

Le 13 janvier 2017

Réponse à la consultation publique de la Commission européenne

Opportunité de réformer le champ d'application du contrôle des concentrations

- *Question IV.2. « Jurisdictional thresholds »* -

par

Mélanie Bunul
Master II – Droit public approfondi
bu.melanie@hotmail.fr

Marie-Astrid Bridelance
Master II – Droit public approfondi
marie-astrid.bridelance@etu.univ-rouen.fr

Frédéric Leplat
Maitre de Conférences à l'Université de Rouen
frederic.leplat@univ-rouen.fr

Jessica Wszola
Master II – Droit privé général
jessica.wszola@gmail.com

Les opinions exprimées dans le présent document n'engagent que leurs auteurs.

Sommaire

1 – Le critère tiré du seul chiffre d'affaires est-il pertinent ?	3
2 – D'autres critères que celui tiré du chiffre d'affaires sont-ils pertinents ?	5
2-1 Montant de la transaction.....	5
2.2 Pourcentage des parts de marché.....	7
2.3 Critères spécifiques à certains secteurs d'activité	9
2.4 - Autres critères	10
3 – Opportunité d'étendre le contrôle de la Commission européenne du fait d'un élargissement du champ d'application du contrôle des concentrations	11

Dans le cadre d'un séminaire de droit matériel européen, des étudiants de Master II Droit privé général et Master II de Droit public approfondi de l'Université de Rouen ont pris l'initiative de préparer une réponse à certaines des questions posées dans la consultation publique organisée par la Commission européenne sur la réforme du règlement concentration (ci-après le Règlement)¹.

La présente réponse vise essentiellement à apprécier si le critère tiré du seul chiffre d'affaires est pertinent pour définir une concentration de dimension communautaire², question posée au point IV.2 de la consultation publique.

Elle intègre une étude d'une partie de la législation pertinente des Etats membres en matière de contrôle des concentrations (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Luxembourg, Royaume-Uni), ainsi que la législation des Etats-Unis. Par ailleurs un questionnaire a été diffusé auprès de professionnels concernés. Les réponses apportées à ce questionnaire sont reproduites dans le présent document.

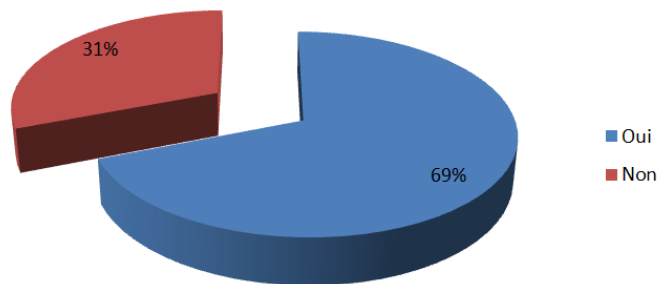
¹ Règlement CE no139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004.

² Article 1^{er} du Règlement sans préjudice de l'article 4, paragraphe 5, et de l'article 22.

1 – Le critère tiré du seul chiffre d'affaires est-il pertinent ?

▪ Réponses au questionnaire

A la question : « Pensez-vous que déterminer le champ d'application du Règlement concentration par un critère seulement tiré du chiffre d'affaires soit pertinent ? », les personnes interrogées ont répondu :



▪ Législations nationales

Le critère tiré du chiffre d'affaires est le seul visé à l'article 1^{er} du Règlement et par la législation nationale de la plupart des Etats membres³.

Etat-Membre	Critère tiré du chiffre d'affaires
BE	Le contrôle des concentrations s'applique notamment lorsque i) les entreprises totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros, ii) et au moins deux des entreprises réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros.
DE	Le contrôle des concentrations s'applique notamment lorsque (§35 Abs. 1 GWB) : i) le chiffre d'affaires total mondial des parties excède 500 millions d'euros, ii) le chiffre d'affaires national de l'année précédente d'une des parties excède 25 millions d'euros, et iii) celui d'une autre partie participant excède 5 millions d'euros, et iv) la concentration produit des effets en Allemagne.
ES	Le contrôle des concentrations s'applique notamment lorsque le chiffre d'affaires en Espagne de l'ensemble des participants dépasse 240 millions d'euros et qu'au moins deux des participants à l'opération de concentration réalisent individuellement en Espagne un chiffre d'affaires supérieur à 60 millions d'euros.
FR	Le contrôle des concentrations s'applique notamment lorsque : i) le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises est supérieur à 150 millions d'euros, et ii) le chiffre

	d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises est supérieur à 50 millions d'euros.
LU	Il n'existe pas de législation nationale relative au contrôle des concentrations.
UK	Le contrôle des concentrations suppose notamment que la valeur du chiffre d'affaires au Royaume-Uni de l'entreprise prise en charge excède 70 millions de livres (le test du chiffre d'affaires).

▪ **Appréciation**

Les arguments en faveur du critère tiré du chiffre d'affaires sont :

- L'objectivité et la sécurité juridique. Ce critère permet d'avoir un seuil objectif qui laisse aux entreprises la possibilité de contrôler par un simple calcul si l'opération relève ou non du contrôle des concentrations.

Les arguments à l'encontre de ce critère sont :

- Lorsque ce critère est le seul utilisé, des opérations pouvant présenter un risque pour la concurrence peuvent échapper au contrôle des concentrations.

Tel est notamment le cas de l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Cette transaction ne relevait pas du champ d'application du Règlement, les seuils tirés du chiffre d'affaires n'ayant pas été atteints. Elle a fait l'objet d'un renvoi à la Commission européenne en application de l'article 4 du Règlement⁴. La difficulté peut également se poser à l'égard des entreprises du secteur pharmaceutique.

Le chiffre d'affaires actuel n'est pas suffisant pour refléter le chiffre d'affaires potentiel résultant de la concentration.

En outre, le critère du chiffre d'affaires ne suffit pas à caractériser le risque que l'opération de concentration peut faire peser sur la concurrence.

- Le critère tiré du chiffre d'affaires n'est pas directement en lien avec l'objet du Règlement

En fonction du secteur d'activité, le chiffre d'affaires, exprimé en valeur absolue peut désigner des réalités très différentes. Par exemple le montant du chiffre d'affaires d'une entreprise fabriquant des produits de consommation courante est différent de celui d'une entreprise spécialisée dans la distribution de détail⁵

⁴ Aff. M.7217 - Facebook/WhatsApp.

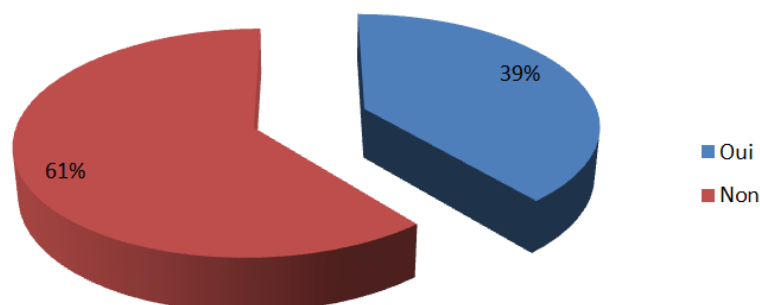
⁵ Pour cette raison par exemple le droit français adapte les seuils en fonction du secteur d'activité (Article L. 430-2 du Code de commerce, alinéa 2).

2 – D’autres critères que celui tiré du chiffre d’affaires sont-ils pertinents ?

2-1 Montant de la transaction

▪ Réponses au questionnaire

A la question : « *En particulier êtes-vous d’accord avec d’autres critères tels que le montant de la transaction ?* », les personnes interrogées ont répondu :



▪ Droit comparé

Le critère – complémentaire - tiré du montant de la transaction est utilisé aux Etats-Unis.

La réglementation déterminant les opérations soumises à un contrôle des concentrations aux Etats-Unis est désignée sous le terme de Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (HSR). La notification d’une opération est obligatoire dès lors qu’elle remplit notamment une condition tirée du montant de la transaction⁶.

En 2016, le contrôle des concentrations s’applique notamment aux prises de participation d’un montant soit supérieur à 312,6 millions de dollars, soit au moins 78.2 millions de dollars mais lorsque d’autres critères notamment tirés du chiffre d’affaires sont remplis.

⁶ Art. 15 U.S. Code § 18a.

Il convient de noter que ces seuils obligent les entreprises à notifier préalablement leurs projets de concentration. En dessous de ces seuils, l'autorité compétente peut néanmoins prendre l'initiative d'examiner une opération de concentration.

Par ailleurs, l'Allemagne envisagerait de s'inspirer d'un tel critère. Un projet de loi récemment publié prévoirait l'introduction d'un test préalable relatif à la taille de la transaction (size-of-transaction-test). Le champ d'application du contrôle des concentrations allemandes sera donc étendu. Dans le futur, une transaction de plus de 350 millions d'euros devrait être notifiée à l'autorité compétente (Bundeskartellamt), même si les seuils de chiffre d'affaires ne sont pas atteints.

▪ **Appréciation**

Les arguments en faveur du critère tiré du montant de la transaction sont :

- Ce critère permettrait d'appréhender le chiffre d'affaires potentiel de l'entreprise qui est pris en compte dans la valorisation du prix et faciliterait le contrôle des acquisitions de sociétés qui ne génèrent pas encore un chiffre d'affaires important, mais qui ont un fort potentiel de marché. Tel serait notamment le cas des acquisitions de sociétés de biotechnologie ou numériques n'ayant pas encore de produits mis sur le marché ou dont les services n'ont pas encore été monétisés.

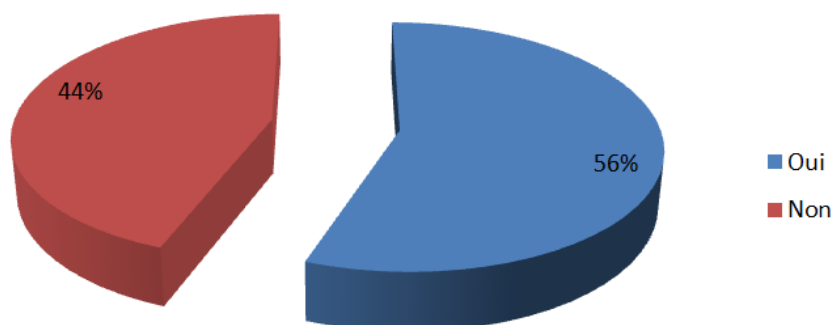
Les arguments à l'encontre de ce critère sont :

- Le prix facial d'une transaction ne reflète pas nécessairement l'ensemble des contreparties directes et indirectes, telles que des garanties passives, des reprises de dettes, des avantages en nature, des valeurs de dettes reprises, des garanties de passif.
- Une évaluation du champ d'application du règlement concentration fondée sur le montant de la transaction ne prendrait pas en compte les contreparties qui ne s'expriment pas directement par un prix (tel qu'un échange de titre).
- Il n'existe pas nécessairement un lien entre le montant de la transaction et l'impact de l'opération sur la concurrence. Par exemple, l'actif concerné peut ne pas être stratégique : le montant de la transaction peut certes être élevé, mais ne pas avoir d'impact sur la concurrence. C'est notamment le cas pour les portefeuilles immobiliers.

2.2 Pourcentage des parts de marché

▪ Réponses au questionnaire

A la question : « *Etes-vous d'accord avec d'autres critères tels que : les parts de marché des entreprises ?* », les personnes interrogées ont répondu :



▪ Législations nationales

Le critère tiré des parts de marché est retenu par la législation nationale de plusieurs Etats Membres, notamment l'Espagne et le Royaume-Uni. Dans ces deux pays, il est appliqué de manière alternative avec un critère tiré du chiffre d'affaires.

Par exemple, en Espagne les entreprises concernées par l'opération de concentration doivent notifier celle-ci à la Commission Nationale des Marchés et de la Concurrence (CNMC : *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*) lorsque au moins l'un des deux critères (celui lié au chiffre d'affaires et celui lié aux parts de marché) est rempli. Celui lié aux parts de marché est rempli lorsque l'opération de concentration aura pour conséquence la détention de 30% ou plus de part du marché pertinent de production ou de services dans le territoire national ou dans un marché géographiquement défini à l'intérieur de celui-ci.

Au Royaume-Uni le raisonnement est similaire, le pourcentage de parts de marché étant de 25% de part de marché.

▪ Appréciation

Les arguments en faveur du critère tiré des parts de marché sont :

- Ce critère est retenu par la législation nationale de plusieurs Etats Membres comme indiqué ci-dessus.

- Ce critère est en lien direct avec l'objet du Règlement. En ce sens, il serait le critère le plus pertinent dès lors qu'il se rapproche le plus de la réalité économique devant être appréhendée. En effet, dans certains secteurs spécialisés le chiffre d'affaires des entreprises concernées par l'opération de concentration peut être assez faible, alors que le risque que cette opération présente pour le marché est potentiellement important. Le rachat de WhatsApp par Facebook pour près de 20 milliards de dollars illustre une telle situation⁷.

Les arguments à l'encontre de ce critère sont :

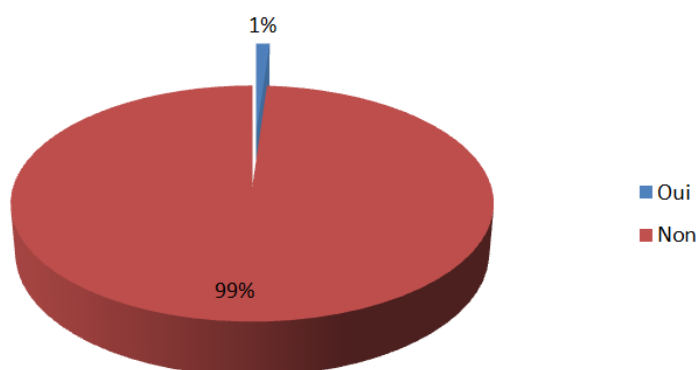
- Il est générateur d'insécurité juridique, parce que la définition de ce critère dépend de la délimitation du marché pertinent. La notion de marché pertinent désigne l'ensemble des entreprises et produits qui, à l'intérieur d'une zone géographique déterminée, sont connectés entre eux de telle manière qu'ils se limitent réciproquement dans leur conduite compétitive. En d'autres termes, font partie d'un même marché l'ensemble des vendeurs qui offrent des biens interchangeables ou substituables (par exemple le beurre et la margarine). La délimitation du marché pertinent fait l'objet d'une littérature abondante dans les pays dans lesquels le critère lié aux parts de marché est appliqué.
- D'autre part, il peut être difficile de déterminer le seuil en parts de marché à partir duquel l'opération présente un risque pour la concurrence. Par exemple, une part de marché importante doit être mise en perspective avec la situation concurrentielle sur le marché. Ainsi, une fusion entre 2 entreprises détenant 15% de part de marché ne présente pas le même risque lorsqu'il existe, soit une autre entreprise détenant 70% des parts de marché, soit seulement de nombreuses entreprises dont la part de marché est inférieure à 5%.

⁷ Aff. M.7217 - Facebook/WhatsApp.

2.3 Critères spécifiques à certains secteurs d'activité

▪ Réponses au questionnaire

A la question : « *Etes-vous d'accord avec d'autres critères tels des critères spécifiques limités à certains secteurs d'activité ?* », les personnes interrogées ont répondu :



▪ Législations nationales

Des seuils spécifiques sont prévus par la législation nationale de certains Etats membres.

Ainsi, en Allemagne, dans certains secteurs, seul $\frac{3}{4}$ du chiffre d'affaires est pris en compte⁸, ou, à l'opposé dans le domaine de la production et de la distribution des journaux, le chiffre d'affaires est multiplié par 8⁹. De même, un ratio spécifique est aux services de radiodiffusion¹⁰.

En France, des seuils spécifiques sont prévus lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou encore lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy¹¹

En Belgique, le critère tiré du chiffre d'affaires est remplacé, pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, par la somme des postes de produits énumérés par la réglementation¹².

⁸ §38 Abs. 2 GWS.

⁹ §38 Abs. 3 GWS.

¹⁰ §38 Abs 2 GWS.

¹¹ Article L430-2 II du Code de commerce.

¹² Art. IV.8 du Code de droit économique.

▪ **Appréciation**

Les arguments en faveur de l'instauration de critères spécifiques sont :

- Des critères spécifiques à certains secteurs d'activité permettent d'appréhender les difficultés relevées par la Commission dans certains secteurs notamment pharmaceutique dans lequel le critère du chiffre d'affaires n'est pas toujours pertinent

Les arguments à l'encontre de ce critère sont :

- Il est difficile de donner une définition juridique d'un secteur d'activité.
- Un critère dérogatoire et propre à un secteur d'activité a pour conséquence une rupture d'égalité entre les entreprises à l'égard des contraintes du contrôle des concentrations.

2.4 - Autres critères

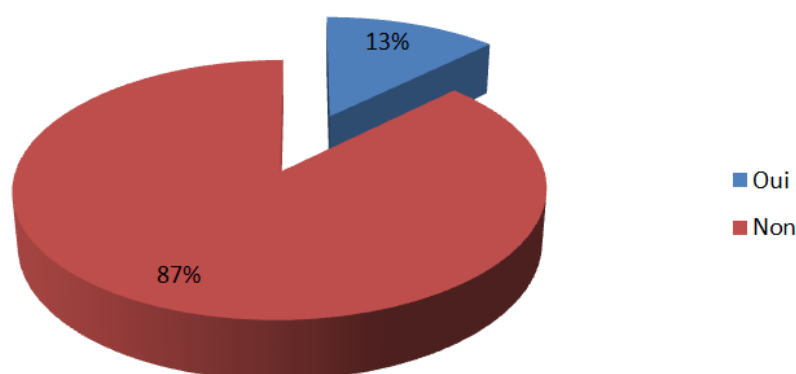
D'autres critères pourraient éventuellement être envisagés :

- Un pouvoir discrétionnaire de la Commission européenne de contrôle des opérations de concentration qui ne serait pas soumis à une notification préalable en application du Règlement.
- Des critères non exclusivement économiques si l'évolution du Règlement permettait une appréciation non exclusivement économique de l'opération de concentration. En particulier, pourraient être pris en compte : le nombre de salariés, l'étendue des données personnelles des consommateurs.

3 – Opportunité d'étendre le contrôle de la Commission européenne du fait d'un élargissement du champ d'application du contrôle des concentrations

▪ Réponses au questionnaire

A la question : « Une extension du contrôle de la Commission du fait de la modification des critères est-elle souhaitable ? », les personnes interrogées ont répondu :



▪ Appréciation

La modification des critères servant à déterminer le champ d'application du Règlement concentration est susceptible d'accroître les pouvoirs de la Commission européenne, au détriment de ceux des autorités nationales compétentes en charge de la concurrence.

Les arguments en faveur d'une extension sont :

- L'extension du contrôle de la Commission européenne permettrait de simplifier les procédures de contrôle des concentrations par rapport aux contrôles effectués au niveau national. Cette extension étendrait les hypothèses dans lesquelles les entreprises concernées par une opération de concentration s'adressent à un guichet unique (la Commission européenne), au lieu de devoir s'adresser à une ou plusieurs autorités nationales. De plus, elle permettrait d'homogénéiser les critères de contrôle applicables puisque, lorsque les différentes autorités nationales en question interviennent, elles appliquent des critères qui varient d'un Etat à un autre.

- Une extension permettrait d'appréhender au niveau européen les acquisitions de participations minoritaires qui présentent un risque de préjudice par rapport à la concurrence. En effet, le critère actuel lié au chiffre d'affaires ne permet pas toujours d'évaluer correctement les risques qu'une acquisition de participation minoritaire présente pour la concurrence.

Les arguments à l'encontre d'une extension sont :

- Etendre le nombre d'opérations de concentration relevant de la compétence de la Commission aurait pour conséquence d'augmenter son travail et donc les délais d'examen ; mais aussi accroît les contraintes pesant sur les entreprises.
- Enfin, le fait qu'actuellement certaines opérations présentant un risque pour la concurrence échappent au contrôle de dimension européenne n'est pas en tant que tel un problème. Par exemple, dans l'affaire du rachat de WhatsApp par Facebook, la Commission européenne a finalement examiné l'opération grâce au mécanisme du renvoi à la demande des entreprises¹³, activé en l'espèce par Facebook.

¹³ Prévus par l'article 4.4 du Règlement 139/2004 du Conseil.