

Brussels, January 1966  
P-1/66

INFORMATION MEMO

Concentration of firms in the Common Market

Acting on a proposal from M. von der Groeben, the member of the Commission with special responsibility for competition, the Commission of the European Economic Community has sent the Governments of the Member States a memorandum on concentration of firms in the Common Market. This document, the fruit of extensive research, deals with problems of economics, company law, tax law and monopoly law that arise in this connection.

The memorandum takes as its starting-point the Community's Action Programme of October 1962 (secs. 25 and 26). It illustrates and amplifies the speech on "Competition policy as a part of economic policy in the Common Market" which was made by M. von der Groeben before the European Parliament in Strasbourg on 16 June 1965.

The research done by the Commission has led to the following conclusions:

1. The progressive abolition of customs duties and quotas induces many enterprises to adapt themselves to the larger market in the European Community. This process of adaptation makes it necessary for enterprises to come together in many ways, whether by merger, acquisition of holdings, the creation of joint subsidiaries, or other means. These arrangements often encourage productivity, technical progress and research; they improve both the resilience of the enterprises and their competitiveness on the national, European and world markets.

It is not possible to make valid generalizations about the optimum size of an enterprise. Often, however, larger enterprises are better able to adapt themselves to Europe's expanding internal market and to keener international competition than are smaller ones, as these find themselves at a disadvantage particularly over raising capital and financing technical research.

2. To make this process of adjustment easier for enterprises, obstacles arising from tax law will have to be removed, as these discourage mergers and holdings when the firms concerned are separated by frontiers. In mergers of this type, for example, considerable tax reserves must be declared and tax paid on them. The resulting difficulties must be removed as far as possible. A special Working Party is considering the problems involved.

In addition, the Commission will prepare the ground for the harmonization of direct taxation, particularly the taxation of corporate profits, in order to prevent artificial distortions of competition and errors in siting. In this connection a comparative study of the tax burden will be made, the results of which will be important for the subsequent work on harmonization.

.../...

3. Considerable obstacles to international mergers and international holdings and to the creation of joint subsidiaries are presented by company law; as yet there is no international regulation governing the way in which enterprises on different sides of a frontier may combine. The Commission will therefore give steady support to attempts to create a new legal form of European limited company. Preliminary work on this is now in progress.

4. At the same time the Commission considers it important to ensure that small and medium-sized enterprises are able to continue to fulfil their specific tasks. In competition with large enterprises they may find themselves placed at a particular disadvantage where sales organization and market research are concerned; purchasing conditions may be less favourable; difficulties may arise in adapting machines and equipment to the smaller size of their undertaking; they might find they were less able to influence demand; capital might be difficult to procure, and so might information, particularly with regard to technical progress and foreign markets; and there might be complications over access to particular markets (e.g. orders from public authorities).

The Commission therefore advocates the following measures: earlier introduction of its proposed system of taxation on value added, which will not affect competition; relaxation of the rules governing agreements on joint research, specialization and rationalization; approval of joint purchasing arrangements; a review of national regulations which work to the disadvantage of small and medium-sized enterprises; and measures that will make it easier for them to gain access to the capital market. The Commission intends to discuss in detail with the Member States and the parties concerned what can be done in this respect within the framework of the Treaty of Rome.

5. While the Commission will, on the one hand, work for the elimination of artificial barriers that prevent European enterprises coming together in a way that would increase productivity, it will use its powers under the EEC Treaty and Council Regulation No. 17 to oppose any form of combination that would lead to the monopoly of a market.

The ban on cartels (Article 85 of the Treaty) is, in the Commission's opinion, neither intended nor suitable to prevent the domination of a given market by mergers or other forms of combination.

The provision dealing with monopolies (Article 86) prohibits the abuse of dominant positions within the Common Market.

In any particular case the first thing to be done is to find out whether the enterprise in question does in fact enjoy a dominant position. This cannot be determined simply by considering an enterprise's share of the market or other quantitative features. A dominant position consists primarily in the ability to exert a substantial and, for the enterprise in question, a predictable influence over what happens on the market. For example, an enterprise that is in a position

.../...

to oust competitors from the market at will can already be said to enjoy a dominant position even when its own share of the market is still comparatively small.

A dominant position may have its roots in production, distribution or financial strength. The trend of the market should therefore always be taken into account, and the firm concerned should be seen in the context of all its economic relations. Within an oligopoly the enterprise that is found to be the "price leader" may well be dominant.

The firm's position as a supplier within the Common Market is decisive. It is therefore possible even for an enterprise registered in a non-member country to enjoy a dominant position within the Common Market; consequently, what matters in the case of a firm situated within the Common Market is its competitive position viewed in the light of imports.

The next point to be clarified in any particular case is what constitutes abuse of a dominant position. The monopoly provision of the Treaty (Article 86) itself includes examples of such improper practices:

- (a) The direct or indirect imposition of any inequitable purchase or selling prices or of any other inequitable trading conditions;
- (b) The limitation of production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) The application to parties to transactions of unequal terms in respect of equivalent supplies;
- (d) The subjecting of the conclusion of a contract to the acceptance, by a party, of additional supplies which, either by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contract.

A further example of importance is the cutting of prices in order to oust from the market a competitor who lacks the resources needed to sell for a considerable period at less than his cost price. When an enterprise exploits its dominant position by such cut-throat competition or other malpractices in order to force another enterprise to merge against its will or on unfavourable terms, this constitutes an abuse.

It is clear from the examples given in Article 86 that the ban on abuse of dominant positions is not directed solely against particular improper practices on the market. On the contrary, Article 86 cites practices (limitation of production, markets or technical development) which, by changing the structure of supply, work to the disadvantage of the consumer, although they do not concern what an enterprise does on the market but what happens within the enterprise. Where a merger between one enterprise in a dominant position and another enterprise puts an end to competition which would otherwise have continued to exist on the market in question and so establishes a monopoly, it can have just the same detrimental effects for purchasers and consumers as the examples mentioned in Article 86. A monopoly position does in fact remove the incentive to further technical

development and greater productivity, to mention only two of its harmful consequences. It has the result of limiting the level of production so much that maximization of profits is achieved by means of prices that are higher than they would be in a market where there is effective competition and therefore a higher level of production.

The Commission came to the conclusion that a concentration which establishes a monopoly on a market, and therefore prejudices the freedom of action of suppliers, purchasers and consumers, may in a particular case constitute abuse of a dominant position in the sense of Article 86 of the Treaty, and would therefore not be permissible. This is the only interpretation that accords with the objectives of the Treaty in general and with the rules of competition in particular. It is on this basis that a system of undistorted competition must be founded; the aim of the rules of competition involved in such a system is to ensure that competition continues to be effective and to preserve both the freedom of action and freedom of choice of entrepreneurs and consumers equally. If this aim is to be achieved, no cartel and no enterprise in a dominant position must be permitted to destroy competition and the economic freedom of others by establishing a monopoly on any market.

-----

Bruxelles, janvier 1966.  
P/1

NOTE D'INFORMATION

La concentration d'entreprises dans le Marché commun

Sur la proposition de L. Hans von der Groeben, Membre de la Commission, chargé des questions de concurrence, la Commission de la Communauté économique européenne a adressé aux gouvernements des Etats membres à la suite d'études approfondies, une note sur la concentration des entreprises dans le Marché commun. Ce document traite les problèmes que soulève la concentration des entreprises au point de vue des économies nationales, du droit des sociétés, du droit fiscal et du droit des monopoles.

Cette note fait suite au programme d'action de la Communauté d'octobre 1962 (points 25, 26). Elle concrétise et précise la déclaration faite le 16 juin 1965 par M. von der Groeben devant le Parlement européen à Strasbourg sur "La politique de la concurrence, élément de la politique économique dans le Marché commun".

Les travaux de la Commission ont abouti aux résultats suivants :

La suppression des droits de douane et contingents incite nombre d'entreprises à s'adapter au marché plus vaste de la Communauté économique européenne. Cette adaptation exige souvent des concentrations d'entreprises que ce soit sous forme de fusion, d'acquisition de participation, de création de filiales communes ou de toute autre manière. De telles concentrations favorisent fréquemment la productivité, le progrès technique et la recherche. Elles renforcent en même temps la capacité de résistance et la force concurrentielle des entreprises sur le marché national, européen et mondial.

Il n'est pas possible de donner des indications ayant une valeur générale sur la taille optimale d'une entreprise. Pourtant les grandes entreprises pourront souvent mieux s'adapter au développement du marché intérieur européen et à la concurrence internationale renforcée que les petites entreprises qui sont désavantagées surtout lorsqu'il s'agit de se procurer des capitaux et de financer la recherche technique.

2. Pour faciliter aux entreprises ce processus d'adaptation, il faut éliminer en premier lieu les obstacles d'ordre fiscal qui s'opposent aux fusions ou aux participations au-delà des frontières. C'est ainsi

qu'actuellement en général les fusions obligent à libérer des réserves fiscales considérables qui sont alors passibles de l'impôt. Les difficultés résultant de cet état de choses doivent disparaître autant que possible. Un groupe de travail spécial est chargé de cette question.

D'autre part, la Commission va préparer une harmonisation dans le domaine des impôts directs, en particulier des impôts sur les bénéfices des sociétés, afin d'éviter des distorsions artificielles de la concurrence et des erreurs de localisation. Une étude comparative des charges fiscales est exécutée actuellement à cet effet ; son résultat revêtira une grande importance pour les travaux d'harmonisation ultérieurs.

3. Deuxièmement, les fusions et participations internationales, ainsi que la création de filiales communes rencontrent de sérieux obstacles dans le droit des sociétés: jusqu'à présent, il n'existe pas de réglementation internationale pour les concentrations internationales d'entreprises. C'est pourquoi la Commission ne cessera pas d'apporter son soutien aux efforts visant à la création de la nouvelle forme juridique de la société par actions européenne. Les travaux préliminaires ont commencé.

4. La Commission estime qu'il faut garantir en même temps que les petites et moyennes entreprises pourront continuer d'assumer leurs tâches spécifiques. Elles peuvent être désavantagées par rapport aux grandes entreprises au point de vue de la concurrence notamment en ce qui concerne l'organisation de la vente et les études de marchés; par des conditions d'achat moins favorables; par la difficulté d'adapter machines et équipements à la taille moindre de l'entreprise; par des possibilités moindres d'influencer la demande; par la difficulté de se procurer des capitaux; par la difficulté d'obtenir des informations notamment sur le progrès technique et les marchés étrangers; ainsi que par les limitations de l'accès à certains marchés particuliers (p. ex. marchés publics).

En conséquence, la Commission estime souhaitable les mesures suivantes : accélérer l'introduction du système d'impôt sur la valeur ajoutée qu'elle a proposé et qui est neutre au point de vue de la concurrence; faciliter les ententes pour la recherche commune, la spécialisation et la rationalisation; rendre possibles les achats en commun; réviser les réglementations nationales qui défavorisent les petites et moyennes entreprises; prendre les mesures facilitant pour celles-ci l'accès au marché des capitaux. La Commission envisage de discuter avec les Etats membres et les milieux intéressés ce qui peut être fait plus précisément à cet égard dans le cadre du traité de Rome.

5. Alors que la Commission d'une part s'efforce d'éliminer les obstacles artificiels aux concentrations européennes d'entreprises qui accroissent la productivité, elle s'opposera d'autre part à toute concentration qui aboutirait à monopoliser un marché : à cet effet, elle fera usage des pouvoirs que lui confèrent le traité de la CEE et le règlement n°17 du Conseil.

La Commission estime que l'interdiction des ententes (art. 85) n'est pas faite ni appropriée pour empêcher que des concentrations n'aboutissent à une puissance excessive sur le marché.

La disposition relative aux monopoles (art. 86) interdit l'exploitation de façon abusive d'une position dominante sur le marché commun.

C'est pourquoi dans le cas d'espèce, il faut toujours déterminer d'abord s'il y a une position dominante. Une telle position ne peut être déterminée uniquement en se référant à la part d'une entreprise sur le marché ou à d'autres éléments quantitatifs. Elle résulte en premier lieu de la capacité d'exercer sur le marché une influence substantielle et prévisible pour l'entreprise dominatrice. Par exemple, une entreprise qui est en mesure d'écarter du marché des concurrents selon son gré peut disposer déjà d'une position dominante même si sa propre part du marché est encore relativement faible.

Les causes d'une position dominante peuvent se situer dans le secteur de la production, de la vente ou de la capacité financière. C'est pourquoi il faut toujours tenir compte de l'évolution du marché et considérer l'entreprise dans le réseau de ses relations économiques. C'est ainsi qu'en général une entreprise qui joue le rôle de "price-leader" à l'intérieur d'un oligopole dominera le marché.

La position de l'entreprise comme vendeur sur le marché commun est déterminante. C'est pourquoi même une entreprise ayant son siège dans un pays tiers peut occuper une position dominante sur le marché commun. Par analogie, pour les entreprises sises dans le Marché commun, c'est la situation compte tenu des importations qui est déterminante au point de vue de la concurrence.

Par conséquent, il faudra toujours déterminer dans le cas d'espèce s'il y a abus d'une position dominante. La disposition du Traité relative aux monopoles (art. 86) énumère les exemples de telles pratiques abusives :

- imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

On peut citer comme autre exemple surtout la concurrence par les prix en vue d'écarter du marché un concurrent qui ne dispose pas de moyens suffisants pour pouvoir vendre pendant une assez longue période à un prix inférieur au prix de revient. Il y a abus lorsqu'une entreprise profite de sa position dominante pour se livrer à une telle concurrence ou à d'autres pratiques visant à obliger à une fusion une autre entreprise contre sa volonté ou à des conditions défavorables.

Il ressort des exemples énumérés à l'article 86 que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante n'est pas dirigée uniquement contre certaines pratiques abusives sur le marché. En effet, l'article 86 énumère également des pratiques (limitation de la production, des débouchés ou du développement technique) qui entraînent des désavantages pour les consommateurs du fait du changement de la structure de l'offre, bien que ces pratiques ne concernent pas le comportement de l'entreprise sur le marché, mais des opérations qui se déroulent à l'intérieur de cette entreprise. Une fusion entre une entreprise occupant une position dominante et une autre entreprise, fusion qui aurait pour effet d'éliminer la concurrence qui persisterait autrement sur le marché considéré, de sorte que ce marché s'en trouve monopolisé peut avoir exactement les mêmes effets nuisibles pour les acheteurs et les consommateurs que les exemples énumérés à l'article 86. En fait, une situation de monopole élimine l'incitation au perfectionnement technique et à l'accroissement de la productivité pour ne citer que deux effets préjudiciables.

Cette position incite à limiter le niveau de la production de manière à réaliser des profits maximaux grâce à des prix supérieurs à ce qu'ils seraient dans un marché avec une concurrence efficace et par conséquent un niveau de production plus élevé.

La Commission a abouti à la conclusion qu'une concentration d'entreprises qui aurait pour effet de monopoliser un marché et par conséquent mettrait en question la liberté d'action des fournisseurs, acheteurs et consommateurs peut constituer dans un cas d'espèce une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'art. 86 du Traité et ne serait donc pas autorisée. Au demeurant, seule cette interprétation correspond aux objectifs de l'ensemble du Traité et aux règles relatives à la concurrence en particulier. En vertu du Traité, il faut créer un système où la concurrence ne soit pas faussée; les règles relatives à la concurrence qui contribuent à l'instauration de ce système visent à présenter le fonctionnement de la concurrence et à protéger la liberté d'action et de choix aussi bien de tous les entrepreneurs que de tous les consommateurs. C'est pourquoi il n'est permis ni à une entente ni à une entreprise occupant une position dominante d'éliminer la concurrence et la liberté économique d'autrui en monopolisant un marché.