

## **SEANCE 7**

# **LES CONCENTRATIONS**

### **DOCUMENTS :**

TPICE 4 mars 1999, *Generalli et Unicredito*, aff. T-87/96, Rec., p. II-203

CJCE 31 mars 1998, *Kali et Salz*, aff. Jtes C-68/94 et 30/95, Rec., p. I-1375

CJCE 22 juin 2004, *Portugal*, aff. C-42/01

### **TPICE 4 mars 1999, *Generalli et Unicredito*, aff. T-87/96, Rec., p. II-203**

67 Il ressort des termes de l'article 3 qu'une opération de création d'une entreprise commune n'est couverte par le règlement n\_ 4064/89 que si, d'une part, celle-ci dispose d'une autonomie fonctionnelle et, d'autre part, cette création n'a pas pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel des entreprises concernées. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'entreprise commune est qualifiée de coopérative et assimilée à une entente.

68 Toutefois, le règlement n\_ 4064/89 ne clarifie pas les critères permettant de déterminer dans quelle mesure ces deux conditions peuvent être considérées comme satisfaites.

69 Lors de l'interprétation desdites conditions il y a lieu de tenir compte avant tout de leur finalité, qui est de délimiter le champ d'application respectif du règlement n\_ 4064/89 et du règlement n\_ 17, lesquels s'excluent mutuellement, en application de l'article 22, paragraphes 1 et 2, du règlement n\_ 4064/89. Dans le cadre de l'ancienne version du règlement n\_ 4064/89, applicable en l'espèce, cela conduit à évaluer l'importance économique des éléments de coopération par rapport aux aspects structurels.

70 En l'espèce, eu égard à l'argumentation des parties et aux éléments du dossier, il appartient au Tribunal de vérifier si l'entreprise CG Vita dispose ou non d'une autonomie fonctionnelle, dans le contexte dans lequel s'inscrit sa création. Cette question doit être examinée sur la base des éléments dont disposait la Commission au moment de l'adoption de la décision.

71 La décision attaquée conclut à l'absence d'autonomie fonctionnelle de CG Vita, en raison, notamment, de l'ampleur et de l'importance économique particulière de l'assistance qui lui serait fournie de manière durable par ses sociétés mères en matière de production, de gestion et de distribution des polices d'assurance (points 15 et 16 de la décision attaquée).

72 A cet égard, force est de relever que certains arguments invoqués par les requérantes à l'encontre des appréciations émises dans la décision attaquée se fondent sur des données qui ne figuraient pas dans la lettre d'intention ou dans le programme d'activité et qui n'avaient pas été fournis à la Commission, lors de son examen de l'opération en cause. Tel est, en particulier, le cas des arguments relatifs à la limitation dans le temps de l'assistance des sociétés mères en matière actuarielle et en matière de contrôle interne (voir, ci-dessus, point 50). De tels éléments ne sauraient être pris en considération dans le cadre de l'appréciation de la légalité de la décision attaquée, qui doit être examinée sur la base des éléments dont disposait la Commission au moment de son adoption.

73 Par ailleurs, pour apprécier l'incidence du soutien des sociétés mères sur l'autonomie fonctionnelle de CG Vita, il convient de tenir compte des caractéristiques du marché concerné et de vérifier dans quelle mesure CG Vita exerce les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur le même marché.

74 En l'espèce, le marché concerné a été défini, dans la décision attaquée, comme celui de l'assurance sur la vie, considéré non pas de manière statique mais dans sa dimension dynamique, c'est-à-dire comme un marché de l'assurance sur la vie recourant largement au canal bancaire pour la distribution. Cette évolution du marché concerné est d'ailleurs confirmée par le fait que la part des primes d'assurance vie placées par l'intermédiaire du secteur bancaire est passée, au cours de la période comprise entre 1991 et 1995, de 4 à 20 % des recettes engendrées par les primes d'assurance vie au niveau national (point 20 de la décision attaquée).

75 Compte tenu de cette caractéristique du marché concerné, les requérantes font valoir qu'une entreprise existante mais non encore opérationnelle faisant appel, comme CG Vita, pour la distribution de ses produits, aux services d'un groupe bancaire ne saurait être considérée comme privée d'autonomie fonctionnelle, du seul fait qu'une clause d'exclusivité a été imposée au groupe bancaire pour une période limitée, en l'espèce, à cinq ans. Par ailleurs, il serait conforme à la pratique du secteur concerné que les compagnies d'assurance vie de dimension comparable à celle de CG Vita s'adressent à des sociétés externes, en ce qui concerne notamment la distribution et l'assistance en matière actuarielle, de contrôle interne, de sélection médicale et de procédures informatiques.

76 Si la thèse des requérantes pourrait être admise en ce qui concerne l'utilisation de chacun des services susmentionnés considérés isolément, tel n'est pas le cas lorsque l'entreprise commune dépend de ses sociétés mères pour la fourniture de l'ensemble de ces services, au-delà d'une période initiale de démarrage au cours de laquelle cette assistance peut être considérée comme justifiée afin de permettre à l'entreprise commune d'entrer sur le marché.

77 Or, en l'espèce, le Tribunal constate que le caractère opérationnel de l'entreprise commune a été assuré au moyen de la fourniture par les entreprises fondatrices de la quasi-totalité des services se rapportant à l'activité de production, de gestion et de commercialisation des polices d'assurance. En particulier, d'après le programme d'activité, CG Vita ne sera pas en mesure, au moins durant ses cinq premières années d'activité, de gérer de manière autonome les services liés à l'activité de production et de gestion des polices d'assurance. Generali interviendra dans les procédures comptables, les procédures d'émission de polices d'assurance, les procédures de liquidation, le calcul de réserve de bilan, la gestion technico-administrative du portefeuille et, enfin, le contrôle interne de l'entreprise commune. Quant à Unicredito, elle mettra à la disposition de CG Vita les structures et les services informatisés nécessaires en vue de la commercialisation des produits d'assurance, afin de canaliser les mouvements de fonds. De plus, même si la lettre d'intention prévoit la possibilité théorique, pour l'entreprise commune, de recourir à d'autres canaux de distribution, le programme d'activité se réfère uniquement au réseau d'agences du groupe Unicredito.

78 En outre, d'après les documents - versés au dossier - dont disposait la Commission lors de l'adoption de la décision attaquée, les interventions des sociétés mères n'étaient pas limitées dans le temps. Seule la clause d'exclusivité imposée à Unicredito pour la distribution des produits de CG Vita était limitée à une période de cinq ans. Les requérantes ont indiqué pour la première fois devant le Tribunal (au stade de la réplique) que ces interventions des sociétés mères, dans l'activité de production et de gestion de CG Vita, se limiteraient aux trois premières années d'activité.

79 Pour l'ensemble de ces raisons, la Commission a pu constater à bon droit, dans la décision attaquée, que les éléments dont elle disposait ne lui permettaient pas de conclure avec un degré de probabilité suffisant à l'existence d'une autonomie fonctionnelle effective de l'entreprise commune.

80 Dans ces conditions, le grief selon lequel la Commission aurait traité les requérantes de manière discriminatoire ne saurait être accueilli. La présente espèce se distingue, en effet, des décisions antérieures de la Commission, invoquées par les requérantes, notamment par l'ampleur de l'assistance dispensée à CG Vita par les sociétés mères à tous les stades de son activité et par la durée de cette assistance, qui n'était pas limitée à une phase initiale normale de lancement au moment de l'adoption de la décision attaquée.

81 De plus, la Commission a pu constater à bon droit que, en l'absence d'éléments permettant d'établir que CG Vita bénéficiait d'une autonomie fonctionnelle suffisante, le contexte de la création de cette entreprise commune confirmait l'absence d'autonomie de celle-ci.

82 A cet égard, il suffit de relever que la lettre d'intention indique clairement que la création de CG Vita s'inscrit dans le contexte d'une coopération plus large de ses deux sociétés mères, même si, comme le font observer les requérantes, le projet de collaboration envisagé dans ce document n'est pas précis et détaillé. En effet, ce projet de collaboration est expressément mentionné dans la lettre d'intention (voir, ci-dessus, points 9 et 14 à 18). Celle-ci contient notamment l'engagement des deux sociétés mères de recourir de manière privilégiée à leurs services respectifs, l'engagement d'Unicredito de s'abstenir d'acquérir des participations dans d'autres compagnies d'assurance et celui de Generali de s'abstenir de conclure des accords similaires de coopération et/ou de participation avec d'autres établissements bancaires. Plus généralement, elle fait état de la volonté des parties de «réaliser une intégration réciproque [de leurs] activités dans le cadre et avec l'apport [de leurs] compétences respectives», sans toutefois envisager une telle intégration au moyen de la concentration des deux sociétés mères.

### **CJCE 31 mars 1998, Kali et Salz, aff. Jtes C-68/94 et 30/95, Rec., p. I-1375**

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

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

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

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

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

être orientée vers les pays situés hors de l'Europe, vers les États membres non producteurs et vers un État producteur comme le Royaume-Uni, qui est demandeur de potasse.

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

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

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

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

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

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

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

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

218 Quatrièmement, la Commission constate que la reprise de MdK a modifié substantiellement les conditions structurelles du marché et a conduit à la création d'une position dominante collective entre K+S/MdK et SCPA pour les raisons suivantes: i) MdK assure 25 % de la production totale de potasse dans la Communauté (point 51 de la décision litigieuse) et a des réserves substantielles de potasse; ii) le taux d'utilisation de la capacité de MdK n'est que d'environ 50 % actuellement (point 73 de la décision litigieuse), ce qui implique que la production pourrait être augmentée facilement; iii) la part de marché de MdK de 7 % est le facteur crucial dans la création de la position dominante conjointe (point 62 de la décision litigieuse) eu égard au fait que l'offre, en dehors du groupe K+S/MdK et SCPA, est morcelée (point 54 de la décision litigieuse) et que la part de marché de K+S/MdK et de SCPA devrait encore augmenter (point 53 de la décision litigieuse).

219 Avant d'examiner les griefs avancés par les parties requérantes à l'encontre de l'application que la Commission a faite en l'espèce de la notion de position dominante collective, il convient de rappeler que, pour conclure à la création d'une position dominante collective entre K+S/MdK et SCPA, susceptible d'entraver la

concurrence de manière significative dans le marché communautaire hors l'Allemagne, la Commission a notamment constaté dans la décision litigieuse que:

- le marché de la potasse est un marché arrivé à maturité qui se caractérise par un produit largement homogène et l'absence d'innovations techniques (point 57 de la décision litigieuse);
- les relations sur le marché sont très transparentes, de sorte que les données relatives à la production, à la demande, aux ventes et aux prix sont généralement disponibles (point 57 de la décision litigieuse);
- il existe depuis longtemps des liens exceptionnellement étroits entre K+S et SCPA, qui pourraient, par eux-mêmes, laisser supposer une absence réelle de concurrence entre ces entreprises qui, du reste, représentent environ 53 % du marché communautaire hors l'Allemagne, calculés sur la base des ventes, celles-ci incluant, outre les ventes à partir de la production propre de K+S et de SCPA, les ventes de SCPA portant sur la potasse en provenance directe de pays tiers, laquelle doit transiter par cette entreprise qui peut ainsi contrôler les approvisionnements venant de l'extérieur de la Communauté (points 52, 56 et 57 de la décision litigieuse);
- malgré la surproduction en Allemagne, il n'existe toujours qu'un petit courant de livraisons de potasse de K+S vers la France qui ne transite pas par SCPA, la France étant de loin le plus important État consommateur de potasse dans la Communauté (points 56 et 57 de la décision litigieuse);
- K+S et MdK, qui à la suite de l'opération de concentration formeront une entreprise commune, et SCPA assurent respectivement 35 %, 25 % et 20 % de la production totale de potasse dans la Communauté (point 51 de la décision litigieuse);
- MdK est le deuxième producteur de potasse de la Communauté, et ce bien que le taux d'utilisation de la capacité de l'entreprise ne soit que d'environ 50 % actuellement (points 51 et 73 de la décision litigieuse);
- à la suite de l'opération de concentration, le groupe K+S/MdK et SCPA détiendra une part de marché totale, calculée à partir des ventes, d'à peu près 60 % (point 52 de la décision litigieuse);
- l'offre en dehors de ce groupe est morcelée (point 54 de la décision litigieuse);
- les autres producteurs ne disposent pas de la base nécessaire pour survivre sur ce marché face à un duopole K+S/MdK et SCPA (point 62 de la décision litigieuse).

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

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

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

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

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

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

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

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

228 Ainsi, la constatation de la Commission, selon laquelle la participation de K+S et de SCPA au cartel à l'exportation Kali-Export peut avoir des répercussions sur leur comportement concurrentiel dans la Communauté, n'apparaît pas étayée par des éléments suffisamment significatifs et concordants. En effet, la

Commission se borne à rappeler, à cet égard, que le producteur britannique CPL n'a commencé à commercialiser ses produits de façon indépendante sur le marché français qu'après avoir quitté le cartel, en 1987, parce qu'il ne pouvait pas concilier la concurrence directe avec SCPA sur le marché français avec son appartenance au cartel (voir point 60 de la décision litigieuse). Or, même à vouloir faire abstraction du fait que l'argument avancé par la Commission ne concerne que les effets prétendus de l'appartenance au cartel sur une partie seulement du marché communautaire hormis l'Allemagne, il y a lieu d'observer que le producteur espagnol Coposa, tout en étant également membre de Kali-Export, commercialise de façon indépendante en France une quantité de potasse correspondant à un peu plus de 5 % de la consommation française. Une telle quantité représente, à la fois, environ 47 % des exportations de Coposa dans le marché en cause et près de deux tiers de ses exportations en France, et a, du reste, été considérée comme significative dans le cadre de la définition du marché géographique pertinent (voir point 38 de la décision litigieuse). Dans ces conditions, il apparaît que la Commission n'a pas établi à suffisance de droit l'existence d'une relation causale entre l'appartenance de K+S et de SCPA au cartel à l'exportation et leur comportement anticoncurrentiel sur le marché en cause.

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

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

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

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

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

...

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

...

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

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

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

249 Au vu de ce qui précède, et sans qu'il soit nécessaire de décider si les constatations faites par la Commission dans la décision litigieuse suffiraient, en l'absence des vices relevés ci-dessus, pour conclure à l'existence d'une position dominante collective, il apparaît que la Commission n'a, en tout état de cause, pas établi à suffisance de

droit que l'opération de concentration engendrerait une position dominante collective de K+S/MdK et SCPA susceptible de constituer une entrave significative à une concurrence effective dans le marché en cause.

## **CJCE 22 juin 2004, Portugal, aff. C-42/01**

### *Sur les troisième, quatrième et sixième moyens*

44 Par ses troisième, quatrième et sixième moyens, qu'il convient d'examiner ensemble et en premier lieu, le gouvernement portugais soutient, en substance, que, en l'absence de communication par la République portugaise des intérêts protégés par les arrêtés des 5 juillet et 11 août 2000, la Commission n'était pas compétente pour adopter la décision attaquée.

45 Tout d'abord, en admettant que les intérêts sous-jacents aux arrêtés des 5 juillet et 11 août 2000 ne correspondent à aucune des catégories d'intérêts légitimes expressément prévues à l'article 21, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations, le gouvernement portugais relève que le troisième alinéa dudit paragraphe autorise la protection nationale d'autres intérêts publics en mettant à la charge de l'État membre une obligation de communication à la Commission.

46 Ce serait uniquement dans le cas où un État membre communique à la Commission sa volonté d'invoquer de tels autres intérêts publics que celle-ci pourrait notifier sa décision à l'État membre concerné. Tant que l'État membre n'a pas effectué une telle communication, la Commission n'aurait pas non plus compétence pour se prononcer sur les intérêts visés à l'article 21, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations.

47 Le gouvernement portugais soutient en outre que, en l'absence de communication, la Commission risque de se prononcer sur un intérêt public qui ne correspond pas à celui effectivement poursuivi par l'auteur de la décision nationale.

48 Ensuite, le gouvernement portugais fait valoir que, étant donné que, en l'absence de communication de la part de l'État membre concerné, la Commission ne peut pas adopter de décision en vertu de l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations, la fonction de contrôle et de garantie de la légalité incombe à la Cour ou aux juridictions nationales dans le cadre des voies de procédure internes. En adoptant la décision attaquée, la Commission aurait donc empiété sur la compétence de ces dernières en violation de l'article 21, paragraphe 1, dudit règlement et de l'article 220 CE.

49 Enfin, le gouvernement portugais soutient que, sous réserve de la compétence de la Commission pour arrêter une décision dans les conditions prévues à l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations, tel qu'interprété par ce gouvernement, toute situation de violation potentielle par les États membres de l'obligation de communication ou des limites matérielles de la conformité des intérêts publics doit, le cas échéant, faire l'objet d'un recours en manquement en vertu de l'article 226 CE. Partant, en adoptant la décision attaquée, la Commission aurait directement violé ledit article et commis un détournement de procédure.

50 Il convient, d'une part, de rappeler que le règlement sur les concentrations repose sur le principe d'une répartition précise des compétences entre les autorités nationales et communautaires de contrôle. Le vingt-neuvième considérant de son préambule dispose que «les opérations de concentration qui ne sont pas visées par le présent règlement relèvent en principe de la compétence des États membres». Inversement, la Commission est seule compétente pour prendre toutes les décisions relatives aux opérations de concentration de dimension communautaire (arrêt du 25 septembre 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commission, C-170/02 P, non encore publié au Recueil, point 32).

51 D'autre part, le règlement sur les concentrations comporte également des dispositions dont l'objectif est de limiter, pour des raisons de sécurité juridique et dans l'intérêt des entreprises concernées, la durée des procédures de vérification des opérations qui incombent à la Commission. C'est ainsi que la notification à la Commission d'une opération de dimension communautaire doit intervenir, en vertu de l'article 4 dudit règlement, dans un délai d'une semaine. Les articles 6 et 10, paragraphe 1, de ce règlement prévoient que la Commission procède immédiatement à son examen et qu'elle dispose d'un délai égal, en règle générale, à un mois pour décider d'engager ou non la procédure formelle d'examen de la compatibilité de l'opération avec le marché commun. Selon l'article 10, paragraphe 3, du même texte, la Commission doit statuer sur le dossier au terme d'un délai de quatre mois en principe, qui court à compter de la décision d'ouverture de la procédure. Le même article dispose, à son paragraphe 6, que, «[s]i la Commission n'a pas pris de décision [...] dans les délais [...], l'opération de concentration est réputée déclarée compatible avec le marché commun» (arrêt Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commission, précité, point 33).

52 C'est également ainsi que, en vertu de l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations, tout intérêt public autre que les trois intérêts énumérés au deuxième alinéa du même paragraphe

doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et celle-ci doit notifier sa décision dans le délai d'un mois à dater de ladite communication.

53 Il y a lieu d'en conclure que le législateur communautaire a entendu définir une répartition claire des interventions des autorités nationales et communautaires et qu'il a souhaité assurer un contrôle des opérations de concentration dans des délais compatibles à la fois avec les exigences d'une bonne administration et celles de la vie des affaires (voir, en ce sens, arrêt Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commission, précité, point 34).

54 Dès lors, l'interprétation de l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations soutenue par le gouvernement portugais, selon laquelle, en l'absence de communication des intérêts protégés par les arrêtés des 5 juillet et 11 août 2000, la Commission ne pouvait pas se prononcer par voie de décision sur la compatibilité desdits intérêts avec le droit communautaire, ne saurait être accueillie.

55 En effet, ainsi que l'a relevé à juste titre M. l'avocat général au point 51 de ses conclusions, si, en l'absence de communication de l'État membre concerné, la Commission était réduite à pouvoir introduire un recours en manquement au sens de l'article 226 CE, il serait impossible d'obtenir une décision communautaire dans les brefs délais visés par le règlement sur les concentrations avec, comme conséquence, une augmentation du risque qu'une telle décision n'intervienne qu'après que les mesures nationales ont déjà définitivement compromis l'opération de concentration de dimension communautaire.

56 En outre, l'interprétation du gouvernement portugais priverait l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations de son effet utile en offrant aux États membres la possibilité de se soustraire aisément aux contrôles prévus par cette disposition.

57 Il en résulte que, pour que le contrôle des intérêts publics autres que ceux prévus à l'article 21, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations, confié à la Commission par le troisième alinéa dudit paragraphe, soit efficace, il faut reconnaître à cette institution le pouvoir de se prononcer par voie de décision sur la compatibilité de ces intérêts avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire, que lesdits intérêts lui aient été communiqués ou non.

58 S'il est vrai que le défaut de communication par l'État membre concerné peut rendre plus incertaine et complexe la tâche de la Commission, en ce que celle-ci pourrait avoir des difficultés à établir les intérêts protégés par les mesures nationales, il n'est pas moins vrai que, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 55 de ses conclusions, la Commission a toujours la possibilité de demander des informations à l'État membre concerné. Si, nonobstant cette demande, celui-ci ne fournit pas les informations demandées, la Commission peut prendre une décision sur la base des éléments dont elle dispose (voir, par analogie, en ce qui concerne les aides d'État, arrêt du 14 février 1990, France/Commission, dit «Boussac Saint Frères», C-301/87, Rec. p. I-307, point 22).

59 Par ailleurs, dans une situation telle que celle en l'espèce, où l'État membre n'a pas communiqué les intérêts protégés par les mesures nationales concernées, il est inévitable que la Commission examine d'abord si lesdites mesures sont justifiées par un des intérêts prévus à l'article 21, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations. En effet, si, ce faisant, elle constate que l'État membre a adopté les mesures en question pour assurer la protection d'un des intérêts légitimes énumérés audit alinéa, elle n'aura pas à pousser plus avant son examen et à vérifier si lesdites mesures sont justifiées au regard de tout autre intérêt public visé au troisième alinéa.

60 Dès lors, étant donné que, ainsi qu'il résulte du point 57 du présent arrêt, la Commission est compétente, en vertu de l'article 21, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement sur les concentrations, pour adopter une décision relative à la compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire des intérêts public protégés par un État membre autres que ceux énumérés au deuxième alinéa dudit paragraphe, même en l'absence de la communication de l'État membre concerné de ces intérêts, il convient de conclure que, en adoptant la décision attaquée, la Commission n'a pas empiété sur les compétences de la Cour ou des juridictions nationales et n'a donc pas violé l'article 21, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations ni l'article 220 CE. Elle n'a pas non plus violé l'article 226 CE ou commis de détournement de procédure.

61 Il en résulte que les troisième, quatrième et sixième moyens doivent être rejetés comme non fondés.

#### *Sur le deuxième moyen*

65 Par son deuxième moyen, le gouvernement portugais fait grief à la Commission d'avoir insuffisamment motivé la prétendue incompatibilité des mesures nationales avec le droit communautaire. En particulier, la décision attaquée ne contiendrait aucune évaluation matérielle spécifique des intérêts sous-jacents aux mesures adoptées par les autorités portugaises, reposant sur des raisons de fait et de droit, dûment explicitées à la lumière du cadre communautaire pertinent.

66 Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la motivation exigée par l'article 253 CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 253 CE doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (voir, notamment, arrêts du 13 mars 1985, Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission, 296/82 et 318/82, Rec. p. 809, point 19; du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 63, et du 30 septembre 2003, Allemagne/Commission, C-301/96, non encore publié au Recueil, point 87).

67 Il est vrai que la décision attaquée comporte un exposé sommaire des motifs pour lesquels la Commission a considéré les intérêts sous-jacents aux arrêtés du 5 juillet et du 11 août 2000 incompatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

68 Toutefois, ainsi que M. l'avocat général l'a observé aux points 66 et 67 de ses conclusions, après avoir identifié les intérêts protégés par les mesures nationales et constaté que ceux-ci n'étaient pas parmi ceux considérés comme légitimes en tant que tel au sens de l'article 21, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations, la Commission a fourni au point 58 des motifs de la décision attaquée une motivation qui, bien qu'extrêmement succincte, permet de comprendre les constatations sur lesquelles elle fonde son raisonnement.

69 En outre, comme l'a souligné M. l'avocat général au point 68 de ses conclusions, la décision attaquée a été adoptée dans un contexte bien connu du gouvernement portugais, à savoir dans le cadre de la procédure en manquement ayant mené à l'arrêt Commission/Portugal, précité, et le gouvernement portugais n'a pas fourni la moindre indication à la Commission quant à la compatibilité avec le droit communautaire des intérêts publics protégés par les mesures concernées, pas même en réponse à la lettre de la Commission du 21 septembre 2000.

70 Eu égard à ce contexte, il convient de constater que la décision attaquée pouvait être motivée d'une manière sommaire (voir, à cet égard, arrêts du 26 novembre 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commission, 73/74, Rec. p. 1491, point 31, et du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98, Rec. p. I-6857, point 105) et qu'elle était donc suffisamment motivée (voir arrêt du 30 septembre 2003, Allemagne/Commission, précité, points 92 et 93).

71 Il en découle que le troisième moyen invoqué par le gouvernement portugais n'est pas fondé.

## CAS PRATIQUE

1. Une société anglaise de production et commercialisation d'informatiques décide de s'unir avec une société danoise ayant la même activité. Elles décident de construire une filiale commune qui sera implantée au Pays-Bas dans laquelle elles auront chacune respectivement 32% et 36% des actions, le reste des actions étant disséminé dans le public. Cette filiale aura pour activité uniquement l'assemblage des composantes des informatiques pour les particuliers. M. MAC juriste junior dans la société anglaise vous demande s'il doit informer la Commission de ce projet.

2. La société PROVOST, dont le siège est à Paris, spécialisée dans la conception de produits de coiffage possède 20% des parts de marché dans le monde et 40 % en Europe et réalise un chiffre d'affaire de 6 milliards d'euros dans le monde, dont 600 millions d'euros dans l'Union européenne. Elle a réalisé un GIE en France avec la société JLD ayant pour objectif de faire avancer la recherche dans ce domaine et d'aboutir à la conception de produits plus efficaces, plus écologiques et plus attrayants. La société JLD réalise un chiffre d'affaire de 700 millions d'euros dans l'Union européenne et 7 milliards d'euros dans le monde, pour une part de marché de 7 % dans le monde et 45 % dans l'Union européenne. Ce GIE ayant élaboré une nouvelle gamme de produits permettant de réaliser des coiffures « sur mesure » à domicile, les deux sociétés ont ensuite désigné chacune de son côté deux représentants pour diriger la production et la commercialisation de ces produits. Un contrat entre les deux sociétés prévoit que les représentants de chaque société dirigeront ensemble cette activité, qui permettra de financer une partie des investissements de recherche. Il semble que ce nouveau secteur d'activité soit voué à un avenir prometteur car la demande est importante et seules deux entreprises réalisent en Europe ce type de produits, mais il s'agit de nouvelles entreprises artisanales de petites tailles qui ne devrait pas pouvoir véritablement réaliser face à ce GIE. Or, le Conseil de la concurrence a décidé de mener des enquêtes dans le secteur des produits de coiffage et M. COIFFE, un des représentants de la société PROVOST chargé de la direction du service commercialisation au sein du GIE, a entendu un de ces enquêteurs parler d'une concentration, il vient vous voir pour savoir si ce projet en cours de réalisation pourrait éventuellement considéré comme une concentration. Dans un tel cas, il vous demande quelles sont les conséquences attachées à une telle qualification. Il souhaite aussi que vous l'éclairiez sur les autorités compétentes en la matière. Le Conseil de la concurrence pourrait-il envisager d'analyser et de juger cette opération, sachant que les entreprises concurrentes se trouvent en France.

3. La société PHARMA de droit grec a décidé d'acheter les actions de la société LABO de droit espagnol, spécialisée dans la production et commercialisation de produits parapharmaceutiques. Les deux sociétés ont élaboré un avant-projet de fusion, qui déterminent les grands principes. Elles doivent s'accorder en mai 2007 sur les modalités particulières, qui régiront l'opération, et mettre au clair les conditions sans lesquelles elles ne souhaite mener l'opération jusqu'à son terme. M. LEX juriste au sein de la société PHARMA, se demande s'il peut d'ores et déjà notifier l'accord à la Commission, ou s'il doit encore attendre. Afin de préserver leurs activités accessoires, les anciens actionnaires de la société LABO ont décidé d'insérer dans l'accord des clauses d'approvisionnement exclusif auprès de leurs sociétés qui réalisent des matières premières entrant dans la confection des produits parapharmaceutiques. M. LEX se demande si ces clauses pourraient éventuellement empêcher la Commission d'autoriser cette concentration. De plus, il souhaiterait que vous l'éclairiez sur les étapes de la procédure qui va suivre. Enfin, il aimerait savoir s'il peut éventuellement faire des proposition à la Commission dans le cas où elle ne serait pas favorable à la concentration et s'il peut prendre de simples engagements pour l'avenir en vue de l'obtention d'une autorisation.