

**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

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

14- 15 juin 2016

La présente synthèse élaborée par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des discussions menées au titre du point V de l'ordre du jour de la 123e réunion du Groupe de travail n°3 qui s'est tenue les 14 et 15 juin 2016.

*La page suivante donne accès à des documents supplémentaires sur ce sujet de réflexion :
www.oecd.org/daf/competition/jurisdictional-nexus-in-merger-control-regimes.htm*

En cas de question sur le présent document, veuillez vous adresser à Mme Despina Pachnou
[téléphone : +33 1 45 24 95 25 -- courriel : despina.pachnou@oecd.org].

JT03406258

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.

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

Note du Secrétariat¹

Plusieurs éléments ressortent des discussions menées lors de la table ronde tenue le 15 juin 2016 par le Groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi, des contributions des délégués, des exposés des participants et de la note de réflexion du Secrétariat :

1. Les systèmes de contrôle des fusions ne doivent être contraignants ni pour les entreprises, ni pour les autorités de la concurrence et ne doivent imposer la notification des opérations que lorsque celles-ci présentent un degré de rattachement local adéquat.

De l'avis général des autorités de la concurrence, les grands principes qui doivent régir les systèmes de contrôle des fusions restent ceux énoncés dans la Recommandation sur le contrôle des fusions émise par l'OCDE en 2005 et dans les Pratiques recommandées pour les procédures de notification et d'examen des opérations de concentration émises par le RIC en 2002. Les pays doivent continuer de tendre vers ces pratiques exemplaires internationales.

La multiplication des régimes de contrôle des fusions dans le monde soulève des préoccupations et fait notamment redouter que les autorités prennent des décisions discordantes, que le régime le plus strict devienne la norme de fait pour les fusions transnationales et que les coûts de mise en conformité avec la réglementation augmentent pour les entreprises.

Tous les régimes de contrôle des fusions sont tiraillés entre la recherche de critères de notification objectifs et transparents et l'utilisation de critères qui ciblent les opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Ces derniers sont généralement des normes d'application souple qui permettent l'étude des éléments factuels propres à chaque affaire mais qui, s'ils sont utilisés pour établir la compétence, peuvent desservir l'objectif d'améliorer la transparence et la prévisibilité pour les entreprises. Avec des critères de notification objectifs, il est possible de préciser plus clairement quels types de fusions doivent faire l'objet d'un contrôle, mais ces critères n'ont pas pour objet de cibler les opérations susceptibles de nuire à la concurrence. Selon les recommandations internationales, il conviendrait d'adopter des critères de notification objectifs comme seuils de compétence pour le contrôle des fusions.

Les échanges de vues de la table ronde ont fait ressortir que les seuils de notification doivent montrer un élément de rattachement suffisant avec la juridiction locale, être clairs et objectifs ainsi que faciles à utiliser et à respecter. Bien que d'autres éléments puissent également se révéler utiles pour évaluer l'efficacité d'un régime de contrôle, le critère de rattachement local est absolument indispensable pour que ce régime fonctionne bien et présente un juste équilibre entre les coûts qu'il engendre et les bienfaits qu'il apporte.

¹ La présente synthèse ne rend pas nécessairement compte de l'opinion générale du Comité de la concurrence. Elle reprend des éléments clés des discussions menées lors de la table ronde, les contributions écrites des délégués, les exposés des participants et la note de réflexion du Secrétariat.

- 2. Le principal facteur généralement pris en considération pour déterminer si une opération présente le degré adéquat de rattachement local est l'activité exercée sur le territoire local par la cible ou chacune d'au moins deux parties à l'opération, mesurée la plupart du temps d'après l'importance des ventes ou des actifs à l'intérieur du territoire concerné. Néanmoins, les éléments en lien avec le degré rattachement local ne sont qu'une partie d'un ensemble plus vaste de critères de compétence exprimés à travers les seuils de notification. Ces autres éléments varient d'une juridiction à l'autre.**

Les avis convergent globalement sur les critères minimaux à retenir pour établir un rattachement local. Le rattachement d'une opération à une juridiction doit s'appuyer sur l'activité exercée sur le territoire local par au moins deux parties à l'opération ou par l'entreprise rachetée. La plupart des juridictions estiment que les actifs détenus sur le territoire local et le chiffre d'affaires réalisé à l'échelle nationale sont des critères clairs, objectifs et faciles à utiliser afin de mesurer les activités exercées sur le territoire.

Les éléments en lien avec le degré de rattachement local ne forment toutefois qu'une partie d'un ensemble plus vaste de critères de compétence qui détermine si une opération doit faire ou non l'objet d'un contrôle. Ces critères de compétence sont exprimés à travers les critères de notification. Il existe plusieurs types de critères de notification, les plus courants reposant sur le chiffre d'affaires ou les actifs, ou encore sur la valeur de l'opération et les parts de marché. D'autres outils peuvent parfois être employés en complément de ces critères afin de préciser les règles de compétence en matière de fusions. Ce sont par exemple l'exemption de notification dont bénéficient certaines opérations, la compétence résiduelle (qui permet de contrôler des fusions susceptibles de porter atteinte à la concurrence mais qui n'atteignent pas les seuils de contrôle) ou l'obligation faite aux entreprises dotées d'une position dominante de notifier les fusions sur les marchés où elles bénéficient d'une telle position, que l'opération en question atteigne l'un des seuils ou non.

Pour fixer les seuils de notification, il est possible d'avoir recours simultanément à plusieurs types de critères ; selon le cas, l'opération doit remplir les uns ou les autres de ces critères ou encore satisfaire chacun d'entre eux. Chaque solution retenue pour ajuster les seuils de notification représente un arbitrage entre plusieurs objectifs, à savoir accroître la visibilité juridique et la souplesse et cibler correctement les opérations susceptibles d'avoir un impact important sur les marchés locaux. Ainsi, à elle seule, aucune combinaison de critères de notification n'est optimale.

Par ailleurs, le niveau auquel sont fixés les seuils de notification varie d'un pays à l'autre. Il n'est pas rare qu'un pays qui révisé ses seuils de notification prenne en compte son PIB, la taille des entreprises locales, la structure de son économie, l'expérience d'autres juridictions dans des situations similaires et l'expérience du contrôle des fusions et qu'il effectue des comparaisons internationales. Il a été relevé, au cours des discussions, qu'il s'agissait là d'un axe de travail intéressant à poursuivre dans l'avenir.

- 3. Les recommandations de l'OCDE et du RIC sont de plus en plus respectées mais certaines juridictions continuent d'adopter des critères de notification contraires aux meilleures pratiques internationales, comme ceux reposant sur les parts de marché et les effets à l'échelle nationale.**

Depuis 2005, les pays de l'OCDE ont presque tous révisé leurs seuils de notification associés au contrôle des fusions et bon nombre d'entre eux ont saisi cette occasion pour les rapprocher des meilleures pratiques internationales : à titre d'exemple, un certain nombre de pays ont décidé de ne plus se reposer sur le chiffre d'affaires ou les actifs mondiaux mais de retenir au contraire le chiffre d'affaires ou les actifs à l'échelon national. Ainsi, ces dernières années, la Recommandation de 2005 de l'OCDE sur le contrôle des fusions a été de plus en plus suivie. À l'heure actuelle, tous les pays membres de l'OCDE et les participants au Comité de la concurrence requièrent un certain degré de rattachement local.

En revanche, l'étude menée par le Secrétariat a révélé qu'un certain nombre de pays appliquent des critères de notification – comme la part de marché et les effets à l'échelon national – qui ne sont pas aussi clairs et objectifs que le préconisent les recommandations internationales. Certaines juridictions ont révisé leurs seuils de contrôle des fusions en décidant expressément de ne pas respecter à la lettre les recommandations internationales et de continuer de s'appuyer sur des critères non objectifs comme la part de marché. En s'appuyant sur un échantillon plus large que celui examiné par le Secrétariat, le RIC a récemment étudié la mise en œuvre des pratiques qu'il recommande pour les procédures d'examen des fusions et observé que, selon les informations fournies par les institutions elles-mêmes, près de 40 % des autorités de la concurrence reconnaissent que l'acheteur peut à lui seul déclencher une obligation de notification et, près de 30 % déclarent que les activités du vendeur, et non celles de la cible, servent à établir la compétence – deux usages contraires aux meilleures pratiques internationales.

4. Bien que les meilleures pratiques prônées par l'OCDE et le RIC aient considérablement influencé les usages, elles ne répondent pas à toutes les questions concernant le rapport entre le rattachement local et l'« importance » de l'opération. Par conséquent, les pays déterminent eux-mêmes le degré de rattachement local qu'ils estiment « adéquat » et la manière de discerner quelles opérations sont susceptibles d'avoir un impact « important » sur la juridiction, ce qui est l'une des raisons pour lesquelles les seuils de notification varient énormément d'un pays à l'autre.

L'existence d'un rattachement local est une condition nécessaire mais non suffisante pour déclencher un contrôle de fusion. Les seuils de notification ont pour but d'exclure du champ de l'obligation de notification la plupart des opérations sans rattachement appréciable à la juridiction qui effectue le contrôle. S'ils sont bien pensés, ces seuils doivent permettre à l'autorité de la concurrence de consacrer l'essentiel de ses ressources à contrôler les opérations les plus susceptibles d'avoir un effet dans la juridiction concernée. En revanche, dans bien des cas, les seuils limitent la compétence d'une autorité et déterminent ainsi son champ d'action en matière de contrôles. Néanmoins, le souhait des autorités de la concurrence est de contrôler non pas toutes les fusions mais seulement celles qui dépassent un certain seuil d'importance, même si cela exclut du champ des contrôles des opérations qui présentent un certain degré de rattachement local. Ainsi, pour fixer les critères de notification, il ne suffit pas de se demander s'il existe un rattachement local, il faut également se demander si ce rattachement est suffisamment important.

Par exemple, une opération dans laquelle une des parties seulement a un lien avec la juridiction présente à l'évidence une forme de rattachement local. Pourtant, l'objectif des seuils de notification étant de veiller à ce que seules les fusions susceptibles d'avoir un impact important sur la concurrence dans la juridiction concernée fassent l'objet d'un contrôle, on peut faire valoir que ce contrôle ne doit être déclenché que si chacune d'au moins deux parties à l'opération est présente dans cette juridiction ; si le chiffre d'affaires réalisé localement par une seule des parties à la fusion était suffisant pour déclencher une notification, un très grand nombre de fusions ayant un impact très faible, voire nul, sur la concurrence dans le pays seraient soumises à une obligation de notification.

Par conséquent, le degré de rattachement local requis est intrinsèquement lié au risque que l'opération ait un impact suffisamment important dans la juridiction concernée. Les meilleures pratiques internationales ne traitent pas en détail de la relation entre l'importance de l'impact et le rattachement local, ce qui laisse cette question à la discrétion de la juridiction locale dès lors que les critères minimaux concernant le rattachement local précisés dans les recommandations sont respectés.

Certaines délégations ont exprimé leur inquiétude face au risque que certaines opérations ayant un impact suffisamment important échappent aux contrôles, la tendance étant au relèvement des seuils afin de limiter le nombre des notifications, ce qui accroît l'importance qu'une opération doit atteindre pour être notifiée et exclut du contrôle un certain nombre de fusions qui présentent un rattachement local suffisant. Un certain nombre de pistes ont été suggérées par les intervenants pour se préserver de ce risque. La première d'entre elles serait de conserver des seuils de notification faibles et d'adopter des procédures de notification peu contraignantes afin que les coûts restent bas. Une autre approche, adoptée ou étudiée par des pays qui ont envisagé de relever leurs seuils de notification, consiste à opter pour des seuils élevés tout en autorisant les notifications volontaires ou en conférant à l'autorité de la concurrence une compétence résiduelle pour contrôler les opérations qui n'atteignent pas les seuils de notification. Enfin, il a été suggéré de déterminer les seuils en fonction d'un critère d'impact à l'échelle nationale en fournissant des lignes directrices suffisantes pour assurer prévisibilité et certitude sur le plan juridique.