

**Commentaires du comité national français de la Chambre de Commerce Internationale (ICC)
sur le projet de communication de la Commission sur le contrôle des concentrations pris en
application du Règlement 139/2004**

La Commission Européenne a entrepris de remplacer et de codifier les quatre communications juridictionnelles adoptées par elle en 1998, sur le fondement du Règlement 4064/89, qui portent sur la compétence de la Commission en matière de contrôle des concentrations.¹

L'objectif annoncé par la Commission est double.

Principalement, cette réforme vise à actualiser lesdites communications, prises sous l'empire du Règlement 4064/89, au regard du nouveau Règlement 139/2004, afin, d'une part, d'y inclure la jurisprudence récente du TPICE et, d'autre part, de clarifier et d'actualiser la pratique de la Commission concernant certaines questions de compétence.

Accessoirement, la Commission souligne que la codification des communications dans un document unique devrait permettre aux opérateurs de déterminer plus aisément si une opération de rapprochement relève bien du contrôle de la Commission.

Le Comité National Français de la CCI se félicite de l'initiative prise par la Commission, qui vient renforcer la sécurité juridique des entreprises dans la difficile tâche, qui s'impose à elles, de déterminer si leurs opérations de rapprochement, dont on sait qu'elles adoptent des structures de plus en plus complexes, relèvent ou non du contrôle communautaire des concentrations. A cet égard, le choix fait par la Commission de synthétiser dans un document unique la pratique de la Commission et celle du TPICE devrait faciliter la mission d'auto-évaluation des opérateurs.

Si le projet de communication procède ainsi d'une démarche de codification, et reprend pour l'essentiel l'héritage réglementaire et jurisprudentiel du passé, il demeure des domaines dans lesquels la Commission a pris des positions nouvelles.

1./ Deux dispositions méritent d'être soulignées en ce qu'elles visent à renforcer la sécurité juridique des entreprises : les concentrations par étapes (« interrelated transactions »)² (**1.1.**), et l'externalisation des prestations de services ou de production (« outsourcing »)³ (**1.2.**).

1.1./ La Commission clarifie tout d'abord sa position sur la manière dont elle appréhende les concentrations par étapes, en adoptant les règles de principe posées par la jurisprudence récente du TPICE dans l'affaire « Cementbouw ».⁴ Il est désormais clair que c'est l'intention économique des parties qui détermine si deux transactions n'en constituent qu'une seule et relèvent donc de la même procédure de contrôle des concentrations. Cet objectif peut résulter d'une situation de droit (condition contractuelle) ou de fait.

1.2./ D'autre part, le Comité français ne peut qu'approuver la Commission d'avoir clarifié les circonstances dans lesquelles l'externalisation de la prestation de services ou de la production de

¹ Il s'agit des communications suivantes : notion de concentration, notion d'entreprises communes de plein exercice, notion d'entreprises concernées, calcul du chiffre d'affaires.

² Paragraphes 33 et suivants du projet.

³ Paragraphes 23 et suivants du projet.

⁴ TPICE, 23 février 2006, Cementbouw c/Commission, aff. T-282/02.

marchandises (fonctions précédemment assurées en interne) peut constituer une concentration, par référence à la méthode d'analyse des entreprises communes.

2./ On peut en revanche regretter la position adoptée par la Commission, ou l'absence de position, sur les sujets suivants : la notion de contrôle négatif (2.1.), les alliances fluctuantes (2.2.), et l'instauration de seuils de chiffres d'affaires déclenchant une présomption de « plein exercice » des entreprises communes (2.3.).

2.1./ La Commission développe, dans le projet de communication, la notion de « contrôle négatif » précédemment considérée comme exceptionnelle.⁵ Le contrôle négatif est présenté comme une forme de contrôle distincte du contrôle exclusif et du contrôle conjoint.⁶ Il existe lorsqu'un actionnaire dispose seul, sans avoir à se concerter avec d'autres, du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques d'une entreprise, mais qu'il ne dispose pas du pouvoir d'imposer de telles décisions.

Si la Commission développe largement cette définition, elle ne tire en revanche pas les conséquences de l'émergence de cette nouvelle catégorie de contrôle, ce qui est regrettable. Si le contrôle négatif n'est ni un contrôle exclusif, ni un contrôle conjoint, alors comment définir le périmètre d'une opération dans laquelle la cible est soumise au contrôle négatif ? Quelles sont les entreprises dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte pour le calcul des franchissements de seuils ? Faut-il faire seulement référence à celle qui a le pouvoir de bloquer, ou à la fois à celle qui bloque et à celle qui est bloquée ?

A moins que, malgré la lettre du texte, le contrôle négatif ne soit en définitive qu'une forme de contrôle conjoint. Dans cette hypothèse, il appartiendrait à la Commission – dans le souci de préserver la sécurité juridique des entreprises – de l'énoncer clairement.

Le Comité National Français de la CCI appelle de ces vœux une clarification sur ce sujet.

2.2./ Le Comité National Français de la CCI ne peut également que regretter le fait que la Commission n'ait repris que partiellement la notion d'alliances fluctuantes, telle que visée dans la communication sur la notion de concentration, notion pourtant évoquée dans au moins une décision de la Commission depuis 1998.⁷ Cette notion nous semble devoir être approfondie par la Commission, dans la mesure où elle est susceptible d'écarter l'application du contrôle des concentrations, et où elle ne constitue pas, pour les entreprises, une hypothèse d'école.

2.3./ S'agissant de la notion de « plein exercice », il convient de rappeler qu'une entreprise commune sera considérée comme étant de « plein exercice », et donc tombant dans le champ d'application du contrôle des concentrations, lorsqu'elle opère sur le marché en y accomplissant toutes les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur le marché.

Au nombre des critères traditionnels permettant de caractériser ou non cette autonomie, figure la présence des mères sur le marché amont/aval opéré par l'entreprise commune.

A cet égard, et passée la période transitoire de 3 ans pendant laquelle la filiale acquiert progressivement son autonomie, la Commission instaure dans son projet de communication une

⁵ Communication 98/C 66/02 du 2 mars 1998 sur la notion de concentration, paragraphe 39.

⁶ Projet de communication, paragraphe 57.

⁷ Communication 98/C 66/02 du 2 mars 1998 sur la notion de concentration, paragraphes 32 et suivants. Voir notamment Décision de la Commission Hutchinson/RCPM/ECT du 3 juillet 2001.

présomption simple de « plein exercice » en fonction d'un chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise commune avec des entreprises tierces de ses mères.⁸

La Commission pose ainsi le principe selon lequel :

- si l'entreprise commune réalise plus de 50% de son chiffre d'affaires avec des tiers, il s'agit d'un indice fort de son caractère de plein exercice ;
- si l'entreprise commune applique à ses mères les mêmes conditions commerciales qu'aux entreprises tierces clientes, alors ce seuil peut être ramené à 20%.

Le Comité National Français de la CCI estime que de tels seuils, s'ils peuvent assurer une certaine sécurité juridique aux entreprises concernées, ne doivent pas créer une présomption selon laquelle les filiales communes n'y répondant pas seraient systématiquement considérées comme n'étant pas plein exercice. En effet, l'évaluation du caractère de plein exercice d'une entreprise commune repose sur un faisceau d'indices et, comme la Commission l'énonce elle-même, il est très difficile d'établir des seuils en raison de la particularité de chaque cas.

3./ Le Comité National Français de la CCI note enfin, s'agissant des transferts de licences (§ 22), que la Commission met à la charge des entreprises la preuve qu'une concession de licence non exclusive n'est pas constitutive d'une concentration comme dans le cas d'une concession de licence exclusive. Le Comité National Français de la CCI estime qu'un tel renversement de la charge de la preuve n'est pas justifié.

Le Comité National Français de la CCI souhaite, de manière plus générale, que soient précisées les conditions dans lesquelles une concession de licence pourra être considérée comme une concentration, les exemples donnés (tels que le transfert du contrôle d'un « business to which a market turnover is attached ») paraissant excessivement vagues.

* * *

⁸ Projet de communication, paragraphe 94.