

Non classifié

DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN2/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

25-Nov-2016

Français - Or. Anglais

**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

COMPTE RENDU DE LA TABLE RONDE SUR LE LIEN JURIDICTIONNEL DANS LES RÉGIMES DE CONTRÔLE DES FUSIONS

Annexe au compte rendu succinct de la 123e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi.

14-15 juin 2016

Ce document, préparé par le Secrétariat de l'OCDE, est un résumé détaillé des débats qui ont eu lieu au titre du point V de la 123e réunion du Groupe de travail n° 3, tenue les 14 et 15 juin 2016.

D'autres documents en rapport avec ces débats peuvent être consultés à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/jurisdictional-nexus-in-merger-control-regimes.htm>

Pour toute question concernant ce document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou [Tél. : + 33 1 45 24 95 25 – Courriel : despina.pachnou@oecd.org]

JT03406256

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte 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.



DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN2/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

TABLE RONDE SUR LE LIEN JURIDICTIONNEL DANS LES RÉGIMES DE CONTRÔLE DES FUSIONS

Synthèse des débats

1. Introduction

Le **Président** du Groupe de travail n°3, **Frédéric Jenny**, ouvre la table ronde sur le lien juridictionnel dans les régimes de contrôle des fusions en présentant une courte introduction. La table ronde s'appuie sur une note du Secrétariat qui évalue le respect des dispositions relatives au lien juridictionnel contenues dans la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions et dans les pratiques recommandées par le Réseau international de la concurrence (RIC) pour la notification et le contrôle des fusions (*Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*). Il souligne que bien que la Recommandation de l'OCDE et les pratiques recommandées par le RIC soient de plus en plus respectées, quelques pays ont décidé de ne pas s'y conformer et d'établir l'existence d'un lien de rattachement local sur la base d'autres seuils que ceux préconisés. La table ronde doit donc en premier lieu permettre un échange d'expériences au sujet des changements intervenus récemment en matière de contrôle des fusions et des raisons qui ont motivé ces changements.

Le Président relève ensuite qu'il existe des différences entre les seuils définis par les pays qui respectent la Recommandation. Tous ces pays n'emploient pas la même méthode pour les définir et n'arbitrent pas de la même manière entre la nécessité d'éviter un contrôle superflu et celle de repérer les opérations posant des problèmes, si bien que les systèmes sont très différents les uns des autres. La table ronde doit donc également permettre d'examiner comment les pays définissent les seuils de notification et de contrôle des fusions.

Le Président présente ensuite les intervenants invités : deux juristes employés au sein d'entreprises parties à des transactions faisant souvent l'objet de notifications dans plusieurs juridictions, en l'occurrence Jean-Yves Art, conseiller juridique adjoint chez Microsoft, et Kaarli Harry Eichhorn, conseiller en droit et politique de la concurrence chez General Electric ; Randy Tritell, qui rendra compte des résultats de l'enquête du RIC sur la mise en œuvre des pratiques recommandées pour le contrôle des fusions, et les représentants du Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC) et de la Commission européenne.

Enfin, il propose que la table ronde s'organise comme suit : (i) présentation du contexte ; (ii) point de vue des entreprises ; (iii) examen des changements apportés par les pays aux seuils de notification ; (iv) réflexion sur les modalités de fixation de ces seuils et ; (v) importance de l'opération et rattachement local.

2. Présentation du contexte

Invité par le Président à présenter les principales conclusions qui se dégagent de la note, **Pedro Caro de Sousa**, du Secrétariat, commence par rappeler que les critères de rattachement local sont des *minima* qui exigent que les seuils de notification reposent sur l'activité des parties concernées sur le territoire, mesurée d'après les activités de l'entité acquise ou d'au moins deux des entités impliquées dans l'opération. Il explique que les seuils de notification tiennent compte de divers aspects mais visent à permettre une application optimale des régimes de contrôle des fusions : il s'agit en effet d'en tirer le meilleur parti possible en repérant les fusions problématiques et, dans le même temps, d'en réduire le plus possible les coûts en permettant que les opérations qui ne posent pas de problèmes puissent s'effectuer sans contrôle.

La note du Secrétariat devait évaluer dans quelle mesure les pays respectent la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions. Pour la rédiger, le Secrétariat a examiné la nature des seuils de notification appliqués par les pays membres de l'OCDE et les participants aux travaux du Comité de la concurrence et les a comparés à la Recommandation de l'OCDE et aux pratiques recommandées par le RIC. Plusieurs types de seuils de notification ont été identifiés. Le seuil reposant sur le chiffre d'affaires et celui fondé sur les actifs sont probablement les plus couramment utilisés, mais ceux fondés sur la valeur de la transaction ou sur les parts de marché le sont aussi relativement souvent. Par ailleurs, d'autres critères sont associés d'une manière où d'une autre à ces seuils couramment employés – exemption, application d'un principe de compétence résiduelle (qui permet de contrôler des fusions potentiellement problématiques même lorsque les seuils ne sont pas atteints) ou obligation pour les entreprises en position dominante de notifier les opérations de concentration dans les marchés où elles sont dominantes. Le Secrétariat a également constaté qu'il n'est pas rare que plusieurs seuils soient appliqués – alternatifs ou cumulatifs, voire les deux.

M. Caro de Sousa présente ensuite une synthèse des conclusions de la note, à savoir que la plupart des juridictions se conforment aux recommandations internationales et que cette tendance tend à s'accroître. Les résultats de l'étude soulèvent cependant plusieurs questions : pourquoi les pays revoient-ils aussi souvent les seuils de notification qu'ils appliquent ? Pourquoi certains pays décident-ils, après réflexion, de ne pas respecter les recommandations de l'OCDE et du RIC ? Comment les juridictions fixent-elles leurs seuils de notification ? Qu'entend-on par « importance » ? Faudrait-il actualiser la Recommandation de l'OCDE sur le contrôle des fusions ?

Après avoir remercié M. Caro de Sousa d'avoir jeté les bases du débat, le Président donne la parole à Randy Tritell, qui représente le RIC.

Randy Tritell présente les résultats d'une récente enquête sur la manière dont les membres du RIC appliquent les dispositions des pratiques recommandées relatives aux seuils de notification. Après avoir évoqué le contexte dans lequel ces recommandations ont été élaborées, les efforts déployés par le RIC pour évaluer leur respect et la récente enquête, il explique que le principal enseignement de cette enquête est que les pratiques recommandées ont conduit à des réformes à la fois ambitieuses et positives dans de nombreuses juridictions (52 juridictions ont ainsi utilisé les pratiques recommandées pour décider s'il y avait lieu de réformer leur régime de notification des fusions), mais que les situations de non-conformité aux pratiques demeurent nombreuses.

Lorsque le RIC a été créé, en 2001, l'un des plus grands défis à relever en matière d'application du droit de la concurrence était de parvenir à un contrôle efficace des fusions sans imposer des coûts et contraintes superflus aux parties. Le RIC s'est donc emparé de la question de la notification et du contrôle des fusions impliquant plusieurs juridictions et en a fait l'un de ses premiers projets. Il a commencé par adopter une série de principes directeurs, avant de définir 13 pratiques recommandées, dont certaines portent sur le rattachement local. En 2010-11, il a entrepris un examen systématique de la manière dont

certaines des pratiques étaient appliquées, notamment celles relatives au rattachement local et aux seuils de notification, et a, à cette fin, lancé une enquête – à l’époque, seules 27 des 84 juridictions étudiées respectaient les pratiques à la fois pour ce qui était du rattachement local et des seuils de notification. Dans l’enquête menée en 2016, 91 % des juridictions ont répondu que l’existence d’un lien substantiel entre l’opération et la juridiction était un critère pris en compte dans le seuil de notification, tandis que 7 juridictions ont indiqué que tel n’était pas le cas. Toutefois, beaucoup de juridictions (38 %), dont des membres de l’OCDE, exigent que l’opération soit notifiée même si l’entreprise cible ne réalise pas de chiffre d’affaires et n’a pas d’actifs sur leur territoire.

Il ressort de l’enquête que la quasi-totalité des juridictions qui ont répondu souhaitent que le RIC se mobilise davantage pour promouvoir les pratiques recommandées, soit en contribuant à l’élaboration de réformes nationales, par exemple d’amendements législatifs, soit en proposant une aide technique pour délimiter les domaines dans lesquels des réformes sont nécessaires et définir les moyens qui peuvent être envisagés pour lever les obstacles à l’application des pratiques recommandées. Les juridictions qui ont répondu se sont dites favorables à la mise en œuvre par le RIC d’un suivi du respect des pratiques recommandées et à la formulation de recommandations précises pour l’amélioration des pratiques dans les juridictions. En conséquence, le groupe de travail du RIC sur les fusions envisage de mettre des experts à disposition pour aider les autorités de la concurrence et évaluer la situation des membres sur le plan des réformes, offrir une formation plus ciblée et rédiger des consignes types susceptibles d’accompagner les pratiques recommandées. Le RIC va également examiner si le moment est venu, dix ans après leur adoption, d’actualiser certaines de ses recommandations, ce qui pourrait se prêter à une coopération féconde avec l’OCDE.

Après avoir remercié M. Tritell pour son intervention et souligné qu’il restait du chemin à parcourir pour favoriser une plus grande conformité aux pratiques recommandées par le RIC et à la Recommandation de l’OCDE, le Président relève qu’il pourrait être utile d’examiner si les situations de non-conformité pourraient s’expliquer en partie par des lacunes des recommandations internationales, en particulier au sujet du rattachement local.

3. Le point de vue des entreprises

Le Président donne ensuite la parole à Kaarli Eichhorn, conseiller en droit et politique de la concurrence chez General Electric.

Kaarli Eichhorn relève qu’il existe désormais un consensus mondial sur les principes fondamentaux du droit de la concurrence, tels que définis dans la Recommandation de l’OCDE et les pratiques recommandées par le RIC. Il ajoute que les autorités de la concurrence doivent poursuivre leur mouvement de convergence sur la base de ces bonnes pratiques internationales, notamment en matière de contrôle des fusions.

M. Eichhorn rappelle que les entreprises n’ont pas pour but d’échapper au contrôle des fusions, mais veulent que ce contrôle ne porte que sur les transactions qui ont un lien réel avec la juridiction qui l’effectue. Il fait observer que dans leur grande majorité, les notifications ne sont pas suivies d’intervention parce qu’aucun préjudice à la concurrence n’est constaté – c’est le cas de 90 % des notifications au niveau de l’Union européenne et ce pourcentage pourrait être représentatif de la situation à l’échelle mondiale. Les transactions donnant lieu à l’application de mesures correctives sont très peu nombreuses, et celles qui sont frappées d’interdiction sont plus rares encore. Dès lors, même si d’autres éléments peuvent être utiles à l’évaluation de l’efficacité d’un régime de contrôle des fusions, le critère du rattachement est crucial, l’idée étant qu’en l’absence de lien avec la juridiction locale, il ne doit pas y avoir de contrôle.

Il y a quelques années, le RIC a identifié quatre types de coûts imposés aux entreprises par le contrôle des fusions. Trois d'entre eux sont liés, non pas à la notification (au processus d'autorisation de la fusion à proprement parler), mais à la question du lien juridictionnel. Ces coûts sont les suivants : déterminer si une obligation de notification s'applique ; la notification d'opérations sans lien réel avec la juridiction locale et le fait que la procédure de contrôle retarde la transaction. Ces coûts existent, même lorsque les procédures de contrôle sont légères.

Du point de vue des autorités de la concurrence, le contrôle d'opérations qui n'ont pas de lien réel avec leur juridiction constitue une mauvaise affectation de leurs ressources. Dans le même temps, ce contrôle entrave l'activité des entreprises, l'investissement, les échanges et l'emploi. Il y a dix ans encore, les juridictions dotées d'un régime de contrôle des fusions étaient relativement peu nombreuses, mais la situation a radicalement changé, ces régimes étant aujourd'hui en place dans environ 120 juridictions. Les entreprises doivent donc notifier leurs opérations à un nombre beaucoup plus élevé d'autorités de la concurrence que par le passé. Ainsi, d'après les données de General Electric, alors que dans les années 90 un petit nombre seulement des opérations auxquelles le groupe était partie était soumis à une procédure d'autorisation dans au moins cinq juridictions, ce nombre a augmenté de 900 % dans les années 2000 et poursuit sa progression. M. Eichhorn cite l'exemple d'une transaction récente qui a nécessité de nombreuses demandes d'autorisation avant et après l'opération, près d'une trentaine d'autorisations préalables ayant été nécessaires. Il est ensuite apparu que plus de la moitié des juridictions concernées appliquaient des seuils non conformes aux meilleures pratiques internationales pour ce qui est du critère du rattachement local.

M. Eichhorn conclut en soulignant que les travaux conduits par l'OCDE et le RIC ont permis des réformes et améliorations importantes, mais qu'il reste du chemin à parcourir. Alors que plus de 90 % des autorités qui ont répondu au questionnaire du RIC indiquent appliquer des règles conformes aux bonnes pratiques internationales, près de 40 % ont reconnu que les activités de l'acquéreur pouvaient constituer un critère suffisant pour déclencher une obligation de notification, près de 30 % ont indiqué que les activités prises en compte pour établir l'existence d'un lien juridictionnel étaient celles du vendeur (et non de la cible) et 30 % continuent de se fonder sur la part de marché. Il est donc important, pour que le contrôle des fusions serve le plus efficacement possible les intérêts de la concurrence, que tous les seuils permettent d'établir un lien de rattachement local fort, soient clairs et objectifs, faciles à utiliser et à respecter.

Le Président remercie M. Eichhorn pour sa présentation et souligne que les autorités chargées de la réglementation doivent trancher la question de savoir s'il est préférable de contrôler davantage de fusions afin de réduire le plus possible le risque d'erreurs ou s'il vaut mieux accepter que certaines transactions potentiellement problématiques échappent au contrôle. Il a également été souligné que le principe de la compétence résiduelle fonctionnait bien dans certains États membres.

4. Changements apportés aux critères de notification

Le Président invite les délégués des pays à présenter les réformes récemment engagées dans leur pays et les changements apportés aux critères de notification.

La délégation de l'**Italie** explique que les seuils de contrôle des fusions ont été modifiés en 2013. Dans l'ancien système, il existait deux seuils : le premier était le chiffre d'affaires cumulé de toutes les entreprises impliquées dans l'opération et le second celui de l'entreprise cible. Auparavant, ces seuils étaient alternatifs, si bien que le seul fait que l'un d'eux soit atteint déclenchait une obligation de notification. En conséquence, de nombreuses opérations n'ayant pas d'effets sensibles sur la concurrence étaient notifiées. Le changement introduit en 2013 a consisté à rendre ces deux seuils cumulatifs et non plus alternatifs, sans modifier leur niveau. Le nombre de fusions notifiées a alors nettement diminué.

L'Italie examine actuellement s'il serait judicieux de modifier le niveau des seuils, parce qu'elle est l'une des juridictions européennes où ils sont le plus élevé.

Le président demande si, en plus d'abaisser les seuils, l'autorité a envisagé d'adopter le principe de la compétence résiduelle pour pouvoir contrôler les fusions problématiques lorsque les seuils en vigueur ne sont pas atteints. L'Italie répond par la négative.

La délégation du **Japon** explique ensuite que les seuils de notification varient selon le type d'alliance, mais qu'en général, pratiquement toutes les formes de concentration doivent être notifiées dès lors que le chiffre d'affaires local de l'acquéreur est supérieur à 20 milliards JPY et le chiffre d'affaires total réalisé dans le pays par l'entreprise acquise supérieur à 5 milliards JPY. Depuis 2009, le Japon retient le chiffre d'affaires réalisé dans le pays plutôt que les actifs afin que les entreprises réalisant une part substantielle de leur chiffre d'affaires au Japon soient contraintes de notifier, qu'elles y possèdent ou non des actifs.

La délégation de la **Corée** explique ensuite pourquoi la Corée a modifié ses seuils de notification. Les seuils de notification étaient fixés dans le règlement intérieur de l'autorité de la concurrence (KFTC), un document que les entreprises connaissaient mal, si bien qu'il arrivait que des entreprises étrangères ne notifient pas alors qu'elles auraient dû le faire, et que d'autres notifient alors qu'elles n'y étaient pas tenues. Il s'ensuivait à la fois un gaspillage des ressources de l'autorité et un risque que des opérations posant des problèmes échappent à tout contrôle. Les seuils ont donc été définis par la loi, ce qui s'est traduit par une diminution du nombre d'opérations notifiées alors qu'elles n'avaient pas de lien avec la Corée. Le seuil actuel, à savoir le montant du chiffre d'affaires local, semble bien fonctionner.

La délégation du **Brésil** décrit ensuite la réforme du contrôle des fusions adoptée dans son pays en 2012. Depuis cette réforme, la part de marché des parties n'est plus un critère de notification, et les seuils de notification reposent sur le volume d'activité, le chiffre d'affaires total et les effets de la fusion sur le territoire national. Ces critères sont conformes à la Recommandation de l'OCDE. Au Brésil, l'autorité de la concurrence peut contrôler les opérations de fusion qui ne sont pas soumises à une obligation de notification.

La délégation de la **Suède** explique ensuite qu'en 2008, la Suède a relevé sensiblement ses seuils de notification et a parallèlement introduit une disposition invitant les entreprises à notifier volontairement les opérations n'atteignant pas les seuils de notification obligatoire mais excédant un autre seuil, plus faible que les seuils de notification obligatoire, sous peine de voir l'autorité de la concurrence demander une notification des opérations comprises dans cette fourchette. Les deux options (notification volontaire ou demandée par l'autorité) ont été souvent utilisées, et environ 50 % des interventions de l'autorité de la concurrence ont concerné des opérations situées dans cette fourchette.

La délégation de la **Lituanie** explique que les seuils, fondés sur le chiffre d'affaires, sont très bas ce qui n'empêche pas qu'une notification puisse être demandée en-deçà. Cette possibilité n'a cependant été utilisée que très rarement du fait que les seuils sont bas. Toutefois, quelques semaines seulement avant la table ronde, une fusion dont la notification avait été ordonnée sur la base de cette disposition a été interdite.

Le Président relève que cette reconnaissance d'une compétence résiduelle pour les fusions qui n'atteignent pas les seuils fixés est une source d'incertitude juridique pour les entreprises. Néanmoins, plusieurs pays appliquent ce principe et ne semblent pas rencontrer de problème majeur.

La délégation de l'**Indonésie** explique ensuite que le régime indonésien de contrôle des fusions est en vigueur depuis 2010. Jusqu'à présent, le système prévoit une notification obligatoire après la fusion et une notification facultative avant. Il est cependant envisagé de rendre obligatoire la notification de toutes les opérations atteignant les seuils fixés pour la notification préalable à la fusion. En Indonésie, le rattachement local est établi sur la base de l'immatriculation des entreprises dans le pays, quels que soient les effets de la fusion. Une fusion peut faire l'objet d'un contrôle même si la société cible n'a pas d'activité en Indonésie.

La délégation de la **Russie** explique que la Russie a adopté plusieurs réformes qui ont conduit à une baisse sensible du nombre de fusions notifiées et ajoute que son système est très transparent.

Résumant le contenu de cette première partie des échanges, le Président souligne que les pays qui se sont exprimés sont des exemples de juridictions qui ont récemment réformé leur système de notification et observe une progression de l'adoption de bonnes pratiques.

5. La définition des seuils de notification

Le Président propose ensuite de s'interroger sur la meilleure manière de fixer les seuils de notification.

Le **BIAC** est le premier à prendre la parole. Tout en observant que la progression du respect des recommandations internationales est à la fois réelle et bienvenue, il souligne qu'il reste un long chemin à parcourir. Ainsi, certains pays prennent en compte le chiffre d'affaires du vendeur et non celui de la cible et d'autres ne limitent pas l'obligation de notification aux situations dans lesquelles les deux parties ont des activités sur le territoire national, ce qui signifie que certaines opérations risquent d'être contrôlées même en l'absence d'interactions concurrentielles entre les deux entreprises dans la juridiction qui effectue le contrôle. Le BIAC propose d'envisager des seuils sectoriels et de tenir compte de l'existence de concurrents éventuels dans les juridictions voisines.

Il illustre ensuite, au moyen d'un seuil fictif, la manière dont les autorités de la concurrence pourraient procéder pour ajuster leurs seuils. Les seuils de notification des fusions établissent le degré d'importance à partir duquel une fusion doit faire l'objet d'un contrôle – une autorité de la concurrence ne souhaite pas contrôler toutes les fusions et veut au contraire se borner à contrôler celles dont l'importance est supérieure à un certain seuil. Le BIAC présente ensuite la répartition de fusions posant des problèmes de concurrence en fonction de différents seuils et définit, à partir de cette information, des seuils qui permettent de ne pas soumettre à une obligation de contrôle les opérations qui ne posent pas de problèmes de concurrence. Pour éliminer le risque que des fusions susceptibles de poser des problèmes se trouvent en dehors de ces seuils, il propose d'appliquer par sécurité le principe de la compétence résiduelle après relèvement du seuil ; en d'autres termes, l'autorité de la concurrence conserverait le droit de contrôler les fusions qui n'atteignent pas le nouveau seuil (fictif, relevé) mais qui atteignent les anciens seuils. Une autre solution serait de mettre en place une procédure de notification très simplifiée pour ces transactions.

Le BIAC passe ensuite à la question des parts de marché. Les entreprises conservent généralement des données sur leur chiffre d'affaires par juridiction, mais n'en ont pas sur leurs parts de marché et même lorsqu'elles en ont, ces données ne sont pas fiables. Dès lors, lorsqu'une entreprise doit respecter un seuil de notification fondé sur les parts de marché mais ne dispose pas de données sur la part du marché qu'elle détient dans la juridiction, elle peut notifier la transaction par mesure de précaution mais aussi, ce qu'elle choisit généralement de faire, ne pas notifier. Dans la pratique, lorsque les seuils appliqués sont objectivement quantifiables, il y a plus de chances pour que les transactions soient notifiées.

Le Président fait observer que l'application de seuils différents selon les secteurs risque d'accroître la complexité du système et d'entraîner une plus grande incertitude. Le BIAC estime qu'il faut distinguer la complexité des critères de notification, que les milieux d'affaires acceptent, et l'incertitude juridique quant à la possibilité de conclure la transaction, qui est plus problématique.

La délégation de l'**Autriche** explique ensuite que dans le régime de contrôle autrichien, les actifs de l'acheteur constituent un critère suffisant pour déclencher une obligation de notification, sous réserve d'une évaluation des effets de la fusion en Autriche. Elle fait observer que les fusions dans lesquelles la société acquéreur est la seule à réaliser un chiffre d'affaires dans le pays peuvent poser des problèmes de concurrence, citant l'exemple de l'achat de l'aéroport de Bratislava par celui de Vienne. L'aéroport de Bratislava ne réalisait pas de chiffre d'affaires en Autriche, mais la transaction n'en était pas moins très importante pour le pays. La délégation fait également valoir que pour évaluer la charge liée à un régime de notification, il faut tenir compte, non seulement des seuils, mais aussi de la question de savoir si les coûts et contraintes induits par la notification sont élevés ou faibles.

La délégation de l'**Inde** explique ensuite avoir relevé les seuils de notification et propose, pour améliorer la fiabilité de l'information sur les parts de marché, de demander aux concurrents une estimation de leurs propres parts de marché.

La délégation de la **Chine** présente les seuils de notification mis en place en 2008. Elle ajoute que le système de contrôle des fusions permet également à l'autorité de la concurrence (MOFCOM) de contrôler les opérations qui n'atteignent pas ces seuils. La Chine fixe les seuils sur la base du chiffre d'affaires, parce que celui-ci reflète le pouvoir économique de l'entreprise et les effets que l'opération risque d'avoir sur le marché ; de plus, le chiffre d'affaires est un critère objectif, clair, transparent, prévisible et facile à appréhender par les entreprises comme par les autorités. Le seuil de chiffre d'affaires local a été fixé à 400 millions CNY, ce qui permet de garantir l'existence d'un rattachement local. Pour définir ce seuil, une étude a été réalisée par un groupe d'experts comprenant notamment des économistes et des juristes. Ce groupe a pris en compte la taille de l'économie chinoise et l'expérience de juridictions comparables, a fait des comparaisons internationales et construit un modèle économique à partir de données historiques, ce qui a conduit à l'adoption des seuils actuellement en vigueur.

Le Président invite ensuite l'**Estonie** à présenter ses seuils de notification, fondés sur le chiffre d'affaires local. Avant 2006, ces seuils reposaient sur le chiffre d'affaires mondial, si bien que de nombreuses fusions notifiées n'avaient pas de lien suffisant avec l'Estonie. Pour fixer des seuils adaptés, l'autorité de la concurrence a analysé le chiffre d'affaires de nombreuses entreprises estoniennes. Par ailleurs, l'Estonie applique aussi une règle qui lui permet de contrôler les transactions qui ont lieu dans des secteurs d'activité où les entreprises réalisent généralement un chiffre d'affaires modeste. Ainsi, si une entreprise ou un groupe a déjà acquis au cours des deux années écoulées une entreprise dans le même secteur d'activité, le critère pris en compte est le chiffre d'affaires cumulé des deux cibles. L'année dernière, l'autorité a proposé au gouvernement de permettre la notification des transactions risquant d'entraver la concurrence.

La délégation de la **Hongrie** explique avoir pris des mesures pour améliorer l'efficacité de ses procédures et alléger les contraintes qu'elles font peser sur les entreprises. L'autorité de la concurrence (GVH) a introduit un formulaire de notification simplifié et prévoit une possibilité de procédure simplifiée. Le seuil de notification, qui contient un élément de rattachement local, est conforme aux recommandations internationales. La Hongrie envisage de doubler le seuil reposant sur le chiffre d'affaires de chacune des entreprises (deux au moins) parties à une fusion et d'introduire un régime de notification volontaire pour les entreprises qui, à la suite de ce relèvement, ne seraient plus soumises à une obligation de contrôle de la GVH.

Le Président se tourne ensuite vers le **Portugal**, soulignant que ce pays a relevé ses seuils mais a décidé de les faire reposer sur les parts de marché, prenant ainsi le contre-pied des recommandations internationales. Le Portugal explique avoir amendé son droit de la concurrence en 2012. Il utilisait auparavant un seuil exclusivement basé sur le chiffre d'affaires et un seuil exclusivement fondé sur la part de marché (ces seuils étaient alternatifs). Pour modifier ces seuils, un groupe de travail a été constitué au sein du ministère des Affaires économiques. Composé du ministre lui-même, de l'autorité de la concurrence, de représentants de l'association des juristes spécialisés en droit de la concurrence et de représentants des milieux d'affaires, ce groupe a réalisé une étude statistique qui a montré que dans des marchés de relativement petite taille où les entreprises réalisent un chiffre d'affaires faible, certaines opérations posaient des problèmes de concurrence. Dès lors, la suppression du seuil reposant sur la part de marché aurait signifié que 25 % des fusions dans lesquelles l'autorité est intervenue n'auraient pas été notifiées. Il aurait pu être envisagé d'abaisser les seuils reposant sur le chiffre d'affaires ou encore de permettre à l'autorité de conserver une compétence résiduelle l'autorisant à intervenir dans les opérations comportant un risque. Les milieux d'affaires se sont cependant opposés à ces deux solutions et ont plaidé pour le maintien du seuil fondé sur la part de marché. Le groupe de travail a donc cherché des solutions pour que ce seuil soit plus facilement applicable dans la pratique et a décidé de le porter de 30 % à 50 %, de le coupler avec un seuil de chiffre d'affaires lorsque la part de marché est comprise entre 30 % et 50 % et de relever les seuils de chiffre d'affaires. À la suite de ces changements, l'autorité a cherché à améliorer la communication avec les parties avant la notification de manière à réduire le plus possible toute incertitude liée aux seuils. De plus, les parties qui notifient une fusion doivent systématiquement fournir l'estimation de leur part de marché au moment de la notification.

La **République slovaque** a modifié ses seuils de notification en 2012, afin de supprimer l'obligation de notifier les transactions sans lien suffisant avec le marché slovaque. Pour définir les nouveaux seuils, elle a pris en compte les pratiques recommandées par le RIC et la Recommandation de l'OCDE, analysé un à un les secteurs d'activité et leur poids dans l'économie, comparé le chiffre d'affaires réalisé par des centaines d'entreprises dans chacun d'eux ces dernières années, comparé les chiffres d'affaires réalisés dans des pays de taille similaire et utilisé comme référence son expérience en matière de contrôle des fusions. La réforme s'est révélée positive, mais il reste des progrès à accomplir. En premier lieu, il arrive encore que la création d'entreprises communes par des parties étrangères tombe sous le coup des seuils. Deuxièmement, certaines fusions peuvent poser des problèmes de concurrence dans des secteurs plus nationaux dans lesquels les entreprises n'atteignent pas les seuils. En 2011, l'autorité a tenté d'obtenir le droit d'intervenir d'office, mais cette proposition n'a pas été retenue, principalement parce qu'elle s'est heurtée à une forte opposition du public.

Enfin, la délégation de l'**Ukraine** explique que dans le cadre d'un mouvement général de simplification des contraintes pesant sur l'activité des entreprises, l'Ukraine a modifié ses seuils de contrôle des fusions en 2016. Le régime de contrôle en place depuis 2002 était inefficace, soumettant à un contrôle un trop grand nombre de transactions – entre 1 000 et 5 000 par an – et incluant un seuil fondé sur la part de marché. Pour définir les nouveaux seuils, l'autorité a examiné 1 500 opérations, qu'elle a rangées dans deux catégories : la première regroupait les transactions internationales et la deuxième les transactions impliquant des entreprises ukrainiennes et représentant une certaine fourchette de chiffre d'affaires. Elle a également analysé les caractéristiques de certains secteurs d'activité en Ukraine et a finalement proposé un seuil fondé sur deux critères, dont le chiffre d'affaires local. Elle a supprimé le seuil basé sur la part de marché parce qu'il n'était pas possible d'avoir des informations fiables sur la part de marché. La réforme devrait entraîner une diminution d'environ 50 % du nombre total de fusions notifiées.

La délégation du **Royaume-Uni** fait quelques commentaires sur le régime de notification volontaire en place au Royaume-Uni. Elle explique que le droit anglais ne prévoit pas d'obligation de notification des fusions. Les parties peuvent procéder à leur propre évaluation et prendre le risque de ne pas notifier l'opération. De ce fait, dans la pratique, seule une faible proportion des fusions qui atteignent les seuils

basés sur le chiffre d'affaires et la part de l'offre est notifiée à la CMA. Le Royaume-Uni précise que la CMA peut décider d'ouvrir une enquête sur des opérations qui ne lui ont pas été notifiées et relèvent de sa compétence. Elle dispose d'une équipe de veille (*Mergers Intelligence*) qui effectue un suivi des activités de fusion au Royaume-Uni. Cette équipe analyse environ 550 fusions chaque année, mais la CMA n'ouvre une enquête que dans 5 % des cas parce qu'elle n'est compétente que pour les fusions susceptibles de nuire à la concurrence. Au cours de l'exercice budgétaire écoulé, elle a contrôlé 62 opérations au total et a constaté, au cours de la phase 1, que 20 % d'entre elles pouvaient poser des problèmes sur le plan de la concurrence. Elle a constaté dans seulement 2 cas sur 62 qu'elle n'avait pas compétence pour ouvrir une enquête. Ces chiffres montrent qu'un régime volontaire peut se révéler relativement efficace.

6. Importance de l'opération et élément de rattachement local

Le Président passe ensuite au dernier volet de la discussion, consacré à qu'il faut entendre par rattachement local suffisant ou par transaction suffisamment importante.

Il donne la parole à **Jean-Yves Art**, conseiller juridique adjoint chez Microsoft, favorable à des critères reposant sur des seuils clairs et objectifs, en particulier sur le chiffre d'affaires local. **Jean-Yves Art** fait trois observations à cet égard. Premièrement, l'objectif étant de filtrer les transactions de manière à ne contrôler que celles susceptibles d'avoir des effets sensibles sur la concurrence dans la juridiction concernée, il faudrait que le contrôle ne soit obligatoire que si au minimum chacune des deux entités impliquées atteint le seuil fixé. Si le chiffre d'affaires d'une seule des entreprises est un critère suffisant pour déclencher une obligation de notification, beaucoup de fusions ayant un impact faible ou nul sur la concurrence dans le pays doivent être notifiées. En ce qui concerne la création *ex nihilo* d'entreprises communes, le contrôle ne devrait être obligatoire que si le chiffre d'affaires réel ou prévisible de l'entreprise commune est supérieur au seuil de chiffre d'affaires local. Le deuxième commentaire porte sur le niveau du seuil de chiffre d'affaires. M. Art propose de s'intéresser au ratio rapportant le chiffre d'affaires au PIB dans les différentes juridictions et de le comparer au ratio rapportant le nombre total de notifications au nombre d'opérations notifiées comportant un risque pour la concurrence. Cette comparaison pourrait apporter un éclairage intéressant sur le seuil de chiffre d'affaires qui pourrait être adopté. Troisièmement, il fait observer que dans le secteur informatique, certaines entreprises réalisent un chiffre d'affaires faible, voire nul, mais offrent un important potentiel en termes de création de valeur. Il s'ensuit que des fusions pouvant avoir d'importantes retombées sur l'économie et peut-être sur la concurrence risquent d'échapper à tout contrôle. M. Art propose deux solutions pour y remédier. La première consiste à adopter un critère résiduel permettant de contrôler toutes les fusions qui ont des effets directs sensibles et prévisibles sur la concurrence sur le marché local, ce qui supposerait que l'autorité compétente élabore des consignes claires et concrètes définissant les paramètres qui permettent d'établir l'existence de ces effets et que des contacts avec les parties aient lieu avant la fusion. La deuxième solution consiste à définir un seuil spécifique, reposant sur le chiffre d'affaires ou sur un paramètre comparable, par exemple un seuil qui regrouperait deux critères de notification respectivement fondés sur la valeur de la transaction et sur le nombre de clients des parties dans le pays.

La **Norvège** explique avoir procédé à un net relèvement de ses seuils, qui s'est traduit par une baisse sensible du nombre de notifications. L'autorité conserve cependant le pouvoir d'ordonner la notification d'opérations qui n'atteignent pas les seuils pendant les trois mois qui suivent le changement de contrôle ou la conclusion de l'accord final – cette règle a incité certaines entreprises à attendre la fin de ce délai pour annoncer la fusion. L'autorité peut également imposer une obligation de notification pour toutes les acquisitions qui concernent des marchés où il existe de bonnes raisons de craindre des effets anticoncurrentiels. Elle a utilisé ce pouvoir pour 11 entreprises présentes dans différents marchés très concentrés, par exemple celui de la distribution alimentaire. Les informations exigées dans le cadre de ces notifications obligatoires sont réduites au plus strict minimum.

La Président donne la parole la **Commission européenne**, qui exige, pour établir l'existence d'un rattachement local, qu'au minimum deux des entreprises parties à l'opération de concentration réalisent un certain chiffre d'affaires sur le territoire de l'Union européenne (UE). S'agissant de la création d'entreprises communes, la transaction doit être notifiée à la Commission européenne en fonction du chiffre d'affaires, quel que soit le lieu où cette entreprise sera située et exercera son activité économique et commerciale. Entre 2005 et 2015, environ 470 notifications au titre d'entreprises communes n'ayant qu'une activité négligeable sur le territoire de l'Espace économique européen (EEE) ont été effectuées au niveau de l'UE, ce qui représente environ 13.5 % du nombre annuel de notifications. Bien que les entreprises communes de ce type bénéficient d'une procédure de notification simplifiée, en 2014, l'UE a diffusé un livre blanc qui proposait de les exclure purement et simplement du champ d'application du régime de contrôle des fusions de l'UE ; cette proposition n'a pour l'heure pas été adoptée. La Commission souligne par ailleurs les spécificités liées à la qualité d'organisation supranationale de l'UE, les compétences en matière de contrôle des fusions étant partagées entre la Commission et les États membres. Compte tenu du principe de subsidiarité qui régit l'UE, le partage des compétences est complété par l'application de la règle des deux tiers et par un système de renvoi. Selon la règle des deux tiers, une opération n'a pas à être notifiée à la Commission si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers du chiffre d'affaires total réalisé sur le territoire de l'UE dans un seul et même État membre, même si le seuil de chiffre d'affaires fixé par l'UE est atteint. Au cours de la période de référence comprise entre 2001 et 2008, 126 opérations ont relevé de la règle des deux tiers, soit seulement 0.5 % du nombre total de notifications effectuées dans l'ensemble des États membres. Quant au système de renvoi, il permet de renvoyer une opération des États membres vers la Commission et *vice-versa*, à la demande des parties ou des autorités nationales.

Le Président se tourne ensuite vers la délégation de l'**Allemagne**, qui estime qu'au moins deux des entreprises concernées doivent satisfaire au critère du lien de rattachement local. Elle explique en particulier que depuis que l'Allemagne a décidé d'appliquer ce critère à la deuxième entreprise, en 2007, le nombre de notifications a diminué d'un tiers. Outre les seuils de chiffre d'affaires national, le droit de la concurrence allemand contient une disposition sur les effets des fusions sur le marché national, laquelle constitue un filtre important, en particulier s'agissant des entreprises communes. Pour faciliter l'application de cette disposition, des directives ont été élaborées et en cas de doute, des contacts sont établis avec les parties avant la notification. L'Allemagne réforme actuellement son droit de la concurrence et examine une proposition d'amendement qui introduirait un nouveau seuil, fondé sur le volume de la transaction, pour les fusions réalisées dans les marchés numériques.

La dernière contribution est celle des **États-Unis**, qui insistent sur deux aspects intéressants de leur système évoqués dans la note du Secrétariat, à savoir le fonctionnement de l'exemption au titre de l'achat d'actifs étrangers et le fait que les seuils appliqués ne soient pas de nature juridictionnelle, si bien que les autorités peuvent intervenir et ouvrir une enquête concernant des opérations non soumises à une obligation de notification. Les exemptions applicables aux actifs étrangers ont été adoptées très tôt. Lorsque les seuils définis par la loi HSR (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*) ont été actualisés, elles l'ont été également ; ces exemptions ont aussi été harmonisées avec les montants des seuils de base fixés dans la loi HSR elle-même. Par ailleurs, aux États-Unis, les seuils ne sont pas de nature juridictionnelle, ce qui constitue une caractéristique importante du système. Ces cinq dernières années, chaque autorité (le ministère fédéral de la Justice et la FTC) a effectué un examen approfondi de 28 transactions non soumises à obligation de notification, ce qui représente plus de 20 % de l'ensemble des examens approfondis. L'absence de lien entre la compétence et les seuils permet de les fixer à un niveau assez élevé, qui n'entraîne donc pas de contraintes excessives pour les entreprises et les autorités, sans pour autant empêcher le contrôle de quelques transactions qui n'atteignent pas nécessairement les seuils mais peuvent avoir une incidence sur la concurrence aux États-Unis.

7. Conclusions du Président

Après avoir remercié l'ensemble des participants à la table ronde, le **Président** souligne que les contributions soumises par les participants et le Secrétariat ont constitué une base très utile pour les débats. Il estime qu'il existe un consensus sur la nécessité de s'efforcer de mettre en place un système de contrôle des fusions qui ne soit pas trop lourd, ni pour les entreprises ni pour les autorités de la concurrence. Il conclut en affirmant qu'il n'existe pas une solution unique, chaque voie suivie pour ajuster les seuils de notification ayant à la fois des avantages et des inconvénients en termes de prévisibilité juridique, de flexibilité et de qualité du ciblage. La discussion a montré que les petites juridictions se caractérisent parfois par la petite taille de leurs marchés et que des seuils en valeur absolue peuvent dans ce cas ne pas convenir. Par ailleurs, il est également apparu que les sciences économiques, les statistiques et l'expérience peuvent aider à définir le seuil approprié. Enfin, la question de savoir s'il existe une méthode structurée pour réformer les systèmes de contrôle dans un contexte économique mouvant a été soulevée.

Le Président conclut en insistant sur la nécessité d'approfondir à la fois les recommandations de l'OCDE et celles du RIC, qui ont été très influentes. Il reste à savoir s'il serait possible d'ajouter des recommandations sur la définition de l'importance ou de la pertinence des seuils et s'il serait envisageable de proposer une méthodologie commune pour la définition des seuils de notification. Il demande au Secrétariat de préparer, dans la perspective de la prochaine réunion, une note exploratoire sur les travaux à envisager à la lumière des discussions.