

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

RATTACHEMENT LOCAL ET SEUILS DE COMPÉTENCE DANS LE CONTRÔLE DES FUSIONS

Note de référence du Secrétariat

14-15 juin 2016

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence en vue de la session V de la 123e réunion du Groupe de travail n°3 de l'OCDE sur la coopération et l'application de la loi, organisée les 14 et 15 juin 2016. Il existe une annexe distincte comportant des tableaux, sous la référence DAF/COMP/WP3(2016)4/ANN.

Les opinions et les interprétations exprimées dans la présente note ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur www.oecd.org/daf/competition/jurisdictional-nexus-in-merger-control-regimes.htm

Pour toute question relative à cette note, veuillez contacter Mme Despina Pachnou [téléphone : +33 1 45 24 95 25 – courriel : despina.pachnou@oecd.org].

JT03418467

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Introduction | 4 |
| 2. | Contexte | 4 |
| 2.1 | Le rôle des seuils de compétence et des critères de rattachement local | 4 |
| 2.2 | La Recommandation et les Pratiques recommandées du RIC de 2002 | 6 |
| 2.3 | Définition du niveau des seuils de notification..... | 7 |
| 3. | Seuils de notification et rattachement local : vue d'ensemble | 9 |
| 3.1 | Ventes ou chiffre d'affaires | 10 |
| 3.2 | Actifs | 14 |
| 3.3 | Parts de marché..... | 15 |
| 3.4 | Montant ou taille de l'opération | 16 |
| 3.5 | Autres critères de notification..... | 16 |
| 3.6 | Systèmes régionaux | 18 |
| 4. | Tendances et évolutions depuis 2005..... | 19 |
| 4.1 | Situation actuelle | 19 |
| 4.2 | Étude des changements depuis 2005 | 21 |
| 5. | Conclusions..... | 23 |
| | NOTES | 26 |
| | RÉFÉRENCES | 32 |

Encadrés

| | | |
|------------|--|----|
| Encadré 1. | Définition des opérations constituant des « fusions » aux fins du contrôle des fusions | 5 |
| Encadré 2. | Les systèmes de notification volontaire | 9 |
| Encadré 3. | La notion de chiffre d'affaires | 11 |
| Encadré 4. | Le système à compétences multiples de l'UE..... | 19 |
| Encadré 5. | Réforme des seuils de notification dans divers pays..... | 22 |

Figures

| | | |
|-----------|--|----|
| Figure 1. | Seuils de notification dans les pays membres de l'OCDE | 20 |
| Figure 2. | Rattachement local dans les pays membres de l'OCDE..... | 20 |

RATTACHEMENT LOCAL ET SEUILS DE COMPÉTENCE DANS LE CONTRÔLE DES FUSIONS

*Note de référence du Secrétariat **

Extrait

Compte tenu de la multiplication des fusions transnationales, du nombre croissant des régimes de contrôle des fusions et des ressources limitées dont disposent les autorités de la concurrence pour appliquer le droit de la concurrence, il importe que les autorités ne contrôlent que les fusions ayant un impact sur leur territoire. La Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, publié par l'OCDE en 2005, comportait des prescriptions sur la notification et les procédures de contrôle, les seuils de compétence et les critères de rattachement local. En 2013, l'OCDE a préparé un Rapport sur les expériences qui examinait l'impact de ces prescriptions dans la pratique. La présente note s'inspire de ces travaux et évalue les critères de rattachement local d'un certain nombre de pays membres de l'OCDE et de pays non membres en se référant à la Recommandation. Elle conclut que tous les pays appliquent des critères de rattachement local et que, dans la plupart d'entre eux, ces critères sont conformes à la Recommandation. Elle constate aussi à cet égard une tendance à une plus grande conformité depuis 2005. Il ressort également de la présente note que certains modes de conception des seuils de contrôle des fusions posent, pour certains pays, des problèmes de mise en conformité avec la Recommandation de l'OCDE et ses prescriptions.

* Cette note de référence a été préparée par M. Pedro Caro de Sousa. Elle est assortie des commentaires de M. Ruben Maximiano et de Mme Despina Pachnou, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

1. Introduction

1. Depuis de nombreuses années, le Comité de la concurrence s'intéresse à toute sorte d'aspects du contrôle des fusions dans les législations nationales sur la concurrence. Un contrôle des fusions efficient est une composante importante des régimes mis en place pour veiller au respect du droit de la concurrence : il empêche la réalisation d'opérations qui entraîneraient un préjudice pour les consommateurs. Un certain nombre de préoccupations ont été formulées quant au nombre croissant de régimes de contrôle des fusions partout dans le monde, qui peut avoir notamment pour conséquences des décisions divergentes, le risque que le régime de contrôle le plus strict devienne la norme *de facto* pour les fusions transnationales, et une hausse des coûts pour les entreprises¹. En 2004, le RIC a identifié quatre principaux types de coûts inutiles en rapport avec le contrôle des concentrations : les coûts pour vérifier si les exigences de notification et de dépôt de dossiers sont respectées ; les coûts pour s'assurer que des opérations qui n'ont pourtant pas de lien significatif avec le pays notifié se conforment aux exigences de notification ; les coûts pour se conformer aux exigences indûment complexes de dépôts de dossiers ; et les coûts associés à des délais injustifiés et à une disparité des calendriers lors de procédures de contrôle des fusions². Un cinquième type de coûts inutiles peut être évoqué : ceux que représentent pour les autorités de la concurrence l'utilisation de ressources qu'elles pourraient autrement consacrer à d'autres activités de mise en œuvre, au profit du contrôle de fusions n'ayant pas d'impact majeur sur le pays.

2. Compte tenu de ces éléments, le Comité de la concurrence se mobilise depuis longtemps pour renforcer la coopération internationale et la convergence en matière de contrôle des fusions. Sur la base de travaux antérieurs approfondis réalisés par le Comité, le Conseil de l'OCDE a adopté le 23 mars 2005 une Recommandation sur le contrôle des fusions destinée à favoriser la convergence des procédures de contrôle des fusions (OCDE, 2005) (la « Recommandation »). Parmi les aspects couverts par cette Recommandation figurent la notification et les procédures de contrôle, y compris les seuils de compétence et les critères de rattachement local approprié pour faire en sorte que seules soient soumises à une notification et à un contrôle, les opérations ayant un lien approprié avec la juridiction qui se charge du contrôle – à l'aune, par exemple, des actifs locaux ou du chiffre d'affaires local.

3. En 2013, l'OCDE a préparé un Rapport sur les expériences des pays (OCDE, 2013), le but étant d'examiner l'impact de la Recommandation dans la pratique. Ce rapport constatait qu'un certain nombre d'économies, y compris parmi les pays non membres de l'OCDE, avaient modifié leurs seuils de notification conformément à la Recommandation, renforçant ainsi les critères de rattachement local et assurant le contrôle uniquement des fusions susceptibles de fausser la concurrence au sein de leur territoire³.

4. Trois ans plus tard, la présente note cherche à donner une vue d'ensemble détaillée des seuils de contrôle des fusions et des critères de rattachement local dans divers pays et à les comparer aux recommandations internationales dans ce domaine. Elle s'articule comme suit : le chapitre 2 situe dans son contexte le thème des seuils de contrôle des fusions et des critères de rattachement local ; le chapitre 3 décrit les différents types de seuils de notification et de critères de rattachement local adoptés dans les pays étudiés ; le chapitre 4 compare les pratiques actuelles aux principes directeurs internationaux et recense les principales évolutions depuis l'adoption de la Recommandation en 2005 ; enfin, le chapitre 5 résume et analyse les principales conclusions.

2. Contexte

2.1 *Le rôle des seuils de compétence et des critères de rattachement local*

5. Deux seuils de compétence sont communément utilisés pour déterminer si une opération donnée doit faire l'objet d'une procédure de contrôle des fusions : (1) les seuils de notification, qui se rapportent la

plupart du temps à l'ampleur de l'opération ou à la taille des parties, et visent à exclure les transactions qui n'auront très probablement aucun impact substantiel dans une juridiction donnée ; et (2) la définition des opérations de fusion, qui doit permettre de déterminer quelles sont les opérations pour lesquelles il est « opportun » de procéder à un contrôle des fusions. En 2013, l'OCDE s'est penchée sur la définition d'une opération de fusion, telle que décrite dans l'encadré 1⁴. Dans la présente note, l'accent porte sur les seuils de notification.

Encadré 1. Définition des opérations constituant des « fusions » aux fins du contrôle des fusions

Le Comité de la concurrence a tenu une Table ronde sur la définition des opérations de fusion aux fins de leur contrôle en juin 2013 (OCDE, 2013b). Le Comité a conclu que la définition des opérations de fusion contribue de manière importante au bon fonctionnement des régimes de contrôle des fusions axés sur des objectifs d'efficacité, d'efficience et de transparence. Des seuils de notification sont utilisés pour cerner les opérations ayant un élément de rattachement suffisamment substantiel avec une juridiction donnée, tandis que la définition des opérations de fusion doit permettre de déterminer quelles sont les opérations qui se traduisent par une combinaison plus durable d'activités ou d'actifs qui étaient précédemment indépendants et dont on peut raisonnablement considérer que les résultats seront probablement contraires aux objectifs du droit de la concurrence.

Les définitions des « opérations de fusion » peuvent être fondées soit sur des critères « objectifs », soit sur des critères « économiques ». Une approche objective de la définition des « opérations de fusion » repose généralement sur des seuils de prise de participation fixés en pourcentage, comme l'acquisition d'une part de 50 % ou de 25 % du capital de l'entreprise ciblée. Les critères « économiques » concernent le mécanisme suivant lequel une opération de fusion risque de porter atteinte à la concurrence, dans la mesure où ils visent à déterminer si ladite opération permettra à une entreprise d'acquies la capacité d'exercer une forme ou une autre d'influence sur une entreprise précédemment indépendante. Les différents systèmes juridiques s'intéressent aux différents degrés d'influence, tels qu'une « influence déterminante », une « influence notable », une « influence substantielle », ou une « influence notable du point de vue de la concurrence ». Chacune de ces approches présente ses propres avantages et inconvénients. L'approche objective et l'approche économique sont toutes deux couramment utilisées dans le cadre des régimes de contrôle des fusions, et certains d'entre eux conjuguent ces deux approches.

La table ronde a aussi porté sur un certain nombre de difficultés rencontrées pour délimiter le concept d'opération de fusion. De nombreux pays ont cherché à savoir si des participations minoritaires, par conséquent qui ne suffisent pas à conférer un contrôle direct de la cible, devaient être considérées comme une opération de fusion – le principal problème étant de déterminer s'il est possible de tracer une frontière suffisamment nette entre les cas où des participations minoritaires pourraient avoir des effets préjudiciables sur la concurrence, et ceux où il est très probable qu'elles n'en aient pas, et devraient donc rester en dehors du périmètre de la définition des opérations de fusion afin que soient évités des coûts inutiles. Une deuxième question porte sur l'acquisition d'actifs : lorsqu'elle concerne des actifs d'une entreprise ou d'une branche d'activité ne correspondant pas à la totalité des actifs, de nombreux régimes de contrôle des fusions imposent de déterminer si les actifs acquis revêtent une importance suffisante pour avoir d'éventuels effets préjudiciables sur la concurrence, afin d'établir si l'acquisition en question doit être considérée comme une opération de fusion. Enfin, les coentreprises tendent à soulever des problèmes de compétence plus complexes dans les juridictions où la définition des opérations de fusion repose sur les critères de prise de contrôle/d'influence déterminante. Dans ces cas-là, il faut établir si les sociétés mères peuvent exercer le niveau requis de « contrôle » et, dans la plupart des cas, si la coentreprise constitue un acteur suffisamment indépendant sur le marché.

6. Tous les régimes de contrôle des fusions sont confrontés à un choix difficile entre l'utilisation de critères qui sont objectifs et transparents, et le recours à des critères plus souples qui ciblent les opérations potentiellement préjudiciables. Ces derniers, qui tendent à être des normes flexibles permettant d'enquêter spécifiquement sur des faits, peuvent cependant remettre en cause l'objectif d'une plus grande transparence et prévisibilité. Les critères objectifs, en revanche, peuvent donner une idée plus claire des opérations de fusion qu'il faudrait examiner, mais ils ne sont destinés à évaluer si une opération peut avoir ou non un impact anticoncurrentiel.

7. Du point de vue coût/avantage, les seuils de compétence servent à limiter les dépenses des ressources publiques et privées en évitant la notification et l'examen de fusions qui ont peu de risque de

susciter de quelconques préoccupations en matière de concurrence⁵. Il est communément admis que, pour définir et ajuster les seuils de notification, un équilibre doit être trouvé entre la volonté d'examiner la plupart des opérations qui risquent de porter atteinte à la concurrence sur des marchés spécifiques, et la nécessité d'assurer que la procédure et les coûts restent maîtrisables, prévisibles et raisonnables pour toutes les parties concernées⁶.

8. Cet équilibre à trouver entre les coûts et les avantages n'est pas une science exacte, car non seulement des données satisfaisantes sur les avantages et les coûts ne sont pas disponibles, mais ces avantages et ces coûts ne sont pas faciles à calculer. Lors de la définition des seuils de compétence, l'analyse doit prendre en compte des facteurs qui varient d'une juridiction à l'autre, notamment : le caractère obligatoire ou volontaire de la notification, les critères utilisés pour repérer les opérations susceptibles de changer durablement la structure du marché, les obligations initiales en matière d'information (et l'utilisation de formulaires courts et longs), la rapidité de la procédure de contrôle, les hypothèses relatives aux atteintes potentielles à la concurrence pouvant découler de certains types d'opérations, et l'efficacité de différents instruments du droit de la concurrence pouvant être utilisés pour examiner les opérations potentiellement anticoncurrentielles qui n'entrent pas dans le périmètre de la définition des opérations de fusion.⁷

9. L'interdépendance de ces facteurs explique l'absence de consensus international sur ce que pourrait être un régime optimal de contrôle des fusions. Elle explique également la différence sensible qui existe entre les seuils de compétence observés d'un pays à l'autre, même si les pratiques exemplaires internationalement reconnues se répandent dans le cadre des procédures de contrôle des fusions. Une approche coût/avantage met cependant en évidence qu'un régime efficient de contrôle des fusions devrait se fixer comme objectif de soumettre à un contrôle non pas toutes les opérations, mais seulement les fusions dont les avantages marginaux, en termes de renforcement du droit de la concurrence, dépasseront probablement les coûts marginaux.

2.2 La Recommandation et les Pratiques recommandées du RIC de 2002

10. Aux termes de la Recommandation, il faut utiliser des critères clairs et objectifs pour déterminer si une fusion doit être notifiée (ou si, dans les pays n'ayant pas prévu de notification obligatoire, une fusion remplit les conditions d'un contrôle). Dans le même temps, les pays membres ne doivent exercer leur compétence que sur les fusions ayant un lien approprié avec eux et contrôler uniquement les fusions qui pourraient porter atteinte à la concurrence sur leur territoire. Comme il est pratiquement impossible de déterminer *ex ante* les fusions qui suscitent des inquiétudes en matière de concurrence, l'objectif ultime lors de la définition de seuils de contrôle des fusions est de minimiser le nombre de notifications de fusions qui ne posent aucun problème de concurrence, tout en repérant le nombre maximum de fusions qui soulèvent des préoccupations dans ce domaine⁸.

11. Bien que le « lien approprié » avec le pays ne soit pas un terme défini dans la Recommandation, les Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration publiées par le RIC en 2002 (les « Pratiques recommandées du RIC de 2002 ») énumèrent certains principes directeurs généraux⁹. Le pays concerné ne peut faire valoir sa compétence qu'à l'égard des opérations comportant un lien suffisant avec lui – et pour définir le lien de rattachement d'une opération de fusion à un pays donné, il convient de mesurer l'activité exercée au sein du territoire, à l'aune des activités d'au moins deux parties à l'opération sur le territoire et/ou des activités de l'entreprise acquise sur le territoire.

12. Les Pratiques recommandées du RIC de 2002 proposent également des principes directeurs sur le type de seuils de notification à utiliser lors de l'évaluation du rattachement local. Les seuils de notification doivent être des critères de démarcation clairs, compréhensibles, facilement administrables, qui permettent aux parties de déterminer facilement si une opération doit faire l'objet d'une notification – comme des

données sur les ventes et/ou les actifs des parties ou l'ampleur d'une opération. Ce type de seuils de notification devrait être adopté même s'il ne permet pas toujours de prévoir efficacement si une opération risque de susciter des préoccupations en matière de concurrence. Il est en particulier recommandé de fonder les seuils de notification sur des critères objectivement quantifiables (autrement dit, les actifs, ainsi que les ventes ou le chiffre d'affaires) et sur des informations facilement accessibles par les parties engagées dans la fusion.

13. Les montants correspondant au chiffre d'affaires ou aux actifs sont le type de seuils de notification que préfère le RIC, car ils permettent aux autorités de cibler des opérations dans lesquelles interviennent des parties qui dépassent une certaine taille économique et qui ont un rattachement local suffisant¹⁰. La part de marché et les effets liés à une opération sont des exemples de critères qui ne sont pas objectivement quantifiables ou facilement accessibles pour les parties.

14. Par rapport à d'autres types de seuils de notification, les parts de marché peuvent être un meilleur moyen de prévoir si une opération est susceptible de soulever des préoccupations en matière de concurrence. Par conséquent, leur utilisation en tant que seuils de notification peut permettre de limiter le dépôt de dossiers concernant des fusions non problématiques. Cela étant, le recours aux parts de marché en tant que seuils de notification suppose des coûts élevés pour toutes les opérations, car les parties à une quelconque fusion seraient tenues de calculer leurs parts de marché, que l'opération soit soumise ou non par la suite à une obligation de notification, alors qu'en général, les parties ne disposent pas de données sur les parts de marché et surtout peuvent ne pas être en mesure de définir convenablement les marchés.

15. L'utilisation des parts de marchés ou des effets liés à une opération en tant que seuils de notification peut donc engendrer des incertitudes considérables, générer des coûts et entraîner des délais considérables. Par conséquent, selon les Pratiques recommandées du RIC de 2002, les seuils de notification fondés sur les parts de marché et d'autres critères subjectifs ne sont pas appropriés pour déterminer initialement si une opération devrait être notifiée. Les parts de marché peuvent en revanche être appropriées à des stades ultérieurs de la procédure de contrôle des fusions – notamment pour déterminer la quantité d'informations que les parties doivent fournir dans leurs notifications et, à terme, la légalité de l'opération.

2.3 Définition du niveau des seuils de notification

16. Le niveau effectif des seuils de notification est un aspect déterminant pour l'efficacité des systèmes de contrôle des fusions. Si les seuils sont fixés trop haut, un certain nombre de fusions anticoncurrentielles peut échapper à la rigueur du contrôle. En revanche, si les seuils sont fixés trop bas, les notifications peuvent être trop nombreuses, ce qui impose des coûts inutiles à la fois aux parties engagées dans la fusion et aux autorités¹¹.

17. La Recommandation et les Pratiques recommandées du RIC de 2002 sont assez explicites concernant la nécessité d'un rattachement local important et de seuils clairs, objectifs et quantifiables. Cependant, elles ne donnent pas de précisions quant au critère approprié pour juger de l'importance du rattachement local. Afin de remédier à ce problème, le RIC a publié en 2008 un deuxième ensemble de pratiques recommandées (les « Pratiques recommandées du RIC de 2008 ») qui propose aux pays des principes directeurs plus détaillés pour définir les seuils de notification appropriés¹².

18. Selon les Pratiques recommandées du RIC de 2008, un ensemble de facteurs permet de déterminer l'efficacité et l'efficience du fonctionnement d'un système de contrôle des concentrations, ces facteurs pouvant quant à eux influencer le choix des seuils de notification appropriés. Ainsi, des pays peuvent envisager de recourir à des facteurs tels que les exigences d'informations initiales ; la capacité de valider rapidement des opérations qui ne posent pas de problèmes de concurrence ; le maintien ou non de

la possibilité, pour une autorité de la concurrence, de contrôler des opérations qui sont en deçà des seuils de notification ; les difficultés associées à certains secteurs économiques ou la faible probabilité qu'ils posent des problèmes de concurrence.

19. Les pays peuvent vouloir s'interroger sur leurs objectifs lorsqu'ils définissent leurs seuils de notification. Par exemple, ils peuvent se fixer comme but un pourcentage approprié ou souhaitable d'opérations notifiées qui sont considérées comme étant problématiques – plusieurs juridictions ont établi à 5 % un tel objectif –, ou la diminution du nombre de fusions problématiques qui échappent à un contrôle. Les pays peuvent se demander s'ils doivent contrôler davantage de fusions dans des secteurs où des problèmes sont susceptibles de se poser, comme l'a fait l'Irlande pour les fusions survenant dans le secteur des médias¹³.

20. Enfin, après avoir pris en compte les divers objectifs et facteurs qui influencent les systèmes de contrôle des fusions, les pays doivent déterminer la méthode pour définir leurs seuils de notification. Ils peuvent prendre en compte l'expérience antérieure, la taille de leur économie ou de certains secteurs, des indicateurs de référence obtenus sur la base d'informations rétrospectives, les expériences de pays dans la même région et les informations fournies par les parties prenantes. Les Pratiques recommandées du RIC de 2008 suggèrent en outre que les pays adoptent des mécanismes qui facilitent les futures modifications de seuils¹⁴.

21. À la connaissance du Secrétariat, très peu d'études traitent de l'efficacité ou non des régimes de notification des fusions¹⁵. La plupart d'entre elles se concentrent sur le résultat de l'analyse des fusions et non sur la conception des régimes de contrôle des fusions¹⁶ – même si certaines études théoriques portent sur la définition de seuils de notification optimaux¹⁷. Quelques exemples peuvent être fournis, cependant, sur la méthode employée par certains pays pour définir dans la pratique leurs seuils de notification.

22. La Belgique a dû faire face à une inondation de notifications concernant des fusions ne posant aucun problème. En effet, au début des années 1990, des ressources qui auraient pu être consacrées à d'autres activités de mise en œuvre ont été mobilisées inutilement, car les seuils de contrôle des fusions exigeaient la notification d'opérations dont le rattachement local était insuffisant. Dans ce contexte, l'autorité nationale de la concurrence a réalisé une « analyse d'impact » dont il est ressorti que la modification des seuils, fondés cette fois sur le chiffre d'affaires local, permettrait de réduire d'environ 80 % le nombre de notifications de fusions. Les seuils de notification ont été modifiés en conséquence en 1999. En 2005, les seuils ont été de nouveau révisés, le processus de réforme étant mené par un groupe d'experts (le « Groupe d'experts ») composé d'avocats auprès du secteur privé, de représentants de l'autorité nationale de la concurrence, d'universitaires et de membres de la Fédération des entreprises de Belgique. Les recherches effectuées par le Groupe d'experts ont porté sur l'examen complet des divers systèmes de seuils, ainsi que des seuils applicables dans des économies voisines et de taille comparable. D'autres travaux ont été menés sur des niveaux de seuils de chiffres d'affaires individuels pour déterminer, en fonction de données antérieures fournies dans les dossiers déposés, le nombre probable de dépôts de dossiers qui résulterait de niveaux de seuils différents. À présent, les seuils de fusions sont révisés régulièrement et soumis à une évaluation par l'autorité de la concurrence tous les trois ans (RIC, 2008).

23. En 2006, l'autorité suédoise de la concurrence a préparé un rapport pour examiner l'efficacité des seuils de notification au regard de l'expérience antérieure et de comparaisons internationales. Un de ses objectifs était de réduire le nombre de fusions non problématiques soumises à un contrôle et de renforcer la convergence avec la Recommandation, ainsi que les Pratiques recommandées du RIC de 2002. Elle a conclu que les seuils supérieurs fixés pour le chiffre d'affaires mondial étaient trop élevés, compte tenu de la taille de l'économie suédoise, et que le seuil inférieur était trop bas par rapport à d'autres pays comparables. Bien qu'il ait été impossible d'obtenir des chiffres exacts, le rapport a conclu que l'augmentation du nombre de notifications due à un abaissement du seuil supérieur fixé pour le chiffre d'affaires mondial pourrait être largement compensée par la hausse des seuils inférieurs fixés pour le

chiffre d'affaires local. Par conséquent, même si en définitive le nombre de notifications pouvait ne pas diminuer en termes absolus suite aux changements proposés, les seuils révisés étaient censés mieux cibler les opérations plus susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. (RIC, 2008)

24. Plus récemment, en 2013, l'Italie a introduit un test cumulatif de contrôle des fusions qui associe les seuils précédemment en place. Cette initiative était destinée à nettement améliorer les critères de rattachement local du système italien de notification des fusions, conformément à la Recommandation, afin de réduire le nombre de fusions notifiées qui ne portent pas atteinte à la concurrence, et de favoriser une utilisation plus efficiente des ressources et du temps de l'autorité de la concurrence.

3. Seuils de notification et rattachement local : vue d'ensemble

25. Le Secrétariat a mené une étude sur les seuils de notification de 53 juridictions¹⁸, dont l'ensemble des pays membres de l'OCDE, l'UE, ainsi qu'un associé (Roumanie) et les Participants du Comité de la concurrence¹⁹, et la République populaire de Chine. Le contenu détaillé de cette étude figure en annexes I and II.

26. Le terme « seuils de notification » est couramment utilisé pour se référer à la fois aux tests juridiques servant à déterminer si une fusion doit être notifiée et aux critères utilisés dans ces tests. Pour plus de clarté, ces tests juridiques seront désignés dans le reste de la présente note par « seuils de contrôle des fusions » ; et les divers types de critères utilisés dans ces seuils seront désignés par « critères de notification ».

27. Il convient d'apporter une autre clarification concernant les termes « société » et « entreprise ». Les seuils de contrôle des fusions doivent permettre de déterminer la réalité économique qui sous-tend une opération, indépendamment de la forme juridique de cette opération. Par conséquent, les seuils de contrôle des fusions se concentrent habituellement non pas sur la personne morale qui s'engage dans une opération de fusion, mais sur le groupe économique auquel appartient cette personne morale. Les termes « société » et « entreprise » sont utilisés dans ce sens dans l'ensemble de la présente note.

28. Cette section traite exclusivement des juridictions qui sont dotées de systèmes de notification obligatoire. Comme l'expose l'encadré 2, seuls quatre pays de l'OCDE ont des systèmes de contrôle des fusions volontaire. La présente section donne une typologie des principaux types de critères de notification actuellement en place dans les systèmes de notification obligatoire, et décrit l'approche adoptée par ces systèmes pour établir un lien approprié entre une opération et la juridiction concernée. Les principaux types de critères de notification recensés sont : (i) les ventes ou le chiffre d'affaires ; (ii) les actifs ; (iii) les parts de marché ; (iv) le montant de l'opération. Un certain nombre d'autres critères de notification, moins fréquemment utilisés, sont aussi examinés.

Encadré 2. Les systèmes de notification volontaire

Les systèmes de notification volontaire sont minoritaires parmi les systèmes de contrôle des fusions. Parmi les pays membres de l'OCDE, seuls quatre appliquent ce système, à savoir l'Australie, le Chili, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni. Le Chili envisage actuellement d'adopter un régime de notification obligatoire.

Dans la plupart des systèmes de notification volontaire, il n'y a pas, de prime abord, de seuils de notification : tant qu'une opération risque de soulever des problèmes de concurrence, les parties doivent se soumettre à un contrôle de fusions. L'exception à cet égard est le Royaume-Uni, où l'autorité nationale de la concurrence n'est compétente que si le chiffre d'affaires de la cible au Royaume-Uni dépasse 70 millions GBP, ou si la fusion entraîne la création ou le renforcement d'une part représentant au moins 25 % de l'offre ou de l'acquisition de biens ou de services, quels qu'ils soient, au Royaume-Uni ou sur une grande partie de son territoire.

Cependant, même lorsqu'ils n'ont pas de seuils de compétence, les pays ont adopté des principes directeurs qui donnent des indications sur les opérations susceptibles de soulever des problèmes et, en pareils cas, une notification

volontaire est encouragée. Ces principes directeurs tendent à se fonder sur les parts de marché ou des critères connexes. Ainsi, en Australie, les Merger Guidelines de 2008 encouragent une notification volontaire si : (a) les produits proposés par les parties sont soit supplémentaires, soit complémentaires ; et (b) l'entité fusionnée aura, suite à la fusion, une part de marché supérieure à 20 % sur les marchés concernés. Au Chili, le dépôt d'un dossier est recommandé quand : (a) l'indice Herfindahl Hirschman après la fusion se situe entre 1500 et 2500, et le delta dû à l'opération est supérieur à 200 ; ou (b) l'indice Herfindahl Hirschman après la fusion dépasse 2500, et le delta dû à l'opération est supérieur à 100. En Nouvelle-Zélande, des zones de sécurité (*safe harbours*) existent pour les opérations : (i) lorsque la part de marché combinée des trois principales entreprises après la fusion (la « CR3 ») est inférieure à 70 % et que la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 40 % ; ou (ii) lorsque la CR3 est supérieure à 70 % et que la part de marché de l'entité fusionnée est inférieure à 20 %.

29. Parfois, une juridiction n'a recours qu'à un seul des principaux types de critères de notification (par exemple, l'UE s'appuie exclusivement sur le chiffre d'affaires). Il n'est cependant pas rare que des pays se fondent simultanément sur deux critères ou davantage, soit en les cumulant (par exemple, les États-Unis prennent en compte l'ampleur de l'opération et, lorsque l'opération est d'une certaine ampleur, le chiffre d'affaires ou les actifs des parties), soit alternativement (par exemple, Israël a un seuil de contrôle des fusions qui exige une notification de fusion chaque fois que l'opération a pour résultat ou fait intervenir une société dont la part de marché dépasse 50 %, et un autre seuil de contrôle des fusions qui exige le dépôt de dossiers en cas de fusion chaque fois que le chiffre d'affaires local atteint des montants déterminés). Certains pays ont plusieurs seuils de contrôle des fusions, chacun pouvant être associé à divers critères de notification (par exemple, le Portugal exige une notification : chaque fois que les sociétés participant à la fusion génèrent un certain chiffre d'affaires local ; chaque fois que la part de marché des sociétés dépasse 50 % ; ou quand les parts de marché des sociétés excèdent 30 % et leurs chiffres d'affaires local dépassent un certain montant).

30. Pour représenter cette multiplicité de tests le plus clairement possible, chaque grand type de critères de notification est traité séparément dans les sous-sections suivantes. Simultanément sera examinée l'interaction de ces divers types de critères de notification pour aboutir à la création de différents seuils de contrôle des fusions est examinée simultanément. Une liste de tous les critères de notification appliqués dans chacun des pays sous revue figure dans l'annexe I.

31. Les sous-sections sont illustrées par des tableaux qui recensent les seuils de contrôle des fusions des pays membres de l'OCDE et de l'UE auxquels la sous-section se réfère. Ces tableaux se composent d'extraits de l'annexe I. Les colonnes des tableaux font état des divers critères de notification ; ainsi qu'il a été souligné, étant donné que les juridictions et même les seuils de contrôle des fusions peuvent appliquer simultanément plusieurs critères de notification, ceux-ci sont tous inclus pour décrire l'interaction des critères de notification dans la pratique. Les lignes identifient les pays. Quand les pays n'ont qu'un seul seuil de contrôle des fusions, ils sont signalés uniquement par leur nom. Lorsqu'un tableau précise à la fois un pays et un seuil (par exemple le Danemark, seuil B), cela indique que ce pays a plus d'un seuil de contrôle des fusions ; le seuil individuel est identifié dans l'annexe II.

3.1 Ventes ou chiffre d'affaires

32. Les ventes et le chiffre d'affaires passent pour donner une mesure objective de l'impact potentiel d'une opération sur le marché, et les informations sont habituellement disponibles dans le cours normal de l'activité. De plus, les seuils de notification qui portent sur les ventes ou le chiffre d'affaires à l'échelle nationale, par opposition à mondiale, d'une ou plusieurs sociétés engagées dans l'opération aident à déterminer s'il existe un rattachement local suffisant²⁰.

33. Aux fins de la présente note, les ventes et le chiffre d'affaires sont des concepts interchangeables qui se réfèrent de manière générale aux revenus d'une société provenant de la vente de biens ou de

services. S'ils sont fixés à un niveau approprié, les seuils fondés sur les ventes ou le chiffre d'affaires devraient permettre de repérer les opérations susceptibles d'avoir un impact important sur la concurrence, tout en augmentant la certitude du droit et en minimisant les coûts pour les entreprises.

34. En règle générale, on peut trouver un chiffre d'affaires en consultant les comptes vérifiés d'une société ; par conséquent, il est facile à établir et susceptible d'être calculé conformément aux pratiques comptables communément acceptées. Une description plus détaillée figure dans l'encadré 3 ci-après.

Encadré 3. La notion de chiffre d'affaires

En vertu du droit de l'UE, le concept de chiffre d'affaires couvre « les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services ». Aux États-Unis, les autorités examinent la vente des produits ou services dans le cours normal de l'activité et excluent généralement les éléments qui figurent sous la rubrique « *financial income* » [revenus financiers] ou « *extraordinary income* » [revenus extraordinaires] dans les comptes de la société. D'autres pays adoptent, dans leurs seuils de contrôle des fusions, des concepts semblables pour le chiffre d'affaires.

L'utilisation du chiffre d'affaires et des ventes se fonde sur la supposition que ces montants représentent de bons indicateurs de substitution du poids économique réel du groupe d'entreprises pertinent qui intervient dans une fusion. Ce critère de notification est censé permettre de prendre en compte le volume total des ressources économiques qui sont combinées par l'opération en question, au lieu de se concentrer uniquement sur les personnes morales qui sont entrées formellement dans l'opération. Par conséquent, le chiffre d'affaires ou les ventes pertinents sont habituellement ceux des groupes d'entreprises auxquels ces personnes morales appartiennent. Cela implique que le chiffre d'affaires et les ventes correspondent à ceux de toutes les entités au sein des groupes d'entreprises participant à l'opération ; cela signifie également que les impôts et les produits des transactions commerciales au sein d'un groupe sont exclus du chiffre d'affaires pertinent (pour éviter un double décompte), afin de donner une meilleure idée du poids économique réel et de la puissance des parties engagées dans la fusion.

Le recours au chiffre d'affaires et aux ventes en tant que seuils de notification s'explique pour une autre raison : ces montants sont faciles à vérifier et les sociétés peuvent les obtenir rapidement. Généralement, ils figurent distinctement dans les comptes vérifiés, le compte de résultat ou le bilan préparé, qui correspondent à l'exercice le plus proche de la date de l'opération – et, par conséquent, le chiffre d'affaires et les ventes pertinents sont de manière quasi-systématique ceux du tout dernier exercice.

Il est également fréquent que des juridictions appliquent des seuils de chiffre d'affaires spécifiques, ou des règles spécifiques concernant leur calcul, aux sociétés actives dans des secteurs particuliers comme la banque, l'assurance ou les médias. Par exemple, dans l'EU, l'article 5(3) (a) de son Règlement sur les concentrations prévoit, pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, un calcul différencié du chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires correspond non pas aux ventes, mais au produit bancaire brut, calculé comme étant la somme des postes de produits suivants : intérêts et produits assimilés, revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable ; revenus de participations ; revenus de parts dans des entreprises liés), le bénéfice net provenant d'opérations financières et autres produits d'exploitation. La raison sous-jacente d'un tel choix est que le produit bancaire reflète la réalité économique des institutions financières avec plus d'exactitude.

35. On rencontre deux types de seuils fondés sur le chiffre d'affaires dans les systèmes de notification obligatoire : le chiffre d'affaires local et le chiffre d'affaires mondial.

3.1.1 Les ventes ou le chiffre d'affaires à l'échelle locale

36. Plusieurs pays s'intéressent exclusivement au chiffre d'affaires local, ou utilisent de manière interchangeable le chiffre d'affaires local et les actifs locaux²¹. Les seuils de contrôle des fusions fondés uniquement sur le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux sont bien adaptés pour évaluer s'il existe un rattachement local suffisant et comptent parmi les critères de notification les plus simples à appliquer. Ces pays sont énumérés dans le tableau 1 ci-après²².

Tableau 1

| Pays | | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de Parts de | | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|--------------------|---------|--------------------|-------|----------|--------|---------------------|--------|------------|-----------------------|-------|
| | | mondial | local | mondiaux | locaux | l'opération | marché | | | |
| Belgique | | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Canada | | - | X | - | X | - | - | - | X | X |
| République tchèque | Seuil B | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Danemark | Seuil B | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Estonie | | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Islande | | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Irlande | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| Israël | Seuil A | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| Italie | | - | X | - | - | - | - | - | - | X |
| Japon | | - | X | - | - | - | - | - | X | X |
| Norvège | | - | - | - | - | - | - | X | X | X |
| Pologne | Seuil B | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Portugal | Seuil A | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Slovénie | | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Espagne | Seuil A | - | X | - | - | - | - | - | - | - |
| Suède | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |

* En vertu de la Loi norvégienne sur la concurrence, toutes les « concentrations » doivent, en principe, être notifiées à l'autorité nationale de la concurrence. Cependant, aux termes de l'article 18 (2) de cette Loi, les concentrations entre des entreprises dont le chiffre d'affaires local ne dépasse pas certains seuils sont exemptées de cette obligation. Cette exemption est impossible à distinguer, pour des raisons pratiques, d'un seuil de contrôle des fusions fondé uniquement sur le chiffre d'affaires local.

37. Il n'est pas rare que des seuils de contrôle des fusions fondés sur le chiffre d'affaires local soient aussi associés à des critères annexes qui accentuent le rattachement local (voir « Autre » dans le tableau 1 ci-dessus). Par exemple, en vertu de la Loi canadienne sur la concurrence, même quand les seuils de chiffre d'affaires local sont atteints, une notification de la fusion n'est nécessaire que si la cible a aussi une « entreprise en exploitation » au Canada, soit directement, soit indirectement, par l'intermédiaire d'une de ses propres filiales²³. L'Italie n'exige pas de notification quand l'opération correspond à une acquisition ou une fusion par intégration d'une société en Italie – ce qui pourrait passer pour être suffisant en vue d'établir un rattachement local – sous réserve qu'au moins un des acquéreurs exercent aussi des activités en Italie²⁴.

38. Les pays peuvent aussi accorder aux autorités un pouvoir de discrétion pour le contrôle de certaines opérations qui sont inférieures aux seuils de chiffre d'affaires local. C'est le cas de nombreux pays parmi ceux énumérés dans le tableau 1 (voir section 3.5.2 et « Compétence résiduelle » dans le tableau 1). Quelques exemples suivent à titre d'illustration. En Islande et en Suède, l'autorité de la concurrence est habilitée à contrôler des opérations chaque fois que le chiffre d'affaires mondial des parties dépasse un certain niveau si l'opération risque de réduire sensiblement la concurrence. En Irlande, le ministre de l'Emploi, des Entreprises et de l'Innovation peut préciser certaines catégories de fusions ou d'acquisitions qui doivent être notifiées même si les principaux seuils de chiffre d'affaires local ne sont pas atteints ; le ministre a pris cette initiative pour des fusions dans le secteur des médias concernant des sociétés qui : (a) ont une présence physique en Irlande, notamment un siège social, une filiale, une succursale, un bureau de représentation ou une agence, et réalisent des ventes à des clients situés dans l'État ; ou (b) ont réalisé des ventes en Irlande atteignant au moins 2 millions EUR au cours du tout dernier exercice.

3.1.2 Les ventes ou le chiffre d'affaires à l'échelle mondiale

39. Un système qui adopte des tests de contrôle des fusions s'intéressant exclusivement aux ventes mondiales ou au chiffre d'affaires mondial impose une notification de fusion dès lors que les entités engagées dans la fusion ont un volume d'activités cumulé dans le monde entier supérieur à un certain seuil. Une telle approche exige qu'une fusion soit notifiée lorsque que les parties ont une certaine taille, indépendamment d'un rattachement ou non de l'opération à la juridiction réalisant le contrôle. Elle soulève des problèmes comparables à ceux rencontrés pour les tests fondés sur les actifs mondiaux ou le montant de l'opération, qui sont examinés ci-après.

40. Parmi les pays examinés, aucun n'est doté d'un système de seuils de contrôle des fusions fondé uniquement sur les ventes ou le chiffre d'affaires à l'échelle mondiale. Comme le montre le tableau 2 ci-après, chaque fois que les seuils de contrôle des fusions reposent sur le chiffre d'affaires mondial ou les actifs mondiaux, ou sur le montant de l'opération, de tels critères de notification sont toujours appliqués avec d'autres critères susceptibles d'établir un rattachement local. Le tableau 2 ci-après présente les pays membres de l'OCDE qui se fondent sur le chiffre d'affaires mondial.

Tableau 2

| Pays | | Chiffre d'affaires mondial | Chiffre d'affaires local | Actifs mondiaux | Actifs locaux | Montant de l'opération | Parts de marché | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|---------------------------|---------|----------------------------|--------------------------|-----------------|---------------|------------------------|-----------------|------------|-----------------------|-------|
| Autriche | | x | x | - | - | - | - | - | - | x |
| République tchèque | Seuil A | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Danemark | Seuil A | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Finlande | | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| France | | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Allemagne | | x | x | - | - | - | - | x | - | x |
| Grèce | | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Hongrie | | x | x | - | - | - | - | - | - | x |
| Corée | | x | x | x | x | - | - | - | x | - |
| Pays-Bas | | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Pologne | Seuil A | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Slovaquie | | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| Suisse | Seuil A | x | x | - | - | - | - | x | - | - |
| Turquie | Seuil A | x | x | - | - | - | - | - | - | - |
| États-Unis | Seuil B | x | - | x | - | x | - | x | x | x |

41. Le critère de notification de loin le plus utilisé en tandem avec le chiffre d'affaires mondial est le chiffre d'affaires local. Un grand nombre de pays examinés ont des seuils composites de contrôle des fusions qui exigent que soient atteints les seuils minimums à la fois de chiffre d'affaires local et de chiffre d'affaires mondial – le chiffre d'affaires mondial est, dans ces cas-là, toujours supérieur au chiffre d'affaires local. L'UE, qui ne figure pas dans le tableau 2 mais qui est dotée, au-delà de certains seuils, d'une compétence exclusive à la place de ses États membres, s'appuie aussi sur une combinaison du chiffre d'affaires local et du chiffre d'affaires mondial. Certains pays – comme l'Autriche, l'Allemagne et la Suisse – peuvent aussi imposer un test de l'impact national.

42. Dans certains cas, comme en République tchèque, au Danemark, en Pologne, en Suisse et en Turquie, un test de contrôle des fusions axé uniquement sur le chiffre d'affaires local est appliqué parallèlement à un autre test composite de contrôle des fusions qui porte à la fois sur le chiffre d'affaires

local et sur le chiffre d'affaires mondial. En dehors des pays membres de l'OCDE, ce système a été par exemple adopté en République populaire de Chine et en Inde.

43. Dans certaines juridictions qui utilisent le chiffre d'affaires mondial dans le cadre de leurs tests de contrôle des fusions, le rattachement local peut être établi par d'autres moyens que le chiffre d'affaires local, notamment en exigeant que l'opération ait un impact local ou par le biais d'exemptions. Parmi les pays membres de l'OCDE, les États-Unis sont le principal exemple de cette approche : une notification de fusion y est requise seulement si l'acquéreur ou bien la cible est dans le commerce aux États-Unis ou toute autre activité affectant le commerce aux États-Unis²⁵ ; en outre, un certain nombre d'exceptions sont en place pour assurer que seules les fusions ayant un rattachement local suffisant doivent faire l'objet d'un dépôt de dossier.

44. Pour établir le rattachement local, un autre mécanisme consiste à utiliser le chiffre d'affaires mondial comme unique critère pertinent de notification pour des opérations purement nationales, mais en l'associant à des seuils de chiffre d'affaires local chaque fois que l'opération a une composante étrangère – comme c'est le cas en Hongrie et en Corée²⁶.

3.1.3 Critères supplémentaires utilisés conjointement ou alternativement avec les ventes ou le chiffre d'affaires

45. Certaines juridictions ont des tests de contrôle des fusions qui associent le chiffre d'affaires à d'autres critères de notification. Les principaux exemples de ces autres critères sont les actifs, le montant de l'opération et les parts de marché. Chacun de ces critères de notification sont examinés plus en détail ci-après, et les pays membres de l'OCDE entrant dans cette catégorie figurent dans le tableau 3²⁷.

Tableau 3

| Pays | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de l'opération | Parts de marché | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|-------------------|--------------------|-------|----------|--------|------------------------|-----------------|------------|-----------------------|-------|
| | mondial | local | mondiaux | locaux | | | | | |
| Canada | - | X | - | X | - | - | - | X | X |
| Corée | X | X | X | X | - | - | - | X | - |
| Mexique | | | | | | | | | |
| Seuil B | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Seuil C | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Portugal | | | | | | | | | |
| Seuil C | - | X | - | - | - | X | - | - | - |
| Espagne* | | | | | | | | | |
| Seuil C | - | - | - | - | - | X | X | - | - |
| États-Unis | | | | | | | | | |
| Seuil B | X | - | X | - | X | - | X | X | X |

* En Espagne, le chiffre d'affaires local et les actifs locaux servent à exempter les fusions qui devraient normalement être notifiées car elles atteignent un certain seuil de part de marché – cette possibilité est donc recensée comme une exemption dans le tableau. Dans la pratique, cependant, elle se distingue d'un seuil de chiffre d'affaires local.

3.2 Actifs

46. Les actifs dans le territoire de la juridiction concernée figurent aussi parmi les normes appropriées et objectives énumérées par le RIC pour l'évaluation du « rattachement local » d'une opération. Les seuls actifs internationaux ne devraient pas suffire à déclencher une obligation de notification si l'élément de rattachement local (notamment les revenus ou actifs dans la juridiction concernée) ne dépasse pas les seuils de pertinence définis²⁸. Comme le chiffre d'affaires, les actifs fournissent des critères de mesure objectifs auxquels ont habituellement accès les entreprises dans le cours normal de leur activité et sont un bon indicateur de substitution du niveau d'activité locale.

47. Les actifs peuvent fonctionner comme des seuils de notification autonomes, mais cette situation se présente rarement. Aucun des pays membres de l'OCDE examinés n'avait un seuil de contrôle des fusions fondé uniquement sur le montant des actifs²⁹. Dans la pratique, les actifs sont toujours utilisés conjointement ou alternativement avec un certain nombre d'autres critères de notification. Le chiffre d'affaires est le critère de notification le plus communément associé aux actifs³⁰, mais il peut aussi être combiné avec les parts de marché ou le montant de l'opération. Cela se reflète dans le tableau 4, où figurent les tests de contrôle des fusions dans les pays membres de l'OCDE qui utilisent les actifs en tant que critère de notification.

Tableau 4

| Pays | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de l'opération | Parts de marché | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|-------------------------------|--------------------|-------|----------|--------|------------------------|-----------------|------------|-----------------------|-------|
| | mondial | local | mondiaux | locaux | | | | | |
| Canada | - | X | - | X | - | - | - | X | X |
| Corée | X | X | X | X | - | - | - | X | - |
| Threshold B | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Mexique Threshold C | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Espagne* Threshold C | - | - | - | - | - | X | X | - | - |
| États-Unis Threshold B | X | - | X | - | X | - | X | X | X |

* En Espagne, le chiffre d'affaires local et les actifs locaux servent à exempter les fusions qui devraient normalement être notifiées car elles atteignent un certain seuil de part de marché – cette possibilité est donc recensée comme une exemption dans le tableau. Dans la pratique, cependant, il est impossible de la distinguer d'un seuil de chiffre d'affaires local.

48. De plus, et comme pour le chiffre d'affaires, les seuils de contrôle des fusions fondés sur les actifs peuvent prendre en compte uniquement les actifs mondiaux, uniquement les actifs locaux, ou conjointement les actifs mondiaux et les actifs locaux. Si un pays s'appuie uniquement sur les actifs mondiaux, cela nécessite l'application de critères supplémentaires de rattachement local, comme dans le cas des seuils de contrôle des fusions fondés exclusivement sur le chiffre d'affaires mondial.

3.3 Parts de marché

49. Par rapport à d'autres critères de notification, les parts de marché permettent de mieux prévoir si une opération particulière risque de susciter davantage de préoccupations en matière de concurrence. De plus, comme les parts de marché correspondent à un marché se caractérisant à la fois par ses produits et divers zones géographiques, elles conviennent à l'établissement d'un rattachement local.

50. Dans la pratique, cependant, un système de notification obligatoire fondé sur les parts de marché soulève de nombreuses difficultés et génère des coûts qui viennent contrebalancer ses avantages potentiels. Comme généralement les parties ne disposent pas de ces informations, ou même n'ont pas la capacité de définir exactement les marchés, un tel système vient greffer des coûts et des charges sur toutes les opérations, qu'elles posent ou non des problèmes ou qu'elles exigent ou non une notification, tout en créant une incertitude considérable et la possibilité d'importants retards.

51. Par conséquent, les recommandations internationales préconisent de ne pas utiliser les seuils de part de marché, car les parts de marché ne constituent pas des critères de notification clairs et objectifs ; et de recourir à l'analyse des parts de marché à des stades ultérieurs du processus de contrôle des fusions, car elles sont plus adaptées à cet effet (par exemple pour déterminer la quantité d'informations que les parties doivent fournir dans leurs notifications et aider à évaluer, à terme, la légalité de l'opération)³¹.

52. Parmi les pays membres de l'OCDE dotés de systèmes de notification obligatoire – énumérés dans le tableau 5 –, les parts de marché ne sont jamais les seuls critères de notification. Il arrive que les seuils de contrôle des fusions se fondent exclusivement sur les parts de marché³² – mais, en pareils cas, le

pays a aussi d'autres seuils de contrôle des fusions, qui se basent habituellement sur le chiffre d'affaires ou les actifs³³. En outre, certains pays adoptent des seuils composites de contrôle des fusions selon lesquels une notification de la fusion n'est requise que si une certaine part de marché et un chiffre d'affaires ou un montant d'actifs minimum sont atteints de manière cumulative³⁴.

Tableau 5

| Pays | | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de l'opération | Parts de marché | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|----------|---------|--------------------|-------|----------|--------|------------------------|-----------------|------------|-----------------------|-------|
| | | mondial | local | mondiaux | locaux | | | | | |
| Israël | Seuil B | - | - | - | - | - | X | - | - | - |
| | Seuil C | - | - | - | - | - | X | - | - | - |
| Portugal | Seuil B | - | - | - | - | - | X | - | - | - |
| | Seuil C | - | X | - | - | - | X | - | - | - |
| Espagne | Seuil B | - | - | - | - | - | X | - | - | - |
| | Seuil C | - | - | - | - | - | X | X | - | - |

3.4 Montant ou taille de l'opération

53. Un autre critère de notification est le montant ou la taille de l'opération. Ce critère est objectif, facilement quantifiable et disponible pour les parties. Cependant, le montant de l'opération ne convient pas pour déterminer si une opération aura un impact sur une juridiction spécifique.

54. Seuls deux membres de l'OCDE adoptent ce critère dans leurs seuils de contrôle des fusions : le Mexique et les États-Unis. Dans ces deux cas, le montant ou la taille de l'opération n'est pas le seul critère qui déclenche la notification, mais qui est associé à des critères de notification supplémentaires plus adaptés pour établir le rattachement local. Les deux principaux outils utilisés pour s'assurer du rattachement local en pareils cas sont les règles exigeant que l'opération produise un impact local, et les exemptions qui prennent en compte le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux³⁵.

3.5 Autres critères de notification

55. En plus des critères de notification décrits précédemment, l'étude a identifié un certain nombre de critères annexes permettant d'assurer la notification uniquement des fusions assorties d'un rattachement local suffisant et/ou susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. Ces critères annexes tendent à être très spécifiques à une juridiction et font en sorte non seulement que le nombre de fusions non problématiques notifiées diminue mais aussi que les fusions potentiellement problématiques soient contrôlées par les autorités de la concurrence.

56. Ces critères annexes peuvent être divisés en deux catégories : (i) les exemptions, qui font que des fusions, même quand elles atteignent un seuil de contrôle des fusions, n'ont pas à être notifiées ; et (ii) les critères résiduels, qui exigent que des opérations n'atteignant pas un seuil de contrôle des fusions soient notifiées.

3.5.1 Exemptions

57. Les seuils de contrôle des fusions qui rendent obligatoire la notification d'un grand nombre d'opérations risquent de trop solliciter et de mal orienter les ressources limitées des autorités de la concurrence, tout en imposant des coûts inutiles sur les parties du secteur privé. Selon les Pratiques recommandées du RIC de 2008, les systèmes de notification peuvent bénéficier d'une exemption de notification pour les parties engagées dans des opérations peu susceptibles de soulever des problèmes de concurrence³⁶. Bien qu'il existe de nombreuses catégories d'exemptions – comme celles liées au type

d'opération³⁷ – l'étude du Secrétariat, et l'analyse ci-après, se concentrent sur les exemptions qui sont en rapport avec le rattachement local³⁸.

58. Comme le montre le tableau 6 ci-après, bien que ce type d'exemptions puisse être appliqué à divers critères de notification³⁹, elles sont particulièrement courantes dans les pays qui tiennent à disposer d'une compétence étendue pour contrôler les fusions, ou qui utilisent des critères de notification inappropriés pour déterminer le rattachement local, comme l'ampleur de l'opération et le chiffre d'affaires mondial ou les actifs mondiaux.

59. En Norvège, par exemple, il n'y a pas à proprement parler de seuils pour l'application des règles de contrôle des fusions : en vertu de la Loi norvégienne de la concurrence, toutes les « concentrations » doivent, en principe, être notifiées à l'autorité nationale de la concurrence. Cependant, aux termes de l'article 18 (2), les concentrations entre entreprises dont le chiffre d'affaires local ne dépasse pas certains seuils sont exemptées de cette obligation. Les États-Unis – qui ont un système axé essentiellement sur l'ampleur de l'opération et, en ce qui concerne les opérations d'une certaine ampleur, sur le chiffre d'affaires mondial ou les actifs mondiaux des parties concernées – exemptent d'une notification, entre autres, l'acquisition d'actifs étrangers⁴⁰ et l'acquisition de titres assortis de droit de vote d'un émetteur non américain (*non-US issuer*)⁴¹ qui n'atteint pas certains seuils de chiffre d'affaires local et d'actifs locaux⁴². De même, bien qu'une opération doit être notifiée au Mexique uniquement du fait de son montant, une exemption est prévue pour les opérations dans lesquelles interviennent des sociétés étrangères considérées comme étant non résidentes (aux fins de la fiscalité mexicaine), tant que les sociétés sous-jacentes n'acquièrent pas le contrôle de sociétés mexicaines ou n'accumulent au Mexique pas des titres, des participations ou des certificats de placement en fiducie, ou tout autre actif en plus de ceux détenus, directement ou indirectement, avant l'opération.

Tableau 6

| Pays | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de l'opération | Parts de marché | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|-------------------|--------------------|-------|----------|--------|------------------------|-----------------|------------|-----------------------|-------|
| | mondial | local | mondiaux | locaux | | | | | |
| Allemagne | X | X | - | - | - | - | X | - | X |
| Seuil A | - | - | - | - | X | - | X | X | X |
| Mexique | | | | | | | | | |
| Seuil B | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Seuil C | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Norvège | | | | | | | | | |
| | | - | - | - | - | - | X | X | X |
| Espagne | | | | | | | | | |
| Seuil C | - | - | - | - | - | X | X | - | - |
| Seuil A | X | X | - | - | - | - | X | - | - |
| Suisse | | | | | | | | | |
| Seuil B | - | X | - | - | - | - | X | - | - |
| Seuil C | - | - | - | - | - | - | X | - | X |
| États-Unis | | | | | | | | | |
| Seuil A | - | - | - | - | X | - | X | X | X |
| Seuil B | X | - | X | - | X | - | X | X | X |

60. Une caractéristique des exemptions qui ne peut ressortir du tableau 6 est que, dans la mesure où elles se fondent sur le chiffre d'affaires ou les actifs des parties, comme c'est souvent le cas, il peut être impossible de les distinguer des critères de notification fondés sur les actifs locaux ou le chiffre d'affaires local⁴³. La présente note tente, cependant, de refléter la catégorisation adoptée par les pays sous revue.

3.5.2 Contrôle des fusions non déclenché par les principaux critères de notification (compétence résiduelle)

61. Comme il a été souligné précédemment, des seuils de notification clairs et objectifs ne permettent pas toujours de déterminer si une opération risque de s'avérer problématique. La principale conséquence

est que la grande majorité des opérations notifiées ne soulève pas de problèmes de concurrence, tandis que certaines opérations qui au contraire peuvent en engendrer ne sont soumises à aucune obligation de notification⁴⁴.

62. Les pays où la notification est obligatoire ont différentes manières d'aborder ce problème. La plupart des régimes de notification obligatoire acceptent que l'incapacité à prévoir certaines fusions potentiellement anticoncurrentielles soit inhérente au système. Ils semblent avoir pour logique sous-jacente que, si une opération est inférieure aux seuils de contrôle des fusions, il ait peu probable qu'elle ait un impact préjudiciable significatif sur le marché ; et que le coût associé à l'adoption de mécanismes censés prévenir des opérations anticoncurrentielles dans de telles circonstances dépasse les avantages liés à la prévention de ces opérations.

63. Néanmoins, un certain nombre de pays ont adopté des mécanismes qui leur permettent de contrôler les fusions potentiellement problématiques n'atteignant pas les principaux seuils de contrôle des fusions.

64. Le principal mécanisme identifié consiste à accorder aux autorités de la concurrence le pouvoir d'analyser certaines fusions en dessous des seuils de contrôle des fusions (que nous désignerons ci-après par le terme de compétence résiduelle)⁴⁵. En règle générale, le délai de contrôle en cas de compétence résiduelle est limité, généralement à un an maximum – les États-Unis sont le seul pays dans lequel les autorités de la concurrence disposent d'un délai illimité pour examiner une fusion concrétisée dont la notification n'était pas obligatoire. Le tableau 7 ci-après identifie les pays membres de l'OCDE dans lesquelles peuvent s'exercer une compétence résiduelle.

Tableau 7

| Pays | | Chiffre d'affaires | | Actifs | | Montant de | Parts de | Exemptions | Compétence résiduelle | Autre |
|-------------------|---------|--------------------|-------|----------|--------|-------------|----------|------------|-----------------------|-------|
| | | mondial | local | mondiaux | locaux | l'opération | marché | | | |
| Canada | | - | X | - | X | - | - | - | X | X |
| Islande | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| Irlande | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| Japon | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| Corée | | X | X | X | X | - | - | - | X | - |
| Mexique | Seuil A | - | - | - | - | X | - | X | X | X |
| | Seuil B | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| | Seuil C | - | X | - | X | - | - | X | X | - |
| Norvège | | | - | - | - | - | - | X | X | X |
| Suède | | - | X | - | - | - | - | - | X | - |
| États-Unis | Seuil A | - | - | - | - | X | - | X | X | X |
| | Seuil B | X | - | X | - | X | - | X | X | X |

65. Le Secrétariat a identifié un autre mécanisme semblable, qui permet d'inclure des critères de notification liés à la possibilité de voir survenir des problèmes de concurrence. Le seul exemple de pays membre de l'OCDE recourant à un tel mécanisme est la Suisse, où une notification est requise s'il a été auparavant considéré qu'un des participants occupait une position dominante⁴⁶.

3.6 Systèmes régionaux

66. Les systèmes de contrôle de fusions nationaux peuvent faire partie de systèmes de contrôle de fusions plus vastes, supranationaux. Dans des pays qui font partie d'un système régional, comme l'UE, il peut être nécessaire d'ajuster les règles de compétence nationales et supranationales pour assurer que la fusion est contrôlée par l'organisme le mieux placé pour évaluer l'impact de la concentration sur le marché.

Ces systèmes nécessitent une coordination pour l'application de multiples seuils de contrôle des fusions et peuvent exiger l'adoption de mécanismes de coopération supplémentaires qui ne sont pas abordés dans la note du Secrétariat.

67. L'exemple le plus connu de système de contrôle de fusions supranational est celui de l'UE, qui est décrit dans l'encadré 4⁴⁷.

Encadré 4. Le système à compétences multiples de l'UE

En 1989, l'Union européenne a introduit le Règlement sur les concentrations (à présent le Règlement (CE) n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [ou « règlement CE sur les concentrations »]), qui énonce que la Commission européenne a la compétence exclusive pour les concentrations de dimension européenne – une caractéristique essentiellement déterminée par deux ensembles alternatifs de seuils de chiffre d'affaires. Les fusions qui n'atteignent pas ces seuils de chiffre d'affaires peuvent être contrôlées (le cas échéant) par les autorités de la concurrence des États membres de l'UE, selon les seuils nationaux de contrôle des fusions. Une conséquence paradoxale de ce système est que les opérations auxquelles participent de grandes entités peuvent bénéficier d'une seule notification de fusion, tandis que des entités économiques plus petites sont parfois contraintes de soumettre, pour une opération, un dossier dans plusieurs juridictions.

Pour atténuer les désavantages susceptibles de résulter d'une attribution trop rigide des compétences entre les deux niveaux de réglementation existants – européen et national –, plusieurs mécanismes correctifs ont été intégrés au système. Depuis 2004, les sociétés ont le choix de demander le renvoi d'une affaire de fusion devant la Commission européenne, avant sa notification aux autorités nationales de la concurrence compétentes (« renvois ascendants »). À l'inverse, les sociétés sont autorisées à demander qu'une affaire relevant de la compétence de la Commission européenne soit plutôt examinée par une ou plusieurs autorités nationales de la concurrence (« renvois descendants »). Une fois que la ou les notifications ont été faites, les autorités de la concurrence peuvent elles-mêmes effectuer un renvoi ascendant ou descendant de l'affaire. Les conditions dans lesquelles ces divers renvois peuvent être réalisés sont précisées dans le Règlement de l'UE sur les fusions et leur fonctionnement dans la pratique est expliqué plus en détail dans un avis publié par la Commission européenne.

Ces dernières années, la plupart des pays de l'UE ont adopté des régimes de contrôle des fusions. Ces régimes ont convergé vers le « modèle » de l'UE, mais présentent encore des différences. La Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence ont donc pris un certain nombre d'initiatives visant à améliorer leur coordination concernant des aspects généraux tels que les « bonnes pratiques », et en rapport avec le traitement des diverses affaires de fusions. Cependant, et comme le montrent les affaires Akzo Nobel / Metlac et Eurotunnel / MyFerryLink, le risque persiste que différentes autorités de la concurrence parviennent à des conclusions opposées à propos d'une fusion. En outre, et comme l'a clairement illustré le litige Aer Lingus / Ryanair, des incertitudes quant à la compétence ou non de l'UE ou des États membres en matière de contrôle des fusions peuvent encore engendrer des litiges majeurs, une incertitude juridique et des retards.

4. Tendances et évolutions depuis 2005

4.1 Situation actuelle

68. Les Recommandations et les Pratiques recommandées du RIC de 2002 et de 2008 (désignées collectivement sous le terme « Recommandations sur les meilleures pratiques internationales ») proposent des principes directeurs pour instaurer un système optimal de contrôle des fusions. Ce faisant, elles accordent aux pays une grande latitude pour décider des moyens qui leur conviennent le mieux pour mettre en place ces systèmes.

69. La note du Secrétariat conclut que la plupart des pays membres de l'OCDE se conforment aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales en matière de rattachement local. Par exemple, l'exigence d'opter pour des seuils de notification clairs et objectifs – comme les données sur les ventes et/ou les actifs des parties ou l'ampleur d'une opération – est largement adoptée. Sur les 29 juridictions membres de l'OCDE dotés de systèmes de notification obligatoire, 75 % appliquent des seuils

de notification fondés exclusivement sur les actifs ou le chiffre d'affaires⁴⁸, tandis que 7 % s'appuient sur l'ampleur ou le montant de l'opération⁴⁹. Sur les 16 juridictions non membres de l'OCDE examinés qui ont des systèmes de notification obligatoire (le Pérou, qui est un Participant du Comité de la concurrence, n'a pas de système général de contrôle des fusions *ex ante*), les deux tiers adoptent des seuils de notification fondés exclusivement sur les actifs ou le chiffre d'affaires⁵⁰. De même, en ce qui concerne l'exigence de l'établissement du rattachement local en fonction des activités dans la juridiction procédant au contrôle – à l'aune des activités locales d'au moins deux parties à l'opération et/ou des activités locales de l'entreprise acquise –, 79 % des 33 pays membres de l'OCDE dotés de systèmes de contrôle des fusions (le Luxembourg n'a pas de système de contrôle des fusions), et près de la moitié des 16 pays non membres de l'OCDE examinés, ont des critères de rattachement local qui sont conformes aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales⁵¹.

70. Quelques pays ont des seuils de notification fondés sur les parts de marché⁵². En outre, Bien que toutes les juridictions membres de l'OCDE et non membres de l'OCDE exigent l'établissement d'une forme quelconque de rattachement local, un certain nombre d'entre elles adopte des critères de notification qui ne suivent pas les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales. En plus de certains cas ponctuels observés dans les pays non membres de l'OCDE⁵³, les juridictions qui utilisent l'ampleur de l'opération comme seuil de notification, ou adoptent des régimes de notification volontaire, s'appuient souvent sur des critères de rattachement local en rapport avec l'impact de l'opération – ce qui ne suit pas les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales⁵⁴.

71. Ces conclusions sont illustrées ci-après, concernant les pays membres de l'OCDE.

Figure 1. Seuils de notification dans les pays membres de l'OCDE

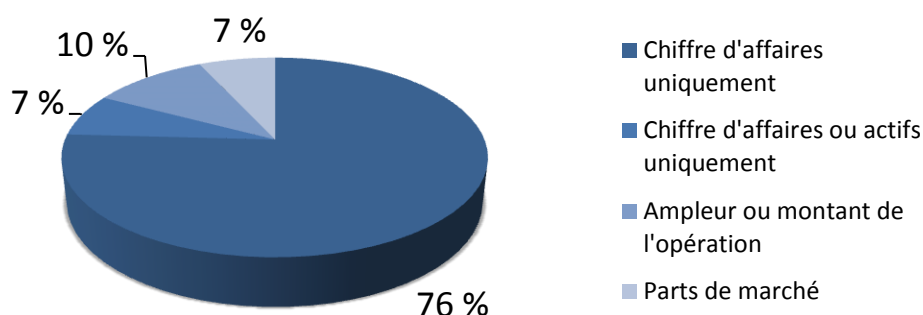
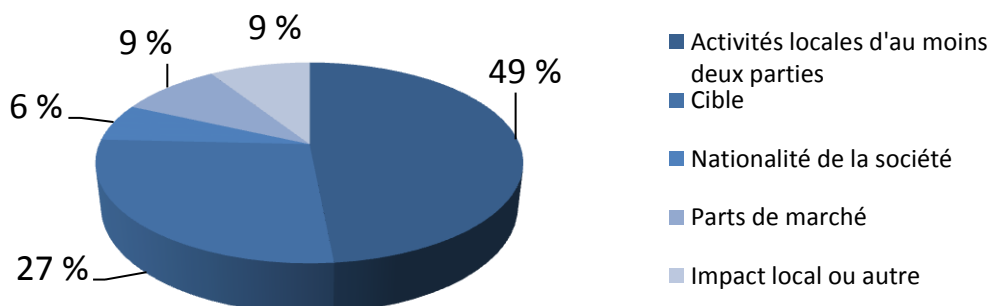


Figure 2. Rattachement local dans les pays membres de l'OCDE



72. Le tableau 8 ci-après précise, pour chaque pays membre de l'OCDE, si le pays se conforme aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales à propos des seuils de notification objectifs, transparents et quantifiables, et à propos du rattachement local.

Tableau 8 – Conformité avec les recommandations de l'OCDE et du RIC – pays membres de l'OCDE

| Pays | Obligatoire | Seuils objectifs et quantifiables | Rattachement local |
|--------------------|-------------|-----------------------------------|--------------------|
| Australie | non | s.o. | oui |
| Autriche | oui | oui | oui |
| Belgique | oui | oui | oui |
| Canada | oui | oui | oui |
| Chili | non | s.o. | oui |
| République tchèque | oui | oui | oui |
| Danemark | oui | oui | oui |
| Estonie | oui | oui | oui |
| Finlande | oui | oui | oui |
| France | oui | oui | oui |
| Allemagne | oui | oui | oui |
| Grèce | oui | oui | oui |
| Hongrie | oui | oui | oui |
| Islande | oui | oui | oui |
| Irlande | oui | oui | oui |
| Israël | oui | non | oui |
| Italie | oui | oui | oui |
| Japon | oui | oui | oui |
| Corée | oui | oui | oui |
| Luxembourg | non | s.o. | s.o. |
| Mexique | oui | oui | oui |
| Pays-Bas | oui | oui | oui |
| Nouvelle-Zélande | non | s.o. | oui |
| Norvège | oui | oui | oui |
| Pologne | oui | oui | oui |
| Portugal | oui | non | oui |
| Slovaquie | oui | oui | oui |
| Slovénie | oui | oui | oui |
| Espagne | oui | non | oui |
| Suède | oui | oui | oui |
| Suisse | oui | oui | oui |
| Turquie | oui | oui | oui |
| Royaume-Uni | non | oui | oui |
| États-Unis | oui | oui | oui |

73. Les pays dont il s'est avéré qu'ils ne se conformaient pas aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales à propos des seuils objectifs et facilement quantifiables sont ceux qui utilisent les parts de marché comme l'un de leurs critères de notification.

4.2 *Étude des changements depuis 2005*

74. La note du Secrétariat constate une tendance à se conformer de plus en plus aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales, tant au sein des pays membres de l'OCDE que parmi les pays non membres. Tous les pays membres de l'OCDE qui ont des régimes de contrôle des fusions ont modifié leurs critères de notifications depuis 2005, à l'exception des États-Unis et de la Suisse. Aux États-Unis, la Federal Trade Commission met à jour les seuils de notification du pays chaque année. La Suisse a proposé d'apporter des modifications à son droit de la concurrence qui ont été rejetées par le

Parlement en 2014. Dans l'annexe II figure la liste des pays qui ont modifié leurs règles de concurrence et leurs seuils de contrôle des fusions.

75. Parmi les pays membres de l'OCDE qui ont modifié leurs règles de concurrence, et sans prendre en compte les modifications des seuils de notification dans les pays qui s'étaient déjà conformés aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales, les modifications des règles sur les notifications de fusion en Grèce, en Irlande, en Italie, au Mexique, en Pologne, en Slovaquie, en Slovaquie et en Turquie ont engendré des systèmes plus conformes aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales. En outre, le Chili introduit actuellement des modifications pour passer d'un régime de notification des fusions volontaire à un régime obligatoire, suite à une évaluation de l'OCDE de son système de contrôle des fusions⁵⁵.

76. Hors OCDE, seule la République populaire de Chine et la Lettonie n'ont pas mis à jour leurs règles de concurrence depuis 2005. Parmi les pays qui l'ont fait, les réformes au Brésil, en Colombie, au Costa Rica, en Inde, en Indonésie, dans la Fédération de Russie, en Roumanie et en Ukraine ont permis de mieux conformer les systèmes de contrôle des fusions au cadre défini dans les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales.

77. Ces réformes sont résumées succinctement dans l'encadré 5 ci-après.

Encadré 5. Réforme des seuils de notification dans divers pays

Un certain nombre des pays examinés ont modifié leurs règles de notification des fusions et se sont par là-même mieux alignés sur la Recommandation de 2005. Voici quelques exemples parmi les membres de l'OCDE :

Grèce – En 2011 a été supprimée une obligation de notification de fusions *ex post* concernant des opérations non soumises à un contrôle mais ayant pour résultat une concentration de plus de 10 % sur un marché de produits donné en Grèce, ou lorsque le chiffre d'affaires national cumulé des parties concernées était supérieur à 15 millions EUR.

Irlande – Auparavant, une fusion était soumise à une obligation de notification si au moins deux des entreprises participant à l'opération avait un chiffre d'affaires mondial supérieur ou égal à 40 million EUR. Les seuils de contrôle des fusions ont été modifiés en 2014, en introduisant l'exigence que le chiffre d'affaires local d'au moins deux des parties atteigne au moins 3 millions EUR.

Italie – En 2012, le pays a fait de ses deux seuils de contrôle des fusions – l'un fondé sur le chiffre d'affaires local cumulé et combiné des parties, l'autre sur le chiffre d'affaires local de la cible – un seul seuil cumulatif.

Mexique – Une réforme en 2014 a laissé inchangés les seuils de contrôle des fusions. En revanche, ces seuils prennent à présent en compte les ventes annuelles générées au Mexique ou les actifs sur le territoire mexicain (au lieu des ventes mondiales ou des actifs mondiaux) et ne sont pas applicables aux opérations réalisées purement entre entreprises étrangères.

Pologne – En 2015, les seuils de contrôle des fusions ont été modifiés pour qu'une notification ne soit requise que lorsque, en plus des seuils de notification déjà en place, le chiffre d'affaires de la cible, d'une partie à la fusion ou d'un fondateur d'une coentreprise est supérieur ou égal à 10 millions EUR.

Slovaquie – En 2012, les seuils de contrôle des fusions ont été modifiés de sorte qu'une notification ne soit requise que lorsque, en plus des seuils de notification déjà en place, le chiffre d'affaires de la cible, d'une partie à la fusion ou d'un fondateur d'une coentreprise est supérieur ou égal à 14 millions EUR.

Slovénie – En 2008, les seuils de contrôle des fusions fondés sur les parts de marché ont été remplacés par des seuils fondés sur le chiffre d'affaires local.

Turquie – En 2013 a été mis en application un Communiqué préconisant de prendre en compte, pour les acquisitions, uniquement le chiffre d'affaires distinct de la cible (plutôt que celui de l'une quelconque des parties). En outre, l'existence d'un « marché affecté » n'est plus requise pour déclencher une obligation de notification de fusions.

Les 16 pays non membres de l'OCDE examinés ont introduit, entre autres, les modifications suivantes :

Brésil – En 2012, le pays a réformé son régime de contrôle des fusions. Il a concentré les responsabilités du contrôle des fusions au sein d'une seule autorité, remplacé un système de contrôle des fusions *ex post* en un système *ex ante*, éliminé les seuils de notification fondés sur les parts de marché et introduit un second seuil de chiffre d'affaires local.

Bulgarie – En 2008, le pays a modifié son système de contrôle des fusions afin qu'en plus d'un seuil fondé sur le chiffre d'affaires local cumulé et combiné des parties, un seuil de chiffre d'affaires local doit aussi être atteint, soit par au moins deux parties différentes, soit par la cible.

Colombie – En 2009, le pays a adopté une loi instituant un régime de contrôle des fusions *ex ante*. En 2015, une Résolution a introduit une limite territoriale pour le calcul des actifs et des revenus à utiliser pour les seuils de notification, afin que seuls les actifs et les revenus en Colombie soient pris en compte. Dans le cadre des réglementations antérieures, les actifs et les revenus mondiaux servaient à effectuer ce calcul.

Costa Rica – En 2013, le pays est passé d'un système de contrôle des fusions *ex post* à un système *ex ante*.

Inde – En 2007 et en 2011, l'Inde a modifié ses seuils de contrôle des fusions en introduisant des seuils d'actifs locaux ou de chiffre d'affaires local.

Indonésie – En 2010, le pays a mis en place par un règlement gouvernemental son régime de contrôle des fusions. Cette initiative a permis, entre autres, d'établir des seuils de contrôle des fusions fondés sur les actifs locaux ou le chiffre d'affaires local.

Roumanie – En 2015, la législation a été modifiée pour permettre la modification des seuils déclenchant l'obligation de notification, par une décision de l'assemblée plénière du Conseil de la concurrence plutôt que par une modification de la législation, comme il avait été requis préalablement.

Fédération de Russie – En 2012 et en 2014, le contrôle des fusions *ex post* a été supprimé et une exigence de seuil de déclenchement de l'obligation de notification lié au chiffre d'affaires local de la cible a été introduite.

Ukraine – En 2015, le pays a éliminé ses seuils de part de marché et actualisé ses seuils de chiffre d'affaires local.

78. Cela étant, certains pays ont, dans l'intervalle, modifié leurs règles de concurrence en adoptant ou en maintenant des critères différents de ceux préconisés dans les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales. Dans les pays membres de l'OCDE, c'est le cas de l'Espagne, d'Israël et du Portugal, qui ont conservé ou introduit des seuils de contrôle des fusions fondés sur les parts de marché ; et de la Nouvelle-Zélande, qui applique des critères de rattachement local en rapport avec l'impact de l'opération.

79. Hors OCDE, un certain nombre de juridictions ont mieux aligné leur seuil de notification sur les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales, sans s'y conformer totalement. Par exemple, la Fédération de Russie et le Taïpei chinois ont maintenu leurs seuils de notification fondés sur les parts de marché⁵⁶.

80. Il est particulièrement intéressant de tenter de déterminer si les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales sont appropriées pour les systèmes de notification volontaire. D'un côté, les pays qui adoptent un tel système peuvent se conformer aux Recommandations, du moins concernant le rattachement local – c'est le cas du Royaume-Uni. D'un autre côté, même s'ils ne se conforment pas strictement aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales, le système de contrôle des fusions tel qu'il existe en Australie et en Nouvelle-Zélande passe pour fonctionner plutôt bien, sans soulever pour les sociétés ou les autorités de la concurrence le type de problèmes que les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales visaient à résoudre.

5. Conclusions

81. L'étude du Secrétariat a mis en évidence des schémas dans la pratique du contrôle des fusions à des juridictions membres de l'OCDE et de juridictions pays non membres.

82. Il n'est pas rare qu'une juridiction utilise simultanément plusieurs critères de notification – soit en tant que seuils alternatifs de contrôle des fusions, soit pour créer des seuils composites de contrôle des fusions.

83. La plupart des seuils de contrôle des fusions qu'appliquent les juridictions et qui ont été examinés exigent une certaine forme de rattachement local. Quand ce n'est pas le cas – par exemple lorsque les seuils de contrôle des fusions tiennent compte de l'ampleur ou du montant de l'opération, des actifs mondiaux ou du chiffre d'affaires mondial –, des critères supplémentaires de rattachement local sont toujours appliqués. Le plus souvent, le critère supplémentaire est le chiffre d'affaires local, mais il peut aussi s'agir de la nationalité des parties à la fusion et de leurs parts de marché locales. Dans certains cas, le rattachement local est établi par des règles exigeant que l'opération ait un impact local.

84. Les seuils de contrôle des fusions fondés uniquement sur le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux comptent parmi les plus simples à appliquer et sont les plus appropriés pour établir le rattachement local. Les tests fondés sur le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux sont souvent associés à d'autres critères de notification. Les critères supplémentaires les plus courants sont le montant du chiffre d'affaires mondial ou des actifs mondiaux, mais il n'est pas rare que d'autres critères de notification soient aussi utilisés.

85. Un certain nombre de juridictions appliquent des seuils de contrôle des fusions uniquement fondés sur les parts de marché. Cependant, toutes ces juridictions appliquent aussi des seuils alternatifs de contrôle des fusions – généralement fondés sur le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux. En outre, certaines de ces juridictions associent les parts de marché au chiffre d'affaires local ou aux actifs locaux pour créer des seuils composites de contrôle des fusions.

86. Les critères de notification recommandés par l'OCDE et le RIC tendent à être de bons indicateurs de substitution de l'impact potentiel d'une opération sur l'économie, mais non du préjudice potentiel d'une opération pour la concurrence. Les seuils de contrôle des fusions peuvent donc donner lieu à la notification d'un trop grand nombre d'opérations non problématiques sans pour autant permettre de déceler certaines opérations anticoncurrentielles. Pour y remédier, plusieurs pays ont adopté des critères de notification *ad hoc*, fondés sur des indicateurs mettant en évidence les effets anticoncurrentiels locaux potentiels, tandis que d'autres pays ont accordé à leurs autorités de la concurrence le pouvoir de contrôler des opérations même lorsque celles-ci n'atteignent pas les seuils nationaux de contrôle des fusions. Simultanément, certains pays ont exempté les parties de l'obligation de notification pour le contrôle des fusions, même lorsqu'une opération atteint les seuils de contrôle des fusions, dans les situations où il est peu probable que l'opération ait un rattachement local suffisant ou engendre des problèmes de concurrence.

87. Pour résumer, la note du Secrétariat indique que les pratiques internationales sont dans l'ensemble conformes aux recommandations du RIC et de l'OCDE. Depuis 2005 – date d'adoption de la Recommandation – une tendance à s'aligner de plus en plus sur les approches préconisées a pu être constatée.

88. Dans certains cas, l'impossibilité de suivre les meilleures pratiques internationales amène à se demander si les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales sont adaptées pour certains pays. Le problème se pose, par exemple, pour plusieurs pays qui ont adoptés des systèmes de notification volontaire. La plupart de ces systèmes ne se conforment pas aux exigences cumulatives concernant le rattachement local et l'utilisation de critères de notification objectifs et quantifiables, mais rien n'indique que cela crée des difficultés, soit pour les entreprises, soit pour les organismes de réglementation.

89. Dans d'autres cas, la note du Secrétariat signale que la mise en conformité avec les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales peut encore être améliorée. Les seuils de contrôle des fusions qui s'appuient sur des critères de notification sans élément intrinsèque de rattachement local – en particulier, ceux fondés sur l'ampleur ou le montant de l'opération, et sur les actifs mondiaux ou le chiffre d'affaires mondial – doivent se fonder sur des critères supplémentaires de rattachement local. Dans de telles circonstances, certains pays ont recours à des tests sur l'impact local qui sont subjectifs, difficiles à

quantifier et difficilement vérifiables par les parties. Cela va à l'encontre des Recommandations sur les meilleures pratiques internationales et devrait être évité en utilisant des critères de notification comme le chiffre d'affaires local ou les actifs locaux – si nécessaire associés au pouvoir de l'autorité de la concurrence de contrôler des opérations qui n'atteignent pas les seuils pertinents de contrôle des fusions.

90. Certaines juridictions, y compris des membres de l'OCDE, ont décidé de maintenir des seuils de notification fondés sur les parts de marché suite à une réforme de la législation. Bien que des motifs particuliers justifient sans doute un tel choix, il est contraire aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales, ou aux pratiques de la plupart des pays qui, ayant envisagé d'adopter des seuils de notification fondés sur les parts de marché, ont décidé qu'ils n'étaient pas appropriés pour les raisons précisées dans les Recommandations sur les meilleures pratiques internationales.

91. La présente note met en évidence un certain nombre d'aspects supplémentaires que le Groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi pourrait souhaiter examiner. Parmi eux figure la question de savoir pourquoi des pays adoptent certains seuils de contrôle des fusions, ou modifient leur législation dans une certaine direction. En particulier, dans la perspective d'une quelconque amélioration des Recommandations sur les meilleures pratiques internationales existantes, une meilleure connaissance des facteurs (locaux) qui influencent l'évolution des systèmes de contrôle des fusions serait utile.

92. Le rattachement local prend une importance croissante compte tenu de l'évolution des systèmes internationaux de contrôle des fusions. Ces dix dernières années, les pays ont été de plus en plus nombreux à adopter des régimes de droit de la concurrence, y compris, dans bien des cas, des systèmes de contrôle des fusions. Cela se traduit par une augmentation constante des coûts de mise en conformité des multinationales participant à des fusions et par un risque accru de décisions et de mesures correctives contradictoires adoptées par les autorités de la concurrence. De plus en plus d'autorités ont leur mot à dire concernant le résultat des fusions, ce qui exige un renforcement des efforts de coordination. L'application convenable du rattachement local peut éliminer les coûts inutiles pour les sociétés et les autorités de la concurrence, et réduire le risque de décisions divergentes concernant la même fusion ainsi que la nécessité d'une coopération transnationale, tout en augmentant l'efficacité, l'efficience et la cohérence du contrôle mondial des fusions.

NOTES

-
- ¹ Dane Holbrook, « International Merger Control Convergence Resolving Multijurisdictional Review Problems » (2002) 7 *UCLA Journal of International Law and Foreign Policy* 345 ; W. Adam Hunt, « Business Implications of Divergences in Multi-Jurisdictional Merger Review by International Competition Enforcement Agencies » (2007-2008) 28 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 147 ; Jonathan Galloway, « Convergence in International Merger Control » (2009) 5 *Competition Law Review* 179. Parmi ces coûts figurent non seulement les coûts pécuniaires encourus pour respecter l'obligation de notification dans le cadre du contrôle des fusions, mais aussi le temps de travail consacré au contrôle des fusions, l'affectation de ressources de l'entreprise qui ne pourront être utilisées ailleurs et les incertitudes liées à la procédure de contrôle. Pour plus de précisions, voir : « A tax on mergers? Surveying the costs to business of multi-jurisdictional merger review », une étude demandée par l'Association internationale du barreau et l'American Bar Association, réalisée par PricewaterhouseCoopers (juin 2003), disponible sur http://www.pwcglobal.com/uk/eng/about/svcs/vs/pwc_mergers.pdf ; et RIC (2004), Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, disponible sur <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc332.pdf>.
- ² RIC (2004), Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, 10-18.
- ³ OCDE (2013), Rapport du Comité de la concurrence sur les expériences des pays membres de l'OCDE concernant la recommandation de 2005 sur le contrôle des fusions, en particulier le paragraphe 16.
- ⁴ OCDE (2013), Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, disponible sur <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>.
- ⁵ Une autre manière de le formuler est de dire que les seuils de compétence devraient minimiser la somme des coûts résultant des erreurs de type I (les transactions notifiées qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence), des erreurs de type II (les transactions problématiques qui échappent à un contrôle des fusions) et des efforts de contrôle de conformité et de mise en œuvre (qui peuvent augmenter en cas d'utilisation de critères incertains et subjectifs) – voir RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, note 3 à 4 ; OCDE, Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, 13.
- ⁶ RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review ; Paolo Buccirossi, Roberto Cervone et Chiara Riviera, « Optimal Pre-Merger Notification Thresholds: A Contribution to the Italian Debate » (2014), *Italian Antitrust Review* 3 :166.
- ⁷ RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, 5 ; OCDE (2013), Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, 5-6 et 12-14.
- ⁸ Gavin Roberts « Merger Control Procedure and Enforcement: An International Comparison » (2014) 10 *European Competition Journal* 523, 524.
- ⁹ RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration. Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc590.pdf> .
- ¹⁰ Gavin Roberts « Merger Control Procedure and Enforcement: An International Comparison » (2014) 10 *European Competition Journal* 523, 525 ; RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de

notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, 4-5.

11 Paolo Buccrossi, Roberto Cervone et Chiara Riviera, « Optimal Pre-Merger Notification Thresholds: A Contribution to the Italian Debate » (2014), Italian Antitrust Review 3 :166.

12 RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review.

13 À l'aide du Competition Act 2002 (article 18(5) et (6)) Order 2007, qui a remplacé le Competition Act 2002 (article 18(5) et (6)) Order 2007 (S.I. n°622 de 2002).

14 RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, 6.

15 Yavuz Karagok et Samuel Rutz, « Towards Optimal Merger Notification Regimes: Evidence from Switzerland » (2014), Journal of Antitrust Enforcement 2 (2) : 451-483.

16 Par exemple P.A. Pautler, « Evidence on Mergers and Acquisitions » (2003) 48, The Antitrust Bulletin 119 ; Bas Postema, Marie Goppelsroeder et Peter AG van Bergeijk, « Cost and Benefits of Merger Control: An Applied Game Theoretic Perspective » (2006), KYKLOS 59 : 1, 85-98 ; Mats Bergman, Malcolm Coate, Maria Jakobsson et Shawn Ulrick, « Comparing Merger Policies in the European Union and the United States » (2010), Review of Industrial Organization 36 :4, 305-331.

17 Lars Sorgad, « Optimal Merger Policy: Enforcement v Deterrence » (2009), Journal of Industrial Economics 57 (3), 438 ; Paolo Buccrossi, Roberto Cervone et Chiara Riviera, « Optimal Pre-Merger Notification Thresholds: A Contribution to the Italian Debate » (2014), Italian Antitrust Review 3 : 166 ; Lear Competition Note « Optimal Pre-Merger Notification Thresholds: An Economic Approach », janvier 2015 ; Paul Gorecki, « Too Many Unnecessary Merger Notifications in Ireland? » (2011), Journal of Competition Law & Economics (2011) 7 (3) : 651-670.

18 Le Luxembourg n'effectue pas de contrôle des fusions.

19 Les participants sont l'Afrique du Sud, le Brésil, la Bulgarie, la Colombie, le Costa Rica, l'Égypte, la Fédération de Russie, l'Inde, l'Indonésie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, le Pérou, le Taipei chinois et l'Ukraine.

20 OCDE (2013), Rapport du Comité de la concurrence sur les expériences des pays membres de l'OCDE concernant la recommandation de 2005 sur le contrôle des fusions, 16.

21 C'est le cas, par exemple, du Canada.

22 En dehors de l'OCDE, l'Afrique du Sud, le Brésil, la Bulgarie, le Costa Rica, l'Égypte et l'Indonésie ont adopté des seuils de notification qui reposent exclusivement sur le chiffre d'affaires local et/ou les actifs locaux. Le Brésil forme une exception dans la mesure où il prend en compte le chiffre d'affaires du cessionnaire et la situation spécifique de la cible (mais ni ses actifs, ni son chiffre d'affaires) pour déterminer s'il existe un lien suffisant avec le Brésil. Les seuils en Afrique du Sud et en Indonésie se fondent sur des seuils alternatifs pour le chiffre d'affaires et les actifs.

23 Le terme « entreprise en exploitation » est défini comme une entreprise commerciale au Canada à laquelle des employés affectés à son exploitation se rendent ordinairement – cela exige d'habitude soit des actifs, soit des revenus générés au Canada.

24 En Italie, les seuils pertinents sont axés sur le chiffre d'affaires local cumulé de toutes les parties et le chiffre d'affaires local distinct de la cible. Cela étant, dans les cas où une entité étrangère acquiert une cible qui, à elle seule, atteint le seuil de chiffre d'affaires local cumulé (et donc également le chiffre d'affaires local distinct, qui est inférieur), les principes directeurs à propos de l'obligation de notification, publiés par l'autorité, précisent que : « L'autorité n'exige pas la notification d'acquisitions et de fusions réalisées par

l'intégration d'entreprises immatriculées à l'étranger qui ne génèrent pas au moment de l'opération, et n'ont pas généré durant les trois années précédentes, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Italie. Ces opérations doivent, cependant, faire l'objet d'une notification lorsque, après l'opération de concentration, l'entreprise commence à faire des affaires sur le marché italien.» Parallèlement, les principes directeurs précisent qu'il est inutile de notifier les coentreprises et les fusions dans le cadre desquelles au moins une des parties à l'opération est immatriculée à l'étranger, si la partie étrangère ne génère pas de chiffre d'affaires en Italie au moment de l'opération et n'a pas généré de chiffre d'affaires en Italie durant les trois années précédentes.

25 En dehors des pays membres de l'OCDE, les principaux pays qui pratiquaient ce type de tests étaient la Colombie – où les fusions étrangères sont soumises a contrôle des autorités colombiennes uniquement si les entités concernées ont une présence directe ou indirecte sur le marché pertinent local (par exemple, des filiales, des succursales, des distributeurs ou des revendeurs locaux) –, et la Russie – où les opérations entre sociétés étrangères ne rendent un dépôt de dossier obligatoire, même si le seuil des actifs mondiaux est atteints, que si le chiffre d'affaires russe de la cible, lors de l'exercice précédent, a dépassé 1 milliard RUB.

26 Et, en dehors des pays membres de l'OCDE, en Lituanie, où une notification de fusion est requise si le chiffre d'affaires cumulé et combiné des entreprises participant à l'opération de concentration a dépassé 50 millions LTL lors de l'exercice précédent, et si le chiffre d'affaires cumulé de chacune d'au moins deux entreprises concernées a dépassé 5 millions LTL lors de l'exercice précédent. Bien que pour les sociétés nationales, le chiffre d'affaires mondial soit pertinent, pour les entreprises étrangères, le chiffre d'affaires cumulé est calculé comme étant la somme des produits des ventes en Lituanie.

27 En dehors des pays membres de l'OCDE, à Malte, le seuil de contrôle des fusions associe un chiffre d'affaires local minimum à l'exigence qu'au moins 10 % du chiffre d'affaires des entreprises découlent d'activités menées dans la juridiction.

28 RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation I (B).

29 Un cas de figure est l'Indonésie, où les seuils de notification pour les établissements bancaires portent exclusivement sur les actifs locaux.

30 Ou à un ensemble de seuils *de minimis*. Par exemple, en Espagne, une opération qui atteint les seuils de notification est exemptée de notification lorsque le chiffre d'affaires total ou les actifs totaux en Espagne de la société acquise n'a pas dépassé 10 millions EUR lors du dernier exercice comptable et que les entreprises concernées n'ont pas une part de marché distincte ou commune supérieure à 50 % sur chacun des marchés en question.

31 RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration, Recommandation II ; RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, 4-5. En conséquence, bien que les seuils de part de marché ne soient pas recommandés pour des notifications obligatoires, ils peuvent jouer un rôle d'orientation utile dans des systèmes de notification volontaire où il revient aux parties d'autoévaluer et de signaler les opérations qui peuvent poser des problèmes de concurrence.

32 En dehors des pays membres de l'OCDE, cela concerne aussi la Russie – où une fusion doit être notifiée quand une des sociétés participant à l'opération est inscrite au Registre officiel des sociétés avec une part de marché supérieure à 35 % sur le marché de produits pertinent –, le Taipei chinois – où une notification est requise si la part de marché d'une des parties à la fusion dépasse un quart du marché, ou si du fait de la fusion la part de marché d'une des parties à la fusion dépasse un tiers du marché –, et la Lettonie – où une notification est requise si la part de marché combinée des participants à la fusion excède 40 % de tout marché pertinent. Jusqu'en janvier 2016, une fusion était soumise à une approbation en Ukraine si la part de marché distincte ou la part de marché combinée des parties sur le marché concerné ou sur un marché voisin dépassait 35 %.

33 La Colombie utilise les parts de marchés d'une autre manière : même si la notification d'une fusion est requise dès lors que les seuils de revenus ou d'actifs pertinents sont atteints, l'opération est automatiquement autorisée quand la part combinée sur tout marché pertinent ne dépasse pas 20 %.

34 En Espagne, ce seuil de chiffre d'affaires local ou d'actifs locaux est conçu comme une exception. En dehors des pays membres de l'OCDE, une notification n'est requise en Lettonie que si la part de marché combinée des parties est d'au moins 40 % et si au moins deux participants à une fusion ont chacun un chiffre d'affaires supérieur à 2.134 millions EUR en Lettonie.

35 En dehors des pays membres de l'OCDE, les principaux pays pratiquant ce type de tests étaient la Colombie – où les fusions étrangères sont soumises à une contrôle des autorités colombiennes uniquement si les entités concernées ont une présence directe ou indirecte sur le marché pertinent local (par exemple, des filiales, des succursales, des distributeurs ou des revendeurs locaux) –, le Costa Rica – où les sociétés engagées dans la fusion doivent toutes avoir des activités qui ont un impact au Costa Rica – et la Russie – où les opérations entre sociétés étrangères, même si elles atteignent le seuil des actifs mondiaux, ne sont obligatoirement soumises à une dépôt de dossier que si le chiffre d'affaires russe de la cible, lors de l'exercice précédent, dépasse 1 milliard RUB.

36 RIC (2008), Setting Notification Thresholds for Merger Review, 8.

37 Par exemple, au Canada actuellement, les opérations de titrisation d'actifs sont exemptées des exigences de notification ; aux États-Unis, les opérations sont exemptées uniquement à des fins d'investissement, si, à la suite de cette acquisition, les titres détenus ne dépassent pas 10% des titres en circulation avec droit de vote de l'émetteur.

38 Un autre type d'exemption, qui n'est pas non plus traité ici, est celui qui consiste à exempter d'un contrôle même une opération qui doit être notifiée. Par exemple, en Allemagne, les opérations ayant un impact *de minimis* sur des marchés (à savoir, les concentrations qui ont des répercussions exclusivement sur un marché au sein duquel des marchandises ou des services commerciaux ont été proposés pendant au moins cinq ans et correspondaient à un volume de marché inférieur à 15 millions EUR au cours du dernier exercice), sont exemptées d'un contrôle détaillé, mais doivent être notifiées ; en Colombie, quand la part combinée sur l'ensemble marché pertinent ne dépasse pas 20 %, l'opération est autorisée, mais une notification reste obligatoire.

39 En dehors des pays membres de l'OCDE, l'Inde – qui exige qu'au moins certaines parties concernées par la fusion atteignent les seuils de chiffre d'affaires local – a exempté administrativement les acquisitions de participations, de droits de vote, d'actifs ou de contrôle, des exigences de notification quand la cible a : (i) des actifs en Inde ne dépassant pas 2.5 milliards INR (environ 41 millions USD) ou (ii) un chiffre d'affaires en Inde ne dépassant pas 7.5 milliards INR (environ 125 millions USD). Cette exemption n'est disponible que jusqu'au 3 mars 2016. En Lettonie, bien qu'une notification soit requise quand la part de marché combinée des participants à la fusion dépasse 40 % de tout marché pertinent, il existe une exemption pour les opérations de fusion dans lesquelles n'interviennent pas au moins deux participants dont le chiffre d'affaires en Lettonie a dépassé 2.134 millions EUR durant l'exercice précédent. On peut aussi inclure dans ce groupe la Russie – qui adopte des seuils fondés sur le chiffre d'affaires mondial ou les actifs mondiaux. D'un certain point de vue, le système exempté les opérations entre entreprises étrangères sauf si le chiffre d'affaires russe de la cible a dépassé 1 milliard RUB durant l'exercice précédent. D'autre autre point de vue, cependant, on peut considérer qu'une telle approche revient à un système de notification qui exige que les seuils de chiffre d'affaires local et de chiffre d'affaires mondial soient atteints de manière cumulée.

40 Selon les règles énoncées dans la loi Hart-Scott-Rodino (« HSR »), les acquisitions d'actifs étrangers par des sociétés américaines et des sociétés non américaines sont exemptées de cette loi, sauf si les actifs étrangers détenus à l'issue de l'acquisition génèrent des ventes aux États-Unis ou à destination des États-Unis supérieures à 78.2 millions USD durant l'exercice le plus récent de la personne acquise. Même si l'acquisition dépasse ce seuil (tel qu'ajusté annuellement), elle est néanmoins exemptée si : (i) la personne

acquéreuse et la personne acquise sont toutes deux étrangères ; (ii) les ventes cumulées aux États-Unis ou à destination des États-Unis durant l'exercice complet le plus récent et les actifs totaux cumulés aux États-Unis de la personne acquéreuse et de la personne acquise représentent ensemble moins de 171.9 millions USD ; et (iii) les actifs détenus à l'issue de l'opération sont évalués au maximum à 312.6 millions USD.

41 Une telle acquisition est exemptée de la loi HSR sauf si l'émetteur étranger (en conjonction avec toute entité qu'elle contrôle) soit détient des actifs aux États-Unis supérieurs à 78.2 millions USD, soit a réalisé des ventes cumulées aux États-Unis ou à destination des États-Unis qui ont dépassé 78.2 millions USD durant l'exercice le plus récent. Concernant les acquisitions de titres assortis de droits de vote d'un émetteur étranger par une personne morale étrangère, une telle acquisition est exemptée sauf si elle confère à la personne acquéreuse le contrôle de l'émetteur ciblé (autrement dit si à l'issue de l'acquisition la personne acquéreuse possède au moins 50 % des titres assortis de droit de vote de la cible) et si la cible, là encore, soit détient des actifs aux États-Unis évalués à plus de 78.2 millions USD, soit a réalisé des ventes cumulées aux États-Unis ou à destination des États-Unis supérieures à 78.2 millions USD durant l'exercice le plus récent. Même si l'un ou l'autre des seuils de 78.2 millions USD décrits ci-dessus (tels qu'ajustés annuellement) est dépassé, l'opération est néanmoins exempte lorsque les ventes cumulées aux États-Unis ou à destination des États-Unis au cours de l'exercice complet le plus récent et les actifs totaux cumulés aux États-Unis de la personne acquéreuse et de la personne acquise représentent ensemble moins de 171.9 millions USD ; et les titres assortis de droits de vote détenus à l'issue de l'opération sont évalués au maximum à 312.6 millions USD.

42 Cela reflète le point de vue des organismes publics aux États-Unis qui estiment que, même si certaines acquisitions étrangères peuvent avoir un impact négatif sur la concurrence aux États-Unis, une notification *ex ante* ne devrait pas être requise si le lien avec le commerce aux États-Unis est insuffisant.

43 En dehors des pays membres de l'OCDE, l'Inde – qui exige qu'au moins certaines parties concernées par la fusion atteignent les seuils de chiffre d'affaires local – a exempté administrativement les acquisitions de participations, de droits de vote, d'actifs ou de contrôle, des exigences de notification quand la cible a : (i) des actifs en Inde ne dépassant pas 2.5 milliards INR (environ 41 millions USD) ou (ii) un chiffre d'affaires en Inde ne dépassant pas 7.5 milliards INR (environ 125 millions USD).

44 D'après les statistiques, plus de 95 % des fusions notifiées en Europe et aux États-Unis sont approuvées durant la phase initiale. Voir Clow et Shekar (2009), « Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence », MPRA Paper n°13450 ; Paul Gorecki, « Too Many Unnecessary Merger Notifications in Ireland? » (2011), *Journal of Competition Law & Economics* (2011) 7 (3) : 651-670.

45 OCDE (2014), « Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration ». En dehors des pays membres de l'OCDE, les pays qui ont le pouvoir de contrôler les fusions en dessous des seuils sont, entre autres, l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Indonésie et la Lituanie.

46 En dehors des pays membres de l'OCDE, en Afrique du Sud, les sociétés soumises à des enquêtes menées par les autorités de la concurrence doivent toujours déposer un dossier pour faire l'objet d'un contrôle des fusions.

47 Voir Competition Appeals Tribunal, affaire Akzo Nobel contre la Competition Commission [2014] EWCA Civ 482, et les affaires regroupées Groupe Eurotunnel S.A. contre la Competition Commission et la Société Coopérative de Production Sea France S.A. contre la Competition Commission, [2013] CAT 30. Pour plus de précisions sur l'affaire Ryan Air / Aer Lingus mentionnée ci-après, voir Pedro Caro de Sousa, « Minority Shareholdings and the Competing Merger Control Jurisdictions of the EU and National Competition Authorities: The Ryan Air / Aer Lingus Case » (2013), *Competition Policy International*, disponible sur : <https://www.competitionpolicyinternational.com/minority-shareholdings-and-the-competing-merger-control-jurisdictions-of-the-eu-and-national-competition-authorities-the-ryan-air-aer-lingus-case>.

- 48 Les pays membres de l'OCDE suivants adoptent des seuils de notification fondés exclusivement sur les actifs ou le chiffre d'affaires : Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Corée, Danemark, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suède et Turquie. Les seuils de la Suisse se fondent aussi sur le chiffre d'affaires, sauf pour l'obligation de notification de fusions concernant les sociétés dont il a été considéré auparavant qu'elles occupaient une position dominante, même si elles n'atteignent pas les seuils de notification.
- 49 Les pays membres de l'OCDE suivant adoptent des seuils de notification fondés sur l'ampleur ou le montant de l'opération : les États-Unis, le Mexique. Ces seuils de notification peuvent être associés à un seuil basé sur le montant du chiffre d'affaires ou des actifs.
- 50 Brésil, Bulgarie, Chine, Costa Rica, Inde, Indonésie, Lituanie, Malte et Roumanie. L'Afrique du Sud fait aussi partie de ce groupe mais, comme la Suisse, elle a un seuil supplémentaire selon lequel les sociétés faisant l'objet d'une enquête menée par les autorités de la concurrence doivent notifier les fusions même si elles n'atteignent pas les seuils de notification.
- 51 Les pays membres de l'OCDE concernés sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la Corée, le Danemark, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays non membres de l'OCDE concernés sont la Bulgarie, la Chine, l'Inde, l'Indonésie, la Lituanie, Malte et la Roumanie.
- 52 Parmi les pays membres de l'OCDE, il s'agit d'Israël, du Portugal et de l'Espagne. En dehors des pays membres de l'OCDE, il s'agit de la Lettonie, de la Russie, du Taipei chinois et de l'Ukraine.
- 53 Parmi les exemples figurent le Brésil – qui peut exiger des notifications de fusions uniquement en fonction des activités locales de l'acquéreur, ce qui est contraire à la recommandation de ne pas établir le rattachement local sans se référer aux activités locales de la cible, même si le Brésil applique alors un critère de rattachement local qui nécessite de déterminer si la cible possède des actifs, réalise des ventes ou détient une filiale au Brésil, ou si la cible prospecte sur le marché brésilien et a de véritables projets pour s'y introduire –, la Colombie – qui soumet les fusions purement étrangères à un contrôle des fusions si les entités participantes ont une présence directe ou indirecte (par exemple des filiales, des succursales, des distributeurs ou des revendeurs locaux) sur un marché pertinent local ou dans la même chaîne d'approvisionnement –, et le Costa Rica – dont les seuils de notification se fondent uniquement sur le chiffre d'affaires et les actifs cumulés, mais qui exige alors que les deux sociétés, y compris la cible, soient actives au Costa Rica.
- 54 Parmi les pays qui adoptent un système de notification volontaire, seul le Royaume-Uni semble l'éviter en adoptant des seuils fondés sur le chiffre d'affaires local et la part de l'offre locale pour définir les limites de la compétence des autorités en matière de contrôle des fusions. Concernant les systèmes de notification obligatoire, les États-Unis ont mis au point un système d'exemptions administratives fondé sur le chiffre d'affaires local et les actifs locaux qui, dans la pratique, est l'équivalent des systèmes de seuils de chiffre d'affaires local et d'actifs locaux associés au pouvoir de contrôler les fusions en dessous de ces seuils *ex officio*.
- 55 OCDE (2014), Assessment of Merger Control in Chile.
- 56 Le Brésil peut aussi être potentiellement inclus dans ce groupe. Les nouveaux seuils ne se conforment pas aux Recommandations sur les meilleures pratiques internationales car ils tiennent compte du chiffre d'affaires de l'ensemble des membres du groupe de sociétés du cessionnaire, alors que ces Recommandations préconisent que les seuils doivent se concentrer sur les ventes de la cible ou des cibles faisant l'objet de l'acquisition, et non sur les ventes des entités qui ne sont pas transférées à l'acquéreur.

RÉFÉRENCES

- Bergman M., Coate M., Jakobsson M. et Ulrick S., « Comparing Merger Policies in the European Union and the United States » (2010), *Review of Industrial Organization* 36 : 4, 305
- Buccirossi P., Cervone R. et Riviera C., « Optimal Pre-Merger Notification Seuil: A Contribution to the Italian Debate » (2014), *Italian Antitrust Review* 3 : 166
- Cloe C. et Shekar C., « Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence » (2009), MPRA Paper n°13450
- UE (2004), Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
- Galloway J., « Convergence in International Merger Control » (2009) 5 *Competition Law Review*, 179
- Gorecki P., « Too Many Unnecessary Merger Notifications in Ireland? », *Journal of Competition Law & Economics* (2011) 7 (3) : 651-670
- Holbrook D., « International Merger Control Convergence Resolving Multijurisdictional Review Problems » (2002) 7 *UCLA Journal of International Law and Foreign Policy*, 345
- Hunt W. A., « Business Implications of Divergences in Multi-Jurisdictional Merger Review by International Competition Enforcement Agencies » (2007-2008) 28 *New Journal of International Law and Business*, 147
- RIC (2002), Pratiques recommandées pour les procédures de notification des opérations de concentration
- RIC (2004), Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review
- RIC (2008), Setting Notification Seuil for Merger Review
- Karagok Y. et Rutz S., « Towards Optimal Merger Notification Regimes: Evidence from Switzerland » (2014) *Journal of Antitrust Enforcement* 2 (2): 451-483
- Lear Competition Note « Optimal Pre-Merger Notification Seuil: An Economic Approach », janvier 2015
- OCDE (2005), Recommandation sur le contrôle des fusions C(2005)34
- OCDE (2013a), Rapport du Comité de la concurrence sur les expériences des pays membres de l'OCDE concernant la Recommandation de 2005 sur le contrôle des fusions
- OCDE (2013b), Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review DAF/COMP(2013)25

OCDE (2014), Assessment of Merger Control in Chile

Pautler P.A., « Evidence on Mergers and Acquisitions » (2003) 48 The Antitrust Bulletin 119

Postema B., Goppelsroeder M. et Bergeijk P., « Cost and Benefits of Merger Control: An Applied Game Theoretic Perspective » (2006) KYKLOS 59: 1, 85

PricewaterhouseCoopers, « A tax on mergers? Surveying the costs to business of multi-jurisdictional merger review » (2003)

Roberts G., « Merger Control Procedure and Enforcement: An International Comparison » (2014) 10 European Competition Journal 523, 525

Sorgad L., « Optimal Merger Policy: Enforcement v Deterrence » (2009) Journal of Industrial Economics 57 (3), 438

Sousa, P.C., « Minority Shareholdings and the Competing Merger Control Jurisdictions of the EU and National Competition Authorities: The Ryan Air / Aer Lingus Case » (2013), Competition Policy International

Competition Appeals Tribunal du Royaume-Uni, Akzo Nobel contre la Competition Commission [2014] EWCA Civ 482, 1216/4/8/13 Groupe Eurotunnel S.A. contre la Competition Commission, et 1217/4/8/13 La Société Coopérative de Production Sea France S.A. contre la Competition Commission, [2013] CAT 30