

Affaire T-114/02

BaByliss SA

contre

Commission des Communautés européennes

«Concurrence — Concentrations — Règlement (CEE) n° 4064/89 —
Recours introduit par un tiers — Recevabilité — Engagements au cours
de la première phase d'examen — Licence de marque — Modifications
des engagements — Délais — Concours financier apporté par l'État — Prix
de reprise dérisoire — Existence de doutes sérieux quant à la compatibilité
de la concentration avec le marché commun — Absence d'engagement
sur des marchés présentant des problèmes sérieux de concurrence»

Arrêt du Tribunal (troisième chambre) du 3 avril 2003 II-1288

Sommaire de l'arrêt

1. *Recours en annulation — Personnes physiques ou morales — Actes les concernant directement et individuellement — Décision constatant la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun — Entreprise tierce ayant participé activement à la procédure administrative et possédant la qualité de concurrent potentiel — Recevabilité*
(Art. 230, alinéa 4, CE)

2. *Concurrence — Concentrations — Procédure administrative — Engagements des entreprises concernées — Modifications communiquées hors délai — Prise en compte par la Commission des engagements modifiés pour constater la compatibilité de l'opération avec le marché commun — Admissibilité — Conditions*
(Règlement de la Commission n° 447/98, art. 18, § 1; communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n° 4064/89 et n° 447/98, point 37)

3. *Concurrence — Concentrations — Examen par la Commission — Engagements des entreprises concernées de nature à rendre l'opération notifiée compatible avec le marché commun — Nature des engagements permettant à la Commission de ne pas ouvrir la phase II — Engagements excluant tous doutes sérieux — Engagements de type comportemental — Inclusion*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 6, § 1; communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n° 4064/89 et n° 447/98)

4. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Engagements des entreprises concernées de nature à rendre l'opération notifiée compatible — Opération de concentration entre entreprises opérant sur les marchés des produits du petit électroménager — Engagement d'octroi de licences de marque — Solution aux problèmes de concurrence induits par l'opération de concentration — Conditions*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 8, § 2)

5. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Engagements des entreprises concernées de nature à rendre l'opération notifiée compatible — Opération de concentration entre entreprises opérant sur les marchés des produits du petit électroménager — Engagement d'octroi de licences de marque — Obligation limitée d'approvisionnement imposée à un licencié — Admissibilité — Conditions*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 8, § 2)

6. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Absence de création ou de renforcement d'une position dominante entravant la concurrence — Critères d'appréciation — Absence de chevauchement significatif entre les parties à l'opération — Pertinence — Limites*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 2, § 2 et 3)

7. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Absence de création ou de renforcement d'une position dominante entravant la concurrence — Critères d'appréciation — Présence de concurrents — Pertinence dépendant du poids des concurrents*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 2, § 2 et 3)
8. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Absence de création ou de renforcement d'une position dominante entravant la concurrence — Appréciation autonome des différents marchés de produits concernés — Limites — Nécessité de prendre en compte la situation concurrentielle globale et les facteurs susceptibles de renforcer la puissance économique de l'entité issue de la concentration — Caractère non démontré de l'absence de risques sérieux en cas de concentration du chiffre d'affaires de l'entité issue de la concentration sur les secteurs non dominés*
(Règlement du Conseil n° 4064/89, art. 2, § 2 et 3)
9. *Procédure — Intervention — Moyen non soulevé par la partie requérante — Irrecevabilité*
(Statut CE de la Cour de justice, art. 37, alinéas 3 et 4; règlement de procédure du Tribunal, art. 116, § 3)
10. *Concurrence — Concentrations — Appréciation de la compatibilité avec le marché commun — Engagements des entreprises concernées de nature à rendre l'opération notifiée compatible avec le marché commun — Nécessaire compatibilité avec l'article 81 CE — Engagement d'octroi de licences de marque prévoyant une clause contraignant le licencié à concentrer la vente sur le territoire d'un État membre — Admissibilité*
(Art. 81, § 1 et 3, CE; règlement du Conseil n° 4064/89, art. 2, § 1)

1. Une décision de la Commission constatant la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun ne concerne individuellement, au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, des entreprises tierces à la concentration, qui n'en sont pas destinataires, que si elle les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire.

Si une simple participation à la procédure ayant abouti à la décision ne suffit pas, à elle seule, à établir que l'entreprise tierce est individuellement concernée par celle-ci, en particulier dans le domaine des concentrations dont l'examen minutieux exige un contact régulier avec de nombreuses entreprises, la participation active à la procédure administrative constitue cependant un élément régulièrement pris en considération, en matière de concurrence, y compris dans le domaine plus spécifique du contrôle des concentrations,

pour établir, en conjonction avec d'autres circonstances spécifiques, la recevabilité du recours d'une entreprise tierce.

Ainsi, lorsque les parties à la concentration opèrent sur des marchés oligopolistiques caractérisés, notamment, par des barrières à l'entrée élevées résultant de la grande fidélité à la marque ainsi que par la difficulté d'accès au commerce de détail, est recevable un recours introduit par une telle entreprise qui a participé activement à la procédure et peut invoquer la qualité de concurrent potentiel.

La prise en compte de telles modifications intervenues en dehors du délai précité respecte également la communication concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n° 4064/89 et n° 447/98, adoptée par la Commission et liant celle-ci dans la mesure où elle ne s'écarte pas des normes du traité et du règlement n° 4064/89, lorsque ces modifications peuvent être considérées comme des modifications limitées aux termes du point 37 de ladite communication.

(voir points 140, 143, 150)

(voir points 91, 95, 99)

2. L'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, doit être compris en ce sens que, si les parties à une concentration ne peuvent obliger la Commission à tenir compte des engagements et de leurs modifications intervenus après le délai de trois semaines qu'il fixe pour leur communication, la Commission, en revanche, si elle estime avoir le temps nécessaire pour les examiner, doit être en mesure d'autoriser la concentration au vu desdits engagements même si des modifications y ont été apportées après ce délai.
3. Ni le règlement n° 4064/89 ni la communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément aux règlements n° 4064/89 et n° 447/98 ne prévoient expressément quel type d'engagements peut ou doit être accepté à l'issue de la phase II ou dans le cadre de la phase I. Le règlement n° 4064/89 visant à empêcher la création ou le renforcement de structures de marché susceptibles d'entraver significativement la concurrence effective dans le marché commun, les engagements proposés doivent toutefois être de nature à permettre à la Commission de conclure que l'opération de concentration en cause ne crée ou ne renforce pas une position dominante. Il n'y a, à cet égard, pas de différence de nature entre

les engagements pris au cours de la phase I et ceux pris au cours de la phase II, même si les premiers, compte tenu du fait qu'une étude de marché approfondie n'est pas effectuée au cours de la phase I, ne doivent pas seulement permettre de conclure que l'opération ne crée ou ne renforce pas une position dominante, mais doivent en outre être suffisants pour exclure clairement tous doutes sérieux à cet égard.

Ainsi, lorsque ni les problèmes de concurrence en cause ni la nature des engagements proposés par les entreprises concernées ne sont de nature à empêcher la Commission de considérer que les doutes sérieux peuvent être dissipés au terme de la phase I, celle-ci ne commet pas une erreur de droit en n'ouvrant pas la phase II.

(voir points 169-170, 176, 181-182)

Même si la cession d'actifs constitue souvent la mesure corrective la plus adéquate pour remédier facilement à un problème de concurrence, en particulier en cas de chevauchement horizontal, il ne saurait, a priori, être exclu qu'un accord de licence puisse constituer une mesure adéquate pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés. Ainsi, on ne saurait exclure a priori que des engagements à première vue de type comportemental, tels que la non-utilisation d'une marque pendant une certaine période ou la mise à la disposition des tiers concurrents d'une partie de la capacité de production de l'entreprise issue de la concentration, ou plus généralement l'accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires, soient de nature eux aussi à empêcher l'émergence ou le renforcement d'une position dominante. De plus, s'il est vrai que l'efficacité d'une telle licence de marque dépend de plusieurs facteurs plus difficiles à contrôler qu'une cession d'actifs, il ne saurait cependant être exclu, a priori, que la Commission soit à même d'en apprécier les paramètres pertinents dans le cadre de la phase I.

4. Un engagement de type comportemental est de nature à résoudre les problèmes de concurrence induits par une opération de concentration pour autant qu'il empêche la création ou le renforcement d'une position dominante. Tel est le cas, s'agissant d'une opération de concentration entre entreprises opérant sur les marchés des produits du petit électroménager, caractérisés par le fait que les marques y constituent le facteur de concurrence primordial, d'un engagement d'octroi de licences de marque. Toutefois, la durée dudit engagement doit être telle que, compte tenu de la durée de vie moyenne des produits concernés, elle permette aux licenciés, au cours de la période transitoire durant laquelle ils seront en droit d'utiliser leur propre marque en association avec la marque faisant l'objet de la licence («co-branding»), d'assurer la migration de cette marque vers leurs propres marques, afin que celles-ci soient en mesure d'exercer une concu-

rence effective sur la marque concernée au-delà de cette période transitoire.

(voir points 191-193, 195, 205, 207, 210)

5. Dans le cadre d'un engagement d'octroi, par les parties à une opération de concentration, de licences de marque à différents licenciés dans différents États membres pour une variété de produits aux fins de résoudre les problèmes de concurrence, une clause qui prévoit l'obligation d'approvisionnement partiel à un prix de cession correspondant au prix de revient industriel majoré des frais, imposée à l'un des licenciés pour une période limitée de deux ans, afin d'assurer le niveau d'emploi de certains sites, et ne concernant que l'un des produits faisant l'objet de la licence, est admissible dès lors qu'elle n'a pas pour effet de renforcer la position de la nouvelle entité issue de la concentration ni de porter atteinte à l'efficacité de la licence. Il en va de même pour la simple faculté pour les licenciés de s'approvisionner auprès de la nouvelle entité prévue dans le cadre d'un tel engagement.

(voir points 238-242)

6. L'absence réelle de chevauchement significatif entre les parties à une opération de concentration est de nature à écarter les doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun même pour les marchés de produits sur lesquels la nouvelle entité issue d'une telle opération détient une part de marché supérieure à 40 % dès lors que, dans ce cas, ce n'est pas la concentration qui crée ou renforce la position dominante, celle-ci préexistant.

Cependant, une décision de la Commission constatant que l'opération de concentration ne suscite pas de doutes sérieux, en raison de l'absence de chevauchement, ne doit pas, pour que le juge puisse exercer valablement son contrôle, se borner à indiquer les parts de marché des parties concernées avec une fourchette de 10 %. Car, si l'on peut effectivement considérer qu'il n'y a pas de chevauchement significatif lorsque la part de marché de l'une des entreprises est proche de 0 %, il ne saurait en être de même lorsqu'elle est proche de 10 %.

Par ailleurs, si cette absence de chevauchement significatif est une raison valable pour conclure à l'absence de doutes sérieux lorsque la Commission examine, dans un premier temps, la situation concurrentielle au niveau d'un marché de produits individuel, il

n'y a en revanche plus lieu de tenir compte de cet élément au niveau de l'examen plus global de la situation sur l'ensemble des marchés de produits d'un pays concerné.

(voir points 318, 320-321, 326)

7. La simple constatation que l'entité issue d'une opération de concentration, tout en disposant d'une part de marché égale ou supérieure à 40 %, affrontera des concurrents n'implique pas que la concentration ne soulève pas de doutes sérieux sur ce marché. La présence de concurrents ne pourrait constituer un facteur de nature, le cas échéant, à tempérer, voire à éliminer, la position dominante détenue par ladite entité que dans l'hypothèse où ces concurrents détiendraient une position forte de nature à exercer un contrepoids réel.

(voir point 329)

8. Dès lors que, pour analyser si une opération de concentration notifiée soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, la Commission part du constat que chacun des produits commercialisés par les parties à l'opération correspond à un marché distinct et que les diffé-

rents marchés nationaux sont également distincts, il lui appartient d'analyser la situation concurrentielle marché par marché.

Le caractère distinct des différents marchés de produits ne saurait toutefois être considéré comme absolu et il peut s'avérer nécessaire de pondérer l'appréciation relative à un marché de produits particulier à la lumière de la situation concurrentielle existant sur l'ensemble des autres marchés de produits de l'État membre concerné.

Cette prise en compte de la situation concurrentielle plus globale se justifie particulièrement lorsque les parties à l'opération se meuvent dans un secteur où la marque constitue le facteur de concurrence le plus important et où la notoriété de la marque profite à l'ensemble des produits qui en sont revêtus, bien qu'ils correspondent à autant de marchés distincts.

De même, la Commission peut être amenée, en vue d'apprécier la position concurrentielle détenue par une entreprise, à tenir compte du portefeuille de marques détenu par celle-ci ou de la circonstance qu'elle détient des parts de marché importantes sur de nombreux marchés des produits concernés.

Si cet examen de la situation concurrentielle globale fait naître des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération projetée avec le marché commun, au vu des risques de création ou de renforcement d'une position dominante, la Commission ne saurait les écarter en se fondant sur le fait qu'ils ne seraient réels que si les marchés sur lesquels s'exercerait la domination que créerait l'opération généraient une part essentielle du chiffre d'affaires réalisé par l'entité issue de la concentration, qui pourrait alors mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sans risquer de voir les distributeurs sanctionner ce comportement en se détournant de ses produits sur les marchés où, globalement, bien que sa position ne soit pas dominante, elle réalise la part essentielle de son chiffre d'affaires (effet de gamme).

En effet, outre que le règlement n° 4064/89 vise à interdire non l'abus de position dominante mais la création ou le renforcement d'une telle position, le caractère inéluctable et dissuasif des représailles qu'exerceraient les distributeurs, et donc l'absence de risque de comportement abusif de l'entité issue de la concentration, ne peut être supposé mais doit être démontré à suffisance de droit par la Commission.

(voir points 339, 342-343, 349, 353, 360, 362-365)

9. Si les articles 37, troisième alinéa, du statut de la Cour et 116, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal ne s'opposent pas à ce qu'un intervenant présente des arguments nouveaux ou différents de ceux de la partie qu'il soutient, sous peine de voir son intervention limitée à la répétition des arguments avancés dans la requête, il ne saurait être admis que ces dispositions lui permettent de modifier ou de déformer le cadre du litige défini par la requête en soulevant des moyens nouveaux. Partant, une partie intervenante, qui doit, en vertu de l'article 116, paragraphe 3, du règlement de procédure, accepter le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention et dont les conclusions de la requête en intervention ne peuvent avoir, en vertu de l'article 37, quatrième alinéa, dudit statut, d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties principales, n'a pas qualité pour soulever un moyen non soulevé par la partie requérante. Un tel moyen doit être rejeté comme irrecevable.

(voir points 417-418)

10. La Commission ne saurait, dans le cadre de la procédure d'application du règlement n° 4064/89, accepter des engagements contraires aux règles de concurrence instituées par le traité parce que portant atteinte à la préservation ou au développement d'une concurrence effective dans le marché commun. Dans ce contexte, la Com-

mission doit apprécier la compatibilité de ces engagements notamment selon les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, CE.

À cet égard, une clause qui, dans le cadre d'un engagement d'octroi de licences de marque imposé aux parties à la concentration, contraint un licencié à concentrer la vente des produits couverts par la licence sur son territoire n'a pas, en principe, pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE et ne serait, même si elle devait s'interpréter comme interdisant aux licenciés

d'exporter vers d'autres États membres des produits revêtus de la marque en cause, pas susceptible de restreindre de manière sensible la concurrence sur les marchés concernés dans la Communauté ou d'affecter de manière significative le commerce entre États membres au sens de ladite disposition, dès lors qu'il est patent que, pour les produits concernés, les marchés sont de dimension nationale et ne connaissent pas d'importations parallèles significatives.

(voir points 421-423)