CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Droit de la concurrence

L'Allemagne et l'Autriche élargissent le champ du contrôle des concentrations

Par Pranvera Këllezi le 28 juin 2017

En Europe et en Suisse, les fusions et autres prises de contrôle doivent être notifiées auprès des autorités de la concurrence si le chiffre d'affaires des entreprises participantes dépasse un certain seuil. Le chiffre d'affaires prend en compte le produit des ventes dans un pays ou un territoire, ce qui constitue un moyen de discriminer entre les fusions importantes et celles qui selon toute vraisemblance ne causeront aucun dommage à la structure du marché dans le pays concerné. Pour les banques, les seuils sont calculés par rapport au produit brut ; pour les assurances c'est le montant des primes brutes qui est déterminant.

Le critère du produit des ventes n'est pas adapté aux nouveaux modèles économiques de l'économie digitale, qui privilégient la gratuité pour une partie des utilisateurs afin d'atteindre une taille critique (effets de réseaux indirects). Certaines applications ou plateformes digitales (telles que WhatsApp) n'ont pas d'emblée un chiffre d'affaires important, alors qu'elles peuvent développer rapidement une base de clientèle importante, ce qui leur donne la possibilité d'exploiter également les données des clients. Le critère du chiffre d'affaires ne permet pas de couvrir ces nouveaux modèles économiques. La fusion entre Facebook et WhatsApp par exemple a été notifiée uniquement dans l'Union Européenne (M.7217) et pas dans d'autres Etats membres, faute d'avoir atteint les seuils de chiffre d'affaires dans ces pays.

Des réflexions sont en cours dans l'Union européenne et dans d'autres pays membres afin d'introduire un critère alternatif lié à la valeur de la transaction. Le rapport du Conseil fédéral sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique de janvier 2017 mentionne également cette possibilité qui pourra être prise en compte lors des prochaines modifications de la loi suisse sur les cartels.

L'Allemagne et l'Autriche sont les premiers pays en Europe continentale à introduire un tel critère dans la loi, avec effet le 9 juin respectivement le 1er novembre 2017. Les concentrations doivent être notifiées en Allemagne lorsque la valeur de la contrepartie obtenue par le vendeur dépasse 400 millions d'euros (en allemand, « *der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss* », voir § 37, 1a, paragraphes 3 et 4 de la GWB). En Autriche, le seuil de la valeur de la transaction est arrêté à 200 millions d'euros (voir § 9 para.4 de la loi, KaWeRÄG 2017). La valeur de la contrepartie prend donc en compte non seulement le prix d'achat, mais également la valeur des actifs ainsi que d'autres prestations non-monétaires. L'étendue et les modalités du calcul de la valeur de la transaction seront précisées de cas en cas.

En l’absence de ventes dans un pays déterminé, le critère de la valeur de la transaction ne permet pas de créer un lien suffisant pour créer la compétence des autorités de la concurrence. Les lois allemandes et autrichiennes prévoient par conséquent que la cible doit exercer des activités significatives sur leur territoire. Nul ne sait à ce jour comment cette condition sera interprétée. Les autorités allemandes et autrichiennes communiqueront probablement des lignes directrices à cet égard.

En Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, les seuils de notification prévoient depuis longtemps des critères indépendants du chiffre d’affaires, ce qui permet de contrôler tant les concentrations de petite taille que celles qui risquent d’affecter des petits marchés. L’art. 23 de l’Entreprise Act 2002 en Grande Bretagne couvre les transactions qui permettent aux entreprises participantes de contrôler plus de 25 % d’un marché de produits (*share of supply test*). Aux Etats-Unis, un des critères appliqués est celui de la valeur de la cible (*Size-of-Transaction Test*, voir Steps for Determining Whether an HSR Filing is Required) : une notification est requise si la valeur de la transaction dépasse 200 millions de dollars.

Il n’y a ni limitations ni exceptions s’agissant du secteur d’activité pour l’application du nouveau critère en Allemagne et en Autriche. Si l’introduction du critère de la valeur de la transaction a suivi le développement de l’économie digitale, d’autres startups seront touchées, en particulier dans le secteur pharmaceutique. Enfin, les FinTechs seront également touchées.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Pranvera Këllezi, L’Allemagne et l’Autriche élargissent le champ du contrôle des concentrations, publié le 28 juin 2017 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/976/