



Faculté de droit, Genève, 16 novembre 2010

Révision de la LCart

Le contrôle des concentrations

Pranvera Këllezi

Docteur en droit

Révision du contrôle des concentration

I. Révision des critères matériels d'examen

- proposition de modification de l'art. 10 Lcart
- critères plus flexibles d'intervention

II. Révision des critères de notification

- proposition de modification de l'art. 9 Lcart
- exemption de notification pour certains fusions

Contrôle *ex post* et *ex ante*

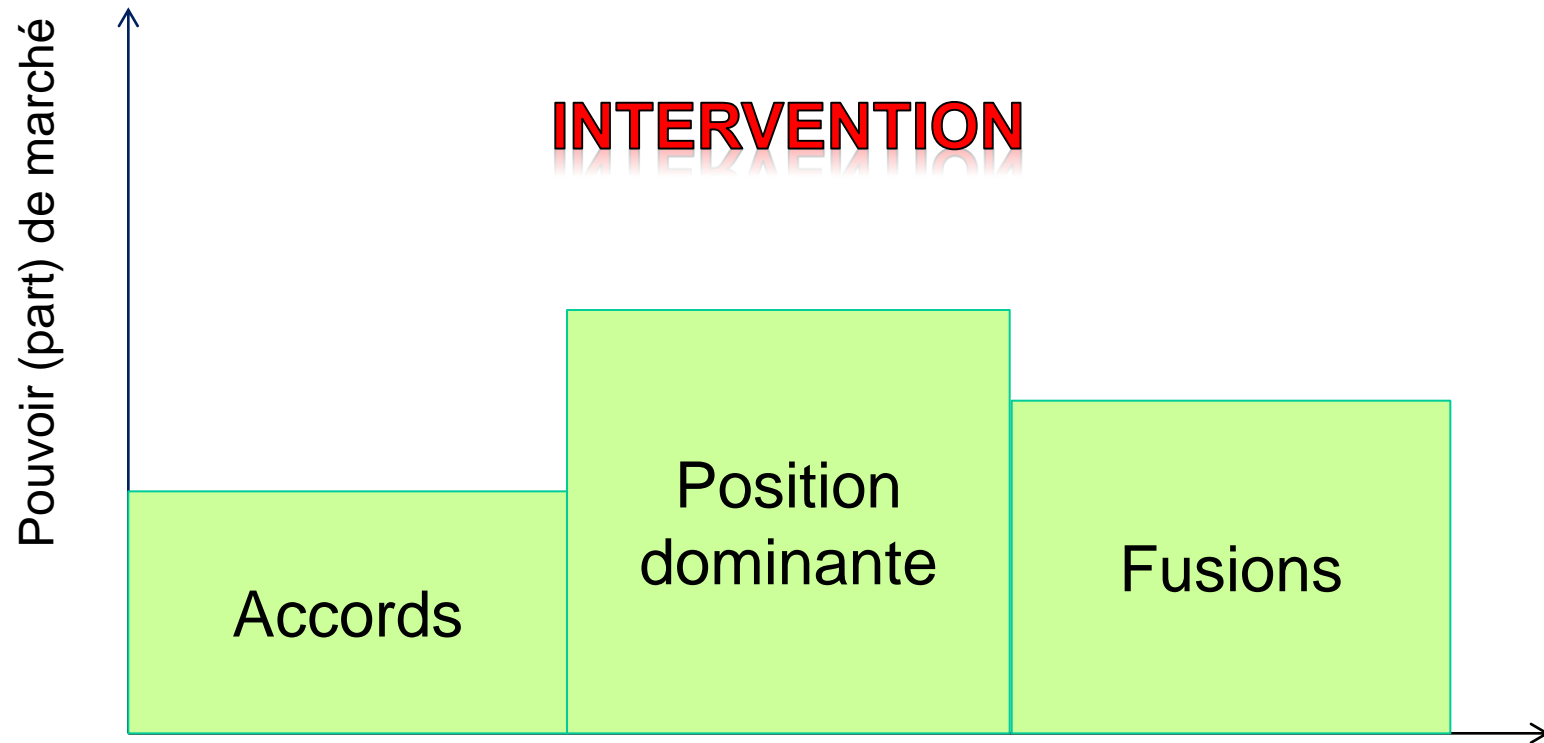
Accords et positions dominantes

- contrôle à postériori
- la position dominante est licite (croissance interne); interdiction de l'abus

Concentrations

- contrôle préalable
- croissance externe
- prévention de la création d'une position dominante ou d'une entrave significative de la concurrence

Contrôle *ex post* et *ex ante*



Notion de position dominante en UE

La position dominante concerne une situation de **puissance économique** détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de **comportements indépendants** dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses **concurrents**, de ses clients **et**, finalement, des consommateurs.

United Brands, affaire 85/76, 1978, § 65

Notion de position dominante

- **Une ou plusieurs entreprises:** monopoles, duopoles, oligopoles
- **Sur un marché:** importance de la définition du marché en cause
- **Du côté de l'offre ou de la demande:** généralement du côté de l'offre, mais aussi du côté de la demande (marché de la grande distribution)

Notion de position dominante: critères

- **part de marché** de l'entreprise en question
- différence avec les parts de marché des concurrents
- barrières à l'entrée (et sortie)
- concurrence potentielle
- position des clients

Appréciation des effets: évolution UE et CH

Règlement 4046/89

création ou
renforcement d'une
position dominante
ayant comme
conséquence qu'une
concurrence effective
serait **entravée de
manière significative**

LCart 10(1) - 1995

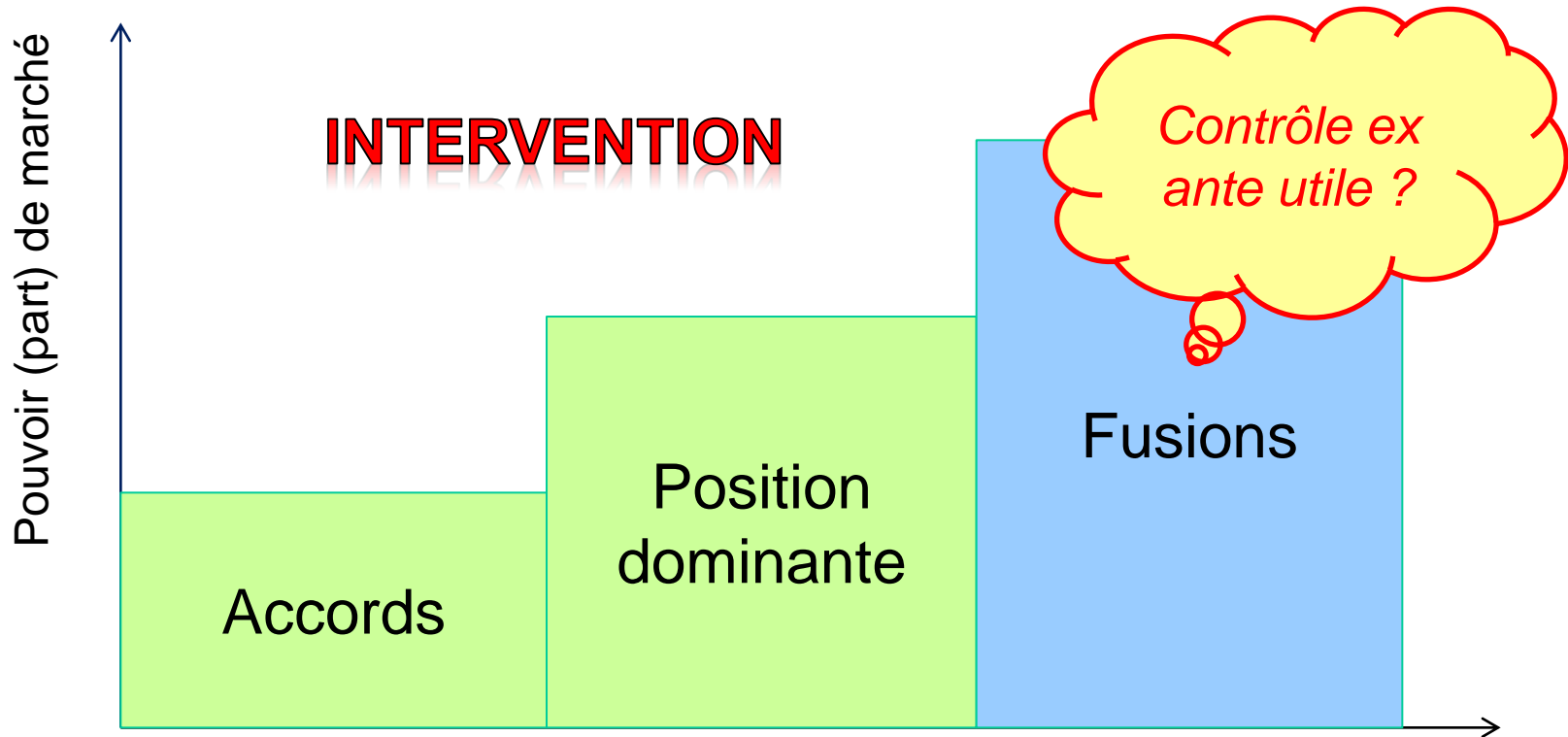
création ou
renforcement d'une
position dominante
capable de **supprimer**
une concurrence
efficace

Appréciation des effets: évolution en CH

Swissgrid, CoRe 2007, cons. 6.3

« Art. 10 Abs. 2 lit. A KG verwendet mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission geht, **einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung**, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stellt. »

Contrôle *ex post* et *ex ante* - Suisse



Appréciation des effets: évolution

Règlement 139/2004

Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective [...], notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante

Proposition de révision LCart 10(1)

Variante 1

Affecte de manière notable la concurrence efficace et ne génère pas des gains d'efficacité

Variante 2

Crée ou renforce une position dominante capable de ~~supprimer~~ une concurrence efficace

Contrôle des concentrations en UE

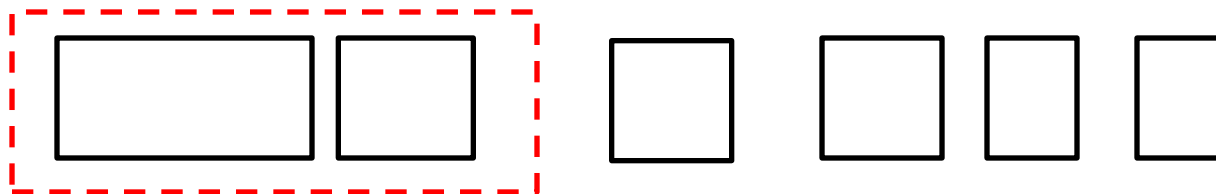
- Politique industrielle
- Application des articles 85/86 CE
- 1973
 - *Continental Can* (renforcement de la position dominante)
 - première proposition de règlement par la Commission
- 1989 – adoption du premier règlement sur le contrôle des concentrations (4046/89)
- 2004 – règlement 139/2004 en vigueur

Evolution en droit européen

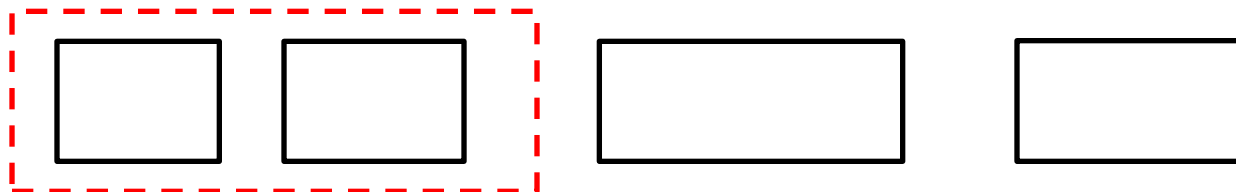
- Création ou renforcement d'une position dominante
- Reconnaissance de la notion de **position dominante collective** (de la nouvelle entité avec d'autres entreprises sur le marché; *Kali & Salz, 1994; Gencor/Lohnro, 1996*)
 - Marchés (très) concentrés
 - Symétrie
 - Transparence
 - Produits homogènes

Notion de position dominante

- Position dominante



- Position dominante collective



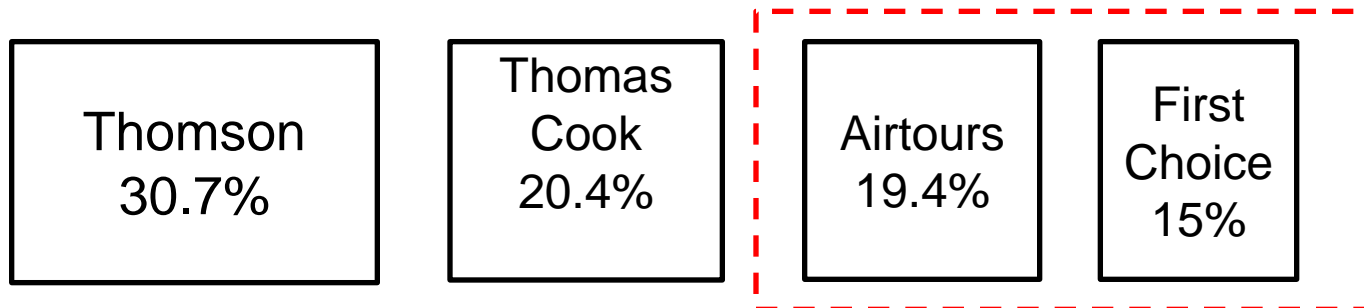
Evolution en droit européen

Affaire Airtours/First Choice

- exigences plus élevées pour démontrer l'existence d'une position dominante collective
- théorie économique: de l'oligopole non-coopératif (*tacit collusion*) à l'oligopole coopératif (critères de collusion)
- Lacune: les oligopoles non-coopératifs ne sont plus couverts

Existence d'un «GAP» ou d'une lacune dans le contrôle des concentrations?

- Affaire *Airtours/First Choice*



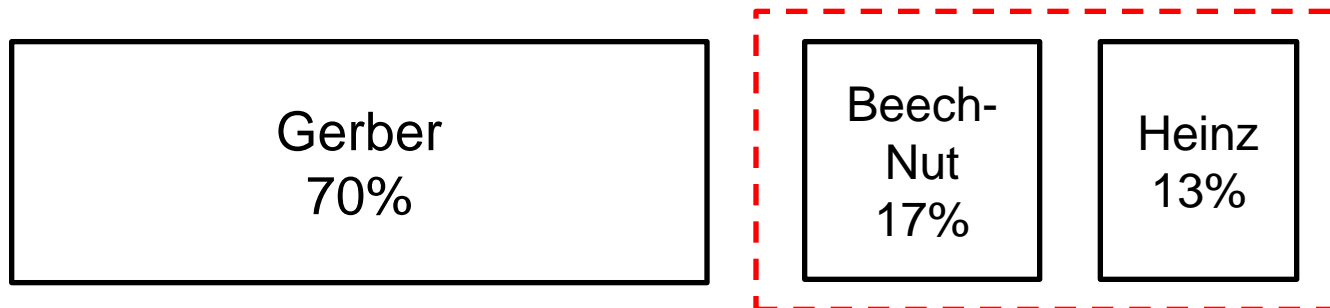
Existence d'un «GAP» ou d'une lacune dans le contrôle des concentrations?

Affaire *Airtours/First Choice* montre

- les limites de la position dominante collective
→ notion de collusion
- réflexions sur le bien fondé de la prédominance des parts de marché dans l'analyse de la position dominante simple
→ «seuil» de 40% approprié ?

Existence d'un «GAP» ou d'une lacune dans le contrôle des concentrations?

- Autres cas de figure → fusion du nr 2 et 3
- *Heinz/Beech Nut* (USA)



FTC → deux concurrents après fusion, ce qui augmente le risque de coordination

Mais → la fusion élimine aussi la concurrence pour la deuxième place dans le marché = effet unilatéral

Solution pour combler les lacunes

- Mandat clair d'intervention lorsque la concentration entrave et restreint la concurrence de manière significative (changement du texte de la loi)
- Réduction de l'importance de la notion dominante
- Réduction de l'importance des parts de marché
- Valorisation et analyse plus fine des autres facteurs qui influent sur le pouvoir de marché
 - Analyse des barrières à l'entrée
 - Pouvoir d'achat compensatoire
 - Concurrence potentielle

Proposition de la Commission

une ou plusieurs entreprises sont réputées détenir une **position dominante** si, en présence ou en l'absence de coordination, elles possèdent le pouvoir économique d'influencer, de manière appréciable et durable, les paramètres de la concurrence, en particulier les prix, la production, la qualité de la production, la distribution ou l'innovation, ou de restreindre sensiblement la concurrence

Règlement 139/2004

Les concentrations qui **entraveraient de manière significative** une concurrence effective [...], **notamment** du fait de la création ou du renforcement d'une **position dominante**

Clayton Act (USA)

... may be to substantially lessen competition, or to tend to create a monopoly

Appréciation des effets

Concentrations horizontales

- effet **unilatéral**
 - Position dominante classique (prééminence sur le marché)
 - Pouvoir de l'entité nouvelle d'augmenter le prix de ses produits sans égard aux autres concurrents (*Oracle/PeopleSoft*, M.3216; *Heinz/Beech-Nut* (USA))
 - Oligopole non-coopératif (*Orange/Sunrise* en CH)

- effet de **coordination**

Effets unilatéraux -- TFC/DoJ Horizontal Merger Guidelines, 2010

1. Produits différenciés

“significant fraction of the customers purchasing that product view products formerly sold by the other merging firm as their **next-best choice**. ... that significant fraction need not approach a majority. ... A merger may produce significant unilateral effects for a given product even though many more sales are diverted to products sold by non-merging firms than to products previously sold by the merger partner. ... Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration.”

→ Les parts de marché ne sont pas importantes

Effets unilatéraux USA

2. Auction markets

“A merger between two competing sellers prevents buyers from playing those sellers off against each other in negotiations. This alone can significantly enhance the ability and incentive of the merged entity to obtain a result more favorable to it, and less favorable to the buyer, than the merging firms would have offered separately absent the merger.”

→ Analyse similaire au point 1; les parts de marchés ne sont pas importantes

Effets unilatéraux USA

3. Produits homogènes

“the Agencies may evaluate whether the merged firm will find it profitable unilaterally to suppress output and elevate the market price. ... A unilateral output suppression strategy is more likely to be profitable when the merged firm’s market share is relatively high;”

→ Analyse classique basée sur les parts de marché

Effets unilatéraux USA

4. Innovation

“reduced incentive to continue with an **existing product**-development effort or reduced incentive to initiate **development of new products**. ...

The first of these effects is most likely to occur if at least one of the merging firms is engaging in efforts to introduce new products that would capture substantial revenues from the other merging firm. The second, longer-run effect is most likely to occur if at least one of the merging firms has capabilities that are likely to lead it to develop new products in the future that would capture substantial revenues from the other merging firm.”

→ Parts de marché non importantes

Appréciation des effets

Concentrations verticales et conglomérales

- verrouillage du marché en amont/en aval
- éviction des concurrents:
 - obstacle à l'accès aux matières premières
 - obstacle à l'accès à la clientèle

Révision de la LCart – variante I

Interdiction ou charges/conditions si la concentration:

1. affecte de manière notable la concurrence efficace, et
2. ne génère pas, pour les acheteurs, des gains d'efficacité spécifiques, vérifiables, immédiats et prouvés par les entreprises participantes qui compensent les inconvénients causés par l'affectation notable de la concurrence

Variante I - discussion

«affecte de manière notable» → rappel de l'art. 5 al. 1 LCart

- Allusion à un niveau très faible d'intervention (selon la pratique actuelle de la Comco) ⇒ introduction d'une grande insécurité juridique dans le système
- Confusion possible avec «marchés affectés» ⇒ part de marché de 25%
- Coût élevé → pas forcément, car le coût du système est causé par les notifications, non par l'examen approfondi de fusions problématiques. Correct si on accepte l'hypothèse de la similarité avec l'art. 5 al. 1 LCart.

Variante I - discussion

Gains d'efficience → bienvenu, car partie intégrante de l'analyse des effets

- «vérifiables» → correct
- et «prouvés» (!?) → standard de preuve disproportionné
- **USA** → «the Court recognizes a difference between efficiencies which are merely speculative and those which are based on a prediction backed by sound business judgement. Nor does the Court believe that the defendants must prove their efficiencies by 'clear and convincing evidence' ... That would saddle Section 7 defendants with the nearly impossible task of **rebutting a possibility with a certainty**, a burden which was rejected in *Baker Hughes*» (*FTC v Staples*, 970 F.Supp. 1066 DDC 1997)

Révision de la LCart – variante II

Interdiction ou charges/conditions si la concentration:

1. crée ou renforce une position dominante, et
2. ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante

Révision de la LCart – variante II

Notion de position dominante → Art. 4 II Lcart

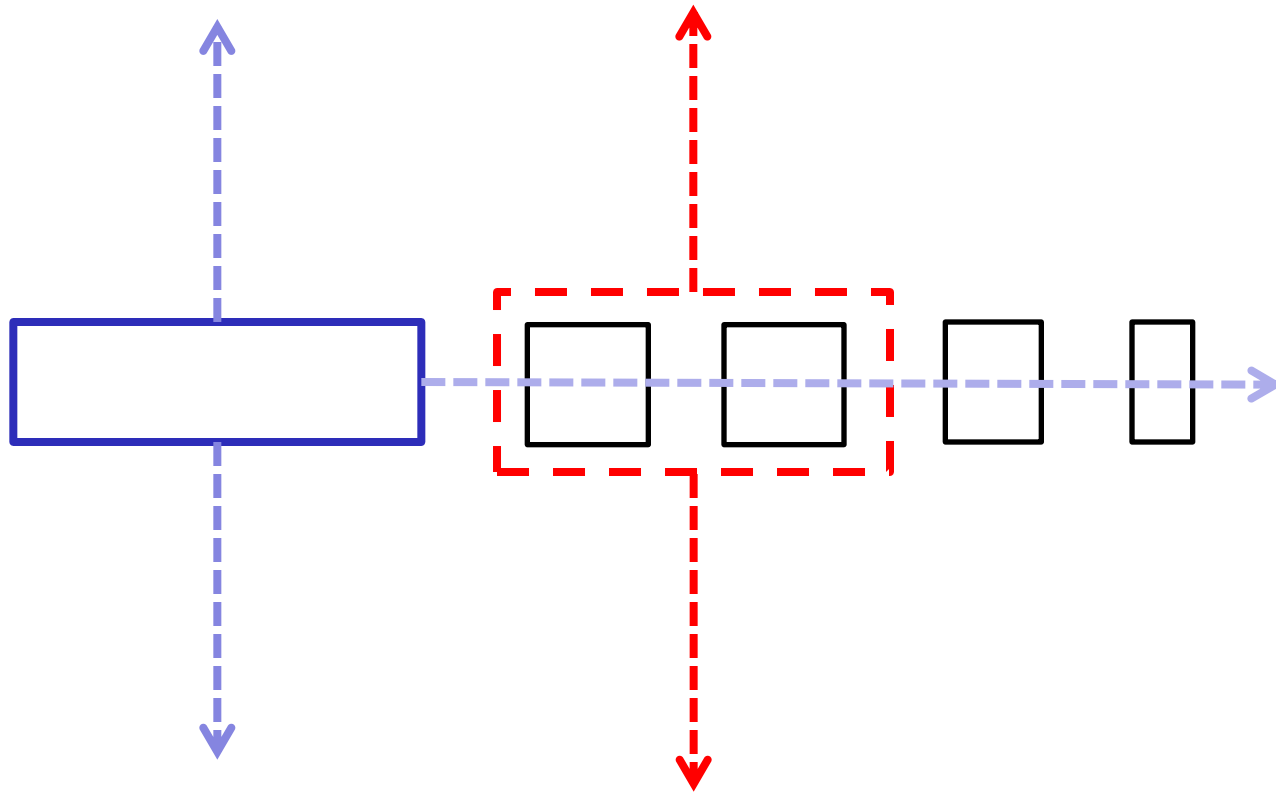
Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter **de manière essentiellement indépendante** par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs **ou** acheteurs).

«ou» → révision 2003 ayant pour but d'élargir la notion de position dominante à la dépendance économique (notion plus large qu'en droit UE)

Révision → permet de couvrir les effets unilatéraux qui ne résultent pas d'une situation de prééminence sur le marché (cas similaire à la fusion *Orange/Sunrise, 2010*)

Révision de la LCart – variante II

«**et**» versus «**ou**» → explication



Révision de la LCart – variante II

«Amélioration des conditions de concurrence sur un **autre marché**, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante»

- maintenir ?
- sens (?!)

Et les gains d'efficacité sur le **même marché**?

- *Recymet/Batrec*, 1998 (création d'un monopole; économies d'échelle)
- Évolution de la prise en compte des gains d'efficacité
- Les fusions sont licites, le système présume leur efficacité/ pas de présomption d'inefficacité ou d'effet négatifs sur la concurrence

Conséquences en cas d'incompatibilité

- Interdiction pure et simple
- Mesures correctives (proportionnalité)
 - Désinvestissements
 - Cessions de participations
 - Dissolution de liens structurels ou personnels
 - Licences obligatoires
 - Accès non-discriminatoire
 - Coupe-feux

Révision des critères de notification

Pas de notification si

1. Chacun des marchés de produits concerné par l'opération peut être défini géographiquement comme comprenant la Suisse et au moins l'EEE et
2. L'opération est notifiée à la Commission européenne.

Révision des critères de notification

« **Chacun** des marchés de produits » → combien de cas sont concernés ? Estimation des économies?

Exemples de marché européen/mondial:

- Matières premières comme platinum, rhodium, industrie chimique
- Avions/composantes pour avions
- Satellites
- Téléphonie fixe internationale
- R&D

Révision des critères de notification

Interdiction de réaliser l'opération en Suisse: art. 32 et 33 LCart applicables ?

En cas de **mesures correctives**

- Cession → pas de problème
- Octroi de licences, accès non-discriminatoire, obligation de fournir → quid de la mise en oeuvre en Suisse?

Révision des critères de notification

Exemple de ***Galxo Wellcome/Smithkline Beecham***:

« Licence means an irrevocable exclusive licence granting the proposed licensee the exclusive right to develop, manufacture, market sell, and distribute compound SB220453 for migraine **within the EEA**. Hereby it is expressly stipulates that the Parties continue to have exclusive rights to the compound outside the EEA ...

Solutions

- Accord avec la Commission européenne?
- Décision de la Comco reprenant les charges et conditions (sans examen indépendant)?