles le quittent et laissent la nouvelle entité en position de dominance ;*
 - o *Quand bien même la part de marché combinée des parties est relativement modérée (35% environ), le fait que les consommateurs regardent leurs produits comme premier et second choix (original et générique) permettrait aux parties d'exercer un pouvoir de marché en ayant la possibilité d'orienter les distributeurs sur leur marque générique, tout en préservant la part de marché de leur médicament original. De plus, tout nouveau concurrent devrait investir massivement dans la publicité et le marketing pour concurrencer efficacement les parties : fortes barrières à l'entrée que l'on pourrait qualifier de virtuelles.*
 - o *Une forte part de marché combinée, associée à une concurrence très fragmentée conduit logiquement à un risque élevé de dominance.*

B/ Effets de l'opération sur les marchés primaires de principes actifs :

- *Les parts des parties sont soit limitées sur les marchés situés en aval soit, lorsque leur parts de marché sont importantes en aval, une substituabilité côté offre suffisamment importante existe pour que la nouvelle entité ne puisse exercer un pouvoir de marché verticalement et contraindre la concurrence en aval.*

→ Pas de problèmes concurrentiels identifiés

3) FTC :

- *Identification d'une forte concentration des marchés considérés : pas de test HHI, ne mentionne pas la portion de la part de marché combinée des parties due à la concentration.*
- *La part combinée des parties s'élèverait de 70% à 95% des marchés identifiés ;*
- *Mentionne la présence de concurrents sans évaluer la pression concurrentielle qu'ils exercent sur les parties.*
- *Relève la présence de barrières à l'entrée importantes : de nature technique, réglementaire (autorisations de commercialisation de la *Food and Drug Administration*) et relatives aux droits de propriété intellectuelle. Aucune entrée ne permettrait de rétablir la concurrence avant deux ans.*

→ Opération illégale en l'état puisqu'elle accroîtrait significativement le risque que la nouvelle entité puisse exercer unilatéralement un pouvoir de marché, risque élevé de collusion entre les rares concurrents restants post opération, risque que les consommateurs soient forcés à payer un prix plus élevé.

IV. Engagements

1) Devant la Com UE :

- *Novartis s'engage à céder ces droits relatifs à la vente et au marketing des produits qui lui permettraient d'obtenir une position de dominance sur les 3 marchés identifiés comme affectés de manière incompatible avec le Marché commun.*
- *Pas de cessions de sites de production*
- *Mesures comportementales de supervision de la cession*

2) Devant la FTC :

- *Novartis devra céder, dans les 10 jours suivants la finalisation de l'acquisition, la production et la vente des produits d'Eon Labs et de Sandoz (filiales d'Hexal) qui contribuent au renforcement de ses parts dans les marchés identifiés comme posant des problèmes de concurrence post opération.*
- *Mesures structurelles accompagnées d'engagements comportementaux pour la bonne marche du transfert d'activités.*
- *Un seul repreneur est identifié et approuvé par la FTC*

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés, la Commission européenne se montre bien plus disserte et explicative que son homologue américaine. Cette dernière à l'habitude de ne pas s'étendre sur les fondements de sa définition mais en l'espèce, pratiquement aucune justification n'est donnée, sauf à considérer l'attention portée aux écarts de prix entre médicaments propriétaires et génériques. On retiendra que la FTC ne prend pas en compte la classification internationale ATC, ou alors ne la cite pas, alors qu'elle l'avait fait dans ses précédentes décisions ;*
- *La Commission européenne reprend une classification en groupes de marchés qu'elle avait initié dans sa précédente décision Cytex / UCB Surface Specialties. Elle identifie ainsi, dès le début de son analyse concurrentielle, les marchés sur lesquels la concentration aura un impact suffisamment important pour être considérés. Cela lui permet l'économie de la description de nombre de marchés qui, finalement, ne seront pas utiles à ses fins. Les décisions européennes gagnent ainsi en clarté et sont plus succinctes qu'auparavant ;*
- *Alors que la FTC semble fonder son analyse sur un test de dominance, la Commission européenne se montre plus fine qu'elle en a l'habitude dans son analyse concurrentielle en ne se préoccupant plus seulement de dominance. D'abord, la Commission européenne ne considère plus qu'une forte part de marché suffise en elle-même à dénoncer la concentration. Elle prête une attention plus grande qu'elle ne le fit à d'autres facteurs : maturité du marché considéré, image de marque, etc. Serait-ce la conséquence de l'entrée en vigueur du Règlement du Conseil n° 139/2004 ? C'est possible : les décisions futures permettront de confirmer ou d'infirmer la tendance.*
- *Pour le reste, les méthodes et outils d'analyse ex ante de l'intensité concurrentielle sont assez classiques. Il semble falloir relever qu'aucune autorité n'a utilisé le test HHI en l'espèce.*
- *Quant aux engagements, les solutions prescrites par la Commission européenne semblent plus souples que celles de la FTC. Les deux autorités prescrivent des mesures structurelles accompagnées des traditionnelles mesures comportementales de supervision des cessions d'activités. On pourra noter que si la FTC impose des cessions de productions ainsi que des savoir-faire, droits de propriété intellectuelle et personnels qui leurs sont relatifs, La Com UE n'impose que la cession des droits et obligations relatifs à la commercialisation et au marketing lorsque cela lui semble suffisant.*

4- Procter & Gamble / Gillette

Réf. UE : COMP/M.3732

Réf. US : C-4151 0510115

α/ Historique des procédures

3) Devant la Com UE :

- Notification : 27.05.2005
 - Premiers engagements : 24.06.2005
 - Engagements définitifs : 13.07.2005
 - Décision : 15.07.2005
- 4) Devant la FTC :
- Complaint : 29.09.2005
 - Décision : 15.12.2005

I. Compétence des autorités

A/ Qualification de l'opération

- 5) Com UE :
- La Commission fait état d'une fusion entre Gillette et une filiale de Proctor & Gamble. Gillette sera l'entité survivante et Proctor & Gamble en aura acquis le contrôle exclusif. Il s'agit donc d'une acquisition, concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR.
- 6) FTC :
- Acquisition de 100% des actions donnant des droits sociaux.

B/ Dimension de l'opération

- 1) Com UE :
- Dimension communautaire vérifiée
- 2) FTC :
- L'opération est estimée à 57 milliards de dollars. La FTC cite les ventes réalisées par les parties puisque toutes deux sont américaines, conformément aux seuils prévus dans le règlement FTC de 2000 relatif à la compétence des autorités américaines de concurrence. Compétence vérifiée en l'espèce.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

I. Com UE :

a) Marché des brosses à dents :

- 1- Distinction du marché des brosses à dents manuelles du marché des brosses à dents électriques :
- *Prise en compte de la substituabilité côté demande* : écarts de prix et savoir des consommateurs à propos des caractéristiques et de l'utilisation (conseils des dentistes) des produits ;
 - *Substituabilité côté offre* : les caractéristiques différentes des produits entraînent des modes de production différents : les brosses manuelles et électriques ne sont pas produites sur les mêmes sites. Importance des normes de sécurité en matière d'électroménager pour les brosses électriques.
- 2- Un marché unique pour les brosses à dents électriques à pile et à batteries rechargeables ?
- *Prise en compte des canaux de distribution* : similaires, quoique les proportions changent : pas déterminant ;
 - *Substituabilité côté demande* : prise en compte des caractéristiques perçues par les consommateurs : similaires
 - *Substituabilité côté offre* : les technologies employées sont comparables et passer de l'une à l'autre est très simple, très haut de gamme excepté ;

- *Finally the Commission does not have to decide since, whichever definition is retained, the competitive analysis will not be changed.*

b) Produits de soins de bouche

- Il ne semble pas pertinent de rendre compte ici des débats sur la définition des marchés de produits entrant dans cette catégorie dans la mesure où la Commission ne fait état d'aucune préoccupation quant à l'intensité de la concurrence sur ces marchés *post* opération. De plus, la FTC dans sa décision sur l'affaire ne s'intéresse pas à ce marché.

c) Déodorants et anti-transpirants pour hommes

- Ce marché ne sert pas la Commission en l'espèce. Aucune préoccupation quant à l'intensité de la concurrence ne sera identifiée dans l'analyse concurrentielle. La définition du marché est tout de même mentionnée car la FTC, dans sa décision, a repris la même définition.
- *Substituabilité côté demande* : l'enquête révèle que les consommateurs passent facilement d'un produit à un autre, pas de fidélité.

Les autres marchés de produits (3) définis par la Commission, ne supportant pas une accusation de diminution significative de l'intensité de la concurrence et n'étant pas identifiés dans la décision de la FTC, ne seront pas étudiés ici.

II. FTC :

- *Définition finalisée et faiblement argumentée des marchés de produits* : comme à son habitude la FTC définit les marchés de produits qui servent sa volonté de corriger certains aspects de l'opération, qu'elle considère anticoncurrentiels. Ces marchés sont les suivants :
 - o *Produits domestiques de blanchissement des dents* ;
 - o *Brosses à dents électriques à batteries rechargeables pour adultes* ;
 - o *Anti transpirants et déodorants pour hommes.*
- *Au soutien de ses définitions, la FTC analyse très brièvement la substituabilité côté demande en énumérant les caractéristiques perçues par les consommateurs* :
 - o Les procédés de blanchissement des dents 'à la maison' les plus vendus aux États-Unis ;
 - o La fourchette de prix pour les brosses à dents électriques rechargeables et leur positionnement marketing (haut de gamme à 'premium') ainsi que les pièces détachées relatives (tête de la brosse) ;
 - o Les caractéristiques des anti-transpirants et déodorants pour hommes : présentation, parfum, etc.

B/ Marchés géographiques

5) Com UE :

- a) Brosses à dents :
 - *National* : les distributeurs négocient encore au niveau des représentants nationaux des marques et rarement auprès de celui d'un autre État membre ; habitudes culturelles différentes : le nord est plus porté sur la technologie que le sud.
- b) Produits de soins de bouche :
 - *National* : pour les mêmes raisons, sauf engouement pour la technologie.
- c) Déodorants et anti-transpirants :
 - *National* : pour les mêmes raisons, sauf engouement pour la technologie.

6) FTC :

- *Les États-Unis*, sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

A/ Effets horizontaux :

- a) Brosses à dents électriques à piles ou batteries rechargeables :
- *Part de marché combinée très importante dans beaucoup d'États membres ;*
 - *Augmentation importante de la concentration due à l'opération de l'espèce ;*
 - *Concurrence fragmentée : faibles contraintes exercées par les concurrents ;*
 - *Augmentation des parts de marchés des parties sur les dernières années et diminution des parts de leurs concurrents ;*
 - *L'opération réunirait deux des trois plus importantes entreprises du marché, quel que soit la taille du marché considéré : création d'un nouveau géant qui conduirait à l'élimination d'au moins un concurrent et au rehaussement de barrières à l'entrée déjà importantes ;*
 - *Barrières à l'entrée importantes : nombreux droits de propriété intellectuelle détenus par les parties, importance de leur placement auprès des distributeurs ('shelves positioning'), image de marque difficile à égaler, réputation auprès des dentistes → tout nouvel arrivant aurait à concurrencer une nouvelle entité présentant une gamme de produits très vaste ('full liner') et bénéficiant d'une image de marque très établie.*

→ L'opération risque d'affaiblir significativement la concurrence ('*significantly impede competition*') sur le marché en conséquence de la création ou du renforcement d'une position dominante. L'opération telle que présentée par les parties est donc incompatible avec le Marché commun.

- b) Brosses à dents manuelles :
- *Aucun problème de concurrence n'est identifié.*
- c) Soins de bouche :
- *Pas de problème identifié.*
- d) Gel de rasage :
- *Pas de problème identifié.*

→ Sur les marchés b), c), et d), la Commission ne fait état d'aucune préoccupation simplement parce que la part de marché cumulée des parties n'est pas très élevée et que le reste des parts est distribué entre leurs concurrents de manière équilibrée.

B/ Effets congloméraux

- a) Ventes liées et réductions :
- *Analyse du risque d'exclusion des concurrents réels ou potentiels par le biais de pratiques de réductions indexées sur la quantité et ventes liées proposées aux distributeurs et aux consommateurs finaux, rendue possible par la large gamme de produits commercialisée par les parties :*
 - Les réductions accordées dans le passé aux distributeurs correspondent largement à des économies d'échelles, relatives aux coûts de transport notamment, et non à une volonté d'imposer ses produits faibles au détriment des concurrents ;
 - Les gammes de produits vendus par les parties ne sont pas suffisamment complémentaires pour que la pratique de la vente liée soit efficace ;
 - Les gammes offertes par les parties sont déjà très larges *ante* opération, il n'y a donc pas de raison que la concentration modifie le comportement des parties ;
 - De plus, des concurrents très solides subsisteront après l'opération : les revendeurs continueront d'acheter leurs produits, eux aussi très reconnus ;
 - Les grands distributeurs disposent d'un contre-pouvoir d'achat dans la mesure où ils peuvent faciliter l'entrée de concurrents au moyen de promotions et fixer les prix de

leurs propres marques (marques distributeurs, 'private brands') au-dessous des prix pratiqués par les grandes marques, sans que ces dernières aient la possibilité de rétorquer en s'alignant ;

- Les gros revendeurs disposent d'une position de 'gatekeepers' en ce qu'ils contrôlent l'accès des grandes marques au grand public : si les parties représentent jusqu'à 2% des ventes de certains grands distributeurs, jusqu'à 10% des ventes de ces dernières dépendent de leur présence dans les rayons de ces mêmes grands distributeurs ;
- Les fournisseurs diversifient leurs approvisionnements et traitent avec de nombreux fournisseurs pour rester indépendant et faire jouer la concurrence sur les prix. De plus, ils retirent les marques qui ne sont plus compétitives, mêmes si elles sont très connues, bien que cela soit rare ;
- Concernant les petits distributeurs, la concurrence intense qui prend place entre eux rend improbables tout effet de forclusion de la concentration, quand bien même ils ne disposent pas d'un contrepuvoir d'achat significatif ;
- Enfin, l'enquête montre que le contexte concurrentiel intense prévalant entre marque chez les distributeurs associé aux économies d'échelles et de gammes permises par la concentration conduiront les consommateurs à bénéficier des économies réalisées par les parties.

b) Forclusion des marchés via 'category management' sur le marché des soins de bouche :

N.B. : le 'category management', notion de marketing ne rencontrant pas de terme équivalent en Français, consiste en l'optimisation des ventes par le regroupement des produits en univers cohérents.

- *Les fournisseurs jouent eux-mêmes le rôle de 'category manager' (ou par cabinet de conseil en marketing interposé) auprès des distributeurs et donnent des conseils d'agencement, de présentation et de prix : cela pourrait conduire le category manager à favoriser ses propres produits et à évincer la concurrence, spécialement les concurrents les plus faibles ;*
- *Cependant, la politique d'approvisionnement multiple des distributeurs, la présence de concurrents présentant des gammes de produits aussi large voire plus large que les parties, le fait que dans le passé les produits des category managers aient déjà été retirés des rayons pour manque de performances infirment cette hypothèse. Toutes les grandes marques en bénéficient.*
- *De plus, le category management permet aux consommateurs de mieux comparer les prix et autorise des gains d'efficacités se matérialisant par des économies d'échelle et de gamme chez les fournisseurs et les distributeurs en raison, respectivement, d'une meilleure prise en compte des besoins des consommateurs et d'une meilleure gestion des stocks.*
- *Les consommateurs peuvent bénéficier de ses gains d'efficacités et cette pratique n'élimine pas la concurrence puisqu'elle profite à toutes les grandes marques.*

→ Pas de préoccupations quant aux effets congloméraux potentiellement anticoncurrentiels.

2) FTC :

a) Marché de la recherche, du développement, de la production et de la vente des produits domestiques de blanchissement des dents :

- *Les indices HHI et méthodes des 'two firms' et 'four firms ratios' indiquent que le marché est fortement concentré. Cependant, la FTC ne cite aucun chiffre à l'appui de ce constat ;*
- *Les deux parties sont les deux leaders sur le marché américain et représentent 80% des ventes ;*
- *Les parties se concurrencent réellement et efficacement ante opération ;*
- *L'entité survivante (P & G) se retrouverait en position de dominance post opération.*
- *L'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché est improbable considérant les investissements très lourds nécessaires pour développer, produire et distribuer les nouveaux produits, sans oublier des frais de publicité très importants, la nécessité d'établir une réputation de marque et de convaincre les distributeurs de vendre. Enfin, des brevets et autres droits de propriété intellectuelle protègent les produits des parties.*

- e) Marché de la recherche, du développement, de la production et de la vente des brosses à dents électriques rechargeables pour adultes :
 - Même raisonnement que sur le marché précédent, même conclusion. Cette fois les parties réalisent ensemble 85% des ventes aux États-Unis.
 - f) Marché de la recherche, du développement, de la production et de la vente des déodorants et anti-transpirants pour homme :
 - Même raisonnement, même conclusion. Les parties réalisent ensemble 50% des ventes sur le marché américain.
 - *Pas de problèmes de propriété intellectuelle relatifs aux barrières à l'entrée.*
- En l'état, l'opération aurait pour effets :
- D'éliminer une concurrence réelle, directe et substantielle entre les parties ;
 - De réduire les incitations à l'innovation dans le domaine des brosses à dents puisque le joint-venture entre P & G et Phillips disparaîtrait ;
 - D'augmenter le risque que la nouvelle entité puisse augmenter unilatéralement les prix des produits considérés ;
 - De réduire les incitations à améliorer la qualité des produits et services considérés.
 - *L'opération est donc illégale en l'état car contraire au FTC Act s.5 et serait contraire au Clayton Act s.7 si consommée.*

IV. Engagements

- 1) Devant la Com UE :
 - *Engagements structurels : Cession de la seule marque de brosses à dents électriques commercialisée par P & G afin de supprimer le seul cumul horizontal de parts de marché engendré par l'opération, et éviter la création d'une position de dominance.* Les premiers engagements offraient de céder une licence exclusive de commercialisation de ladite marque dans certains États membres seulement. Rejeté par le Commission qui considère que l'activité cédée n'aurait pas été viable et que la transparence pour les consommateurs s'en serait trouvée troublée.
 - *Engagements comportementaux : Cession d'une licence exclusive de commercialisation des marques relatives à la marque cédée. P & G s'engage à ne pas recouvrer ses droits relatifs à la commercialisation des produits considérés déjà sous licence pour une période de 6 ans.*
- Décision de compatibilité de l'art. 6(1)(b) EUMR, notifiée aux parties conformément à l'art. 6(2) EUMR.

- 2) Devant la FTC :
 - *Engagements structurels : cession de certaines marques commercialisées par les parties dans chaque marché identifié afin de réduire leurs parts de marché dans un délai de 3 à 4 mois suivant la conclusion de l'accord entre les parties et la FTC.*
 - *Engagements comportementaux de fourniture d'aide et de services au repreneur afin que la cession des activités considérées soit réussie.*

→ L'opération peut être poursuivie sous condition de respect des engagements souscrits par les parties.

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés :* Fidèle à son habitude, la FTC ne discute pas la définition des marchés sur lesquels elle n'identifie pas de problèmes concurrentiels en conséquence de l'opération, contrairement à la Com UE qui aborde tous les marchés affectés par la concentration avant de déterminer si problèmes il y a. Les marchés sur lesquels des problèmes de concurrence

sont à prévoir sont *grosso modo* les mêmes pour les deux autorités. La FTC définit un marché pour les produits domestiques de blanchissement des dents qui ne figure pas parmi les définitions de la Com UE. Cela se justifie probablement par le fait que ce marché n'existe pas ou n'est pas suffisamment important en Europe. On remarquera que la FTC définit un marché plus étroit que la Com UE pour les brosses à dents, en ne retenant que les brosses à dents électriques rechargeables pour adultes en lieu et place d'un marché des brosses à dents électriques en général. Cette question avait été soulevée par la Com UE qui n'a pas eu le besoin de la trancher puisque, dans les deux cas de figure, les parties se trouvaient en situation de dominance, que le marché soit plus ou moins largement défini. Les facteurs déterminants quant à la question de savoir si une segmentation plus fine était nécessaire étaient les différences de prix et le positionnement marketing, arguments effectivement repris par la FTC pour établir une définition plus étroite du marché, servant sans doute mieux sa politique. Une divergence de taille entre les analyses des deux autorités doit être relevée, concernant le marché des anti transpirants pour hommes. Dans son analyse de la substituabilité côté demande, la FTC estime que les différentes caractéristiques de présentation et les différents parfums commandent à une segmentation plus fine du marché, à l'inverse de la Com UE. Pourtant, toutes deux retiennent la même définition de marché à l'issue de ce constat.

- *Quant à la définition des marchés géographiques* : La FTC ne s'arrête jamais très longtemps sur ce point et conclut, comme c'est pratiquement toujours le cas, à une dimension nationale. La Commission européenne s'attache à une analyse des marchés État membre par État membre, comme elle le fait souvent. Mais elle prend la peine d'expliquer sa démarche et celle-ci apparaît objectivement pertinente, quoique paradoxale à certains égards. D'abord, la Com UE ne s'attache pratiquement jamais, et ne le fait pas plus en l'espèce, à justifier que chaque marché national constitue une part substantielle du Marché commun. Ensuite, un des objectifs établis par la Commission en matière de concurrence est de réaliser l'intégration du Marché commun, or elle accepte (ce qui peut être vu comme une preuve de réalisme) de prendre en compte les cloisonnements des marchés qui subsistent. Cependant, la solution qu'elle commande dans les engagements finalement adoptés favorise l'intégration du Marché commun.
- *Quant à l'analyse concurrentielle* : comme c'est souvent le cas, la FTC évalue la concentration des marchés au moyen des tests HHI et 'two ou four firms ratios', sans pour autant citer les points ni l'augmentation apportée par l'opération. La Commission européenne, quant à elle, détaille les parts de marché de parties et des concurrents pour évaluer la répartition de la concurrence. Il importe de noter que la FTC ne le fait pas, bien que les chiffres avancés concernant les ventes des parties soient en eux-mêmes une preuve de la faiblesse des concurrents. Alors que la FTC constate une situation de dominance, la Commission européenne s'attache à la nouvelle terminologie du *SIEC test* ('Significantly Impeding Existing Competition' pour, en Français, « Atteinte significative portée à la concurrence existante ») consacré par le nouveau Règlement ECMR de 2004. *Cependant, elle aussi, relève une position de dominance. Reste à voir si, à l'occasion d'une autre affaire, la Com UE invoquera une incompatibilité au Marché commun fondée sur le SIEC test, indépendamment d'une situation de dominance. La Com UE opère une analyse détaillée des effets congloméraux de l'opération, ce qu'elle ne fait que très rarement.* Sans doute les affaires justifiant une telle démarche sont rares, mais c'est, semble-t-il, une première. La FTC ne la suit pas dans cette démarche, probablement parce qu'elle n'aboutit pas à l'identification d'un problème d'atteinte à la concurrence. Mais rien ne permet de l'affirmer.
- *Quant aux engagements pris par les parties devant les deux autorités*, il importe de noter que la Commission européenne accepte des engagements comportementaux en-dehors du contexte des mesures transitionnelles d'accompagnement des cessions d'actifs, ce qui est très rare. Là encore, il est probable qu'il s'agisse d'une première. C'est en tout cas la première fois depuis le début de cette étude. Ces engagements comportementaux sont certainement liés à la volonté de la Com UE d'éviter tout effet congloméral indésirable, quand bien même aucune préoccupation formelle n'a été émise à ce sujet. Pour le reste, les engagements structurels souscrits devant les deux autorités sont assez classiques et ne justifient pas que l'on s'y appesantisse ici.

5- Boeing / Lockheed Martin / ULA

Réf. UE : COMP/M.3856
Réf. US : C-4188 051 0155

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 02.05.2005

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 04.07.2005
 - Décision : 09.08.2005
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 03.10.2006
 - Décision : 08.05.2007

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Les deux parties fondent un joint-venture pour la fourniture de services dans le secteur des lancements spatiaux : ULA. Elles y participent à parts égales et y sont représentées chacune par trois directeurs sur un Conseil d'administration qui en compte six ;
 - Le joint-venture est qualifié de plein exercice : moyens financiers, techniques, brevets et personnel pour opérer indépendamment des entreprises mères et se comporter comme tel vis-à-vis des tiers ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée sur la base des chiffres d'affaires des parties, pas de celui du joint-venture.
- 2) FTC :
 - La FTC identifie la même opération que la Commission européenne et la qualifie de la même manière. Seule différence, elle relève les montants investis par les deux entreprises mères : environ 500 millions de dollars chacune.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com UE :
 - *Distinction lancements commerciaux/gouvernementaux* : les gouvernements, qu'il s'agisse de la mise en orbite de matériels civils ou militaires, préfèrent recourir aux services d'entreprises nationales ou régionales à défaut. Ce n'est pas le cas des clients civils commerciaux qui choisissent leur lanceur en fonction des prix et services proposés ;
 - *Distinction lancement de matériel lourd en orbite géostationnaire / reste des lancements* : conformément à la ligne décisionnelle de la Commission, sans que la décision d'espèce ne mentionne les précédents ni ne rappelle les arguments fondant la distinction.
- 2) FTC :
 - *Définition du marché des services de lancement de charges moyennes à lourdes pour le gouvernement* : description des caractéristiques du produit et de ses applications. Pas de substituabilité côté demande car les lanceurs légers ne sont pas adaptables à des charges moyennes et lourdes. De plus, considérant les besoins grandissants du gouvernement américain en matières de télécommunication, d'observation, de reconnaissance, etc., il est probable que le poids moyen des satellites augmente à l'avenir, rendant les lanceurs lourds encore plus

incontournables. Les lanceurs de charges moyennes à lourdes constituent donc un marché distinct du reste des lanceurs.

- *Marchés des véhicules spatiaux* : description des applications des produits (satellites et sondes), pas de substituabilité côté demande.

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- *Les marchés des lancements commerciaux sont de dimension mondiale* : puisque l'analyse de marché montre que les clients choisissent leur lanceur au niveau mondial ;
- *Les marchés gouvernementaux sont nationaux ou régionaux* : comme expliqué plus haut. En l'espèce, la Com. UE ne tranche pas la question de savoir si les marchés gouvernementaux européens sont de la dimension de l'EEE ou plus vastes, car les parties n'ont pas réalisé de ventes aux gouvernements européens durant les cinq années précédant la décision de l'espèce.

2) FTC :

- *Les États-Unis*, car les impératifs de sécurité nationale imposent au gouvernement fédéral de se fournir auprès de producteurs nationaux.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

- *Pas de présence commerciale du joint-venture ULA dans l'EEE* : le joint-venture ULA n'a été créé que pour rendre des services de lancement au gouvernement américain. Les lancements commerciaux continueront d'être commercialisés sur le marché mondial par les deux entreprises mères, indépendamment l'une de l'autre. Leurs activités commerciales (i.e. non gouvernementales) n'ont pas été apportées au joint-venture ;
- *Pas de risque de coordination des entités mères sur les marchés commerciaux mondiaux* :
 - o *La Commission analyse l'opération à la lumière des articles 101 et 102 TFUE sur les ententes illégales et les pratiques abusives* :
 - *Rien n'indique que le JV ait pour objectif la coordination des comportements des entités mères* ;
 - *Le JV ne représente qu'une petite part du chiffre d'affaires réalisé par les deux parties dans le secteur aérospatial*, il ne devrait donc pas tellement affecter le comportement des parties ;
 - *Les produits et services apportés au JV ne sont que très faiblement présents sur le secteur commercial* ;
 - *Il est improbable que le JV permette aux entreprises mères de coordonner leurs comportements relativement aux produits et services non apportés au JV* : le détail n'est pas pertinent ici puisque une telle analyse n'est pas faite par la FTC qui se borne à vérifier que l'opération ne réduit pas la concurrence pour les appels d'offres du ministère américain de la défense.

→ Pas de risque de coordination qui impacterait le marché commercial mondial.

2) FTC :

N.B. L'analyse effectuée par la FTC ne concerne pas les mêmes marchés que celle de la Com. UE. De plus elle est spécifique aux appels d'offres du ministère américain de la défense. Elle ne présente donc pas d'intérêt du point de vue comparatiste et ne sera pas détaillée ici. En résumé, les deux parties sont les plus importants contractants du ministère américain de la défense et le risque est la forclusion verticale du marché des véhicules spatiaux.

IV. Engagements

- 1) Devant la Com UE :
 - Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) sans engagements.
- 2) Devant la FTC :
 - La FTC impose des engagements comportementaux de mise à disposition d'un maximum d'informations concernant les lanceurs afin de permettre à la concurrence de développer des véhicules spatiaux adaptés et ainsi de concurrencer les parties sur le marché aval.

V. Conclusion générale

Bien qu'il s'agisse de la même opération, les décisions de la Commission européenne et de la FTC ne sont pas réellement comparables. En effet, l'opération n'a aucun effet sur les marchés considérés dans l'EEE : la Commission européenne ne fait donc part d'aucune préoccupation. L'analyse de la FTC est conditionnée par le contexte particulier de la défense nationale américaine. Certains points de vue exprimés par l'une ou l'autre des autorités à l'occasion de cette affaire pourront être repris dans les conclusions de cette étude mais le commentaire en lui-même de cette décision ne présente pas d'intérêt pour le comparatiste.

6- Johnson & Johnson / Guidant

Réf. UE : *COMP/M.3687*

Réf. US : *C-4154 051 0050*

α/ Historique des procédures

- 5) Devant la Com UE :
 - Notification : 15.03.2005
 - Décision : 25.08.2005
- 6) Devant la FTC :
 - Complaint : 21.12.2005
 - Décision : 02.11.2005

I. Compétence des autorités

A/ Qualification de l'opération

- 1) Com UE :
 - Acquisition, concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR.
- 2) FTC :
 - Offre d'acquisition payable en actions et en numéraire : concentration.

B/ Dimension de l'opération

- 1) Com UE :
 - Dimension communautaire vérifiée : chiffres d'affaires combinés des entreprises supérieurs à 5 milliards d'euro (selon l'article 5(1) du MRCN), et chiffres d'affaires communautaire des entreprises supérieurs à 250 millions d'euro.
- 2) FTC :

- L'acquisition de Guidant par J&J est évaluée à un coût de 25,4 milliards de dollar. J&J a un chiffre d'affaires mondial de 47,3 milliards de dollars et de 27,7 milliards sur le seul territoire des États-Unis. Guidant génère un chiffre d'affaires mondial de 3,8 milliards et aux États-Unis de 2,58 milliards de dollars.
- Les deux entreprises ont une nationalité des États-Unis
- Dimension : États-Unis

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

1) Com UE ;

- *La Commission identifie quatre secteurs d'activité, eux-mêmes segmentés en marchés plus étroits.* Le découpage des marchés affectés par l'opération se présente comme suit :

1- Dispositifs de cardiologie d'intervention (CI)

- a) Cathéters de guidage coronariens
- b) Guides manœuvrables
- c) Cathéters à ballonnet pour angioplastie coronaire transluminale percutanée (ACTP)
- d) Stents en métal nu (SMN)
- e) Stents à élution médicamenteuse (SEM)

2- Dispositifs endovasculaires

- a) Cathéters de guidage endovasculaires
- b) Guides manœuvrables
- c) Cathéters à ballonnet pour angioplastie transluminale percutanée (ATP)
- d) Stents expansibles sur ballonnet (stents BX)
- e) Stents carotidiens auto-expansibles (stents SX)
- f) Stents non-carotidiens auto-expansibles (stents SX)
- g) Dispositifs de protection embolique

3- Dispositifs de chirurgie cardiaque

- a) Dispositifs chirurgicaux à cœur battant
- b) Tubes d'aspiration et nébulisateurs
- c) Systèmes endoscopiques de prélèvement de vaisseau (EVH)

2) FTC :

a) Stents à élution médicamenteuse (SEM) :

- *La FTC expose la bonne réputation du produit auprès des médecins et l'absence de substituabilité* : méthode la plus efficace et la plus sûre pour le traitement des maladies cardiovasculaires concernées ;

→ Les SEM forment un marché unique.

b) Systèmes endoscopiques de prélèvements de vaisseaux (EVH) :

- *Pas de substituabilité côté demande* : méthode la plus sûre et la moins invasive, les chirurgiens n'adopteraient pas d'autres procédés au présence d'une SSNIP ;

→ Les EVH forment un marché unique.

c) Dispositifs de Proximité d'Assistance Anastomotique (AAD) :

- *La FTC énonce les caractéristiques et fonctions des produits considérés pour conclure qu'ils forment un marché de produit indépendant.*

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- Les parties ont souligné que, du côté de la demande, le marché tend à être national. Il est déterminé par les caractéristiques nationales suivantes :
 - o Les prix et les mécanismes de remboursements sont déterminés au niveau national
 - o Les clients (particuliers, groupes d'acheteurs ou hôpitaux) et leurs moyens d'approvisionnements sont organisés au niveau national
- Néanmoins, du côté de l'offre, elles ont mis en avant l'existence d'un faisceau d'indices plaide pour la définition d'un marché à dimension de l'EEE :
 - o La production est centralisée au niveau de l'EEA, voire au niveau mondial, et les coûts de transports sont faibles
- La Com UE retient une dimension géographique nationale, compte tenu des facteurs nationaux déterminants suivants :
 - o Organisation des remboursements,
 - o Moyens de procuration des produits par les clients
 - o Différences de prix entre pays

2) FTC :

- *Les États-Unis*, sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

- a) SEM (Stents élastiques médicamenteux):
 - *Marché très concentré mais bénéfique au consommateur*: le marché de la cardiologie d'intervention est caractérisé par la présence de grandes entreprises multinationales se livrant concurrence à une échelle mondiale. Cette structure de marché permet des bénéfices majeurs : une qualité élevée des *dispositifs* produits, une relation de longue date étroite et fructueuse avec les clients, une capacité exceptionnelle pour financer d'importants programmes de R&D, un portefeuille considérable de brevets, etc. Les seules entreprises de cette envergure sont, actuellement, J&J, Guidant, Medtronic et Boston Scientific.
 - *L'opération empêcherait l'entrée d'un acteur majeur sur le marché* concentré des DS, qui aurait accru la concurrence
 - *De plus, l'acquisition mènerait à une concentration outrancière de brevets*, dont J&J et Guidant détiennent une quantité déjà non négligeable, notamment en matière de SEM. Par ailleurs, la Com UE a analysé de conserve avec la FTC l'impact des droits de propriété intellectuelle des États-Unis sur le marché de l'EEE. Leur conclusion est que l'acquisition serait une entrave à la possibilité des concurrents présents sur le marché des SEM de pénétrer le marché des États-Unis, et par conséquent, une barrière à long terme de leur viabilité sur le territoire européen.
- b) Dispositifs endovasculaires
 - Caractéristiques de marché similaires à celles du marché des SEM : *forte concentration, barrières à l'entrée élevées*, de plus, les relations aux clients sont étroites et renforcées par la fidélité de la clientèle (notamment due à la qualité attendue des produits achetés).
 - La Com UE, contre l'avis des parties, souligne que Guidant est le substitut le plus proche de J&J pour les produits de ce marché, et vice-versa.
 - L'opération réduira de 4 (voire 3) à 2 le nombre de concurrents (les troisième et quatrième étant Boston Scientific et Bard). Si les parties allèguent la présence d'autres concurrents sur le marché, ces derniers ne sont, dans les faits, pas parvenus à gagner des parts de marché significatives.
 - *Atteinte significative à la concurrence*
- c) Dispositifs de chirurgie cardiaque
 - *EVH*: Compte tenu des caractéristiques du marché des EVH, *l'opération mènerait à une situation de monopole au bénéfice de J&J*
 - En revanche, pas d'atteinte significative à la concurrence sur les marchés de dispositifs chirurgicaux à cœur battant et de tubes d'aspiration et nébulisateurs

2) FTC :

a) SEM :

- *Marché très concentré* : part très importante des ventes réalisée par l'une des parties (J&J), n'ayant à affronter qu'un seul concurrent (Boston Scientific) avec lequel elle possède des accords de licence réciproque pour la version la plus utilisée du produit, le système de guidage 'RX'. On est pratiquement en présence d'un duopole ;
- *L'opération élimine le concurrent potentiel le plus sérieux* : le concurrent potentiel le plus proche de l'entrée sur le marché, et le mieux placé pour ce faire, qui bénéficiera de la technologie RX, brevet stratégique en la matière, est justement l'entreprise acquise en l'espèce, Guidant ;
- *Barrières à l'entrée exceptionnellement élevées* : des centaines de millions de dollars et plusieurs années d'investissement en R&D sont nécessaires, ne serait-ce que pour accéder au stade des tests cliniques pratiqués par les autorités sanitaires, tests qui prolongent le délai avant l'entrée effective du produit sur le marché d'au moins deux à trois ans. Il faut encore ajouter le brevet sur la technologie RX qui oblige les nouveaux entrants potentiels à soit inventer de nouvelles technologies, soit acquérir une licence auprès des trois propriétaires, dont deux sont les parties à l'espèce. Les entrants potentiels, s'ils parviennent jusqu'au stade de la commercialisation, devront encore concurrencer la très bonne image de marque des deux acteurs déjà présents sur le marché et leurs excellents services de vente, avant de trouver des débouchés ;

b) EVH (systèmes endovasculaires de prélèvements de vaisseau) :

- *Marché très concentré largement dominé par les parties* : les parties étaient les seuls concurrents présents sur le marché jusqu'en 2005, date à laquelle un troisième concurrent est entré mais n'a toujours pas réalisé de ventes significatives. L'une des parties (Guidant) réalise 80% des ventes du marché ;
- *Barrières à l'entrée très élevées* : longues et coûteuses procédures administratives d'autorisation de commercialisation, droits de propriété intellectuelle ;
- *Marché parvenu à maturité sur le déclin* : il est donc peu probable que de nouveaux entrants arrivent quand bien même les prix augmenteraient légèrement ;
- *L'opération tend donc à la création d'un monopole.*

c) AAD (Dispositifs de Proximité d'Assistance Anastomotique) :

- *Mêmes caractéristiques que pour le marché des dispositifs EVH* : forte concentration des acteurs, barrières à l'entrée élevée en raison de difficiles, coûteuses et longues procédures administrative de commercialisation. Ces barrières sont renforcées par les récentes exigences de la *Food and Drug Administration* sur ce marché.
- *Atteinte significative à la concurrence du fait de l'opération*
- *L'opération tendrait à une augmentation des prix, fixés unilatéralement par J&J*

→ Opération illégale en l'état.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- J&J et Guidant doivent se conformer à l'obligation de défaisance de l'ensemble de leurs actifs relatifs à certaines activités.
- Concernant le marché des EVH, J&J doit choisir parmi 3 alternatives les activités qu'il devra céder.
 - *Alternative A Divestment Business* : ces actifs ne forment pas une entité légale à part entière. Ils regroupent les actifs (à l'échelle mondiale) rattachés de façon directe et prédominante à toute la chaîne d'activité (de la recherche et de la production manufacturière au marketing et à la vente) de production des kits EVH et des kits de prélèvements radiaux d'artère (ERA) ;
 - *Alternative B Divestment Business* : composée de 3 entités légales, elle regroupe tous les actifs et le personnel rattachés aux activités de chirurgie cardiaque de Guidant. Ce sont les productions de dispositifs chirurgicaux à cœur battant, de tubes d'aspiration et nébulisateurs et les dispositifs EVH ;

- *Alternative C Divestment Business* : ces activités ne constituent pas une entité égale à part entière, et regroupe les actifs, à échelle mondiale, rattachés à la production du kit EVH.
- Comme à son habitude, la Com UE adjoint une série de mesures que J&J et Guidant doivent respecter pour assurer l'engagement de défaisance, et jusqu'à la date de celui-ci :
 - La préservation des affaires, du marketing et de la compétitivité des activités à céder ;
 - La confidentialité sur le moyen terme de toutes les clauses commerciales et de R&D des activités ;
 - La séparation claire et effective de rattachement du personnel-clé ;
 - Etc.

2) Devant la FTC :

- Obligation de défaisance pour J&J et Guidant.
- *Concernant le marché des SEM* : obligation de vente des droits de propriété sans minimum de prix dans les 10 jours suivant l'opération. L'acheteur proposé par les parties et la FTC est Abbott, qui pourra entrer sur ce marché et y rétablir le *statu quo* en matière de concurrence ;
- *Concernant le marché des EVH* : obligation de vente par J&J de sa ligne de production EVH sans minimum de prix dans les 15 jours suivant l'opération. L'acheteur proposé par J&J est Datascope. Cette cession doit être accompagnée d'un transfert de moyen d'approvisionnement pour assurer la production de Datascope en dépit du temps nécessaire pour reconstituer l'environnement productif adéquat et recevoir les accords nécessaires de la FDA ;
- Des services transitoires de J&J à Datascope sont inclus dans l'accord de cession, afin de faciliter cette dernière, et assurer les services dus aux clients pendant le transfert.
- *Concernant le marché des AAD* : J&J doit mener à bien sa procédure de cession d'activités à Nclose (di groupe Novare).

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits*. Approche différentes des deux autorités, mais leurs définitions se recoupent. La Com UE définit 15 marchés répartis en 4 secteurs d'activité. La FTC identifie 3 marchés. Parmi ces derniers, deux correspondent à des marchés identifiés par la Com UE : les SEM et les EVH, sur lesquels porteront la majeure partie de leurs analyses. À ces marchés, la FTC ajoute celui des AAD, alors que la Com UE s'intéressera à celui des Dispositifs cardiovasculaires.
- *Concernant la définition des marchés géographiques* : définitions classiques. Définition de marchés nationaux pour la Com UE, les États-Unis pour la FTC.
- *Concernant l'analyse concurrentielle* : si les marchés sont dans deux cas différents pour la Com UE et la FTC (Dispositifs cardiovasculaires et AAD), les conclusions des deux autorités sont semblables à de nombreux égards. Dans tous les cas, l'opération porte atteinte à la concurrence qui avait lieu, jusque-là, entre un nombre réduit d'acteurs. La Com UE souligne particulièrement le désaccord qui l'oppose aux parties quant au nombre de concurrents sur le marché : là où les parties en voient plus de dix, la Com UE en dénombre au maximum 3 ou 4. Ces entreprises suffisaient pourtant à assurer les conditions d'une concurrence de fait, mais l'opération tend à instaurer dans tous les marchés une situation monopolistique, et fait craindre une hausse de prix, ces derniers étant alors fixés unilatéralement par J&J.
- *Concernant les engagements*. C'est la première fois dans cette étude que la FTC donne la possibilité à l'une des parties de choisir entre trois alternatives dans le cadre d'un engagement de défaisance (A, B et C, mentionnés ci-dessus). Ces alternatives regroupent des productions en lien direct avec les systèmes EVH, et éventuellement d'autres types de produits (comme les kits ERA). Outre ce fait notoire, les engagements imposés par les deux autorités sont, somme toute, relativement classiques. Ils comprennent, en plus des actifs matériels et immatériels des activités à céder, le personnel-clé et des engagements annexes. Ces derniers sont des dispositions transitoires destinées à assurer la viabilité de l'activité à céder, la confidentialité des données s'y rattachant, ainsi que la continuité de la production (notamment au bénéfice des clients) dans les meilleures conditions possibles. Dans le cas de la Com UE comme dans celui de la FTC, des

acheteurs sont officiellement proposés (Boston Scientific, Datascope, Nclose) par les parties et les autorités, qui doivent en valider les futures acquisitions.

7- Teva / Ivax

Réf. UE : COMP/M.3928

Réf. US : C-4155 051 0214

α/ Historique des procédures

Offre d'achat lancée le 27.05.2005

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 18.10.2005
 - Décision : 24.11.2005
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 20.01.2006
 - Décision : 02.03.2006

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Teva propose d'acquérir Ivax via rachat de ses parts sociales et d'en prendre le contrôle effectif, ce qui constitue une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - La transaction est de dimension communautaire (3,857 milliards d'euro de chiffre d'affaires mondial pour Teva et 1,446 milliards d'euro pour Ivax).
- 2) FTC :
 - La FTC rapporte l'existence d'un accord de fusion lequel prévoit que Teva prenne le contrôle d'Ivax. La Transaction est évaluée à 7,4 milliards de dollars. Les seuils de compétence de la FTC sont vérifiés

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com UE :

A/ Effets horizontaux :

- *Reprise de la segmentation des marchés de médicaments suivant la classification internationale ATC* : conformément à la ligne décisionnelle de la Commission (voir, par exemple, *Novartis / Hexal* ou encore *Sanofi Synthelabo / Aventis*). La classe ATC3 regroupe les médicaments par types de maladies traitées. La Commission souligne, conformément à sa ligne décisionnelle, qu'il peut être dérogé à cette segmentation des marchés fondée sur le classement ATC en prenant en compte d'autres critères pertinents, ce qu'elle fait en l'espèce ;
- *Prise en compte des modes de vente* : vente libre ou sur prescription ;
- *Prise en compte de la distinction médicament original / générique* dont les prix diffèrent. La Commission choisit cependant de placer l'original et ses génériques sur le même marché puisqu'ils sont substituables ;
- *Analyse plus détaillée des indications de traitement correspondant à chacun des cinq marchés identifiés par la Commission sur lesquels les parts des parties se cumulent, afin de déterminer précisément la substituabilité côté demande et effectuer un découpage de marché le plus fin possible ;*

B/ Effets verticaux :

- *Un marché par produit actif* selon une pratique constante de la Commission, fondée sur l'absence de substituabilité côté demande.

2) FTC :

- *La FTC segmente les marchés de produits par indication de traitement ;*
- *La FTC identifie 15 médicaments génériques constituant 15 marchés séparés.*

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- *Les marchés de médicaments sont de dimension nationale*, conformément à une ligne décisionnelle constante de la Commission (voir les décisions citées supra) ;
- *Les marchés de principes actifs, situés en amont de la production de médicaments finis, sont analysés à l'échelle mondiale*, conformément à une pratique constante de la Commission (voir *Novartis / Hexal*)

2) FTC :

- *Les États-Unis*, sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

A/ Quant aux marchés horizontalement affectés :

- *Évaluation de la position des parties post opération au moyen de l'identification de leurs parts de marché et de celles de leurs concurrents* pour chacun des cinq marchés où un cumul de parts se produit ;
- *La nouvelle entité ne possède jamais plus de 20-30% de parts combinées ;*
- *La concurrence sera toujours bien présente post opération, les parts de marché sont harmonieusement réparties entre les concurrents ;*

→ La Commission n'identifie aucun risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés considérés.

B/ Quant aux marchés verticalement affectés :

- *Faible part de Ivax (toujours <25%) sur les marchés de principes actifs, seule Teva représente plus de 25% sur dix marchés ;*
- *En conséquence, seront prises en compte les parts de Teva sur lesdits marchés rapportées aux parts détenues par Ivax sur les marchés situés en aval ;*
- *Faible concentration verticale* : Les parts détenues par Teva sur les marchés primaires considérés sont toujours comprises entre 25 et 45% et les parts détenues par Ivax sur les marchés situés en amont n'excèdent jamais 25% ;
- *Pas de changement de stratégie suite à l'opération* puisque Ivax se fournit déjà principalement auprès de Teva ;
- *Après analyse de la répartition de la concurrence*, la Commission s'assure que des concurrents sérieux sont présents sur tous les marchés considérés ;
- *Barrières à l'entrée faibles* : en témoignent les entrées récentes de nouveaux concurrents chinois et indiens.

→ Pas de problèmes à prévoir quant aux effets verticaux de l'opération.

2) FTC :

- La FTC, pour chacun des 15 marchés définis, compare les indices HHI ante et post opération ainsi que la part des ventes totales réalisées sur chacun des marchés imputées aux parties ;
- La nouvelle entité serait en position de monopole sur deux marchés ;
- L'augmentation de la valeur HHI indique qu'onze marchés deviendraient encore plus concentrés qu'ils ne l'étaient avant l'opération. Sur ce point, la FTC est fidèle à ses lignes directrices et considère en même temps la valeur post opération de l'index Hirschman Herfindahl et la variation due à l'opération ;
- Élimination d'un concurrent potentiel : Ivax était sur le point d'entrer sur trois marchés où elle aurait concurrencé Teva, sans doute efficacement.
- Barrières à l'entrée importantes : pour les raisons habituelles en matière de médicaments : autorisations administratives de commercialisation, tests cliniques, investissements très importants en temps et en argent, dont une large partie entre dans la catégorie des *sunk costs*.

→ L'opération aurait donc pour effet de créer une situation de monopole sur deux marchés, plusieurs duopoles ou situations de dominance sur les treize marchés restants. Elle conduirait encore à l'abandon par Ivax ou à la réduction de ses incitations à sortir trois nouveaux produits qui auraient concurrencé ceux de Teva. Il y a donc un risque de baisse de la qualité des produits et des incitations à l'innovation. Enfin, l'opération élimine une concurrence réelle, directe et effective entre les parties à l'acquisition. Cela aura pour effet de faciliter la collusion entre les concurrents restant et, *in fine*, le risque est que les consommateurs soient amenés à payer un prix plus élevé.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- Pas d'engagements demandés ;
- Décision de conformité au Marché commun de l'art. 6(1)(b) ECMR.

2) Devant la FTC :

- Les parties s'engagent à céder les activités de l'une d'entre elle sur chacun des marchés définis (tous les 15) afin d'en réduire la concentration ;
- Ivax s'engage à céder ses résultats quant aux produits qu'elle était sur le point de commercialiser et tous les droits relatifs afin d'en permettre la commercialisation par l'acquéreur ;
- Traditionnelles mesures comportementales de transitions.
- Deux repreneurs sont agréés par la FTC, en fonction de leur capacité à reprendre les activités cédées et à concurrencer efficacement la nouvelle entité.

V. Conclusion générale

- Des marchés définis en nombre différents : Fidèles à leurs habitudes, la FTC ne définit que les marchés de produits à propos desquels elle compte faire des réclamations alors que la Commission européenne identifie tous les marchés identifiés en n'en reprenant pas certains, lorsque l'analyse de leurs structures permet de les écarter.
- Des divergences quant à la délimitation des marchés de produits : la FTC se fonde exclusivement sur les caractéristiques des produits et leurs indications de traitement pour définir la substituabilité côté demande (bien qu'elle mentionne le recours au test *SSNIP* à plusieurs reprises). De plus, elle ne classe pas les médicaments originaux et leurs génériques dans les mêmes marchés en raison des différences de prix les séparant et rendant, selon elle, la concurrence des originaux obsolète. La Commission ne se prononce pas clairement sur ce point bien qu'elle semble s'aligner sur cette position. Elle n'a cependant pas le besoin de trancher puisque seuls des médicaments génériques sont en cause en l'espèce.
- Une analyse concurrentielle des effets horizontaux de l'opération plus rigoureuse de la FTC : la FTC effectue une analyse de la concentration des marchés en se référant à l'Index Hirschman

Herfindahl et sa variation, ainsi qu'au pourcentage des ventes réalisé par les parties et leurs concurrents. La Commission européenne recoure aux traditionnelles références aux parts de marché détenues par les parties et leurs concurrents ;

- *Absence de l'analyse des effets verticaux dans l'arrêt de la FTC* : La Commission européenne, dans sa décision, passe en revue les effets verticaux potentiellement nuisibles à la concurrence sur les marchés situés en amont en examinant le cumul amont/aval des parts détenues par la nouvelle entité. Cependant, elle n'identifie aucun risque concurrentiel. C'est sans doute la raison pour laquelle la TFC ne l'a pas relevé : elle n'identifie que les marchés sur lesquels son analyse va aboutir à des réclamations ;
- *La FTC se préoccupe des effets de l'opération quant à la concurrence potentielle qu'aurait pu se livrer les parties dans le futur* : ainsi oblige-t-elle l'une des parties à céder ses droits sur trois produits sur le point d'être commercialisés, pour intensifier la concurrence sur les prix et préserver l'innovation ;
- *Les engagements exigés par la FTC sont assez classiques* : engagements structurels de cession de la production et de la production d'un produit par marché affecté, produits en fin de développement inclus, comme expliqué plus haut.
- *Pas d'engagements devant la Commission européenne* : l'opération est compatible en l'état.

2006

8- Boston Scientific / Guidant

Réf. UE : *COMP/M.4076*

Réf. US : *C-4164 041 0056*

α/ Historique des procédures

Accord de rachat et plan de fusion adoptés entre les parties le 25.01.2006

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 23.02.2006
 - Décision : 11.04.2006
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 20.04.2006
 - Décision : 21.07.2006

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Boston Scientific (ci-après « BS ») acquière le contrôle exclusif des activités de chirurgie cardiaque et de contrôle du rythme cardiaque de Guidant, au sens de l'art. 3(1)(b) du Règlement 139/2004.
 - Les seuils quant aux chiffres d'affaires des parties sont vérifiés, donc l'opération a une dimension communautaire.
- 2) FTC :
 - BS propose d'acquérir Guidant pour 27 milliards de dollars ; les seuils de compétences de la FTC, prévus dans le règlement de 2000, sont vérifiés.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com UE :
 - *Deux groupes de marchés affectés par la transaction sont identifiés d'emblée : les dispositifs de gestion du rythme cardiaque et les matériels de chirurgie cardiaque ;*
 - a) Dispositifs de gestion du rythme cardiaque :
 - *La Commission définit un marché pour les défibrillateurs cardiaques implantables, définition fondée sur une analyse des caractéristiques et applications de ces systèmes. Sans véritablement expliquer pourquoi, elle ne reprend pas les deux autres produits du secteur et considère que les défibrillateurs cardiaques implantables forment un marché unique et qu'il ne serait pas pertinent de le segmenter en marchés plus restreints. L'explication donnée est que, bien que formés de plusieurs composants (3 principaux), ces systèmes sont toujours vendus complets. En revanche, aucune explication n'est fournie relativement à la mise à l'écart des deux autres types de produits ;*
 - b) Chirurgie cardiaque :
 - *Trois marchés sont identifiés a priori dans ce groupe, puis leurs définitions établies ;*
 - 1- Systèmes de stabilisation du cœur battant :
 - *Description des caractéristiques et applications du produit : bien que constitués de trois composants pouvant être vendus séparément la Commission décide de ne retenir qu'un seul marché, car, d'une part, ces composants sont le plus souvent vendus ensemble (ils ne sont pas interopérables d'une marque à l'autre) et, d'autre part, l'un des composants compte pour 75% du prix ;*
 - 2- Aspirateurs/brumisateurs
 - *La Commission considère qu'ils forment un marché unique, conformément à sa décision dans l'affaire Johnson & Johnson / Guidant ;*
 - 3- Dispositifs d'ablation chirurgicale
 - *Aucune définition de marché donnée malgré analyse des caractéristiques du produit : ne sera pas analysé car aucune préoccupation sur l'intensité de la concurrence post opération sur ce secteur.*
- 2) FTC :
 - *La FTC analyse les caractéristiques des produits en cause et leurs applications, telles que perçues par les consommateurs (praticiens chirurgiens ou cardiologue) en effectuant un SSNIP par sondage d'opinion (consommateurs et concurrents).*
 - *Cette analyse de la substituabilité côté demande la conduit à isoler quatre marchés dont un seul correspond à une définition de la décision de la Commission européenne rendue à propos de la même affaire. La Com UE n'évoque même pas les trois autres marchés définis par la FTC. Cela tient probablement au fait que l'opération de fusion entre BS et Guidant n'affecte pas les mêmes marchés, que l'on se situe d'un côté de l'Atlantique ou de l'autre.*
 - *Le seul marché défini par la FTC figurant parmi la liste de la Com UE est celui des défibrillateurs implantables. Seule l'analyse concurrentielle de ce marché sera donc présentée puisqu'elle seule présente un intérêt pour le comparatiste.*

B/ Marchés géographiques

- 1) Com UE :
 - *Les parties plaignent pour des marchés de dimension mondiale ou européenne en raison d'une tendance forte à la standardisation dans l'EEE, au regroupement des sites de production au niveau européen et parfois même mondial, et de l'organisation de la distribution située au même niveau. Enfin, les barrières douanières sont faibles voire inexistantes dans l'EEE : les produits circulent librement ;*

- *La Commission retient toutefois un cadre d'analyse national* en raison des différents programmes de remboursement par les organismes de sécurité sociale, des préférences locales des praticiens et de l'importance, pour les producteurs, d'avoir des bureaux de vente au niveau local.
- 2) FTC :
- *Les États-Unis*, sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

- a) Marché des défibrillateurs cardiaques implantables :
- *BS à une influence décisive sur la prochaine entreprise qui intégrera le marché.* La Commission analyse l'éventuel contrôle exercé par l'une des parties sur un concurrent sur le point d'intégrer le marché considéré : BS détient moins de 15% des actions de Cameron, une société américaine sur le point de commercialiser un nouveau défibrillateur très avancé. BS et Cameron sont également liés par un accord portant sur une option de rachat de Cameron par BS. Bien que « *BS n'exerce pas un contrôle de jure sur Cameron, la question se pose de savoir si une influence décisive de PS du Cameron ne résulte pas de l'effet cumulatif des accords conclus entre eux* » (Cons. 31 p.6). D'après l'enquête de la Commission, cette situation permet à BS « *d'exercer une influence décisive* » sur la prise de décisions au sein de Cameron et lui offre un accès privilégié à des informations technologiques et commerciales très sensibles. Ainsi la notion d'« *influence décisive* » de l'art. 3(2) ECMR est-elle appliquée par la Commission lors de l'analyse concurrentielle, donc en-dehors du contexte de qualification de l'opération en cause. Il s'agit là d'une application extensive de la notion, une première depuis le début de cette étude.
 - *Il n'est cependant pas certain que Cameron puisse exercer une contrainte concurrentielle une fois que son nouveau produit sera commercialisé* : l'enquête de la Commission n'a pas conduit à la collecte de preuves suffisantes pour l'affirmer ;
 - *BS n'est pas actif sur ce marché* ;
 - *Guidant est un des leaders en matière de ventes (30-40%) sur un marché européen assez concentré* (deux acteurs principaux dont Guidant, le reste de la concurrence étant assez faible – moins de 20% des ventes) *mais d'autres concurrents importants sont présents* ;

→ Puisqu'il n'est pas certain que Cameron soit en mesure de concurrencer réellement et efficacement les principaux acteurs du marché (donc BS non plus) et que BS n'y est pour l'instant pas présent, l'opération n'entraîne aucun cumul de parts entre les parties. Bien que le marché soit assez concentré, l'opération ne représente aucun risque supplémentaire pour l'intensité de la concurrence. Cet aspect de l'opération est donc compatible avec le Marché commun.

- b) Quant aux trois marchés définis dans le domaine de la chirurgie cardiaque :
- *Accord entre PS et un concurrent mais pas d'influence décisive trouvée.* Des accords similaires à ceux décrits plus haut entre BS et Cameron existent entre BS et Estech, une autre société américaine active sur les marchés considérés. Cette fois, cependant, la Commission considère que les accords en présence ne donnent pas suffisamment de contrôle à PS sur Estech pour appliquer l'art.3(2) ECMR à la situation ;
 - *BS n'est pas actif sur les marchés considérés* ;
 - *Guidant est un acteur considérable sur les trois marchés en cause* (de 20 à 45% des ventes, en fonction des marchés de produits et des marchés géographiques considérés) mais n'est jamais leader ;
 - *Estech est un acteur marginal sur les marchés considérés* (5-15% des ventes en fonction des marchés de produits et des marchés géographiques considérés) ;

→ L'opération ne conduit donc pas à une augmentation significative de la concentration des marchés considérés, même dans l'hypothèse où les parts d'Estech sont imputées à BS, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Elle est donc compatible avec le Marché commun.

2) FTC :

- *Un marché fortement concentré* : trois entreprises réalisent 98% des ventes du marché, dont Guidant ;
- *Cette situation est stable dans le temps* : marché dominé par ces trois entreprises depuis dix ans ;
- *BS n'est pas actif sur le marché mais la FTC relève les accords liant BS à Cameron* tout comme la Com UE, mais de manière beaucoup moins détaillée que cette dernière ;
- *La FTC relève que Cameron est un futur concurrent potentiel*
- *Des barrières à l'entrée élevées* : coût du R&D, procédures administratives d'autorisation de commercialisation, brevets à acquérir ou contourner. Les produits non américains déjà en vente sur d'autres marchés géographiques et qui n'ont pas reçu d'autorisation de commercialisation aux États-Unis ne sont pas des concurrents potentiels pour les raisons qui viennent d'être énoncées ;

→ Contrairement à la Commission européenne, la FTC est préoccupée par l'imbrication de BS et Cameron. L'opération est donc illégale en l'état puisqu'elle conduirait à :

- l'élimination d'une concurrence réelle, directe et substantielle entre Guidant et Cameron sur le marché de la recherche et du développement des défibrillateurs cardiaques transplantables en raison des droits contractuels de BS, conférant un contrôle sur Cameron et un droit d'information sur l'état des recherches de cette dernière. Partant, l'innovation sur le marché en serait diminuée ;
- l'élimination de la concurrence entre BS/Cameron et Guidant sur le marché des défibrillateurs transplantables (toujours en raison des droits sociaux et contractuels de BS sur Cameron) ce qui risquerait de conduire à l'abandon du projet de Cameron et à la réduction de la concurrence sur les prix ;
- la réduction de la vitalité du R&D sur le marché ;
- l'augmentation du risque que la nouvelle entité puisse exercer unilatéralement un pouvoir de marché.

IV/ Engagements et décision finale

3) Devant la Com UE :

- Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR

4) Devant la FTC :

- *Des remèdes comportementaux sont prescrits* à BS limitant l'exercice de ses droits sur Cameron. Ainsi un fondé de pouvoir exercera les droits de contrôle de BS « *comme l'aurait raisonnablement fait une entreprise de la taille et dans la situation de BS si l'acquisition de Guidant n'avait pas eu lieu* ». Ensuite, BS se voit obligé d'exercer ses droits sociaux relatifs aux 10-15% de parts qu'elle possède dans Cameron dans le même sens que les autres actionnaires de Cameron. Si BS choisit d'acquérir Cameron au terme de son option, la transaction sera automatiquement contrôlée par la FTC, quand bien même les seuils de compétence ne seraient pas vérifiés. Enfin, si BS choisit de ne pas acquérir Cameron, elle devra céder la participation qu'elle détient dans cette société.

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés pertinents*, la FTC et la Commission européenne ne s'accordent que sur un marché. D'abord, il est courant, pour ne pas dire constant, que la FTC ne définit pas les marchés sur lesquels elle n'émet pas de préoccupations quant à l'atteinte à la concurrence qui y serait portée *post* opération. Ensuite, puisque les trois marchés identifiés par la FTC font partie du groupe « chirurgie cardiaque » identifié par la Com UE sans pour autant que cette dernière n'ait discuté la définition desdits marchés, on est en droit de se demander si la Com UE n'est pas en train de s'aligner sur la méthode de son homologue américaine, c'est-à-dire taire la description des marchés sur lesquels elle n'aboutira pas à l'identification d'une atteinte probable à la concurrence. Il peut d'ailleurs être remarqué que, d'une manière générale, la définition des marchés de produits pertinents a été discutée bien moins longuement et de façon bien moins détaillée par la Commission qu'elle n'en a l'habitude. Sinon, relativement au seul marché défini en commun, les autorités s'accordent sur les raisons de cette définition, largement fondée sur la substituabilité côté demande, sans que la Commission européenne prenne la peine

ne serait-ce que de mentionner la pertinence d'un test *SSNIP*. La FTC, elle, le fait, sans bien sûr en donner les détails. Et pour cause, à force de ne se voir donner aucune information sur les tests *SSNIP*, le lecteur attentif pourra se demander si de tels tests sont effectivement conduits de manière académique. Plus probablement, les autorités (surtout la FTC) y font référence comme critère théorique, mais apportent probablement une réponse à la question de la définition des marchés de produits fondée sur les caractéristiques des produits et sur l'avis des divers consommateurs, concurrents ou experts interrogés par enquête d'opinion.

- *Concernant l'analyse concurrentielle* : les deux autorités se préoccupent de la relation entre l'une des parties et un futur concurrent potentiel de l'entité fusionnée. Toutefois, si elles analysent cette relation de la même façon, elles ne parviennent pas aux mêmes conclusions.
 - o Toutes deux identifient un contrôle exercé par Boston Scientific sur Cameron, bien que BS ne soit pas membre du Conseil d'administration et n'ait que 10-15% des actions de Cameron. Toutes deux considèrent que le cumul des droits sociaux de BS en tant qu'actionnaire et ses droits sur Cameron d'origine contractuelle en tant que possible acquéreur (ouvrant notamment droit à l'accès à des informations commercialement sensibles) confère ce contrôle. La Com. UE va même jusqu'à faire une application extensive de l'art. 3(2) ECMR qui dispose qu'une opération est qualifiée de concentration dès lors qu'elle permet à l'une des parties d'« *exercer une influence décisive* » sur le comportement stratégique de l'autre. Initialement prévu pour identifier la nature concentrative de l'opération en cause (fusion ou acquisition) et ainsi fonder la compétence de la Com. UE, cette disposition est ici appliquée à la phase de l'analyse concurrentielle pour qualifier les rapports d'une parties avec un tiers à l'espèce. C'est la première fois depuis le début de cette étude que la Com. UE procède de la sorte.
 - o Finalement, la Commission européenne considère que son enquête ne lui a pas permis de déterminer avec un degré suffisant de certitude que Cameron serait, après l'introduction de son nouveau produit sur le marché, en mesure d'exercer une concurrence réelle, directe et substantielle à l'endroit de Guidant. Elle considère donc que la relation entre BS et Cameron n'est pas préoccupante du point de vue de la concurrence. Il n'en va pas de même pour la FTC qui y voit, d'une part, un motif de réduction de l'innovation sur le marché considéré dû à la disparition d'une concurrence sur le R&D entre BS/Cameron et Guidant, causée par la transparence technologique et commerciale permise par l'option de rachat ouvrant droit à l'information de BS sur Cameron. D'autre part, la FTC considère que Cameron aurait pu concurrencer efficacement Guidant sur le marché en cause si l'opération de l'espèce n'avait pas eu lieu, et en déduit que les parts que Cameron pourrait acquérir doivent être imputées à BS tant que l'option de rachat ne sera pas levée. La FTC émet donc des préoccupations quant à l'impact de la relation entre BS et Cameron sur l'intensité de la concurrence *post* opération et cela explique les engagements qu'elle impose aux parties.
- *Quant aux engagements* : la Commission européenne autorise les parties à poursuivre l'opération en l'état. La FTC impose, pour chaque marché, la cession par l'une des parties d'une branche d'activités pour préserver la concurrence. Le marché qui retiendra notre attention ici est celui des défibrillateurs cardiaques implantables, seul marché dont la définition est commune aux deux autorités (voir supra). Comme expliqué plus avant, la FTC considère que l'avance technologique de Cameron et les parts de marchés potentielles qui en découleront dans un futur proche sont à imputer à BS, donc à mettre sur le compte de la nouvelle entité BS/Guidant. C'est pourquoi elle impose un certain nombre d'engagements assez originaux :
- *Engagements comportementaux* (reproduction du IV/2) supra). Des remèdes comportementaux sont prescrits à BS limitant l'exercice de ses droits sur Cameron. Ainsi un fondé de pouvoir exercera les droits de contrôle de BS « *comme l'aurait raisonnablement fait une entreprise de la taille et dans la situation de BS si l'acquisition de Guidant n'avait pas eu lieu* ». Ensuite, BS se voit obligé d'exercer ses droits sociaux relatifs aux 10-15% de parts qu'elle possède dans Cameron dans le même sens que les autres actionnaires de Cameron. Si BS choisit d'acquérir Cameron au terme de son option, la transaction sera automatiquement contrôlée par la FTC, quand bien même les seuils de compétence ne seraient pas vérifiés. Enfin, si BS choisit de ne pas acquérir Cameron, elle devra céder la participation qu'elle détient dans cette société.

9- Linde / BOC

Réf. UE : COMP/M.4141

Réf. US : C-4163 061 0114

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 06.03.2006

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 06.04.2006
 - Décision : 06.06.2006
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint :
 - Décision :

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Linde propose d'acheter (procédure *amicale*) 100% des parts de BOC et d'en prendre le contrôle exclusif : acquisition, donc concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire vérifiée, la *règle des deux tiers* ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.
- 2) FTC :
 - Les parties sont deux entreprises (Linde allemande et BOC anglaise, nationalité déduite des ordres de juridiction où elles sont enregistrées) engagées dans des activités commerciales au sens du FTC Act s.4 ;
 - Il s'agit d'une acquisition (achat de 100% des parts sociales de BOC par Linde) ;
 - La transaction est évaluée à 14,4 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com UE :
 - *Segmentation par gaz* : chaque élément chimique correspond à un marché distinct dans la mesure où il n'existe pas ou pratiquement pas de substituabilité côté demande (vu les caractéristiques spécifiques à chaque gaz et les applications spécifiques correspondantes) et que la substituabilité côté offre est très limitée en raison des capacités de production inhérentes à chaque site (la composition en gaz des sources –atmosphère ou gaz naturel, dicte les quantités relatives de gaz qui peuvent être produites) ;
 - *Segmentation par type d'utilisation* : encore une fois due à l'absence de substituabilité côté demande et côté offre (applications spécifiques, différences dans les difficultés techniques de production, différences de prix). Trois groupes de marchés sont identifiés conformément à la ligne décisionnelle de la Commission (voir les décisions *Air Liquide / BOC* (non traitée dans cette étude) et *Air Liquide / Messer* (commentée plus avant)) :
 - *Gaz industriels* ;
 - *Gaz médicaux* ;
 - *Gaz de spécialités*.
 - *Segmentation par modes d'approvisionnement* : conformément à la pratique décisionnelle de la Commission (voir les décisions citées *supra*) :
 - *Marché de la vente au poids* (gazoducs ou usines de production sur site)
 - *Marché de la vente à la cargaison* (containers cryogènes et pressurisés de gaz sous forme liquide)

- *Marché de la vente à la bonbonne* (vente au détail).
- *La vente d'hélium est divisée en deux marchés séparés : vente en gros et vente au détail* : différentes cercles de relations fournisseurs clients, différents contrats et différences dans les prix en fonction de la quantité fournie/achetée ;
- *Le marché de la vente d'hélium au détail constitue un marché unique* : la question se posait de savoir si les différentes modalités d'approvisionnement en hélium correspondent à des marchés séparés. La substituabilité côté demande est faible, les consommateurs ne changeraient *a priori* pas de mode d'approvisionnement suite à un *SSNIP*, ce qui plaide pour une segmentation plus fine du marché. Cependant, la substituabilité côté offre est importante : un producteur d'hélium peut assez facilement changer le mode d'approvisionnement de ses clients. Donc la production (raffinage), la distribution et la vente d'hélium constituent un seul et même marché ;
- *Un marché pour la vente de sites de productions de gaz ?* La Commission ne tranche pas la question de savoir si ce marché doit être ou non plus finement segmenté dans la mesure où l'analyse concurrentielle qui en sera faite ne dépend pas de cette distinction. La définition précise des marchés sur ce segment est donc laissée ouverte.

2) FTC :

- *La FTC ne définit que trois marchés de produits*. Fidèle à son habitude, la FTC part des circonstances de l'opération de l'espèce pour définir les marchés de produits et propose donc une définition sur mesure, correspondant aux marchés sur lesquels elle entend présenter des objections ;
- *Oxygène et azote liquides* : la substituabilité côté demande dicte la délimitation de ces deux marchés. D'une part, les gaz, éléments chimiques particuliers, sont utilisés pour des applications spécifiques et ne sont pas substituables. Partant, même dans le contexte d'une augmentation de prix modérée mais significative et durable (test *SSNIP*), les consommateurs ne pourraient préférer d'autres produits. D'autre part, les clients consommant ces gaz sous forme liquide (*vente à la cargaison*) ne pourraient pas opter pour un autre mode d'approvisionnement en raison des coûts de transport ;
- *Vente à la cargaison d'hélium raffiné* : très faible substituabilité côté demande (test *SSNIP* et description des caractéristiques). Le mode d'approvisionnement ne peut pas être changé pour un autre (*vente au poids ou à la bonbonne*), ce ne serait pas viable économiquement. Tout comme la Commission européenne, la FTC choisit de ne pas segmenter plus avant ce marché au sein duquel différents modes de transports existent, sans préciser toutefois si cette décision est là aussi fondée sur la substituabilité côté offre.

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- *Les marchés de vente au poids sont à analyser au niveau de l'EEE en prenant en compte de fortes spécificités locales* : conformément aux décisions antérieures de la Commission (*Air Liquide / Messer* précitée) ;
- *Les marchés de vente à la cargaison et à la bonbonne sont de dimension nationale* : les coûts de transports rendent peu viable économiquement le transport de gaz en moyennes et petites quantités sur de longues distance. De plus, la célérité de la livraison des commandes aux clients est un facteur important du secteur, puisque les commandes doivent généralement être livrées dans les 24 à 48 heures. Les faits confirment ces constats : les clients s'approvisionnant à cette échelle sont livrés depuis des sites de production compris dans un rayon de 500 Km maximum ;
- *Le marché de la fourniture d'hélium en gros est de dimension mondiale* : peut de sources d'approvisionnement (14 dans le monde), la consommation dans l'UE est supérieure à sa production ce qui induit d'importants imports, principalement en provenance des États-Unis, premier producteur mondial. De plus, les États-Unis stockent d'énormes réserves (cinq fois la demande mondiale), si bien que le prix mondial de l'hélium est indexé sur le prix de vente américains ;
- *Le marché de la fourniture d'hélium au détail est de dimension nationale*, pour les mêmes raisons que les autres gaz (coût du transport notamment) ;

- *Les marchés de fourniture des gaz de spécialités (dits rares ou nobles) sont de la dimension de l'EEE : car leurs prix sont bien plus élevés que ceux des autres gaz, ce qui rend leur transport sur de plus longues distances rentable ;*
- *Le marché de vente de sites de productions est de dimension mondiale ou EEE : les fabricants sont peu nombreux dans le monde et capables d'intervenir n'importe où sur la planète. Que la dimension du marché soit mondiale ou européenne n'influence pas l'analyse concurrentielle, la définition géographique exacte est donc laissée ouverte.*

2) FTC :

- *Quatre marchés locaux pour l'oxygène et l'azote liquides : en raison des coûts de transport élevés, les marchés sont locaux (dans un rayon de 150 à 250 miles autour du site de production). La FTC définit quatre marchés géographiques à l'intérieur du territoire américain au sein desquels considérés la vente d'oxygène et d'azote liquides, autour des sites de production des parties ;*
- *Le marché de la vente à la cargaison d'hélium raffiné est de dimension mondiale : l'hélium raffiné est un gaz rare et cher, il peut donc être transporté au niveau mondial de manière rentable. Ainsi, les conditions de concurrence et de prix sur le marché américain sont influencées par les capacités de production et la demande des autres régions du monde.*

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

N.B. : La Commission européenne analyse de nombreux marchés, beaucoup plus que la FTC. Seuls les marchés de produits définis en commun par les autorités présentent un intérêt du point de vue comparatiste. C'est pourquoi seules les analyses de trois marchés de produits seront considérées ici. Toutefois, il sera tenu compte du cadre géographique d'analyse adopté par la Commission. Il convient d'ailleurs de remarquer que la Commission européenne ne combine pas les critères de segmentation des marchés de la même manière que la FTC, ce qui la conduit à analyser les marchés suivant une structure différente, bien que les conclusions des deux autorités soient très similaires

a) Marchés de l'oxygène et de l'azote vendus à la cargaison :

N.B. : La FTC ne parle que des marchés de l'oxygène et de l'azote liquides ce qui correspond aux marchés de vente à la cargaison (*bulk markets*) dans le langage de la Com. UE. En effet, les marchés de ventes au poids (*tonnage markets*) et à la bonbonne (*cylinders markets*) concerne des ventes de produits sous forme gazeuse, seules les ventes à la cargaison ont pour objets des gaz liquéfiés.

- *La Commission européenne identifie des problèmes des conséquences de l'opération potentiellement néfastes pour la concurrence sur les marchés polonais et britannique :*
- *Des marchés concentrés : la décision rend compte des parts de marchés détenues par les parties en propre, de leurs parts de marchés cumulées ainsi que des parts détenues par les principaux concurrents. Tel est le cas tant pour le pourcentage des ventes réalisées sur les marchés considérés que pour les capacités de production des parties et de leurs concurrents ;*
- *La Commission prend en compte les accords de fourniture réciproque (swap agreements) liant les concurrents sur les marchés : seules les parties à l'espèce ont des capacités de production suffisantes pour n'avoir jamais recours aux capacités de production de leurs concurrents. Les autres acteurs du marché sont liés par des *swap agreements* qui leur permettent de se fournir, sur une base de réciprocité, auprès de l'un ou de l'autre quand leurs capacités de production sont insuffisantes pour satisfaire à leur carnet de commande.*
- *Les parties ont d'importantes capacités de production et leurs parts des ventes combinées les placent en position de leader sur les marchés considérés : ensemble les parties détiennent 60 à 80% des capacités de production et réalisent de 60 à 90 % des ventes.*
- *Les parts de Linde sont modestes au Royaume-Uni mais BOC y est leader. L'opération ne renforce donc pas beaucoup les parts de BOC mais risque d'exclure des concurrents du marché britannique en raison du renforcement de la position de leader détenue par BOC. Linde, sans avoir de capacités de production importantes au Royaume-Uni est parvenu à gagner 1-10% de*

parts de marché sur les années précédant l'opération, preuve que les forces combinées de Linde et de BOC sont considérables.

→ Les effets de l'opération sur les marchés polonais et britannique sont tels qu'elle n'est pas, en l'état, compatible avec le Marché commun.

b) Marché de la vente par cargaison d'hélium :

N.B. La FTC identifie un « marché de la vente en gros d'hélium raffiné » (*market for bulk refined helium*) ce qui correspond, dans le langage de la Com. UE à : « *wholesales helium market* » et donc, d'après la description que la Com. UE fait de la structure des marchés de l'hélium, au marché de la vente au poids (les quantités les plus importantes, échangées sur un marché situé en amont de la distribution aux consommateurs finaux).

- *Présence sur le marché de cinq entreprises qui ont traditionnellement des parts de marché symétriques, sauf pour l'une des parties à l'espèce (Linde), qui détient la part de marché la plus faible* : cela est notamment dû à la rareté des sources d'approvisionnement en hélium brut, auxquelles peu d'entreprises ont historiquement eu accès ;
- *Cependant, Linde est un concurrent agressif sur les prix, qualifié de 'franc-tireur' ('maverick') et l'opération fera disparaître cette agressivité* ;
- *La nouvelle entité pourra limiter les quantités d'hélium disponibles à la vente* : L'opération permettra à Linde, via le contrôle de BOC, d'accéder aux installations de stockage américaines, seules au monde capables de stocker des quantités d'hélium significatives sur des périodes de temps assez longues. Ainsi, la nouvelle entité sera en mesure de contraindre les prix ;
- *L'opération conduit donc à la perte d'une chance que les prix du marché baissent, ce qui aurait sans doute été le cas si Linde avait continué de pratiquer une politique agressive sur les prix* ;
- *La coordination des entreprises restantes serait facilitée par la disparition d'un concurrent agressif et des conditions de marché transparentes* (symétrie des coûts de production, aucune différenciation des produits et informations largement accessibles) ;
- *Enfin, la Commission relève l'existence de joint-ventures existant entre l'une des parties (Linde) et l'un des concurrents principaux (Air Liquide)* : avec l'opération, BOC accéderait aux informations que Linde peut obtenir sur Air Liquide via le joint-venture (concernant les marchés asiatiques, principalement).

→ L'opération affecterait la concurrence sur le marché mondial de vente en gros d'hélium de manière incompatible avec le Marché commun.

2) FTC :

a) Quant aux marchés de l'oxygène et de l'azote liquides :

- *Marchés très concentrés* : prise en compte des indices *HHI* et des tests *two* et *four firms*. Pas de précision quant aux chiffres ;
- *Élimination d'un concurrent* : les deux parties sont deux des cinq plus importantes entreprises du secteur dans les régions géographiques identifiées. Localement, les deux parties sont les deux concurrents les plus directs ;
- *Transparence des marchés concernés et risques accrus de collusion* : similarités des produits et coûts de production. L'opération, en supprimant un concurrent, aurait pour effet d'augmenter significativement les risques de collusions entre les concurrents restants, cela d'autant plus qu'il serait facile de mettre en place des mécanismes de rétorsion envers un concurrent agressif ;
- *Création d'une position dominante en faveur de l'entité survivante (Linde)* : sans que soit précisé à combien s'élève le cumul des parts de marché ;
- *Barrières à l'entrée élevées* : pour être rentable, une usine doit produire de 200 à 300 tonnes de gaz par jour et cette production doit être vendue à l'avance, c'est-à-dire avant que l'usine ne soit construite, afin d'être sûr de rentabiliser les fonds perdus. Or les consommateurs sont majoritairement bloqués dans des relations contractuelles sur le long terme, le coût (30 à 40 millions de dollars minimum) et le temps (deux ans) de construction de telles usines étant très

importants. Il est donc improbable qu'un nouvel entrant intègre les marchés en cause suffisamment tôt pour contrebalancer les effets de l'opération.

- *Risque que les consommateurs payent un prix plus élevé.*

b) Quant au marché de la vente à la cargaison d'hélium raffiné :

- *La nouvelle entité deviendrait leader sur le marché ;*
- *Un marché très transparent : Homogénéité des produits et symétrie des coûts de production, informations détaillées disponibles ;*
- *Risque accru de collusion et facilité de la rétorsion au cas où un concurrent choisirait de déroger aux termes d'une éventuelle entente ;*
- *Barrières à l'entrée élevées : mêmes motifs que précédemment.*

→ L'opération est illégale telle qu'envisagée en l'état.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- *Linde s'engage à céder ses droits relatifs à deux contrats d'approvisionnement en hélium (à Nippon Sans) et à vendre sa participation dans les joint-ventures identifiés, soit à y mettre un terme ;*
- *Quant aux gaz atmosphériques liquides (azote et oxygène), Linde s'engage à vendre ses unités de production en Pologne ;*
- *Sur la base de ces engagements structurels, la Commission accepte de déclarer l'opération compatible avec le Marché commun et rend une décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR.*

2) Devant la FTC :

- *Linde s'engage à céder ses activités de production et de vente d'oxygène et d'azote liquides sur les quatre marchés géographiques identifiés. Le transfert sera supervisé par un trustee qui aura seul l'autorité de le conduire à son terme. En attendant qu'un repreneur agréé par la FTC soit trouvé, les parties se voient signifier l'ordre de ne pas procéder à l'opération ;*
- *La FTC exige également que Linde cède ses contrats d'approvisionnement, ses actifs relatifs à la production et à la vente d'hélium à l'échelle mondiale à un repreneur (Nippon Sanson)*

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés :*
 - o Les deux autorités s'accordent sur les dimensions géographiques à conférer aux différents marchés de produits. Pour ce faire, elles identifient notamment les coûts de transport des produits en cause.
 - o Elles s'accordent encore sur les facteurs à prendre en compte pour segmenter les marchés de produits (caractéristiques des gaz et applications – industrielles ou médicales) ainsi que les modalités de transport variant selon la quantité.
 - o Cependant la FTC, comme c'est pratiquement toujours le cas, définit d'emblée les marchés de produits et les cadres géographiques sur lesquels elle entend contester la légalité de l'opération, sans se préoccuper du reste des marchés affectés par l'opération. Elle définit donc moins de marchés que son homologue européenne. On dénote toutefois chez cette dernière une tendance à restreindre le nombre de marchés définis à concurrence des effets de l'opération qu'elle entend incriminer, alignant en cela sa méthode sur celle de la FTC. On aura déjà pu relever cette tendance lors des dernières affaires analysées dans cette étude (*Boston Scientific / Guidant*, notamment).
 - o Il semble falloir relever une divergence entre les deux autorités dans l'utilisation qu'elles font des critères de segmentation des marchés produits et dans leur articulation avec les critères de segmentation géographique des marchés. La FTC semble considérer, dans l'ordre, le type de gaz considéré puis le mode d'approvisionnement avant de délimiter la

ou les zones géographiques pertinente(s) affectée(s) par l'opération. La Com. UE, elle, semble d'abord s'intéresser au mode d'approvisionnement, puis à l'échelle géographique d'analyse (souvent nationale) avant de passer en revue la situation de marché pour chaque type de gaz. Il est difficile de savoir exactement pourquoi les autorités divergent dans l'articulation de ces critères : les décisions ne donnent aucune explication relativement à ce point. On peut tout de même penser que l'importance conférée au découpage géographique des marchés par la Commission européenne n'est pas fortuite, puisque le premier critère est relatif au mode de transport et le second à l'échelle géographique avant que ne soient considérées les caractéristiques des produits en cause. Cette importance semble d'abord s'expliquer par la réalité des structures de marché auxquelles la Commission européenne est confrontée dans cette décision. Comme elle rappelle dans la décision de l'espèce, les marchés considérés sont encore largement structurés au niveau national, en fonction de l'échelle d'approvisionnement considérée. Ainsi l'on comprend pourquoi la Commission s'intéresse d'abord aux modes de distribution (grandes, moyennes et petites quantités) qui conditionnent le cadre géographique d'analyse. Cependant, on pourra remarquer que la FTC est, elle aussi confrontée à la même situation puisque les coûts de transport sont élevés. C'est donc plutôt du côté d'un but non avoué que l'on doit se tourner : l'intégration du Marché commun. Identifier les atteintes portées à la concurrence au niveau national permet à la Commission de corriger les cloisonnements nationaux pour instaurer une concurrence saine à l'échelle de l'EEE, ce qui apparaît clairement dans sa volonté de casser la symétrie des parts des principaux concurrents qui se divise en Europe, selon un axe Nord/Sud, entre la position dominante de l'une des parties à la présente affaire en Europe de l'Est et la prédominance de l'une de ses concurrentes (Air Liquide) en Europe de l'Ouest. Le découpage géographique des marchés effectué par la Commission européenne, s'il ne peut pas être qualifié d'artificiel (il semble véritablement refléter la réalité de la structure des marchés européens), s'explique à la lumière d'objectifs politiques d'intégration.

- *Quant à l'analyse concurrentielle* : les analyses effectuées par les deux autorités prennent en compte les mêmes critères et parviennent à des conclusions très similaires. Il ne semble pas que des divergences soient à noter ce concernant. On relèvera toutefois que la Commission analyse plus volontiers les effets verticaux de l'opération (mais à l'échelle de marchés qui ne sont pas définis du côté américain, donc non traités ici) ainsi que l'éventuelle émergence d'un risque de dominance collective. Cela est sans doute dû aux mêmes raisons qui ont dictées à la Commission européenne son découpage des marchés, examinées plus haut.
- *Les autorités exigent les mêmes engagements relativement aux marchés qu'elles ont définis en commun*. On notera que dans le cas d'espèce, seuls des engagements structurels ont été imposés, sauf à considérer que la cession de contrats d'approvisionnement soit une mesure comportementale, ce qui, semble-t-il, constituerait une interprétation extensive de la notion d'engagements comportementaux.

10- Thermo Electron / Fischer Scientific

Réf. UE : COMP/M.4242

Réf. US : C-4170 061 0187

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 07.05.2006

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 19.09.2006
 - Décision : 09.11.2006

- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 17.10.2006
 - Décision : 30.11.2006

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Fusion de Fisher Scientific (ci-après 'Fisher') et d'une filiale de Thermo Electron (ci-après 'Thermo') créée à cet effet, puis conversion et échange d'actions. *In fine*, Thermo acquière le contrôle exclusif de Fisher. Il s'agit donc d'une acquisition, concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire vérifiée, conformément aux exigences de l'art. 1(2) ECMR.
- 2) FTC :
 - Acquisition, concentration au sens du Clayton Act s.4
 - Le montant de l'opération est évalué à 12,8 milliards de dollars, vérifiant les seuils de compétence quantitatifs de la FTC.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com UE :

A/ Effets horizontaux :

- *Les deux parties sont actives dans trois groupes de marchés de produits horizontalement affectés par l'opération :*
 - o *Équipements de laboratoire et consommables ;*
 - o *Équipements de diagnostic clinique et consommables ;*
 - o *Produits électrochimiques et consommables.*
- 1- Méthode suivie et facteurs pris en compte pour précéder à la définition des marchés de produits affectés horizontalement :
 - *Description des caractéristiques et recours systématique au test SSNIP pour déterminer la substituabilité des produits côté demande ;*
 - *Description des procédés de fabrication pour déterminer la substituabilité côté offre ;*
 - *Confrontation des données théoriques de l'étude de marché à la réalité des habitudes de consommation et aux écarts de prix constatés sur les marchés considérés ;*
- 2- Marchés de produits définis :
 - *Marché des évaporateurs rotatifs sous vide ;*
 - *Autres marchés non définis par la FTC et ne présentant donc pas d'intérêt comparatif.*

B/ Effets verticaux :

- *Fisher est producteur ET distributeur et, en tant que tel, distribue les produits de Thermo ;*
 - *Les marchés de produits concernés par les effets verticaux de l'opération ne sont pas définis puisque la définition retenue n'influence pas l'analyse concurrentielle.*
- 2) FTC :
 - *Marché des évaporateurs rotatifs sous vide haute performance : description des caractéristiques du produit et test SSNIP. Les évaporateurs rotatifs constituent un marché séparé des autres évaporateurs.*

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- a) Marchés affectés horizontalement :
 - *Prise en compte du mode de distribution* : distributeurs vendant plusieurs marques, présents dans plusieurs États membres ou distributeurs exclusifs nationaux ;
 - *Prise en compte des barrières douanières* : quasi absentes dans l'EEE ;
 - *Prise en compte des coûts de transport et de la centralisation de la production* : faibles coûts de transport en l'occurrence et production centralisée ;
 - *Confrontation des conditions de vente révélées par l'étude de marché à la réalité factuelle de la structure des ventes*. Contrairement aux prétentions des parties, toute la production n'est pas distribuée par des distributeurs multimarques, existence de distributeurs exclusifs nationaux ;
 - *En conséquence, en fonction des produits et des consommateurs, la dimension des marchés est nationale ou de la taille de l'EEE ;*
 - *Que la définition géographique des marchés soit nationale ou l'EEE, l'analyse concurrentielle reste inchangée, donc la Commission européenne ne tranche pas la question.*
- b) Marchés affectés verticalement :
 - *Importance de la présence locale des distributeurs pour le service après vente ;*
 - *Les marchés verticaux affectés sont donc de dimension nationale.*

2) FTC :

- *Importance du service après vente ;*
- *Respect des brevets de propriété industrielle américains nécessaires ;*
- *Donc marché géographique : les États-Unis.*

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

N.B. : Comme expliqué plus haut, seul le marché des évaporateurs rotatifs 'haute performance' est communément défini par les deux autorités. Seul l'analyse concurrentielle se rapportant à ce marché sera donc détaillée ici. D'après la description des produits concernés donnée par les deux autorités, les 'évaporateurs rotatifs haute performance' identifiés par la FTC correspondent, dans la décision de la Commission européenne, aux 'évaporateurs rotatifs permettant la synthèse parallèle', les produits les plus chers et les plus sophistiqués du marché des évaporateurs rotatifs.

- a) Aspects horizontaux de la concentration :
 - *Marchés des évaporateurs rotatifs :*
 - *Position de leader de Fisher en Europe avec 55-65% des ventes réalisées dans l'EEE en 2005* (seuls les marchés nationaux des plus grands États membres sont concernés, vu la petitesse du marché qui s'explique au regard du prix très élevé des produits considérés - 20 à 100 000 euro pièce) ;
 - *Faible présence de Thermo avec moins de 5% des ventes ;*
 - *Forte diminution des ventes réalisées les années précédentes par le principal concurrent des parties*. Contreperformance due à la décision de ce dernier de ne pas développer plus avant le haut de gamme des évaporateurs rotatifs ;
 - *Les produits vendus par les parties sont les substituts les plus proches* car technologiquement les plus avancés, donc les seuls à pouvoir réaliser un certain nombre de tâches très complexes ;
 - *Partant, bien que le montant des ventes réalisées par l'une des parties soit relativement faible, les parties à l'espèce sont les deux seules entreprises réellement en concurrence sur le marché considéré ;*
 - *Pas de concurrent bien placé en R&D pour intégrer le marché rapidement ;*

- **La Commission européenne mentionne l'arrêt de la FTC au soutien de ses conclusions** : une première. Elle souligne que la FTC aboutit aux mêmes conclusions et qu'elle a imposé à Thermo de se séparer de cette gamme de produits.

→ L'opération renforcerait la position de leader de Fisher en éliminant son seul concurrent sérieux, Thermo. Partant, elle n'est pas compatible avec le Marché commun.

b) Aspects horizontaux de la concentration :

- *Les parts de marché cumulées détenues par les parties ne sont pas assez importantes pour qu'elles puissent exercer un pouvoir de marché unilatéral (25% en moyenne et exceptionnellement jusqu'à 40% sur certains marchés de produits nationaux, mais jamais plus) ;*
- *Partant, la forclusion des marchés en amont est improbable.*

2) FTC :

- *Forte part de marché détenue par les parties, à tel point que la marché ante opération est déjà un quasi duopole* : sur les trois années précédant l'opération, Fisher a réalisé 70% des ventes américaines et Thermo 30%.
- *Le seul concurrent présent réalise un pourcentage très faible des ventes ;*
- *Élimination d'une concurrence réelle, directe et substantielle entre les parties* : les deux parties se sont livrées une concurrence active sur les prix et l'innovation ;
- *Barrières à l'entrée élevées* : produits très complexes à développer, pas de concurrent potentiel prêt à intégrer le marché et obstacles dus aux droits de propriété intellectuelle.

→ L'acquisition de l'espèce conduirait à la création d'un monopole sur le marché américain des évaporateurs haute performance. Partant, l'opération est illégale en l'état, conformément aux Clayton s.7 et FTC s.5 Acts.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- *Engagements structurels* : Thermo doit céder son activité de R&D, production et de vente d'évaporateurs rotatifs hautes performances.
- *Si ces engagements sont respectés, décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR.*

2) Devant la FTC :

- *Idem Com. UE*

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés de produits* : la FTC définit le marché sur lequel elle entend contester l'opération, comme d'habitude. La Com. UE semble ne pas avoir persévéré dans l'économie de la définition de marchés 'inutiles', effort qu'elle semblait commencer à faire sur ses dernières décisions. Ainsi définit-elle nombre de marchés qui n'aboutiront pas à l'identification de situations concurrentielles préoccupantes *post* opération.

Il semble falloir remarquer que la Com. UE s'est montrée plus rigoureuse qu'à l'habitude dans son étude de la substituabilité côté demande en invoquant systématiquement les résultats d'un test *SSNIP*.

- *Quant à la définition des marchés géographiques pertinents* : les deux autorités relèvent l'importance pour les parties de leur présence au niveau local afin d'assurer le service après vente de leurs produits. Toutefois, la FTC relève le rôle joué par l'obstacle que constituent les brevets de propriété intellectuelle à l'entrée du marché américain, question que la Com. UE n'aborde pas dans sa décision.

- *Quant à l'analyse concurrentielle* : une démarche tout à fait similaire est adoptée par les deux autorités. On remarquera qu'aucune des deux n'a recours aux indices de concentration HHI ou aux tests *two* ou *four firms*. Seules les parts de marché cumulées des parties sont mentionnées. Il faut tout de même relever que la Com. UE ne s'intéresse que peu aux barrières à l'entrée en l'espèce, alors que la FTC le fait de manière exhaustive. Elle se borne à constater qu'aucun concurrent n'est en position d'intégrer le marché rapidement. C'est là une curiosité de cette décision.
 - o **C'est une première, la Com. UE cite la solution de la FTC dans sa décision** relativement au seul marché identifié comme affecté de manière incompatible avec le Marché commun.
- *Quant à l'analyse des effets verticaux de la concentration* : la Commission européenne est la seule à aborder la question dans sa décision. Elle ne parvient pas à incriminer les effets verticaux en l'espèce. Le fait que la Com. UE s'intéresse aux effets verticaux et pas la FTC est une illustration d'une tendance générale des autorités : la Com. UE y attache beaucoup d'importance puisqu'elle y consacre presque toujours un développement. À l'inverse, la FTC ne le fait pratiquement jamais.
- *Quant aux engagements* : ils sont exactement les mêmes pour les deux autorités et consistent en la cession d'une branche d'activité par l'une des parties. Engagements structurels, donc. On relèvera tout de même que la Com. UE réaffirme la solution retenue par la FTC relativement au marché américain alors que la FTC ne s'intéresse aux effets de l'opération que sur son propre territoire.

11- Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare

Réf. UE : *COMP/M.4314*

Réf. US : *C-4180 061 0220*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 25.06.2006

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 19.10.2006
 - Décision : 11.12.2006
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint :
 - Décision :

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Acquisition de Pfizer Consumer Healthcare (PCS) par Johnson & Johnson (J&J) via achat des actions et actifs de PCS. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECRMR ;
 - Dimension communautaire vérifiée.
- 2) FTC :
 - Même constat quant à la qualification de l'opération ;
 - Seuil quantitatif vérifié : l'opération est évaluée à 16,6 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

N.B. : en raison des différences très importantes dans les définitions des marchés de produits pertinents entre les deux autorités, seuls seront exposés ici les marchés définis en commun par les deux autorités, ou dont les définitions sont proches. Il ne serait en effet pas pertinent d'un point de vue comparatiste d'explicitier la définition de marchés de produits qui n'ont rien à voir entre eux.

1) Com UE :

- *Les critères de segmentation des marchés de produits utilisés sont toujours les mêmes d'une décision à l'autre* (voir, par exemple, la décision rendue dans l'affaire *Sanofi Synthelabo / Aventis*). A savoir : classement international 'ATC', mode de vente (vente libre ou sur prescription) et remboursement proposé par les caisses nationales d'assurance maladie si pertinent.
- Les marchés définis par la Com. UE, recoupant les définitions établies par la FTC dans sa décision relative à la même opération, sont les suivants :
 - o *Médicaments en vente libre de traitement des brûlures d'estomac* : la Commission européenne analyse les applications des médicaments en cause (indications de traitement) et conclut que deux types de médicaments n'appartenant pas à la même classe sont aptes à remédier aux maux considérés : les antiacides et les H2 antagonistes. Ces derniers sont identifiés comme constituant un marché séparé par la FTC (voit *infra*), mais la Com. UE ne tranche pas la question de savoir si ces deux types de médicaments forment un seul et même marché ou s'ils constituent deux marchés, car aucune préoccupation concurrentielle ne découle de l'opération sur ce ou ces marchés ;
 - o *Les autres marchés de produits définis par la Commission européenne ne sont pas repris dans la décision de la FTC.*

2) FTC :

- *Marché des médicaments en vente libre de traitement des brûlures d'estomac* :
 - o *Pas de substituabilité côté demande* : la FTC considère que les antiacides et les inhibiteurs des pompes à protons ne sont pas des substituts économiques aux inhibiteurs des récepteurs H2, pour les raisons suivantes :
 - *Les antiacides sont des médicaments de traitement de fond qui ne sont pas utilisés pour calmer une crise ;*
 - *Les inhibiteurs des pompes à protons ne sont pas aussi efficaces et n'agissent pas aussi longtemps.*

→ Les médicaments H2 antagonistes constituent donc un marché séparé.

B/ Marchés géographiques

1) Com UE :

- *Dimension nationale* : différentes structures de marché, différents produits vendus, préférences différentes des consommateurs, différences quant aux programmes nationaux de remboursement.

2) FTC :

- *Dimension nationale, les États-Unis* : sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

- *Cumul de parts en Allemagne seulement ;*
- *Faibles parts de marché détenues par les parties ;*
- *Présence de concurrents sérieux et mieux positionnés en matière de ventes ;*

→ *Pas de problèmes de concurrence à prévoir.*

2) FTC :

- *Le marché américain des H2 antagonistes est très concentré ;*
- *Les parties sont les deux plus gros acteurs du marché en matière de ventes ;*
- *Les produits commercialisés par les parties sont substituables ;*
- *La part de marché cumulée post opération atteindrait 70% des ventes réalisées aux États-Unis ;*
- *Disparition de la concurrence entre les parties : les consommateurs ont bénéficié dans le passé de la concurrence que J&J et PCH se livraient tant sur les prix que l'innovation ;*
- *Les barrières à l'entrée sont élevées : R&D et production induisant des fonds perdus importants, obstacles en propriété intellectuelle, autorisation administratives nécessaires.*

→ Telle qu'envisagée, l'opération nuirait gravement à la concurrence sur le marché considéré. Elle est donc illégale en l'état.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- *Aucun relativement aux marchés définis par les deux autorités.*

2) Devant la FTC :

- *Pfizer doit céder ses activités dans le domaine des H2 antagonistes à un repreneur agréé par la FTC (en l'espèce, Boehringer).*

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits pertinents : les deux autorités ne définissent qu'un seul marché en commun. Cela est très probablement dû aux conséquences de l'opération propres à chacun des marchés, européen et américain. Comme toujours, la FTC ne définit que les marchés de produits dont elle a besoin pour imposer aux parties des engagements. La Commission européenne, elle aussi fidèle à son habitude, aborde la définition de nombreux marchés de produits dont seuls trois serviront à supporter l'imposition d'engagements. Toutefois, aucun des marchés par elle identifiés ne correspond aux trois marchés définis par la FTC. Il n'est donc pas possible de comparer plus avant les raisons expliquant une si grande divergence.*
 - *Quant au seul marché de produits défini des deux côtés de l'Atlantique, on remarquera que la FTC prend garde à isoler le produit en cause de ses substituts les plus proches en prenant en compte ses caractéristiques (indications de traitement) et son efficacité supposée, telle que comparée aux autres produits. Cependant, aucun test plus rigoureux, tel que le test *SSNIP*, n'est utilisé. La Com. UE, dans sa décision, discute de l'opportunité de segmenter plus avant le marché des médicaments de traitement des brûlures d'estomac mais ne tranche pas la question, dès lors qu'aucune préoccupation concurrentielle n'apparaît, quelle que soit la finesse du découpage adopté. Malheureusement, elle n'aborde pas la question des critères qui auraient dicté sa solution, eût-elle été obligée de se prononcer. C'est dommage. La Com. UE a pourtant l'habitude d'être exhaustive dans ses développements : il aurait été appréciable que cette exhaustivité s'applique à la discussion de critères plus importants, semble-t-il, que certaines questions abordées par la Commission en l'espèce.*
- *Approches similaires sur la définition des marchés géographiques, n'appelant aucune remarque particulière.*
- *Analyse concurrentielle : sur le marché défini, pas de divergences à relever. Les deux autorités se réfèrent aux parts des ventes réalisées par les deux parties. Si la conclusion diffère d'une autorité à l'autre, c'est uniquement que la présence des parties sur les marchés américain et européen n'est pas la même.*

- Il faut remarquer qu'ici encore, la Commission européenne s'attache à évaluer l'impacte vertical de la concentration. La FTC ne le fait pas, tout simplement parce que les préoccupations quant à une éventuelle forclusion des marchés en amont ne sont présentes que relativement à un marché de produits non défini par la FTC. Il est d'ailleurs possible, sinon probable, que la FTC n'ait pas défini ce marché parce qu'il n'entre pas dans ses habitudes de se préoccuper des effets verticaux. En effet, le marché en question est celui des substituts nicotiniques, impliquant, en Europe, deux entreprises américaines. Il semble donc, à moins que ces entreprises américaines aient une importance moindre sur leur marché domestique, que l'impact vertical de la transaction en Europe doive exister aux États-Unis.
- *Les engagements structurels requis par la FTC sont très classiques et n'appellent pas de commentaire particulier.*

2007

12- Schering-Plough / Organon Bioscience (Akzo Nobel)

Réf. UE : *COMP/M.4601*

Réf. US : *C-4211 071 0132*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 12.03.2007

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 23.08.2007
 - Premiers engagements : 20.09.2007
 - Engagements définitifs : 10.10.2007
 - Décision : 11.10.2007
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 2007
 - Décision : (unknown) 2007

I. Compétence des autorités

- 1) Com UE :
 - Acquisition d'Organon BS, filiale à 100% d'Akzo, par Schering-Plough qui propose d'acheter 100% de ses actions et ainsi d'acquérir le contrôle exclusif d'Organon BS. Il s'agit donc d'une acquisition, concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR. Intervet est l'entreprise opérant, au sein d'Organon BS, sur le secteur vétérinaire (voir ci-après).
 - Dimension communautaire vérifiée, pas de règle des deux tiers. L'analyse du vaccin *cocciosis* s'effectue sur l'EEE.
- 2) FTC :
 - La dimension de l'opération est celle des États-Unis, sans plus d'explications. L'acquisition d'Organon BS par Schering-Plough est contraire à l'art. 7 du Clayton Act, et l'art. 5 du FTC Act.

II. Définition des marchés pertinents

Les décisions rendues par la FTC et la Commission européenne à propos de la présente affaire ne définissent précisément aucun marché en commun. Les effets de la concentration n'affectent pas les mêmes marchés d'une part et d'autre de l'Atlantique. La FTC n'évoque que des marchés et produits relatifs aux volailles, alors que la Com UE mentionne des marchés très divers en matière vétérinaire.

Dans un souci de pertinence de l'analyse concurrentielle, il sera dérogé à l'habituelle définition des marchés pertinents pour chacune des autorités. Puisqu'aucun marché n'est défini en commun, les méthodes et instruments des analyses concurrentielles utilisés par les autorités seront exposés ensemble.

Les parties sont actives dans deux grands secteurs : la santé humaine et la santé animale. La Com UE analyse ces deux secteurs séparément. Les critères de segmentation des marchés de produits et géographiques dans le domaine de la pharmacie (humaine) sont ceux que la Com UE a l'habitude d'utiliser (voir *Sanofi Synthelabo/Aventis* à titre d'exemple). Les activités des parties étant largement complémentaires, aucun effet anticoncurrentiel n'est à prévoir en conséquence de l'opération. La FTC, semble-t-il, puisqu'elle n'aborde pas la question, adopte la même analyse. Quant au secteur vétérinaire, la Com UE définit donc de très nombreux marchés de produits, qui ne seront pas exposés dans la mesure où ils ne sont pas présents dans la décision que la FTC a rendue dans la même affaire.

Les deux autorités se préoccupent de marchés similaires, ceux des vaccins pour les volailles. Cependant, les maladies qui affectent les animaux ne sont pas les mêmes en Amérique du Nord qu'en Europe, les substances actives ne sont pas identiques. Puisque les critères-clés de segmentation des marchés sont les indications de traitement et la substituabilité des produits dans le traitement, ou la prévention de maladies clairement identifiées, les marchés de produits ne sont pas les mêmes.

Néanmoins, les caractéristiques des marchés identifiés par les autorités et relatifs aux vaccins pour volailles présentent des caractéristiques similaires de part et d'autre de l'Atlantique, notamment leur forte concentration.

III. Analyse concurrentielle

1) Com UE :

A/ Effets horizontaux non coordonnés :

- *L'acquisition porterait atteinte significative à la concurrence.*
- Schering-Plough détient la majorité des parts de marché sur le marché du vaccin aviaire, grâce à son produit *coccidiosis*. L'opération l'amènerait à une situation de monopole dans la plupart des pays de l'EEE.
- Concernant les autres vaccins aviaires, Schering-Plough et Intervet (Organon BS) se partagent plus de 85% des parts de marché. L'opération engendrerait donc également une situation de monopole, d'autant que les vaccins des deux groupes sont souvent complémentaires quant aux maladies auxquels ils sont destinés.

B/ Effets congloméraux :

- Pas de doutes sérieux de la Com UE.

2) FTC :

- *L'acquisition porte atteinte significative à la concurrence.*
- Schering-Plough et Organon Biosciences ayant des parts de marché considérables, le nombre d'acteur sur ces marchés serait fortement amoindri.
- *L'opération engendrerait une situation de monopole au bénéfice de Schering-Plough* sur deux marchés particuliers (les vaccins anti choléra aviaire et les vaccins MG), dont l'entreprise détiendrait respectivement 85 et 72% des parts de marché.
- *La substituabilité de l'offre concernant les vaccins contre la Georgia 98 est trop faible* pour que les clients s'approvisionnent de manière sûre avec d'autres produits (les autres vaccins commercialisés sur ce marché ont vraisemblablement une moindre efficacité). Schering-Plough

et Organon étant les seuls à commercialiser le vaccin Live Georgia 98 adéquat, l'opération créerait une situation monopolistique au bénéfice du premier sur ce marché. Il en va de même pour les marchés des vaccins anti choléra aviaire et des vaccins MG suscités.

- *Barrières à l'entrée élevées* pour les raisons déjà examinées concernant le secteur pharmaceutique : durée, difficultés et coût des autorisations de commercialisation, approbation du *US Department of Agriculture*, fidélité de la clientèle, etc.

→ Opération illégale en l'état

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com UE :

- *Engagements structurels et structurels comportementaux*. Néanmoins, l'obligation de défaisance d'un certain nombre d'activités à laquelle sont soumis Schering-Plough et Organon BS ne concernent pas les marchés relatifs aux volailles. Les engagements ne seront pas détaillés ici.

2) Devant la FTC :

- Schering-Plough doit se conformer à la cession de tous ses actifs relatifs à la production des vaccins anti Georgia 98, cholera aviaire et *MG*, dans les 10 jours succédant l'opération.
- L'acheteur de ces actifs est l'entité Fort Dodge du groupe Wyeth.
- Cet engagement de défaisance sera accompagné d'un contrat de deux ans, établissant des dispositions transitoires de services et d'approvisionnement au bénéfice de Fort Dodge, afin de faciliter la reprise d'activité par ce dernier. Un prolongement d'une année est prévu, pour chacun des trois vaccins.

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés* de produits et des marchés géographiques : les méthodes adoptées par les deux autorités sont classiques. Seuls les marchés relatifs aux volailles se recoupent et sont analysés dans la présente étude.
- *Concernant l'analyse concurrentielle* : si les marchés ne correspondent pas exactement, les conclusions des autorités sont comparables sur de nombreux points. Elles relèvent toutes deux les atteintes portées à la concurrence sur les marchés définis de part et d'autre. Compte tenu des caractéristiques similaires, à de nombreux égards, des marchés relatifs aux vaccins aviaires, les conséquences de l'opération sont également similaires de part et d'autre. Elle engendre une situation de monopole au bénéfice de Schering-Plough. La Com UE étend son analyse à de très nombreux marchés tant dans la pharmaceutique humaine qu'animale. Elle est, de fait, moins exhaustive quant aux conséquences portées sur les marchés des vaccins pour volailles, ce qui est inhabituel, la FTC étant d'ordinaire plus succincte dans sa propre analyse concurrentielle.
- *Concernant les engagements* : ne sont retenus, dans la même logique de description des marchés, que les engagements relatifs aux activités liées aux vaccins aviaires. De ce fait, et malgré la gamme d'engagements imposés par la Com UE, n'apparaissent ici que ceux de la FTC. Ils sont, comme, d'ailleurs, les engagements non rapportés imposés par la Com UE, relativement classiques dans leur forme. Ils consistent ainsi en la défaisance de tous les actifs relatifs aux marchés concernés par les effets anticoncurrentiels. L'analyse des autorités et leurs conclusions, comme leurs engagements, apparaissent, *in fine*, comparables, malgré les différentes définitions de marchés.

13- Carlyle / INEOS / JV

Réf. UE : *COMP/M.4927*

Réf. US : *C-4233 071 0203*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 11.10.2007

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 16.11.2007
 - Premiers engagements :
 - Engagements définitifs :
 - Décision : 20.12.2007
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 30.06.2008
 - Décision : 17.09.2008

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Création d'un joint-venture entre les deux parties qui mettent en commun des moyens financiers et matériels apportés au joint-venture. Carlyle détiendra 54% des parts, INEOS 36%. Des droits de véto seront aménagés en faveur d'INEOS : les deux entreprises mères auront donc la capacité d'exercer une influence décisive sur le joint-venture ;
 - Il s'agit d'un joint-venture de plein exercice : il exercera son activité indépendamment des entreprises mères, activité qui couvrira la *gamme normale des activités normalement exercées par une entreprise de l'industrie concernée* (Cons. 6) ;
 - Dimension communautaire vérifiée.
- 2) FTC :
 - Même qualification de l'opération en *full function joint venture* ;
 - Montant de l'opération : 292 millions de dollars pour le rachat par Carlyle de certaines actions et sites de production d'INEOS aux États-Unis et ailleurs. Seuils prévus par les lignes directrices de 2000 vérifiés.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com. UE :
 - *Entreprises mères et JV actives dans la production et la commercialisation de silice et ses dérivés ;*
 - *Segmentation des marchés de produits après description des procédés de fabrication, des caractéristiques et utilisations des produits concernés secteur par secteur mais pas de test SSNIP ;*

→ La Commission définit cinq marchés de produits, dont celui du silicate de sodium, seul à être également défini par la FTC. Le détail ne paraît pas intéressant puisque la Commission ne dénonce les effets de l'opération sur aucun des marchés définis. Les critères pris en compte lors de l'analyse concurrentielle seront toutefois brièvement exposés *infra*, dans la mesure où ils sont appliqués à chaque marché considéré.

- 2) FTC :

- *Silicate de Sodium* : constitue en lui-même un marché de produits pertinent après analyse de ses caractéristiques, de ses utilisations dans les marchés secondaires et du manque de substituabilité côté demande d'après un test *SSNIP*.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Prise en compte du coût du transport* : évalué comme assez faible (transport sur plusieurs centaines de kilomètre possible pour les produits les moins chers, transport intercontinental rentable pour les produits les plus avancés et donc les plus chers – gels catalyseurs et gels de stabilisation) ;
- *Confrontation de l'étude de marché à la réalité des ventes* nombreuses ventes intercontinentales pour les produits dont le marché est de dimension mondiale, ventes dans toute l'Europe pour les produits dont le marché est de la dimension de l'EEE ;

→ *Trois marchés sont de dimension mondiale et deux sont de la taille de l'EEE.*

2) FTC :

- *Coût du transport élevé*, contrairement aux conclusions de la Com. UE. Néanmoins, les deux autorités s'accordent sur la zone d'influence des sites de production : 300 miles environ pour la FTC et quelques centaines de kilomètres pour la Com. UE ;
- *Le marché géographique pertinent est donc la zone de 300 miles de rayon située autour du site de production du JV aux États-Unis, le Midwest en l'occurrence.*

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

A/ Effets horizontaux :

- *Le JV détiendrait de 5 à 35% des parts des marchés concernés* : pas d'utilisation de l'indice HHI mais référence aux parts des ventes réalisées par chaque concurrent sur chaque marché ainsi que des capacités de production en présence ;
- *Présence de concurrents solides* : la concurrence n'est pas éclatée mais plutôt bien répartie ;
- *Substituabilité côté offre assez élevée* : les produits en cause ne sont pas très difficiles à produire pour la plupart d'entre eux ;

→ Pas de risque d'atteinte à la concurrence.

B/ Effets verticaux :

- *Les parties sont actives sur les marchés primaires et secondaires* ;
- *Elles n'ont cependant que des parts limitées sur les marchés situés en aval* ;
- *La substituabilité côté offre est assez importante* : les concurrents seront capables de pourvoir à la demande si jamais les parties tentaient de restreindre les quantités de produits primaires disponibles en amont. Une tentative d'éviction des concurrents sur les marchés secondaires ne réussirait pas.

→ Il ne sera pas possible pour les parties de forclorre les marchés verticalement.

2) FTC :

- *Marché très concentré* : quatre concurrents présents, le JV détiendrait 62% des parts de marché, le HHI passerait de 1181 à 4674 ;

- *Liste des sites de production concurrents dans la zone géographique considérée* sans que la FTC n'en tire une véritable conclusion ;
- *Barrières à l'entrée élevées* : *sunk costs* encourus importants en raison du coût de construction des usines. Il n'est de plus pas prudent de construire une usine tant que le carnet de commande n'est pas rempli à l'avance ;
- *Coordination des concurrents probables* : pas de différenciation produit donc le prix est le principal critère de choix des consommateurs, symétrie des coûts de production, transparence du marché et informations sur les prix pratiqués largement disponibles. La FTC relève enfin une interdépendance des concurrents très importante (sans expliquer pourquoi) ;

→ L'opération conduirait à l'élimination de la concurrence entre les parties, augmenterait substantiellement la concentration du marché, faciliterait encore un peu plus une coordination des comportements des concurrents déjà facilement réalisable. Les consommateurs seraient donc probablement forcés à payer un prix plus élevé. L'opération est donc illégale en l'état.

IV. Engagements et décision finale

- 1) Devant la Com. UE :
 - *Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR*, pas d'engagements.
- 2) Devant la FTC :
 - *La FTC réclame que soit cédé le site de production du JV aux États-Unis. Une entité ad hoc a été créée pour reprendre l'activité cédée.*

V. Conclusion générale

- *Les deux autorités s'accordent sur la définition d'un full function joint venture (joint-venture de plein exercice)* : pas de divergences à signaler sur ce point ;
- *Quant à la définition des marchés de produits pertinents* : comme d'habitude, la FTC ne définit que le marché sur lequel elle conteste la légalité de l'opération. La Com. UE, elle aussi fidèle à son habitude, définit tous les marchés affectés bien que, finalement, elle ne conteste pas l'opération. Il faut noter que la FTC fonde sa définition sur un test *SSNIP* après avoir passé en revue les caractéristiques et fonctions des produits considérés. La Com. UE procède de même sans recourir au test *SSNIP* en conclusion ;
- *Marchés géographiques pertinents* : les critères sont toujours les mêmes entre les deux autorités. C'est encore le coût du transport qui est déterminant, suivi par une étude de la répartition géographique des ventes par sites de production pour infirmer ou confirmer l'hypothèse théorique retenue *a priori* lors de l'étude de marché. On relèvera une petite divergence de vues quant au coût du transport : la FTC considère que le transport est cher comparé à la valeur du produit alors que la Com. UE affirme le contraire. Cela n'a cependant pas de réelle incidence, car, *in fine*, les deux autorités s'accordent sur la taille de la zone d'influence de chaque site de production. Toutefois, la Com. UE conclut à une dimension géographique correspondant à l'EEE alors que la FTC segmente le marché américain et ne retient que le *Midwest*. Cela est assez surprenant, et rien ne permet de l'expliquer si ce n'est, éventuellement, l'étendue géographique du territoire américain, supérieure à celle de l'EEE.
- *Analyse concurrentielle* : la FTC, encore une fois, semble plus rigoureuse dans son analyse dans la mesure où elle recourt à l'Index Hirschman Herfindahl pour évaluer la concentration du marché, et non aux seules parts des ventes détenues par les concurrents actifs sur le marché. La Com. UE prend en compte les capacités de production des acteurs du marché, ce qu'elle tend, semble-t-il, à faire de plus en plus fréquemment ;
- La FTC se montre plus complète dans son analyse des conditions de concurrence sur le marché considéré : elle fait état de la transparence régnant sur les prix, de l'absence de différenciation produit et de l'interdépendance des acteurs. Peut-être n'est-ce pas le cas dans les faits du côté européen, mais l'observateur des décisions de la Commission européenne aimerait que cette

dernière se prononce sur la question. Il en va de même relativement à la question des barrières à l'entrée, que la Commission européenne n'évoque pas.

- En revanche, et cela semble important, la Com. UE s'attache encore une fois à évaluer l'impact vertical de la concentration alors que la FTC ne s'en occupe absolument pas, ce qui est classique. Il semblerait que l'analyse de l'impact vertical soit de plus en plus automatique dans les décisions de la Commission européenne. Cela paraît bénéfique à la condition que l'analyse effectuée à ce titre soit moins sévère que celle qui s'applique aux impacts horizontaux. Cela semble être le cas puisque, en l'espèce, la Commission ne fait état d'aucune préoccupation alors que les parties détiennent jusqu'à 45% des parts des marchés situés en aval, ce qui est habituellement suffisamment important pour déclencher la méfiance de l'autorité européenne lors de l'analyse des effets horizontaux (qui apparaît généralement dès 35% de parts cumulées, sans que toutefois, une telle part soit une preuve suffisante d'une atteinte à la concurrence).
- *Engagements* : la Com. UE n'en demande pas. La FTC recourt à un engagement structurel classique : la cession des activités à l'origine de l'atteinte à la concurrence.

2008

14- Pernod Ricard / V & S

Réf. UE : *COMP/M.4927*

Réf. US : *C-4233 071 0203*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 30.03.2008

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 29.05.2008
 - Premiers engagements : 26.06.2008
 - Engagements définitifs : 16.07.2008
 - Décision : 17.07.2008
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 17.07.2008
 - Décision : 14.10.2008

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Pernod Ricard propose d'acquérir 100% des parts de V&S, donc un contrôle exclusif ;
 - Dimension communautaire vérifiée.
- 2) FTC :

NB : La FTC considère dans sa *complaint* que V&S n'est pas partie à la décision mais un tiers. Dans un document officiel de la FTC relatif à l'affaire, intitulé « *analysis* » (n'ayant aucune force légale), la FTC ne reprend pas cette qualification de tiers à l'instance pour V&S, qui y est décrite comme « entreprise acquise » (*acquired company*) sans toutefois être qualifiée de « partie » ou « défenderesse » (*respondent*). Cela s'explique peut-être par le fait que V&S est une entreprise publique détenue à 100% par la Couronne de Suède. Il est donc possible que la FTC ne se permette pas de qualifier de « défenderesse » une entreprise détenue par un autre État souverain. Mais rien ne permet de l'affirmer, la FTC ne donnant aucune explication à ce sujet.

- Même description de l'opération que la Commission européenne ;
- Le montant total de l'acquisition s'élève à 9 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

- *Il existe un marché par catégorie d'alcool internationalement reconnu*, du point de vue des consommateurs. La Commission ne se prononce pas sur la question de savoir s'il est pertinent de segmenter les marchés des liqueurs plus avant en fonction de leurs parfums, puisqu'une telle segmentation ne changerait pas l'analyse concurrentielle faite en l'espèce ;
- *Chaque étude de marché est effectuée à la lumière de la substituabilité côté demande*, en se figurant les résultats d'un test du monopoleur hypothétique ;
- *Le marché des whiskies peut éventuellement être divisé en fonction de l'origine de la production* ;
- *Il importe de distinguer les marchés selon les canaux de distribution* : l'enquête de marché a montré que les concurrents dédiaient des forces de vente spécifiques à chaque canal de distribution. D'un côté on trouvera la vente d'alcool dans les bars, clubs et autres lieux publics, de l'autre, la vente au détail en magasin. Les deux canaux de distribution ne s'attachent pas aux mêmes objectifs et les considérations de marketing diffèrent en même temps que les goûts, habitudes ou exigences des consommateurs ;
- *La Vodka constitue un marché* qui peut être segmenté en fonction du prix mais la Commission ne tranche pas car cela n'affecterait pas l'analyse concurrentielle. D'après les parties, le positionnement en matière de prix est en effet pris en compte dans leurs stratégies de marché par les concurrents : les perspectives de croissance ne sont pas les mêmes. Mais les études économétriques présentées par les parties ne sont pas concluantes aux yeux de la Com. UE ;
- *Les vins et spiritueux constituent un marché unique* : la question de savoir si les champagnes, vins pétillants, vins mutés, la couleur, etc., constituent des facteurs de segmentation plus fine n'est pas tranchée par la Commission ;
- *Distinction du marché de la vente d'alcool au détail en zones détaxées* (aéroports, bateaux, etc.). La Commission établit une distinction supplémentaire en fonction des taxes frappant la vente d'alcool au détail. Les stratégies de vente ('*packaging*', une branche du *marketing*) ne sont pas les mêmes en zones détaxées (plus d'offre promotionnelles, '*packs cadeau*', formats des bouteilles différents, etc.).

2) FTC :

- *Marché des vodkas premium, au minimum* : la FTC tient compte du positionnement des marques au niveau du prix de vente pour segmenter le marché de la vodka de manière plus fine que ne le fait la Com. UE. Tout est affaire de positionnement marketing ;
- *Une segmentation des marchés de produits par type d'alcool reconnu par les consommateurs* : description des caractéristiques des alcools telles que ressenties par les consommateurs, création de l'image de marque ;

→ La FTC segmente donc les marchés de produits de manière identique à la Com. UE, excepté en ce qui concerne le marché des vodkas positionnées comme *premium* et au-delà (*super premium* et *ultra premium*). Elle ne retient cependant que les marchés sur lesquels elle entend critiquer les effets de l'opération.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Les marchés des vins et spiritueux sont nationaux*, en raison, notamment, d'habitudes de consommation et préférences nationales marquées ;

- *Les marchés de la vente d'alcools en zones détaxées sont de la dimension de l'EEE, sans que la Commission apporte une réponse à la question de savoir si une segmentation plus fine serait plus opportune, puisque l'analyse concurrentielle n'en serait pas affectée.*

2) FTC :

- *Les États-Unis et chaque État fédéré américain pris individuellement, sans qu'aucune justification ne soit exposée.*

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

A/ Effets horizontaux :

- *Les parts de marchés détenues par les parties sont calculées en additionnant les parts dues à leurs propres marques et celles dues à des marques de tiers dont les parties sont les distributeurs ;*
- *Prise en compte de la part des ventes réalisées par chaque marque sur chaque marché considéré ;*
- *Analyse de la répartition de la concurrence ;*
- *Prise en compte de l'évolution des ventes des parties et de leurs concurrents sur les dernières années ;*
- *Question de savoir si les produits de parties présents sur le même marché sont réellement en concurrence directe ou non : à cet égard la Commission trouve que deux marques de Vodka vendues sur le marché italien ne sont pas en concurrence directe. Ce qui est tout de même assez surprenant, étant donné que deux produits situés sur le même marché de produits sont précisément censés être concurrents, faute de quoi la définition du marché semble devoir être reconsidérée.*
- *Lorsque la Commission n'a pas arrêté de définition de marché de produits précise, elle effectue son étude de marché pour chacune des définitions et en tire une sorte de moyenne : tel est par exemple le cas concernant la Vodka, dont la définition du marché de produits avait été laissée ouverte : un marché unique ou une segmentation par positionnement du prix ? La Commission effectue l'étude de marché sur les deux définitions. Si la Vodka ne forme qu'un seul marché, les parties détiennent ensemble 5-10% de ses parts. Si, en revanche, le marché des Vodkas 'premium' est retenu, alors les parties détiendraient 40-50% des parts. La Commission n'émet pas de doutes sérieux se fondant sur la faible part de marché des parties sur le marché unique de toutes les Vodkas ;*
- *Généralement, la Commission abandonne toute suspicion dès que la part combinée des parties est inférieure à 25% ;*
- *Lorsque la part de marché de l'entité survivante ne dépasse pas 35%, la Commission semble ne pas avoir de doutes sérieux dès lors que la concurrence restante est encore solide ou si le cumul des parts des deux entités antérieurement indépendantes est faible (typiquement, aucune objection à la transaction ne sera formée tant que l'apport de la partie la plus faible ne dépasse pas 1% de part de marché).*

Dominance collective :

- *Pas de risque de dominance collective : La Commission rappelle les trois critères de la jurisprudence *Airtours /First Choice* (CJUE, 2002) et vérifie qu'aucune dominance collective ne puisse s'installer post acquisition. Les conditions ne sont pas vérifiées.*

B/ Effets congloméraux :

- *Pas d'effets congloméraux à prévoir : Post acquisition, PR n'aura pas la possibilité d'exclure ses concurrents au moyen de pratiques telles que la vente liée (*tying*) ou la vente « à la boule de*

neige » (*bundling*). Cela car, d'une part, les clients (distributeurs) ont un contre-pouvoir d'achat significatif ; d'autre part, la concurrence restera vive et certains concurrents offrent à la vente une gamme de produits aussi large ou presque aussi large que PR. Enfin, les pratiques des ventes liées et à la « boule de neige » ne sont pas courantes dans le secteur de la vente de vins et spiritueux. L'étude de marché a de plus révélé que les consommateurs pourraient au contraire bénéficier des économies (moins de démarches administratives, regroupement logistique des commandes) réalisées par PR et ses clients grâce à l'acquisition.

→ La Commission émet des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'acquisition avec le Marché commun sur les marchés suivants :

- Spiritueux à l'exception des vodkas :
 - *Alcools anisés en Finlande* : part de PR passerait de 25-35% à 55-65% ; PR détiendrait 4 des 6 marques les plus vendues, la part de PR serait deux fois plus importante que son concurrent le plus proche et se placerait ainsi en position de leader ;
 - *Gin en Pologne* : la part de PR passerait de 25-35% à 75-85%, réunissant dans ses mains les deux marques les plus vendues. Le concurrent le plus proche à une part de marché de 0-5% : position dominante ;
 - *Whisky Canadien en Suède* : la part de PR passerait de 0-5% à 60-70%, le concurrent le plus proche détient 20-30% des parts de marché et les autres sont très faibles. Acquisition d'une position dominante ;
 - *Cognac en Suède* : part de marché détenue par PR passerait de 0-5% à 55-65%, concurrence très fragmentée ;
 - *Gin en Suède* (ventes *on-trade*, i.e. en bars et clubs) : 15-25% à 40-50%, réunissant les deux marques les plus vendues ;
- *Vodkas* :
 - *En Grèce* : la part de Pernod Ricard passerait de 5-15% à 45-55% *post* acquisition, des tiers interrogés pendant l'enquête de marché ont fait part de leurs inquiétudes, quand bien même une définition plus étroite du marché serait retenue (*vodkas premium*), la part serait encore plus importante (55-65%) ;
- *Vins et liquoreux* :
 - *Porto en Suède* : part de marché de PR passerait de 10-20% à 40-50%. Réunion dans les mains de PR de trois des cinq marques les plus vendues → risques d'exclusion des concurrents rapportés par les tiers interrogés lors de l'étude de marché.

2) FTC :

- *La FTC commence par relever l'existence d'un joint-venture pour la vente et la distribution en commun de leurs produits aux États-Unis entre S&V et une entreprise américaine tiers à l'instance.* Après l'acquisition, Pernod Ricard se substituera à V&S comme partenaire dans le joint-venture ;
- *Tous les marchés de produits considérés sont concernés par le joint-venture sauf celui de la vodka premium ;*
- *Les marchés identifiés sont très concentrés* : concentration et variations dans la concentration mesurées au moyen du *HHI* et *two* ainsi que *four firms ratios* ;
- *Les parties détiennent les marques les plus vendues sur les marchés américains considérés* : description des marques les plus vendues ;
- *Les parties exercent l'une envers l'autre une contrainte concurrentielle substantielle ante opération* : sur les cinq marchés identifiés comme illégalement affectés par l'opération les parties sont les concurrents les plus proches ;
- *Barrières à l'entrée* : aucun concurrent potentiel ne pourrait intégrer le marché suffisamment rapidement et efficacement pour concurrencer les parties, sans plus d'explications.

→ Disparition d'une concurrence réelle ; directe et substantielle entre les parties ; risque que Pernod Ricard puisse exercer unilatéralement un pouvoir de marché ; risque accru de collusion entre les

concurrents restants. L'opération est donc, en l'état, contraire au FTC Act s.5 et serait également contraire au Clayton Act s.7 si consommée.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels* :
 - *Cession d'une marque par marché* identifié comme étant affecté de manière incompatible avec le Marché commun. Cela implique, au niveau mondial, la cession de tous les actifs matériels et immatériels relatifs, ainsi que des contrats d'approvisionnement actuellement en vigueur relativement à ces marques à un acquéreur *substantiel* recevant l'agrément de la Commission.
- *Engagements comportementaux* :
 - *PR s'engage à ne pas reconduire un accord de distribution concernant de marques de vodkas produites par des tiers arrivant à son terme* et de ne pas chercher à regagner un intérêt relatif à ces marques pour une période de dix ans.

2) Devant la FTC :

- *Engagements structurels* : cession par PR d'un accord de distribution de deux marques de Vodkas ou non reconduction après échéance du terme.
- *Engagements comportementaux* : mise en place d'un 'pare-feu' (*firewall*) entre les dirigeants du joint-venture siégeant pour PR afin d'éviter que le marché devienne transparent. Interdiction faite à PR d'embaucher au sein de son Conseil d'administration un ancien membre du Conseil d'administration du joint-venture.

V. Conclusion générale

- *Quant à l'identification des parties* : la FTC ne considère pas que V&S soit une partie à l'instance. Cette question a été discutée au I/2), *supra*.
- *Quant à la définition des marchés de produits pertinents* : les deux autorités adoptent les mêmes méthodes, à savoir la segmentation des marchés par type d'alcools, telle que reconnu par les consommateurs. Il faut toutefois retenir que la FTC se fonde sur le positionnement prix des produits pour segmenter un marché de produits plus finement. Cette possibilité est évoquée dans la décision de la Commission européenne, et même reprise au moment de l'analyse concurrentielle, mais aucune décision n'est prise quant à l'exacte définition du marché de produit en cause. Si la Com. UE n'avait pas besoin de trancher la question puisque l'analyse concurrentielle n'en était pas dépendante en l'espèce, il semble que ce type de *fuite en avant* soit assez caractéristique des décisions de la Com. UE au stade de la délimitation des marchés de produits. Probablement que le débat est exposé dans la décision afin de jeter les ponts pour une éventuelle décision ultérieure qui serait similaire dans son contexte factuel à celle de l'espèce. Il s'agit probablement là, en somme, d'un *obiter dicta*, pour reprendre la terminologie en vigueur au sein des cours de Common Law.

Il convient encore de noter que la FTC ne retient ni même n'aborde les distinctions retenues par la Com. UE entre la vente en magasins (*off-trade*) et la vente dans les lieux publics (*on-trade*) d'une part ; entre la vente en zones détaxées et la vente frappée par les taxes et accises d'autre part.

- *Quant à la définition géographique des marchés pertinents* : rien de remarquable n'est à relever en l'espèce. La Com. UE se montre, comme toujours, soucieuse de définir correctement les marchés géographiques pertinents et s'attache pour ce faire aux habitudes de consommation et préférences nationales, critères régulièrement utilisés pour définir des marchés de dimension nationale. La FTC ne donne aucune justification à l'appui de sa définition des marchés géographiques, qu'elle n'utilise d'ailleurs pas dans son analyse concurrentielle.
- *Quant à l'analyse concurrentielle* :

- *Mesure de la concentration des marchés* : la Com. UE passe en revue les parts détenues par les parties et celles détenues par leurs concurrents. Elle s'attache donc principalement à la répartition de la concurrence pour évaluer la compatibilité de l'opération avec le Marché commun ainsi qu'à l'augmentation de la part de marché de l'entité survivante *post* opération imputable à la concentration. Généralement, une part de marché inférieure ou égale à 25% écarte tous *doutes sérieux*. Ceux-là apparaissent dès 35% de part de marché s'ils sont corroborés par d'autres facteurs tels que l'éclatement de la concurrence, une augmentation considérable des parts détenues par les parties imputables à l'opération ou encore une image de marque importante en faveur des produits vendues par lesdites parties. On peut considérer qu'une part de marché de 50% et plus est considérée comme incompatible avec le Marché commun à moins que le cumul de part imputable à l'opération soit inférieur ou égal à 1%.
La FTC, quant à elle, se réfère à l'indice Hirschman Herfindahl (sans pour autant mentionner sa variation) ainsi qu'aux tests *two* et *four firms ratios* pour évaluer la concentration des marchés. En revanche, aucun seuil à partir duquel la FTC commencerait à être soucieuse ne peut être identifié, puisqu'aucun chiffre n'est mentionné. La FTC se borne à relever que les marques détenues sont les plus vendues et que les parties exerçaient l'une envers l'autre une contrainte concurrentielle réelle, directe et substantielle *ante* opération.
- *Barrières à l'entrée* : la FTC relève l'existence de barrières à l'entrée élevées sans les détailler. La Com. UE n'aborde pas la question dans sa décision.
- *Quant aux engagements exigés* : la Com. UE impose la cession de marques et tous les droits et actifs, matériels comme immatériels, relatifs. Engagements assez classiques. La FTC, quant à elle, impose des engagements comportementaux qualifiés de pare-feu (*firewall*) assurant l'imperméabilité entre les dirigeants du joint-venture assurant la distribution des produits de PR et de son principal concurrent sur le marché américain et dirigeants du Conseil d'administration de PR. Cela afin de prévenir tout comportement collusif ou toute coordination tacite sur le marché américain entre PR et son concurrent, partenaire du joint-venture.

15- Teva / Barr

Réf. UE : *COMP/M.5295*

Réf. US : *C-4242 081 0224*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 18.07.2008

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 03.11.2008
 - Premiers engagements :
 - Engagements définitifs :
 - Décision : 19.12.2008
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 18.12.2008
 - Décision : 09.02.2009

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :

- Acquisition de Barr par Teva, donc concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR : une filiale de Teva fusionne avec Barr, cette dernière survivant à l'opération comme une filiale détenue à 100% par Teva ;
- Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.

2) FTC :

- Acquisition de Barr par Teva, donc concentration au sens de l'art. 7 du Clayton Act, et de la section 5 du FTC Act.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

a) Médicaments (produits finis) :

- *Facteurs pris en compte pour la délimitation des marchés des marchés de produits* (conformément à une ligne décisionnelle constante de la Com. UE, voir, par exemple, *Sanofi Synthélabo / Aventis*) :
 - *Classement international des produits pharmaceutiques 'ATC'*, pris dans sa classe *ATC 3*, qui regroupe les médicaments par indications de traitement ;
 - *Mode de vente : sur prescription ou en vente libre* ;
 - *Distinction médicaments génériques / originaux* ;
 - *La concurrence sur les prix entre médicaments originaux et nouvelles molécules présentées comme équivalentes ne joue pas relativement aux médicaments achetés par les hôpitaux pour traiter les maladies graves* : les hôpitaux ne prennent en effet pas le risque d'acheter une nouvelle molécule dont ils ne sont pas sûrs que les résultats seront aussi satisfaisants que ceux de l'original.

b) Principes actifs ('*active pharmaceutical ingredients –API*') :

- *Chaque principe actif forme un marché séparé*, marchés situés en amont des marchés de médicaments, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission.

2) FTC :

- *La FTC définit d'emblée 29 marchés affectés par la transaction* : dont le détail ne sera pas exposé ici, les descriptions des produits concernés étant très techniques. En revanche, seront exposés ci-dessous les critères retenus pour la segmentation des marchés de produits, lorsque la FTC les mentionne ;
- *Segmentation des marchés de produits fondée sur la substituabilité côté demande* : substituabilité évaluée au moyen du test du monopoleur hypothétique réalisé par enquête d'opinion auprès des praticiens prescripteurs ainsi qu'en prenant en compte les indications de traitements propres à chaque médicament

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

a) Médicaments :

- *La concurrence prend place au niveau national* : conformément à une ligne décisionnelle constante de la Commission en matière de produits pharmaceutiques.

b) Principes actifs :

- *Dimension mondiale a priori*, conformément à une pratique décisionnelle constante de la Commission : faible coût de transport, concurrence indépendante des préférences et habitudes nationales. Pas de barrières frontalières ni administratives dans l'EEE, donc marchés ayant au moins une dimension européenne. Certaines barrières à l'export au niveau mondial mais dans les

faits, imports et exports importants aux frontières de l'EEE, donc marché plutôt de dimension mondiale.

2) FTC :

- *Les États-Unis*, sans plus d'explications mais conformément à une pratique décisionnelle constante de la FTC en matière de produits pharmaceutiques.

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

A/ Effets horizontaux :

Médicaments (produits finis)

- *La Commission analyse la structure et l'intensité de la concurrence régnant sur un marché de produits considéré dès lors que les parties détiennent 35% de parts de marché cumulées, avec un cumul imputable à l'opération supérieur à 1%*, conformément à la ligne décisionnelle de la Commission en matière pharmaceutique (voir, par exemple, *Sanofi Synthelabo / Aventis*, 2004) ;
- *Barrières à l'entrée élevées* : bien qu'inférieures à celles rencontrées pour le R&D et la commercialisation des médicaments originaux, le R&D et les autorisations administratives de commercialisation des génériques impliquent des investissements considérables en temps et en argent ;
- *En matière d'oncologie, les marchés sont segmentés par type de molécules* : parce que chaque molécule est utilisée pour des applications variables, dépendant du type de cancer, de sa localisation et de son avancement ;
- *Pour les autres médicaments, la classification ATC 3 révélatrice des indications de traitements commande à la segmentation des marchés* ;
- *La Commission se réfère à la part de marché combinée des parties pour déterminer l'atteinte portée à la concurrence* ;
- *Elle se réfère également à la substituabilité côté demande pour évaluer l'élasticité de la demande au prix* (test SSNIP ou du monopoleur hypothétiques) et ainsi déterminer, en cas de part de marché importante détenue par les parties, si celles-ci seront en mesure d'exercer un pouvoir unilatéral de marché ;
- *Lorsque le cumul des parts de marché imputable à l'opération est faible mais supérieur à 1%*, la Commission s'attache au potentiel de croissance de la partie la plus faible : ainsi, par exemple, sur le marché slovène des Carboplatines et Cisplatines (Cons. 52), la faible part de marché de Barr apportée à Teva ne conduit pas à faire abandonner à la Commission ses *doutes sérieux* dans la mesure où Barr avait un fort potentiel de croissance. Partant, l'élimination du seul concurrent de Teva (Barr) sur ce marché, revient à l'élimination d'un concurrent qui aurait pu être significatif dans un futur proche ;
- *A contrario, quand les perspectives de croissance ou l'évolution des ventes réalisées par les parties sur les années précédant l'opération sont négatives, pas de doutes sérieux a priori* ;
- *Prise en compte de la répartition de la concurrence* : comme d'habitude, plus l'écart, relativement aux parts de marché, est important entre l'entité survivante et son plus proche concurrent, moins la Commission sera prête à accepter la transaction telle que présentée par les parties. De manière générale, plus la concurrence est fragmentée, plus les *doutes sérieux* apparaissent ;

Principes actifs

- *Un seul marché identifié comme affecté* après application du seuil de 35% de part de marché cumulée et plus de 1% d'augmentation due à l'opération ;
- *Concurrence vive et répartition équilibrée des parts de marché* : les parties ne détiennent que 30-40% des parts du marché considéré, une dizaine de producteurs concurrents y sont actifs ;
- *Les consommateurs pratiquent une politique de multi sourcing, c'est-à-dire de diversification des sources d'approvisionnement afin de faire jouer la concurrence sur les prix* ;

- *Substituabilité côté offre importante* : d'autres concurrents sont actifs sur le marché, un certain nombre de concurrents potentiels sont identifiés, venant de Chine notamment.

→ Pas de *doutes sérieux* quant aux effets horizontaux de l'opération relativement aux marchés des principes actifs.

B/ Effets verticaux :

Principes actifs

- *Seuils à partir desquels la Commission analyse les effets verticaux* :
 - *Dès lors que l'une des deux parties détient au moins 30% des parts du marché d'un principe actif (en amont) et que l'autre partie détient au moins 5% des parts d'un marché de classe ATC 3 (médicaments, en aval) utilisant le principe actif en question, OU ;*
 - *Si l'une des deux parties détient au moins 25% des parts d'un marché de classe ATC 3 et l'autre au moins 5% de parts de marché du marché du principe actif correspondant en amont.*
- *53 marchés verticalement affectés trouvés*, selon les critères qui viennent d'être définis ;
- *Cependant, à l'exception de 6 marchés, les parties n'ont pas de relations verticales directes.*

2) FTC :

A/ Effets horizontaux non coordonnés :

- Le rachat de Barr par Teva aurait pour première conséquence d'éliminer un des quatre concurrents majeurs sur les marchés cités précédemment
- Il provoquerait une hausse des prix des médicaments génériques, très sensibles au nombre des entreprises concurrentes
- Il y aurait par conséquent de forts dommages pour les consommateurs de ces produits
- Il serait porté atteinte significative à la concurrence effective, directe et substantielle sur les marchés concernés

B/ Effets horizontaux coordonnés :

- « La nature des produits », « le peu de motifs pour établir une production quelque peu divergente dans ses caractéristiques », et « les possibilités « prévisibles de gagner de nouveaux marchés » font que cette acquisition amènerait les autres concurrents demeurant sur le marché à s'entendre pour fixer de nouveaux prix pour les médicaments génériques concernés

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels* : Teva et Barr doivent se conformer à une obligation de défaisance concernant deux types de productions : oncologique et non-oncologique.
- Teva doit trouver un acheteur potentiel pour les deux types de productions, compte tenu du petit nombre d'entreprises conformes aux exigences pour assurer la production en question
- *Engagements structurels comportementaux* : Teva et Barr ne doivent pas, dans les dix années succédant l'opération, acquérir une quelconque influence directe ou indirecte sur tout ou partie des activités cédées, sauf accord de la Commission.

2) Devant la FTC :

- Barr et Teva doivent se conformer à une obligation de défaisance concernant les actifs d'un certain type de Production.
- Cette défaisance doit avoir lieu dans les 10 jours succédant l'acquisition
 - Teva doit se défaire de sa production de contraceptifs oraux et de tradozones au bénéfice de Qualitest

- Teva et Barr doivent céder le restant de la Production à Watson
- Cette défaisance doit être accompagnée de mesures transitoires que Teva et Barr devront observer afin que l'opération soit un succès (communiquer avec, et se conformer aux législations de la Food and Drug Administration, etc.)

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits* : la Com UE divise les marchés en deux catégories d'emblée : les produits finis (médicaments) et les principes actifs, plus en amont. Elle établit des critères clairs pour chacun d'eux : 4 pour les médicaments, et autant de marchés que de principes actifs pour ces derniers. La FTC croise des critères de substituabilité de la demande (consommateur hypothétique) à la composition des produits eux-mêmes, et détermine ainsi 29 marchés.
- *Concernant la définition des marchés géographiques* : analyse classique. La Com UE retient la dimension nationale pour les médicaments (mais mondiale plus que l'EEE pour le marché des principes actifs) et la FTC les États-Unis.
- *Analyse concurrentielle* : concernant la décision de la Com UE, la concurrence sur le marché des principes actifs n'est pas affectée par l'acquisition. La Com UE relève e, revanche l'atteinte portée à la concurrence du marché des médicaments, en fonction des critères suscités – test SSNIP et accroissement de plus d'un pourcent de la part de marché de Teva au sein de ces marchés de produits finis. Les atteintes à la concurrence sur les marchés définis par la FTC sont de nature « individuelle et coordonnée ». L'acquisition de Barr par Teva porterait non seulement atteinte à la concurrence sur les marchés que la FTC mentionne, mais permettrait aux entreprises concurrentes restantes sur ces marchés de s'entendre et de redéfinir les prix des médicaments en commun, à la hausse.
- *Engagements* : relativement aux marchés définis par les deux autorités, les engagements que la Com UE et la FTC imposent se ressemblent beaucoup. L'une laisse à Teva le soin de lui proposer l'entreprise qui achètera les actifs des productions oncologiques et non-oncologiques cédées, alors que la FTC mentionne les entreprises potentiellement (voire probablement) acquéreuses : en l'occurrence Qualitest et Watson.

2009

16- BASF / Ciba

Réf. UE : COMP/M.5355

Réf. US : C-4253 081 0265

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 15.09.2008

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 22.01.2009
 - Engagements le : 19.02.2009
 - Décision : 12.03.2009
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 01.04.2009
 - Décision : 14.05.2009

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Acquisition de Ciba par BASF (achat de toutes les actions), concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :
 - Acquisition de Ciba par BASF pour un montant évalué à 5,1 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

BASF et Ciba sont deux entreprises actives dans l'industrie chimique (BASF étant la plus importante entreprise chimique au monde). Le cas d'espèce se concentre plus particulièrement sur les pigments hautes performances.

- 1) Com. UE :

NB : Seuls les marchés de produits également définis par la FTC seront mentionnés au cours de ce développement, les autres (très nombreuses) définitions de marchés de produits exposées par la Commission européenne ne présentant pas d'intérêt d'un point de vue comparatiste, puisque la FTC ne les mentionne pas.

- *Les facteurs de segmentations suivants sont pris en compte :*
 - *Segmentation du marché des pigments par classes :* selon l'origine chimique : organique (composants carbonés) ou inorganique (composants métalliques, le plus souvent) ; les couleurs différentes, tons différents dans chaque couleur, selon les performances (résistance à la chaleur, aux frottements, etc) ;
 - *Faible substituabilité côté demande et côté offre :* chaque consommateur utilise les pigments pour des applications spécifiques pour lesquelles ils ne sont pas interchangeables (peintures techniques, décoratives, revêtements devant posséder des caractéristiques particulières, encres, etc). Les procédés de fabrication ne sont pas les mêmes d'un pigment à l'autre : tous les producteurs ne peuvent pas produire toutes les classes de pigments ;

→ Sont définis comme affectés par la transaction (idem FTC) les marchés de produits suivants :

- *Marché du vanadate de bismuth ;*
- *Marché du bleu d'indanthrone.*

- 2) FTC :

- *Vanadate de bismuth et bleu d'indanthrone, définitions données d'emblée, en prenant en compte les critères suivants :*
 - *Pas de substituabilité côté demande :* en raison des caractéristiques spécifiques des produits considérés qui ne seraient ni utilement ni économiquement remplaçables par d'autres produits ;
 - *Description sommaire des caractéristiques et applications des produits ;*
 - *Test du monopoleur hypothétique pour conclure à une élasticité de la demande au prix très faible.*

B/ Marchés géographiques

- 1) Com. UE :

- *Coût du transport faible et prix similaires au niveau mondial ;*

- *Vanadate de bismuth* : probablement de la taille de l'EEE puisque les réglementations ne sont pas les mêmes partout et que les consommateurs tendent à négocier les prix de gros sur une base régionale ;
- *Bleu d'indanthrone* : marché plutôt de dimension mondiale, car les imports aux frontières de l'EEE sont importants et que l'enquête a révélé que les concurrents estiment subir une concurrence extérieure à l'EEE ;

→ Marché géographique (pour les deux marchés de produits définis) de dimension mondiale ou EEE, la Commission ne tranche pas puisque le choix n'influence pas l'analyse concurrentielle.

2) FTC :

- *Marchés de dimension mondiale* :
 - *Faible coûts de transport* : les pigments hautes performances sont très chers, donc facilement exportables ;
 - *Sites de production centralisés* : la réalité du marché confirme les conclusions théoriques ;
 - *Pas de barrières à l'exportation* : pas de différences réglementaires entre les différents pays et différentes zones de libre-échange.

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

- *Vanadate de bismuth* :
 - *Parts de marché combinées de 50-60%* : chacune des deux parties réalisant 25-30% des ventes du marché *ante* opération, tant au niveau mondial que sur l'EEE ;
 - *Substituabilité côté demande très faible* : seul le produit en cause résiste aux températures élevées. Remplacer le produit nécessiterait un long processus de qualification client (mise au point d'un nouveau produit conforme au cahier des charges des clients) ;
 - *Substituabilité côté offre très faible* : l'étude de marché n'a pas révélé de capacités de production inexploitées qui permettraient aux concurrents des parties d'augmenter la production en réaction à l'opération ;
 - *Barrières à l'entrée élevées* : l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché est improbable en raison du coût élevé des installations nécessaires à la fabrication du produit considéré.

→ « Doutes sérieux » de la Commission sur la compatibilité des effets de la transaction sur le marché du vanadate de bismuth avec le Marché commun.

- *Bleu d'indanthrone* :
 - *Parts de marché cumulées des parties de 50-60% sur le marché mondial, 40-50% sur le marché européen* : dont cumul pour moitié ;
 - *L'entité survivante (BASF) se retrouverait en position de leader post opération* ;
 - *Des consommateurs interrogés pendant l'étude de marché ont exprimé l'inquiétude que BASF puisse unilatéralement augmenter les prix post opération* ;
 - *Il ne resterait plus qu'un seul concurrent sérieux en face de BASF sur le marché* ;
 - *La structure du marché serait donc fortement affectée par l'opération* ;

→ « Doutes sérieux » quant à la compatibilité des effets de la transaction sur le marché du bleu d'indanthrone avec le Marché commun, que le marché géographique de référence retenu soit mondial ou l'EEE.

2) FTC :

- *Exactement les mêmes constats que la décision de la Com. UE* sauf à considérer quelques points de détail auxquels s'attache la Com. UE qui ne sont pas mentionnés dans la décision de la FTC (tels que les capacités de production inexploitées).

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels* : BASF propose de céder les activités de Ciba sur les deux marchés considérés. Cela recouvre l'ensemble des actifs matériels et immatériels au niveau mondial, la communication des listes de clients à l'acquéreur, la substitution de ce dernier à Ciba dans ses accords commerciaux ainsi que la cession de l'inventaire et des droits de propriété intellectuelle relatifs aux produits ;
- *Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR* : les engagements permettent de remédier aux *doutes sérieux* identifiés par la Commission.

2) Devant la FTC :

- *Engagements structurels* : BASF doit céder les moyens de recherche, de production et de commercialisation de Ciba. Pour ce faire, BASF a le choix entre plusieurs modalités : (i) la cession pure et simple de tous les actifs matériels et immatériels relatifs aux deux marchés considérés à un acquéreur agréé par la FTC ; (ii) l'octroi, à un loueur (*tenant*) agréé par la FTC, d'un bail relatif aux moyens de recherche et de production (*lease*) accompagné d'une licence d'exploitation ; (iii) la signature d'un accord de transfert progressif de production (*tolling agreement*) dont les termes prévoiraient la production par BASF dans les sites de Ciba des produits considérés le temps que le repreneur agréé par la FTC adapte sa chaîne de production.
- *Ces engagement s'accompagnent des habituels mesures de protection des secrets industriels et transferts de droits de propriété industrielle* ;
- *Le transfert être effectif dans les six mois de la consommation de l'acquisition et sera supervisé par un 'divestiture trustee'*.

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés pertinents* :
La FTC, fidèle à ses habitudes, ne définit que les marchés qui supportent ses conclusions contre l'opération de l'espèce. Les marchés de produits qui ne sont pas affectés ou pas suffisamment affectés par l'opération ne sont pas mentionnés. Cela explique le nombre considérablement plus élevé de marchés de produits définis par la Com. UE. D'une part la Com. UE définit les marchés affectés sur lesquels un cumul de part imputable à l'opération supérieur à 1% conduit l'entité survivante à détenir plus de 35% des parts de marché et, d'autre part, les effets différents de l'opération de part et d'autre de l'Atlantique peuvent sans doute expliquer qu'un plus grand nombre de marchés soient affectés en Europe (les deux parties sont des entreprises européennes). Il n'est cependant pas possible d'affirmer avec certitude l'exactitude de ce dernier point, puisque la FTC n'explique jamais, et ne le fait pas plus en l'espèce, pourquoi elle choisit de ne pas définir tel ou tel marché qui aurait été défini par la Com. UE. Il ne s'agit donc là que d'une hypothèse. Concernant les deux marchés de produits définis par les deux autorités, tout comme leurs dimensions géographiques, les critères de segmentation des marchés utilisés ainsi que les conclusions en faits comme en droit auxquelles aboutissent les deux autorités sont sensiblement identiques.
- *Des analyses concurrentielles convergentes* : la Commission européenne réalise une analyse un peu plus détaillée que la FTC mais cela n'influe pas sur les conclusions qui sont les mêmes pour les deux autorités. On pourra relever, par exemple, que la Com. UE prend en compte les éventuelles capacités de production inexploitées sur les marchés, ce que ne fait pas la FTC. Cette question avait été soulevée par les parties dans leurs observations devant la Com. UE. On peut légitimement penser que les mêmes observations ont été faites devant la FTC, mais cette dernière ne discute jamais le mérite des arguments des parties, il est donc impossible de la savoir.

- *Engagements* : les engagements imposés en Europe et aux États-Unis sont similaires dans les résultats qu'ils poursuivent. Toutefois, on relèvera que la FTC laisse aux parties une plus grande latitude quant aux modalités de transfert des moyens de recherche et de production des produits concernés. Ainsi trois formes de transferts, dont le choix incombe aux parties, sont proposées par la FTC : la cession pure et simple des actifs relatifs aux produits considérés, la production sous licence avec location des sites de production ou encore un le transfert progressif des activités concernées, ce qui implique la production par les parties et pour le compte du repreneur (en considération d'une contrepartie financière) des produits considérés le temps que ce dernier soit en mesure d'y pourvoir seul. Ainsi la FTC se montre-t-elle plus souple tant que la Com. UE relativement au cas d'espèce, mais aussi plus souple qu'elle en a l'habitude puisqu'elle est traditionnellement plus encline que la Com. UE à imposer ses modifications structurelles.

17- Pfizer / Wyeth

Réf. UE : *COMP/M.5476*

Réf. US : *C-4267 091 0053*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 25.01.2009

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 29.05.2009
 - Premiers engagements : 29.06.2009, 03.07.2009 puis 07.07.2009
 - Engagements définitifs : 16.07.2009
 - Décision : 17.07.2009
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 14.10.2009
 - Décision : 25.01.2010

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Fusion des deux parties à l'issue de laquelle Pfizer acquerra Wyeth pour un montant évalué à 68 milliards de dollars. Les actionnaires de Pfizer détiendront 84% des parts de l'entité survivante, qui conservera le nom de Pfizer. Pfizer propose ainsi d'acquérir le contrôle exclusif de Wyeth, il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :
 - Même description que la Com. UE ;
 - Montant de l'opération estimé à 68 milliards de dollars ;
 - L'entité aurait des revenus annuels estimés à 72 milliards de dollars par an.

II. Définition des marchés pertinents

NB : Les parties sont actives sur les secteurs des produits pharmaceutiques humains et vétérinaires. Si la Commission européenne analyse certains marchés de produits appartenant au premier secteur, la FTC ne définit que des marchés de produits appartenant au second. Seuls les marchés de produits traités dans les deux décisions de l'espèce seront traités ici.

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

- *Critères de segmentation des marchés retenus* : les mêmes critères de segmentation s'appliquent dans toutes les décisions rendues en matière d'industrie pharmaceutiques vétérinaires (voir, par exemple, Pfizer / Pharmacia, 2003). Ces critères sont :
 - *Les espèces animales concernées par le produit dès lors que les marchés leur correspondant sont suffisamment importants pour que l'industrie pharmaceutique développe des médicaments qui leur sont spécifiques* ;
 - *Pour chacune des espèces, les marchés sont segmentés plus avant selon le type de produits : vaccins, médicaments et aditifs alimentaires* ;
 - *Les types de produits sont encore segmentés selon leurs indications de traitements et leurs caractéristiques*, ce qui recouvre le nombre d'agents pathogènes combattus par le produit en cause, son mode d'utilisation, la période de protection couverte à partir de l'utilisation du produit, durée de persistance du produit dans l'organisme, etc.
 - *La substituabilité des produits côté demande est évaluée au moyen des critères exposés ci-dessus, évaluation parfois renforcée d'un test du monopoleur hypothétique*.

→ La Commission européenne, après avoir exposé les critères de segmentation des marchés présentés ci-dessus, ne définit pas de marchés de produits à ce stade, mais le fait directement lors de l'analyse concurrentielle des marchés affectés de manière préoccupante pour l'intensité de la concurrence. Les marchés ainsi définis sont si nombreux qu'ils ne seront pas répertoriés ici.

2) FTC :

- *La FTC définit d'emblée 21 marchés de produits* mais n'expose pas de manière systématique la méthode employée, ni dans sa décision, ni dans son document d'aide au commentaire ('*analysis*'). Quelques facteurs de segmentation des marchés sont cités à titre d'exemple dans le second des documents susmentionnés, notamment les indications de traitement et les différences de prix.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Marchés de dimension nationale* : conformément à une pratique décisionnelle constante de la Commission. Cela, notamment, en raison des préférences nationales, des différentes réglementations sanitaires existantes, implantation des différents concurrents variant d'un État membre à l'autre.

2) FTC :

- *Les États-Unis* : sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

- *Difficultés à s'informer sur les parts de marché détenues par les acteurs du marché* : il n'existe pas de classification équivalente à la classification internationale « ATC » (pour les médicaments humains) en matière vétérinaire. La Commission doit donc se fonder sur les données qu'elle a pu obtenir auprès des parties et de leurs concurrents ;
- *Les instruments habituels sont utilisés* :
 - *Répartition des marchés affectés par l'opération en trois groupes* : La Commission se préoccupe des effets de l'opération sur un marché donné dès lors que les parties détiennent plus de 35% de parts de marché, dont plus de 1% est dû au cumul engendré par l'opération, ce qui correspond au groupe 1. La répartition en groupes des produits

pharmaceutiques a été exposées à l'occasion du commentaire de l'affaire *Teva / Barr*, 2008 ;

- *Analyse de la répartition des parts de marché entre les concurrents ;*
- *Estimation de l'élasticité de la demande au prix en se référant à la substituabilité côté demande, elle-même évaluée par référence aux critères de segmentation des marchés exposés supra ;*

→ La Commission aboutit à la conclusion que les effets de l'opération seraient incompatibles avec le Marché commun sur de 17 marchés.

2) FTC :

- *Recours presque automatique à l'indice de concentration HHI : sur le marché analysé présentant l'augmentation la plus faible du HHI, celui-ci croît de 271 points pour atteindre 5 613, mais cela suffit à la FTC pour condamner les effets de l'opération.*
- *Prise en compte des parts de marché combinées détenues par les parties : la FTC incriminant des marchés sur lesquels les parties ont toujours plus de 50% de parts de marché ;*
- *Pris en compte du nombre de concurrents présents ante et post opération ;*
- *La FTC vérifie que les parties étaient effectivement concurrentes avant l'opération ;*
- *Barrières à l'entrée : investissements nécessaires à tout entrant potentiel, temps nécessaires pour le développement de nouveaux produits, barrières constituées par les autorisations administratives, obstacles en propriété intellectuelle.*

→ La FTC identifie 26 marchés affectés de manière illégale, liste qui incluent la majorité des 17 marchés identifiés par la Com. UE, abstraction faite de la dimension géographique (nationale) que cette dernière leur prête.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels :*
 - *Une cession de produit par marché identifié comme affecté de manière incompatible avec le Marché commun ;*
 - *Un site de production cédé dans le domaine de la production de vaccin : engagement justifié par le manque de capacités de production inexploitées sur le marché considéré ;*
- *Engagements comportementaux :*
 - *Ils se résument à des mesures d'assistance technique des repreneurs ;*
 - *Les parties s'engagent à faciliter la mise à la disposition de repreneur des personnels clés de la production des produits considérés.*

2) Devant la FTC :

- *Idem Com. UE. L'acquéreur est mentionné dans la décision (PI).*

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits pertinents. Les remarques qui ont toujours été faites à propos du nombre de marchés de produits définis et des objectifs présidant à leur définition sont valables en l'espèce.*
 - *Quant à la décision de la Com. UE, il convient de noter que les phases de définition des marchés et de l'analyse concurrentielle semblent se confondre d'avantage encore que d'habitude. La définition de tel ou tel marché varie au gré de l'analyse concurrentielle. En conséquence, il est très difficile de suivre le raisonnement de la Commission dans sa*

décision : les explications fournies sont très exhaustives mais aussi très confuses. Ainsi peut-on voir la Commission analyser une première fois les conditions d'entrée sur les marchés considérés au stade de la définition des marchés de produits sans qu'elle précise l'usage qu'elle en fait (probablement pour déterminer la substituabilité côté offre, mais cela n'est pas précisé), avant de les modifier à mesure que l'analyse concurrentielle progresse, et cela pour chaque produit. Cette remarque s'applique à bien des outils d'analyse utilisés à plusieurs reprises et de manière peu organisée dans la décision.

- La décision de la FTC pêche en sens inverse, dans la mesure où elle se montre très avare d'explications. Aucun document officiel, ni aucun document officieux d'ailleurs, n'expose la méthode utilisée pour segmenter les marchés de produits. Il est possible de remarquer en prêtant attention aux intitulés des marchés de produits retenus par la FTC que les critères qui ont présidé à leur définition ont dû être très proches de ceux utilisés par la Commission européenne puisque l'on y retrouve les traces des mêmes distinctions. Ainsi les marchés sont-ils divisés selon l'espèce animale, le ou les agents pathogènes cibles du traitement, les modes d'administration, etc. Mais cela n'est exposé nulle part.
- *Les définitions géographiques des marchés* n'appellent pas de remarque particulière. Les marchés sont de dimension nationale, comme c'est toujours le cas en matière pharmaceutique.
- *Quant à l'analyse concurrentielle.* La FTC évalue la concentration régnant sur les marchés considérés au moyen de l'Indice Herfindahl-Hirschman et/ou la prise en compte de la part des ventes du marché réalisée par les parties. Le second facteur le plus important semble être le nombre de concurrents présents sur le marché. La Commission européenne a mis sur pied depuis plusieurs années déjà un système de classification des marchés affectés en trois groupes qu'elle utilise en l'espèce (voir la décision *Teva / Barr*, 2008). Le seuil de parts de marché à partir duquel la Commission analyse la concurrence *post* opération sur un marché affecté est plus bas que la part de marché qui déclenche les préoccupations de son homologue américaine : 35% contre environ 50%, respectivement. La Commission européenne revient régulièrement sur la substituabilité côté demande pour estimer l'élasticité de la demande au prix et voir à quel point les consommateurs sont captifs des produits commercialisés par les parties. La FTC, elle, se contente de l'affirmer sans exposer les arguments qui fondent sa position, tout comme elle l'avait fait pour la définition des marchés de produits.
- *Quant aux engagements.* Les engagements imposés par les deux autorités sont structurels, à l'exception des mesures d'assistance de l'acquéreur courant sur la période de reprise. Ils impliquent la cession d'un produit par marché affecté, ainsi que la cession de tous les actifs immatériels relatifs (droits de propriété intellectuelle, accords d'approvisionnement et de vente, droits de commercialisation). Seul un site de production doit être cédé puisqu'il n'y a pas d'alternative moins contraignante pour restaurer la concurrence (en cause un site de production de vaccins que le repreneur de pourrait efficacement reproduire à ses frais).

18- Panasonic / Sanyo

Réf. UE : *COMP/M.5421*

Réf. US : *C-4274 091 0050*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 19.12.2008

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 11.08.2009
 - Premiers engagements : 16.09.2009

- Engagements définitifs : 28.09.2009
 - Décision : 29.09.2009
- 2) Devant la FTC :
- Complaint : 23.11.2009
 - Décision : 06.01.2010

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
- Panasonic propose d'acquérir 100% des parts de Sanyo et d'en prendre ainsi le contrôle exclusif. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :
- Acquisition de 100% des parts de Sanyo par Panasonic pour une valeur de 9 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

- 1) Com. UE :
- a) Marché des batteries électriques pour appareils portables et voitures hybrides :
- *Une première distinction est établie sur la base de la taille : batteries portables (pour téléphones, ordinateurs, jouets, etc.), batteries lourdes fixes (pour installations industrielles, etc.), batteries pour automobiles : segmentation établie après description des caractéristiques et applications ;*
 - *Les batteries portables sont elles-mêmes segmentées en plusieurs marchés :*
 - o *Batteries jetables / rechargeables ;*
 - o *Segmentation par catégories chimiques utilisées pour l'anode, la cathode et l'électrolyte (batteries alcalines, zinc/carbone ou lithium) ;*
 - o *Segmentation par formes (cylindrique, plate, etc.) ;*
 - o *Segmentation par sous-catégories chimiques ;*
 - *Analyse de la substituabilité côté demande pour chacun des produits considérés : après description des caractéristiques et applications de chacun des produits isolés, la Commission réalise un test du monopoleur hypothétique pour établir s'il est économiquement possible de substituer les produits en cause pour les consommateurs.*
 - *Seul le marché des batteries portables rechargeables de type NiMH (nickel-hydrure métallique) est également défini par la FTC. Il sera donc le seul marché de produits analysé au ce cours de développement.*
 - *Critères d'isolation du marché des batteries portables rechargeables NiMH :*
 - o *Prise en compte des contraintes réglementaires environnementales : les batteries NiMH remplacent les batteries au cadmium, très toxiques. Les autorités de régulation, européennes en particuliers, poussent à leur abandon au profit des NiMH ;*
 - o *Prise en compte des avantages du produit du point de vue de ses performances : les NiMH offre un rapport poids/puissance plus avantageux que les batteries alcalines ou au cadmium ;*
 - o *Le marché des batteries NiMH est donc distinct du marché des batteries alcalines ou au cadmium ;*
 - o *Les batteries Li-ion (lithium-ion) ne se produisent pas du tout de la même manière, il n'y a donc pas de substituabilité côté offre ;*
 - o *Les batteries Li-ion sont plus chères que les NiMH de 10-20% à puissance égale ;*
 - o *Test du monopoleur hypothétique pour conclure à l'absence de substituabilité côté offre dans nombre d'applications (test SSNIP) ;*

→ Il existe donc un marché pour les batteries NiMH séparé des autres batteries rechargeables portables.

2) FTC :

- *Marché des batteries portables rechargeables NiMH.* La FTC ne donne pas les fondements lui permettant d'adopter cette définition mais ceux-ci sont exposés brièvement dans le document officiel '*analysis*'. Ils sont sensiblement identiques à ceux exposés par le Com. UE.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Marché des batteries portables rechargeables NiMH de dimension mondiale ou de celle de l'EEE :* l'enquête de la Commission ne permet pas de trancher en l'espèce, mais quelle que soit la définition géographique retenue, des *doutes sérieux* sont émis de toute façon.

2) FTC :

- *Marché de dimension mondiale :* production centralisée en Asie, exportée dans le reste du monde.

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

Analyse concurrentielle du marché des batteries portables NiMH :

- *Sanyo est le leader du marché sur l'EEE :* 40-50% des parts du marché EEE, 30-40% des parts du marché mondial ;
- *Parts combinées des parties de 70-80% sur l'EEE* et de 40-50% au niveau mondial ;
- *Cumul de parts très significatif :* augmentation des parts de Panasonic de l'ordre de 40-50% ;
- *Le nombre de concurrents actifs sur le marché passerait de cinq à quatre ;*
- *Les barrières à l'entrée sont élevées :* coût de construction des sites de production et droits de propriété intellectuelle ;
- *Les parties sont les concurrents les plus proches ante opération ;*
- *L'enquête d'opinion auprès des consommateurs révèle que ceux-ci considèrent que les produits des parties sont les meilleurs en qualité* et que cette qualité est cruciale pour certaine application ;
- *Cette même enquête révèle que les consommateurs craignent que l'opération conduise à une diminution du choix et une augmentation des prix sur le marché considéré.*

→ Quelle que soit la dimension géographique retenue, la Commission a de *sérieux doutes* sur la compatibilité avec le Marché commun des effets de l'opération sur le marché en cause.

2) FTC :

- *Critères pris en compte pour isoler le marché de produits en cause :*
 - *Réputation des parties :* produits des parties perçus comme étant les plus performants et les plus fiables du marché ;
 - *Un marché très concentré :* Parts cumulées des parties de 65% au niveau mondial, indice HHI à plus de 4500, avec une augmentation de plus de 2000 ;
 - *La concurrence que se livraient les parties était réelle, directe et substantielle :* en conséquence, la concurrence sur les prix ;
 - *Pas de substituabilité côté demande,* notamment en raison de la réputation de qualité des produits des parties, substituabilité mesurée au moyen du test du monopoleur hypothétique ;
 - *Barrières à l'entrée élevées :* investissements importants nécessaires et potentiel de croissance du marché limité –marché arrivé à maturité.

→ L'opération conduirait à la disparition de la concurrence que se livraient les parties, et entraînerait un risque de disparition des incitations à l'innovation et une baisse dans l'amélioration de la qualité des services. Risques que l'entité survivante puisse exercer un pouvoir unilatéral de marché et que les consommateurs soient forcés à payer un prix plus élevé.

IV. Engagements

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels* : cession des actifs matériels et immatériels relatifs à la production des batteries NiMH, soit de Sanyo, soit de Panasonic, accompagnée de la cession des droits de propriété intellectuelle et des personnels clés ;
- *Refus des engagements comportementaux proposés par les parties* : les parties avaient proposé d'octroyer au repreneur les droits de propriété intellectuelle relatifs à la production des batteries NiMH via licence d'exploitation sans contrepartie financière. La Commission refuse et considère que pour que l'acquéreur puisse efficacement reprendre l'activité, les droits de propriété intellectuelle relatifs à la production doivent purement et simplement être cédés.
- *Mention des conditions et obligations des articles 8 et 14 ECMR* (pénalités de retard en cas de non mise en conformité de la situation des parties avec les prescriptions de la décision).

2) Devant la FTC :

- *Idem Commission européenne*. Il convient de noter que la FTC concède un délai de 30 jours pour que le repreneur qu'elle a agréé soit également approuvé (FDK) par la Commission européenne.

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits pertinents*. De manière générale, les deux autorités s'accordent complètement sur la définition du marché de produits qu'elles ont identifié en commun. Les critères de segmentation sont sensiblement les mêmes et elles aboutissent aux mêmes conclusions. Néanmoins, comme c'est toujours le cas, la FTC ne définit que le marché de produits sur lequel elle conteste les effets de l'opération de l'espèce, et aucun autre. La Commission européenne a tendance à définir de moins en moins de marchés de produits, à mesure que cette étude se poursuit. Elle continue toutefois de définir les marchés sur lesquels les effets de l'opération sont substantiels soit pour écarter tout *doute sérieux* en expliquant comment et pourquoi, soit pour émettre des *doutes sérieux* qui ne sont pas partagés par la FTC. Quant à ce dernier cas de figure, encore une fois, il est difficile de présenter une explication convaincante relativement aux divergences entre autorités. L'hypothèse la plus probable est que les effets de l'opération sur le Marché commun ne se retrouvent pas sur le marché états-unien. Cette hypothèse tend d'ailleurs à se confirmer si l'on prête attention aux tableaux présentant les parts de marchés que la Com. UE apporte au soutien de sa décision : les parts de marché des parties sont plus importantes dans l'EEE qu'au niveau mondial. Il est donc probable que des concurrents sérieux soient présents face aux parties sur le marché américain. Mais puisque la FTC n'aborde jamais la question des marchés qui ne sont pas affectés de manière illégale, il n'est pas possible d'en être certain.
- *Concernant la définition géographique du seul marché de produits défini en commun par les deux autorités*. La FTC et la Com. UE présentent exactement les mêmes arguments dans leurs développements consacrés au marché géographique. La FTC conclut à une dimension mondiale fondée sur la centralisation de la production en Asie alors que la Com. UE estime que le marché est au moins de la dimension de l'EEE, tout en remarquant que le marché pourrait bien être de dimension mondiale. Si elle ne tranche pas, c'est que l'analyse concurrentielle ne varie pas en fonction de cette définition. Le doute qu'elle émet relativement à une éventuelle dimension mondiale du marché est fondé sur les écarts de prix qu'elle constate au stade de la revente aux consommateurs finaux d'une région à une autre du globe. Elle prend également en compte les observations de concurrents et de clients des parties qui indiquent ne pas observer de différences

de prix substantielles au stade de la vente en gros aux consommateurs intermédiaires d'une région à une autre du monde.

- *Quant à l'analyse concurrentielle.*
 - o La Com. UE estime que le marché est très concentré sur la base de l'analyse des parts de marché détenues par les parties et de celles revenant à leurs concurrents. La FTC fait de même mais invoque, au surplus, l'indice HHI.
 - o Les critères utilisés pour évaluer l'impact de la transaction sur l'intensité de la concurrence sur le marché considéré sont les mêmes pour les deux autorités (substituabilité côté offre et demande –réalisation de tests SSNIP pour les deux autorités, réputation des parties, répartition des prix, analyse de la dispersion de la concurrence et de l'intensité de la concurrence que se livraient les deux parties *ante* opération, etc.). Il semble falloir noter que si les deux autorités s'attachent à l'analyse des barrières à l'entrée, la FTC prend en compte le degré de maturité du marché pour écarter la possibilité d'un nouvel entrant, ce que la Commission européenne ne fait pas. Pourtant, cette pratique ne lui est pas étrangère (voir la décision *Teva / Ivax*, 2005, dans laquelle la Commission prend en compte la maturité de certains marchés de médicaments génériques) ;
- *Quant aux engagements.* Les engagements pris par les parties relativement au marché de produits défini en commun sont identiques. On retiendra que la FTC accorde un délai de 30 jours pour que la Commission européenne ait le temps de se prononcer sur la crédibilité du repreneur agréé par la FTC, ce qui constitue une première depuis le début de cette étude.

18- Merck / Schering-Plough

Réf. UE : *COMP/M.5502*

Réf. US : *C-4268 091 0075*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 08.03.2009

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 18.09.2009
 - Premiers engagements :
 - Engagements définitifs :
 - Décision : 22.10.2009
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 29.10.2009
 - Décision : 29.10.2009, devenue définitive le 30.11.2009 (opportunité pour les tiers intéressés d'émettre leurs observations pendant 30 jours).

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Les parties ont contracté un *accord de fusion* à l'issue duquel Merck acquerra le contrôle de Schering-Plough, et cette dernière prendra le nom de 'Merck'. Les actionnaires de Merck posséderont 68% des actions de la future entité, part leur conférant une *influence décisive* sur la prise de décision au sein de la nouvelle entité. L'opération constitue donc une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :

- Même description que la Com. UE, mais la FTC indique que Schering-Plough, et non Merck, prendra le contrôle de la nouvelle entité à l'issue de l'opération. Cela ne change rien au fait qu'il s'agisse d'une acquisition (derrière les apparences d'une fusion) et donc d'une concentration au sens du Clayton Act s.1 et du FTC Act s.4 ;
- Le montant de la transaction est évalué à 41,1 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

Les parties sont actives dans les secteurs des produits pharmaceutiques humains et vétérinaires.

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

N.B. : Merck était partenaire d'un joint-venture avec Merial, dans le domaine de la pharmacie vétérinaire. A la date de la décision de l'espèce, Merck avait déjà cédé sa participation dans ledit joint-venture à Sanofi Aventis. Suivant cette cession, Merck n'a plus aucune activité dans le domaine vétérinaire. La Commission européenne considère donc que, puisqu'aucun cumul de parts de marché n'intervient dans le secteur de la pharmacie vétérinaire, aucun produit en faisant partie ne sera analysé.

A/ Effets horizontaux :

- *La Commission reprend les critères habituels de segmentation des marchés de produits en matière de pharmacie humaine (voir, par exemple, Sanofi Synthélabo / Aventis, 2004) : indications de traitement (telles que classées par la norme internationale ATC, classe 3), substituabilité côté demande, distinction médicament original / générique, mode de vente (prescription / vente libre) et programmes nationaux de remboursement ;*
- *La Commission européenne définit plusieurs marchés de produits pertinents qu'elle regroupe au sein des désormais traditionnels groupes de marchés :*
 - o *Groupe 1 : plus de 35% de parts de marché cumulées et plus de 1% de cumul imputable à l'opération ;*
 - o *Groupe 2 : plus de 35% de parts de marché cumulées avec moins de 1% de cumul imputable à l'opération ;*
 - o *Groupe 3 : le reste des marchés, sur lesquels les parts cumulées des parties sont comprises entre 15 et 35% du marché, qui ne sont pas suffisamment affectés par l'opération pour être analysés.*

→ Aucun des marchés définis ne correspond à une définition de marché établie par la FTC, non que les marchés aient été segmentés de façon différente par les deux autorités, mais les effets de l'opération ne sont pas les mêmes sur les marchés américain et européens.

B/ Effets verticaux :

Mentionnés en introduction mais rapidement exclus sans qu'aucune analyse ne soit exposée dans la décision.

2) FTC :

- *La FTC ne prend pas en compte le fait que Merck ait cédé sa participation dans le joint-venture de production/distribution de ses produits pharmaceutiques vétérinaires : partant, tous les marchés définis par la FTC font partie de ce secteur à l'exception d'un seul, qui ne correspond à aucune définition donnée par la Com. UE.*
- *Les critères de segmentation des marchés de produits pertinents sont les critères habituels, principalement les indications de traitements*

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Les marchés de produits pharmaceutiques sont de dimension nationale, conformément à une pratique décisionnelle constante de la Commission européenne en la matière.*

2) FTC :

- *Les États-Unis, sans plus d'explications.*

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

- *Rien de particulier à remarquer, analyse tout à fait conforme à l'orthodoxie en ma matière : parts de marché, répartition de la concurrence, existence de produits en développement à un stade proche de la commercialisation prise en compte lorsque c'est le cas, barrières à l'entrée (toujours élevées en matière pharmaceutique).*

→ *Aucuns doutes sérieux émis, aucun problème de concurrence à signaler sur les marchés considérés post opération.*

2) FTC :

- *Là aussi, analyse classique, rien de particulier à remarquer. Attention prêtée aux parts de marché détenues par les parties, au nombre de concurrents et à l'écart entre les parts de marché détenues par les parties et la concurrence, barrières à l'entrée, etc.*

→ *La FTC identifie plusieurs marchés affectés de manière illégale mais aucun n'est défini dans la décision de la Com. UE, le détail n'a donc pas d'intérêt d'un point de vue comparatiste.*

IV. Engagements

1) Devant la Com. UE :

- *Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR, pas d'engagements demandés.*

2) Devant la FTC :

- *Engagements structurels puis décision de conformité.*

V. Conclusion générale

- *Les deux autorités suivent leurs lignes décisionnelles traditionnelles en matière pharmaceutique. Aucun marché de produits n'étant défini en commun par la FTC et la Com. UE, cette affaire ne présente pas d'intérêt d'un point de vue comparatiste. Sauf à remarquer qu'une même opération n'a pas toujours des effets comparables de part et d'autre de l'Atlantique.*
- *On pourra toutefois relever que c'est la deuxième fois que la FTC ne prend pas en compte dans sa décision la cession d'une participation dans un joint-venture par l'une des parties, là où la Com. UE en tient compte pour abandonner toute analyse des marchés du secteur du joint-venture. En revanche, la FTC impose dans les engagements pris par les parties que la cession de la participation dans le joint-venture soit effective et permanente ainsi et demande des mesures comportementales pour éviter l'occurrence du phénomène de *ring fencing* (le cédant conserve des informations stratégiques à propos de l'activité qu'il a cédé).*

19- PepsiCo / The PepsiCo Bottling Group

Réf. UE : COMP/M.5633

Réf. US : C-4301 091 0133

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 03.08.2009

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 21.09.2009
 - Décision : 26.10.2009
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 26.02.2010
 - Décision : 27.09.2010

Remarques liminaires :

Bien que l'opération passée en revue pas les deux autorités en l'espèce soit la même, ne serait-ce que relativement à l'acquisition par PepsiCo de PBG, ses effets sur les marchés américains et européen ne sont pas comparables. En effet, la FTC définit des marchés pertinents de dimensions nationale et locale concernant des licences d'exploitation détenues par PepsiCo, tenues de l'entreprise Dr Pepper, active seulement aux États-Unis ou, en tout cas, absente sur le marché européen. En conséquence les marchés de produits affectés par l'opération ne sont pas les mêmes : la FTC s'attache à empêcher toute obtention par PepsiCo d'informations commerciales sensibles à propos de son concurrent américain Dr. Pepper, via l'acquisition de PBG et de PAS qui mettent en bouteille et distribue les produits de cette dernière.

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - PepsiCo possédait 40% de PepsiCo Bottling Group (PBG) mais n'avait pas la capacité d'*influencer significativement* ses décisions dans la mesure où elle ne possédait, les années précédant l'opération, ni majorité stable au conseil d'administration ni droit de véto. Par l'opération de l'espèce, PepsiCo acquiert le contrôle de PBG après fusion de cette dernière et d'une filiale à 100% de PepsiCo. L'opération constitue donc une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :
 - Même description de l'opération que la Commission européenne relativement à l'acquisition de PBG par PepsiCo. Cependant, la FTC analyse conjointement l'acquisition par PepsiCo de Pepsi Americas (PAS), cette opération n'étant pas prise en compte par la décision de la Commission européenne.
 - Aucun montant n'est donné relativement à la valeur de la transaction.

II. Définition des marchés pertinents

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

- *Marché des boissons carbonatées non alcoolisées* : conformément à une pratique constante de la Commission (substituabilité côté demande et côté offre) ;
- *Marché des boissons non carbonatées non alcoolisées* : conformément à une pratique constante de la Commission (substituabilité côté demande et côté offre) ;
- *Marché a priori isolé des snacks salés* : la Commission se fonde sur la substituabilité côté demande (habitudes de consommation) pour isoler les snacks salés des autres biscuits et confiseries. Cependant, elle ne se prononce pas définitivement sur la question puisque l'analyse concurrentielle ne serait pas changée, aucun *doute sérieux* n'étant émis.

2) FTC :

- *Marché des concentrés composant les boissons carbonatées de marque* : sans qu'aucune explication ne soit donnée ;
- *Marché des boissons carbonatées de marque vendue en magasins de proximité* : sans plus d'explications.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Marchés de dimension nationale*, en raison des préférences et habitudes de consommation propres à chaque Pays membre de l'Union européenne.

2) FTC :

- *Marchés de dimension nationale et locale* en raison des accords existants de distribution et de mise en bouteille différents d'une région des États-Unis à une autre.

III. Analyse concurrentielle

Les outils d'analyse des marchés utilisés par les deux autorités sont ceux qu'elles ont l'habitude d'utiliser. Rien de particulier n'est donc à remarquer. Il n'apparaît, de plus, pas pertinent de donner le détail des analyses concurrentielles effectuées par les deux autorités dans cette affaire dans la mesure où celles-ci ne se portent pas sur les mêmes marchés de produits et dans des zones géographiques qui ne se recoupent pas.

Comme expliqué dans l'introduction à ce développement, si les autorités traitent bien de la même affaire dans les décisions de l'espèce (mais seulement partiellement), les effets ne sont pas du tout comparables en Europe et aux États-Unis. L'affaire n'a donc pas d'intérêt d'un point de vue comparatiste. Les analyses effectuées par les deux autorités seront rapidement résumées au cours des développements qui suivent.

1) Com. UE :

A/ Effets horizontaux :

- *Aucuns doutes sérieux car pas de cumul de parts de marché ou cumul très faible.*

B/ Effets verticaux :

- *La Commission se pose la question de savoir si le cumul vertical de la production et de la distribution peut conduire, grâce à une gamme de produits suffisamment large, à une forclusion verticale des marchés. Ce n'est pas possible en l'espèce, car les parties font face à l'acteur dominant du marché, Coca Cola, qui tiendrait à coup sûr en échec toute tentative de forclusion des marchés au moyen de pratiques telles que la vente liée ou la vente à la boule de neige.*

2) FTC :

- *La FTC se concentre exclusivement sur l'accès de PepsiCo à des informations commercialement sensibles sur son concurrent Dr. Pepper, accès rendu possible par l'acquisition de l'espèce.*

IV. Engagements

- 1) Devant la Com. UE :
 - *Décision de conformité de l'art. 6(1)(b) ECMR, sans engagements.*
- 2) Devant la FTC :
 - *Engagements comportementaux : dispositif de pare-feu (firewall) pour éviter que PepsiCo puisse accéder auxdites informations.*

V. Conclusion générale

Les décisions de l'espèce n'ont pas d'intérêt d'un point de vue comparatiste.

On pourra tout de mêmes remarquer que la FTC impose une fois de plus des engagements comportementaux dits 'pare-feu' pour éviter l'accès à des informations sensibles et ainsi prévenir l'installation d'une trop grande transparence sur les marchés. Tel avait déjà été le cas dans sa décision rendue à l'occasion de l'affaire *Johnson & Johnson / Guidant*, 2006.

20- Pfizer / Wyeth

Réf. UE : *COMP/M.5476*

Réf. US : *C-4267 091 0053*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 25.01.2009

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 29.05.2009
 - Premiers engagements : 29.06.2009, 03.07.2009 puis 07.07.2009
 - Engagements définitifs : 16.07.2009
 - Décision : 17.07.2009
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 14.10.2009
 - Décision : 25.01.2010

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Fusion des deux parties à l'issue de laquelle Pfizer acquerra Wyeth pour un montant évalué à 68 milliards de dollars. Les actionnaires de Pfizer détiendront 84% des parts de l'entité survivante, qui conservera le nom de Pfizer. Pfizer propose ainsi d'acquérir le contrôle exclusif de Wyeth, il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR vérifiée.
- 2) FTC :

- Même description que la Com. UE ;
- Montant de l'opération estimé à 68 milliards de dollars ;
- L'entité aurait des revenus annuels estimés à 72 milliards de dollars par an.

II. Définition des marchés pertinents

N.B. : Les parties sont actives sur les secteurs des produits pharmaceutiques humains et vétérinaires. Si la Commission européenne analyse certains marchés de produits appartenant au premier secteur, la FTC ne définit que des marchés de produits appartenant au second. Seuls les marchés de produits traités dans les deux décisions de l'espèce seront traités ici.

A/ Marchés de produits

1) Com. UE :

- *Critères de segmentation des marchés retenus* : les mêmes critères de segmentation s'appliquent dans toutes les décisions rendues en matière d'industrie pharmaceutiques vétérinaires (voir, par exemple, *Pfizer / Pharmacia*, 2003). Ces critères sont :
 - *Les espèces animales concernées par le produit dès lors que les marchés leur correspondant sont suffisamment importants pour que l'industrie pharmaceutique développe des médicaments qui leur sont spécifiques ;*
 - *Pour chacune des espèces, les marchés sont segmentés plus avant selon le type de produits : vaccins, médicaments et aditifs alimentaires ;*
 - *Les types de produits sont encore segmentés selon leurs indications de traitements et leurs caractéristiques, ce qui recouvre le nombre d'agents pathogènes combattus par le produit en cause, son mode d'utilisation, la période de protection couverte à partir de l'utilisation du produit, durée de persistance du produit dans l'organisme, etc.*
 - *La substituabilité des produits côté demande est évaluée au moyen des critères exposés ci-dessus, évaluation parfois renforcée d'un test du monopoleur hypothétique.*

→ La Commission européenne, après avoir exposé les critères de segmentation des marchés présentés ci-dessus, ne définit pas de marchés de produits à ce stade, mais le fait directement lors de l'analyse concurrentielle des marchés affectés de manière préoccupante pour l'intensité de la concurrence. Les marchés ainsi définis sont si nombreux qu'ils ne seront pas répertoriés ici.

2) FTC :

- *La FTC définit d'emblée 21 marchés de produits* mais n'expose pas de manière systématique la méthode employée, ni dans sa décision, ni dans son document d'aide au commentaire ('*analysis*'). Quelques facteurs de segmentation des marchés sont cités à titre d'exemple dans le second des documents susmentionnés, notamment les indications de traitement et les différences de prix.

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- *Marchés de dimension nationale* : conformément à une pratique décisionnelle constante de la Commission. Cela, notamment, en raison des préférences nationales, des différentes réglementations sanitaires existantes, implantation des différents concurrents variant d'un État membre à l'autre.

2) FTC :

- *Les États-Unis* : sans plus d'explications.

III. Analyse concurrentielle

1) Com. UE :

- *Difficultés à s'informer sur les parts de marché détenues par les acteurs du marché* : il n'existe pas de classification équivalente à la classification internationale « ATC » (pour les médicaments humains) en matière vétérinaire. La Commission doit donc se fonder sur les données qu'elle a pu obtenir auprès des parties et de leurs concurrents ;
- *Les instruments habituels sont utilisés* :
 - *Répartition des marchés affectés par l'opération en trois groupes* : La Commission se préoccupe des effets de l'opération sur un marché donné dès lors que les parties détiennent plus de 35% de parts de marché, dont plus de 1% est dû au cumul engendré par l'opération, ce qui correspond au groupe 1. La répartition en groupes des produits pharmaceutiques a été exposée à l'occasion du commentaire de l'affaire *Teva / Barr*, 2008 ;
 - *Analyse de la répartition des parts de marché entre les concurrents* ;
 - *Estimation de l'élasticité de la demande au prix en se référant à la substituabilité côté demande, elle-même évaluée par référence aux critères de segmentation des marchés exposés supra* ;

→ La Commission aboutit à la conclusion que les effets de l'opération seraient incompatibles avec le Marché commun sur de 17 marchés.

2) FTC :

- *Recours presque automatique à l'indice de concentration HHI* : sur le marché analysé présentant l'augmentation la plus faible du HHI, celui-ci croît de 271 points pour atteindre 5 613, mais cela suffit à la FTC pour condamner les effets de l'opération.
- *Prise en compte des parts de marché combinées détenues par les parties* : la FTC incriminant des marchés sur lesquels les parties ont toujours plus de 50% de parts de marché ;
- *Pris en compte du nombre de concurrents présents ante et post opération* ;
- *La FTC vérifie que les parties étaient effectivement concurrentes avant l'opération* ;
- *Barrières à l'entrée* : investissements nécessaires à tout entrant potentiel, temps nécessaires pour le développement de nouveaux produits, barrières constituées par les autorisations administratives, obstacles en propriété intellectuelle.

→ La FTC identifie 26 marchés affectés de manière illégale, liste qui incluent la majorité des 17 marchés identifiés par la Com. UE, abstraction faite de la dimension géographique (nationale) que cette dernière leur prête.

IV. Engagements

1) Devant la Com. UE :

- *Engagements structurels* :
 - *Une cession de produit par marché* identifié comme affecté de manière incompatible avec le Marché commun ;
 - *Un site de production cédé dans le domaine de la production de vaccin* : engagement justifié par le manque de capacités de production inexploitées sur le marché considéré ;
- *Engagements comportementaux* :
 - *Ils se résument à des mesures d'assistance technique des repreneurs* ;
 - *Les parties s'engagent à faciliter la mise à la disposition de repreneur des personnels clés de la production des produits considérés.*

2) Devant la FTC :

- *Idem Com. UE. L'acquéreur est mentionné dans la décision (PI).*

V. Conclusion générale

- *Concernant la définition des marchés de produits pertinents.* Les remarques qui ont toujours été faites à propos du nombre de marchés de produits définis et des objectifs présidant à leur définition sont valables en l'espèce.
 - o Quant à la décision de la Com. UE, il convient de noter que les phases de définition des marchés et de l'analyse concurrentielle semblent se confondre d'avantage encore que d'habitude. La définition de tel ou tel marché varie au gré de l'analyse concurrentielle. En conséquence, il est très difficile de suivre le raisonnement de la Commission dans sa décision : les explications fournies sont très exhaustives mais aussi très confuses. Ainsi peut-on voir la Commission analyser une première fois les conditions d'entrée sur les marchés considérés au stade de la définition des marchés de produits sans qu'elle précise l'usage qu'elle en fait (probablement pour déterminer la substituabilité côté offre, mais cela n'est pas précisé), avant de les modifier à mesure que l'analyse concurrentielle progresse, et cela pour chaque produit. Cette remarque s'applique à bien des outils d'analyse utilisés à plusieurs reprises et de manière peu organisée dans la décision.
 - o La décision de la FTC pêche en sens inverse, dans la mesure où elle se montre très avare d'explications. Aucun document officiel, ni aucun document officieux d'ailleurs, n'expose la méthode utilisée pour segmenter les marchés de produits. Il est possible de remarquer en prêtant attention aux intitulés des marchés de produits retenus par la FTC que les critères qui ont présidé à leur définition ont dû être très proches de ceux utilisés par la Commission européenne puisque l'on y retrouve les traces des mêmes distinctions. Ainsi les marchés sont-ils divisés selon l'espèce animale, le ou les agents pathogènes cibles du traitement, les modes d'administration, etc. Mais cela n'est exposé nulle part.
- *Les définitions géographiques des marchés* n'appellent pas de remarque particulière. Les marchés sont de dimension nationale, comme c'est toujours le cas en matière pharmaceutique.
- *Quant à l'analyse concurrentielle.*
 - o La FTC évalue la concentration régnant sur les marchés considérés au moyen de l'Indice Herfindahl-Hirschman et/ou la prise en compte de la part des ventes du marché réalisée par les parties. Le second facteur le plus important semble être le nombre de concurrents présents sur le marché.
 - o La Commission européenne a mis sur pied depuis plusieurs années déjà un système de classification des marchés affectés en trois groupes qu'elle utilise en l'espèce (voir la décision *Teva / Barr*, 2008). Le seuil de parts de marché à partir duquel la Commission analyse la concurrence *post* opération sur un marché affecté est plus bas que la part de marché qui déclenche les préoccupations de son homologue américaine : 35% contre environ 50%, respectivement. La Commission européenne revient régulièrement sur la substituabilité côté demande pour estimer l'élasticité de la demande au prix et voir à quel point les consommateurs sont captifs des produits commercialisés par les parties. La FTC, elle, se contente de l'affirmer sans exposer les arguments qui fonde sa position, tout comme elle l'avait fait pour la définition des marchés de produits.
- *Quant aux engagements.* Les engagements imposés par les deux autorités sont structurels, à l'exception des mesures d'assistance de l'acquéreur courant sur la période de reprise. Ils impliquent la cession d'un produit par marché affecté, ainsi que la cession de tous les actifs immatériels relatifs (droits de propriété intellectuelle, accords d'approvisionnement et de vente, droits de commercialisation). Seul un site de production doit être cédé puisqu'il n'y a pas d'alternative moins contraignante pour restaurer la concurrence (en cause un site de production de vaccins que le repreneur de pourrait efficacement reproduire à ses frais)

21- Novartis / Alcon

Réf. UE : *COMP/M.5778*

Réf. US : *C-4296 101 0068*

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 06.04.2008

- 1) Devant la Com UE :
 - Notification : 18.06.2010
 - Premiers engagements : 16.07.2010, puis seconde modification le 21.07.2010
 - Engagements définitifs : 09.08.2010
 - Décision : 09.08.2010
- 2) Devant la FTC :
 - Complaint : 16.08.2010
 - Décision : 28.09.2010

I. Compétence des autorités

- 1) Com. UE :
 - Novartis propose d'acquérir les 52,15% de parts que Nestlé détient dans le capital d'Alcon, les ajoutant ainsi aux 25% qu'elle détient déjà. A l'issue de l'opération, Novartis détiendrait 77% du capital d'Alcon, lui conférant ainsi un contrôle exclusif. Il s'agit donc d'une concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ECMR.
 - Dimension communautaire de l'art. 1(2) ECMR.
- 2) FTC :
 - Description de l'opération identique à celle de la Com. UE ;
 - Montant de l'acquisition estimé à 28 milliards de dollars.

II. Définition des marchés pertinents

Les parties sont actives sur les secteurs des produits pharmaceutiques ophtalmologiques, d'une part, et des produits de consommation courante de soins des yeux (*eye care*), d'autre part.

A/ Marchés de produits

- 1) Com. UE :
 - a) Médicaments ophtalmologiques (produits pharmaceutiques) :
 - *Facteurs de segmentation des marchés de produits* :
 - *Les critères habituels en matières de pharmacie* : classification internationale ATC 3 (indications de traitement), mode de prescription, médicaments génériques/originaux, mode d'administration et posologie (*'formes galéniques'*).
 - b) Produits de consommation courante de soins des yeux :
 - *Facteurs de segmentation des marchés de produits utilisés* :
 - *Type d'enregistrement* : autorisations administratives de commercialisation pour produits médicaux, pharmaceutiques ou aditifs alimentaires ;
 - *Droits de propriété intellectuelle* : brevets protégeant les formules chimiques et emballages des produits concernés ;

- *Classement international ATC 3* qui couvre les produits en cause bien qu'ils ne soient pas toujours qualifiables en 'médicaments' ou 'produits pharmaceutiques'.

2) FTC :

- *Marché des myotiques injectables*, définition donnée d'emblée, sans explications préalables.
- *Explications données dans le document d'aide à l'analyse (analysis)* :
 - *Description des caractéristiques et applications du produit* ;
 - *Question de la substituabilité côté demande à peine effleurée* ;

B/ Marchés géographiques

1) Com. UE :

- a) Produits pharmaceutiques ophtalmologiques :
 - *Marchés de dimension nationale* : conformément à une pratique constante de la Commission en matière pharmaceutique.
- b) Produits de consommation courante de soins des yeux :
 - *Marchés de dimension nationale* :
 - *Habitudes de consommation et préférences marquées au niveau national* ;
 - *Mode d'emploi écrit dans différentes langues sur les emballages d'un État membre à l'autre* ;
 - *Présence locale de nombreux concurrents mineurs*, concurrence fragmentée permise par une distribution nationale des marchés.

2) FTC :

- *Les États-Unis*, sans aucune explication, mais conformément à la pratique décisionnelle de la FTC en matière pharmaceutique.

III. Analyse concurrentielle

N.B. : Un seul marché de produit se trouve défini dans les décisions des deux autorités : celui des myotiques injectables. Seule l'analyse concurrentielle qui lui est relative sera donc exposée ici, puisqu'elle seule présente un intérêt comparatiste.

1) Com. UE :

- *Considérations générales de méthode* : la Commission reprend une répartition des marchés en trois groupes : « groupe 1 » lorsque les parts cumulées des parties sont supérieures à 35% dont plus de 1% imputables au cumul dû à l'opération ; « groupe 2 » lorsque les parties ont moins de 35% de parts de marché cumulées *post* opération mais qu'il ne resterait plus qu'un seul concurrent ; « groupe 3 » lorsque les parties détiennent plus de 35% de parts cumulées *post* opération sans que cette dernière ne soit à l'origine d'une augmentation de plus de 1%. L'ensemble des marchés de produits répondant aux critères ci-dessus est analysé par la Commission, qui les regroupe sous l'étiquette « groupe 1 plus ».
- *Marché des myotiques injectables* :
 - *Description des applications du produit* : chirurgie oculaire, permet la contraction de la pupille pendant l'intervention ;
 - *Les produits des parties sont substituables* ;
 - *Pas de substituabilité côté demande* : aucun autre produit concurrent ne leur est substituable ;
 - *Pas de substituabilité côté offre, barrières à l'entrée des marchés très élevées* : l'une ou l'autre des parties est en situation de monopole, en fonction du marché géographique

concerné. Partant, le seul entrant potentiel sur un marché géographique considéré est la partie à l'espèce qui n'y est pas encore présente. Aucun autre entrant potentiel n'intégrerait le marché suffisamment rapidement pour restaurer la concurrence ;

- *Marchés très concentrés* : une fois leurs parts de marché cumulées, les parties sont en position de monopole, pratiquement sur l'ensemble de l'EEE, plus précisément dans les États membres suivants : Finlande, France, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie, Suède et Royaume-Uni.

→ La Commission fait donc part de ses doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le Marché commun.

2) FTC :

- *Parties à l'espèce en position de monopole post opération*: les parts cumulées des parties s'élèvent à 100% du marché ;
- *Il n'existe aucun produit générique, donc pas de substituabilité côté offre* ;
- *Barrières à l'entrée très élevées* :
 - *Temps* : tout nouvel entrant devrait faire homologuer ses nouveaux produits par l'autorité sanitaire fédérale (FDA), ce qui prendrait plusieurs années ;
 - *Capitaux* : la recherche, la production puis la commercialisation d'un vaccin implique de lourds investissements financiers, dont une grande partie de *sunk costs* ;
 - *Maturité du marché considéré* : le marché en cause est une niche en déclin. Les perspectives de rentabilité pour tout nouvel entrant ne sont donc pas assez bonnes pour justifier de tels investissements.
- *Les parties exercent l'une envers l'autre une contrainte concurrentielle réelle, directe et substantielle* : preuves factuelles que les prix du produit d'une partie étaient contraints et contenus par les prix du produit équivalent de l'autre partie.

→ Création d'un monopole, permettant à l'entité survivante d'exercer un pouvoir unilatéral de marché et d'augmenter les prix facturés aux consommateurs. L'opération est illégale en l'état.

IV. Engagements et décision finale

1) Devant la Com. UE :

- *Novartis s'engage à céder son produit myotique injectable, à l'échelle de l'EEE, ainsi que l'inventaire et les stocks relatifs* ;
- *Les actifs immatériels relatifs au produit cédé doivent également être transférés ainsi que les autorisations de commercialisation, les contrats d'approvisionnement, les listes de clients, etc.* ;
- *Des mesures de transition alternatives permettant la fabrication pour le compte du repreneur des produits considérés au sein de la chaîne de production de Novartis, le temps que l'acquéreur soit en mesure de produire seul.*

2) Devant la FTC :

- *Cession du produit de Novartis à un repreneur agréé par la FTC.*
- *Cette cession s'accompagne des habituels 'services transitionnels' et transferts d'actifs immatériels relatifs au produit.*

V. Conclusion générale

- *Quant à la définition des marchés pertinents.*
 - De décision en décision, on peut observer que la Commission européenne tend à rationaliser de plus en plus son approche des marchés de produits pertinents. En lieu et place de listes exhaustives de définitions, souvent inopportunes dans la mesure où elles ne sont pas toutes reprises, loin s'en faut, dans l'analyse concurrentielle, la Com. UE expose au début de sa décision les critères qui ont présidés à la segmentation de ses

- définitions de marché. Ensuite, la Commission afin son découpage lors de la phase de l'analyse concurrentielle, si besoins est. Cela rend sa méthode indubitablement plus simple à suivre et, partant, ses décisions moins critiquables quant à leur clarté, un temps le tendon d'Achille des analyses de la Commission.
- Si de nets progrès en matière d'accessibilité aux décisions ont été accomplis par la Commission européenne, la FTC ne modifie pas ses habitudes et semble même plus succincte que jamais. En effet, très rares sont les arguments donnés au soutien de sa définition du marché de produits pertinent. Alors que la Commission européenne déploie toute la gamme des facteurs de segmentation et prend le soin d'expliquer les séparations qu'elle opère entre produits proches, souvent sur le fondement de la substituabilité côté demande voire côté offre, la FTC ne procède pas à un tel examen en l'espèce. Du moins n'en fait-elle pas part au lecteur de sa décision. Cela dit, *in fine*, les deux autorités s'accordent sur l'étendue du marché de produits défini dans les deux décisions.
 - La Com. UE reprend le système international de classification ATC 3, comme elle en a l'habitude.
- *Quant aux marchés géographiques pertinents*, la FTC n'explique pas la définition qu'elle adopte. La Com. UE recourt aux instruments d'analyse traditionnels en la matière : coût du transport, barrières réglementaires à l'export, préférences et habitudes de consommation nationales qu'elle prend soin de recouper avec les faits dégagés par l'étude de marché.
- *Quant à l'analyse concurrentielle* :
- *Évaluation de la concentration* : la FTC ne procède pas à beaucoup de tests pour mesurer la concentration du marché en cause : un simple rappel des parts de marché détenues par les parties suffit à dénoncer la création d'une situation de monopole. La Com. UE fait de même ;
 - *Substituabilité côtés offre et demande* : le Com. UE analyse les deux. Côté demande au moyen d'un test SSNIP, côté offre en remarquant qu'aucun autre producteur n'est présent sur le marché et que le seul entre potentiel sur un marché géographique considéré serait l'une des deux parties à l'espèce, selon le cas. La FTC se borne à exposer les caractéristiques des produits et du marché, sans explicitement invoquer la substituabilité des produits ;
 - *Barrières à l'entrée* : les deux autorités s'accordent pour dire qu'elles sont élevées. La FTC propose une analyse plus détaillée des conditions d'entrée, au sein d'un chapitre de sa décision qui leur est dédié, comme elle en a l'habitude. Elle est la seule à invoquer la maturité du marché concerné pour écarter encore un peu plus la possibilité d'une entrée d'un nouveau concurrent. Cette question n'est pas abordée par la Com. UE ;
 - *Méthode* : la Com. UE reprend la classification des marchés de produits pharmaceutiques en trois groupes qui distinguent l'importance des parts de marché des parties et l'augmentation de la concentration imputable à l'opération. Avant même l'analyse concurrentielle, les marchés sont donc classés en fonction du risque concurrentiel qu'ils présentent, sans pour autant être nommément cités, ce qui, comme il a été dit plus haut, améliore la clarté des décisions.
- *Quant aux engagements* : ils sont identiques dans les deux décisions. A noter toutefois, seule la Com. UE laisse la possibilité aux parties de mettre en place un *tolling agreement* le temps que le transfert d'activité soit effectif.

22- Varian / Agilent

Réf. UE : COMP/M.5611

Réf. US : C-4292 091 0135

α/ Historique des procédures

Accord entre les parties : 26.07.2009

- 7) Devant la Com UE :
 - Notification : 23.11.2009
 - Engagements définitifs : 19.01.2010
 - Décision : 20.01.2010
- 8) Devant la FTC :
 - Complaint : 14.05.2010
 - Décision : 25.06.2010

I/ Compétence des autorités

- 7) Com. UE :
 - L'opération consiste en la fusion de Varian avec une filiale d'Agilent spécialement créée pour l'occasion (*special purpose vehicle*). A l'issue de l'opération, Agilent subsistera comme filiale à 100% de Varian, cette dernière en ayant le contrôle exclusif. L'opération est donc une acquisition, concentration au sens de l'art. 3(1)(b) ;
 - Dimension communautaire de l'art. 1(3) ECMR vérifiée, « petite dimension communautaire ».
- 8) FTC :
 - Acquisition de Varian par Agilent pour un montant estimé à 1,5 milliards de dollars.

II/ Définition des marchés pertinents

Les Parties sont actives sur les marchés des instruments de mesures en sciences analytiques et sciences de la vie.

A/ Marchés de produits

- 3) Com. UE :
 - a) Marché des instruments de chromatographie gazeuse :
 - *La Commission segmente plus avant ce marché de produits selon les facteurs suivants :*
 - *Substituabilité côté demande :* les instruments de laboratoire, les « *analyseurs* » (identiques aux précédents mais modifiés pour être adaptés aux besoins particuliers de chaque clients, ils sont significativement plus chers) et les instruments portables (ou « *micro* ») présentent des caractéristiques techniques qui les destinent à certains types d'applications (mobilité, notamment) et des différences de prix qui ne les rendent pas interchangeables aux yeux des consommateurs ;
 - *Les canaux de distributions et les forces de ventes sont spécialisés par type d'appareils ;*
 - *Pas de segmentation plus fine fondée sur le type consommateur achetant le produit, i.e. grossiste personnalisant les instruments ou consommateur final, puisque les prix pratiqués sont les mêmes.*

- Le marché considéré se subdivise en trois marchés de produits distincts :
- *Marchés des instruments de chromatographie gazeuse en laboratoire ;*
 - *Marchés des instruments de chromatographie gazeuse personnalisés ;*
 - *Marchés des micro instruments et instruments portables de chromatographie gazeuse.*
- *Les consommables et logiciels relatifs aux instruments susmentionnés ne constituent pas de marchés séparés, puisqu'ils sont généralement fournis par le producteur des instruments.*

b) Marché des instruments haute performance de chromatographie liquide :

Ce marché n'est *pas défini par la FTC*, il ne sera donc pas évoqué plus longuement ici. La Commission européenne, de toute façon, *laisse la définition de ce marché ouverte* puisqu'aucuns *doutes sérieux* n'apparaissent après analyse concurrentielle des effets de l'opération sur ce marché.

c) Marché des instruments de chromatographie gazeuse couplée à la spectrométrie de masse :

- *Les facteurs de segmentation utilisés par la Commission sont exactement les mêmes que pour le marché a).*
- *Pas de substituabilité côté demande* : les caractéristiques techniques propres à chaque type d'instruments et les différences de prix significatives destinent chaque type à un usage spécifique. Ils ne sont donc pas interchangeables ;
 - *Pas de substituabilité côté offre* : conclusion de l'étude de marché, sans que les fondements de cette conclusion soient exposés ;

→ Le marché peut donc être subdivisé en trois marchés de produits pertinents :

- *Instruments à quadrupole simple ;*
- *Instruments à quadrupole triple ;*
- *Instruments de type « ion trap ».*

d) Instruments de chromatographie gazeuse couplée à la spectrométrie de masse :

Marché non défini dans la décision de la FTC. Aucuns *doutes sérieux* de la Commission européenne au stade de l'analyse.

e) Instruments de spectrométrie de masse à couplage plasma inductif :

- *Mêmes facteurs de segmentation que précédemment.*
- *Ce marché constitue un marché séparé d'autres types d'appareils similaires.*

4) FTC :

- *La FTC définit les marchés de produits a), c) et e) tels qu'ils sont exposés au 1), en ne donnant qu'une description sommaire des caractéristiques et applications des produits en cause ;*
- *Le document d'aide à l'analyse de la décision de la FTC rapporte l'utilisation des critères de segmentation des marchés de produits suivants :*
 - *Substituabilité côté demande* : en raison des caractéristiques et applications propres à chaque produit, telles que perçues par les consommateurs ;
 - *Recours automatique au test du monopoleur hypothétique.*

B/ Marchés géographiques

3) Com. UE :

- *Les marchés de produits définis sont de la dimension de l'EEE pour les raisons suivantes :*
 - *Importance de la présence locale du producteur (service après vente, formation, etc.) ;*

- Présence de filiales de distribution au niveau local vérifiée dans les faits ;
 - Les prix et stratégies marketing diffèrent d'une région du globe à une autre, entre les États-Unis et l'Europe notamment ;
 - Concurrents inégalement présents sur les différentes régions du monde (certains ne sont présents qu'en Asie, notamment) ;
- Les marchés de produits considérés ne sont donc pas de dimension mondiale, malgré la centralisation de la production et le bas coût de transport comparé à la valeur du produit.
- Les consommateurs européens disent n'avoir aucun problème à acheter les produits en cause dans un autre État membre si le producteur n'est pas présent dans leur pays ;
 - Il n'existe aucune différence de prix d'un État membre à l'autre, ni aucune barrière réglementaire ;
 - Les concurrents actifs sur le secteur sont présents de manière uniforme sur le territoire de l'EEE ;

→ Les marchés sont donc de la dimension de l'EEE.

4) FTC :

- *Marchés de la dimension des États-Unis*, en raison, notamment, de l'importance de l'assistance locale fournie aux consommateurs, en l'absence de laquelle un consommateur étatsunien ne choisira un autre fournisseur.

III/ Analyse concurrentielle

N.B. ne seront reprises ici que les définitions de marchés de produits communes aux deux autorités.

4) Com. UE :

a) Marché des instruments portables de chromatographie gazeuse :

- *Les deux parties sont les leaders du marché* : de 2006 à 2008, les parties détiennent une part de marché cumulée de 80-90%, tant en valeur qu'en volume ;
- *La part de marché cumulée des parties post opération est en elle-même une preuve de la création d'une position dominante* ;
- *Les quelques concurrents restants seraient exclus du marché* ;
- *Barrières à l'entrée élevées* : processus de miniaturisation long et coûteux, importants *sunk costs*.

→ *Doutes sérieux de la Commission.*

b) Marché des instruments de chromatographie couplée à la spectrométrie de masse à quadrupole triple :

- *Varian détient la plus forte part de marché des concurrents actifs dans l'EEE* : 40-50% en volume, 30-40% en valeur ;
- *Part de marché détenue par Agilent inconnue, mais présomption d'élimination par l'opération du concurrent de Varian le plus sérieux* : mais les caractéristiques techniques de son produit et la réputation de la marque conduisent la Commission à penser qu'Agilent aurait été le concurrent le plus sérieux de Varian ;
- *Faible substituabilité côté offre* : des consommateurs ont changé de fournisseur dans le passé. Mais le processus de requalification client est long et coûteux. Agilent est le seul acteur à avoir intégré le marché avec succès ces dernières années, les barrières à l'entrée sont élevées (recherche, homologation, *sunk costs*), il est donc peu probable qu'un nouvel entrant puisse rétablir la concurrence dans un délai raisonnable.

→ *Doutes sérieux de la Commission.*

c) Marché des instruments de spectrométrie de masse à couplage plasma inductif :

- *Parts cumulées des parties importantes* : 40-50% du marché ;
- *Réduction du nombre de concurrents de quatre à trois* ;
- *Très hautes barrières à l'entrée* : importance de la réputation du fournisseur ainsi que des relations commerciales à long terme, technologies très complexes ;
- *Faible substituabilité côté offre* : les consommateurs préfèrent ne pas changer de fournisseur dans la mesure du possible, tant la formation et le service après vente sont importants ;
- *Les parties sont de proches concurrents* : bien que les spécifications techniques de leurs appareils diffèrent légèrement, l'enquête de marché rapporte que dans les faits les parties répondent aux mêmes appels d'offres.

→ *Doutes sérieux* de la Commission.

5) FTC :

a) Marché des instruments micro/portables de chromatographie gazeuse :

- *Les parties sont les deux seuls concurrents du marché avec 75% et 25% en terme de revenus* ;
- *Création d'un monopole post opération.*

→ Fort risque d'augmentation des prix et de réduction de l'innovation.

b) Marché des instruments de chromatographie couplée à la spectrométrie de masse à quadrupole triple :

- *Les parties détiendraient une part de marché cumulée post opération de plus de 48% des revenus réalisés sur le marché* ;
- *Le nombre de concurrents passerait de quatre à trois* sur un marché où les ventes se réalisent en répondant à des appels d'offres.
- *Répartition de la concurrence légèrement fragmentée* : le concurrent suivant détient 36% de parts et le dernier, 16.

→ Le rythme de l'innovation technique et l'amélioration des services risqueraient de se trouver affectés par l'opération. Grâce à la disparition de Varian comme concurrent, Agilent pourrait augmenter les prix. De plus, un marché ne comprenant que trois concurrents est porteur d'un risque important de coordination.

c) Marché des instruments de spectrométrie de masse à couplage plasma inductif :

- *Marché très concentré* : parts de marché combinées des parties s'élevant à plus de 48% de la valeur du marché ;
- *Varian étant le concurrent le plus agressif sur les prix, Agilent pourra donc les augmenter unilatéralement post opération* ;
- *Répartition de la concurrence quasi identique au marché précédant* ;
- *La coordination tacite entre les trois concurrents restants serait facilitée* ;

d) Barrières à l'entrée (pour tous les marchés considérés) :

- *Investissements considérables nécessaires pour le développement de la technologie* ;
- *Temps et moyens financiers nécessaires pour passer les tests d'homologation imposés par la réglementation étatsunienne* ;
- *Principalement : difficulté à se construire une réputation parmi les clients, plusieurs années sont nécessaire à cet effet.*

→ Aucune entrée ne pourrait advenir suffisamment rapidement pour contrebalancer efficacement les effets anticoncurrentiels de l'opération.

IV/ Engagements et décision finale

5) Devant la Com. UE :

- *Cession de toutes les activités d'Agilent sur le marché III/a), au niveau de l'EEE ainsi que de tous les actifs matériels et immatériels relatifs. Optionnellement, les parties peuvent également transférer certains personnels et contrats de distribution au repreneur ;*
- *Cession de toutes les activités de Varian sur le marché III/b), au niveau mondial, avec les mêmes exigences quant aux droits de propriété intellectuelle et accords commerciaux que précédemment ;*
- *Idem pour le marché III/c), au niveau mondial.*

6) Devant la FTC :

- *Cession des actifs matériels et immatériels de d'Agilent sur le marché III/a), cession des actifs matériels et immatériels de Varian sur les marchés III/b) et c).*
- *Mesures de transition.*