

**OBSERVATIONS DU MEDEF
SUR LE PROJET DE COMMUNICATION
DE LA COMMISSION EUROPEENNE EN MATIERE DE CONCENTRATION**

Le MEDEF accueille très favorablement le nouveau projet de communication présenté par la Commission européenne le 28 septembre 2006 qui a pour objet de clarifier les pratiques de la Commission en matière de compétence dans le domaine du contrôle communautaire des concentrations.

Ce nouveau projet remplace et codifie les textes existants (les quatre communications du 2 mars 1998¹) et les adapte à la lumière des nouvelles dispositions introduites par le Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 (**ci-après "Règlement Concentration"**), des récents arrêts rendus par la CJCE et le TPICE et de la pratique décisionnelle de la Commission européenne.

Ce travail de synthèse dans un document unique devrait faciliter le travail d'évaluation par les entreprises des opérations de concentration, afin de déterminer si celles-ci relèvent ou non d'un contrôle communautaire, et renforcer leur sécurité juridique.

De manière générale, le MEDEF est en accord avec le contenu du projet de communication et serait favorable à ce que la Commission adopte rapidement ce texte dans la mesure où il n'introduit pas de modifications majeures dans le contrôle des concentrations de dimension communautaire et où le Règlement Concentration est maintenant en vigueur depuis près de 3 ans.

Toutefois, il nous semble que les points suivants du projet de communication devraient encore être précisés et/ou clarifiés.

1. Sur la notion de concentration

1.1 Acquisition du contrôle

Moyens de contrôle : l'existence de contrats de longue durée (point 15)

La Commission précise que l'existence de contrats est susceptible de conférer un contrôle au sens du Règlement Concentration lorsque ces contrats confèrent un contrôle sur la gestion et les ressources de l'entreprise. Le principal élément à prendre en considération est la durée des contrats en cause.

Observation du MEDEF :

☞ Il serait souhaitable que la Commission insiste sur le fait que les cas dans lesquels l'acquisition du contrôle résulte de l'existence de liens contractuels relèvent de circonstances exceptionnelles (seulement une décision en 2005, aff. COM/M.3858 Lehman Brothers / SCG / Starwood et une décision en 2002, aff. COM/M.2632 26 novembre 2002, Deutsche Bahn/ ECT international/United Depots/JV).

¹ Communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice, communication concernant la notion de concentration, communication sur la notion d'entreprises concernées, communication sur le calcul du chiffre d'affaires.

Objet du contrôle : L'externalisation d'activités (point 24)

Le projet de communication contient des précisions sur les cas dans lesquels l'opération porte sur l'externalisation d'activités internes auprès d'un fournisseur extérieur (fabrication, services informatiques).

La Commission précise que ce type d'opération est susceptible de constituer une opération de concentration au sens du Règlement Concentration, lorsqu'elle aboutit à un transfert de personnel ou d'actifs attachés à l'activité transférée. Les éléments ainsi transférés doivent comprendre le savoir-faire (personnel qualifié et droits de propriété intellectuelle) et les infrastructures nécessaires pour avoir une "présence sur le marché" ("market presence")².

Selon la Commission, pour qu'il y ait concentration, le fournisseur de services "externalisés" doit en effet, être en mesure de proposer ses services non seulement à la société cédante mais également à des tiers, soit immédiatement après le transfert, soit dans une courte période suivant la transaction.

Observations du MEDEF :

☞ En premier lieu, la notion de "présence sur le marché" devrait être définie, ce qui n'est pas le cas, afin d'éviter toute incertitude pour les opérateurs. Soit la Commission définit elle-même ce concept, soit elle renvoie à la jurisprudence de la CJCE et du TPICE.

☞ En second lieu, la Commission européenne ne précise pas la durée/ période au terme de laquelle l'acquéreur est censé avoir une "présence sur le marché". Elle se contente en effet de se reporter aux points 93 et 96 du projet relatif à la "phase de démarrage" des entreprises communes qui prévoient un délai de trois ans.

☞ Enfin, nous sommes d'avis que la Commission devrait être plus précise. En tout état de cause, une période suffisante devrait être laissée au prestataire de services externalisés pour qu'il développe son activité vis-à-vis des tiers (un an par exemple).

Transactions liées ou interdépendantes (point 34)

Dans ce paragraphe, le projet se réfère à l'article 5 (2) (2) du Règlement Concentration concernant les cas dans lesquels deux ou plusieurs opérations très rapprochées peuvent être considérées comme une seule concentration.

Observation du MEDEF :

☞ Il serait, à notre sens, plus logique de déplacer le contenu de ce paragraphe aux paragraphes 45 et 46 spécialement dédiés à l'application de l'article 5 (2) (2) du Règlement Concentration.

² Dans les cas où l'externalisation ne comprend pas le transfert d'actifs ou de personnels dédié à l'activité externalisée, l'opération ne relève pas du contrôle des concentrations; il ne s'agit alors que d'un simple contrat de fourniture de services.

1.2 Changement dans la qualité/nature du contrôle

Du contrôle négatif au contrôle exclusif (point 81)

Le projet de communication indique qu'un changement de contrôle allant d'un "*negative control*" vers un "*sole control*" constitue automatiquement une opération notifiable.

Au point 36 du projet de communication, la Commission précise que le "contrôle négatif" vise la situation dans laquelle un actionnaire peut bloquer l'adoption de décisions stratégiques, en exerçant son pouvoir de veto, sans pour autant pouvoir imposer aux autres actionnaires ses propres décisions.

Cette notion de "contrôle négatif" n'est pas entièrement nouvelle mais elle est désormais considérée "officiellement" comme un nouveau niveau de contrôle.

Observations du MEDEF :

☞ Il nous paraît nécessaire que le point 81 soit modifié afin qu'il soit expressément mentionné qu'un changement du niveau d'influence d'une entreprise dans une autre doit être notifié seulement dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'opération aboutit à un changement significatif dans la nature du contrôle.

Par exemple le passage d'un contrôle de facto vers un contrôle exclusif de jure ne devrait pas constituer une opération de concentration notifiable.

☞ Par ailleurs, la rédaction actuelle du projet de communication est susceptible d'entraîner une charge administrative supplémentaire pour les entreprises là où, dans la plupart des cas, un changement du niveau d'influence n'entraîne pas de préoccupation de concurrence.

☞ En tout état de cause, il conviendrait de prévoir expressément, pour ce type de situation, le recours à la procédure simplifiée puisque la Communication du 5 mars 2005³ ne prévoit pas expressément l'hypothèse du passage d'un "contrôle négatif" à un contrôle exclusif mais celle du passage d'un contrôle commun vers un contrôle exclusif.

1.3 Entreprise commune

Notion "de plein exercice" (point 88)

Dans le projet de communication, la Commission européenne considère que l'acquisition d'un contrôle conjoint d'une entreprise qui a une "présence sur le marché" ("*market presence*") constitue une concentration au sens du Règlement Concentration.

Observations du MEDEF :

☞ Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, le concept de "présence sur le marché" n'est pas défini. Il conviendrait donc que la Commission apporte des précisions sur cette notion, et explique clairement en quoi elle se distingue du test de "plein exercice".

L'exercice durable de toutes les fonctions d'une entité économique autonome (point 101)

Dans son projet de communication, la Commission envisage les cas dans lesquels l'autonomie de l'entreprise commune est conditionnée à la décision d'un tiers. La Commission cite notamment

³ Communication relative à une procédure simplifiée de certaines opérations de concentration, JOUE C 56/32 du 5 mars 2005.

l'obtention d'un contrat dans le cadre d'un appel d'offres ou l'octroi d'un contrat de licence par exemple dans les télécoms, secteur réglementé.

Selon la Commission, l'entreprise commune n'est pas considérée comme exerçant une activité de manière durable tant que la décision attendue n'a pas été prise.

☞ Sur ce point, le MEDEF considère qu'il serait souhaitable que la Commission européenne adopte une position souple notamment dans le cas de concessions de licence. En effet, une approche trop stricte risquerait de pénaliser ces entreprises communes notamment dans le cas d'appels d'offres, si elles n'ont pas obtenu l'aval de la Commission.

2. Sur la dimension communautaire

Calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédits et autres établissements financiers (point 179)

S'agissant du chiffre d'affaires des entreprises concernées réalisé dans la Communauté (article 2.b) du Règlement Concentration), la Commission introduit une distinction entre les activités directement destinées aux consommateurs (par exemples l'octroi de prêts) et celles qui ne sont pas directement liées aux consommateurs (revenus de titres, commissions perçues etc.). La Commission énonce que le chiffre d'affaires doit être alloué dans le premier cas, au lieu où est situé le consommateur, et dans le second cas, au lieu où est située l'entité (succursale) qui a bénéficié des revenus.

Observations du MEDEF :

☞ La Commission européenne ne précise pas les raisons pour lesquelles elle introduit cette distinction. Il serait utile que la Commission motive cette nouvelle distinction.

☞ Le MEDEF suggère que la Commission reprenne la méthode uniforme de calcul exposée dans sa Communication de 1998 sur le calcul du chiffre d'affaires (point 54) qui était alloué au lieu de résidence de la succursale ou de la division concernée. Cette méthode, plus simple, est en effet conforme à l'article 5.3. a) du Règlement Concentration qui prévoit que : "*Le chiffre d'affaires d'un établissement de crédit ou d'un établissement financier dans la Communauté ou dans un Etat membre comprend les postes de produits (...) de la succursale ou de la division dudit établissement établie dans la Communauté ou dans l'Etat membre en question (...)*". En outre, cette méthode permet aux entreprises notifiantes d'utiliser les rapports annuels d'activité (comptes publiés) de l'établissement financier pour déterminer si les seuils "géographiques" sont atteints.

Calcul du chiffre d'affaires des entreprises d'assurance (point 185)

En vue de constituer des réserves suffisantes pour assurer le règlement des sinistres, les entreprises d'assurance, qui sont aussi considérées comme des investisseurs institutionnels, détiennent généralement un gros portefeuille d'actions et de titres productifs d'intérêts, de terrains et constructions et autres actifs qui produisent un revenu annuel.

Le projet de communication considère que ces revenus doivent être pris en considération dans le calcul du chiffre d'affaires, ce qui est contraire à ce que prévoit la Communication de 1998 qui indique "*ce revenu annuel n'est pas considéré comme un chiffre d'affaires*" (point 57).

Observation du MEDEF :

☞ Ce point devrait être clarifié par la Commission.

Chiffre d'affaires des entreprises concernées : acquisition d'un contrôle conjoint (points 199 et 200)

La Commission considère que lorsque deux entreprises acquièrent le contrôle conjoint d'une société nouvellement créée, le chiffre d'affaires à prendre en considération est celui de chacune des sociétés qui a acquis le contrôle de la nouvelle entreprise commune.

Lorsqu'une entreprise apporte une filiale préexistante ou une simple activité à une nouvelle entreprise commune, la Commission précise qu'il convient de prendre en considération le seul chiffre d'affaires des sociétés qui contrôlent la nouvelle entreprise commune. Le chiffre d'affaires de la filiale ou de l'activité doit être apprécié au travers de celui des sociétés-mères.

Par ailleurs, la Commission évoque le cas dans lequel, deux ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle d'une société préexistante. Les entreprises concernées sont celles qui ont acquis le contrôle commun de la société préexistante ainsi que la société préexistante elle-même.

Observations du MEDEF :

☞ La Commission n'indique pas clairement quelles sont les "entreprises concernées" dans l'hypothèse où une entreprise détient le contrôle exclusif d'une société et que, à la suite d'une opération, plusieurs actionnaires (voir un) prennent le contrôle en commun au côté de l'actionnaire initial. Dans la Communication de 1998, il était indiqué que les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (dont l'actionnaire initial) et que la société cible n'est pas une entreprise concernée. Le MEDEF est d'avis que ce point devrait être précisé dans le projet de communication.