

LUÍS MORAIS

*Advogado e Docente Universitário*

**LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE  
DE CONTRÔLE  
DES CONCENTRATIONS  
ET LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE \***

LE CAS NESTLÉ-PERRIER

---

\* O presente relatório agora publicado com algumas alterações que o autor decidiu por bem introduzir face à revisão, em curso, do regulamento das concentrações, foi apresentado e discutido num Seminário de Política Económica Europeia, orientado pelo Prof. Michel Waelbroeck, conducente à obtenção do grau de Mestre em Direito Comunitário pela Universidade Livre de Bruxelas.



## APRESENTAÇÃO

O presente trabalho que agora se publica corresponde a um dos Relatórios de Mestrado apresentado e discutido com os Professores Michel Waelbroeck e F. Ilkovitz, a quem tanto devo, na Universidade Livre de Bruxelas.

O *Caso Nestlé-Perrier* foi pioneiro por ter sido das primeiras decisões tomadas pela Comissão relativamente às concentrações de dimensão comunitária. Ainda hoje continua a ser um *case study* para aqueles que se debruçam sobre estas matérias quase que intangíveis mesmo para os práticos do direito.

Importa, em meu entender, publicá-lo como se encontrava, dada a sua acuidade, introduzindo apenas algumas alterações relacionadas com o Livro Verde sobre a Revisão do Regulamento n.º 4064/89, relativo às concentrações.

O Autor



## TABLE DES MATIÈRES

|  | Page |
|--|------|
| <b>INTRODUCTION</b>  | 15   |
| <br>   |      |
| <b>I. LA THEORIE DE LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE</b>   |      |
| <br>   |      |
| <b>A. Définition de la dominance oligopolistique</b>   | 17   |
| <br>   |      |
| <b>B. Conditions favorisant la dominance oligopolistique</b>   | 17   |
| B. 1 «The concentration school»  | 18   |
| B. 2 «The coordination school»   | 19   |
| B. 2. 1 <i>Hétérogénéité des produits</i>  | 20   |
| B. 2. 2 <i>La concentration des acheteurs</i>  | 20   |
| B. 2. 3 <i>Les points-témoins</i>  | 21   |
| B. 2. 4 <i>Les caractéristiques des commandes</i>  | 21   |
| B. 2. 5 <i>Les changements technologiques et la croissance<br/>                                  du marché</i> | 21   |
| B. 3 «The contestability school»   | 21   |
| B. 3. 1 <i>Le concept de contestabilité</i>  | 22   |
| B. 3. 2 <i>Les facteurs de la non-contestabilité</i>   | 23   |
| B. 3. 3 <i>Structure interne du marché de contestabilité</i>   |      |
| B. 4 «The cross parry-school»  | 23   |

|  | Page |
|--|------|
| <b>II. LE RÈGLEMENT CEE N° 4064 ET SON APPLICATION</b>                                   |      |
| <b>A. Historique</b>   | 24   |
| <b>B. Le règlement</b>   | 25   |
| B. 1 Applicabilité (articles 1 et 3)   | 25   |
| B. 2 Critères d'appréciation (article 2)   | 25   |
| B. 3 Les étapes de la procédure (articles 4, 6, 7 et 10)                                 | 26   |
| B. 4 Le pouvoir de décision de la Commission (articles 8 et 9)                           | 26   |
| <b>C. L'application du règlement par la Commission</b>                                   |      |
| C. 1 Conditions d'engagement de la procédure   | 27   |
| C. 2 Le marché de référence des produits   | 27   |
| C. 3 Le marché géographique  | 28   |
| C. 4 Evaluation de la compatibilité  | 29   |
| <br>   |      |
| <b>III. LE CAS NESTLÉ-PERRIER</b>  |      |
| <b>A. Chronologie</b>  | 30   |
| <b>B. Analyse de la décision</b>   | 30   |
| B. 1 Les marchés concernés   |      |
| B. 1. 1 <i>Le marché des produits de référence</i>                                       | 30   |
| B. 1. 2 Le marché  | 34   |
| B. 2 Compatibilité avec le marché commun   | 36   |
| B. 2. 1 <i>Les parts de marché</i>   | 36   |
| B. 2. 2 <i>Capacités et portefeuille de sources</i>                                      | 36   |
| B. 2. 3 <i>Les prix</i>  | 37   |
| B. 2. 4 <i>La structure des coûts</i>  | 37   |
| B. 2. 5 <i>Concurrence des producteurs d'eaux locales</i>                                | 37   |
| B. 2. 6 <i>Le pouvoir économique des acheteurs</i>                                       | 38   |
| B. 2. 7 <i>La concurrence potentielle</i>  | 39   |
| B. 2. 8 <i>Effet sur la préservation et le développement d'une concurrence effective</i> | 40   |

|  | Page |
|--|------|
| <b>C. La décision</b>  |      |
| C. 1 L'autorisation sous conditions                                      | 41   |
| C. 2 La réalisation de ces conditions                                    | 41   |
| <b>D. Commentaires</b>   |      |
| D. 1 Lien entre la théorie et les critères utilisés<br>par la Commission | 41   |
| D. 2 Critiques   | 43   |
| <b>IV. ANALYSE CRITIQUE DU RÈGLEMENT N° 4064/89</b>                      | 44   |
| <b>V. CONCLUSION</b>   | 46   |
| <b>VI. ADENDA</b>  |      |
| La révision du règlement sur les concentrations                          | 46   |
| <i>La règle des deux tiers</i>   | 48   |
| <i>Appréciation globale</i>  | 50   |
| <i>De la nécessité de changer?</i>                                       | 51   |
| <i>Chiffre d'affaires</i>  | 54   |
| Conclusions  | 54   |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b>   | 55   |





## INTRODUCTION

*En 1929, Camberlin avait déjà remarqué que dans un oligopole produisant un bien homogène, les firmes prenaient conscience de leur interdépendance et étaient donc capables de maintenir un prix monopolistique sans collusion explicite.*

*La construction du Marché Unique a poussé les firmes communautaires à se repositionner au plan européen. De plus, pour s'assurer une assise sur le marché mondial, elles se sont regroupées pour former des ensembles transnationaux. La mise en oeuvre de ces stratégies mondiales a diminué la capacité du monde politique à contrôler les réalités économiques.*

*En effet, l'anticipation de l'achèvement du marché unique a entraîné une vague importante de restructuration des entreprises européennes. C'est dans un tel cadre qu'il ne faut pas perdre de vue les idées de Camberlin, car elles sont particulièrement d'actualité. Ces restructurations peuvent permettre d'améliorer l'efficacité économique de certains groupes ou alors au contraire, de créer des situations de dominance oligopolistique. Le but du contrôle des concentrations est d'empêcher l'émergence de ces situations hégémoniques.*

*L'accroissement du nombre d'opérations de concentration dans la Communauté nécessitait qu'un contrôle soit effectué pour préserver les conditions de concurrence. La Commission a répondu à ce besoin par un règlement régissant ce contrôle. Notre travail a pour but de décrire ce règlement et d'étudier une de ses applications.*

*Dans la première partie du travail, nous décrirons les différentes théories économiques qui déterminent les conditions favorisant l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique.*

*La deuxième partie du travail sera consacré à la description du règlement CEE N° 4064/89 que régit le contrôle des concentrations.*

*Nous décrirons l'application de ce règlement dans le cas NESTLÉ-PERRIER dans la troisième partie. Nous ferons également le lien entre la théorie vue dans la première partie et les critères utilisés par la Commission pour prendre sa décision.*

*Finalement, dans la quatrième partie, nous ferons une analyse critique de ce règlement et de son application.*

## I. LA THÉORIE DE LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE

### A. Définition de la dominance oligopolistique

On parle de dominance oligopolistique sur un marché lorsqu'un petit nombre de firmes sont dans une position qui leur permet de coordonner leurs actions respectives de telle sorte qu'une ou plusieurs d'entre elles aient la possibilité de se comporter indépendamment des autres concurrents, des fournisseurs et des clients. Pour qu'il y ait dominance oligopolistique, la coordination est nécessaire et de ce fait, une nouvelle entité créée par fusion ou acquisition n'engendra une situation de dominance oligopolistique que si elle coordonne ses actions avec certaines des firmes subsistant sur le marché.

### B. Conditions favorisant la dominance oligopolistique

Nous allons voir dans cette partie les différentes conditions qui favorisent l'émergence et la persistance d'une dominance oligopolistique sur un marché. Généralement, on distingue quatre écoles différentes:

- *The concentration school,*
- *The coordination school,*
- *The contestability school,*
- *The cross-parry school.*

### B. 1. *The concentration school*

Cette école ne tient compte que d'un seul indicateur: le degré de concentration sur un marché. En effet, selon cette école, c'est le degré de concentration qui détermine la possibilité pour des oligopoleurs de coordonner leurs actions respectives. Ce concept implique les deux idées suivantes: d'une part, les incitant à coordonner ils sont d'autant plus importants que le marché est concentré et que les parts de marché des firmes concernées sont identiques. D'autre part, si les firmes ont la possibilité de coopérer, alors la perte de bien-être supportée par les consommateurs augmentera avec la concentration du marché.

L'incitation à la coopération ne suffit pas pour que les firmes coordonnent leurs opérations. En effet, il est nécessaire qu'elles en aient la *possibilité* pratique. La coordination engendre un coût lié à l'échange d'informations nécessaires entre les participants et ce coût augmente de façon combinatoire avec le nombre de participants.

Dans le cadre du contrôle d'une opération de fusion/acquisition, cette école nous suggère donc de prendre en compte trois indicateurs: le niveau de concentration sur le marché concerné, le degré d'inégalité des parts de marché des grandes firmes et le nombre de grandes firmes présentes sur le marché.

Le problème réside dans la fixation de seuils de concentration à partir desquels il y a un risque majeur de voir apparaître une situation de dominance oligopolistique. Quelques études empiriques ont tenté de déterminer la combinaison nombre de firmes/degré de concentration à partir de laquelle il y a incitation et possibilité de coordonner les actions. Leurs résultats sont les suivants:

- Pas de risque de dominance oligopolistique si la coordination nécessite plus de 8 firmes contrôlant 70% du marché (Bain, 1956).
- Pas de risque de dominance oligopolistique si la coordination nécessite plus de 4 firmes contrôlant 50% du marché (Dalton et Penn, 1976; Geithman et al., 1981).
- Avec un oligopole de plus de 3 firmes, la coordination a peu de chances d'apparaître (Bresnahan et Reiss, 1991).

La disparité des résultats montre bien la difficulté à établir un seuil théorique. Même si l'on arrive à fixer un tel seuil, un problème important subsiste encore. Il faut savoir laquelle des deux situations suivantes sera la plus dommageable pour l'état de la concurrence sur le marché: une opération

de fusion/acquisition qui augmente très peu le degré de concentration mais dépasse le seuil critique ou une opération de fusion/acquisition qui augmente très fort la concentration mais sans toutefois dépasser le niveau critique. Selon cette école, c'est la première situation qui n'est pas souhaitable. En effet, il faut tenir compte de l'impact d'une fusion/acquisition sur le bien-être des consommateurs. Pour une même augmentation du degré de concentration, cet impact sera d'autant plus important que le niveau de concentration initial est élevé. De ce fait, une opération de fusion/acquisition sera d'autant plus "suspecte" que le marché concerné est fortement concentré au départ.

Toutefois, il ne faut pas négliger *l'effet d'apprentissage* engendré par les fortes augmentations de concentration (même sur un marché faiblement concentré au départ) car cet effet permet aux firmes de mieux connaître les fonctions de réaction de leurs concurrents, ce qui augmente la probabilité d'une collusion tacite. De telles opérations de concentration sont donc tout autant "dangereuses".

L'approche développée par cette école offre donc un indicateur intéressant mais elle contient quelques lacunes. Comme nous l'avons déjà expliqué, il est en effet très difficile de fixer un taux critique de concentration. De plus, de récentes analyses empiriques ont montré que dans un certain nombre de marchés, le lien positif entre concentration et profit ne se vérifie pas. Or, c'est l'hypothèse sur laquelle se base cette école.

## B. 2. *The coordination school* <sup>1</sup>

Selon cette école, une forte concentration n'est pas une condition suffisante à l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique. Il existe d'autres facteurs qui caractérisent un marché et qui permettent de déterminer si la coordination entre les firmes est possible. En effet, sur un marché concentré, certaines caractéristiques du marché peuvent rendre la coordination difficile ou au contraire, la faciliter sur un marché peu concentré.

Nous allons présenter quelques-unes de ces caractéristiques en portant notre intérêt sur celles qui se rattachent au cas que nous aurons à étudier par après.

---

<sup>1</sup> Cette école est basée sur les travaux de Fellner (1949): "Competition among few: oligopoly and similar market structures", New-York: Knopf.

### B. 2. 1. Hétérogénéité des produits

Sur un marché où les produits en concurrence sont parfaitement homogènes, la coordination entre oligopoleurs ne pourra porter que sur les prix et sera donc plus facile à mettre en oeuvre. Une opération de fusion/acquisition sera donc d'autant moins suspecte que les produits sont hétérogènes.

Il faut néanmoins faire attention à la notion d'hétérogénéité, car à partir d'un certain degré, une augmentation du marché sera possible et la coordination sera donc susceptible d'apparaître au sein des différentes "niches" créées.

### B. 2. 2. La concentration des acheteurs

Si les firmes font face à des acheteurs qui sont concentrés, c'est-à-dire qui possèdent un certain pouvoir de marché, il y a peu d'incitation à participer à une entente. En effet, en pratiquant des prix supérieurs au prix concurrentiel, il y a un risque de perdre un débouché important, ce qui occasionnerait des pertes conséquentes.

La coordination est donc probable sur un marché où les acheteurs sont fortement concentrés.

Toutefois, cet argument n'est valable que si le client n'encoure aucun coût à changer de fournisseur sans quoi il perdrait sa crédibilité. Dans certains marchés, l'image de marque de certains produits enlève le pouvoir de marché des clients vis-à-vis des producteurs.

### B. 2. 3. Les points-témoins

Certaines pratiques entraînent l'existence de "points-témoins" qui facilitent la coordination tacite sur le marché. Ces points-témoins sont des indications sur les prix que pratique une firme sur le marché (en général, c'est le "price-leader") et représentent donc des informations permettant aux autres firmes de s'aligner. La publication des prix, l'approvisionnement des mêmes clients, etc... sont autant de moyens de connaître la politique de prix des autres entreprises.

L'existence de tels points favorise la coordination entre les firmes qui peuvent facilement détecter ces points.

#### B. 2. 4. Les caractéristiques des commandes

Comme dans le cas précédent, les firmes effectuent un arbitrage entre les gains obtenus en déviant par rapport à la politique de coordination et les pertes si cette déviation est découverte et entraîne une guerre des prix. Lorsque les producteurs font face à des commandes régulières, fréquentes et représentant de faibles quantités, la coordination entre eux sera d'autant plus stable. En effet, une telle situation entraîne une détection rapide de la part des autres membres de l'entente de la moindre déviation.

Si les commandes ont les caractéristiques précitées, la coordination sera d'autant plus facile car il y a peu d'incitants à dévier.

#### B. 2. 5. Les changements technologiques et la croissance du marché

Si la technologie évolue à un rythme rapide, l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique sera peu probable. La raison en est la suivante: une firme qui introduit un nouveau produit suite à une innovation, aura tendance à casser les prix de façon à constituer une base installée suffisamment importante de sorte à empêcher l'entrée ou la concurrence d'un autre produit. Il n'y a pas d'incitant à coordonner les actions puisque le marché atteint rapidement la maturité et les produits sont rapidement remplacés. Ce phénomène est accentué si la demande a un fort taux de croissance car les entreprises veulent se positionner avant que le marché n'atteigne sa maturité.

Cet argument rejoint celui concernant l'hétérogénéité des produits. La situation est différente s'il existe des accords de coopération en matière de R&D, entre autres pour l'élaboration de normes et de standards communs.

### B. 3. *The contestability school*

#### B. 3. 1. Le concept de contestabilité

Selon l'école de la contestabilité, si le degré de concentration et les conditions favorisant la coordination permettent l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique, ceci ne sera dommageable à long terme que si le marché n'est pas contestable. Le concept de *marché contestable* a été introduit comme suit par Baumol en 1982<sup>2</sup>: un marché contestable est un marché sur

---

<sup>2</sup> Baumol W. J., 1982, "Contestable markets: Un Uprising in theory of the industry structure", *American Economic Review*, 72, pp. 1-15.

lequel les firmes peuvent entrer tout à fait librement et sortir sans encourir de coûts. La concurrence peut donc exister sur des marchés de type oligopolistique en raison de la concurrence exercée par les entrants potentiels.

Dans un marché contestable, les firmes ne sont pas protégées des entrants potentiels qui pourraient facilement tenter une action de “hit and run”. En effet, si les firmes existant sur le marché décident de former une entente pour pratiquer des prix non concurrentiels, il y a un incitant important à pénétrer le marché rapidement, à vendre au prix concurrentiel pour faire de gros profits à court terme et quitter ensuite le marché. Dans un marché non contestable, c’est-à-dire où il existe des barrières à l’entrée et à la sortie, une telle action serait non profitable.

### B. 3. 2. Les facteurs de la non-contestabilité

Il y a quatre éléments qui déterminent le degré de contestabilité et donc la menace de voir un entrant potentiel pénétrer sur le marché:

- Le commerce international peut être une source de contestabilité. Dans les marchés où l’importation nécessite d’importants investissements tels que la création d’infrastructures de distribution, des dépenses de marketing..., la menace d’une action de “hit and run” par un importateur est peu crédible. Dans ce cas, une situation de dominance oligopolistique a de fortes chances d’être viable à long terme.
- L’existence de coûts d’entrée élevés et irrécupérables rend l’entrée sur le marché financièrement risquée.
- L’existence d’économies d’échelle empêchera un entrant potentiel d’atteindre une taille suffisante (et donc des coûts suffisamment bas) pour concurrencer les firmes en place et faire face à une éventuelle guerre des prix.
- Si le temps requis pour entrer sur le marché et devenir rentable est trop long, la menace d’une action de “hit and run” n’est plus crédible. En effet, pendant la période d’installation, les firmes en place peuvent coordonner leurs actions et infliger des pertes à l’entrant qui l’obligeront à sortir du marché.

L’existence de ces conditions sont favorables à la création ou au renforcement d’une situation de dominance oligopolistique.



### B. 3. 3. Structure interne du marché et contestabilité

Si les entreprises d'un marché donné produisent des biens différenciés nécessitant des investissements spécifiques, on assistera à une fragmentation du marché en groupes stratégiques. L'existence de ces investissements spécifiques rend le passage d'un groupe à un autre très coûteux et crée donc des barrières à la mobilité au sein du marché, ce qui diminue la contestabilité.

La fragmentation en groupes stratégiques a pour conséquence de réduire le nombre de concurrents directs ainsi que la contestabilité provenant de concurrents indirects. De ce fait, la possibilité d'une coordination dans chaque sous-groupe est grande et ne nécessite pas l'existence de degré de concentration élevé sur l'ensemble du marché en question.

Le contrôle d'une fusion/acquisition dans ce cadre-ci doit donc se faire selon deux axes: le degré de concentration et les barrières à la mobilité au sein du secteur en question. C'est la combinaison de ces deux facteurs qui rend une concentration suspecte ou non. La difficulté réside dans l'identification des différents groupes stratégiques et de la potentialité de l'émergence de tels groupes.

### B. 4. *The cross-parry school*

Selon cette école, une entente entre différentes firmes sera d'autant plus stable que ces mêmes firmes se rencontrent sur différents marchés. Il y a deux phénomènes qui sont observables:

- Une entreprise va créer un réseau (au moyen d'acquisitions) à travers différents marchés où ses concurrents sont également présents. Par ce fait, elle augmente la crédibilité de représailles en réponse à un comportement agressif d'un de ses concurrents directs. Ceci augmente la probabilité d'une collusion tacite et cela permet donc à une coordination d'être viable.
- Le fait que plusieurs firmes se retrouvent sur plusieurs marchés augmente la discipline entre elles. Ceci a pour conséquence qu'une firme n'apparaissant que sur un des marchés concernés se sentira menacée face à ce groupe. Elle aura donc une forte incitation à coopérer avec ces firmes.

Tous ces résultats impliquent que le contrôle d'une fusion/acquisition doit tenir compte des deux éléments suivants: premièrement, une fusion/acquisition qui favorise l'émergence d'une dominance oligopolistique sur un marché sera d'autant plus dangereuse que les firmes concernées se retrouvent également sur d'autres marchés. Deuxièmement, il faut faire attention aux fusions/acquisitions qui augmentent les contacts sur différents marchés entre un nombre restreint de firmes.

## II. LE RÈGLEMENT N° 4064/89 (CEE) ET SON APPLICATION

### A. Historique

Avant l'entrée en vigueur du règlement n° 4064/89, le 21 septembre 1990, la Communauté Économique Européenne ne disposait que de deux outils pour mettre en oeuvre sa politique de la concurrence, à savoir les articles 85 et 86 du Traité de Rome. Une lacune existait donc en matière de contrôle des opérations de concentration car ces deux articles ne permettaient un contrôle des concentrations qu'à *posteriori* (dès qu'une entente ou un abus de position dominante étaient observés). Cette absence ne résultait pas d'un oubli mais d'une volonté historique. En effet, il fallait encourager les entreprises européennes à acquérir une *taille européenne* pour pouvoir faire face aux concurrents étrangers, en particulier aux entreprises américaines et japonaises.

Suite à l'arrêt Continental Can en 1973, la première proposition de règlement concernant le contrôle des concentrations a été soumise au Conseil des Ministres où elle fut accueillie avec peu d'enthousiasme. La Commission a relancé sa proposition en 1987 et a reçu un accueil plus favorable de la part des douze ministres européens. Le texte définitif a été voté à l'unanimité au Conseil du 21 décembre 1989. Il aura donc fallu 17 ans de négociations pour que la CEE se dote d'un outil nécessaire au contrôle des concentrations.

La conception de ce règlement a visé à permettre aux entreprises européennes de renforcer leurs avantages stratégiques vis-à-vis du reste du monde sans toutefois mettre en péril le processus concurrentiel du Marché Unique. En effet, pour la Commission, le maintien d'un haut niveau de concurrence interne est un gain de compétitivité au niveau international.

## B. Le règlement

Dans ce chapitre, nous allons décrire les principales dispositions du règlement n° 4064/89.

### B. 1. *Applicabilité (articles 1 et 3)*

Le règlement s'applique aux opérations de concentration de dimension communautaire. Sont considérées comme opérations de concentration, les fusions ou acquisitions d'entreprises, les prises de participation contrôlante et les créations d'entreprises communes. Ces opérations ont une dimension communautaire lorsque *“le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées, représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus<sup>3</sup> et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par ou moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de 2/3 de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat-Membre<sup>4</sup>”*.

### B. 2. *Critères d'appréciation (article 2)*

La Commission est chargée d'apprécier si les opérations de concentration visées par le règlement sont compatibles ou non avec le Marché Commun. Le règlement énonce certains principes qui constituent des guides dont la Commission devra tenir compte lors de son appréciation. Elle doit *“préserver et développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté”*. Pour ce faire, le règlement propose de tenir compte *“de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et*

---

<sup>3</sup> La façon dont sont calculés les différents chiffres d'affaires est présentée dans l'article 5 du règlement.

<sup>4</sup> Notons que ces seuils doivent être révisés avant la fin de l'année 1994. Vide *adenda* sur la révision du règlement des concentrations.

*économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence*". Une opération de concentration doit être déclarée incompatible avec le marché commun si elle "crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci".

### B. 3. *Les étapes de la procédure (articles 4, 6, 7 et 10)*

Le mécanisme de contrôle des concentrations comprend les éléments suivants:

- Les entreprises concernées doivent introduire une notification préalable à la Commission dans un délai d'une semaine à compter du début de la réalisation de la concentration. Il y a un effet suspensif pendant un délai de trois semaines suite à la notification.
- Trois situations peuvent apparaître suite à la notification: la Commission peut juger soit que l'opération de concentration ne relève pas du règlement, soit qu'elle relève du règlement sans toutefois soulever de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun soit finalement qu'elle relève du règlement et qu'elle soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, dans quel cas, une procédure approfondie sera ouverte.
- Les délais que la Commission doit respecter sont les suivants:
  - La Commission dispose d'un délai d'un mois à partir de la réception de la notification pour engager la procédure d'analyse approfondie de la compatibilité.
  - Elle dispose ensuite d'un délai maximal de quatre mois pour déclarer l'opération compatible ou non avec le marché commun.

### B. 4. *Le pouvoir de décision de la Commission (articles 8 et 9)*

Suite à l'engagement de la procédure approfondie, la Commission peut prendre une des trois décisions suivantes:

- La concentration est jugée compatible avec le marché commun et est donc autorisée.

- La concentration est jugée compatible conditionnellement à la modification du projet initial par les parties concernées.
- La concentration est jugée incompatible avec le marché commun et donc interdite. Au cas où elle aurait déjà été réalisée, la Commission impose alors la déconcentration.

## **C. L'application du règlement par la commission**

### *C. 1. Conditions d'engagement de la procédure*

La Commission doit faire une première distinction entre les mouvements coopératifs et concentratifs. Les premiers tombent sous l'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome, et les seconds sous celle du règlement 4064/89. Cette distinction se fait sur base de l'existence ou non d'un changement de structure durable des entreprises concernées.

Le mouvement concentratif doit avoir pour objet une coordination de comportements non concurrentiels et revêtir une dimension communautaire. Dès ce moment-là, la Commission engage une procédure qui devra déterminer le marché géographique et des produits de référence ainsi que la compatibilité avec le marché commun.

### *C. 2. Le marché de référence des produits*

Le premier problème à résoudre est la détermination du marché de référence. Nous verrons plus tard que cette étape est primordiale pour la décision qui sera prise par la suite. Le marché de référence est le marché où la concurrence produit son impact, c'est donc le marché des produits en cause. A cet effet, la Commission utilise deux critères de base qui sont la substituabilité et les conditions de la concurrence:

- Pour déterminer le degré de substituabilité, la Commission utilise une combinaison de l'optique demande et de l'optique offre. La première considère que le marché de référence est composé de tous les produits qui, du point de vue du consommateur, sont substituables en termes de caractéristiques, prix, utilisation ... La seconde optique analyse la possibilité pour de nouveaux producteurs de se substituer aux producteurs en place.

- Les conditions de la concurrence doivent être prises en compte car des produits techniquement substituables peuvent, de par la structure de l’offre et de la demande, appartenir à différents marchés. Dans le même ordre d’idées, des produits plus ou moins hétérogènes peuvent être considérés comme appartenant à un même marché. Cela sera le cas si par exemple, ils sont distribués à travers les mêmes réseaux de distributions.

### C. 3. Le marché géographique

La Commission a défini le marché géographique comme suit: *“c’est le territoire sur lequel les entreprises concernées sont impliquées dans l’offre ou la demande des produits ou services, dans lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et que l’on peut distinguer de territoires voisins car les conditions de concurrence y sont significativement différentes”*. La détermination du marché géographique résulte d’une évaluation économique qui doit inclure un caractère dynamique. Ce marché peut revêtir un caractère local, régional, national, communautaire voire mondial.

Nous allons maintenant énoncer les indicateurs utilisés par la Commission pour analyser les conditions de la concurrence sur un marché géographique. Ces indicateurs sont les suivants:

- La distribution géographique des parts de marché;
- la distribution géographique des prix relatifs;
- la distribution géographique des principaux fournisseurs;
- les exportations et importations transfrontalières;
- les barrières à l’entrée (fiscales, techniques, réglementaires et culturelles);
- les préférences des consommateurs;
- les coûts de transport;
- les systèmes de distribution;
- la différenciation des produits et des marques;
- l’impact des changements à venir (par exemple: de l’environnement technique ou réglementaire);
- les préférences nationales des acheteurs publics.

Nous remarquons que ces indicateurs feront ressortir des barrières à l’entrée tangibles et non tangibles, ces dernières étant très difficiles à identifier.

L'analyse devra également tenir compte des développements structurels futurs et particulièrement, de l'élimination des entraves au commerce (barrières tarifaires et non tarifaires).

#### C. 4. *Evaluation de la compatibilité*

Une fois que le marché géographique et des produits de référence a été identifié, la Commission doit établir si la concentration créera ou renforcera une position dominante au sens de l'article 2 sur ce marché. Pour ce faire, la Commission procède à l'évaluation de quatre éléments structurels caractérisant le marché de référence identifié:

**La position de la nouvelle entité sur le marché:** Pour apprécier le pouvoir de marché des entreprises qui se concentrent, la Commission calcule les parts de marché et estime les avantages sur les autres concurrents.

**La structure de la demande:** La Commission estime le pouvoir de marché des consommateurs et des autres clients.

**La structure de l'offre:** La Commission estime la force concurrentielle des concurrents subsistant sur le marché.

**La concurrence potentielle:** Finalement, la Commission doit tenir compte de la force de la concurrence potentielle. Celle-ci est déterminée par l'importance des barrières à l'entrée, par la pression des importations ou des produits imparfaitement substituables ainsi que par la possibilité pour les concurrents en place d'augmenter leur capacité de production.

La part de marché est un point très important pris en compte dans l'analyse de l'évolution passée et future des parts de marché, et ce en termes absolus et relatifs par rapport aux concurrents les plus proches. Cette analyse sera complétée par la prise en compte des avantages et désavantages concurrentiels de la firme concentrée par rapport aux concurrents subsistant sur le marché. En outre, la Commission examinera: le pouvoir financier de la firme concentrée, les économies d'échelle, les autres avantages en termes de coût, la gamme de produits, l'accès à la technologie, la position en termes de qualité et de technologie, l'image de marque résultant d'une politique de marketing de longue haleine, l'intégration verticale, etc. ... La combinaison de plusieurs de ces facteurs entraîne la création de barrières à l'entrée.

La pression concurrentielle pousse les firmes à reporter les gains d'efficacité engendrés par la concentration sur les consommateurs. Une telle pression n'existera que si les barrières à l'entrée sont inexistantes. Ceci justifie

l'analyse par la Commission de l'ampleur des facteurs énoncés ci-dessus.

Dans la partie suivante, nous allons donner un exemple d'application de ce règlement en expliquant toutes les étapes de la procédure engagée pour déterminer si une opération de concentration est compatible ou pas avec le marché commun. Le cas étudié est celui de l'acquisition de PERRIER par le groupe NESTLÉ.

### **III. LE CAS NESTLÉ-PERRIER**

#### **A. Chronologie**

Suite à la tentative de prise de pouvoir de EXOR, principal actionnaire du groupe PERRIER par la société d'investissement de G. Agnelli, IFINT, la Banque INDOSUEZ et le groupe NESTLÉ ont créé une filiale commune, DEMILAC, pour lancer une O.P.A. sur 100% des actions du groupe PERRIER. Lors de cette bataille pour la prise de contrôle du fleuron des sources d'eau minérale françaises, de nombreux jeux d'alliance se sont développés. Parmi ces derniers, BSN s'est rallié à NESTLÉ. Cette alliance se basait sur l'accord suivant: NESTLÉ a promis à BSN de lui revendre VOLVIC pour 20% du prix payé pour l'acquisition de PERRIER dans le cas où celle-ci réussirait. Notons qu'ils espéraient que cet accord leur permettrait d'éviter une décision négative de la part de la Commission.

Pour BSN, premier groupe alimentaire français, l'achat de VOLVIC représentait une opération très fructueuse car cela lui permettait de tripler ses réserves d'eau minérale et d'augmenter sa part de marché de 21% (détenue grâce à EVIAN et BADOIT) à 33%.

NESTLÉ, premier groupe alimentaire mondial et propriétaire d'une part de marché des eaux minérales françaises de 14% au travers des marques VITTEL et HEPAR, désirait améliorer sa position sur le marché français et européen. C'est à cette fin qu'il désirait contrôler PERRIER et qu'il a lancé la contre offensive face à Agnelli.

Source PERRIER SA détient 41% du marché des eaux minérales françaises. Outre la fameuse eau de Vergèse, le groupe possède également les marques VOLVIC, CONTREXEVILLE, VICHY, SAINT-YORRE et CELESTIN. Parmi les



actionnaires du groupe PERRIER, on retrouvait EXOR qui détenait 28,7% des parts et devait offrir à Agnelli une porte d'entrée pour le contrôle des sources.

Le 25 février 1992, NESTLÉ a notifié à la Commission le lancement d'une O.P.A. sur la totalité des actions du groupe PERRIER par DEMLAC. NESTLÉ a réussi à obtenir le contrôle de PERRIER<sup>5</sup> mais a dû s'abstenir d'exercer les droits de vote attachés à ses parts conformément à l'effet suspensif consécutif à toute notification. La Commission a déclaré par décision du 25 mars 1992 que cette opération soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et a donc engagé une procédure d'analyse approfondie.

## B. Analyse de la décision

Le 5 décembre 1992 a paru au Journal officiel des Communautés européennes, la décision de la Commission du 22 juillet 1992 relative à la procédure au titre du règlement CEE N° 4064/89 du Conseil engagée dans le cadre de l'affaire Nestlé-Perrier (affaire n° IV/M. 190).

### B. 1. *Les marchés concernés*

#### B. 1. 1. Le marché des produits de référence

Le marché des produits qui a été identifié est celui de **l'eau embouteillée provenant d'une source naturelle**.

Au départ, NESTLÉ considérait qu'il n'existait pas de marché distinct pour l'eau de source embouteillée. Selon eux, le marché concerné était celui des boissons rafraîchissantes sans alcool (en incluant l'eau) car «*la fonction fondamentale de toutes les boissons est d'étancher la soif du consommateur*». Il était dans l'intérêt de NESTLÉ que le marché de référence soit le plus large possible pour camoufler sa position dominante.

La Commission n'a pas été dupe, et par une analyse précise des conditions de l'offre et de la demande, elle a déclaré que les boissons rafraîchissantes sans alcool ne faisaient pas partie du marché de référence.

---

<sup>5</sup> Nestlé disposait d'une option d'achat sur les actions d'Indosuez dans Demilac.

**Les conditions de la demande:** Dans ce cadre, la Commission a analysé les quatre points suivants:

- 1) Motivations des consommateurs dans l'achat d'eau embouteillée provenant d'une source naturelle: il ressortait de différentes enquêtes que les consommateurs justifiaient leurs achats d'eau de source embouteillée par l'image (pureté, propreté, santé, ...) du produit et son caractère naturel.
- 2) Différences dans la composition des produits, leur goût et l'usage prévu: mis à part la différence de goût, les eaux de source sont consommées en grande quantité pour répondre à un besoin alimentaire fondamental alors que les boissons rafraîchissantes sont bues pour *«étancher la soif, mais également afin de se procurer un plaisir gustatif particulier, souvent en société»*.
- 3) Faible élasticité-prix de la demande: trois caractéristiques du marché de l'ensemble des boissons rafraîchissantes ont été prises en compte. A savoir, que les boissons rafraîchissantes sans alcool sont deux à trois fois plus chères que les eaux de source embouteillées; que le marché français des eaux de source embouteillées est caractérisé par une activité intensive en marketing qui a permis aux différentes marques de fidéliser la clientèle par leur image; que les prix des boissons rafraîchissantes ont diminué ces cinq dernières années tandis que ceux des eaux ont augmenté sans que leurs parts respectives de marché ne soient fortement modifiées. Ceci a permis d'établir qu'une forte augmentation des prix des eaux de source embouteillées ne provoquait pas un déplacement de la demande vers les boissons rafraîchissantes non alcoolisées.
- 4) L'opinion des détaillants: la Commission a interrogé certains détaillants qui ont déclaré que selon eux, le marché des eaux de source embouteillées constituait un marché distinct. Ce marché est caractérisé par une forte fidélité des consommateurs vis-à-vis des marques, ce qui implique qu'ils sont obligés de leur offrir les grandes marques nationales et qu'ils n'ont pas la possibilité de leur offrir des substituts.

**Les conditions de l'offre:** Trois points ont été examinés pour déterminer la structure de l'offre:

- 1) Les conditions de production et de commercialisation: Il existe des dispositions réglementaires en France qui obligent les producteurs d'eau

de source à embouteiller à la source. Les producteurs de boissons rafraîchissantes quant à eux peuvent optimiser leur localisation sans contrainte de façon à bénéficier au maximum des économies d'échelle. Pour cela, ils octroient des licences sur leurs marques à des embouteilleurs indépendants. Par contre, l'eau de source ne peut porter que la marque associée à la source dont elle provient. Ces deux contraintes différencient fortement les deux marchés. Il a d'ailleurs été observé par la Commission que les opérateurs sont distincts sur ces deux marchés <sup>6</sup>.

- 2) La politique des prix appliquée par les producteurs: la Commission a observé le même phénomène que précédemment en ce qui concerne les prix (départ usine, hors TVA et sans remise), à savoir que ces prix ont évolué dans des directions opposées. Les prix des boissons rafraîchissantes ont en effet baissé depuis 1987 alors que ceux des eaux minérales ont augmenté. Dans la formation des prix, les producteurs des deux marchés obéissent à des logiques différentes en ce sens qu'ils ne tiennent pas compte des prix fixés sur l'autre marché pour fixer les leurs. De plus, une corrélation négative a été décelée entre les prix des boissons rafraîchissantes et les prix des eaux embouteillées. Toutes ces constatations ont amené la Commission à déclarer que les conditions de concurrence étaient différentes sur ces deux marchés.
- 3) La substituabilité de l'offre: de par la réglementation qui régit l'embouteillage de l'eau de source, un producteur de boissons rafraîchissantes ne pourrait utiliser un excédent de capacité de production à la commercialisation d'eau de source. A cela, NESTLÉ a répondu qu'un tel excédent pourrait être utilisé pour produire de l'eau de robinet purifiée qui serait considérée par les consommateurs comme un substitut parfait à l'eau de source. La Commission n'a pas daigné tenir compte de cet argument vu qu'aucune preuve de l'existence de capacités excédentaires n'a été apportée, et qu'aucun des producteurs de boissons rafraîchissantes n'a tenté d'entrer sur le marché de cette façon et ne compte le faire à court terme. De plus, les caractéristiques de la demande sont telles qu'aux yeux des consommateurs, ces deux produits ne sont pas substituables.

---

<sup>6</sup> Perrier a vendu sa marque de boissons rafraîchissantes OASIS à SCHWEPPEES en 1990 dans le cadre de sa stratégie de spécialisation dans les eaux de source.

En conclusion, la Commission a décidé de considérer le marché des eaux de sources distinctement de celui des boissons rafraîchissantes non alcoolisées du fait de la non-substituabilité de ces deux types de produits au niveau de l'offre (formation et structure de prix différentes) et de la demande (perception différente de par leur image).

#### B. 1. 2. Le marché géographique de référence

Le marché géographique de référence identifié par la Commission est **la France**. Selon NESTLÉ, les régions limitrophes à la France telles la Belgique et quelques régions de l'Allemagne devaient être prises en compte. La raison invoquée était que sa politique de prix en France doit tenir compte de la menace d'importations parallèles en provenance de ces régions. Cet argument a été rejeté par la Commission. Cette dernière a utilisé les éléments que nous allons énoncer pour démontrer que le comportement concurrentiel de la nouvelle entité n'est soumis à aucune contrainte étrangère sur le territoire français.

**Les conditions de concurrence dans la communauté:** Trois éléments ont permis de déterminer que les conditions de concurrence étaient fondamentalement différentes à travers la Communauté.

- 1) La demande ne présente pas les mêmes caractéristiques selon les régions car la consommation d'eau de source répond à des habitudes différentes.
- 2) Les flux d'échanges sont très faibles au sein de la Communauté car l'eau de source embouteillée est un produit de faible valeur mais important en volume, ce qui rend son coût de transport particulièrement élevé. Les marchés sont donc principalement régionaux.
- 3) L'offre est très morcelée dans la plupart des Etats. En effet, il n'existe en Europe aucune société comparable en taille aux trois grands producteurs français. Seule la Belgique possède un marché fortement concentré (SPADEL et CHAUDFONTAINE) mais celui-ci est de très petite taille par rapport au marché français.

**Les exportations françaises et la menace d'importations parallèles:**

Les importations parallèles sont peu probables. En effet, la combinaison des trois facteurs suivants rend les importations parallèles non rentables:

- 1) Le contrôle par les grands producteurs français des quantités exportées (les exportateurs sont des filiales des producteurs).
- 2) Les prix dans les régions limitrophes sont supérieurs aux prix pratiqués en France.
- 3) Outre le prix plus élevé à payer, l'exportateur parallèle aurait à supporter des frais de reconditionnement et de transport élevés.

**Barrières à l'entrée isolant le marché français:** Il existe de nombreuses barrières à l'entrée sur le marché français qui isolent ce marché du reste de la Communauté.

- 1) **Absence d'importations:** La Commission n'a observé aucun flux significatif d'exportation vers le marché français, et ce malgré l'inexistence de barrières tarifaires et/ou légales. D'ailleurs, SPADEL qui possède des sources proches du marché français et qui pourrait bénéficier d'avantages au niveau des coûts de transport, n'exporte qu'une quantité négligeable d'eau de source en France <sup>7</sup>.
- 2) **Logistique de la distribution:** Les clients ont développé une logistique basée sur le transport par chemin de fer qui n'a été adoptée que par les producteurs français. Si elles voulaient exporter sur le marché français, les firmes étrangères devraient utiliser le transport par camion car elles ne produisent pas un volume d'eau suffisant pour utiliser le transport ferroviaire (qui est plus compétitif).
- 3) **Accès à la distribution:** Il est difficile d'avoir accès aux réseaux de distribution car ceux-ci sont arrivés à saturation.
- 4) **Dépenses publicitaires:** Les trois grands producteurs français ont acquis une image de marque très importante au niveau national grâce à une politique intensive de publicité. Ils ont ainsi réussi à fidéliser la clientèle aux différentes marques proposées. L'introduction d'une nouvelle marque serait particulièrement risquée car elle nécessiterait un investissement à fonds perdus long et coûteux en publicité.
- 5) **Autres barrières à l'entrée:** Le degré de concentration de NESTLÉ, PERRIER et BSN est une barrière en soi (82% en valeur). Ces cinq

---

<sup>7</sup> SPADEL exporte principalement des canettes d'eau pour les distributeurs de Coca-Cola.

dernières années, quinze tentatives d'entrée sur le marché français ont été observées. Seules quatre de ces sociétés sont encore présentes, dont deux sont contrôlées par BSN (FERRARELLE) et PERRIER (SAN PELLEGRINO). Une preuve supplémentaire de la difficulté d'entrer sur le marché français, est que SPADEL a définitivement décidé d'orienter ses exportations vers le marché britannique.

## B. 2. *Compatibilité avec le marché commun*

La compatibilité avec le marché commun a été analysée sur base du marché de référence déterminé ci-dessus, à savoir **le marché français de l'eau de source embouteillée**. La Commission a également tenu compte de l'existence de l'accord conclu entre NESTLÉ et BSN pour la revente de VOLVIC. L'analyse de la Commission comporte huit points que nous allons exposer ci-dessous:

### B. 2. 1. Les parts de marché

Les parts de marché utilisées sont celles exprimées en valeur et non en volume car celles-ci reflètent mieux la puissance des grands producteurs. De plus, leur estimation est plus facile. Le marché est déjà fortement concentré et la nouvelle entité créée renforcera cette concentration. Les deux producteurs restant contrôleraient effectivement 82,4% du marché <sup>8</sup> alors qu'auparavant, ils étaient trois à se partager ces 82,4% du marché.

### B. 2. 2. Capacités et portefeuille de sources

PERRIER possédait les capacités de production les plus importantes du marché français. Après l'acquisition de PERRIER par NESTLÉ et la revente de VOLVIC à BSN, ces deux producteurs posséderaient des réserves supérieures au volume du marché, ce qui leur permettrait de faire face à tout accroissement de la demande. Cette réorganisation des sources entre NESTLÉ et BSN leur permettrait d'améliorer leur gamme de produits. A un tel point, qu'aucun producteur local ne posséderait de sources en nombre et taille comparables aux leurs.

---

<sup>8</sup> Les chiffres exacts des parts de marché des différents producteurs n'ont pas été publiés au Journal Officiel pour des raisons de confidentialité.

### B. 2. 3. Les prix

La Commission a remarqué qu'une coordination tacite existait entre les trois producteurs nationaux et que le leader était PERRIER. En effet, les prix n'ont cessé d'augmenter et chaque augmentation de prix effectuée par un producteur était suivie par les autres. Cette très faible concurrence en prix a été rendue possible grâce aux mécanismes<sup>9</sup> de transparence mis en place par ces trois producteurs. Les prix pratiqués sont d'ailleurs supérieurs au prix concurrentiel de par la faible élasticité croisée de la demande et la capture des détaillants par les producteurs.

### B. 2. 4. La structure des coûts

L'obligation d'embouteiller à la source ainsi que l'inexistence de progrès technique empêchent les producteurs de bénéficier d'économies d'échelle. De ce fait, les trois producteurs nationaux ont des structures de coût similaires et aucun d'entre eux n'est incité à avoir une politique agressive vis-à-vis des deux autres. Notons également que les coûts de transport sont supportés par les clients.

### B. 2. 5. Concurrence des producteurs d'eaux locales

NESTLÉ et BSN affirmaient que les producteurs locaux exercent une contrainte concurrentielle sur le marché de l'eau. La Commission a rétorqué que les petits producteurs locaux n'ont pas un pouvoir de marché suffisant pour empêcher les producteurs nationaux d'augmenter leurs prix. Ceci est prouvé par l'évolution des prix que nous avons déjà décrite. La concurrence qui existe entre les petits producteurs n'influence en rien la politique de prix des gros producteurs. L'objectif des petits producteurs est de compléter la gamme de produits offerts par les trois producteurs nationaux et sûrement pas de la concurrence. Ces producteurs sont des petites sociétés dispersées, nombreuses et indépendantes qui ne possèdent pas de parts de marché ni de puissance financière individuelles suffisamment importantes pour rivaliser avec les trois gros producteurs nationaux.

---

<sup>9</sup> Publication des prix avec les rabais, approvisionnement des mêmes clients qui donnent beaucoup d'informations, communications des volumes de ventes à la Chambre syndicale des eaux minérales, etc.

## B. 2. 6. Le pouvoir économique des acheteurs

Selon NESTLÉ, les gros détaillants sont fortement concentrés et possèdent donc un pouvoir de marché considérable. La Commission a reconnu que la concentration des acheteurs était élevée car les dix plus gros acheteurs représentent environ 70% du chiffre d'affaires des trois producteurs nationaux. Seulement, la concentration des producteurs lui est supérieure, ce qui leur permet d'adopter plus facilement «*un comportement parallèle anti-concurrentiel*». De plus, la part individuelle de ces dix acheteurs varie de 1,9% à 11,6% du chiffre d'affaires total de NESTLÉ. Ils n'ont donc pas tous le même poids. Ceci est confirmé par le fait que les rabais accordés diffèrent fortement d'un acheteur à l'autre. Leur pouvoir n'est donc pas similaire.

Il était également important d'analyser la position des petits détaillants et des grossistes. Contrairement aux gros acheteurs, ces derniers ont très peu de poids. La fidélité des consommateurs par rapport aux grandes marques nationales entraîne une dépendance des détaillants. Comme nous l'avons déjà souligné, ils ne peuvent se permettre de ne pas vendre ces grandes marques. Après le rachat de PERRIER par NESTLÉ, ils deviendraient donc encore plus dépendants puisque seulement deux producteurs subsisteraient sur le marché. Le seul pouvoir de négociation qu'ils détiennent est associé à la possibilité qu'ils ont de retirer des marques de leur catalogue. Mais cette menace n'a eu aucun effet disciplinaire sur les deux producteurs et n'a d'ailleurs pas permis aux détaillants de contrer l'évolution à la hausse des prix. Il apparaît clairement que ces derniers n'exercent aucune contrainte concurrentielle sur les grands producteurs nationaux. La concentration ne ferait qu'accentuer cet état de fait.

NESTLÉ a tenté de minimiser la dépendance des détaillants en comparant la part importante des eaux embouteillées dans son chiffre d'affaires et la part dérisoire des eaux embouteillées dans les ventes d'un détaillant (1%). Seulement, un détaillant qui perd un client car il ne vend pas les grandes marques d'eau, perdra tous les achats de ce client. Cet argument n'est donc pas pertinent.

La conclusion de toutes ces considérations est que les détaillants ne possèdent pas un pouvoir de marché suffisant pour contrer la puissance des producteurs nationaux. La concentration limiterait encore plus ce pouvoir et augmenterait la dépendance des détaillants en réduisant à deux les sources d'approvisionnement.



### B. 2. 7. La concurrence potentielle

Toujours selon NESTLÉ, étant donné la croissance importante de la demande du marché des eaux embouteillées, la concurrence potentielle est constituée des divers producteurs de boissons et de produits alimentaires. De plus, NESTLÉ a mentionné sa crainte de voir arriver sur le marché les producteurs français locaux et étrangers à cause du nombre important de sources existant en France.

Pour évaluer la concurrence potentielle, la Commission a regardé si de nouvelles sociétés, ayant une puissance suffisante pour limiter le pouvoir des deux producteurs subsistants, pouvaient pénétrer le marché. Ce qui importe, c'est la probabilité que ces firmes puissent limiter la hausse des prix. De plus, il faut que cette entrée puisse se faire dans un délai très court.

Le résultat de l'étude est que la concurrence potentielle est fortement limitée en raison des barrières et des risques à l'entrée que nous allons citer:

- 1) La croissance de la demande en France est plutôt restreinte.
- 2) Au niveau de la gamme de produits et des marques, le marché français est arrivé à maturité. La notoriété des firmes en place est telle que les consommateurs sont fidélisés et ont donc une très faible élasticité des prix croisée pour les eaux locales. L'introduction d'une nouvelle marque est particulièrement risquée car cela demande des dépenses considérables de publicité et de promotion qui sont irrécupérables en cas d'échec. Notons que le temps qu'une telle entreprise demanderait est extrêmement long.
- 3) Les rabais offerts par les producteurs ont pour objectif de fidéliser leur clientèle et constituent donc une barrière supplémentaire à l'entrée. Un nouveau producteur devrait effectivement offrir des rabais proportionnellement plus grands.
- 4) La concentration en elle-même est également une barrière car les quelques producteurs présents sur le marché peuvent se concerter facilement pour défendre leur position. La preuve en a été faite par la réaction de NESTLÉ et de BSN face à l'annonce de O.P.A. par IFINT sur EXOR.
- 5) Finalement, au niveau de la concurrence potentielle exercée par les producteurs étrangers, nous avons déjà vu qu'elle est négligeable.

Aucune concurrence potentielle pouvant limiter la puissance des producteurs français n'a donc pu être décelée.

B. 2. 8. Effet sur la préservation et le développement d'une concurrence effective

### **Réalisation de la vente de VOLVIC à BSN: Dominance duopolistique**

En raison de toutes les raisons exposées ci-dessus, la Commission a conclu que cette opération résulterait en la création d'une situation de dominance duopolistique. La concurrence effective sur le marché français des eaux embouteillées serait donc significativement entravée. C'est d'ailleurs la première fois que la Commission a appliqué le règlement à une situation de dominance oligopolistique. Tous les cas précédents relevaient de situations de dominance monopolistique. NESTLÉ a d'ailleurs tenté d'échapper au règlement en soutenant que celui-ci n'est applicable qu'aux situations de dominance monopolistique. Dans ce cas de duopole, la Commission a jugé que NESTLÉ et BSN étaient en mesure de maximiser leur profit conjoint. Le fait que les deux entités soient de même taille, aient les mêmes coûts, que le marché français soit très concentré et très transparent, qu'il n'y ait aucune concurrence potentielle, *«facilite les comportements parallèles anti-concurrentielles conduisant à des abus collectifs»*.

Notons que cette opération de concentration réduit le nombre d'opérateurs sur le marché de deux à trois mais elle fait surtout disparaître un opérateur qui possédait d'énormes réserves de capacités et qui vendait quantités les plus importantes.

### **Pas de vente de VOLVIC à BSN: Dominance monopolistique**

Sans la vente de VOLVIC à BSN, NESTLÉ serait beaucoup plus puissant que son plus proche rival puisqu'il posséderait la quasi-totalité des marques d'eau de source embouteillée. BSN a atteint sa capacité maximale de production, ce qui lui enlève toute tentation agressive vis-à-vis de NESTLÉ. Ces deux sociétés se rencontrent sur d'autres marchés dans le secteur agro-alimentaire et ceci réduit encore plus le pouvoir de pression de BSN. De ce fait, NESTLÉ peut s'approprier une rente de monopole sans contrainte.

Dans les deux cas, la concentration créerait donc une dominance oligopolistique de nature à entraver de manière significative une partie substantielle du marché commun.

## **C. La décision**

### *C. 1. L'autorisation sous conditions*

Sous réserve de la réalisation de certaines conditions, la Commission a déclaré l'opération de concentration notifiée par NESTLÉ SA, le 25 février 1992, relative à l'acquisition du contrôle de SOURCE PERRIER SA comme étant compatible avec le marché commun. En effet, la concentration est autorisée si un troisième producteur, capable de rivaliser avec BSN et NESTLÉ, apparaît sur le marché français.

A cet effet, NESTLÉ s'est engagé à modifier le projet initial. NESTLÉ a effectivement promis qu'après le rachat de PERRIER, elle vendrait les marques suivantes à un concurrent viable pouvant exercer une concurrence effective: VICHY, THONON, PERVAL, SAINT-YORRE et un certain nombre d'autres eaux de source. Le choix de ce concurrent est soumis à des conditions strictes d'indépendance vis-à-vis de NESTLÉ, PERRIER et BSN, et doit recevoir l'assentiment de la Commission. Tant que n'apparaît pas le troisième concurrent, NESTLÉ doit gérer séparément les actifs de PERRIER et ne peut en modifier la structure sans l'accord préalable de la Commission. Cela implique le retardement de la revente de VOLVIC à BSN. En outre, NESTLÉ a accepté de ne fournir aucune information antérieure à un an sur ses volumes de vente. La vente doit se réaliser dans un délai tenu secret, fixé par la Commission, sans quoi celle-ci révoquera sa décision de compatibilité.

### *C. 2. La réalisation de ces conditions*

Début février 1993, NESTLÉ a fait savoir à la Commission que le producteur français de boissons CASTEL était disposé à racheter les sources à vendre sauf PIERVAL. Suite à l'avis négatif de la Commission sur cet accord, une renégociation entre NESTLÉ et CASTEL a abouti à l'annonce, le 23 février 1993, de la vente de PIERVAL à CASTEL. La Commission n'a pas encore rendu son avis mais il est fort probable que celui-ci soit positif.

## **D. Commentaires**

### *D. 1. Lien entre la théorie et les critères utilisés par la Commission*

Comme nous l'avons déjà dit, le cas NESTLÉ-PERRIER est le premier où le règlement s'applique à une dominance oligopolistique. Nous ne pensons

pas qu'il s'agisse là d'une déviation par rapport au règlement comme NESTLÉ voulait le faire croire. La création d'un oligopole étroit n'est pas une condition suffisante pour interdire une concentration, encore faut-il qu'elle aie un impact négatif sur la concurrence, ce qui est le cas ici.

Les éléments qui ont joué un rôle décisif dans l'analyse de la Commission sont les suivants:

- La non-substituabilité des boissons rafraîchissantes dans la détermination du marché des produits.
- Les barrières à l'entrée, les habitudes de consommation et la différenciation des marques, les coûts de transport et les caractéristiques du système de distribution dans la détermination du marché géographique.
- L'élimination du plus proche concurrent et le renforcement de la concentration des producteurs, ainsi que leur gamme de produits et leur image de marque dans la détermination de l'incompatibilité.

L'analyse effectuée par la Commission tient compte des apports théoriques que nous avons décrit dans la première partie du travail. Nous allons voir maintenant quelles sont les conditions théoriques qui ont été utilisées pour effectuer l'analyse du cas NESTLÉ-PERRIER:

**Critères de la *concentration school*:** Le degré de concentration du marché de référence et l'égalité des parts de marché des entreprises concernées ont été pris en compte pour voir si il y avait un risque que l'opération de concentration n'entrave la concurrence sur ce marché.

**Critères de la *coordination school*:** Différents facteurs théoriques favorisant la coordination ont été décelés dans le cas NESTLÉ-PERRIER:

- *Homogénéité du bien*: L'eau de source embouteillée par les trois gros producteurs est un bien totalement homogène et comme nous l'avons vu cet aspect facilite la coordination entre les firmes puisque cette coordination ne pourra porter que sur les prix.
- *Concentration des acheteurs*: Les gros acheteurs sont fortement concentrés mais leur pouvoir est miné par la notoriété des trois grandes marques.
- *Les points-témoins*: Nous avons vu que ces points-témoins favorisent la coordination entre les firmes et c'est ce qui apparaît dans le cas que nous avons étudié.

- *Le progrès technologique*: Comme la théorie le prédit, l'absence de progrès technologique favorise l'émergence d'une position dominante. Le marché de l'eau de source embouteillée est en effet caractérisé par un très faible progrès technologique, ce qui limite la concurrence potentielle.

**Les critères de contestabilité**: La Commission a déterminé que le marché de l'eau de source embouteillée était un marché non-contestable et donc sur lequel il est possible de pratiquer des prix non-concurrentiels. La non-contestabilité a pu être établie grâce à l'absence d'échanges internationaux, à l'existence de coûts d'entrée à fonds perdus élevés (marketing, ...) et par le temps requis à l'installation.

**Les critères de la *cross parry school***: Les critères de cette école n'ont pas été utilisés pour établir la décision malgré l'existence de liens entre NESTLÉ et BSN sur différents marchés. Ceci aurait pu être utilisé pour renforcer la présomption qu'une coordination entre ces deux firmes serait très facile après l'opération de concentration.

## D. 2. *Critiques*

La Commission, lors de son enquête sur les conditions de la concurrence sur le marché, a décelé que même avant la concentration, le marché français de l'eau de source était caractérisé par un triopole au sein duquel la concurrence était considérablement affaiblie.

Ce qui nous paraît pour le moins surprenant, c'est que malgré cet avis, et après avoir démontré qu'il y avait:

- Une collusion tacite sur les prix;
- un *price-leader*: PERRIER;
- un niveau de prix pratiqué par ces firmes supérieur au niveau concurrentiel, la Commission déclare qu'avant la concentration, NESTLÉ, PERRIER et BSN n'exerçaient pas une dominance oligopolistique. Or selon nous, le comportement de ces trois firmes aurait du tomber depuis longtemps sous le coup des articles 85 et 86 du Traité de Rome pour pratiques concertées et abus de position dominante.

C'est peut-être pour faire oublier l'absence d'une telle procédure que la Commission a voulu se montrer sévère envers NESTLÉ en choisissant le marché de référence le plus restreint possible. Toutefois est-il que l'on est parti d'un triopole à la limite de la légalité pour aboutir à un nouveau triopole qui se dépêchera de reprendre les pratiques abusives de son prédécesseur.

#### **IV. ANALYSE CRITIQUE DU RÈGLEMENT N° 4064/89**

De nombreuses critiques se sont élevées envers la réglementation et son application. Ce fut principalement le cas après un certain nombre de décisions litigieuses. Parmi celles-ci, nous ne citerons que les cas suivants:

- 1) TETRA PAK/ALFA LAVAL: TETRA PAK a été condamné pour abus de position dominante suite au rachat du brevet d'un nouveau système d'emballage, sans intention de l'exploiter, mais dans le seul but d'empêcher la concurrence. Par contre, TETRA PAK, détenteur de 90% du marché des emballages conditionnés, ne fut pas condamné lorsqu'il a acquis son seul concurrent, ALFA LAVAL.
- 2) AEROSPATIALE-ALENA/de HAVILLAND: Jusqu'à présent, il s'agit là de la seule affaire ayant mené la Commission à interdire la concentration. C'est également la plus controversée. La Commission a vu dans cette concentration le risque de l'émergence d'une position dominante durable. C'est principalement le choix du marché de référence qui fut critiqué, or ce choix détermine bien souvent la décision finale. Le fait est que d'autres analyses de ce cas, fondées également sur des critères de concurrence et sur des réalités objectives, auraient pu conduire à un résultat différent.
- 3) MITSUBISHI/UNION CARBIDE: Dans cette opération, aucune intégration n'avait lieu, elle aurait donc dû tomber sous l'application de l'article 85. En tant qu'entente, cette opération aurait vraisemblablement reçu un avis négatif, tandis que dans le cadre du règlement sur les concentrations, elle a été jugée compatible avec le marché commun.

Ce que ces exemples nous montrent, c'est qu'il n'existe aucune sécurité juridique pour les entreprises. Le fait que le règlement énumère une série de critères, applicables au bon vouloir de la Commission et au gré des pressions, introduit une forte incertitude. Or, dans des phases de restructuration rapide,

les entreprises ont besoin de pouvoir s'appuyer sur un cadre juridique précis et stable. C'est un outil juridique formalisé qui est nécessaire, et non un règlement énumérant une procédure à mener sans préciser les critères d'appréciation à utiliser pour déterminer l'existence d'une position dominante.

Le manque de cohérence, d'impartialité de la Commission et les pressions politiques auxquelles elle fait face font qu'il y a une autocensure des projets trop certains d'être refusés par Bruxelles alors qu'ils peuvent revendiquer une certaine légitimité. De par sa liberté d'action dans la détermination du marché pertinent, la Commission peut fausser le résultat. En effet, en définissant le marché de façon très étroite, elle pourra toujours proclamer que la concurrence est menacée. Tandis qu'en définissant le marché le plus large possible, elle pourra soutenir qu'il n'y a aucune crainte.

Dans le règlement, aucun critère de nationalité des entreprises n'est imposé, ce qui importe, c'est que l'opération ait une influence substantielle et durable sur la concurrence dans le marché commun. Cet aspect (qui paraît juste) pourrait être utilisé par la Commission comme un outil contre les entreprises étrangères. Elle pourrait effectivement favoriser les restructurations des entreprises européennes et être plus sévère avec les entreprises étrangères pour éviter qu'elles ne deviennent trop puissantes au sein de la Communauté<sup>10</sup>.

De plus, aucune défense d'efficacité n'est envisagée. Or, la CE a pour légitimité d'unir ses efforts pour améliorer la compétitivité de ses entreprises vis-à-vis des autres grands ensembles mondiaux. Il est dès lors étonnant que le règlement n'implique aucune appréciation des gains potentiels d'efficacité. C'est sous la pression des Etats Membres que cette disposition n'a pas été introduite. En effet, ils avaient peur que la Commission ne favorise l'émergence de «champions européens» avec cet argument. De toute façon, la Commission peut utiliser l'argument du «*progrès technique et économique*» (article 2) pour légitimer la création de ces «champions» en prétendant que c'est à l'avantage des consommateurs. Cela étant, dans la plupart des décisions, il apparaît que la Commission s'est beaucoup plus appliquée à défendre les intérêts des concurrents au gré des pressions, en négligeant souvent ceux des consommateurs. Ceci d'autant plus qu'il n'y a aucun recours pour les parties concernées. En effet, l'action de la Cour de Justice se limite à examiner la logique suivie par la Commission dans ses décisions, ainsi que l'absence d'erreurs et de détournement de pouvoir.

---

<sup>10</sup> Toutefois, de telles pratiques pourraient également être le fait de pays tiers sur les entreprises de la Communauté.

Le système de contrôle des concentrations dans la Communauté peut être qualifié d' "antidémocratique". En effet, dans ce domaine les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont concentrés aux mains de la Commission. C'est elle qui a écrit le règlement, elle la seule habilitée à l'appliquer et à définir les sanctions qui en découlent.

## **V. CONCLUSION**

Grâce à l'exemple de la décision NESTLÉ-PERRIER, nous avons vu que l'application du règlement n° 4064/89 par la Commission lève de nombreuses critiques. Le texte du règlement ne donne que des critères d'appréciation très vagues pour la prise de décision et la jurisprudence était donc chargée de définir des indicateurs plus clairs. La réalité nous a malheureusement montré que la jurisprudence n'a pas réussi à lever le voile sur les ambiguïtés et les imprécisions du règlement. La Commission a adopté des pratiques changeantes suivant les cas, ce qui a accentué le phénomène d'autocensure de la part des entreprises.

La révision des seuils d'applicabilité est prévue avant la fin de l'année prochaine. Nous pensons qu'il faudrait profiter de cette occasion pour introduire dans le règlement une liste non exhaustive d'indicateurs précis à prendre en compte dans tous les cas.

Certaines propositions ont d'ailleurs été faites à cet effet par des économistes, dont Williamson. La Commission pourrait également s'inspirer des législations étrangères, en essayant de prendre les points positifs de chaque type de réglementation et de profiter de l'expérience des différents Etats Membres en la matière.

## **VI. ADENDA**

### **La révision du règlement sur les concentrations**

Le livre vert concernant la révision du règlement sur les concentrations expose de façon détaillée le cadre réglementaire existant pour assurer le contrôle des concentrations tant au niveau communautaire qu'au niveau des Etats Membres. Il propose ensuite une série d'options qui peuvent être résumées comme suit:

*Seuils:* Actuellement, le chiffre d'affaires des entreprises concernées dans une concentration doit dépasser 5 milliards d'euros au niveau mondial, et deux



entreprises au moins doivent réaliser 250 millions d'écus dans la Communauté. Un nombre important de concentrations qui sont susceptibles d'affecter la structure des marchés dans plus d'un seul Etat membre tombent en-dessous de ces seuils élevés. Les informations dont la Commission dispose ont tendance à suggérer qu'une réduction des seuils à 2 milliards d'écus et 100 millions d'écus, respectivement serait plus appropriée.

Compte tenu de qui précède, la dimension communautaire d'une concentration devrait être définie, logiquement, en fonction de ses effets sur le marché mais, pour plus de commodité et dans l'intérêt de la sécurité juridique, le règlement sur les concentrations prévoit des critères quantitatifs servant à déterminer les opérations qui présentent des effets transfrontaliers. Il s'agit des chiffres d'affaires totaux réalisés par les entreprises concernées sur le plan mondial et dans la Communauté.

Lorsque le règlement a été adopté, le niveau des seuils de chiffre d'affaires retenu était, naturellement, le résultat d'un compromis politique. C'est pourquoi le Conseil a prévu qu'à l'issue d'une phase initiale d'application, il y aurait lieu de réviser ces seuils à la lumière de l'expérience acquise. La Commission et le Conseil se sont également déclarés disposés à envisager, lors de cette révision, la possibilité de prendre en considération d'autres éléments, en plus du chiffre d'affaires.

Dans son rapport de 1993, la Commission a conclu que l'intégration progressive des marchés à l'intérieur de la Communauté et la multiplication des opérations transfrontalières qui en résultait plaidaient en faveur d'un abaissement des seuils. Le rapport fournit des exemples particuliers de concentrations tombant en dehors du champ d'application du règlement, alors qu'elles affectaient très probablement les conditions de concurrence dans toute la Communauté. Sur cette base, la Commission concluait que les seuils du règlement devaient être abaissés. Les résultats du présent exercice de révision ont tendance à suggérer que les raisons pour lesquelles une réduction des seuils paraissait être appropriée en 1993 sont toujours valables aujourd'hui. Alors qu'avec l'intégration continue des marchés, l'activité de concentration transfrontalière a considérablement crû en taille et en importance, il existe des indications selon lesquelles un nombre important de concentrations ayant des effets transfrontaliers tombent en-dessous des seuils actuels. Ceci est dû pour l'essentiel à la taille et aux caractéristiques des secteurs dans lesquels l'activité de concentration transfrontalière qui s'effectue et à la taille des entreprises impliquées dans ces concentrations. De plus, il apparaît que des concentrations ayant des effets transfrontaliers significatifs et tombant en-dessous des seuils, font probablement l'objet de notifications nationales multiples qui augmentent

l'incertitude juridique et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des décisions contradictoires.

La compétence de la Commission dépend du montant d'affaires totaux réalisés par les entreprises concernées sur le plan mondial et dans la Communauté. Le règlement sur les concentrations a donc plus de chances de s'appliquer à des concentrations auxquelles participent des entreprises actives sur des marchés avec un chiffre total très grand et/ou des conglomérats. En revanche, les concentrations dans le cadre desquelles l'acquéreur et/ou l'entreprise cible sont des entreprises spécialisées, présentes sur des marchés plus limités, mais encore importants économiquement, ont moins de probabilités d'atteindre les seuils fixés.

Les seuils ne captent qu'une petite partie des entreprises européennes. Sur les 2200 premières entreprises européennes citées dans la base données DABLE (Synopsis of European Enterprises 1995)<sup>11</sup>, seules 152 entreprises de l'Union européenne et de l'AELE (soit 7% de toutes les sociétés retenues par DABLE) dégageaient, en 1993, un chiffre d'affaires mondial supérieur à 5 milliards d'écus. Un nombre total de 293 entreprises (13% de toutes les entreprises citées par DABLE) avaient réalisé un chiffre d'affaires, au niveau mondial, de plus de 2,5 milliards d'écus et, partant, relèveraient du contrôle communautaire en cas de concentration entre des entreprises de même taille.

Même si les entreprises entrant dans le champ d'application du règlement ne sont pas toutes comptabilisées dans ces statistiques, notamment les entreprises de pays tiers, il en ressort, néanmoins, que ce champ d'application est relativement limité. Cette constatation est d'autant plus importante que la mondialisation des marchés et leur intégration croissante dans la Communauté devraient inciter un plus grand nombre d'entreprises, y compris des entreprises moyennes, à s'engager à l'avenir dans des opérations de concentration transfrontalières. Les entreprises de taille moyenne, qui ne bénéficient pas du "guichet unique", relèveraient probablement de la compétence de plusieurs Etats Membres et, de ce fait, devraient procéder à des notifications nationales multiples.

### *La règle des deux tiers*

D'une façon générale, il n'existe aucune donnée sur le nombre d'entreprises européennes qui tombent sous le coup de la règle des deux tiers.

---

<sup>11</sup> Base de données de la Commission européenne sur les Grandes Entreprises.

Cependant, la Commission sait qu'un certain nombre de grands groupes européens, comme Siemens, qui satisfont à la règle des deux tiers, réalisent aussi un important chiffre d'affaires dans la Communauté en dehors de leurs marchés d'origine. Toute concentration à laquelle participeraient au moins deux de ces groupes, de même nationalité, serait en dehors du champ d'application du règlement, malgré les effets notables qu'une telle opération pourrait avoir dans toute la Communauté.

*Notifications multiples:* Les entreprises dont les chiffres d'affaires n'atteignent pas les seuils actuellement élevés, doivent faire face à 13 systèmes nationaux de contrôle des concentrations dans l'EEE. Les notifications nationales multiples accroissent l'incertitude, les efforts et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des décisions contradictoires. Une réduction des seuils résoudrait ce problème dans une large mesure. Comme «meilleure seconde solution», on pourrait envisager que dans les affaires de notification multiple en-dessous des seuils actuels, la Commission aurait une compétence exclusive de contrôle.

Les concentrations ayant des effets transfrontaliers mais n'atteignant pas les seuils prévus par le règlement sont soumises à la législation des Etats Membres applicable aux concentrations. En raison de leur caractère transfrontalier, ces opérations ont des chances de devoir être notifiées aux autorités de plus d'un Etat Membre.

Ces notifications nationales multiples sont une conséquence directe du niveau actuel des seuils communautaires et de la multiplication, dans l'Union européenne, des systèmes nationaux de contrôle des concentrations. D'une façon générale, l'existence de notifications nationales multiples, dans un cas donné, est un indice du caractère transfrontalier des effets de la concentration considérée. Il faudrait donc que les concentrations de ce type soient contrôlés à l'échelon communautaire.

Les notifications multiples entraînent des coûts et des efforts supplémentaires, tant externes qu'internes. Les économies qui résultent de l'application du principe du "guichet unique" sont très difficiles à quantifier, dans la mesure où elles dépendent de la taille de l'entreprise, de la complexité de l'affaire et du nombre d'autorités nationales qui devraient participer à la procédure si la Commission n'était pas compétente. D'après l'enquête, il semble toutefois qu'en règle générale, et pour des affaires comparables, l'application du règlement représente, pour les entreprises, un avantage considérable en termes de coûts.

Le “guichet unique” du règlement crée des règles du jeu égales pour toutes les entreprises qui procèdent à la restructuration de leurs activités en Europe. D’après l’enquête, le caractère transnational de la Commission facilite l’appréciation globale des affaires transfrontalières et limite les difficultés techniques qu’implique l’examen de marchés plus grands que nationaux; l’unicité du contrôle élimine le risque de décisions contradictoires. En outre, il est plus facile et plus efficace de négocier des mesures correctives et les parties tierces peuvent intervenir plus efficacement, lorsqu’une seule autorité est impliquée dans le contrôle.

Le nombre de notifications multiples auprès des autorités nationales ne dépend qu’en partie du caractère obligatoire ou facultatif de la notification dans le cadre de la loi nationale. Pour des motifs de sécurité juridique, les entreprises peuvent se sentir obligées de notifier l’opération de concentration, même si la notification est facultative, du moins lorsqu’elles détiennent d’importantes parts de marché. En effet, il leur faut évaluer le risque qu’entraîne l’absence de notification, notamment si les autorités nationales ont la faculté de prendre des mesures *a posteriori*, après la réalisation de l’opération.

### *Appréciation globale*

Les informations disponibles actuellement ont tendance à suggérer que les seuils actuels devraient être réduits de telle sorte que l’essentiel des opérations ayant des effets transfrontaliers significatifs puisse être contrôlé au niveau communautaire. Ceci permettant à la Commission, non seulement de traiter plus d’affaires transfrontalières à l’issue desquelles une position dominante pourrait être créée ou renforcée, mais aussi d’accélérer et d’accroître la cohérence de l’examen de ces affaires, sur la base du principe du guichet unique.

*Entreprises communes:* Deux approches principales pour l’amélioration du traitement des entreprises communes dans le cadre législatif communautaire sur la concurrence sont exposées dans le Livre vert. Ces deux approches sont illustrées au travers de plusieurs options.

Dans les règles de concurrence communautaire, une distinction est faite entre les entreprises communes concentratives et les entreprises communes coopératives. Les premières relèvent du champ d’application du règlement sur les concentrations, tandis que les secondes relèvent de celui du règlement n° 17/62 et d’autres règlements d’application de l’article 85, du Traité CE.

Selon l'article 3, paragraphe 2 du règlement sur les concentrations, dans l'interprétation qu'en donne la Commission dans sa communication de 1994<sup>12</sup>, une entreprise commune concentrative est une entité "de plein exercice"<sup>13</sup> n'entraînant pas une coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes. La coordination n'entre en ligne de compte que si elle est de nature à entraîner une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du Traité CE. Les entreprises communes qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement sont considérées comme étant de nature coopérative. Les entreprises communes coopératives englobent un large éventail de transactions allant des opérations de caractère structurel à des formes de coopération s'apparentant à une entente.

### *De la nécessité de changer?*

Les entreprises communes coopératives "de plein exercice" entraînent un changement important dans la structure des entreprises concernées. Elles peuvent présenter, à cet égard, des effets sur la structure des marchés similaires à ceux des entreprises communes de nature concentrative. La différence majeure entre ces deux types d'opérations est que, dans le cas des entreprises communes coopératives de "plein exercice", la présence indépendante des sociétés mères dans les mêmes marchés que ceux de l'entreprise commune ou dans des marchés voisins est considérée comme pouvant donner lieu à la coordination du comportement concurrentiel de leurs sociétés mères. Pour cette raison, les entreprises communes coopératives de "plein exercice" ont fait l'objet d'un test différent quant au fond. Des règles de procédure différentes ont également été appliquées, avec un traitement spécifique pour ce qui concerne les détails et la sécurité juridique. Puisque les entreprises communes coopératives de "plein exercice" peuvent entraîner un transfert de ressources substantielles des sociétés mères, il convient de s'interroger dans quelle mesure ces différences de traitement devraient être réduites.

Dans le cadre des règles actuelles, la plupart des entreprises communes concentratives sont appréciées dans un délai d'un mois (phase I) et les autres dans un délai de cinq mois (phase II avec enquête approfondie). Dans tous les

---

<sup>12</sup> Communication de la Commission du 21 décembre 1994 relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives, JOCE n° C 385 du 31 décembre 1994, p. 1.

<sup>13</sup> C'est-à-dire qu'elles disposent des ressources financières et autres, nécessaires à la réalisation de leurs activités sur une base durable.

cas de figure, cette procédure s'achève par une décision formelle d'autorisation ou d'interdiction qui ne peut être révoquée que dans des circonstances exceptionnelles (cf. article 8, paragraphe 5 du règlement concentration). Si aucune décision n'est adoptée aux termes fixés, ces entreprises communes sont considérées comme ayant été autorisées.

Il n'existe pas de tels termes légaux pour les entreprises communes coopératives de nature structurelle. Le délai de deux mois qui s'applique à certaines opérations de cette sorte n'est qu'un délai administratif interne. En outre, compte tenu des contraintes de procédure actuelles dans le cadre du règlement n° 17/62, il est impossible d'adopter une décision formelle dans un délai de deux mois, mais seulement d'adresser une lettre administrative qui ne lie les autorités ni les tribunaux des Etats Membres. Il n'existe aucun terme légal ou interne pour la conclusion d'une enquête approfondie. Enfin, dans le cadre du règlement n° 17/62, lorsqu'une exemption est accordée, celle-ci ne l'est que pour une période donnée et la décision peut être révoquée ou modifiée conformément aux dispositions mentionnées dans l'article 8, paragraphe 3 de ce règlement.

Les différences mentionnées ci-dessus trouvent leur origine dans les différents règlements d'application qui concernent les entreprises communes coopératives et concentratives est dans cette idée qu'il existe une différence de fond entre les restrictions de concurrence, qui sont analysées sous l'angle de l'article 85, et les concentrations qui ne sont pas sujettes à l'interdiction fondamentale des accords et des pratiques restrictives qui entraînent des distorsions de concurrence. Toute réforme des dispositions actuelles devrait demeurer dans les limites du cadre légal communautaire. Changer le contenu de l'article 85, paragraphe 1 dépasserait les pouvoirs des institutions communautaires.

Il n'en reste pas moins qu'il faut encore apprécier dans quelle mesure le système actuel a donné lieu à des problèmes pratiques. Cependant, des changements peuvent également trouver leur justification dans des considérations générales de politique de concurrence, notamment pour rendre le système plus simple, plus transparent et plus efficace.

Un certain nombre d'améliorations pour l'essentiel procédurales sont proposées; elles sont notamment relatives à l'acceptation des engagements de première phase:

- a) Créer de nouvelles procédures de traitement pour les entreprises communes coopératives de plein exercice par le biais d'un nouveau règlement de sorte que les procédures soient simplifiées, que les

décisions soient adoptées rapidement, et que la sécurité juridique y soit apportée.

- b) Soumettre les entreprises communes coopératives de plein exercice aux procédures du règlement concentrations, tout en laissant les deux tests au fond distincts.
- c) Étendre le champ d'application des règlements d'exemption par catégories de la Commission relatifs à la coopération horizontale (et adopter un nouveau règlement pour les domaines qui ne sont pas couverts par les règlements existants) afin de couvrir les entreprises communes coopératives de plein exercice, avec des procédures d'opposition et des seuils en part de marché.

*Chiffre d'affaires du secteur bancaire et financier:* Des propositions sont faites, visant à la simplification de la méthode de calcul du chiffre d'affaires des institutions financières et de crédit et celle de l'allocation géographique de ce chiffre d'affaires.

Pour les établissements de crédit et les autres établissements financiers, à l'instar d'un certain nombre de législations nationales, le règlement sur les concentrations utilise les actifs au lieu du chiffre d'affaires aux fins de l'application de l'article 1, paragraphe 2. Pour le calcul du chiffre d'affaires à l'échelle communautaire et l'application de la règle de deux-tiers, les actifs sont répartis entre la Communauté et les Etats Membres selon le rapport entre les créances résultant d'opérations réalisées respectivement avec des résidents de la Communauté et des Etats Membres et le montant total de ces créances.

L'approche suivie actuellement par la Commission pose deux problèmes:

- 1) Un chiffre d'affaires théorique calculé sur la base des actifs exclut certaines opérations (par exemple le revenu des opérations de change et des opérations sur titres);
- 2) Dans la pratique, le lieu de résidence d'un emprunteur peut être difficile à déterminer et il peut varier pendant la durée du prêt. L'affectation géographique du chiffre d'affaires constitue par conséquent une lourde charge pour les banques.

Pour remédier à ces problèmes, la Commission envisage de modifier son approche.

## *Chiffre d'affaires*

La Commission a étudié la question de savoir si l'utilisation du produit bancaire brut au lieu des actifs entraînerait une variation significative du nombre ou du type de banques qui seraient soumises au règlement sur les concentrations. Cette évaluation a abouti à la conclusion que les deux bases donnent des résultats assez similaires. Il est néanmoins admis que l'utilisation du produit bancaire refléterait plus fidèlement la réalité économique de l'activité des banques.

Le produit bancaire brut comprend, au moins, les éléments énumérés à l'article 28 B, points 1, 2, 3, et 4 de la directive 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers. Les intérêts perçus, les revenus de titres, les commissions perçues et le bénéfice provenant d'opérations financières seraient par conséquent inclus dans cette définition.

Il pourrait être plus approprié d'utiliser le produit bancaire brut — par opposition au produit bancaire net — comme base du calcul du chiffre d'affaires. En effet, le produit bancaire net équivaut en fait au bénéfice brut, et non aux ventes, par exemple dans le secteur manufacturier ou celui des services. L'utiliser comme base de calcul pour les banques ne serait par conséquent pas conforme à l'approche générale de la Commission en matière de calcul du chiffre d'affaires. Cependant, il reste encore à examiner lequel de ces deux types de produit bancaire refléterait le plus exactement la réalité économique de l'ensemble du secteur bancaire.

## **Conclusions**

À la lumière de ce qui précède, les conclusions du livre vert présentées par la Commission sont les suivantes:

- Conformément au principe de subsidiarité, il apparaît que les seuils actuels d'application du règlement sur les concentrations devraient être réduits de manière à couvrir un plus grand nombre d'opérations ayant des effets transfrontaliers significatifs. A cet égard, un seuil à l'échelle mondiale de 2 milliards d'écus et un seuil à l'échelle communautaire de 100 millions d'écus seraient plus appropriés;
- afin de résoudre plus spécifiquement le problème des notifications nationales multiples, une autre solution, plus limitée, pourrait consister à étendre la compétence exclusive de la Commission aux seuls cas de notifications multiples d'opérations n'atteignant pas les seuils actuels;



- un certain nombre d'autres améliorations du règlement, principalement d'ordre procédural, devraient être envisagées, notamment en ce qui concerne le traitement des entreprises communes et l'acceptation des engagements pris dans la première phase de la procédure.

## **BIBLIOGRAPHIE**

Commission des Communautés européennes, «Décision de la Commission du 22 juillet 1992 relative à une procédure au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil — Affaire n° IV/M. 190 — Nestlé/Perrier»; *Journal Officiel des Communautés européennes*, n° L 356, 5 décembre 1992.

Commission des Communautés européennes, «Droit communautaire du contrôle des concentrations», *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/90.

Daoût R., «L'application du règlement CEE n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations — les premières décisions de la Commission: inventaire et typologie», Séminaire d'Isdasi, Instituto Internazionale per la promozione della cultura arbitrale, Milan, 4 juin 1992.

Daoût R., «La mise en place et les premières expériences d'application du règlement sur le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne», Séminaire international de la Banexi, Nice, 2 octobre 1992.

Daws E., Lievin A., Van Droogenbroeck E. et Watelet O., «The French regulation of public takeover bids and offers of exchange — the Perrier case», MEB, ULB, 1991-1992.

*Financial Times*, «Disposals bring Nestlé to EC compliance», 10 février 1993.

*Financial Times*, «La Nestlé bows to EC over Perrier deal», 24 février 1993.

George K. et Jacquemin A., «Competition policy in the european community», discussion paper n° 90-03, février 1990, Department of Economics, University of Swansea.

Gudin C-E, «La pratique décisionnelle de la «Task-Force» concentration (un an d'application du règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises)», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 1992.

Taddei D. et Coriat B., *Made in France*, à paraître.

Wacziarg R., «Les critères d'appréciation de la concentration entre entreprises dans l'optique du nouveau droit européen de la concurrence», Séminaire de M. Bienayme, Economie Industrielle, *D.E.A.* 111, août 1992.

Waelbroeck, Michel, *Le droit économique des communautés européennes*, 1972, éditions Université Libre de Bruxelles.

Waelbroeck, Michel, *Le droit économique des communautés européennes*, 1994 PUB, éditions Université Libre de Bruxelles.

Williamson P. J., «Oligopolistic dominance and EC merger policy», a paper prepared for the Commission of the European Communities DG for Economic and Financial affairs.