



**Conférence  
des Nations Unies  
sur le commerce  
et le développement**

Distr.  
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/71  
29 mai 2008

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS

---

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie  
et des questions financières connexes

Groupe intergouvernemental d'experts du droit  
et de la politique de la concurrence

Neuvième session  
Genève, 15-18 juillet 2008  
Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**AFFAIRES DE CONCURRENCE IMPORTANTES ET RÉCENTES  
INTÉRESSANT PLUSIEURS PAYS**

**Rapport du secrétariat de la CNUCED\***

---

\* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de retards survenus dans la procédure.

*Résumé*

Le présent rapport examine des affaires récentes impliquant des pratiques commerciales restrictives, notamment des fusions et acquisitions et des concentrations, dans des pays développés, des pays en développement et des pays en transition. Certaines de ces affaires ont des effets transfrontières, dans la mesure où elles concernent aussi d'autres pays ou des entreprises étrangères présentes dans le pays en question. Les affaires déjà traitées et les discussions menées à ce sujet dans le cadre de réunions intergouvernementales ont montré la nécessité de mieux faire comprendre l'importance de la coopération aux niveaux bilatéral et régional entre les autorités chargées de la concurrence des pays développés et des pays en développement, notamment pour renforcer les capacités de traitement des dossiers dans les pays en développement. Les pays en développement continuent aussi de revoir leurs méthodes pour faire appliquer le droit de la concurrence, y compris en prévoyant des programmes de clémence dans le cadre des enquêtes sur les ententes. Certaines des difficultés auxquelles ces pays se heurtent résultent des faiblesses structurelles de la législation relative à la concurrence, d'autres proviennent de conflits de principe entre la politique de la concurrence et d'autres politiques gouvernementales, par exemple lorsqu'il y a compétence parallèle en matière de concurrence entre les organismes sectoriels de réglementation et les autorités chargées de la concurrence. Une trentaine d'affaires concernant des pratiques anticoncurrentielles transfrontières ont été analysées, et le présent rapport décrit 11 exemples de coopération entre les autorités chargées de la concurrence, les organismes sectoriels de réglementation et d'autres organismes gouvernementaux pour l'ouverture d'une procédure, les enquêtes et le règlement des affaires.

## I. INTRODUCTION ET APERÇU GÉNÉRAL

1. Le présent rapport fait partie d'une série de documents établis par le secrétariat de la CNUCED pour examiner des affaires concernant la concurrence, en s'attachant tout particulièrement aux progrès accomplis en matière d'application du droit de la concurrence dans les pays en développement. À sa huitième session, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a demandé au secrétariat de la CNUCED d'établir un rapport sur les affaires de concurrence importantes et récentes, en particulier les affaires intéressant plusieurs pays, en tenant compte des informations reçues des États membres.

2. Les affaires examinées dans le présent rapport ont été choisies à partir des éléments d'information présentés par les États membres à la demande du secrétariat de la CNUCED, ainsi qu'à partir d'autres documents auxquels le public a accès. Compte tenu du nombre relativement limité d'affaires intéressant les pays en développement pour lesquelles il a été possible d'obtenir des renseignements, on a choisi d'examiner un vaste éventail d'affaires: a) affectant les marchés de plusieurs pays, dont un pays en développement; b) intéressant des entreprises dont le siège social n'était pas dans le pays où l'affaire était examinée, ou qui étaient implantées en dehors du pays considéré; ou encore c) ayant pour cadre des pays développés ou des pays en développement et qui impliquaient des problèmes ou des secteurs présentant une importance sur le plan international, et en particulier pour des pays en développement.

3. Il ressort des affaires examinées dans le présent rapport que, dans un contexte de mondialisation et de libéralisation, le droit et la politique de la concurrence sont en train d'acquérir une importance décisive dans les politiques économiques de certains pays en développement. On y constate aussi que dans de nombreux pays, l'application du droit de la concurrence aide à lutter contre des pratiques anticoncurrentielles qui sont prédominantes sur les marchés des pays développés, des pays en développement, y compris des pays les moins avancés, et des pays en transition. Toutefois, le nombre relativement faible des affaires et des pays dont ces échantillons sont tirés donne à penser qu'un grand nombre de pays doivent redoubler d'efforts pour adopter et faire effectivement respecter leur législation sur la concurrence et pour créer ou renforcer une culture de la concurrence. Certaines des affaires examinées montrent que les pratiques anticoncurrentielles comme la collusion et l'abus de position dominante sont observées dans toute une gamme de secteurs et que, bien souvent, elles recouvrent une combinaison de pratiques verticales et horizontales illicites. De même, les autorités chargées de la concurrence sont de plus en plus souvent appelées à évaluer les effets anticoncurrentiels potentiels de fusions, d'acquisitions et de concentrations réalisées à l'échelon aussi bien national qu'international. Le présent rapport présente les succès obtenus en matière d'application du droit de la concurrence, les conflits qui peuvent surgir ou au contraire la coordination qui peut être établie entre différentes politiques, ainsi que les difficultés rencontrées. Toutefois, il reste beaucoup à faire pour améliorer les moyens d'application du droit de la concurrence ainsi que la coordination entre les autorités chargées de la concurrence nouvellement établies, en particulier dans les pays en développement et les pays en transition, et celles des pays développés.

## II. PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

### A. Thaïlande: Licences obligatoires dans le secteur pharmaceutique

4. La Thaïlande a récemment rejoint les rangs des pays qui ont profité des flexibilités prévues dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) autorisant les licences obligatoires pour les brevets pharmaceutiques, afin de faciliter l'accès aux médicaments dans son système de santé. Entre novembre 2006 et novembre 2007, le Ministère de la santé a délivré des licences pour des brevets sur deux médicaments antirétroviraux: l'Efavirenz, commercialisé par Merck sous le nom de Stocrin; et le Lopinavir+Ritonavir, commercialisé par Abbott sous le nom de Kaletra. L'Accord sur les ADPIC autorise les licences pour utilisation à des fins publiques sans négociation avec le titulaire du brevet. Parmi les autres pays ayant délivré des licences obligatoires pour des médicaments contre le sida, on peut mentionner l'Afrique du Sud, l'Érythrée, le Ghana, l'Indonésie, la Malaisie, le Mozambique et la Zambie<sup>1</sup>.

5. Quand la Thaïlande a établi son régime de licence obligatoire, Abbott demandait un montant de 2 200 dollars pour un traitement d'un an avec le Kaletra, soit dix fois plus cher environ qu'avec le générique le moins coûteux. Voyant qu'elle ne pourrait pas continuer à assurer à ce prix un traitement adéquat à tous les malades, la Thaïlande a tenté de négocier des baisses de prix pour le Kaletra et d'autres médicaments nécessaires. Comme ces négociations ont échoué, le Gouvernement thaïlandais a délivré des licences pour l'achat de génériques.

6. En mars 2007, Abbott a réagi au régime de licence obligatoire visant le Kaletra en annonçant qu'il priverait la Thaïlande d'innovations thérapeutiques en ne déposant plus de demandes d'enregistrement. Ce refus de vendre la seule forme thermostabilisée d'antiprotéase à action potentialisée par le Ritonavir dans un pays tropical pauvre mettait en danger la vie de nombreuses personnes et, comme indiqué plus bas, violait la loi n° B.E.2542 de la Thaïlande sur la concurrence. Face à la décision prise par la Thaïlande, conformément à sa législation interne et au droit international, de délivrer une licence obligatoire à des fins de santé publique pour le Kaletra et d'autres médicaments, Abbott a annoncé qu'il refuserait de commercialiser une nouvelle version thermostabilisée du Kaletra ainsi que plusieurs autres médicaments dans ce pays. En avril 2007, des activistes thaïlandais qui militent pour l'accès aux traitements ont saisi la Commission de la concurrence, alléguant que la rétention par Abbott de ses produits violait la loi thaïlandaise sur la concurrence. La loi interdit aux entreprises en position dominante qui ont des activités commerciales dans le pays de suspendre la distribution de produits sans une justification valable ayant pour effet de promouvoir la concurrence.

7. Selon une analyse récente<sup>2</sup>, la Thaïlande pourrait aussi invoquer d'autres motifs pour contester, au nom du droit de la concurrence, le refus d'Abbott d'accorder des licences pour les versions génériques du Kaletra afin d'approvisionner le marché thaïlandais avant que la licence officielle soit accordée. En effet, au-delà des actuelles justifications, pour des raisons de santé publique de la licence obligatoire qui, selon l'Accord sur les ADPIC, permettrait de sanctionner

---

<sup>1</sup> [www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html](http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html).

<sup>2</sup> [www.wcl.american.edu/pijip/thai\\_comp\\_licenses.cfm](http://www.wcl.american.edu/pijip/thai_comp_licenses.cfm).

Abbott en fixant des redevances inférieures (pouvant aller jusqu'à zéro) ainsi qu'en autorisant des exportations illimitées de produits protégés par une licence obligatoire, le refus d'Abbott de licencier des génériques pouvait être considéré comme une violation de l'article 25 1) de la loi sur la concurrence de la Thaïlande, qui interdit «la fixation ou le maintien abusifs de prix d'achat ou de vente pour les biens ou de redevances pour les services». Il pouvait aussi être considéré comme une violation de l'article 29, qui interdit «les agissements qui ... ont pour conséquence ... d'empêcher ou de restreindre l'activité commerciale d'autres agents, ou d'empêcher d'autres personnes d'exercer des activités».

8. En décembre 2007, la Commission de la concurrence a conclu que le retrait par le défendeur de sa demande d'enregistrement de médicaments ne violait pas la loi sur la concurrence, pour les motifs suivants:

a) Une notification à la Commission de la concurrence était requise pour les agents économiques en position dominante sur le marché, c'est-à-dire dont les ventes de biens ou de services l'année précédente représentaient une part de marché supérieure à 50 % et atteignaient un milliard de baht au moins (32 millions de dollars É.-U. environ). Or les laboratoires Abbott avaient un chiffre d'affaires inférieur. En outre, il n'était pas considéré que leurs agissements suspendaient, réduisaient ou restreignaient, sans raisons valables, la distribution, les livraisons ou les importations pour en ramener la quantité à un niveau inférieur à la demande du marché;

b) Le retrait par l'entreprise de la demande d'enregistrement auprès de l'Office thaïlandais des produits alimentaires et des médicaments n'était pas considéré comme une intention de porter préjudice aux consommateurs thaïlandais.

### **Commentaire**

9. Beaucoup de lois sur la concurrence, y compris celle de la Thaïlande, interdisent aux entreprises commerciales en position dominante de suspendre la distribution de produits sans une justification valable ayant pour effet de promouvoir la concurrence. Abbott refusait de proposer la version de son médicament Kaletra pour les malades les plus nécessiteux<sup>3</sup>. L'affaire montre toute l'importance, pour la Commission thaïlandaise de la concurrence, du recours formé par les activistes qui jugeaient anticoncurrentielles des stratégies de segmentation du marché pénalisant les pauvres, considérées comme un refus de fournir. Bien que l'action contre Abbott n'ait pas abouti, comme l'affaire est maintenant connue elle pourrait bien dissuader d'autres entreprises qui sont en position dominante et qui détiennent des droits de propriété intellectuelle d'abuser de leur position dominante. Elle renforce aussi l'application du droit de la concurrence s'agissant des licences obligatoires pour les médicaments et autres produits indispensables à la vie. Un autre exemple était celui de l'organisation Treatment Action Campaign en Afrique du Sud,

---

<sup>3</sup> La situation serait la même quand une entreprise de fourniture d'énergie qui n'est pas satisfaite des tarifs fixés pour des services d'utilité publique renonce à des demandes d'autorisation de construire ou d'améliorer des réseaux ou des installations et plafonne la production aux niveaux existants, restreignant ainsi l'accès à l'énergie d'une population en augmentation. Ces décisions de fournisseurs de biens essentiels en position dominante sembleraient entraîner effectivement «la suspension, la réduction et la restriction, sans raisons valables, de services, de la production, de l'achat, de la distribution, des livraisons ou de l'importation».

qui avait saisi en 2001 la Commission sud-africaine de la concurrence parce que GSK et BI vendaient trop cher des traitements antisida de première intention. En 2003, la Commission sud-africaine a estimé que les sociétés étaient en position dominante sur leurs marchés respectifs et avaient abusé de leur position dominante en pratiquant des prix excessifs et en refusant des licences pour des génériques.

### **B. Afrique du Sud: Entente sur les prix et partage des marchés dans le secteur alimentaire**

10. Depuis février 2007, la Commission sud-africaine de la concurrence enquête sur les ententes sur les prix et sur le partage des marchés dans l'industrie du pain impliquant Pioneer Foods (Sasko and Duens Bakeries), Premier Foods (opérant sous le label Blue Ribbon Bakery) et Tiger Brands (Albany Bakeries), après avoir reçu des appels de plusieurs distributeurs de pain indépendants de l'ouest de la province du Cap. La Commission a étendu son enquête au pays tout entier et a aussi entrepris une enquête séparée sur certaines pratiques dans l'industrie de la meunerie. Lors d'une précédente enquête dans le secteur, certaines entreprises de boulangerie avaient bénéficié d'une immunité dans le cadre d'un programme de clémence. Ce programme, appliqué récemment dans les enquêtes sur les ententes, accorde une protection aux membres d'une entente qui dénoncent des abus dans le cadre d'une enquête en collaboration avec l'autorité chargée de la concurrence.

11. En janvier 2008, la Commission a menacé de priver certaines entreprises de meunerie et de boulangerie de l'immunité dont elles bénéficiaient s'il était établi qu'elles avaient agi en collusion pour relever récemment le prix du pain. La Commission a fait valoir qu'il fallait continuer à enquêter sur les augmentations de prix dans les industries de la meunerie et de la boulangerie. La société Premier Foods n'avait pas fait l'objet de poursuites parce qu'elle avait coopéré à l'enquête et admis son rôle dans l'entente. Tiger Brands avait décidé aussi de coopérer avec la Commission; elle avait admis pour finir avoir participé à l'entente et il lui avait été imposé une amende d'environ 13 millions de dollars.

12. Récemment, Tiger Brands a commencé à vendre à un prix excessif un pain commercialisé par Albany. Pioneer Foods et Premier Foods ont également relevé leurs prix. Foodcorp avait elle aussi augmenté le prix de son pain Sunbake en novembre 2007 sans que le marché réagisse beaucoup. Les quatre géants du secteur alimentaire fournissent plus de 65 % des quelque 7 millions de pains vendus chaque jour dans le pays. La Commission a jugé cette hausse de prix «exorbitante et inadmissible pour les consommateurs, en particulier les pauvres. Elle démontre qu'il y a toujours collusion ou que les membres de l'entente font en sorte de maintenir les marges artificiellement élevées qu'ils se sont procurées en agissant de manière illicite.»<sup>4</sup>.

13. Les producteurs de pain ont fait valoir que les prix augmentaient parce que les coûts des intrants augmentaient, et en particulier celui du blé, le principal ingrédient, qui avait presque doublé en un an. Mais, selon le service de la Commission chargé de l'application du droit de la concurrence et des exonérations, le prix du pain avait été artificiellement maintenu par collusion et il aurait dû rester constant, et non pas augmenter. En outre, les producteurs voulaient préserver leurs marges bénéficiaires. La Commission attendait des explications des producteurs et voulait

---

<sup>4</sup> Voir [www.fin24.co.za/articles/default/display\\_article.aspx?ArticleId=1518-25\\_2255314](http://www.fin24.co.za/articles/default/display_article.aspx?ArticleId=1518-25_2255314).

établir si l'augmentation des prix des intrants justifiait les augmentations du prix du pain. Elle pourrait lever l'immunité accordée aux entreprises si elle constatait que celles-ci s'étaient à nouveau engagées dans des ententes dans le même objectif.

14. En 2007, les coûts des intrants ont augmenté au même rythme, ou parfois plus vite, que le prix du blé. Comme la plupart des membres de l'Union douanière d'Afrique australe (SACU), notamment, achètent des produits panifiés à l'Afrique du Sud, ces hausses de prix ont des effets transfrontières dans l'Union douanière.

15. Le 5 mai 2008, la Commission sud-africaine de la concurrence a établi que Pioneer Foods (Pty) Ltd. et Foodcorp (Pty) Ltd. avaient enfreint la loi de 1998 sur la concurrence, et elle a présenté ses constatations au tribunal pour que celui-ci se prononce. Compte tenu des pratiques des entreprises en question et du fait que leur comportement portait préjudice surtout aux groupes de population les plus pauvres, la Commission a communiqué les conclusions de ses enquêtes sur les ententes au niveau national dans l'industrie du pain et a demandé au tribunal: a) de déclarer que Pioneer Foods et Foodcorp avaient violé l'article 4 1) b) i) et ii) de la loi; b) d'ordonner à Pioneer Foods et à Foodcorp de ne plus s'entendre sur les prix du pain et sur le partage des marchés; c) de condamner le premier et le second défendeur à payer chacun une amende équivalente à 10 % de leur chiffre d'affaires annuel de l'exercice 2006/07; et d) de décider toute autre mesure correctrice qu'il pourrait juger appropriée.

### **Commentaire**

16. Pour être utile, l'immunité accordée doit être assortie de certaines conditions. Lorsque des entreprises violent la loi, et en particulier s'il a été établi qu'il y avait entente, il faut être encore plus exigeant quant aux informations qui doivent être communiquées. Compte tenu du nombre d'affaires impliquant des ententes sur les prix et sur le partage des marchés, l'un des principaux objectifs des autorités sud-africaines chargées de la concurrence est de lutter contre ces ententes. Il était donc envisagé de modifier la politique de clémence prévue pour les entreprises afin d'en faire un outil plus efficace pour détecter et poursuivre les cartels, dont les agissements sont bien souvent de nature délictueuse.

17. Parmi les modifications à apporter au programme de clémence, il était notamment prévu: a) de renforcer le pouvoir discrétionnaire d'accorder les garanties d'une immunité, et d'étendre la clémence à tous les membres d'une entente; b) d'autoriser la présentation des déclarations oralement plutôt que par écrit; et c) d'adopter un système de «marqueur» qui permettrait à l'entreprise de savoir à l'avance si elle pourrait bénéficier de la clémence et d'entreprendre dès maintenant les démarches voulues. Cette affaire montre que lorsqu'une immunité est accordée à des entreprises impliquées dans des ententes, il faut ensuite un suivi et un contrôle pour éviter que les entreprises concernées s'engagent dans d'autres ententes.

### **C. République de Corée: Abus de position dominante dans le secteur automobile**

18. Le 17 janvier 2007, la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales (KFTC) a imposé des mesures correctives et une amende de 23 milliards de won (environ 23,5 millions de dollars É.-U.) à la Hyundai Motor Company pour abus de position dominante, en particulier parce qu'elle empêchait ses concessionnaires de déplacer ou d'agrandir leurs installations et

d'engager des vendeurs tout en imposant aux concessionnaires des objectifs de ventes excessifs. L'entreprise avait renforcé sa position sur le marché automobile national après l'acquisition de Kia Motors. Sur la base des plaintes déposées à la KFTC contre l'entreprise et des éléments de fait recueillis par la KFTC elle-même, l'autorité chargée de la concurrence a effectué cinq visites dans les locaux de la Hyundai Motor Company et de ses concessionnaires.

19. Les enquêtes initiales de la KFTC ont révélé que l'entreprise: a) empêchait ses concessionnaires de déplacer leurs installations; b) avait signé un accord avec son syndicat pour empêcher les concessionnaires d'engager des vendeurs, restriction que les adhérents locaux du syndicat demandaient à l'entreprise de maintenir et de renforcer; et c) fixait des contingents de ventes annuels et les répartissait entre les directions locales.

20. La KFTC a considéré que l'entreprise violait la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales à travers les pratiques anticoncurrentielles suivantes: a) abus de position dominante en empêchant ses concessionnaires de déplacer leurs installations; b) abus de position dominante en limitant le recrutement de nouveaux employés par les concessionnaires; et c) restriction de l'activité commerciale des concurrents en violation de l'article 3-2, 1), 3 et abus de position dominante au sens de l'article 23, 1), 4 en imposant à ses concessionnaires des objectifs de ventes excessifs.

21. La KFTC a imposé des mesures correctives à l'entreprise afin d'éliminer les restrictions visant le déplacement des installations, les nouveaux recrutements et l'imposition d'objectifs de ventes excessifs. En outre, il a été ordonné à l'entreprise de modifier ou d'abroger certaines des dispositions contractuelles signées avec ses concessionnaires dans un délai de soixante jours et d'annuler ou de modifier l'accord avec son syndicat, y compris les adhérents locaux. En plus des mesures correctives, la KFTC a imposé une amende de 23 milliards de won (environ 23,5 millions de dollars É.-U.) calculée en fonction du chiffre d'affaires obtenu grâce aux pratiques jugées incompatibles avec la loi.

## **Commentaire**

22. En donnant tort à l'entreprise, la KFTC a protégé les consommateurs en faisant respecter la législation sur la concurrence interdisant l'abus de position dominante et les pratiques commerciales déloyales sur le marché intérieur fortement concentré de l'automobile. On notera aussi qu'il incombe aux autorités chargées de la concurrence de mettre en place un cadre pour le réexamen des fusions intervenues sur le marché, afin de s'assurer que les entités fusionnées n'abusent pas de leur position dominante et que les conditions à remplir, le cas échéant, sont respectées. En évitant ainsi les abus de position dominante, on économiserait les ressources des autorités chargées de la concurrence. Comme Hyundai et KIA, au même titre que beaucoup d'autres sociétés transnationales, ont des filiales dans le monde entier, il faut enfin que les autorités chargées de la concurrence tirent des leçons de la démarche suivie dans cette affaire et de son issue, afin de procéder de même dans les affaires semblables.



#### **D. Zimbabwe: Accords d'exclusivité dans l'industrie du nickel**

23. En avril 2007, la Commission zimbabwéenne de la concurrence et des tarifs douaniers a été saisie d'une plainte pour accord de commercialisation pour l'exportation illicite entre la Bindura Nickel Corporation (BNC), la Minerals Marketing Corporation of Zimbabwe (MMCZ) et la société suisse Glencore International AG. Il a été enquêté sur la plainte conformément à l'article 28 de la loi sur la concurrence (chap. 14:28) relatif aux pratiques restrictives qui, selon la définition de la loi, incluent les accords limitant la concurrence dans une mesure importante.

24. BNC est le seul producteur actuel de nickel au Zimbabwe. La société exploitait quatre mines de nickel (Epoch, Madziwa, Shangani et Trojan), mais deux seulement sont en activité en ce moment (Shangani et Trojan). Les deux mines en activité, toutefois, n'opèrent pas à pleine capacité à cause de problèmes de viabilité. La société Zimbabwe Platinum Mines (Zimplats) produit une certaine quantité de nickel en tant que résidu de sa production d'autres métaux communs, mais ce nickel est expédié en Afrique du Sud pour y être transformé avant d'être réexporté. MMCZ est un organisme officiel qui a été établi par loi du parlement comme l'agent de commercialisation exclusif pour tous les minerais produits au Zimbabwe, à l'exception de l'or et de l'argent. Cet organisme commercialise les minerais pour le compte des entreprises de production. Glencore International est un acheteur de nickel sur le marché mondial.

25. BNC, MMCZ et Glencore International s'étaient mis d'accord pour vendre à Glencore International toute la production de nickel des mines de BNC au Zimbabwe. L'accord portait sur une période initiale de vingt mois, renouvelable. Selon l'accord, MMCZ se réservait 15 % de la production mensuelle de nickel de BNC pour certains clients, pour autant que ces ventes ne soient pas effectuées à des conditions moins favorables que les ventes à Glencore International et pour autant que les clients en question ne fassent pas partie des marchés exclusifs de Glencore.

26. Tout le nickel produit par BNC est exporté. Ce produit est utilisé dans certaines opérations industrielles spécialisées qui ne sont pas actuellement exécutées au Zimbabwe, notamment pour fabriquer de l'acier inoxydable, dans l'aérospatiale et pour la fabrication de composants automobiles. Il n'y a donc pas de demande locale pour le produit. En 2006, les exportations de nickel ont procuré au Zimbabwe 35,8 billions de dollars zimbabwéens (environ 1,2 milliard de dollars É.-U.) de recettes d'exportation, juste derrière les exportations d'or avec 53,7 billions de dollars zimbabwéens (environ 1,8 milliard de dollars É.-U.). Sur le marché international, depuis la fin mars 2007 il y a eu une envolée des cours mondiaux des métaux et en particulier du nickel et du platine, celui du nickel atteignant le chiffre sans précédent depuis six ans de 50 342 dollars la tonne, soit un bond de 100 % par rapport à 2001. Mais BNC, à travers MMCZ, n'est qu'un acteur secondaire, dont la production totale est inférieure à 1 % du marché mondial.

27. Pour justifier l'accord exclusif de commercialisation entre BNC, MMCZ et Glencore International, il a été avancé que BNC ne produisait pas actuellement à pleine capacité et avait besoin de certains produits pour le traitement à façon. Comme les produits de base qui devaient être combinés aux produits locaux pour le traitement à façon n'existaient pas au Zimbabwe, il fallait l'aide d'une entreprise étrangère avec des devises pour se les procurer. Sans ce financement, BNC ne pouvait ni produire ni commercialiser du nickel. MMCZ avait donc trouvé trois entreprises étrangères, dont Glencore International, qui lui semblait convenir le mieux et qui offrait les meilleures conditions. Glencore International avait accepté de financer l'opération moyennant un accès exclusif au produit final. Sans le financement préalable de Glencore

International, BNC ne pourrait pas avoir une activité de production rentable car ses coûts de production seraient excessifs.

28. Selon BNC, l'accord était justifié aussi parce que pour exploiter de manière rentable les gigantesques installations de fonderie et d'affinage de Bindura, l'entreprise avait toujours obtenu de l'Afrique du Sud et du Botswana du concentré de nickel. Le concentré de nickel était un produit importé qui représentait plus de 40 % de la production annuelle totale de nickel. Il devait toutefois être payé avant livraison, et BNC était incapable de faire ces paiements en devises. La Commission de la concurrence a relevé que, même si l'accord pour la commercialisation du nickel passé entre BNC, MMCZ et Glencore International était restrictif, ses effets sur la concurrence étaient davantage ressentis sur les marchés étrangers que sur le marché zimbabwéen, où BNC était l'unique producteur de nickel et où le produit n'était pas utilisé. L'accord n'avait donc pas d'effet sur la concurrence sur le marché local et, en tant que tel, il ne tombait pas sous le coup de la loi sur la concurrence (chap. 14:28).

### **Commentaire**

29. En l'espèce, la loi sur la concurrence s'applique uniquement aux activités économiques «dans la République du Zimbabwe ou ayant un effet dans celle-ci». Mais, selon la Commission, même si les accords étaient visés par la loi sur la concurrence, ils seraient bénéfiques à plusieurs titres du point de vue de l'intérêt public, non seulement en garantissant des recettes d'exportation et le financement des importations d'un produit de base essentiel mais aussi en permettant d'améliorer l'efficacité de la production de nickel au Zimbabwe, ce qui compenserait les effets préjudiciables induits de par leur caractère restrictif.

30. Compte tenu de l'importance du nickel pour le développement économique du Zimbabwe et de l'augmentation de la demande potentielle, cette affaire met en lumière l'importance du droit et de la politique de la concurrence pour surveiller et corriger les agissements anticoncurrentiels. Elle montrait aussi comment le droit et la politique de la concurrence peuvent compléter la politique industrielle sur les marchés où la demande pour un produit n'est pas locale, mais étrangère. Elle montre enfin que le droit de la concurrence est de plus en plus utile, aux niveaux régional et international, pour éviter les effets anticoncurrentiels transfrontières.

### **E. Croatie: Application directe de la décision de la Commission européenne concernant Microsoft**

31. Dans cette affaire, l'Agence croate de la concurrence n'a pas été formellement saisie, mais à sa demande, Microsoft avait signé un engagement. Dans ce dernier, Microsoft s'engageait à respecter les règles de concurrence sur le territoire croate, conformément aux conditions et obligations imposées par la Commission européenne dans sa décision 2007/53/CE du 24 mars 2004, confirmée par l'arrêt rendu le 17 septembre 2007 par le tribunal de première instance.

32. Dans sa décision concernant Microsoft, la Commission européenne a estimé que cette société avait refusé de fournir les informations nécessaires à l'interopérabilité. Selon elle, en refusant de fournir ces informations, Microsoft entravait le développement et la distribution de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. En outre, Microsoft subordonnait la fourniture du système d'exploitation pour PC clients Windows à l'acquisition simultanée du Windows Media Player. Compte tenu de l'importante part de marché que Microsoft détenait

pour les systèmes d'exploitation pour serveurs, les conditions fixées par la Commission européenne pour établir qu'il y avait position dominante étaient remplies. Ces circonstances de nature exceptionnelle amenaient à conclure que le refus de Microsoft constituait un abus de position dominante incompatible avec l'article 82 du Traité européen.

33. Se référant à cette décision de la Commission européenne, l'Agence croate de la concurrence a obligé Microsoft à divulguer les spécifications pertinentes des protocoles de serveurs Windows à toutes les entreprises présentes sur le territoire croate en autorisant l'utilisation de ces informations dans des conditions non discriminatoires et identiques à celles applicables aux entreprises dans l'Union européenne. En outre, les actuels systèmes d'exploitation Windows XP et Windows Vista sans Windows Media Player devaient être mis à disposition dans toutes les langues accessibles dans l'Union européenne sans discrimination en offrant deux versions de Windows au même prix, ainsi qu'une nouvelle version en croate des systèmes d'exploitation Windows XP et Windows Vista sans Windows Media Player.

### **Commentaire**

34. Comme le droit de l'Union européenne ne s'applique pas au marché croate en tant que tel, l'application extraterritoriale directe de la décision de la Commission européenne dans l'affaire Microsoft pour abus de position dominante est particulièrement intéressante. Elle montre en effet comment la juridiction européenne influence les autorités de la concurrence d'autres pays confrontées à des affaires similaires. Mais il ne faut pas oublier, dans le cas de la Croatie, que dans la perspective d'une adhésion future à l'Union européenne ce pays a intérêt à ce qu'il y ait le maximum de compatibilité entre sa juridiction nationale et la juridiction européenne. L'application de la position de l'Union européenne sur le territoire croate et l'approche suivie par la KFTC en Corée face à la même situation en 2005 montrent que cette interprétation de l'accessibilité des informations nécessaires à l'interopérabilité et des effets de la vente liée sur les marchés secondaires est de plus en plus largement admise au-delà de la juridiction de l'Union européenne. Les scénarios pour la Croatie et pour la République de Corée démontrent l'un et l'autre que des pays en développement avec des ressources limitées peuvent appliquer à leur propre situation les décisions de juridictions plus importantes.

### **F. Portugal: Abus de position dominante dans le secteur des télécommunications**

35. En 2007, l'Autorité portugaise de la concurrence a imposé une amende de 38 millions d'euros (environ 59 millions de dollars É.-U.) à PT Comunicações pour abus de position dominante en violation de l'article 6 1) et 3 b) de la loi nationale sur la concurrence et de l'article 82 du Traité européen. L'affaire remonte à 2003 lorsque TvTel puis Cabovisão en 2004 – deux entreprises concurrentes sur le marché – ont porté plainte contre PT Comunicações pour refus d'accès à son réseau câblé souterrain.

36. Durant l'enquête, il a été effectué des visites inopinées dans les locaux de PT Comunicações. L'Autorité portugaise de la concurrence a établi que PT Comunicações – l'entreprise nationale de télécommunications – avait empêché ses concurrents sur les marchés en aval, TvTel et Cabovisão, d'accéder à son réseau câblé souterrain, qui constituait une infrastructure essentielle. Faute d'accès à cette infrastructure essentielle, les concurrents de PT Comunicações n'ont pas pu relier au câble quelque 73 000 foyers, ce qui limitait l'offre de

télévision par câble, d'Internet à large bande et de téléphonie fixe. L'Autorité de la concurrence a conclu que PT Comunicações se trouvait en position dominante sur le marché de l'accès aux infrastructures pour la pose de câbles et pour les réseaux de communications électroniques, ainsi que sur les marchés en aval correspondants. À cause de cela, 73 000 foyers ne pouvaient pas choisir un autre fournisseur de télévision par câble que CATVP-Cabo Portugal, société dont l'actionnaire majoritaire était le groupe PT. De plus, PT Comunicações interdisait l'accès au marché de certaines zones urbaines importantes au Portugal.

37. Le comportement de PT Comunicações avait ainsi pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché, en violation de la législation nationale sur la concurrence et du droit européen de la concurrence. Les marchés concernés étaient ceux des services de télévision à péage, de l'Internet à large bande pour les particuliers et de la téléphonie fixe pour les particuliers. Au Portugal, seul l'abus de position dominante, et non le simple fait de se trouver en position dominante, est interdit par la loi, et plus précisément par l'article 6 de la loi nationale sur la concurrence – loi n° 18/2003, du 11 juin 2003 – en des termes similaires à ceux de l'article 82 du Traité européen.

38. Selon la loi portugaise sur la concurrence, il y a position dominante: a) quand une entreprise opère sur un marché où elle n'est pas confrontée à une concurrence véritable ou bien sur lequel elle domine ses concurrents – position dominante unique; ou bien b) quand deux entreprises ou davantage opèrent en concertation sur un marché où elles ne sont pas confrontées à une concurrence véritable ou bien sur lequel elles dominent les tierces parties – position dominante collective (art. 6 2) de la loi n° 18/2003).

39. La loi portugaise sur la concurrence qualifie d'abus «le refus de fournir à une autre entité, moyennant paiement approprié, l'accès à un réseau ou une autre infrastructure essentielle que la première partie contrôle quand faute de cet accès, pour des raisons de droit ou de fait, la seconde partie ne peut pas faire concurrence à l'entité en position dominante sur le marché en amont ou en aval, sauf si l'entité dominante démontre que, pour des raisons opérationnelles ou autres, cet accès n'est pas raisonnablement possible» (art. 6 3 b)).

## **Commentaire**

40. Il a été considéré qu'il y avait en l'espèce violation de la loi portugaise sur la concurrence et du Traité européen. Pour éviter les situations semblables, l'Autorité portugaise de la concurrence a établi une liste de questions et réponses qui clarifie tous les aspects qu'implique l'abus de position dominante. Au niveau de l'Union européenne, les recours fondés sur l'article 82 du Traité européen portaient essentiellement sur le refus de l'accès à des installations de réseau essentielles, ce qui empêchait la concurrence sur un marché secondaire. On peut citer notamment: a) l'arrêt de 2007 du tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire Microsoft; b) l'affaire Magill (impliquant les grilles de programmes de télévision qui – chose rare – sont protégées par le droit d'auteur en Irlande, pays où est né le différend); et c) l'affaire IMS Health (impliquant une méthode couverte par le droit d'auteur pour organiser les données sur les ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne, qui était devenue la norme de fait). Dans sa décision, l'Autorité portugaise de la concurrence a confirmé cette position juridique.

### **G. Indonésie: Conditions contractuelles dans le secteur du commerce de gros et de distribution**

41. La Commission indonésienne pour la surveillance de la concurrence (Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)) a enquêté, conformément à la réglementation applicable, et rendu sa décision dans l'affaire n° 02/KPPU-L/2005. Cette affaire concernait une violation alléguée de la loi n° 5/1999 de l'Indonésie interdisant les pratiques monopolistiques et la concurrence déloyale, portant sur les conditions commerciales appliquées à ses fournisseurs par Carrefour Indonésie, entreprise ayant son siège social en France. Le Conseil de la Commission a établi que pour l'achat des produits à ses fournisseurs, Carrefour utilisait des accords écrits qui stipulaient les conditions commerciales à négocier avec chaque fournisseur, telles que redevances pour liste de référencement, rabais fixes, réduction des marges, conditions de paiement, escomptes ordinaires et frais d'assortiment courant. Selon le rapport, les fournisseurs considéraient que ces conditions étaient parfois difficiles à appliquer, notamment quand des redevances pour liste de référencement et une réduction des marges étaient imposées.

42. Une redevance pour liste de référencement était versée par les fournisseurs à Carrefour pour approvisionner ce dernier en nouveaux produits avec une garantie si les produits n'étaient pas tous écoulés. La redevance était déterminée une fois pour toutes et n'était pas remboursable. Son montant était différent selon qu'il s'agissait de gros ou de petits fournisseurs, et tous les fournisseurs n'étaient pas assujettis à la redevance. En 2004 cette redevance avait procuré à Carrefour 25 milliards de rupiahs (environ 2,7 millions de dollars É.-U.). Avec la réduction des marges, les fournisseurs garantissaient à Carrefour que leur prix de vente du produit était le prix de vente le plus bas. Si Carrefour obtenait des informations écrites démontrant que ses concurrents pouvaient vendre le même produit à un prix inférieur au prix payé par Carrefour, Carrefour pouvait demander aux fournisseurs une indemnité correspondant à la différence entre le prix d'achat qu'il payait et le prix de vente effectif des concurrents. Cette déduction sur la facture était calculée en multipliant la différence de prix par la quantité de produits du fournisseur encore présente dans le magasin Carrefour. L'objectif de Carrefour était de continuer à pratiquer des prix de vente inférieurs à ceux de ses concurrents. Ce système de réduction des marges avait rapporté à Carrefour en 2004 un montant de 1,9 milliard de rupiahs (environ 200 000 dollars É.-U.).

43. La KPPU a considéré dans cette affaire que le marché pertinent était la chaîne d'hypermarchés en concurrence directe avec Carrefour à Jakarta, Tangerang, Bandung, Surabaya et Medan pour les produits de consommation courante, tels que boissons et produits alimentaires préparés, produits alimentaires de base, produits frais, articles de ménage et électronique. Les concurrents de Carrefour dans le secteur des hypermarchés étaient Giant, Hypermart et Clubstore. Le Conseil de la Commission a établi que Carrefour occupait une place sur le marché plus importante que Hypermart, Giant et Clubstore, puisque c'est lui qui avait le plus grand nombre de magasins stratégiquement situés et offrant le maximum de commodité et de services. Compte tenu de cette position dominante, les fournisseurs locaux qui voulaient que leurs produits soient présentés et vendus dans les hypermarchés dépendaient des structures de Carrefour.

44. La KPPU a estimé que Carrefour avait abusé de son pouvoir de négociation pour amener les fournisseurs à accepter des conditions commerciales défavorables. Les moyens de pression utilisés consistaient notamment à reporter les paiements exigibles, en violation du devoir de

coopération des parties. Le Conseil de la Commission a demandé à Carrefour de tenir compte, dans ses activités commerciales, du fait que chacune des conditions applicables aux fournisseurs devait procurer une valeur ajoutée à Carrefour et aux fournisseurs, et de ne pas imposer des conditions restrictives à ses fournisseurs et en particulier aux petites et moyennes entreprises. Enfin, se fondant sur les conclusions de l'enquête effectuée, le Conseil de la Commission a estimé qu'il avait été dûment et juridiquement démontré que la partie requise avait violé l'article 19 de la loi n° 5/1999. Il a ordonné à Carrefour de mettre fin à la pratique abusive qui consistait à imposer une réduction des marges à ses fournisseurs et il l'a condamné en outre à une amende de 1,5 milliard de rupiahs (environ 150 000 dollars É.-U.).

## **Commentaire**

45. L'affaire Carrefour est un exemple des problèmes de négociation asymétrique impliquant d'une part de grandes multinationales ayant leur siège social dans les pays industrialisés et d'autre part des petits et moyens fournisseurs et/ou clients dans les pays en développement. Carrefour, le deuxième groupe de distribution au monde, a les moyens de pénétrer stratégiquement sur le marché indonésien en imposant des conditions commerciales restrictives aux fournisseurs locaux qui ont besoin de ses infrastructures une fois les autres concurrents écartés. Cette affaire montre que certains pays en développement arrivent à faire respecter leur droit et leur politique de la concurrence. Il reste à savoir, cependant, si les dispositions prévues dans les législations nationales des pays en développement sont suffisantes pour contrer effectivement ces agissements abusifs, c'est-à-dire si les amendes imposées sont suffisamment élevées pour avoir un effet dissuasif, en particulier dans les affaires impliquant des multinationales.

## **III. FUSIONS ET ACQUISITIONS**

### **A. Brésil: Fusion dans le secteur pharmaceutique**

46. La seule opération de fusion au Brésil dans un secteur autre que celui de l'agriculture a été récemment approuvée, sous certaines conditions, par le Conseil administratif de défense économique (CADE) à sa session ordinaire du 4 octobre 2006. Il s'agissait d'une fusion entre deux entreprises européennes, Axalto Holding (Pays-Bas) et Gemplus International (Luxembourg), qui produisent des cartes à puce et qui commercialisent les systèmes, les produits et les services connexes. L'affaire concernait essentiellement les effets sur la concurrence d'une position dominante dans le secteur des ressources technologiques. Comme l'a fait valoir le Commissaire chargé de l'affaire, les entreprises présentes sur ce marché se répartissent en deux groupes stratégiques: a) les sociétés comme Axalto et Gemplus, qui détiennent des ressources technologiques qui leur permettent d'innover pour être plus compétitives, et qui tirent des recettes non seulement de la vente de cartes mais aussi de licences technologiques; et b) les sociétés qui se font concurrence pour la vente de cartes, sur la base non pas d'innovations mais de réductions des coûts.

47. L'affaire a été examinée aussi par les autorités européennes de la concurrence, qui ont établi que les sociétés détenaient un important portefeuille de brevets en Europe. Compte tenu de ce fait, les autorités européennes ont décidé d'approuver la fusion mais uniquement si les sociétés concernées s'engageaient à délivrer des licences pour leurs droits de propriété intellectuelle, puisque leur position dominante pour ces actifs essentiels pouvait bloquer l'accès

au marché des cartes. Cette décision, toutefois, ne s'applique qu'au territoire de l'Union européenne.

48. Au Brésil, le CADE a établi que l'exploitation des brevets n'était pas aussi importante pour le marché brésilien, compte tenu du petit nombre de brevets délivrés (environ 1 % de la protection conférée par les brevets en Europe). Par ailleurs, le contrôle par Axalto et Gemplus des brevets valides et de ceux qui peuvent être protégés au Brésil conformément aux traités internationaux sur la propriété intellectuelle pourrait placer les parties en position dominante. Le CADE a par conséquent exigé des entreprises concernées qu'elles délivrent des licences pour leurs brevets déposés au Brésil pour les cartes avec module d'identification de l'abonné (SIM) à toute partie intéressée présente sur le marché brésilien sous quelque forme que ce soit, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

### **Commentaire**

49. Cette affaire montre que face aux effets anticoncurrentiels d'une fusion étrangère, les pays en développement ont amélioré leurs capacités et leurs politiques pour faire respecter le droit de la concurrence. Selon la doctrine des effets, il peut être justifié dans le droit international public d'appliquer la législation nationale sur le contrôle des fusions à une concentration entre des sociétés basées à l'étranger quand on peut penser qu'elle aura un effet substantiel sur le territoire d'un État, en l'occurrence sur le marché brésilien des cartes à puce. Même si les deux sociétés avaient leur siège social dans l'Union européenne, l'Autorité brésilienne de la concurrence n'a donc autorisé la fusion qu'à certaines conditions afin d'éviter les effets anticoncurrentiels sur le marché brésilien. En outre, l'Autorité de la concurrence a évalué avec soin l'ampleur de ces effets, compte tenu des droits de propriété intellectuelle détenus par les deux parties prenantes à la fusion.

### **B. Chili: Projet de fusion dans le secteur de la vente au détail**

50. Au Chili, le Tribunal antimonopole a décidé de ne pas approuver une fusion entre deux des principales entreprises de vente au détail dans le pays et il a refusé la création d'une société capitalisée à hauteur d'environ 15 milliards de dollars, qui serait devenue le deuxième groupe de vente au détail d'Amérique latine. Falabella, la principale chaîne chilienne de grands magasins, projetait d'acquérir la plus grosse chaîne de supermarchés chilienne, D&S.

51. Il était prévu que grâce à la création de synergies favorisant le développement de la vente au détail, les deux entreprises – contrôlées par les familles Solari, Cuneo, Del Rio et Ibanez – atteindraient une capitalisation boursière de plus de 15 milliards de dollars. Les responsables financiers de Falabella et de D&S avaient approuvé la fusion des deux entreprises et de leurs sphères d'activité respectives – grands magasins, supermarchés, équipement pour la maison, services financiers à la clientèle et centre commerciaux. Dans une communication à l'Autorité de contrôle des valeurs et des assurances, les conseils d'administration des deux sociétés ont annoncé l'accord, qui supposait la fusion de toutes les entreprises actuellement exploitées par Falabella et D&S, tant au Chili qu'à l'étranger.

52. La transaction prévoyait que les actionnaires des deux sociétés deviendraient actionnaires du nouveau conglomérat. La future holding Falabella-D&S deviendrait la plus importante chaîne de grands magasins en Amérique du Sud, avec une présence au Chili, au Pérou, en Argentine et

en Colombie, et le principal distributeur de produits alimentaires au Chili, Lider. En outre, cette nouvelle entreprise engloberait le secteur de l'équipement pour la maison, la société immobilière Saitec, CMR, Presto, la Banque Falabella, San Francisco et Tottus. Chaque branche de l'entreprise continuerait à fonctionner sans bouleversements majeurs. Toute l'opération impliquait une fusion des deux entreprises avec leurs fonds propres. Il n'était pas prévu d'émission publique puisque tous les actionnaires de l'une et l'autre société participeraient à l'intégration dans les mêmes conditions et en bénéficieraient. La fusion assurerait aux fournisseurs un accès plus facile aux marchés internationaux et une amélioration et une efficacité accrue du réseau de distribution, avec une réduction des coûts logistiques. Comme il n'y avait pas de superposition entre les marchés géographiques, la concurrence n'aurait pas été affectée. En janvier 2008, le tribunal chilien a décidé de ne pas approuver le projet, pour les raisons suivantes: a) la réalisation pratique de l'opération aurait impliqué des modifications considérables de la structure du marché en créant une entreprise en position dominante (intégrée) dans le secteur de la vente au détail, qui contrôlerait tous les segments – par exemple, grands magasins, logements et loyers – tout en créant des obstacles à l'entrée; b) la fusion entraînerait des problèmes de concurrence importants et durables (par exemple, effets sur les prix, la quantité et la qualité) pour des produits essentiels pour les consommateurs chiliens, et aurait aussi des répercussions pour les consommateurs ailleurs; et c) les effets anticoncurrentiels semblaient plus importants que les avantages en principe attendus de la fusion. Des mesures correctives ne suffisaient pas pour compenser les risques qu'impliquait l'opération.

### **Commentaire**

53. Bien que le modèle économique de la vente au détail intégrée se développe de plus en plus, il est important de faire la différence entre une grande entreprise de vente au détail issue du jeu de la concurrence sur le marché et celle issue d'une fusion entre le principal détaillant et son concurrent le plus important. Ce type de fusion impliquant différents produits et réduisant le nombre d'agents indépendants risque plus de créer des problèmes sur le marché que de procurer des avantages. En outre, compte tenu de la taille du marché chilien, les opportunités de croissance internes sont rares. Il est donc important pour un organisme de défense de la concurrence d'intervenir efficacement au bon moment. Il est important aussi de savoir que les parties qui veulent la fusion auront toujours des raisons valables, selon elles, de fusionner. Le rôle d'un organisme de défense de la concurrence est de vérifier si ces raisons sont valables au regard de la législation.

### **C. Allemagne: Fusion sur le marché des appareils auditifs**

54. Une intéressante affaire de fusion transnationale a été tranchée en 2007 par l'Autorité allemande chargée de la concurrence, le Bundeskartellamt. Le 10 novembre 2006, cet organisme a été informé que la société Phonak Holding AG, établie à Stäfa, en Suisse, envisageait d'acheter à GN Store Nord (A/S) établie à Ballerup, au Danemark, les entreprises GN ReSound A/S, GN ReSound GmbH Hörtechnologie et GN US Holdings Inc. Les entreprises en question sont établies à Ballerup, en Allemagne; à Münster, en Allemagne; et dans le Minnesota, aux États-Unis. Elles sont chargées des activités de GN Nord A/S pour les appareils auditifs et elles s'occupent du développement, de la fabrication et de la vente de ces appareils et de leurs accessoires, ainsi que de matériel de diagnostic audiolgique. Phonak est l'un des principaux producteurs mondiaux d'appareils auditifs. Les deux autres grands fabricants sont Siemens et la société danoise William Demant/Oticon.



55. Le Bundeskartellamt a exprimé son opposition à la concentration prévue dans une décision publiée le 11 avril 2007. Selon lui, avec l'acquisition de GN ReSound, Siemens, Phonak et Oticon auraient une position oligopolistique dominante collective. Ces entreprises entretenaient déjà d'étroites relations commerciales. En outre, elles coopéraient dans le domaine des brevets de base et des technologies sur mesure, et elles avaient mis en place un vaste système d'information sur le marché par l'intermédiaire de l'association centrale représentant l'industrie électronique et électrotechnique (Zentralverband Elektrotechnik und Elektrotechnikindustrie E.V., ZVEI). La stabilité de l'offre et de la demande, le référencement couvrant pratiquement tout le marché des membres de l'oligopole pour la vente au détail d'appareils auditifs et la transparence du calendrier de lancement des nouveaux produits facilitaient déjà l'harmonisation des activités des membres de l'oligopole. En outre, les prix moyens des appareils auditifs vendus par Siemens, Phonak et Oticon aux magasins de vente au détail ne présentaient pas de disparités importantes.

56. Le Bundeskartellamt a conclu que la concurrence, déjà faible avec l'oligopole existant, deviendrait insignifiante après la fusion, puisque la part de marché globale serait portée à 90 % environ. En capturant le potentiel technologique et productif de GN ReSound et en consolidant par d'autres acquisitions sa position dominante dans le secteur des technologies clefs, l'oligopole réussirait à éliminer le peu de concurrence qui subsistait sur le marché. La fusion aurait affaibli encore l'innovation et la concurrence par les prix au détriment, pour finir, du consommateur.

57. Bien que le projet de fusion ait été engagé à l'étranger, le Bundeskartellamt a exercé le pouvoir d'interdiction que lui confère l'article 130 2) de la loi allemande contre les restrictions de concurrence. Selon cette disposition, la loi allemande s'applique à toutes les restrictions de concurrence ayant un effet dans sa juridiction d'application, même si elles ont leur origine en dehors de cette juridiction (doctrine dite des effets). L'effet du projet en Allemagne n'était pas contesté et les conditions prévues concernant le seuil de chiffre d'affaires étaient remplies aussi.

58. Les parties à la fusion, toutefois, ont allégué que le Bundeskartellamt n'avait pas de pouvoir d'interdiction parce que, conformément à l'article 25 de la Constitution, le principe de non-intervention en tant que règle générale de droit international avait un statut supérieur à celui des dispositions de la loi allemande. Selon elles, la doctrine des effets n'est compatible avec le principe de non-intervention que si l'application du droit interne et les mesures fondées sur celui-ci sont limitées aux effets internes. Elles faisaient valoir que, si le projet de fusion n'était pas divisible en une composante interne et une composante étrangère, le pouvoir d'interdiction était inapplicable. Le Bundeskartellamt a rejeté ces arguments dans sa décision, faisant observer que les règles générales de droit international incluaient non seulement l'interdiction de l'ingérence, mais aussi la doctrine des effets. Comme dans cette affaire la fusion n'était pas divisible, le Bundeskartellamt a donc supposé, conformément à l'opinion qui prévalait, qu'il y avait un pouvoir d'interdiction général pour la fusion dans son ensemble aux fins de l'application de l'article 36 1) de la loi allemande. Les parties à la fusion ont fait appel de la décision auprès de la cour d'appel régionale de Düsseldorf. L'affaire est en instance.

## **Commentaire**

59. Selon le droit international public, la législation nationale sur le contrôle des fusions peut être appliquée à une concentration entre entreprises établies à l'étranger s'il est prévu que la concentration projetée aura un effet substantiel sur le territoire d'un État donné. C'est sur cette

doctrine des effets que repose l'application de la loi antitrust non seulement en Allemagne, mais aussi dans d'autres grandes juridictions. On voit donc la nécessité pour les pays en développement de se doter d'un droit et d'une politique de la concurrence efficaces, ainsi que d'un organe chargé de l'application, afin de disposer de la base juridique voulue pour de telles interventions. Lorsqu'une fusion extraterritoriale affecte gravement le marché local, comme dans l'affaire évoquée ci-dessus, les pays en développement en particulier devraient pouvoir intervenir, surtout quand un secteur essentiel pour un groupe vulnérable de la société est concerné, comme c'était le cas en l'occurrence.

#### **D. Colombie: Intégration d'entreprises sur le marché des systèmes tubulaires en PVC**

60. L'Inspection colombienne de l'industrie et du commerce (SIC) a fait savoir qu'en mars 2007 la société MEXICHEM avait décidé de se renforcer en intégrant PAVCO SA, Amanco Ltda, PVM S.A., Petroquímica Colombiana (PETCO) et Mexiquem Colombia SA; en prenant le contrôle de PETCO, MEXICHEM contrôlerait aussi PAVCO (une filiale d'Armanco Holding Inc.). L'opération aurait des effets sur le territoire national. L'acquisition envisagée renforcerait la position de MEXICHEM en Amérique latine pour la production et la commercialisation de résines et lui permettrait d'atteindre la masse critique nécessaire pour rester le leader régional pour les résines de chlorure de polyvinyle (PVC).

61. L'enquête effectuée par l'autorité colombienne chargée de la concurrence a montré que PETCO, l'unique fournisseur de résines de PVC, imposait sur le marché intérieur un prix supérieur à celui des produits étrangers. Le marché pertinent est essentiellement celui des résines de PVC qui sont utilisées pour fabriquer des tubes et des accessoires en PVC, c'est-à-dire le marché du produit primaire ou en amont. Compte tenu des caractéristiques, des prix et des utilisations potentielles des produits, il n'y a pas de produits de substitution sur le marché; en ce qui concerne le marché géographique, la production des résines de PVC en question est circonscrite au territoire national. En outre, sur le marché pertinent des systèmes tubulaires en PVC (marché secondaire), le marché géographique ou en aval des systèmes tubulaires en PVC est le territoire national également. La SIC a analysé les marchés affectés (le marché primaire et le marché des systèmes tubulaires) et conclu qu'ils étaient fortement concentrés. Les entreprises qui veulent entrer sur le marché des résines de PVC doivent très bien connaître le secteur et être prêtes à faire d'importants investissements. Quant aux importations, elles impliquent des coûts additionnels pour les consommateurs à cause des droits de douane élevés et du coût du fret et des assurances pour le transport. En ce qui concerne les systèmes tubulaires en PVC, PAVCO est le leader sur le marché. Les marchés des accessoires et des tubes en général sont eux aussi fortement concentrés.

62. En ce qui concerne les effets de l'intégration envisagée sur les conditions de concurrence, il a été établi que, si la fusion était acceptée, l'entreprise leader pourrait restreindre ou suspendre l'approvisionnement en intrants des marchés secondaires. Les facteurs en jeu incluaient:

- a) le pourcentage élevé de résines de PVC dans les coûts de production des systèmes tubulaires en PVC, où MEXICHEM a une position dominante;
- b) les possibilités restreintes de se tourner vers d'autres sources à cause des droits de douane et des coûts de transport élevés;
- c) les difficultés à obtenir une assistance technique et des services de suivi pour les produits importés; et
- d) une faible compétitivité sur le marché.

63. Si PETCO et PAVCO devenaient une entité unique conformément au projet d'intégration, ces entreprises contrôleraient le marché primaire et, indirectement, les coûts des concurrents de PAVCO sur le marché secondaire (tubes en PVC). En outre, MEXICHEM serait informée des quantités, des prix et d'autres détails concernant les intrants primaires achetés par les concurrents de PAVCO. PAVCO bénéficierait également de matières premières obtenues aux coûts de production de MEXICHEM. Cela renforcerait la position de PAVCO sur le marché, et les autres concurrents n'auraient plus que deux options: soit acheter des matières premières aux conditions imposées par PAVCO, soit les importer ou créer une nouvelle entreprise pour produire des résines, ce qui majorerait forcément les coûts.

64. En juillet 2007, l'Inspection colombienne de l'industrie et du commerce, estimant que la fusion serait préjudiciable pour la concurrence et pour les consommateurs, s'est prononcée contre le projet. Toutefois, il a été recouru contre la décision et en septembre 2007 la SIC a réexaminé l'affaire et autorisé l'intégration de PAVCO dans les opérations de MEXICHEM en Colombie, mais à certaines conditions: a) une condition structurelle consistant dans la vente d'actifs pour la production de systèmes tubulaires en PVC à une tierce partie; et b) des conditions réglementant les pratiques de PETCO, à savoir que les clients locaux devraient bénéficier de conditions de vente, de prix, de délai de livraison, etc., adéquates. Une condition très importante aussi serait de préserver le caractère confidentiel des informations, en particulier vis-à-vis de PAVCO. Un service d'audit surveillerait le respect effectif de ces conditions, et il a été émis une police d'assurance pour garantir l'exécution des engagements pris.

### **Commentaire**

65. À la suite de l'appel formé par MEXICHEM (PETCO) et PAVCO, l'opération a finalement été approuvée, sous réserve des conditions fixées par l'Autorité colombienne chargée de la concurrence. L'affaire montre que, même lorsqu'une opération est approuvée à l'issue d'une procédure en appel, l'Autorité chargée de la concurrence peut imposer des obligations à respecter pour éviter que l'opération ait des effets préjudiciables. Compte tenu de la position solide de MEXICHEM dans la région, la SIC devrait surveiller l'application des conditions aux entreprises concernées. Cette affaire établit une jurisprudence pour l'examen des cas de fusion dans d'autres pays dans des conditions similaires.

-----