



## Déclaration de politique générale

# **Commentaires sur le Livre vert de la CE sur la révision du règlement 4064/89 sur les concentrations**

*Rédigé par la Commission de la concurrence*

### **A. Remarques générales**

ICC soutient les efforts de la Commission européenne en vue de moderniser le droit et la politique communautaires de la concurrence. La révision du règlement CE n° 4064/89 sur les concentrations (RCEC) est un élément important de ce processus, et la plupart des propositions contenues dans le Livre vert sur la révision du RCEC sont généralement approuvées.

Nous souhaiterions souligner à quel point il est essentiel d'adapter le droit européen de la concurrence aux exigences de la mondialisation. C'est là une nécessité absolue si l'on veut améliorer la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés mondiaux. Une attention accrue devrait notamment être portée à la dynamique des marchés, qui peuvent aujourd'hui changer plus vite que par le passé.

Notre attitude positive a deux motifs. Premièrement, le réexamen du RCEC offre l'occasion d'améliorer un élément central de la législation européenne, dont on peut à juste titre se féliciter qu'il ait raisonnablement bien fonctionné au fil des ans depuis son adoption, mais dont l'efficacité pourrait être, de l'avis de beaucoup de praticiens, encore améliorée. Nous espérons que nos commentaires contribueront à cet objectif.

Deuxièmement, ICC espère que le débat européen sur la révision du RCEC influencera les négociations internationales sur la convergence des lois nationales en matière de concentrations, notamment en ce qui concerne l'International Competition Network. ICC et le BIAC ont recommandé, sous le titre « Framework for Best Practices in International Merger Control Procedures », un cadre auquel nous avons confronté notre lecture des propositions de la Commission. La qualité et le résultat du débat européen devraient montrer l'exemple pour ce qui devra être entrepris au niveau mondial.

Nous avons constaté que la Commission était guidée par les mêmes principes clés qu'ICC et le BIAC : réduction des coûts de transaction des entreprises grâce à un « guichet unique » (contrôle centralisé des concentrations par la Commission), nécessité de transparence et de sécurité juridique, exigence essentielle de procédures rapides et non-discrimination.

Nous avons aussi noté que la Commission ne s'était pas étendue sur la question des droits de la défense, mais avait indiqué que des suggestions d'amélioration seraient les bienvenues dans ce domaine. Nous considérons qu'il s'agit là d'une question fondamentale et qu'elle devrait être traitée en conséquence par la Commission.

Nous avons un commentaire général fondamental à formuler. Quel que soit le résultat de la révision du RCEC, l'interaction entre le droit européen et les lois nationales en matière de concurrence continuera de présenter des difficultés, qui s'accroîtront après l'élargissement. Ces difficultés concernent les décisions juridictionnelles, mais aussi les différents aspects de la procédure de contrôle des concentrations et de l'application des critères de fond. Nous recommandons donc instamment de commencer dès que possible à travailler sur l'harmonisation des lois nationales. Nous sommes pleinement conscients des implications politiques de cette demande, mais nous pensons que l'Europe ne peut jouer un rôle crédible dans les efforts internationaux en matière de convergence du contrôle des concentrations que si elle pratique à domicile ce qu'elle préconise aux autres.

## **B. Questions juridictionnelles**

### **1. Dimension communautaire des concentrations, art. 1 du RCEC (21-68)**

Nous partageons l'analyse de la Commission. La modification de l'art. 1 (3) du RCEC a manqué son but, qui était de faire entrer dans le champ d'action de la Commission un nombre bien plus important de concentrations devant être notifiées dans plusieurs pays. Nous convenons aussi qu'une nouvelle modification de cette disposition ne résoudra pas ce problème et qu'une solution plus simple et plus radicale doit être trouvée.

On peut raisonnablement supposer qu'une opération de concentration qui pourrait être notifiée dans trois pays de l'UE possède une dimension et des effets dépassant le cadre national. Dans ce cas, la Commission est l'instance la mieux placée pour examiner la concentration proposée.

Étant donné qu'il y a encore dans l'UE des pays où la notification n'est pas obligatoire, il devrait être suffisant qu'une concentration puisse avoir été notifiée à trois autorités nationales de la concurrence (ANC). La question de savoir si tel est le cas devra être en premier lieu tranchée par les parties à la concentration. Cet exercice sera parfois très complexe, car les exigences nationales en matière de notification ne sont nullement similaires et peuvent toujours être changées par les législateurs nationaux (par ex. critères de parts de marché ou d'actifs au lieu du critère du chiffre d'affaires, qui a notre préférence ; définitions différentes de la notion de concentration). Pour que la « règle des trois pays » fonctionne avec succès, l'harmonisation est indispensable.

Après avoir procédé à cet examen, les parties devraient soumettre à la Commission leurs conclusions quant à la compétence d'au moins trois pays, avec la notification de la concentration ou, antérieurement, dans un bref document séparé (cette dernière solution a été recommandée par certains). Dans les deux cas, la question juridictionnelle devrait être réglée dans un délai d'une semaine, en informant les ANC concernées et en leur donnant la possibilité de réagir dans un laps de temps donné. Si elles s'en abstiennent, ou même si elles expriment une revendication de compétence, la juridiction de la Commission serait établie. Les ANC ne perdraient cependant pas le droit de demander un renvoi conformément à l'art. 9 du RCEC, à condition que ses exigences soient remplies. La « règle des trois pays » devrait être facultative. Les parties devraient avoir la possibilité de notifier de telles concentrations à la Commission, mais elles devraient aussi être libres de les notifier si elles le souhaitent aux ANC des pays concernés.

## **2. Renvoi aux États membres, art. 9 du RCEC (69-83)**

Les renvois aux États membres devraient être autant que possible évités. Ils sont source de retards, présentent un danger de décisions contradictoires et d'insécurité juridique et imposent aux parties des tâches et des frais supplémentaires. Il nous paraît plus utile de préserver le principe du guichet unique que de sauvegarder celui de la subsidiarité au détriment d'une procédure de contrôle des concentrations plus efficace et plus rationnelle.

Ce résultat pourrait être obtenu grâce à plusieurs mesures :

- le délai de renvoi devrait être de deux semaines à partir de la notification ;
- renvoi uniquement si la concentration ne créerait une position dominante que sur un marché strictement national, sans effets transfrontaliers ;
- renvoi à un pays seulement, en tant que concentration ayant une dimension communautaire si elle concerne plusieurs pays ;
- le renvoi partiel de certains aspects d'une concentration (par ex. accords de distribution) devrait être exclu, ou du moins rester très exceptionnel ;
- les opérations qui ne risquent pas d'avoir des effets anticoncurrentiels, tels que celles soumises à la procédure simplifiée, ne devraient pas être renvoyées ;
- l'ANC doit accepter le dossier tel qu'il est transmis par la Commission et ne peut, en particulier, demander de traductions de documents ; la langue du dossier ne devrait pas être modifiée.

## **3. Demandes conjointes de renvoi à la Commission, art. 22 du RCEC (84-99)**

La Commission note à juste titre que l'art. 22 sert de pendant à l'art. 9 du RCEC. Tous deux permettent le renvoi d'une notification d'une juridiction à une autre, ce qui cause des retards et augmente la charge de travail des parties. De ce fait, nous souhaiterions voir l'art. 22 du RCEC jouer un rôle très limité. Une demande conjointe de renvoi n'est certainement pas un moyen de remédier au problème des notifications multiples. Tant que les lois nationales sur la concurrence demeureront dissemblables, une action concertée entre ANC posera des problèmes (faits déterminants et délais différents) et les demandes conjointes de renvoi feront figure de rares exceptions.

#### 4. Concentration, articles 2 et 3 du RCEC (100-158)

La notion de concentration est au centre du contrôle communautaire des opérations de fusion. Il peut y avoir des cas où il est difficile de savoir si ce sont le RCEC ou les articles 81 et 82 du traité instituant l'UE qui s'appliquent. La Commission en soumet certains à la discussion :

- *les participations minoritaires* (106-110) peuvent permettre à un actionnaire d'acquiescer le contrôle d'une société, auquel cas elles sont soumises au régime du contrôle des concentrations. Tant que le seuil de la participation de contrôle n'est pas franchi, nous ne voyons pas de nécessité d'appliquer le RCEC.
- *les alliances stratégiques* (111-113) peuvent prendre de nombreuses formes, d'une simple coopération des parties à la création de structures plus permanentes telles que des entreprises communes. L'application du RCEC dépendra des détails de chaque accord. Nous ne voyons pas de nécessité de changement.
- *les entreprises communes coopératives de plein exercice* (114-119) entrent maintenant dans le champ d'application du RCEC. Ce point ne devrait pas être modifié, car il permet aux parties d'obtenir rapidement une autorisation.

Très peu d'entreprises communes, cependant, posent des problèmes de position dominante sur le marché. Très souvent, elles doivent être notifiées pour la seule raison que le chiffre d'affaires des parties est supérieur aux seuils du RCEC, alors qu'elles n'ont elles-mêmes aucun rapport avec l'Union européenne. De telles entreprises communes devraient être exemptées de notification, éventuellement par une règle « de minimis », ou uniquement soumises à une notification simplifiée.

- *les entreprises communes de production d'exercice partiel* (120-124) peuvent impliquer l'intégration d'actifs considérables. Il s'agit souvent d'accords à long terme ayant des aspects structurels. Les sociétés ont tout intérêt, de ce fait, à écarter le plus rapidement possible tout doute juridique à propos de leur projet.

Nous craignons que le nouveau règlement 17 sur l'application des articles 81 et 82 du traité instituant l'UE ne soit pas utile à cet égard. La Commission reste farouchement opposée à toute décision contraignante affirmant qu'un contrat ne contrevient pas à ces articles. Nous considérons que la notification de telles entreprises communes conformément au RCEC est une alternative viable au règlement 17 et nous recommandons un élargissement de la notion de concentration parallèlement au traitement des entreprises communes coopératives de plein exercice.

La notification des entreprises communes d'exercice partiel devrait être facultative. Il y a de nombreux cas dans lesquels ni une infraction aux articles 81 et 82 ni la création d'une position dominante ne sont vraisemblables. La notification ne serait alors qu'une formalité superflue et coûteuse.

- Il serait bon de prévoir que toute concentration résultant du respect d'un *engagement* aux termes du RCEC soit traitée comme ayant une « dimension communautaire ». Actuellement, si les seuils ne sont pas atteints, il pourrait y avoir des instructions parallèles par plusieurs ANC. Le risque de décisions contradictoires serait éliminé si de telles concentrations étaient pleinement soumises au régime du RCEC.

## C. Questions de fond

### 1. Le critère de fond (159-169)

À première vue, la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché et la diminution substantielle de la concurrence (SLC) semblent constituer des critères très différents pour l'appréciation des concentrations. Pourtant, une analyse plus attentive montre que les facteurs pris en compte et les théories sur lesquelles reposent les décisions ne sont pas très éloignés. Les conclusions différentes dans une même affaire, ou dans des dossiers similaires, semblent être dues à des appréciations différentes des faits plutôt qu'à des théories économiques ou des doctrines juridiques divergentes. Pour autant que l'opposition entre SLC et position dominante puisse être considérée comme une controverse, ses conséquences pratiques sont minimales. C'est la principale raison pour laquelle nous pensons que l'Europe devrait conserver ses critères qui, dans l'ensemble, ont bien servi ses objectifs.

Il y a un autre argument contre le changement. Presque tous les États membres de l'UE, ainsi que les États candidats, adhèrent au critère de la position dominante sur le marché, et il ne serait donc pas raisonnable d'adopter le critère SLC dans le droit communautaire. Cela rendrait beaucoup plus difficile l'harmonisation des lois nationales sur la concurrence que nous appelons de tous nos vœux.

La question des *efficacités* (170-172) semble mieux être prise en compte par la formule américaine, mais il y a également des précédents dans les décisions de la Cour de justice européenne et de la Commission. Conformément à l'article 2(2) du RCEC, une concentration ne peut être déclarée incompatible avec le marché commun que si une concurrence effective risque d'être entravée de manière significative par une position dominante. Ce critère est proche de celui de la « diminution de la concurrence » et devrait inclure une évaluation de l'efficacité. Nous appelons la Commission à adopter une position plus positive à l'égard des efficacités. Des indications plus précises devraient être données aux praticiens dans ce domaine, au moyen d'une communication ou de lignes directrices.

### 2. La procédure simplifiée (173-179)

Après avoir exposé ces principes généraux, la Commission soulève un certain nombre de points qui ne sont pas fondamentaux du point de vue conceptuel mais qui ont néanmoins des effets dans la pratique quotidienne :

- Un *formulaire CO simplifié*, pas seulement pour les opérations mineures, est l'un des souhaits le plus souvent exprimé par la communauté économique, qui considère que certaines des informations demandées ne sont pas nécessairement pertinentes pour l'appréciation d'une situation particulière sur le marché. Tout ce qui allègerait le fardeau des parties serait extrêmement bienvenu.
- Nous appelons aussi la Commission à réexaminer la procédure relative aux *concentrations affectant principalement des pays tiers* et ne produisant que peu ou pas d'effets dans l'Union européenne. L'idée d'une exemption par catégorie de ces cas pose un problème d'autoévaluation par les parties. Toute exemption ne serait en outre

accordée que pour une période limitée. Dans la mesure où cela pourrait entraîner une insécurité juridique, il pourrait être préférable d'informer la Commission de telles concentrations, à condition que cela se fasse de manière très simple (« en deux pages ») tout en permettant d'obtenir une décision dans les meilleurs délais.

## **D. Questions de procédure**

### **1. La notification : fait déterminant, notification électronique, informations complètes (180-202)**

La Commission a avancé sur les questions de procédure plusieurs idées avec lesquelles nous sommes d'accord :

- *fait déterminant* (180-186) : Actuellement, les concentrations doivent être notifiées dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord, de la publication de l'offre d'achat ou de l'acquisition d'une participation de contrôle (art. 4(1) du RCEC). Cette disposition a fonctionné comme un carcan pour les parties et compliqué la planification de notifications parallèles, notamment aux États-Unis et en Europe. Nous recommandons l'abolition de tous les faits déterminants, afin de laisser les parties libres de choisir le moment le plus propice à la notification. Cette pratique est en vigueur dans de nombreuses juridictions. Sachant que l'autorisation de la concentration serait nécessaire pour mettre fin à l'obligation de statu quo, les parties seraient fortement incitées à régulariser l'accord très rapidement. Cela empêcherait aussi les notifications prématurées, car les parties voudront éviter les demandes d'informations complémentaires et le risque que la notification soit déclarée incomplète.
- *notification par voie électronique* (194-196) : Nous souhaitons fermement que les possibilités de notification électronique et d'information électronique des ANC soient explorées plus avant. Une solution pourrait être la transmission électronique à la Commission, qui mettrait la notification à disposition sur son site internet (les documents sur papier devant d'abord être numérisés) avec un accès sécurisé pour les ANC. Quoi qu'il en soit, les parties ne devraient pas avoir à supporter la charge de fournir des copies aux ANC.
- *informations complètes* (197-202) : Le droit de la Commission de demander toutes les informations qu'elle juge nécessaires pour évaluer les effets d'une concentration n'est pas contesté, mais le fait que la notification soit parfois déclarée incomplète uniquement pour gagner du temps a été critiquée. Nous suggérons que les parties puissent interjeter appel devant une partie neutre, le conseiller-auditeur ou un juge du tribunal de première instance, qui pourrait rendre une décision rapide. Un moyen plus facile pourrait être l'instauration d'une date d'exclusion après laquelle la notification serait réputée complète. Quelle que soit la méthode choisie, elle devrait être suffisamment souple pour éviter que la Commission engage sans nécessité des procédures de phase II.
- *accès aux dossiers* : Nous proposons que les parties aient accès au dossier dès le commencement de la seconde phase de la procédure, et non uniquement après réception de la communication des griefs.

- *calcul des délais* (190-193) : Afin d'éviter toute confusion, le système actuel des jours calendaires, et non ouvrables, devrait être conservé.

## **2. Engagements (203-221)**

La Commission est favorable à un système de suspension qui donnerait plus de temps aux parties pour présenter leurs propositions et lui accorderait à elle-même un délai supplémentaire pour examiner les engagements le cas échéant. C'est une bonne idée, qui a notre soutien :

- La prolongation devrait se faire à la demande des parties notifiantes. Des tiers ne devraient pas pouvoir prolonger la procédure contre la volonté des parties à la concentration.
- La prolongation ne devrait être accordée qu'une fois pour chaque phase de la procédure de concentration.
- Les parties devraient pouvoir demander une prolongation avant que la notification soit déclarée incomplète, car cela leur permettrait de compléter les informations sans avoir à retirer la notification et à renotifier l'opération.
- Les délais devraient être fixés. Une période de 20 jours ouvrables dans la phase II et de 10 dans la phase I semblent généralement raisonnables mais certains préféreraient des délais beaucoup plus courts, craignant que les prolongations deviennent la norme plutôt que l'exception.
- Les parties devraient être libres de présenter des faits et des arguments afin de démontrer qu'un engagement proposé par la Commission ne se justifie pas.

## **3. Exécution (225-226)**

La Commission note que certains États membres ont demandé un réexamen des dispositions d'exécution relatives aux opérations de concentration. Elle propose que ses pouvoirs d'enquête et de poursuite soient fortement accrus parallèlement à la modification prévue du règlement 17.

Les autres chapitres du Livre vert ont été accueillis avec des degrés d'approbation divers, mais celui-ci a été universellement rejeté. La mise à jour et la sanction des ententes ne peuvent être comparées au contrôle des concentrations. Les ententes sont des activités illicites que certains pays considèrent même comme délictuelles. Il n'y a, dans la concentration de deux entreprises, rien d'intrinsèquement illicite qui exigerait la fouille de domiciles privés, des descentes de police ou l'interrogatoire de salariés. Si les États se réservent le droit d'interdire certaines concentrations, ils le font plutôt pour des raisons d'ordre public, mais personne n'a jamais songé à imposer des amendes à des parties pour avoir simplement tenté une concentration. Nous pensons que la Commission se fourvoie et ne devrait pas poursuivre dans ce sens.

#### **4. Frais de dossier (227-231)**

Nous ne voyons pas de nécessité d'instaurer des frais de dossier en Europe. Notifier une concentration est déjà très coûteux pour les entreprises. Si le système actuel est maintenu, il pourra continuer d'être présenté comme un modèle pour des systèmes juridictionnels où la perception des frais de dossier semble être la principale raison d'être de l'exercice d'un contrôle des concentrations.

#### **5. Droits de la défense, mécanismes régulateurs, contrôle juridictionnel (232-253)**

La Commission mérite d'être saluée pour avoir inclus ces questions dans le Livre vert, même si elles n'entrent pas strictement dans le champ du RCEC. Elle s'abstient hélas de proposer aucun changement. Sa description du système actuel fait clairement apparaître deux choses : premièrement, le contrôle des actions de la task force Concentration est exercé par la Commission elle-même et est par conséquent une question interne et, deuxièmement, il est rare qu'un contrôle juridictionnel puisse intervenir à temps pour sauver une concentration qui dépend d'une mise en œuvre rapide.

Nous ne prétendons pas avoir de remède à tous ces maux. Cela exigerait une analyse détaillée. Mais nous espérons que suffisamment de suggestions seront faites pour stimuler un débat approfondi. Nous souhaiterions exprimer deux idées :

- Le conseiller-auditeur devrait se voir attribuer un rôle plus indépendant et ses pouvoirs devraient être accrus (rattachement au président de la Commission, mandat élargi incluant l'examen des questions de fond).
- Les parties devraient pouvoir demander à la Cour de justice européenne un rapide examen au fond des décisions de la Commission, qui seraient suspendues pendant ce temps.

Il ne s'agit ci-dessus que de suggestions préliminaires qui devraient être développées plus en détail, mais nous souhaiterions souligner que des changements dans le sens indiqué sont considérés comme une nécessité – et comme une amélioration du contrôle des concentrations en Europe – par la plupart des entreprises et des praticiens.