RECTIFICATIFS

Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

(«Journal officiel de l'Union européenne» C 95 du 16 avril 2008)

(2009/C 43/09)

La communication juridictionnelle codifiée de la Commission se lit comme suit:

«COMMUNICATION CONSOLIDÉE SUR LA COMPÉTENCE DE LA COMMISSION

en vertu du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

TABLE DES MATIÈRES

Page

A. INTRODUCTION 4

B. NOTION DE CONCENTRATION 4

I. Fusion entre des entreprises antérieurement indépendantes 5

II. Acquisition du contrôle 5

1. Notion de contrôle 5

1.1. Personne ou entreprise acquérant le contrôle 5

1.2. Moyens de contrôle 7

1.3. Objet du contrôle 9

1.4. Modification durable du contrôle 10

1.5. Opérations interdépendantes 12

1.5.1. Relation entre l'article 3 et l'article 5, paragraphe 2, second alinéa 12

1.5.2. Opérations interdépendantes au sens de l'article 3 12

1.5.3. Série d'opérations sur titres 14

1.5.4. Article 5, paragraphe 2, second alinéa 15

1.6. Restructuration interne 15

1.7. Concentrations impliquant des entreprises publiques 15

2. Contrôle exclusif 16

Page

3. Contrôle en commun ... 17

3.1. Parité des droits de vote ou de représentation dans les organes de décision ... 18

3.2. Droits de veto ... 18

3.3. Exercice en commun des droits de vote ... 19

3.4. Autres considérations relatives au contrôle en commun ... 21

III. Modifications de la qualité du contrôle ... 21

1. Entrée d'actionnaires contrôlants ... 22

2. Diminution du nombre d'actionnaires ... 23

IV. Entreprises communes — notion de "plein exercice" ... 23

1. Ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché ... 24

2. Activités allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères ... 24

3. Relations de vente/d'achat avec les sociétés mères ... 24

4. Fonctionnement durable ... 26

5. Changements de l'activité de l'entreprise commune ... 27

V. Exceptions ... 27

VI. Abandon des concentrations ... 29

VII. Modifications des opérations après une décision d'autorisation de la Commission ... 30

C. DIMENSION COMMUNAUTAIRE ... 30

I. Seuils ... 30

II. Notion d'entreprise concernée ... 31

1. Généralités ... 31

2. Concentrations ... 31

3. Acquisition du contrôle ... 31

III. Date d'établissement de la compétence ... 35

IV. Chiffre d'affaires ... 35

1. Notion de chiffre d'affaires ... 35

2. Activités ordinaires ... 36

3. Montant net du chiffre d'affaires ... 37

3.1. Déduction des remises, impôts et taxes ... 37

3.2. Traitement du chiffre d'affaires "interne" ... 37

4. Calcul du chiffre d'affaires et comptes financiers ... 37

4.1. Règle générale ... 37

4.2. Ajustements postérieurs à la vérification des comptes les plus récents ... 38

Page

5. Attribution du chiffre d'affaires en vertu de l'article 5, paragraphe 4 39

5.1. Identification des entreprises dont le chiffre d'affaires est pris en considération 39

5.2. Affectation du chiffre d'affaires des entreprises identifiées 42

5.3. Affectation du chiffre d'affaires dans le cas de fonds d'investissement 42

5.4. Affectation du chiffre d'affaires pour les entreprises publiques 43

V. Affectation géographique du chiffre d'affaires 43

VI. Conversion du chiffre d'affaires en euros 45

VII. Dispositions concernant les établissements de crédit et autres établissements financiers ainsi que les entreprises d'assurance 45

1. Champ d'application 45

2. Calcul du chiffre d'affaires 46

2.1. Calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit et établissements financiers (autres que les holdings financiers) 46

2.1.1. Généralités 46

2.1.2. Chiffre d'affaires des sociétés de crédit-bail 46

2.2. Entreprises d'assurance 47

2.3. Holdings financiers 47

A. INTRODUCTION

(1) Par la présente communication, la Commission entend fournir des indications sur les questions relatives à sa compétence qui peuvent se poser dans le cadre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (JO L 24 du 29.1.2003, p. 1), ci-après dénommé "règlement sur les concentrations" ([1]). Cette communication devrait permettre aux entreprises de déterminer, avant même de prendre contact avec les services de la Commission, si et dans quelle mesure, le contrôle communautaire des concentrations leur est applicable.

(2) La présente communication remplace la communication relative à la notion de concentration ([2]), la communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice ([3]), la communication relative à la notion d'entreprises concernées ([4]) et la communication relative au calcul du chiffre d'affaires ([5]).

(3) Elle aborde les notions de concentration, d'entreprises communes de plein exercice, d'entreprises concernées et de calcul du chiffre d'affaires visés aux articles 1er, 3 et 5 du règlement sur les concentrations. Les questions relatives aux renvois sont, quant à elles, traitées dans la communication relative au renvoi des affaires en matière de concentrations ([6]). L'interprétation que fait la Commission des articles 1er, 3 et 5 est sans préjudice de celle qui pourrait leur être donnée par la Cour de justice ou par le Tribunal de première instance des Communautés européennes.

(4) Les indications données par la présente communication sont le fruit de l'expérience acquise par la Commission dans l'application du règlement sur les concentrations remanié et du précédent règlement sur les concentrations depuis son entrée en vigueur, le 21 septembre 1990. Les principes généraux régissant les questions qui y sont abordées n'ont pas été modifiés par l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 139/2004, et lorsque des changements sont intervenus, la communication les expose en détail. Les principes énoncés dans la présente communication seront appliqués et développés par la Commission dans sa pratique décisionnelle ultérieure.

(5) Aux termes de l'article 1er, le règlement sur les concentrations ne s'applique qu'aux opérations qui remplissent deux conditions. Premièrement, il faut qu'il y ait fusion de deux ou plusieurs entreprises au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations. Deuxièmement, le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées, calculé conformément aux dispositions de l'article 5, doit satisfaire aux seuils fixés à l'article 1er du règlement. La notion de concentration (y compris les exigences spécifiques concernant les entreprises communes), qui constitue la première condition à remplir, est examinée au point B; l'identification des entreprises concernées et le calcul de leur chiffre d'affaires, qui constituent la deuxième condition à remplir, sont examinés au point C.

(6) La Commission se prononce sur la question de sa compétence à l'égard d'une concentration par voie de décision en application de l'article 6 du règlement sur les concentrations ([7]).

B. NOTION DE CONCENTRATION

(7) Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations, une concentration n'est réputée réalisée que lors d'un changement durable du contrôle des entreprises concernées. Le considérant 20 du règlement sur les concentrations précise par ailleurs que la notion de concentration est censée couvrir les opérations entraînant un changement durable de la structure du marché. Dans la mesure où le critère de l'article 3 s'articule autour de la notion de contrôle, l'existence d'une concentration est, pour une large part, déterminée par des critères qualitatifs plutôt que quantitatifs.

([1]) Lorsqu'il convient, dans la présente communication, d'opérer une distinction entre le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (JO L 395 du 30.12.19989, version corrigée dans le JO L 257 du 21.9.1990, p. 13, règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97, JO L 180 du 9.7.1997, p. 1, et rectifié dans le JO L 40 du 13.2.1998, p. 17), le premier règlement sera dénommé "règlement sur les concentrations remanié" et le second sera dénommé "précédent règlement sur les concentrations". Les articles ne mentionnant aucun des deux font référence au règlement sur les concentrations remanié.

([2]) JO C 66 du 02.03.1998, p. 5.

([3]) JO C 66 du 2.3.1998, p. 1.

([4]) JO C 66 du 2.3.1998, p. 14.

([5]) JO C 66 du 2.3.1998, p. 25.

([6]) JO C 56 du 5.3.2005, p. 2.

([7]) Voir également l'avis de AG Kokott dans l'affaire C- 202/06 Cementbouw contre Commission du 26 avril 2007, paragraphe 56 (non publié).

(8) L'article 3, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations définit deux types de concentrations:

— celles résultant de la fusion entre des entreprises antérieurement indépendantes ([point a)];

— celles dues à l'acquisition d'un contrôle [point b)].

Ces deux types de concentration sont examinés successivement aux sections I et II.

I. FUSION ENTRE DES ENTREPRISES ANTÉRIEUREMENT INDÉPENDANTES

(9) Au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a), du règlement sur les concentrations, une concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, créant une nouvelle entreprise et disparaissant en tant que personnes morales distinctes. Une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre, la personnalité juridique de cette dernière perdure tandis que l'entreprise absorbée cesse d'exister en tant que personne morale indépendante ([8]).

(10) Il y a également concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a), du règlement sur les concentrations lorsque, en l'absence de concentration *de jure*, la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique ([9]). C'est notamment le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre, établissent, sur une base contractuelle, une gestion économique en commun ([10]) ou adoptent une structure à double cotation ([11]). Si cette opération entraîne une fusion de fait entre les entreprises concernées avec création d'un seul et même ensemble économique, l'opération peut être qualifiée de concentration. L'existence d'une gestion économique unique et permanente est une condition préalable pour déterminer s'il on est en présence d'une telle concentration de fait. D'autres facteurs, tels que la compensation des profits et des pertes, la répartition des recettes entre les différentes entités à l'intérieur d'un groupe, leur responsabilité solidaire ou le partage des risques externes, peuvent aussi entrer en considération. La fusion de fait, si elle peut s'appuyer sur de simples dispositions contractuelles ([12]), peut également être renforcée par des participations croisées entre les entreprises qui constituent l'ensemble économique.

II. ACQUISITION DU CONTRÔLE

1. **Notion de contrôle**

1.1. ***Personne ou entreprise acquérant le contrôle***

(11) L'article 3, paragraphe 1, point b), prévoit qu'une opération de concentration est réputée réalisée par l'acquisition de contrôle. Un tel contrôle peut être acquis soit par une entreprise agissant seule, soit par plusieurs entreprises agissant conjointement.

([8]) Voir, par exemple, l'affaire COMP/M.1673 — Veba/VIAG du 13 juin 2000, l'affaire COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis du 26 juillet 2000, l'affaire COMP/M.2208 — Chevron/Texaco du 26 janvier 2001 et l'affaire IV/M.1383 — Exxon/Mobil du 29 septembre 1999. Au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a), une concentration n'est pas réputée réalisée lorsqu'une entreprise cible fusionne avec une filiale de l'entreprise acquéreuse et que la société mère acquiert ainsi le contrôle de l'entreprise cible au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b) (voir l'affaire COMP/M.2510 — Cendant/Galileo du 24 septembre 2001).

([9]) Dans la détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause, la question du contrôle est pertinente dans la mesure où l'opération peut s'avérer n'être qu'une restructuration interne du groupe. Dans ce contexte spécifique, l'appréciation du contrôle s'appuie aussi sur les principes généraux exposés ci-après et concerne tant le contrôle de droit que le contrôle de fait.

([10]) Tel pourrait être éventuellement le cas d'un "Gleichordnungskonzern" en droit allemand, de certains "groupements d'intérêt économique" en droit français, et de la fusion de sociétés de personnes, comme dans l'affaire IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand du 20 mai 1998.

([11]) Affaire IV/M.660 — RTZ/CRA du 7 décembre 1995 et affaire COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess II du 24 juillet 2002.

([12]) Voir l'affaire IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand du 20 mai 1998 et l'affaire COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany du 27 août 2002.

Personne contrôlant une autre entreprise

(12) Le contrôle peut également être acquis, selon les circonstances, par une personne contrôlant déjà (seule ou conjointement) une autre entreprise ou, alternativement, par plusieurs personnes (contrôlant déjà une autre entreprise) en association avec des entreprises. La notion de "personne", dans ce contexte, englobe les organismes de droit public ([13]), les organismes de droit privé et les personnes physiques. Les prises de contrôle réalisées par des personnes physiques ne sont réputées entraîner une modification durable de la structure des entreprises concernées que si ces personnes physiques exercent d'autres activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise ([14]).

Acquéreur du contrôle

(13) En règle générale, les prises de contrôle sont le fait des personnes ou des entreprises titulaires ou bénéficiaires de droits qui confèrent un contrôle (article 3, paragraphe 3, point a). Toutefois, il arrive aussi que le détenteur officiel d'une participation contrôlante ne corresponde pas à la personne ou l'entreprise qui détient, de fait, le pouvoir réel d'exercer les droits que confère cette participation. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu' une entreprise utilise un tiers ou une autre entreprise afin d'acquérir une participation contrôlante et détient le pouvoir d'exercer les droits conférant ce contrôle par l'intermédiaire de ce tiers ou de cette autre entreprise. En d'autres termes, l'entreprise intermédiaire est le détenteur officiel des droits mais n'intervient qu'en tant que vecteur pour la prise de contrôle. La prise de contrôle est alors effectuée par l'entreprise sous-jacente à l'opération qui exerce, de fait, le pouvoir de contrôler l'entreprise cible [article 3, paragraphe 3, point b)]. Le Tribunal de première instance a estimé, sur la base de cette disposition, que le contrôle, détenu par des entreprises commerciales, pouvait être attribué à leurs actionnaires exclusifs, leurs actionnaires majoritaires ou aux actionnaires contrôlant en commun les entreprises, étant donné que ces entreprises se conformaient en tout état de cause aux décisions prises par ces actionnaires ([15]). Une participation contrôlante détenue par différentes entités au sein d'un groupe est en principe attribuée à l'entreprise exerçant un contrôle sur les différents titulaires officiels des droits. Dans d'autres cas, parmi les éléments de preuve nécessaires pour démontrer l'existence de ce type de contrôle indirect, peuvent notamment figurer, isolément ou en combinaison et à apprécier au cas par cas, l'actionnariat, les relations contractuelles, les sources de financement ou les liens familiaux ([16]).

Prise de contrôle par des fonds communs de placement

(14) Des problèmes spécifiques peuvent se poser lorsque la prise de contrôle est réalisée par des fonds communs de placement. La Commission analysera au cas par cas les structures associées aux fonds communs de placement, mais l'expérience acquise par la Commission permet d'ores et déjà d'en dégager un certain nombre de caractéristiques générales.

(15) Les fonds communs de placement sont souvent constitués sous la forme de sociétés en commandite, auxquelles les investisseurs participent en tant que commandités et sur lesquelles ils n'exercent en principe aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif. Les fonds communs de placement acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille. Selon les circonstances, le contrôle est en principe exercé par la société d'investissement qui a créé le fonds, celui-ci étant généralement un simple vecteur d'investissement; dans des cas plus rares, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même. La société d'investissement exerce généralement ce contrôle par l'entremise de sa structure organisationnelle, par exemple en contrôlant le principal associé des fonds en commandite, ou en vertu de dispositions contractuelles, telles que des contrats de conseil, ou bien encore en combinant ces deux systèmes. Il pourra en être ainsi même si la société d'investissement ne détient pas elle-même la société agissant en tant que commanditée, mais que ses actions sont détenues par des personnes physiques (éventuellement liées à la société d'investissement) ou par un fonds fiduciaire. Les dispositions contractuelles avec la société

([13]) Y compris l'État lui-même, comme dans l'affaire IV/M.157 — Air France/Sabena du 5 octobre 1992 en ce qui concerne l'État belge, ou d'autres organismes de droit public tels que la Treuhand dans l'affaire IV/M.308 — Kali et Salz/MDK/Treuhand du 14 décembre 1993. Voir néanmoins le considérant 22 du règlement sur les concentrations.

([14]) Affaire IV/M.82 — Asko/Jakobs/Adia du 16 mai 1991, dans laquelle l'entreprise concernée est un particulier; affaire COMP/M3762 — Apax/Travelex du 16 juin 2005 dans laquelle un particulier acquérant un contrôle en commun n'a pas été considéré comme une entreprise concernée.

([15]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 72, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([16]) Voir l'affaire M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho du 23 avril 1997.

d'investissement, en particulier les contrats de conseil, revêtiront encore plus d'importance si le commandité ne dispose pas de ressources propres et de personnel pour la gestion des sociétés qui font partie du portefeuille, mais qu'il ne constitue qu'une structure dont les activités sont exercées par des personnes liées à la société d'investissement. Dans ces circonstances, la société d'investissement acquiert d'ordinaire un contrôle indirect au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), et de l'article 3, paragraphe 3, point b), du règlement sur les concentrations. Elle détient alors le pouvoir d'exercer les droits qui sont directement détenus par le fonds commun de placement ([17]).

1.2. ***Moyens de contrôle***

(16) L'article 3, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations définit la notion de contrôle comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée. La possibilité d'exercer cette influence doit cependant être réelle ([18]). L'article 3, paragraphe 2, dispose par ailleurs que la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise peut exister sur la base de droits, de contrats ou de tout autre moyen, pris isolément ou conjointement, et compte tenu des circonstances de fait ou de droit. Une concentration peut dès lors être réalisée sur la base d'éléments de fait ou de droit, revêtir la forme d'un contrôle exclusif ou d'un contrôle en commun et concerner l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs entreprises [voir l'article 3, paragraphe 1, point b)].

Contrôle par acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs

(17) La mesure dans laquelle une opération donne lieu à une prise de contrôle dépend dès lors d'un certain nombre d'éléments de fait et/ou de droit. Le plus souvent, la prise de contrôle est réalisée par l'acquisition d'actions, éventuellement combinée avec un pacte d'actionnaires en cas de contrôle en commun, ou par l'acquisition d'éléments d'actifs.

Contrôle sur une base contractuelle

(18) La prise de contrôle peut également être réalisée sur une base contractuelle. Afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels). Seul ce type de contrat peut induire une modification structurelle du marché ([19]). Des exemples de tels contrats sont les contrats organisationnels conclus en vertu du droit national des sociétés ([20]) ou d'autres types de contrats, revêtant par exemple la forme de convention de location-gérance des activités, par lesquels l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés. L'article 3, paragraphe 2, point a), précise, à cet égard, que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise ([21]). Ces contrats peuvent également déboucher sur un contrôle en commun dès lors que le propriétaire des éléments d'actifs et l'entreprise en contrôlant la gestion bénéficient de droits de véto permettant de bloquer les décisions commerciales stratégiques ([22]).

([17]) Cette structure affecte également la manière dont le chiffre d'affaires est calculé dans des situations impliquant des fonds communs de placement. Voir les points 189 et suivants.

([18]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 58, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([19]) Dans l'affaire COMP/M.3858 — Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien du 20 juillet 2005, les contrats de gestion avaient une durée de 10 à 15 ans; dans l'affaire COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV du 11 février 2002, le contrat avait une durée de 8 ans.

([20]) De tels contrats spécifiques existent dans certains droits nationaux des sociétés, par exemple le "Beherrschungsvertrag" en droit allemand ou le "Contrato de subordinação" en droit portugais; il n'existe pas dans tous les États membres.

([21]) Voir l'affaire COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth du 12 janvier 2001 concernant la conclusion d'un pacte de contrôle associé à une location-gérance des activités de l'entreprise, l'affaire COMP/M.3136 — GE/Agfa NDT du 5 décembre 2003 concernant la conclusion d'un contrat spécifique visant à transférer le contrôle sur les ressources, la gestion et les risques entrepreneuriaux, et l'affaire COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV du 11 février 2002 concernant une location-gérance des activités commerciales.

([22]) Affaire COMP/M.3858 — Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien du 20 juillet 2005; voir également l'affaire IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits du 28 avril 1992 dans le contexte de l'article 5, paragraphe 4, point b), du règlement sur les concentrations.

Contrôle exercé par d'autres moyens

(19) Compte tenu des éléments qui précèdent, les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur ([23]). De plus, les accords purement financiers, tels que les opérations de cession-bail prévoyant une possibilité de rachat des éléments d'actifs à l'expiration du contrat, ne constituent normalement pas une concentration, étant donné qu'ils ne modifient pas le contrôle de la gestion et des ressources.

(20) La prise de contrôle peut également être établie par d'autres moyens. Les liens purement économiques peuvent jouer un rôle décisif dès lors qu'il s'agit de prendre le contrôle d'une entreprise. Dans des circonstances exceptionnelles, une situation de dépendance économique peut conduire à un contrôle de fait lorsque, par exemple, de très importants contrats de livraison à long terme ou des crédits octroyés par des fournisseurs ou des clients, conjugués à des liens structurels, confèrent une influence décisive ([24]). Dans ces cas de figure, la Commission analysera soigneusement dans quelle mesure ces liens économiques, combinés à d'autres liens, suffisent pour entraîner une modification durable du contrôle ([25]).

(21) Il peut y avoir prise de contrôle même si les parties n'en manifestent pas l'intention ou si l'acquéreur n'est que passif et que la prise de contrôle résulte d'une action déclenchée par des tiers. C'est notamment le cas lorsque l'actionnaire bénéficie d'un héritage pouvant conduire à une modification du contrôle ou lorsque la sortie d'un actionnaire se traduit par une modification du contrôle, en particulier par la transformation d'un contrôle en commun en un contrôle exclusif ([26]). L'article 3, paragraphe 1, point b), couvre ce type de scénario, en précisant que le contrôle peut être acquis par "tout autre moyen".

Le contrôle au regard du droit national des sociétés

(22) La législation nationale d'un État membre comporte parfois des règles spécifiques concernant la structure des organes en charge du processus décisionnel au sein d'une entreprise. Si ces règles confèrent parfois un certain pouvoir de contrôle à des personnes autres que les actionnaires, en particulier les représentants des salariés, la notion de contrôle au sens du règlement sur les concentrations ne recouvre pas ce type de moyen d'influence puisqu'il traite de l'influence déterminante découlant de droits, d'éléments d'actifs, de contrats ou de tout autre moyen équivalent de fait. Les restrictions inscrites dans les statuts ou dans la loi en ce qui concerne la composition du conseil d'administration et les personnes admises à y siéger, telles que les dispositions imposant la désignation de membres indépendants ou d'exclusion des personnes en fonction ou employées par les sociétés mères n'empêchent pas, pour autant, l'existence d'un contrôle, dès lors que les actionnaires déterminent la composition des organes de décision. ([27]). De même, en dépit des dispositions du droit national qui prévoient que les décisions d'une société doivent être prises par les organes de la société et aller dans le sens de ses intérêts, le pouvoir d'adopter ces décisions appartient aux personnes titulaires des droits de vote et celles-ci ont dès lors la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la société ([28]).

([23]) Affaire M.940 — UBS/Mister Minit, dans le contexte de l'article 5, paragraphe 4, point b), du règlement sur les concentrations. Pour la prise en compte des relations de franchise dans le cadre de l'appréciation sous l'angle de la concurrence, voir l'affaire COMP/M.4220 — Food Service Project/Tele Pizza du 6 juin 2006. La situation, dans l'affaire IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits du 28 avril 1992, doit être distinguée de celle des accords de franchise. Dans cette affaire, qui s'inscrit elle aussi dans le contexte de l'article 5, paragraphe 4, point b), la société hôtelière avait le droit de gérer les hôtels dans lesquels elle ne détenait qu'une participation minoritaire, du fait de la conclusion de contrats de long terme de gestion hôtelière lui permettant d'exercer une influence décisive sur les activités quotidiennes de ces hôtels, et notamment de prendre des décisions en matière budgétaire.

([24]) Voir l'affaire IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB du 22 janvier 1997, l'affaire IV/ESCS.1031 — US/Sollac/Bamesa du 28 juillet 1993 et l'affaire IV/M.625 — Nordic Capital/Transpool du 23 août 1995; pour les critères, voir également l'affaire IV/M.697 — Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation du 27 mars 1996.

([25]) Voir l'affaire IV/M.258 — CCIE/GTE du 25 septembre 1992, dans laquelle la Commission a conclu à l'absence de contrôle en raison du caractère temporaire des accords commerciaux concernés.

([26]) Voir l'affaire COMP/M.3330 — RTL/M6 du 12 mars 2004 et l'affaire COMP/M.452 — Avesta (II) du 9 juin 1994.

([27]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 70, 73, 74, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([28]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 79, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

Le contrôle dans d'autres domaines de la législation

(23) La notion de contrôle au sens du règlement sur les concentrations peut être différente de celle qui s'applique dans des domaines particuliers de la législation communautaire ou nationale, tels que par exemple les règles prudentielles, la fiscalité, le transport aérien ou les médias. Dès lors, l'interprétation de la notion de "contrôle" dans d'autres domaines ne constitue pas nécessairement un élément décisif au regard de la notion de contrôle telle qu'elle s'applique dans le cadre du règlement sur les concentrations.

1.3. ***Objet du contrôle***

(24) Le règlement sur les concentrations dispose, dans son article 3, paragraphe 1, point b), et paragraphe 2, que l'objet du contrôle peut consister dans l'ensemble ou des parties d'une ou plusieurs entreprises constituant des entités juridiques, dans les éléments d'actifs de ces entités, ou seulement dans certains éléments d'actifs de celles-ci. L'acquisition d'un contrôle par le biais d'éléments d'actifs ne peut être assimilée à une concentration que si ces éléments d'actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise, c'est-à-dire une activité se traduisant par la présence sur un marché et à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté ([29]). La cession de la clientèle d'une entreprise peut remplir ces critères si elle suffit à transférer une activité générant un chiffre d'affaires sur le marché ([30]). Une opération se limitant aux actifs incorporels tels que les marques, les brevets ou les droits d'auteur peut également être assimilée à une concentration si ces éléments d'actifs constituent une activité économique à laquelle est rattaché un chiffre d'affaires. En tout état de cause, la cession de licences de marques, de brevets ou de droits d'auteur, sans éléments d'actifs complémentaires, ne peut remplir ces critères que s'il s'agit de licences exclusives, à tout le moins sur un certain territoire, et que leur cession conduit au transfert de l'activité génératrice du chiffre d'affaires ([31]). Il paraît exclu que les licences non exclusives puissent constituer, à elles seules, une activité à laquelle est rattaché un chiffre d'affaires.

(25) Des problèmes spécifiques se posent lorsqu'une entreprise externalise, au bénéfice d'un prestataire de services, des activités qu'elle assurait jusque-là en interne, telles que la fourniture de services ou la fabrication de produits. L'externalisation de services informatiques au bénéfice d'entreprises spécialisées en constitue un exemple typique. Les contrats d'externalisation peuvent revêtir plusieurs formes; tous ont pour objectif de faire fournir par un prestataire de services externe les services que le client assurait jusque-là en interne. Les cas d'externalisation simple n'impliquent aucune cession d'éléments d'actifs ou de salariés aux prestataires de services externes, tous les éléments d'actifs ou salariés restant généralement rattachés aux clients. Ce type de contrat d'externalisation s'apparente à un contrat de service normal et même si le prestataire de services externe acquiert le droit de piloter ces éléments d'actifs et de diriger les salariés du client, la concentration n'est pas réalisée dès lors que les éléments d'actifs et des salariés sont exclusivement utilisés pour servir celui-ci.

(26) La situation peut être différente lorsque l'externalisation de certaines activités précédemment assurées en interne s'accompagne d'une cession des actifs et/ou du personnel qui leur sont associés. Dans ce cas, une concentration n'est réalisée que si les éléments d'actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise, déployant une activité se matérialisant par une présence sur le marché. Pour ce faire, il faut que les éléments d'actifs précédemment affectés aux activités internes du vendeur permettent aux prestataires de services externes de fournir des services non seulement aux clients qui externalisent ces activités, mais également à des tiers, immédiatement ou peu après la cession desdits éléments d'actifs. Ce sera le cas si la cession concerne une entité ou une filiale de l'entreprise qui fournissait déjà des prestations de services à des tiers. Dans le secteur de la production, si les tiers ne bénéficient pas de telles prestations, les éléments d'actifs cédés devraient comprendre des infrastructures de production, le savoir-faire lié au produit (il suffira en l'occurrence que les éléments d'actifs cédés permettent le développement de ce savoir faire à court terme) et, en l'absence d'accès au marché, les moyens pour l'acquéreur de développer un accès au marché à court terme (incluant notamment les contrats ou

([29]) Voir, par exemple, l'affaire COMP/M. 3867 — Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22 décembre 2005.
([30]) Affaire COMP/M.2857 — ECS/IEH du 23 décembre 2002.
([31]) En outre, l'octroi de licences et la cession de licences de brevets ne constitueront une concentration que si ces opérations revêtent un caractère durable. À cet égard, un raisonnement similaire à celui exposé au point 18 ci-dessus, relatif à la prise de contrôle au moyen d'accords (de longue durée) s'applique.

marques existants) ([32]). Concernant la prestation de services, les éléments d'actifs cédés devraient englober le savoir-faire nécessaire (c'est-à-dire le personnel et la propriété intellectuelle correspondants) et les infrastructures qui permettent d'accéder au marché (notamment, les instruments de commercialisation) ([33]). Dès lors, les éléments d'actifs transférés doivent comprendre au moins les éléments clés susceptibles de permettre à l'acquéreur de développer une présence sur le marché dans un délai analogue à la période de démarrage prévue pour les entreprises communes et visée aux points 97 et 100 ci-après. Comme pour les entreprises communes, la Commission tiendra compte, lors de son appréciation, de plans d'entreprise dûment étayés et des caractéristiques générales du marché.

(27) Si les éléments d'actifs cédés ne permettent pas à l'acquéreur d'au moins développer une présence sur le marché, il est probable qu'ils ne seront utilisés que pour fournir des services au client ayant externalisé une partie son activité. Dans ce cas, l'opération ne conduira pas à une modification durable de la structure du marché et le contrat d'externalisation s'apparentera alors, à nouveau, à un contrat de service. L'opération ne constituera pas une concentration. Les conditions spécifiques qui doivent être remplies pour qu'une entreprise commune fournissant des services externalisés soit considérée comme une concentration sont évaluées au point consacré aux entreprises communes de plein exercice.

1.4. *Modification durable du contrôle*

(28) Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations, une concentration n'est réputée réalisée que si l'opération entraîne une modification durable du contrôle de l'entreprise concernée et, comme le précise le considérant 20, de la structure du marché. Aussi, le règlement sur les concentrations ne couvre-t-il pas les opérations n'entraînant qu'une modification temporaire du contrôle. Toutefois, le fait que des accords sous-jacents soient conclus pour une durée déterminée n'exclut pas la possibilité d'une modification durable du contrôle lorsque ces accords sont renouvelables. Une concentration peut être réalisée quand bien même les accords prévoient une date d'expiration précise, dès lors que la période couverte par l'accord est suffisamment longue pour conduire à une modification durable du contrôle des entreprises concernées ([34]).

(29) La question de savoir dans quelle mesure une opération conduit à une modification durable de la structure du marché doit également être prise en compte pour évaluer une série d'opérations dont la première n'est que de nature transitoire. Plusieurs scénarios peuvent être distingués à cet égard.

(30) Dans un de ces scénarios, plusieurs entreprises se regroupent dans le seul but d'acquérir une autre entreprise sur la base d'un accord visant à répartir, dès la réalisation de l'opération et selon un plan préétabli, les éléments d'actifs ainsi acquis. Dans un premier temps, l'acquisition de l'ensemble de la société cible est réalisée par une ou plusieurs entreprises. Dans un deuxième temps, les éléments d'actifs ainsi acquis sont répartis entre plusieurs entreprises. La question qui se pose alors est de savoir si la première opération doit être considérée comme une concentration distincte, impliquant l'acquisition d'un contrôle exclusif (dans le cas d'un acquéreur unique) ou d'un contrôle en commun (dans le cas d'un achat en commun) de l'ensemble de l'entreprise cible, ou si seules les acquisitions réalisées dans un deuxième temps constituent des concentrations, dans le cadre de laquelle chacune des entreprises acquéreuses acquiert la partie qui l'intéresse de l'entreprise cible.

([32]) Voir l'affaire COMP/M.1841 — Celestica/IBM du 25 février 2000, l'affaire COMP/M.1849 — Solectron/Ericsson du 29 février 2000, l'affaire COMP/M.2479 — Flextronics/Alcatel du 29 juin 2001 et l'affaire COMP/M.2629 — Flextronics/Xerox du 12 novembre 2001.

([33]) Voir, dans le contexte d'entreprises communes, l'affaire IV/M.560 — EDS/Lufthansa du 11 mai 1995 et l'affaire COMP/M.2478 — IBM Italia/Business Solutions/JV du 29 juin 2001.

([34]) Voir, pour les affaires relatives aux entreprises communes, l'affaire COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV du 30 avril 2003, dans laquelle une période de 12 ans a été jugée suffisante, et l'affaire COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV du 11 février 2002, dans laquelle la durée du contrat était de 8 ans. Dans l'affaire COMP/M.3858 — Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien du 20 juillet 2005, la Commission a estimé qu'une période minimale de 10 à 15 ans était suffisante, contrairement à une période de trois ans. La prise de contrôle par acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs n'est normalement pas limitée en termes de durée et est donc présumée se traduire par une modification durable du contrôle. Ce n'est que dans les scénarios exposés aux points 29 et suivants qu'une prise de contrôle par acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs peut être considérée, à titre exceptionnel, comme étant de nature transitoire et n'entraînant pas de modification durable du contrôle des entreprises concernées.

(31) La Commission estime que la première opération ne constitue pas une concentration, et étudie l'acquisition du contrôle par l'acquéreur final, à condition qu'un certain nombre d'éléments soient réunis. Premièrement, le démantèlement ultérieur doit avoir été convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante. Deuxièmement, il ne peut exister aucun doute quant à la célérité de la deuxième étape, à savoir la répartition des éléments d'actifs acquis, qui doit intervenir peu de temps après la première acquisition. La Commission considère qu'en principe, le délai maximum pour la répartition des éléments d'actifs devrait être d'un an ([35]).

(32) Si les deux conditions sont réunies, la première acquisition ne conduit pas à une modification structurelle durable. Il n'y a pas de concentration effective de la puissance économique entre l'acquéreur (ou les acquéreurs) et la société cible dans son ensemble étant donné que les éléments d'actifs acquis ne sont pas détenus durablement en l'état, mais uniquement durant la période nécessaire pour procéder à leur démantèlement immédiat. Dans ce cas, seules les acquisitions des différentes parties de l'entreprise dans le cadre de la deuxième étape constitueront des concentrations, chacune des acquisitions par les différents acquéreurs constituant une concentration distincte. Le fait que la première acquisition soit réalisée par une seule entreprise ([36]) ou conjointement par les entreprises qui sont également impliquées dans la deuxième étape ([37]) n'a aucune importance. En tout état de cause, il y a lieu de noter que la décision des autorités de contrôle n'autorisera le rachat de l'ensemble de l'entreprise cible que si le démantèlement intervient dans un délai rapproché et que les différentes parties de l'entreprise cible sont directement vendues à l'acquéreur final.

(33) En revanche, lorsque ces conditions ne sont pas remplies, et en particulier s'il existe un doute quant à la célérité de la deuxième étape après la première acquisition, la Commission considére la première opération comme une concentration distincte, impliquant l'ensemble de l'entreprise cible. C'est notamment le cas lorsque la première opération risque de se réaliser indépendamment de la seconde ([38]) ou si une période transitoire plus longue est nécessaire pour scinder l'entreprise cible ([39]).

(34) Un deuxième scénario possible consiste en une opération conduisant à un contrôle en commun durant une période de démarrage mais converti, en vertu d'accords juridiquement contraignants, en contrôle exclusif exercé par un des actionnaires. Compte tenu du fait que le contrôle en commun peut ne pas constituer une modification durable du contrôle, toute l'opération peut être considérée comme une acquisition de contrôle exclusif. Par le passé, la Commission a admis que ces périodes de démarrage pouvaient aller jusqu'à trois ans ([40]). Une telle période paraît trop longue pour exclure une influence du contrôle en commun sur la structure du marché. La période en question devrait dès lors, de manière générale, ne pas dépasser un an et la période de contrôle en commun n'être que de nature transitoire ([41]). Seul un tel laps de temps relativement court permettra de faire en sorte que la période de contrôle en commun ne puisse avoir, selon toute probabilité, une incidence particulière sur la structure du marché et puisse dès lors être considérée comme ne conduisant pas à une modification durable du contrôle.

(35) Dans un troisième scénario, une entreprise est "confiée" à un acquéreur provisoire, souvent une banque, sur la base d'un accord prévoyant la revente future de l'activité à un acquéreur final. L'acquéreur provisoire acquiert généralement les actions "pour le compte" de l'acquéreur final, qui supporte souvent la majeure partie des risques économiques et peut également se voir accorder des droits spécifiques. Dans ce cas de figure, la première opération n'est destinée qu'à faciliter la seconde, et le premier acquéreur est directement lié à l'acquéreur final. Contrairement à la situation décrite dans le

([35]) Voir, par exemple, l'affaire COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq du 24 juin 2005 et l'affaire COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq du 10 juin 2005, dans lesquelles la répartition des éléments d'actifs devait devenir effective dans les six mois après l'acquisition de ces derniers.

([36]) Pour une première acquisition par une seule entreprise, voir l'affaire COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq du 24 juin 2005 et l'affaire COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard du 10 juin 2005, ainsi que l'affaire COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth du 12 janvier 2001.

([37]) Pour une acquisition commune, voir l'affaire COMP/M.1630 — Air Liquide/BOC du 18 janvier 2000, l'affaire COMP/M.1922 — Siemens/Bosch/Atecs du 11 août 2000 et l'affaire COMP/M.2059 — Siemens/Dematic/VDO Sachs du 29 août 2000.

([38]) Voir l'affaire COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl du 21 novembre 2001 et l'affaire COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum du 21 novembre 2001.

([39]) Affaire COMP/M.3372 — Carlsberg/Holsten du 16 mars 2004.

([40]) Affaire IV/M.425 — British Telecom/Santander du 28 mars 1994.

([41]) Voir l'affaire M.2389 — Shell/DEA du 20 décembre 2001, dans laquelle l'acquéreur final du contrôle exclusif exerçait une forte influence sur la gestion opérationnelle durant la période de contrôle en commun; voir aussi l'affaire M.2854 — RAG/Degussa du 18 novembre 2002, dans laquelle la période transitoire avait été conçue pour faciliter une restructuration interne postérieure à la fusion.

premier scenario, aux paragraphes 30-33, aucun autre acquéreur final n'est impliqué, la cible reste inchangée et l'enchaînement des transactions résulte de l'initiative du seul acquéreur final. À compter de la date d'adoption de la présente communication, la Commission examinera l'acquisition du contrôle par l'acquéreur final telle que prévue aux termes des accords conclus entre les parties. La Commission considérera que l'opération par laquelle l'acquéreur provisoire acquiert le contrôle constitue la première étape d'une opération de concentration unique couvrant la prise de contrôle durable par l'acquéreur final.

1.5. *Opérations interdépendantes*

1.5.1. Relation entre l'article 3 et l'article 5, paragraphe 2, second alinéa

(36) Des opérations multiples peuvent être assimilées à une concentration unique au sens du règlement sur les concentrations, que ce soit en vertu du principe général énoncé à l'article 3 — interdépendance des opérations — ou en vertu de la disposition spécifique de l'article 5, paragraphe 2, second alinéa.

(37) L'article 5, paragraphe 2, second alinéa, traite d'une question différente de celle visée à l'article 3 du règlement sur les concentrations. Ce dernier définit l'existence d'une "concentration" en termes généraux et concrets, sans toutefois directement régler la question de la compétence de la Commission en matière de concentrations. L'article 5 vise quant à lui à préciser le champ d'application du règlement sur les concentrations, notamment en définissant le chiffre d'affaires à prendre en compte pour évaluer la dimension communautaire d'une concentration. A cet égard, l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, permet à la Commission d'assimiler des opérations multiples à une seule et même opération de concentration aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. La question de savoir si, en application de l'article 3, une série d'opérations doivent être considérées comme donnant lieu à une concentration unique ou à des concentrations distinctes, précède fort logiquement la question abordée à l'article 5, paragraphe 2, second alinéa ([42]).

1.5.2. Opérations interdépendantes au sens de l'article 3

(38) La définition générale et téléologique d'une concentration figurant à l'article 3, paragraphe 1 — l'issue étant l'acquisition du contrôle d'une ou de plusieurs entreprises — implique qu'il importe peu de savoir si le contrôle a été acquis à l'issue d'une seule ou de plusieurs opérations juridiques dès lors que le résultat final résulte en une concentration unique. Des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration aux fins de l'article 3 dès lors qu'elles sont par essence unitaires. Toute la question est alors de savoir si le résultat conduit à conférer à une ou plusieurs entreprises un contrôle économique direct ou indirect sur les activités d'une ou de plusieurs autres entreprises. Pour y répondre, il convient de cerner la réalité économique sous-jacente, et donc l'objectif économique poursuivi par les parties. En d'autres termes, pour apprécier le caractère unitaire des opérations en question, il convient de déterminer, dans chaque cas, si ces opérations sont interdépendantes au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre ([43]).

(39) Le considérant 20 du règlement sur les concentrations explique à cet égard qu'il convient d'assimiler à une opération de concentration unique les opérations qui sont étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel. L'exigence d'interdépendance des opérations, explicitée par le Tribunal de première instance dans son arrêt Cementbouw ([44]), correspond à cet égard à l'explication relative aux opérations faisant l'objet d'un lien conditionnel, figurant dans le considérant 20.

(40) Cette approche générale reflète, d'une part, la philosophie selon laquelle, dans le cadre du règlement sur les concentrations, les opérations qui constituent un tout en fonction des objectifs économiques poursuivis par les parties doivent également être appréciées dans le cadre d'une seule et même procédure. Dans ces cas, la modification de la structure du marché est induite par l'ensemble de ces opérations mises bout à bout. D'autre part, dès lors que les différentes opérations ne sont pas interdépendantes et que les parties mèneraient à son terme une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, il semble approprié d'évaluer ces opérations individuellement dans le cadre du règlement sur les concentrations.

([42]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 113-119, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.
([43]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 104-109, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.
([44]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 106-109, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

(41) Ceci étant, des opérations multiples, même faisant l'objet d'un lien conditionnel réciproque, ne peuvent être considérées comme une concentration unique que si, *in fine*, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Dans ce cas et dans ce cas seulement, deux ou plusieurs opérations peuvent être considérées comme étant unitaires par essence, constituant dès lors une concentration unique aux fins de l'article 3 ([45]). Cette approche exclut les scissions d'entreprises communes dans le cadre desquelles différentes parties d'une entreprise sont réparties entre ses anciennes sociétés mères. La Commission estimera que ces opérations constituent des concentrations distinctes ([46]). La même chose vaut pour les opérations dans lesquelles deux entreprises (ou plus) s'échangent des éléments d'actifs dans le cadre d'opérations impliquant la scission d'entreprises communes ou la cession d'éléments d'actifs. Même si les parties considèrent en principe ces opérations comme interdépendantes, l'objectif poursuivi par le règlement sur les concentrations impose de procéder à une évaluation distincte des résultats de chacune des opérations. Plusieurs entreprises acquièrent le contrôle d'éléments d'actifs différents; un regroupement distinct de ressources s'opère pour chacune des entreprises acquéreuses, et l'incidence de chacune de ces prises de contrôle sur le marché doit être analysée séparément au titre du règlement sur les concentrations.

(42) L'acquisition de contrôle de niveaux différents (par exemple le contrôle en commun d'une activité et le contrôle exclusif d'une autre) soulève des questions spécifiques. Une opération impliquant la prise de contrôle en commun d'une partie d'une entreprise et la prise de contrôle exclusif d'une autre partie est en principe considérée comme deux opérations de concentration distinctes au sens du règlement sur les concentrations ([47]). Ces opérations constituent une concentration unique lorsqu'elles sont interdépendantes et lorsque l'entreprise acquérant le contrôle exclusif acquiert aussi le contrôle en commun. Ce scénario est en tout état de cause considéré comme constituant une concentration unique dans la mesure où il s'agit de l'acquisition d'une personne morale à laquelle appartiennent à la fois l'entreprise contrôlée exclusivement et l'entreprise contrôlée en commun. Compte tenu de l'interprétation figurant au considérant 20, la situation dans laquelle une seule et même entreprise acquiert un contrôle exclusif et commun d'autres entreprises sur la base d'accords interdépendants doit être traitée de manière analogue. Ces opérations, si elles sont interdépendantes, constituent donc une concentration unique.

Exigences de conditionnalité des opérations

(43) La conditionnalité requise implique qu'aucune des opérations ne pourrait avoir lieu sans les autres et que l'ensemble de ces opérations constitue dès lors une opération unique ([48]). Cette conditionnalité est normalement démontrée dès lors que les opérations sont liées en droit, c'est-à-dire lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque. Si une conditionnalité de fait peut être établie de manière satisfaisante, elle peut être également suffisante pour permettre de considérer les opérations comme une opération de concentration unique. Pour ce faire, il convient d'évaluer, sur le plan économique, si chacune des opérations dépend de la réalisation des autres ([49]). L'interdépendance d'opérations multiples peut apparaître au vu des déclarations faites par les parties elles-mêmes ou de la conclusion simultanée des accords en cause; en l'absence de cette simultanéité, il sera difficile de conclure à l'inter-conditionnalité de fait d'opérations multiples. Une absence manifeste de simultanéité pour des opérations faisant juridiquement l'objet d'un lien conditionnel sera, elle aussi, de nature à susciter le doute quant à leur véritable interdépendance.

(44) Le principe selon lequel des opérations multiples peuvent être assimilées à une opération de concentration unique dans les conditions décrites ci-dessus ne s'applique que s'il en résulte une prise de contrôle d'une ou de plusieurs entreprises par la ou les mêmes personnes ou entreprises. Premièrement, il peut en être ainsi lorsqu'une activité ou une entreprise individuelle est acquise par le biais de plusieurs opérations juridiques. Deuxièmement, la prise de contrôle de plusieurs entreprises — qui, en tant que telle, pourrait être assimilée à des concentrations distinctes — peut être considérée, par les liens qu'elle fait apparaître, comme constituant une concentration unique. En revanche, il n'est pas possible, en vertu du règlement sur les concentrations, d'établir un lien entre différentes opérations juridiques qui ne concernent qu'en partie la prise de contrôle d'entreprises, et en partie l'acquisition

([45]) Sont aussi couverts les cas dans lesquels une entreprise vend une activité à un acheteur, puis acquiert ce dernier avec l'activité vendue; voir l'affaire COMP/M.4521 — LGI/Telenet du 26 février 2007.

([46]) Voir les affaires comparables COMP/M.3293 — Shell/BEB et COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB du 20 novembre 2003; l'affaire IV/M.197 — Solvay/Laporte du 30 avril 1992.

([47]) Voir l'affaire IV/M.409 — ABB/Renault Automation du 9 mars 1994.

([48]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 127 et suivants, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([49]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 131 et suivants, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319. Voir l'affaire COMP/M.4521 — LGI/Telenet du 26 février 2007, dans laquelle l'interdépendance reposait sur le fait que deux opérations avaient été décidées et effectuées simultanément et que, compte tenu de l'objectif économique poursuivi par les parties, aucune d'elles n'aurait pu être réalisée sans l'autre.

d'autres éléments d'actifs, tels que des participations minoritaires sans contrôle. Il ne serait pas compatible avec le cadre général et l'objectif du règlement sur les concentrations de considérer que des opérations différentes, faisant l'objet d'un lien conditionnel, constituent un tout indissociable dans le cadre du règlement dès lors qu'une partie seulement de ces opérations conduit à une modification du contrôle d'une cible donnée.

Acquisition d'une entreprise unique

(45) Il peut dès lors y avoir concentration unique lorsque le ou les mêmes acheteurs prennent le contrôle d'une entreprise unique, c'est-à-dire d'une seule et même entité économique, par le biais de plusieurs opérations juridiques, dès lors que celles-ci font l'objet d'un lien conditionnel. Ce sera le cas indépendamment du fait que cette entité soit acquise dans le cadre d'une structure consistant en une ou plusieurs sociétés, ou que les divers éléments d'actifs acquis constituent une entité économique unique gérée avec un objectif commercial commun, auquel tous les éléments d'actifs contribuent. Une telle entité peut comporter des participations minoritaires et majoritaires dans des sociétés, ainsi que des actifs corporels et incorporels. Si plusieurs opérations juridiques interdépendantes sont nécessaires pour transmettre cette entité, ces opérations constituent une concentration unique ([50]).

Prises de contrôle parallèles et en série

(46) S'agissant des acquisitions multiples et de leur assimilation éventuelle à une concentration unique, plusieurs scénarios se sont présentés jusqu'à présent dans la pratique décisionnelle de la Commission. Un premier scénario est l'acquisition parallèle d'un contrôle, dans le cadre de laquelle l'entreprise A prend le contrôle en parallèle des entreprises B et C qui sont la propriété de vendeurs distincts, étant entendu que A ne sera tenue d'acheter ces deux entreprises et que les deux vendeurs ne seront tenus de vendre que si les deux opérations aboutissent ([51]). Un autre scénario possible est une prise de contrôle en série, dans laquelle l'entreprise A acquiert le contrôle de l'entreprise B à condition que B ait préalablement acquis ou acquière simultanément l'entreprise C, comme ce fut le cas dans l'affaire Kingfisher ([52]).

Prises de contrôle en commun/exclusif en série

(47) La Commission adopte une approche analogue à celle du dossier Kingfisher lorsque, dans le cadre d'opérations en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission ([53]).

1.5.3. Série d'opérations sur titres

(48) Le considérant 20 du règlement sur les concentrations explique par ailleurs qu'une concentration unique est également réalisée lorsque la prise de contrôle d'une entreprise découle d'une série d'opérations sur titres avec un ou plusieurs vendeurs, effectuées dans un délai raisonnablement court. Dans de telles situations, la concentration ne se limite pas à l'acquisition de l'action "décisive", mais couvre toutes les acquisitions de titres qui s'effectuent dans un délai raisonnablement court.

([50]) Voir l'affaire IV/M.470 — Gencor/Shell du 29 août 1994, l'affaire COMP/M.3410 — Total/Gaz de France du 8 octobre 2004, l'affaire IV/M.957 — L'Oréal/Procasa/Cosmetique Iberica/Albesa du 19 septembre 1997, l'affaire IV/M.861 — Textron/Kautex du 18 décembre 1996, dans laquelle tous les éléments d'actifs ont également été utilisés sur le même marché de produits. Des considérations identiques s'appliquent lorsqu'une entreprise commune est créé par plusieurs entreprises qui constituent une entité commerciale unique; voir l'affaire M.4048 — Sonae Industria/Tarkett du 12 juin 2006, dans laquelle l'interdépendance des opérations visant à constituer une entreprise commune de production et de distribution devait être établie pour démontrer l'existence d'une opération de concentration unique conduisant à la création d'une entreprise commune de plein exercice.

([51]) Affaire COMP/M.2926 — EQT/H&R/Dragoco du 16 septembre 2002; les mêmes considérations s'appliquent à la question de savoir si plusieurs fusions constituent une seule et même concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a); affaire COMP/M. 2824 — Ernst & Young/Andersen Germany du 27 août 2002.

([52]) Affaire IV/M.1188 — Kingfisher/Wegert/ProMarkt du 18 juin 1998 et affaire COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK) du 26 juin 2002.

([53]) Affaire COMP/M.2420 — Mitsui/CVRD/Caemi du 30 octobre 2001.

1.5.4. Article 5, paragraphe 2, second alinéa

(49) L'article 5, paragraphe 2, second alinéa, comporte une règle spécifique permettant à la Commission de considérer des opérations successives effectuées durant une période déterminée comme une seule concentration aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. Le but de cette disposition est d'assurer que les mêmes personnes ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper à la compétence conférée à la Commission par le règlement sur les concentrations ([54]).

(50) Lorsque des opérations successives (chacune d'elles entraînant une prise de contrôle) sont effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises, elles sont considérées comme une seule concentration ([55]), qu'elles portent ou non sur des éléments d'une même entreprise et qu'elles concernent ou non le même secteur. Cela ne s'applique pas lorsqu'à ces mêmes personnes ou entreprises se joignent d'autres personnes ou entreprises pour certaines seulement des opérations en question. Il suffit que les opérations, bien que n'étant pas effectuées entre les mêmes entreprises, soient réalisées entre des entreprises appartenant respectivement aux mêmes groupes. La règle s'applique également à deux ou plusieurs opérations effectuées entre les mêmes personnes ou entreprises lorsque ces opérations sont effectuées simultanément. Quand elles se traduisent par des acquisitions de contrôle par les mêmes entreprises, de telles transactions simultanées constituent une seule concentration même si elles ne sont pas subordonnées l'une à l'autre ([56]). En revanche, l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, n'apparaît pas devoir s'appliquer à des opérations distinctes à partir du moment où au moins une des entreprises concernées est différente. Dans les situations impliquant une double opération débouchant, l'une, sur un contrôle exclusif et, l'autre, sur un contrôle en commun, l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, ne s'applique pas, à moins que l'autre ou les autres sociétés mères exerçant un contrôle en commun, parties à cette dernière opération, soient la ou les cédantes de la participation conférant le contrôle exclusif dans le cadre de la première opération.

1.6. *Restructuration interne*

(51) Telle qu'elle est définie, la notion de concentration au sens du règlement sur les concentrations est limitée aux changements intervenant dans la structure du contrôle. La restructuration interne d'un groupe d'entreprises ne saurait, par conséquent, constituer une concentration. Cela vaut, notamment, pour les augmentations de participations ne s'accompagnant pas d'une modification de la structure du contrôle, pour les opérations de restructuration, telles que le regroupement d'une structure à double cotation en une entité juridique unique ou encore la fusion de filiales. Une concentration ne peut avoir lieu que si l'opération entraîne une modification de la qualité du contrôle d'une entreprise et qu'elle n'est donc plus purement interne.

1.7. *Concentrations impliquant des entreprises publiques*

(52) Il peut arriver, à titre exceptionnel, que l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible soient toutes deux des entreprises publiques dont le capital est détenu par un même État (ou par un même organisme de droit public ou une même municipalité). Dans ce cas, la question de savoir si l'opération doit être assimilée à une restructuration interne dépend, à son tour, de la question de savoir si les deux entreprises faisaient officiellement partie du même ensemble économique. Si les entreprises faisaient partie, auparavant, d'ensembles économiques distincts dotés d'un pouvoir de décision autonome, l'opération sera considérée comme une concentration et non comme une restructuration interne ([57]). Toutefois, lorsque les différentes unités économiques continuent de disposer d'un pouvoir de décision autonome après l'opération, cette dernière ne peut être considérée que comme une restructuration interne, même si les actions des entreprises formant des unités économiques distinctes sont détenues par une seule entité, comme c'est le cas dans une holding classique ([58]).

([54]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 118, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([55]) Voir l'affaire COMP/M.3173 — E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry du 13 juin 2003. Cela vaut également pour les prises de contrôle exclusif dans lesquelles seules des parties de l'entreprise étaient précédemment détenues en commun par l'entreprise acquéreuse (affaire COMP/M. 2679 — EdF/TXU/Europe/24 Seven du 20 décembre 2001.

([56]) Affaire IV/M.1283 — Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth du 24 août 1998.

([57]) Affaire IV/M.097 — Péchiney/Usinor du 24 juin 1991; affaire IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson du 22 février 1993; affaire IV/M.931 — Neste/IVO du 2 juin 1998. Voir également le considérant 22 du règlement sur les concentrations.

([58]) Les questions spécifiques relatives au calcul du chiffre d'affaires des entreprises détenues par l'État sont traitées aux points 192 à 194.

(53) En revanche, les prérogatives exercées par un État en tant que puissance publique et non en tant qu'actionnaire, lorsqu'elles sont limitées à la seule défense de l'intérêt public, ne constituent pas un contrôle au sens du règlement sur les concentrations en ce qu'elles n'ont ni pour objet, ni pour effet, de mettre ledit État en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise ([59]).

2. **Contrôle exclusif**

(54) Il y a prise de contrôle exclusif lorsqu'une entreprise peut exercer, seule, une influence déterminante sur une autre entreprise. Il importe de distinguer deux situations dans lesquelles une entreprise jouit d'un contrôle exclusif. Dans le premier cas, l'entreprise exerçant le contrôle exclusif détient le pouvoir d'arrêter les décisions commerciales stratégiques de l'autre entreprise. Ce pouvoir est typiquement obtenu par l'acquisition d'une majorité des droits de vote. Dans le deuxième cas, il y a également contrôle exclusif lorsqu'un seul actionnaire est en mesure de bloquer les décisions stratégiques d'une entreprise, mais qu'il ne peut, à lui seul, imposer ces décisions (c'est ce que l'on appelle contrôle exclusif négatif). Dans ces circonstances, un seul actionnaire dispose, de fait, du pouvoir qui est habituellement conféré à un actionnaire qui assure le contrôle en commun d'une société, celui de bloquer l'adoption de décisions stratégiques. Contrairement à la situation prévalant dans une société contrôlée en commun, aucun autre actionnaire ne dispose du même niveau d'influence et l'actionnaire qui exerce un contrôle exclusif négatif n'est pas nécessairement tenu de collaborer avec d'autres actionnaires particuliers à la détermination de la stratégie de l'entreprise contrôlée. Dans la mesure où il peut créer une situation de blocage, cet actionnaire acquiert une influence déterminante au sens de l'article 3, paragraphe 2, et, par conséquent, un contrôle au sens du règlement sur les concentrations ([60]).

(55) Le contrôle exclusif peut être acquis sur la base de circonstances de droit et/ou de fait.

Contrôle exclusif de droit

(56) Un contrôle exclusif est normalement acquis de droit lorsqu'une entreprise obtient une majorité des droits de vote d'une société. En l'absence d'autres éléments, l'acquisition qui ne comprend pas une majorité des droits de vote ne confère normalement pas le contrôle de la société, même si elle entraîne la détention d'une majorité du capital social. Si les statuts d'une société prévoient que les décisions stratégiques se prennent à la majorité qualifiée, l'acquisition d'une majorité simple des droits de vote peut ne pas conférer le pouvoir de déterminer les décisions stratégiques d'une entreprise, mais peut être suffisante pour conférer un droit de veto à l'acquéreur et, de ce fait, un contrôle négatif.

(57) Un contrôle exclusif peut découler, de droit, d'une participation minoritaire, lorsque des droits spécifiques sont attachés à cette dernière. Il peut s'agir d'actions préférentielles auxquelles sont attachés des droits spéciaux qui donnent à l'actionnaire minoritaire la possibilité de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible, tel le pouvoir de nommer plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration. Un contrôle exclusif peut aussi être exercé par un actionnaire minoritaire ayant le droit de gérer les activités de la société et d'en déterminer la politique commerciale sur la base de la structure organisationnelle (par exemple, le principal commandité dans une société en commandite, qui, souvent, ne détient aucune participation).

(58) Typiquement, une situation de contrôle exclusif négatif survient lorsqu'un actionnaire détient 50 % du capital d'une entreprise, les 50 % restants étant aux mains de plusieurs autres actionnaires (en partant de l'hypothèse selon laquelle cette situation n'aboutit pas à un contrôle exclusif positif de fait), ou lorsque l'adoption de décisions stratégiques est soumise à une majorité qualifiée qui, dans la pratique, confère un droit de veto à un seul actionnaire, indépendamment du fait qu'il soit majoritaire ou minoritaire ([61]).

([59]) Affaire IV/M.493 –Tractebel/Distrigaz II du 1er septembre 1994.

([60]) Puisque cet actionnaire est la seule entreprise qui acquiert une influence de contrôle, il est le seul qui soit tenu de présenter une notification en vertu du règlement sur les concentrations.

([61]) Voir les affaires successives COMP/M.3537 — BBVA/BNL du 20 août 2004 et M.3678 — BBVA/BNL du 27 avril 2005, l'affaire M.3198 — VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren du 29 juillet 2003, l'affaire COMP/M.2777 — Cinven Limited/Angel Street Holdings du 8 mai 2002, l'affaire IV/M.258 — CCIE/GTE du 25 septembre 1992. Dans l'affaire COMP/M.3876 — Diester Industrie/Bunge/JV du 30 septembre 2005, la situation était particulière en ce qu'une entreprise commune détenait une participation dans une société et exerçait dès lors un contrôle exclusif négatif sur celle-ci.

Contrôle exclusif de fait

(59) Un actionnaire minoritaire peut également être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est notamment le cas lorsque celui-ci a la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures ([62]). En s'appuyant sur la structure antérieure des votes, la Commission effectue une analyse prospective et prend en considération les changements prévisibles quant à la présence des actionnaires qui pourraient survenir à la suite de l'opération ([63]). Elle examine également la position des autres actionnaires et évalue leur rôle. Cette évaluation repose notamment sur les critères suivants: large dispersion des actions restantes, liens structurels, économiques ou familiaux des autres actionnaires importants avec l'actionnaire minoritaire principal ou encore intérêt stratégique ou purement financier des autres actionnaires dans la société visée; ces critères sont appréciés au cas par cas ([64]). Si, au travers de sa participation, de la structure historique des votes à l'assemblée générale et de la position des autres actionnaires, il est probable qu'un actionnaire minoritaire obtienne une majorité stable dans cette assemblée, cet actionnaire minoritaire principal sera considéré comme exerçant un contrôle exclusif sur l'entreprise ([65]).

(60) Une option d'achat ou de conversion d'actions ne peut pas en soi conférer un contrôle exclusif, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants ([66]). Dans des circonstances exceptionnelles, une option peut néanmoins, ajoutée à d'autres éléments, permettre de conclure à l'existence d'un contrôle exclusif de fait ([67]).

Contrôle exclusif acquis par d'autres moyens que les droits de vote

(61) Outre l'acquisition d'un contrôle exclusif sur la base des droits de vote, les considérations exposées dans la section 1.2 concernant l'acquisition d'un contrôle exclusif par achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen s'appliquent également.

3. **Contrôle en commun**

(62) Il y a contrôle en commun lorsque deux ou plusieurs entreprises ou personnes ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise. Par influence déterminante, on entend habituellement le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise. Contrairement au contrôle exclusif qui accorde à un actionnaire donné le pouvoir de déterminer les décisions stratégiques d'une entreprise, le contrôle en commun se caractérise par la naissance possible d'une situation de blocage liée au fait que deux ou plusieurs sociétés mères ont le pouvoir de rejeter les décisions stratégiques proposées. Ces actionnaires doivent donc nécessairement s'entendre sur la politique commerciale de l'entreprise commune et sont appelés à collaborer ([68]).

(63) À l'instar du contrôle exclusif, la prise de contrôle en commun peut être établie sur la base de circonstances de droit ou de fait. Il y a contrôle en commun lorsque les actionnaires (sociétés mères) doivent s'entendre sur les grandes décisions concernant l'entreprise contrôlée (l'entreprise commune).

([62]) Affaire IV/M.343 — Société Générale de Belgique/Générale de Banque du 3 août 1993, affaire COMP/M.3330 — RTL/M6 du 12 mars 2004 et affaire IV/M.159 — Mediobanca/Generali du 19 décembre 1991.

([63]) Voir l'affaire COMP/M.4336 — MAN/Scania du 20 décembre 2007 en ce qui concerne la question de savoir si Volkswagen avait acquis le contrôle de MAN.

([64]) Affaire IV/M.754 — Anglo American/Lonrho du 23 avril 1997 et affaire IV/M.025 — Arjomari/Wiggins Teape du 10 février 1990.

([65]) Voir aussi l'affaire COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia du 20 septembre 2001 et l'affaire IV/M.1519 — Renault/Nissan du 12 mai 1999.

([66]) Arrêt rendu dans l'affaire T 2/93, Air France/Commission, Recueil 1994, p. II-323. Même si, normalement, elle n'entraîne pas, en soi, une concentration, une option peut être prise en considération dans le cadre de l'appréciation d'une concentration quant au fond; voir l'affaire COMP/M. 3696 — E.ON/MOL du 21 décembre 2005, points 12 à 14, 480, 762 et suivants.

([67]) Affaire IV/M.397 — Ford/Hertz du 7 mars 1994.

([68]) Voir aussi l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 42, 52 et 67, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

3.1. *Parité des droits de vote ou de représentation dans les organes de décision*

(64) La forme la plus classique de contrôle en commun est celle où deux sociétés mères se partagent à parité les droits de vote dans l'entreprise commune. Dans ce cas, il ne leur est pas nécessaire de passer un accord formel. En revanche, lorsqu'elles ont passé un accord formel, celui-ci doit être conforme au principe d'égalité entre les sociétés mères, en établissant, par exemple, que chacune d'elles a droit au même nombre de représentants dans les organes de direction et qu'aucun des membres n'a de voix prépondérante ([69]). La parité peut aussi être obtenue en donnant aux deux sociétés mères le droit de nommer un nombre égal de représentants dans les organes de décision de l'entreprise commune.

3.2. *Droits de veto*

(65) Il peut y avoir un contrôle en commun alors même qu'il n'y a pas de parité entre les deux sociétés mères en ce qui concerne les votes ou la représentation dans les organes de décision ou lorsqu'il y a plus de deux entreprises sociétés mères. Il en est ainsi lorsque des actionnaires minoritaires ont des droits supplémentaires qui leur permettent de s'opposer à des décisions capitales pour la stratégie commerciale de l'entreprise commune ([70]). Ces droits de veto peuvent être inscrits dans les statuts de l'entreprise commune ou être établis par un accord passé entre les sociétés mères. Ils peuvent revêtir la forme d'un quorum à atteindre pour adopter certaines décisions en assemblée générale ou au conseil d'administration dès lors que les sociétés mères y sont représentées. Des décisions stratégiques peuvent également être soumises à l'autorisation d'un organisme particulier, par exemple du conseil de surveillance lorsque les actionnaires minoritaires y sont représentés et font partie du quorum exigé pour prendre les décisions en question.

(66) Les droits de veto doivent porter sur des décisions stratégiques concernant la position commerciale de l'entreprise commune et aillent au-delà des droits de veto normalement consentis aux actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs dans l'entreprise commune. La protection normale des droits des actionnaires minoritaires vise les décisions sur la vie même de l'entreprise commune: modification des statuts, augmentation de capital, réduction de capital, liquidation, etc. Ainsi, un droit de veto sur la vente ou la faillite de l'entreprise commune ne confère pas le contrôle en commun à l'actionnaire minoritaire concerné ([71]).

(67) En revanche, les droits de veto qui donnent lieu à un contrôle en commun portent habituellement sur des décisions relatives à des questions telles que le budget, le plan d'entreprise (business plan), les grands investissements ou encore la nomination de l'encadrement supérieur En tout état de cause, la prise de contrôle en commun ne suppose pas que l'acquéreur ait le pouvoir d'exercer une influence déterminante sur la gestion courante d'une entreprise. Ce qui compte c'est que les droits de veto soient suffisants pour permettre aux sociétés mères d'exercer une telle influence sur la stratégie commerciale de l'entreprise commune. Qui plus est, il n'est pas nécessaire d'établir qu'un de ceux qui acquièrent le contrôle en commun de l'entreprise commune va véritablement faire usage de son influence déterminante. Il suffit qu'il dispose de la possibilité d'exercer cette influence et, partant, des droits de veto nécessaires.

(68) Pour prendre le contrôle en commun, un actionnaire minoritaire n'a pas nécessairement besoin de détenir tous les droits de veto évoqués précédemment. Une partie peut suffire, ou même un seul. Afin d'apprécier si c'est le cas ou non, on examinera le contenu exact du droit de veto proprement dit et l'importance de ce droit dans le contexte de l'activité exercée par l'entreprise commune.

([69]) Affaire COMP/M.3097 — Maersk Data/Eurogate IT/Global Transport Solutions JV du 12 mars 2003 et affaire IV/M.272 — Matra/CAP Gemini Sogeti du 17 mars 1993.
([70]) Affaire T-2/93, Air France/Commission, Recueil 1994, p. II-323 et affaire IV/M.010 — Conagra/Idea du 3 mai 1991.
([71]) Affaire IV/M.062 — Eridania/ISI du 30 juillet 1991.

Nomination du personnel d'encadrement supérieur et établissement du budget

(69) Les droits de veto les plus importants portent sur la nomination et la révocation de l'encadrement supérieur et l'approbation du budget. Le pouvoir de participer aux décisions relatives à la structure de l'encadrement supérieur (les membres du conseil d'administration, par exemple) habilite généralement son titulaire à exercer une influence déterminante sur la politique commerciale d'une entreprise. Il en est de même des décisions relatives au budget, car celui-ci délimite le cadre précis des activités de l'entreprise commune et, en particulier, les investissements qu'elle peut réaliser.

Plan d'entreprise (business plan)

(70) Le plan d'entreprise détaille traditionnellement les buts d'une société, ainsi que les mesures à prendre pour atteindre ceux-ci. Un droit de veto sur ce type de plan peut suffire à conférer un contrôle en commun en l'absence même de tout autre droit de veto. Par contre, si le plan d'entreprise ne contient que des déclarations générales sur les buts de l'entreprise commune, l'existence d'un droit de veto ne sera qu'un élément d'appréciation générale du contrôle en commun, et non une preuve, en soi, de l'existence d'un contrôle en commun.

Investissements

(71) Si le droit de veto porte sur les investissements, la portée de ce droit dépendra, en premier lieu, du niveau des investissements soumis à l'approbation des sociétés mères et, en second lieu, du rôle essentiel ou non des investissements sur le marché où l'entreprise commune est présente. En ce qui concerne le premier critère, lorsque le niveau des investissements soumis à l'approbation des sociétés mères est extrêmement élevé, le droit de veto tient davantage de la protection normale des intérêts d'un actionnaire minoritaire que d'un droit conférant un pouvoir de codécision sur la politique commerciale de l'entreprise commune. Pour ce qui est du second critère, la politique d'investissement d'une entreprise constitue habituellement un élément important pour apprécier l'existence ou non d'un contrôle en commun. En tout état de cause, il existe des marchés où les investissements ne jouent pas un rôle important dans le comportement concurrentiel d'une entreprise.

Droits particuliers à un marché donné

(72) En dehors des droits de veto classiques évoqués précédemment, il existe un certain nombre d'autres droits de veto attachés à des décisions particulières dont l'importance varie en fonction du marché sur lequel l'entreprise commune opère. Il peut s'agir de la décision concernant la technologie que l'entreprise commune va utiliser lorsque la technologie revêt un aspect fondamental des activités de cette entreprise. On citera encore les marchés qui se caractérisent par la différenciation des produits et un degré élevé d'innovation. Sur ces marchés, un droit de veto sur les décisions relatives aux nouvelles lignes de produits que l'entreprise commune va mettre au point peut constituer un élément important pour établir l'existence d'un contrôle en commun.

Appréciation globale

(73) Pour apprécier la portée relative des droits de veto, lorsqu'il en existe plusieurs, ceux-ci ne peuvent être pris chacun isolément. Au contraire, la détermination de l'existence ou non d'un contrôle commun repose sur une appréciation globale de ces droits. Toutefois, un droit de veto qui ne porte ni sur la politique commerciale stratégique, ni sur la nomination de l'encadrement supérieur, ni sur le budget ou le plan d'entreprise ne peut être considéré comme étant de nature à conférer un contrôle commun à son titulaire ([72]).

3.3. ***Exercice en commun des droits de vote***

(74) Même en l'absence de droits de veto spécifiques, deux ou plusieurs entreprises, qui acquièrent des participations minoritaires dans une autre entreprise, peuvent en prendre le contrôle en commun. Ce peut être le cas lorsque, ajoutées les unes aux autres, les participations minoritaires offrent les moyens de contrôler l'entreprise cible. Autrement dit, les actionnaires minoritaires possèdent ensemble une

([72]) Affaire IV/M.295 — SITA-RPC/SCORI du 19 mars 1993.

majorité des droits de vote, et se concertent pour les exercer. Cette concertation peut découler d'un accord juridiquement contraignant ou être démontrée sur la base de circonstances de fait.

(75) Le moyen juridique de garantir l'exercice en commun des droits de vote peut revêtir la forme d'un holding (contrôlé conjointement) auquel les actionnaires minoritaires cèdent leurs droits, ou d'un accord par lequel ceux-ci s'engagent à agir dans le même sens (contrat de mise en commun des voix).

(76) À titre très exceptionnel, une action collective peut être démontrée sur la base des circonstances de fait lorsque les intérêts communs qui unissent les actionnaires minoritaires sont si puissants qu'ils ne vont pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits dans l'entreprise commune. Cependant, plus le nombre d'sociétés mères est grand, moins cette situation a de chances de se produire.

(77) Une grande interdépendance des sociétés mères quant à la réalisation des objectifs stratégiques de l'entreprise commune est le signe d'une telle communauté d'intérêts. C'est notamment le cas lorsque chaque entreprise fondatrice octroie à l'entreprise commune un apport vital pour son exploitation (technologies particulières, savoir-faire local, contrats d'approvisionnement, etc.) ([73]). Dans ces circonstances, les sociétés mères ont la possibilité de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise commune et ne peuvent donc réussir à gérer celle-ci qu'en s'accordant sur ces décisions stratégiques même en l'absence de dispositions relatives des droits de veto. Elles sont dès lors tenues de coopérer ([74]). D'autres éléments peuvent être pris en compte, par exemple les procédures de prise de décision définies de manière à permettre aux sociétés mères d'exercer un contrôle en commun même en l'absence d'accords explicites octroyant des droits de veto ou d'autres liens entre les actionnaires minoritaires de l'entreprise commune ([75]).

(78) Ce cas de figure peut non seulement se présenter lorsque deux actionnaires minoritaires ou plus détiennent, de fait, le contrôle en commun d'une entreprise, mais aussi lorsqu'un actionnaire majoritaire dépend fortement d'un actionnaire minoritaire. Il peut en être ainsi lorsque l'entreprise commune dépend économiquement et financièrement de l'actionnaire minoritaire ou lorsque ce dernier est le seul à disposer du savoir-faire requis et est appelé à jouer un rôle crucial dans l'exploitation de l'entreprise commune, alors que l'actionnaire majoritaire est un simple investisseur ([76]). En pareil cas, l'actionnaire majoritaire ne pourra pas imposer ses vues, mais son partenaire dans le cadre de l'entreprise commune pourra bloquer les décisions stratégiques, de sorte que les deux sociétés mères devront coopérer en permanence. Cette situation entraîne un contrôle commun de fait, qui prime sur une évaluation en droit d'après laquelle il aurait pu être considéré que l'actionnaire majoritaire détenait un contrôle exclusif.

(79) Ces critères s'appliquent à la création d'une nouvelle entreprise commune ainsi qu'aux acquisitions de participations minoritaires qui confèrent ensemble un contrôle en commun. Dans le cas d'acquisitions de participations, la probabilité de de l'existence d'intérêts communs est plus grande si l'opération s'effectue au moyen d'une action concertée. Une acquisition au moyen d'une action concertée ne suffit toutefois pas, à elle seule, à établir un contrôle en commun de fait. En règle générale, l'intérêt commun des investisseurs financiers (ou des créanciers) d'une société au rendement de l'investissement ne constitue pas une communauté d'intérêts débouchant sur l'exercice d'un contrôle en commun de fait.

([73]) Affaire COMP/JV.55 –Hutchinson/RCPM/ECT du 3 juillet 2001; voir aussi l'affaire IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol du 20 septembre 1995.

([74]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphes 42, 52 et 67, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([75]) Affaire COMP/JV.55 –Hutchinson/RCPM/ECT du 3 juillet 2001; voir aussi l'affaire IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol du 20 septembre 1995.

([76]) Affaire IV/M. 967 — KLM/Air UK du 22 septembre 1997 et affaire COMP/M.4085 — Arcelor/Oyak/Erdemir du 13 février 2006.

(80) En l'absence d'intérêts communs puissants tels que décrits ci-dessus, la naissance possible d'alliances fluctuantes entre les actionnaires minoritaires conduit normalement à rejeter l'hypothèse d'un contrôle en commun. Dès lors qu'il n'y a pas de majorité stable dans la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires, il est impossible de présumer que les actionnaires minoritaires (ou certains d'entre eux) vont contrôler conjointement l'entreprise cible ([77]). À cet égard, il ne suffit pas que deux ou plusieurs parties ayant une participation égale au capital de l'entreprise conviennent de droits et de pouvoirs identiques, si cela ne leur confère pas de droits de veto stratégiques. Par exemple, dans une entreprise qui compte trois actionnaires détenant chacun un tiers du capital social et élisant chacun un tiers des membres du conseil d'administration, les actionnaires n'exercent pas un contrôle en commun sur cette entreprise, puisque les décisions doivent être prises à la majorité simple.

3.4. ***Autres considérations relatives au contrôle en commun***

Rôle inégal des sociétés mères

(81) Le contrôle en commun n'est pas incompatible avec le fait, pour l'une des sociétés mères, d'avoir une connaissance et une expérience poussées de l'activité de l'entreprise commune. Dans un tel cas de figure, l'autre entreprise fondatrice ne peut jouer qu'un rôle modeste, voire inexistant, dans la gestion quotidienne de l'entreprise commune, sa présence n'étant alors justifiée que par des considérations d'ordre financier, de stratégie à long terme, d'image de marque ou de politique générale. Elle doit néanmoins toujours conserver, en fait, la possibilité de contester les décisions prises par la première entreprise fondatrice sur une base d'égalité des droits de vote ou des droits de nomination dans les organes de décision ou au moyen de droits de veto sur des questions stratégiques. Sans cela, le contrôle serait purement exclusif.

Voix prépondérante

(82) L'existence d'un contrôle en commun implique qu'aucune voix prépondérante ne soit accordée à une des sociétés mères, car cela déboucherait sur le contrôle exclusif de la société bénéficiant de la voix prépondérante. Il peut néanmoins y avoir contrôle commun si, dans la pratique, la pertinence et l'efficacité de cette voix prépondérante sont limitées. Ce peut être le cas si cette voix prépondérante ne peut être exprimée qu'à l'issue d'une longue procédure d'arbitrage ou de plusieurs tentatives de conciliation, si elle ne porte que sur un domaine très restreint, si son utilisation déclenche une option de vente entraînant une lourde charge financière ou encore si l'interdépendance des sociétés mères rend cette utilisation improbable ([78]).

III. MODIFICATIONS DE LA QUALITÉ DU CONTRÔLE

(83) Le règlement sur les concentrations couvre les opérations conduisant à l'acquisition d'un contrôle exclusif ou en commun, notamment lorsqu'elles entraînent des modifications dans la qualité du contrôle. Premièrement, il y a modification de la qualité du contrôle débouchant sur une opération de concentration s'il y a passage d'un contrôle unique à un contrôle en commun. Deuxièmement, il y a modification de la qualité du contrôle dans une situation de contrôle en commun avant et après l'opération s'il y a augmentation du nombre d'actionnaires, ou changement de leur identité. En revanche, la qualité du contrôle n'est pas modifiée en cas de passage d'un contrôle exclusif négatif à un contrôle exclusif positif. Un tel changement n'a d'influence ni sur les motivations de l'actionnaire qui perd son contrôle négatif ni sur la nature du contrôle puisque l'actionnaire contrôlant n'était pas nécessairement tenu de collaborer avec des actionnaires particuliers lorsqu'il exerçait un contrôle négatif. En tout état de cause, les simples changements du niveau des participations des actionnaires contrôlants, sans modifications des pouvoirs que ceux-ci détiennent dans la société et de la composition de la structure de contrôle de la société, ne constituent pas une modification de la qualité du contrôle et, ne constituent donc pas une concentration soumise à notification.

([77]) Affaire IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola du 22 décembre 1998.
([78]) Affaire COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia du 20 septembre 2001, affaire IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol du 20 septembre 1995 et affaire IV/M.425 — British Telecom/Banco Santander du 28 mars 1994.

(84) Ces changements de la qualité du contrôle seront examinés à la lumière de deux scénarios: premièrement, l'entrée de nouveaux actionnaires détenant une participation contrôlante, en remplacement ou non d'actionnaires détenant une participation contrôlante préexistants et deuxièmement, la diminution du nombre d'actionnaires détenant une participation de contrôle.

1. **Entrée d'actionnaires contrôlants**

(85) L'entrée de nouveaux actionnaires contrôlants débouchant sur un contrôle en commun peut résulter soit du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle en commun, soit de l'arrivée d'un actionnaire supplémentaire ou du remplacement d'un actionnaire existant dans une entreprise déjà contrôlée en commun.

(86) Le passage d'un contrôle exclusif à un contrôle en commun est considéré comme une opération soumise à notification, compte tenu de la modification de la qualité du contrôle de l'entreprise commune. Premièrement, il y a une nouvelle acquisition de contrôle liée à l'entrée du nouvel actionnaire dans l'entreprise contrôlée. Deuxièmement, seule la nouvelle acquisition de contrôle fait de l'entreprise contrôlée une entreprise commune, ce qui modifie également, de manière décisive, la situation pour l'entreprise de contrôle restante, aux termes du règlement sur les concentrations: à l'avenir, elle devra prendre en compte les intérêts d'un ou de plusieurs autres actionnaires contrôlants et sera appelée à coopérer en permanence avec le ou les nouveaux actionnaires. Auparavant, soit elle pouvait déterminer seule la stratégie de l'entreprise contrôlée (dans le cas du contrôle exclusif) soit elle n'était pas tenue de prendre en considération les intérêts d'autres actionnaires particuliers et de coopérer en permanence avec eux.

(87) L'entrée, dans une entreprise contrôlée en commun, d'un nouvel actionnaire — qui vient s'ajouter aux actionnaires contrôlants existants ou qui prend la place de l'un d'entre eux — constitue également une concentration soumise à notification, même si l'entreprise est contrôlée en commun avant et après l'opération ([79]). Premièrement, selon ce scenario, l'entrée de ce nouvel actionnaire se traduit par une nouvelle acquisition de contrôle sur l'entreprise commune. Deuxièmement, la qualité du contrôle de l'entreprise commune est déterminée par l'identité de l'ensemble des actionnaires de contrôle. Il tient à la nature du contrôle en commun que, puisque chaque actionnaire peut bloquer les décisions stratégiques, les actionnaires exerçant le contrôle en commun doivent prendre en compte leurs intérêts mutuels et sont appelés à coopérer pour définir la stratégie de l'entreprise commune ([80]). Ainsi, le contrôle en commun ne se résume pas à une addition purement mathématique des droits de veto exercés par plusieurs actionnaires, mais est déterminé par la composition des actionnaires qui exercent ce contrôle. Un des scénarios les plus parlants, amenant à un changement décisif dans la nature de la structure de contrôle d'une entreprise commune est celui où, dans une entreprise commune contrôlée par un concurrent de celle-ci et un investisseur financier, ce dernier est remplacé par un autre concurrent. Dans ce cas, la structure de contrôle et les motivations des partenaires de l'entreprise commune peuvent complètement changer, en raison non seulement de l'entrée du nouvel actionnaire, mais aussi du changement d'attitude de l'actionnaire qui y demeure. Le remplacement d'un actionnaire contrôlant ou l'entrée d'un nouvel actionnaire dans une entreprise contrôlée conjointement constitue dès lors une modification de la qualité du contrôle ([81]).

([79]) Voir, par exemple, l'affaire COMP/M.3440 — ENI/EDP/GdP du 9 décembre 2004.

([80]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 67, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

([81]) En règle générale, il convient de noter que la Commission ne considérera pas comme une opération de concentration distincte le remplacement indirect d'un actionnaire de contrôle dans une entreprise contrôlée en commun résultant de la prise de contrôle d'une de ses sociétés mères. Elle appréciera tout changement intervenant dans la situation concurrentielle de l'entreprise commune dans le cadre de la prise de contrôle globale de sa société mère. Dans ce cas, les autres actionnaires de contrôle de l'entreprise commune ne seront donc pas concernés par l'opération de concentration affectant la société mère.

(88) L'entrée de nouveaux actionnaires ne débouche toutefois sur une concentration soumise à notification que si l'opération permet à un ou plusieurs actionnaires d'acquérir un contrôle exclusif ou en commun. Cette entrée de nouveaux actionnaires peut conduire à une situation où le contrôle en commun ne peut être établi ni par les circonstances de droit ni par les circonstances de fait, si elle se solde par la naissance d'alliances fluctuantes entre les actionnaires minoritaires ([82]).

2. **Diminution du nombre d'actionnaires**

(89) Une diminution du nombre d'actionnaires contrôlants constitue une modification de la qualité du contrôle et doit dès lors être considérée comme une concentration si la sortie d'un ou de plusieurs actionnaires contrôlants entraîne le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif. L'influence déterminante exercée seule est substantiellement différente de l'influence déterminante exercée à plusieurs étant donné que, dans ce dernier cas, les actionnaires qui exercent le contrôle en commun doivent prendre en considération les intérêts potentiellement différents de l'autre ou des autres parties concernées ([83]).

(90) Si elle donne lieu à une diminution du nombre d'actionnaires exerçant un contrôle en commun sans entraîner le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif, l'opération, normalement, ne constituera pas une concentration et ne sera donc pas soumise à notification.

IV. ENTREPRISES COMMUNES — NOTION DE "PLEIN EXERCICE"

(91) L'article 3, paragraphe 1, point b), prévoit qu'une concentration est réputée réalisée lorsqu'*une ou plusieurs* entreprises acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une autre entreprise. L'acquisition d'une entreprise supplémentaire par plusieurs entreprises exerçant un contrôle en commun constitue donc une concentration au sens du règlement sur les concentrations. Comme pour la prise de contrôle exclusif d'une entreprise, cette acquisition du contrôle en commun entraînera un changement de la structure du marché, même si, d'après les plans des entreprises acquéreuses, l'entreprise acquise ne serait plus considérée comme de plein exercice après l'opération (par exemple parce qu'elle vendra exclusivement à l'entreprise fondatrice). De ce fait, une opération impliquant plusieurs entreprises qui acquièrent auprès de tierces parties le contrôle en commun d'une autre entreprise ou de parties d'une autre entreprise remplissant les critères énoncés au point 24 constitue une concentration conformément à l'article 3, paragraphe 1, sans qu'il soit nécessaire de considérer le critère de plein exercice ([84]).

(92) L'article 3, paragraphe 4, dispose en outre que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (c'est-à-dire d'une entreprise commune dite de plein exercice) constitue une concentration au sens du règlement sur les concentrations. Le critère de plein exercice circonscrit par conséquent l'application du règlement sur les concentrations à la création d'une entreprise commune, indépendamment du fait que cette entreprise commune soit totalement nouvelle ou que les parties apportent à l'entreprise commune des actifs qu'elles possédaient auparavant, à titre individuel. Dans ce cas, l'entreprise commune doit remplir le critère de plein exercice pour qu'il y ait concentration.

(93) Le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie ([85]). Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel.

([82]) Affaire IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola du 22 décembre 1998.

([83]) Affaire IV/M.023 — ICI/Tioxide du 28 novembre 1990; voir aussi le paragraphe 5, point d), de la communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

([84]) Ces considérations ne s'appliquent pas de la même manière à l'article 2, paragraphe 4. Si l'interprétation de l'article 3, paragraphes 1 et 4, concerne l'applicabilité du règlement sur les concentrations aux entreprises communes, l'article 2, paragraphe 4, porte sur l'analyse du contenu des entreprises communes. La "création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3", comme le prévoit l'article 2, paragraphe 4, englobe l'acquisition d'un contrôle en commun conformément à l'article 3, paragraphes 1 et 4.

([85]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 62, Recueil de jurisprudence, 2006 II p. 319.

1. **Ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché**

(94) Le caractère de plein exercice signifie que l'entreprise commune doit opérer sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché. Pour ce faire, l'entreprise commune doit posséder un personnel d'encadrement se consacrant à ses activités quotidiennes et avoir accès à toutes les ressources nécessaires, en termes de financement, de personnel et d'actifs (corporels et incorporels), pour exercer son activité de manière durable à l'intérieur de la zone prévue par l'accord d'entreprise commune ([86]). Le personnel ne doit pas nécessairement être employé par l'entreprise commune elle-même. S'il s'agit d'une pratique courante dans le secteur d'intervention de l'entreprise commune, il peut suffire que les tiers prévoient la mise à disposition de personnel en vertu d'un accord opérationnel ou que le personnel soit engagé par une agence d'intérim. Le détachement de personnel par les sociétés mères peut également suffire s'il n'a lieu que dans le cadre d'une phase de démarrage ou encore si l'entreprise commune traite avec les sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers. Cette dernière hypothèse implique que l'entreprise commune traite en toute indépendance avec les sociétés mères sur la base de conditions commerciales normales et qu'elle est également libre de recruter ses employés ou de s'adjoindre du personnel via des tiers.

2. **Activités allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères**

(95) Une entreprise commune n'est pas "de plein exercice" lorsqu' elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés mères, sans disposer de son propre accès au marché ou être elle-même présente sur le marché. C'est le cas, par exemple, des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production. Ces entreprises communes jouent un rôle d'auxiliaire pour les activités économiques de leurs sociétés mères. Tel est aussi le cas de l'entreprise commune dont l'activité principale est de distribuer ou de vendre les produits de ses sociétés mères, agissant, dès lors, essentiellement comme un comptoir de vente. Toutefois, le fait qu'une entreprise commune utilise le réseau de distribution ou les points de vente d'une ou de plusieurs de ses sociétés mères ne remet normalement pas en cause son caractère "de plein exercice", dès lors que les sociétés mères agissent uniquement comme intermédiaires pour son compte ([87]).

(96) Les entreprises communes liées à la détention de biens immobiliers, généralement créées pour des raisons fiscales et financières, constituent un cas de figure fréquent en la matière. Aussi longtemps que son objet se limite à l'acquisition et/ou à la détention de certains biens immobiliers pour les sociétés mères et que les moyens financiers sont fournis par celles-ci, l'entreprise commune ne sera, en principe, pas considérée comme étant de plein exercice, car elle n'exerce pas une activité économique autonome à long terme sur le marché et ne dispose généralement pas des ressources nécessaires pour opérer de façon indépendante. Cette situation doit être distinguée de celle des entreprises communes gérant activement un portefeuille immobilier et agissant pour leur propre compte sur le marché, ce qui est caractéristique du plein exercice ([88]).

3. **Relations de vente/d'achat avec les sociétés mères**

(97) La forte présence des sociétés mères sur des marchés situés en amont ou en aval de celui sur lequel l'entreprise commune intervient est un facteur à prendre en compte afin d'apprécier si une entreprise commune est "de plein exercice", dès lors que cette présence occasionne des ventes ou des achats notables entre les sociétés mères et l'entreprise commune. Le fait que, pendant une phase de

([86]) Affaire IV/M.527 — Thomson CSF/Deutsche Aerospace du 2 décembre 1994 — Droits de propriété intellectuelle; affaire IV/M.560 — EDS/Lufthansa du 11 mai 1995 — Sous-traitance; affaire IV/M.585 — Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd du 7 septembre 1995 — Droit de l'entreprise commune d'exiger de ses sociétés mères des compétences techniques et des effectifs supplémentaires; affaire IV/M.686 — Nokia/Autoliv du 5 février 1996 — L'entreprise commune peut mettre fin à des "accords de services" avec la société mère et quitter le site où est installée la société mère; affaire IV/M.791 — British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd du 7 octobre 1996 (point 9) — Les actifs destinés à l'entreprise commune seront transférés à une société de crédit-bail et loués par l'entreprise commune.

([87]) Affaire IV/M.102 — TNT/Canada Post et autres du 2 décembre 1991.

([88]) Voir l'affaire IV/M.929 — DIA/Veba Immobilien/Deutschbau du 23 juin 1997 et l'affaire COMP/M. 3325 — Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf du 23 janvier 2004.

démarrage uniquement, l'entreprise commune soit presque totalement tributaire des ventes à ses sociétés mères ou des achats auprès de celles-ci ne remet normalement pas en cause son caractère "de plein exercice". En effet, cette phase de démarrage peut être nécessaire pour implanter l'entreprise commune sur un marché donné. Mais elle ne devra pas, en principe, dépasser une durée de trois ans, en fonction des conditions spécifiques qui règnent sur le marché en question ([89]).

Ventes aux sociétés mères

(98) Lorsque les ventes de l'entreprise commune à ses sociétés mères doivent revêtir un caractère durable, la question essentielle est de savoir si l'entreprise commune est appelée à jouer un rôle actif sur le marché indépendamment de ces ventes et peut être considérée comme étant économiquement autonome d'un point de vue fonctionnel. À cet égard, la part relative des ventes aux sociétés mères dans la production totale de l'entreprise commune est un facteur important. Compte tenu des spécificités de chaque cas, il est impossible de définir un ratio spécifique du chiffre d'affaires qui distingue le plein exercice des autres entreprises communes. Si l'entreprise commune réalise plus de 50 % de son chiffre d'affaires avec des tiers, cela constitue une indication de son caractère de plein exercice. En-dessous de ce seuil indicatif, il convient, pour déterminer l'autonomie fonctionnelle de l'entreprise commune, d'examiner au cas par cas si sa relation avec les sociétés mères est vraiment de type commercial. À cet effet, il faut démontrer que l'entreprise commune fournit ses biens ou services à celui qui les valorise le plus et qui paie le plus cher et qu'elle traite en toute indépendance avec ses sociétés mères, sur la base de conditions commerciales normales ([90]). Dans ce cas, c'est-à-dire si, sur le plan commercial, l'entreprise commune traite ses sociétés mères de la même manière que les tiers, 20 % des prévisions de ventes de l'entreprise commune attribués aux tiers peuvent suffire. Cependant, plus la proportion de ventes susceptibles de revenir aux sociétés mères sera grande, plus la nécessité de fournir des preuves tangibles du caractère commercial de leur relation sera importante.

(99) Pour déterminer le rapport entre les ventes aux sociétés mères et celles aux tiers, la Commission prendra en considération les comptes antérieurs et les plans d'entreprise dûment étayés. Toutefois, surtout lorsque des ventes substantielles à l'égard des tiers sont difficilement prévisibles, la Commission pourra prendre en compte la structure du marché. Cet élément peut également s'avérer pertinent afin de déterminer si l'entreprise commune traite en toute indépendance avec ses sociétés mères.

(100) Ces questions se posent fréquemment en matière d'accords d'externalisation, lorsqu'une entreprise crée une entreprise commune avec un prestataire de services ([91]) qui accomplira des tâches précédemment assurées en interne par l'entreprise. L'entreprise commune ne peut généralement être considérée comme de plein exercice dans ces cas de figure: elle fournit ses services à la société cliente exclusivement et elle dépend pour ses services des apports du prestataire de services. Le fait que le plan d'entreprise n'exclue pas, que l'entreprise commune puisse fournir ses services à des tiers ne modifie pas cette appréciation, étant donné qu'en général, les recettes réalisées avec les tiers resteront vraisemblablement accessoires, dans le cadre de l'externalisation, par rapport aux activités principales de l'entreprise commune au service de l'entreprise cliente. Cette règle générale n'exclut toutefois pas l'existence d'externalisations où les partenaires de l'entreprise commune, mus par exemple par un souci d'économies d'échelle, créent une entreprise commune en vue d'un accès de marché important. Cette situation permet de considérer l'entreprise commune comme de plein exercice si d'importantes ventes à des tiers sont prévues, si la relation entre l'entreprise commune et les sociétés mères est de nature purement commerciale et si l'entreprise commune traite avec ses sociétés mères sur la base de conditions commerciales normales.

([89]) Affaire IV/M.560 — EDS/Lufthansa du 11 mai 1995; affaire IV/M.686 — Nokia/Autoliv du 5 février 1996; à comparer à l'affaire IV/M.904 — RSB/Tenex/Fuel Logistics du 2 avril 1997 et à l'affaire IV/M.979 — Preussag/Voest-Alpine du 1er octobre 1997. La situation est particulière lorsque les ventes de l'entreprise commune à sa société mère sont dues à un monopole légal situé en aval de l'entreprise commune (voir l'affaire IV/M.468 — Siemens/Italtel du 17 février 1995), ou lorsque les ventes à une société mère consistent en produits secondaires, qui revêtent une importance mineure pour l'entreprise commune (voir l'affaire IV/M.550 — Union Carbide/Enichem du 13 mars 1995).

([90]) Affaire IV/M.556 — Zeneca/Vanderhave du 9 avril 1996 et affaire IV/M.751 — Bayer/Hüls du 3 juillet 1996.

([91]) La question des conditions dans lesquelles un accord d'externalisation répond à la définition d'une concentration est traitée aux points 25 et suivants de la présente communication.

Achats aux sociétés mères

(101) Pour ce qui est des achats de l'entreprise commune auprès de ses sociétés mères, le caractère "de plein exercice" de l'entreprise commune est sujet à caution, notamment lorsque les produits ou services concernés n'acquièrent qu'une faible valeur ajoutée à son niveau. Dans ce cas, l'entreprise commune s'apparentera davantage à un comptoir de vente commun.

Marchés commerciaux

(102) En revanche, l'entreprise commune présente sur un marché commercial et y exerçant les fonctions normales d'une entreprise commerciale n'agit normalement pas comme un comptoir de vente mais comme une entreprise commune "de plein exercice". D'une manière générale, un marché commercial se caractérise par la coexistence d'entreprises spécialisées dans la vente et la distribution de produits sans être intégrées verticalement et d'entreprises intégrées verticalement, ainsi que par une pluralité de sources d'approvisionnement concernant les produits en question. Par ailleurs, bon nombre de marchés commerciaux peuvent avoir besoin d'investisseurs dans des domaines spécifiques: points de vente, participations, entrepôts, dépôts, parcs de transport, personnel de vente et d'après-vente, etc. Pour constituer une entreprise commune "de plein exercice" sur un marché commercial, il est nécessaire que l'entreprise commune soit dotée des ressources nécessaires et qu'il soit probable qu'elle se fournira pour une proportion notable de ses approvisionnements non seulement auprès de ses sociétés mères mais également auprès de sources concurrentes ([92]).

4. **Fonctionnement durable**

(103) En outre, l'entreprise commune doit être conçue pour fonctionner de manière durable. Le fait que les sociétés mères lui apportent les ressources déjà mentionnées constitue généralement une preuve à cet égard. Les accords qui créent l'entreprise commune prévoient souvent certaines éventualités telles que l'échec de l'entreprise commune ou un désaccord fondamental entre les sociétés mères ([93]). Ils pourront ainsi prévoir les conditions de la dissolution éventuelle de l'entreprise commune ou la possibilité pour une ou plusieurs sociétés mères de se retirer. Ce type de disposition n'empêche pas de considérer que l'entreprise commune fonctionne sur une base durable. Il en est habituellement de même lorsque les accords limitent la durée d'existence de l'entreprise commune mais que cette durée est suffisamment longue pour aboutir à une modification durable de la structure des entreprises concernées ([94]) ou qui prévoient le maintien en activité éventuel de l'entreprise commune au-delà de la période indiquée.

(104) En revanche, l'entreprise commune ne sera pas considérée comme fonctionnant de manière durable si elle est créée pour une période déterminée de courte durée. Tel sera le cas de l'entreprise commune qui est constituée pour construire un ouvrage, une centrale électrique par exemple, sans participer à l'exploitation de celui-ci après achèvement des travaux.

(105) L'entreprise commune n'exercera pas non plus suffisamment d'activités sur une base durable si des décisions émanant des tiers et revêtant une importance fondamentale pour le lancement de son activité économique sont laissées en suspens. Seules les décisions qui vont au-delà de simples formalités et dont l'issue est généralement incertaine sont visées. Elles concernent notamment l'attribution d'un marché (par exemple, dans le cadre d'appels d'offres publics), de licences (par exemple, dans le secteur des télécommunications) ou de droits d'accès à la propriété (par exemple, droits de prospection pour le pétrole et le gaz). Tant que de telles décisions ne sont pas prises, il n'est pas certain que l'entreprise commune devienne ou non opérationnelle. En conséquence, l'entreprise commune ne peut être

([92]) Affaire IV/M.788 — AgrEVO/Marubeni du 3 septembre 1996.
([93]) Affaire IV/M.891 — Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith du 23 avril 1997.
([94]) Voir l'affaire COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV du 30 avril 2003, dans laquelle une période de 12 ans a été considérée comme suffisante, et l'affaire COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV du 11 février 2002, dans laquelle la durée du contrat est de 8 ans. Dans l'affaire COMP/M.3858 — Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien du 20 juillet 2005, la Commission a estimé qu'une période minimale de 10 à 15 ans était suffisante, mais pas une période de trois ans.

considérée, à ce stade, comme exerçant des fonctions économiques de manière durable et ne relève dès lors pas du plein exercice. Toutefois, dès qu'une décision est prise en faveur de l'entreprise commune en question, ce critère est rempli et il y a concentration ([95]).

5. **Changements de l'activité de l'entreprise commune**

(106) Les sociétés mères peuvent décider d'élargir le champ d'activité d'une entreprise commune existante. Cette extension des activités sera considérée comme une nouvelle concentration susceptible d'entraîner une obligation de notification si elle implique l'acquisition de l'ensemble ou de parties d'une autre entreprise auprès des sociétés mères qui, prise isolément, serait assimilée à une concentration, comme cela est expliqué au point 24 de la présente communication ([96]).

(107) Il peut être question d'une opération de concentration si les sociétés mères transfèrent des actifs supplémentaires et significatifs, des contrats, du savoir-faire ou d'autres droits à l'entreprise commune et que ces éléments d'actifs et ces droits constituent la base ou le noyau pour étendre les activités de l'entreprise commune à d'autres marchés de produits ou d'autres marchés géographiques qui n'étaient pas couverts par l'entreprise commune initiale et si elle exerce ces activités en tant qu'entreprise de plein exercice. La cession d'éléments d'actifs ou de droits démontrant que les sociétés mères sont en fait les véritables acteurs de l'extension des activités de l'entreprise commune, cette opération peut être assimilée à la création d'une nouvelle entreprise commune au sens de l'article 3, paragraphe 4 ([97]).

(108) Si le champ d'activité d'une entreprise commune est élargi sans transfert d'éléments d'actifs supplémentaires, de contrats, de savoir-faire ou de droits, l'opération n'est pas considérée comme une concentration.

(109) Il y a concentration si une modification de l'activité d'une entreprise commune existante, qui n'est pas de plein exercice, entraîne la création d'une entreprise commune de plein exercice au sens de l'article 3, paragraphe 4. Les exemples suivants peuvent être donnés : modification de la structure organisationnelle d'entreprises communes de telle manière qu'elles remplissent le critère de plein exercice ([98]); entreprises communes qui, alors qu'elles n'approvisionnaient jusqu'à présent que les sociétés mères, démarrent une activité significative sur le marché; ou encore les cas de figure décrits au paragraphe 105 cité ci-dessus dans lesquels une entreprise commune a besoin d'un apport essentiel (telle une licence dans le secteur des télécommunications) pour commencer une activité. Une telle modification de l'activité d'une entreprise commune nécessitera la plupart du temps une décision de la part de ses actionnaires ou de sa direction. Dès que la décision conduisant à la création de l'entreprise commune de plein exercice est prise, il y a concentration.

V. EXCEPTIONS

(110) L'article 3, paragraphe 5, définit trois cas particuliers dans lesquels l'acquisition d'une participation de contrôle ne constitue pas une concentration au sens du règlement sur les concentrations.

(111) Premièrement, l'acquisition de titres par des entreprises dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres, pour compte propre ou pour compte d'autrui, n'est pas considérée comme une concentration, pour autant que cette acquisition s'effectue dans le cadre de cette activité et que la détention de ces titres présente un caractère temporaire [article 3, paragraphe 5, point a)]. Pour que cette exception s'applique, il faut que les conditions suivantes soient remplies:

— l'entreprise qui procède à cette acquisition doit être un établissement de crédit, tout autre établissement financier ou une société d'assurance, dont l'activité normale consiste à réaliser les opérations susmentionnées;

([95]) Moyennant le respect des autres critères mentionnés au présent point de la communication.
([96]) Voir l'affaire COMP/M.3039 — Soprol/Céréol/Lesieur du 30 janvier 2003.
([97]) En l'espèce, l'élément déclenchant la notification sera l'accord ou tout autre acte juridique sur lequel se fonde la cession des éléments d'actifs, des contrats, du savoir-faire ou d'autres droits.
([98]) Affaire COMP/M.2276 — The Coca-Cola Company/Nestlé/JV du 27 septembre 2001.

— les titres doivent être acquis en vue de leur revente;

— l'entreprise qui acquiert les titres ne doit pas exercer les droits de vote attachés à cette acquisition en vue de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible ou bien elle n'exerce ses droits de vote qu'en vue de préparer la vente de tout ou partie de cette entreprise, ou la réalisation de ses actifs ou de ces participations;

— l'entreprise qui procède à l'acquisition doit se défaire de sa participation de contrôle dans le délai d'un an à compter de la date d'acquisition des titres; autrement dit, elle doit, dans ce délai, ramener le nombre de ses actions au moins à un niveau qui ne lui confère plus de contrôle. Ce délai peut, néanmoins, être prorogé par la Commission, lorsque l'entreprise qui a procédé à l'acquisition justifie qu'elle n'était pas raisonnablement en mesure de s'en défaire dans le délai d'un an.

(112) Deuxièmement, l'opération envisagée n'entraîne aucune modification de la structure du contrôle et, partant, ne constitue pas une concentration au sens du règlement, lorsque le contrôle est acquis par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue [article 3, paragraphe 5, point b)].

(113) Troisièmement, l'opération par laquelle une société de participation financière au sens de l'article 5, paragraphe 3, la directive 78/660/CEE du Conseil ([99]) acquiert le contrôle d'une entreprise, ne constitue pas une concentration. La notion de "société de participation financière" est ainsi limitée aux sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises, sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés. Ces sociétés d'investissement doivent en outre être structurées de telle manière que le respect des limites imposées puisse être contrôlé par une autorité judiciaire ou administrative. Le règlement sur les concentrations prévoit une condition supplémentaire à l'application de cette exception, à savoir que ces sociétés ne peuvent exercer les droits de vote dans les autres sociétés que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement la stratégie commerciale de l'entreprise dont elles prennent le contrôle.

(114) Les exceptions prévues par l'article 3, paragraphe 5, du règlement sur les concentrations ne s'appliquent que dans un cadre extrêmement limité. D'abord, elles ne s'appliquent que si, en leur absence, l'opération serait une concentration de plein droit, mais pas si l'opération s'inscrit dans le cadre d'une concentration unique, plus vaste, dans des circonstances dans lesquelles l'acquéreur final du contrôle ne répondrait pas aux conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 5 (voir le point 35 ci-dessus). Ensuite, les exceptions prévues par l'article 3, paragraphe 5, points a) et c), ne s'appliquent qu'aux prises de contrôle par achat de titres, et non à celles par acquisition d'éléments d'actifs.

(115) Les exceptions ne sont pas applicables aux structures de fonds communs de placement classiques. Conformément à leurs objectifs, ces fonds ne se limitent pas, d'ordinaire, à exercer les droits de vote, mais ils adoptent des décisions liées à la désignation des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises, voire à la restructuration de ces entreprises. Cela serait incompatible avec l'exigence prévue à l'article 3, paragraphe 5, points a) et c), selon laquelle les sociétés acquéreuses n'exercent pas les droits de vote pour déterminer le comportement concurrentiel de l'autre entreprise ([100]).

(116) La question peut se poser de savoir si une opération de sauvetage d'une entreprise avant ou pendant une procédure d'insolvabilité constitue ou non une concentration au sens du règlement sur les concentrations. En règle générale, une opération de cette nature comporte une conversion de dettes en une nouvelle entreprise, par le relais de laquelle un consortium bancaire peut prendre le contrôle en commun de l'entreprise concernée. Lorsqu'une telle opération remplit les critères qui caractérisent

([99]) Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222 du 14.8.1978, p. 11), modifiée en dernier lieu par la directive 2003/51/CE du 18 juin 2003 (JO L 178 du 17.7.2003, p. 16). L'article 5, paragraphe 3, de cette directive définit les sociétés de participation financière comme "les sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés. Le respect des limites imposées aux activités de ces sociétés doit pouvoir être contrôlé par une autorité judiciaire ou administrative".

([100]) Affaire IV/M.669 — Charterhouse/Porterbrook du 11 décembre 1995.

le contrôle en commun, tels qu'ils ont été exposés ci-dessus, elle doit normalement être considérée comme une concentration ([101]). Bien que l'intention première des établissements bancaires soit de procéder à l'assainissement financier de l'entreprise concernée en vue de sa revente ultérieure, la dérogation prévue à l'article 3, paragraphe 5, point a), du règlement sur les concentrations ne s'applique pas, en général, à ce type d'opération. Comme pour les fonds communs de placement, le programme d'assainissement oblige d'ordinaire les banques qui exercent le contrôle à déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise en difficulté. En outre, il n'est généralement pas réaliste de penser que l'on puisse transformer une entreprise en difficulté en une nouvelle entreprise commercialement viable et la revendre dans le délai imparti d'une année. De surcroît, le délai nécessaire pour atteindre cet objectif peut s'avérer si incertain qu'il peut paraître difficile d'accorder une prorogation du délai de réalisation des titres acquis.

VI. ABANDON DES CONCENTRATIONS

(117) Une concentration cesse d'exister et le règlement sur les concentrations cesse d'être applicable lorsque les entreprises concernées abandonnent la concentration.

(118) À cet égard, le nouveau règlement n° 139/2004 sur les concentrations a introduit une nouvelle disposition concernant la clôture, sans qu'aucune décision finale ne soit prise, des procédures de contrôle des concentrations engagées par la Commission en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point c), deuxième phrase. Cette disposition est libellée comme suit: "Sans préjudice de l'article 9, cette procédure sera close par voie de décision conformément à l'article 8, paragraphes 1 à 4, à moins que les entreprises concernées n'aient démontré, à la satisfaction de la Commission, qu'elles ont abandonné la concentration". Ces exigences ne sont pas applicables avant l'engagement de la procédure.

(119) En règle générale, les éléments de preuve de l'abandon de l'opération doivent correspondre sur le plan de la forme juridique, de l'intensité, etc., à l'acte initial qui a été jugé suffisant pour notifier la concentration. Si les parties s'appuient sur cet acte initial pour renforcer leurs liens contractuels au cours de la procédure, en concluant par exemple un accord contraignant après la notification de l'opération sur la base d'une intention de bonne foi, les éléments de preuve de l'abandon de l'opération doivent aussi correspondre à la nature de ce dernier acte.

(120) Conformément à ce principe, il convient de démontrer le rétablissement de la situation antérieure à l'opération en cas de mise en œuvre de la concentration préalablement à une décision de la Commission. Le retrait pur et simple de la notification n'est pas considéré comme une preuve suffisante de l'abandon de la concentration au sens de l'article 6, paragraphe 1, point c). De même, de légères modifications apportées à une concentration, qui n'ont pas d'incidence sur le contrôle ou sur sa qualité ne peuvent être assimilées à un abandon de la concentration initiale ([102]).

— Accord contraignant: la preuve de l'annulation juridiquement contraignante de l'accord, sous la forme prévue par l'accord initial (c'est-à-dire, en général, un document signé par l'ensemble des parties), doit être établie. Il ne suffit pas que les parties fassent part de leur intention d'annuler l'accord ou de ne pas mettre en œuvre la concentration notifiée ou que l'une des parties fasse une déclaration unilatérale ([103]);

— Intention de bonne foi de conclure un accord: en cas de lettre d'intention ou de protocole d'accord attestant de cette intention de bonne foi, il est nécessaire de présenter des documents prouvant l'annulation de cette intention. Si l'intention de bonne foi prend d'autres formes, l'abandon doit annuler cette intention et correspondre en termes de forme et d'intensité à l'expression initiale de celle-ci.

— Annonce publique d'une offre publique ou de l'intention de faire une offre publique: il convient de procéder à une annonce publique fin de procédure de soumission d'offres ou d'abandon de l'intention de faire une offre publique. La forme et la portée de cette annonce doivent être comparables à l'annonce initiale.

([101]) Affaire IV/M.116 — Kelt/American Express du 28 août 1991.
([102]) Ce paragraphe, ne préjuge pas de l'évaluation de la nécessité de présenter ou non des informations complémentaires à la Commission, conformément à l'article 5, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 802/2004.
([103]) Voir l'affaire COMP/M.4381 — JCI/VB/FIAMM du 10 mai 2007, paragraphe 15, dans laquelle une seule des parties ne souhaitait plus appliquer l'accord conclu, alors que l'autre considérait toujours cet accord comme effectif et liant les parties.

— Concentrations mises en application: si la mise en application de la concentration a eu lieu préalablement à une décision de la Commission, les parties seront tenues de montrer que la situation qui prévalait auparavant a été rétablie.

(121) Il incombe aux parties de présenter en temps opportun les documents nécessaires pour répondre à ces exigences.

VII. MODIFICATIONS DES OPÉRATIONS APRÈS UNE DÉCISION D'AUTORISATION DE LA COMMISSION

(122) Parfois, les parties peuvent souhaiter ne pas mettre en œuvre la concentration sous la forme prévue après que la Commission ait autorisé la concentration. Dès lors, il y a lieu de se demander si la décision d'autorisation de la Commission couvre encore cette modification de la structure de l'opération.

(123) D'une manière générale, si, avant la mise en œuvre de la concentration autorisée, la structure transitionnelle est modifiée de telle manière qu'il n'y a plus une acquisition de contrôle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), mais une fusion au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a), et *vice versa,* l'opération est assimilée à une concentration différente aux termes du règlement sur les concentrations, et une nouvelle notification est nécessaire ([104]). Néanmoins, des modifications moins significatives telles que de légers changements des pourcentages de participation n'ayant pas d'incidence sur la modification du contrôle ou la qualité de cette modification, des variations du prix de l'offre dans les cas d'offres publiques ou des modifications de la structure de la société par laquelle l'opération est mise en application, et qui sont sans effet sur la situation du contrôle en question au sens du règlement sur les concentrations, sont considérées comme étant couvertes par la décision d'autorisation de la Commission.

C. **DIMENSION COMMUNAUTAIRE**

I. SEUILS

(124) Deux éléments d'appréciation permettent de déterminer les opérations auxquelles le règlement sur les concentrations s'applique: premièrement, l'opération doit être une concentration au sens de son article 3 et, deuxièmement, les seuils relatifs au chiffre d'affaires prévus à son article 1er doivent être atteints; ils visent à mettre en évidence les opérations qui ont une incidence sur la Communauté et dont on peut considérer qu'elles revêtent une "dimension communautaire". Le chiffre d'affaires est utilisé comme un indicateur des ressources et des activités économiques qui sont regroupées dans le cadre d'une concentration; il est affecté géographiquement afin de refléter la distribution géographique de ces ressources.

(125) Deux séries de seuils sont prévues à l'article 1er afin d'établir si l'opération revêt une dimension communautaire. L'article 1er, paragraphe 2, établit trois différents critères: le seuil relatif au chiffre d'affaires réalisé sur le plan mondial a, notamment, pour objet de mesurer la dimension totale des entreprises concernées; le seuil relatif au chiffre d'affaires dégagé dans la Communauté permet de voir si la concentration s'accompagne d'un niveau minimal d'activités à cette échelle; enfin, la règle des deux tiers vise à exclure les opérations purement nationales de la compétence communautaire.

(126) La seconde série de seuils, figurant à l'article 1er, paragraphe 3, est conçue pour prendre en compte les concentrations qui ne répondent pas aux critères déterminant la dimension communautaire aux termes de l'article 1er, paragraphe 2, mais qui auraient une incidence importante dans trois États membres au moins débouchant sur des notifications multiples au regard des règles nationales de ces États membres. À cet effet, l'article 1er, paragraphe 3, prévoit des seuils moins élevés devant être atteints par les chiffres d'affaires à la fois mondiaux et communautaires et un niveau minimal d'activités réalisé conjointement et individuellement par les entreprises concernées dans au moins trois États membres. À l'instar de l'article 1er, paragraphe 2, l'article 1er, paragraphe 3, contient également une règle des deux tiers excluant les concentrations essentiellement nationales ([105]).

([104]) Voir les affaires COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess du 11 avril 2002 et COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess du 10 février 2003. Dans ces cas de figure, l'identité des parties notifiantes change, car les deux parties à une fusion sont obligées de notifier l'opération, alors que seule la partie qui acquiert le contrôle y est tenue. Toutefois, si les parties prennent le contrôle d'une entreprise cible et ne décident que par la suite de fusionner avec la filiale nouvellement acquise, cette opération serait considérée comme une restructuration interne ne donnant pas lieu à une modification du contrôle et ne relèverait donc pas de l'article 3 du règlement sur les concentrations.

([105]) Une concentration est également réputée avoir une dimension communautaire si la Commission en est informée en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du règlement sur les concentrations. Ces affaires sont traitées dans la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (JO C 56 du 5.3.2005, p. 2).

(127) Les seuils retenus servent à régir la compétence et non à apprécier la position sur le marché des parties à la concentration ni l'incidence de l'opération de concentration. À cet effet, ils englobent le chiffre d'affaires réalisé, et donc toutes les ressources mobilisées, dans tous les domaines d'activité des parties et pas uniquement dans ceux qui sont directement concernés par la concentration. Les seuils sont purement quantitatifs, puisque fondés uniquement sur le calcul du chiffre d'affaires et non sur les parts de marché ou sur d'autres critères. Ils ont pour objet de fournir un mécanisme simple et objectif que les entreprises participant à une concentration peuvent utiliser aisément pour déterminer si leur opération est de dimension communautaire et donc soumise à notification.

(128) Si l'article 1er détermine les seuils numériques permettant d'établir la compétence de la Commission, l'article 5 a pour objectif d'expliquer comment calculer le chiffre d'affaires de manière à garantir que le résultat des calculs donne une image fidèle de la réalité économique.

II. NOTION D'ENTREPRISE CONCERNÉE

1. **Généralités**

(129) Aux fins de la détermination des compétences, les entreprises concernées sont celles participant à une concentration, c'est-à-dire une fusion ou une acquisition de contrôle, conformément à l'article 3, paragraphe 1. Le chiffre d'affaires individuel et agrégé de ces entreprises sera décisif pour déterminer si les seuils sont atteints.

(130) Une fois que les entreprises concernées ont été recensées dans une opération donnée, leur chiffre d'affaires doit être calculé aux fins de la détermination des compétences, conformément aux règles énoncées à l'article 5. L'article 5, paragraphe 4, fixe les critères détaillés qui permettent de définir les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée en raison de certains liens directs ou indirects avec cette dernière. L'intention du législateur était de fixer des règles concrètes qui, conjointement, peuvent être considérées comme déterminant la notion de "groupe" aux fins des seuils de chiffre d'affaires dans le règlement sur les concentrations. Le terme de "groupe" sera utilisé exclusivement dans les sections suivantes en référence à l'ensemble des entreprises dont les relations avec une entreprise concernée répondent aux conditions posées par un ou plusieurs alinéas de l'article 5, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations.

(131) Lorsqu'il est fait référence aux entreprises qui peuvent être impliquées dans une procédure, il importe de ne pas confondre la notion d'"entreprises concernées" au sens des articles 1er et 5 avec la terminologie utilisée ailleurs dans le règlement sur les concentrations et dans le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après dénommé "règlement d'application") ([106]) pour désigner les différentes entreprises qui peuvent être impliquées dans une procédure. Cette terminologie se rapporte aux parties notifiantes, à d'autres parties intéressées, à des parties tierces et à des parties passibles d'amendes ou d'astreintes. On en trouvera les définitions au chapitre IV du règlement d'application avec leurs obligations et leurs droits.

2. **Concentrations**

(132) Dans le cas d'une concentration, les entreprises concernées sont chacune des entreprises qui fusionnent.

3. **Acquisition du contrôle**

(133) Dans les autres cas, c'est la notion de "prise de contrôle" qui déterminera les entreprises concernées. Du côté de la partie acquéreuse, il peut y avoir une ou plusieurs entreprises acquérant un contrôle exclusif ou en commun. Du côté de la partie acquise, on peut trouver une ou plusieurs entreprises, dans leur totalité ou en partie. En règle générale, chacune de ces entreprises sera une entreprise concernée au sens du règlement sur les concentrations.

Prise de contrôle exclusif

(134) La prise de contrôle exclusif de toute l'entreprise est le cas le plus simple de prise de contrôle. Les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible.

([106]) JO L 133 du 30 avril 2004, p. 1.

(135) En cas d'acquisition de la société cible par un groupe par l'entremise d'une de ses filiales, les entreprises concernées sont la société cible et la filiale acquéreuse pour autant que cette dernière ne soit pas un simple vecteur utilisé pour l'acquisition. Toutefois, même si la filiale est normalement considérée comme l'entreprise concernée aux fins du calcul du chiffre d'affaires, le chiffre d'affaires de toutes les entreprises avec lesquelles la société concernée a les liens décrits à l'article 5, paragraphe 4, doit être pris en compte dans le calcul des seuils. À cet égard, le groupe est considéré comme un ensemble économique unique et les différentes sociétés faisant partie du même groupe ne peuvent pas être considérées comme différentes sociétés concernées aux fins de l'établissement de la compétence dans le cadre du règlement sur les concentrations. La notification peut être faite par la filiale concernée ou par son entreprise fondatrice.

Acquisition de parties d'une entreprise et opérations fragmentées — article 5, paragraphe 2

(136) L'article 5, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement sur les concentrations dispose que lorsque l'opération consiste dans l'acquisition de parties d'une ou de plusieurs entreprises, seules les parties qui font l'objet de la transaction sont prises en considération dans le chef du cédant. L'incidence éventuelle de l'opération sur le marché dépendra exclusivement de la mise en commun des ressources économiques et financières qui font l'objet de l'opération avec celles de l'acquéreur, et non de la partie subsistante du cédant. Les entreprises concernées seront, dans ce cas, la ou les parties acquéreuses et la ou les parties acquises de l'entreprise cible, mais les activités conservées par le cédant ne seront pas prises en compte.

(137) Le deuxième alinéa de l'article 5, paragraphe 2, contient une disposition particulière pour les opérations fragmentées ou les transactions consécutives à d'autres opérations. Les concentrations antérieures (effectuées au cours des deux années précédentes) impliquant les mêmes parties doivent être (re)notifiées avec l'opération la plus récente, pour autant qu'elle constitue une concentration, dès lors que les seuils sont atteints soit pour une de ses transactions, soit pour plusieurs considérées isolément ou dans leur ensemble. Dans ce cas, les entreprises concernées sont la ou les parties acquéreuses et la ou les différentes parties acquises de la société cible prises dans leur ensemble.

Transformation du contrôle en commun en un contrôle exclusif

(138) Si la prise de contrôle s'effectue par la transformation d'un contrôle en commun en un contrôle exclusif, un seul actionnaire acquiert normalement les parts détenues auparavant par l'autre ou les autres actionnaires. Dans ce cas, les entreprises concernées sont l'actionnaire acquéreur et l'entreprise commune. Comme c'est le cas pour tout autre cédant, l'actionnaire "sortant" n'est pas une entreprise concernée ([107]).

Prise de contrôle en commun

(139) Dans le cas d'une prise de contrôle en commun d'une entreprise nouvellement créée, les entreprises concernées sont chacune des entreprises prenant le contrôle de l'entreprise commune nouvellement créée (qui, comme elle n'existe pas encore, ne peut pas être considérée comme une entreprise concernée et n'a en outre pas encore de chiffre d'affaires qui lui soit propre). La même règle s'applique lorsqu'une entreprise apporte une filiale ou une activité préexistante (sur laquelle elle exerçait précédemment un contrôle exclusif) dans une entreprise commune nouvellement créée. Dans ce cas, chacune des entreprises exerçant le contrôle en commun est considérée comme une entreprise concernée, ce qui n'est pas le cas de toute société ou activité apportée dans l'entreprise commune, et son chiffre d'affaires fait partie du chiffre d'affaires de la société fondatrice initiale.

(140) La situation est différente si les entreprises acquièrent un nouveau contrôle en commun d'une entreprise ou d'un activité préexistante. Les entreprises concernées sont, d'une part, chacune des entreprises prenant le contrôle en commun et, d'autre part, l'entreprise ou l'activité préexistante acquise.

(141) L'acquisition d'une société en vue d'en répartir immédiatement les actifs n'est généralement pas considérée, comme expliqué ci-dessus au point 32, comme une prise de contrôle en commun de la totalité de la société cible, mais comme la prise de contrôle exclusif par chacun des derniers acquéreurs des différentes parties de la société cible. Compte tenu des observations faites à propos de la prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont les entreprises acquéreuses et les parties acquises lors de chacune des transactions.

([107]) Affaire IV/M.023 — ICI/Tioxide du 28 novembre 1990.

Modification de l'actionnariat de contrôle en cas de contrôle en commun d'une entreprise commune existante

(142) Comme expliqué ci-dessus, il peut être question d'une opération de concentration devant faire l'objet d'une notification en cas de modification de la qualité du contrôle dans une structure de contrôle en commun à la suite de l'entrée de nouveaux actionnaires détenant une participation de contrôle, qu'ils remplacent ou non les actionnaires contrôlants préexistants.

(143) Dans l'hypothèse où un ou plusieurs actionnaires prennent le contrôle de l'entreprise soit en entrant dans son capital, soit en se substituant à un ou plusieurs actionnaires, dans une situation de contrôle en commun aussi bien avant qu'après l'opération, les entreprises concernées sont les actionnaires (tant existants que nouveaux) qui exercent le contrôle en commun et l'entreprise commune elle-même ([108]). D'une part, comme dans le cas de la prise de contrôle en commun d'une société existante, l'entreprise commune elle-même peut être considérée comme une entreprise concernée car elle est une entreprise déjà préexistante D'autre part, comme précisé ci-dessus, l'entrée d'un nouvel actionnaire n'équivaut pas seulement en soi à une nouvelle prise de contrôle, mais entraîne aussi un changement dans la qualité du contrôle pour les actionnaires restants détenant une participation de contrôle, étant donné que la qualité du contrôle de l'entreprise commune est déterminée par l'identité et la composition de l'actionnariat de contrôle et donc aussi par les liens qui existent en son sein. En outre, le règlement sur les concentrations considère une entreprise commune comme une mise en commun des ressources économiques des sociétés mères ainsi que de l'entreprise commune, dans la mesure où elle génère déjà un chiffre d'affaires sur le marché. Pour ces raisons, les nouveaux actionnaires détenant une participation de contrôle sont des entreprises concernées au même titre que les actionnaires restants détenant une participation de contrôle. Compte tenu de la modification de la qualité du contrôle, ils sont tous considérés comme procédant à une prise de contrôle.

(144) L'article 4, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement sur les concentrations dispose que toutes les prises de contrôle en commun doivent être notifiées conjointement par les entreprises prenant le contrôle en commun et les actionnaires existants comme les nouveaux actionnaires doivent en principe notifier conjointement les concentrations résultant de telles modifications dans le contrôle en commun.

Prise de contrôle par une entreprise commune

(145) Dans les opérations où une entreprise commune prend le contrôle d'une autre société, la question se pose de savoir si l'entreprise commune doit ou non être considérée comme l'entreprise concernée (dont le chiffre d'affaires inclurait celui de ses sociétés mères) ou si chacune de ses sociétés mères doit être considérée comme une entreprise concernée. Cette question peut être déterminante pour l'établissement de la compétence ([109]). Si, d'une manière générale, l'entreprise concernée est l'entreprise commune en tant partie prenante directe à la prise de contrôle, il peut arriver que des sociétés créent des "sociétés coquilles" et que les sociétés mères soient chacune considérées comme des entreprises concernées. Dans ce cas de figure, la Commission examine la réalité économique de l'opération pour identifier les entreprises concernées.

(146) Lorsque l'acquisition est faite par une entreprise commune de plein exercice, présentant les caractéristiques décrites ci-dessus, qui opère déjà sur le même marché, la Commission considérera normalement que l'entreprise commune elle-même et l'entreprise cible sont les entreprises concernées (et non les sociétés mères de l'entreprise commune).

([108]) Voir affaire IV/M.376 — Synthomer/Yule Catto du 22 octobre 1993.

([109]) L'hypothèse envisagée est celle où la société cible réalise dans la Communauté un chiffre d'affaires global inférieur à 250 millions d'euros et où les parties acquéreuses sont deux entreprises ou plus dégageant chacune dans la Communauté un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros. En cas d'acquisition de la société cible par une "société coquille" mise en place par les entreprises acquéreuses, il n'y aurait qu'une entreprise ("la société coquille") réalisant dans la Communauté un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros, et l'un des critères cumulatifs déterminant la compétence communautaire, à savoir l'existence d'au moins deux entreprises dégageant dans la Communauté un chiffre d'affaires dépassant 250 millions d'euros, ne serait donc pas rempli. À l'inverse, si, au lieu d'agir par l'intermédiaire d'une "société coquille", les entreprises venaient à acquérir elles-mêmes la société cible, le seuil du chiffre d'affaires serait atteint et le règlement sur les concentrations s'appliquerait à l'opération. Des considérations identiques valent en ce qui concerne les seuils de chiffre d'affaires national visés à l'article 1er, paragraphe 3.

(147) À l'inverse, lorsque l'entreprise commune peut être considérée comme un simple vecteur utilisé pour une acquisition par les sociétés mères, la Commission considérera comme entreprises concernées chaque entreprise fondatrice, plutôt que l'entreprise commune en question, et la société cible. C'est en particulier le cas lorsque l'entreprise commune a été spécialement créée en vue de l'achat de la société cible ou n'est pas encore en activité, lorsqu'une entreprise commune existante n'a pas le caractère de plein exercice visé ci-dessus ou lorsque l'entreprise commune est une association d'entreprises. Il en est de même lorsque les faits démontrent que les sociétés mères sont en fait les véritables acteurs de l'opération. On citera ainsi la participation active des sociétés mères à l'initiative, à l'organisation et au financement de l'opération. Les sociétés mères sont alors considérées comme étant les entreprises concernées.

Démantèlement d'entreprises communes et échanges d'actifs

(148) Lorsqu'au moins deux entreprises démantèlent une entreprise commune et se répartissent les actifs (constituant les activités) entre elles, cette opération est normalement considérée, comme expliqué ci-dessus au point 41, comme constituant plus d'une prise de contrôle. Par exemple, les entreprises A et B constituent une entreprise commune avant de procéder à sa scission, avec une nouvelle répartition des actifs. Le démantèlement de l'entreprise commune entraîne le passage du contrôle en commun sur l'ensemble des actifs de l'entreprise commune au contrôle exclusif sur les actifs divisés par chacune des entreprises acquéreuses ([110]).

(149) Pour chaque opération de démantèlement, et compte tenu des considérations formulées à propos de la prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées seront, d'une part, la partie acquéreuse et, d'autre part, les actifs que cette entreprise acquerra.

(150) Comme dans le cas du démantèlement, la situation dans laquelle au moins deux sociétés échangent des actifs constitue une activité pour chacune d'elles. Dans ce cas, chaque prise de contrôle est considérée comme une prise de contrôle exclusif indépendante. Pour chaque transaction, les entreprises concernées seront les sociétés acquéreuses et l'entreprise ou les actifs acquis.

Prises de contrôle par des personnes physiques

(151) La prise de contrôle peut aussi être effectuée par des personnes physiques au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations, si ces personnes exercent elles-mêmes d'autres activités économiques (et sont donc considérées comme des entreprises économiques à part entière) ou si elles contrôlent une ou plusieurs autres entreprises économiques. Dans ce cas, les entreprises concernées sont l'entreprise cible et l'acquéreur particulier (le chiffre d'affaires de l'entreprise ou des entreprises contrôlées par cette personne physique étant inclus dans le calcul de son chiffre d'affaires, dans la mesure où les dispositions de l'article 5, paragraphe 4, sont respectées) ([111]).

(152) Une prise de contrôle d'une entreprise par ses cadres s'apparente à une acquisition par des personnes physiques, et le paragraphe 151 ci-dessus s'y applique également. Toutefois, les cadres peuvent mettre leurs intérêts en commun dans le cadre d'une "structure ad hoc" pour parler d'une seule voix et faciliter le processus de prise de décision. Cette structure ad hoc peut, mais ne doit pas nécessairement, être une entreprise concernée. Les indications générales données ci-dessus aux termes des paragraphes 145-147 à propos des prises de contrôle par une entreprise commune s'appliquent ici aussi.

([110]) Voir les affaires comparables COMP/M.3293 — Shell/BEB et COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB du 20 novembre 2003; affaire IV/M.197 — Solvay/Laporte du 30 avril 1992.

([111]) Voir affaire IV/M.082 — Asko/Jacobs/Adia du 16 mai 1991, dans laquelle un particulier exerçant d'autres activités économiques a pris le contrôle en commun d'une entreprise et a été considéré comme une entreprise concernée.

Prise de contrôle par une entreprise publique

(153) Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, une fusion ou une prise de contrôle entre deux entreprises appartenant au même État (ou au même organisme de droit public) peut constituer une opération de concentration si les entreprises en question faisaient partie, auparavant, d'entités économiques indépendantes dotées d'un pouvoir de décision autonome. Si tel est le cas, elles seront toutes deux considérées comme des entreprises concernées, bien qu'elles appartiennent toutes les deux au même État ([112]).

III. DATE D'ÉTABLISSEMENT DE LA COMPÉTENCE

(154) Les règles juridiques relatives à l'établissement de la compétence de la Commission ont été modifiées par le règlement sur les concentrations remanié. Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, du précédent règlement sur les concentrations, la date à prendre en considération était l'élément déclenchant d'une notification (la conclusion d'un accord définitif, la publication d'une offre publique d'achat ou l'acquisition d'une participation de contrôle), ou, au plus tard, le moment où les parties étaient tenues de notifier l'opération (soit une semaine après l'élément déclenchant) ([113]).

(155) En vertu du règlement sur les concentrations remanié, les parties ne sont plus obligées de notifier une opération dans un certain délai (pour autant qu'elles ne mettent pas en œuvre la concentration prévue avant la notification). Par ailleurs, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, deuxième alinéa, les entreprises concernées peuvent déjà notifier l'opération en démontrant de bonne foi leur intention de conclure un accord ou, dans le cas d'une offre publique d'achat ou d'échange, lorsqu'elles ont annoncé publiquement leur intention de faire une telle offre. Au plus tard lors de la notification, la Commission — ainsi que les autorités nationales de la concurrence — doivent pouvoir déterminer leur compétence. L'article 4, paragraphe 1, alinéa premier, du règlement sur les concentrations prévoit, de manière générale, que les concentrations doivent être notifiées après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle. Les dates de ces événements restent dès lors décisives, en vertu du règlement sur les concentrations remanié, pour déterminer la date d'établissement de la compétence, si une notification n'est pas effectuée avant ces événements sur la base d'une intention de bonne foi ou d'une intention annoncée ([114]).

(156) La date d'établissement de la compétence de la Communauté à l'égard d'une concentration est la date de la conclusion de l'accord juridiquement contraignant, de l'annonce de l'offre publique d'achat ou de l'acquisition d'une participation de contrôle ou la date de la première notification, si celle-ci est antérieure ([115]). La date de notification concerne une notification tant à la Commission qu'aux autorités d'un État membre. La date à prendre en considération est surtout importante pour savoir si les acquisitions ou les désengagements réalisés après la période couverte par les comptes concernés, mais avant cette date, nécessitent des ajustements de ces comptes conformément aux principes énoncés aux points 172 et 173.

IV. CHIFFRE D'AFFAIRES

1. **Notion de chiffre d'affaires**

(157) La notion de chiffre d'affaires énoncée à l'article 5 du règlement sur les concentrations correspond "aux montants résultant […] de la vente de produits et de la prestation de services". Ces montants figurent généralement dans les comptes d'entreprises sous la rubrique "ventes". En matière de produits, le chiffre d'affaires peut être déterminé sans difficulté. Il s'agit de mettre en évidence chaque acte commercial impliquant un transfert de propriété.

([112]) Voir le considérant 22 du règlement sur les concentrations, directement lié au calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise publique concernée dans le contexte de l'article 5, paragraphe 4.

([113]) Affaire COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint du 28 juin 2000.

([114]) L'autre possibilité, selon laquelle le chiffre d'affaires devrait être déterminé à la date ultime à laquelle les parties concernées sont tenues de notifier l'opération (sept jours après l'"élément déclenchant" selon le précédent règlement sur les concentrations), ne peut être retenue en vertu du règlement sur les concentrations remanié, puisque aucune date limite n'est fixée pour la notification.

([115]) Voir également l'avis de AG Kokott dans l'affaire C-202/06 du 26 avril 2007, paragraphe 46 (non encore publié). Seul le règlement sur les concentrations remanié a offert la possibilité de prendre en compte la première notification dès lors que la date est antérieure à la conclusion de l'accord, l'annonce de l'offre publique ou l'acquisition d'une majorité controllante, voir le point 35 de l'avis.

(158) D'une manière générale, la méthode de calcul du chiffre d'affaires appliquée aux services ne diffère pas de celle utilisée pour les produits: la Commission prend en considération le montant total des ventes. Le calcul des montants résultant de la prestation de services peut toutefois s'avérer plus complexe, car il dépend du service exact qui est fourni et des dispositions juridiques et économiques sous-jacentes dans le secteur concerné. Lorsqu'une entreprise fournit l'ensemble du service directement à son client, le chiffre d'affaires de l'entreprise concernée consiste dans le montant total des ventes de prestations de services du dernier exercice.

(159) Dans d'autres domaines, ce principe général devra éventuellement être adapté aux conditions particulières du service fourni. Dans certains secteurs d'activité (comme les voyages à forfait et la publicité), la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires ([116]). Même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyagiste qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité.

(160) Ces exemples montrent que, compte tenu de la diversité des services, de nombreux cas de figure sont envisageables et que les relations juridiques et économiques sous-jacentes doivent être soigneusement analysées. De la même manière, des situations particulières peuvent se présenter pour le calcul du chiffre d'affaires dans les domaines du crédit, des services financiers et de l'assurance. Ces questions seront traitées à la section VI.

2. **Activités ordinaires**

(161) L'article 5, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations prévoit que les montants à prendre en compte pour le calcul du chiffre d'affaires doivent correspondre aux "activités ordinaires" des entreprises concernées. Il s'agit du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits ou de la prestation de services dans le cadre de leur activité normale, à l'exclusion, en règle générale, des postes qui sont enregistrés sous les rubriques "produits financiers" ou "produits exceptionnels" dans les comptes des entreprises. Ces produits exceptionnels peuvent résulter de la vente d'activités ou d'actifs fixes. Les comptes des entreprises ne délimitent toutefois pas nécessairement les revenus tirés d'activités ordinaires de la manière dont le calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement sur les concentrations l'exige. Dans certains cas, la qualification des postes figurant dans les comptes doit éventuellement être adaptée aux exigences du règlement sur les concentrations ([117]).

(162) Les revenus ne doivent pas nécessairement émaner du client des produits ou services. En ce qui concerne les aides accordées aux entreprises par des organismes publics, toute aide doit entrer dans le calcul du chiffre d'affaires si l'entreprise est elle-même bénéficiaire de cette aide et si l'aide est directement liée à la vente de produits et à la prestation de services de cette entreprise. L'aide est par conséquent un revenu de l'entreprise résultant de la vente de produits ou de la prestation de services, qui s'ajoute au prix payé par le consommateur ([118]).

(163) Des problèmes spécifiques se sont posés pour le calcul du chiffre d'affaires d'une entité qui n'avait que des revenus internes dans le passé. Ce cas de figure peut s'appliquer notamment aux opérations impliquant la sous-traitance de services par le transfert d'une entité. Si cette opération constitue une concentration sur la base des considérations énoncées aux points 25 et suivants de la présente communication, la pratique de la Commission veut que le chiffre d'affaires soit normalement calculé en se fondant sur le chiffre d'affaires précédemment réalisé en interne ou sur des prix publics affichés,

([116]) Une entreprise n'interviendra normalement pas comme intermédiaire si elle vend des produits par le biais d'un acte commercial impliquant un transfert de propriété, Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-417/05, Endesa contre Commission, paragraphe 213, publiée au Recueil 2006 II p. 2533.

([117]) Dans l'affaire IV/M.126 — Accor/Wagons-Lits du 28 avril 1992, la Commission a décidé de considérer certains revenus d'activités de location de voitures comme des revenus d'activités ordinaires, même s'ils étaient enregistrés sous le poste "Autres produits d'exploitation" dans le compte de résultats de Wagons-Lits.

([118]) Voir affaire IV/M.156 — Cereol/Continentale Italiana du 27 novembre 1991. Dans cette affaire, la Commission a exclu l'aide communautaire du calcul du chiffre d'affaires car l'aide en question n'était pas destinée à soutenir la vente de produits fabriqués par l'une des entreprises participant à la concentration, mais les producteurs des matières premières (graines) utilisées par cette entreprise spécialisée dans le concassage de graines.

lorsqu'ils existent (par exemple, dans l'industrie pétrolière). Si le chiffre d'affaires précédemment réalisé en interne ne semble pas correspondre à la valeur de marché des activités en question (et donc, aux attentes en matière de chiffre d'affaires réalisé à l'avenir sur le marché), les prévisions de revenus établies sur la base d'un accord avec l'ancienne entreprise fondatrice peuvent faire office d'approximation raisonnable.

3. **Montant net du chiffre d'affaires**

(164) Le chiffre d'affaires à prendre en compte est un chiffre d'affaires "net", après déduction d'un certain nombre d'éléments mentionnés de façon explicite dans le règlement. Il s'agit d'épurer le chiffre d'affaires de telle sorte qu'il puisse refléter la force économique réelle de l'entreprise.

3.1. ***Déduction des remises, impôts et taxes***

(165) L'article 5, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations prévoit que "déduction (est) faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires". Les "réductions sur ventes" représentent l'ensemble des rabais, remises ou ristournes qui sont consentis par les entreprises à leurs clients ou qui influent directement sur les montants des ventes.

(166) Pour ce qui concerne la déduction des impôts et taxes, le règlement fait référence à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et aux "autres impôts directement liés au chiffre d'affaires". La notion d'"impôts directement liés au chiffre d'affaires" renvoie à la fiscalité indirecte liée au chiffre d'affaires, comme les taxes sur les boissons alcoolisées ou les cigarettes.

3.2. ***Traitement du chiffre d'affaires "interne"***

(167) Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement sur les concentrations, "le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article", soit le groupe auquel l'entreprise concernée appartient. Il s'agit en définitive d'exclure le produit des relations commerciales à l'intérieur d'un groupe afin de tenir compte du poids économique réel de chaque entité en termes de chiffre d'affaires réalisé sur le marché. Ainsi, les "montants" pris en compte par le règlement sur les concentrations reflètent uniquement les transactions intervenues entre le groupe des entreprises, d'une part, et les tiers, d'autre part.

(168) L'article 5, paragraphe 5, point a), du règlement applique le principe selon lequel il convient d'éviter la double comptabilisation, en particulier lorsque deux entreprises concernées par la concentration ou plus disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés à l'article 5, paragraphe 4, point b), dans une autre entreprise. Conformément à cette disposition, il y a lieu de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits ou de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et chacune des entreprises concernées (ou toute autre entreprise liée à l'une d'entre elles au sens de l'article 5, paragraphe 4). Pour ce qui est des entreprises communes entre entreprises concernées et tiers, dans la mesure où il est tenu compte de leur chiffre d'affaires conformément à l'article 5, paragraphe 4, point b) tel qu'énoncé au point 181 ci-dessous, le chiffre d'affaires généré par les ventes entre l'entreprise commune et l'entreprise concernée (ainsi que les entreprises liées à l'entreprise concernée conformément aux critères exposés à l'article 5, paragraphe 4) n'est pas pris en compte selon l'article 5, paragraphe 1.

4. **Calcul du chiffre d'affaires et comptes financiers**

4.1. ***Règle générale***

(169) La Commission cherche à se fonder sur les données les plus justes et fiables disponibles. En général, elle se référera aux comptes qui portent sur l'exercice le plus rapproché de la date de l'opération et qui ont été vérifiés en fonction de la norme applicable à l'entreprise en question et exigée pour l'exercice concerné ([119]). Il ne faut procéder à un ajustement des chiffres vérifiés que si les dispositions du règlement sur les concentrations l'exigent, notamment dans les cas exposés plus en détail au point 172.

([119]) Voir affaire COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa du 15 novembre 2005; confirmé par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-417/05, Endesa contre Commission, paragraphes 128 et 131, publiée au Recueil 2006 II p. 2533.

(170) La Commission répugne à prendre en considération des comptes de gestion ou autres formes de comptabilité provisoire, sauf dans des circonstances exceptionnelles ([120]). Lorsqu'une concentration a lieu au cours des premiers mois de l'année et que les comptes vérifiés ne sont pas encore disponibles pour l'exercice le plus récent, les chiffres à retenir sont ceux de l'année antérieure à cet exercice. En cas de divergence importante entre les deux jeux de comptes, en raison de modifications importantes et permanentes dans l'entreprise concernée, et en particulier lorsque les chiffres provisoires de fin d'exercice pour l'année la plus récente ont été approuvés par le conseil d'administration, la Commission peut décider de prendre en considération ces chiffres provisoires.

(171) Malgré cette règle générale, lorsqu'il y a de grandes différences entre les normes comptables de la Communauté et celles d'un pays tiers, la Commission peut juger nécessaire d'adapter ces comptes aux normes communautaires pour calculer le chiffre d'affaires.

4.2. *Ajustements postérieurs à la vérification des comptes les plus récents*

(172) Nonobstant les paragraphes qui précèdent, un ajustement doit toujours être effectué pour tenir compte des modifications permanentes de la réalité économique des entreprises concernées, telles que des acquisitions ou des cessions qui n'apparaissent pas ou seulement en partie dans les comptes vérifiés. De telles modifications doivent être prises en considération pour déterminer exactement les ressources mises en commun et mieux refléter la situation économique des entreprises concernées. Ces ajustements sont uniquement sélectifs par nature et ne remettent pas en question le principe selon lequel il faut un mécanisme simple et objectif pour établir la compétence de la Commission, puisqu'ils ne nécessitent pas une révision complète des comptes vérifiés ([121]). Premièrement, l'ajustement n'est applicable qu'aux acquisitions, cessions ou fermetures d'une partie de l'activité postérieures à la vérification des comptes. Il est pertinent si une entreprise clôture une opération relative au désengagement ou à la fermeture d'une partie de son activité avant la date d'établissement de la compétence (voir le point 154) ou si ce désengagement ou cette fermeture est une condition préalable de l'opération ([122]). Dans ce cas, le chiffre d'affaires attribuable à cette partie de l'activité sera déduit du chiffre d'affaires de la partie notifiante tel qu'il ressort des comptes vérifiés les plus récents. Si un accord portant sur la vente d'une partie de son activité est signé, mais que la vente (autrement dit, sa mise en œuvre juridique et le transfert du titre juridique des actions ou des actifs acquis) n'a pas encore été finalisée, ce changement n'est pas pris en compte ([123]), à moins que la vente soit une condition préalable à l'opération notifiée. Inversement, le chiffre d'affaires réalisé par les activités dont l'acquisition a été clôturée après l'établissement des comptes vérifiés les plus récents mais avant la date de fixation de la compétence sera additionné au chiffre d'affaires d'une entreprise aux fins de la notification.

(173) Deuxièmement, un ajustement peut également s'imposer pour les acquisitions, les désengagements ou les fermetures d'une partie de l'activité qui ont eu lieu durant l'exercice pour lequel les comptes vérifiés sont établis. Si des acquisitions, des désengagements ou des fermetures d'une partie de l'activité sont opérés durant cette période, les modifications des ressources économiques sont susceptibles de ne se refléter que partiellement dans les comptes vérifiés de l'entreprise concernée. Comme le chiffre d'affaires des activités acquises ne peut être intégré dans les comptes qu'à partir de leur acquisition, ceux-ci ne refléteront probablement pas pleinement le chiffre d'affaires annuel de l'activité acquise. À l'inverse, le chiffre d'affaires des activités cédées ou fermées peut continuer à figurer dans les comptes vérifiés jusqu'au moment de leur cession ou de leur fermeture effective. Dans ces cas, des ajustements doivent être opérés afin de supprimer des comptes vérifiés le chiffre d'affaires généré par les activités cédées ou fermées jusqu'au moment de la déconsolidation et d'ajouter le chiffre d'affaires que les activités acquises ont réalisé durant l'année jusqu'au moment où elles ont été consolidées dans les comptes. En conséquence, il convient d'exclure intégralement le chiffre d'affaires des activités cédées ou fermées et de prendre en compte le chiffre d'affaires annuel intégral des activités acquises.

([120]) Voir affaire COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa du 15 novembre 2005; confirmé par l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-417/05, Endesa contre Commission, paragraphes 176 et 179, publiée au Recueil 2006 II p. 2533.

([121]) Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-417/05, Endesa contre Commission, paragraphe 209, publiée au Recueil 2006 II p. 2533.

([122]) Voir arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-3/93, Air France/Commission, Recueil 1994 II p. 121, points 100 et suivants, en liaison avec l'affaire IV/M.278 — British Airways/Dan Air; affaire IV/M.588 — Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

([123]) Affaire IV/M.632 — Rhône Poulenc Rorer/Fisons du 21 septembre 1995; affaire COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint du 28 juin 2000.

(174) D'autres facteurs susceptibles d'avoir une incidence passagère sur le chiffre d'affaires, comme une diminution des commandes du produit concerné ou un ralentissement du cycle de production pendant la période qui précède l'opération, ne seront pas pris en compte dans le calcul. Les comptes apurés ne sont pas ajustés en conséquence.

5. **Attribution du chiffre d'affaires en vertu de l'article 5, paragraphe 4**

5.1. ***Identification des entreprises dont le chiffre d'affaires est pris en considération***

(175) Lorsqu'une entreprise concernée par une opération de concentration fait partie d'un groupe, il est tenu compte, non seulement du chiffre d'affaires de cette entreprise, mais aussi, en vertu du règlement sur les concentrations, du chiffre d'affaires des entreprises avec lesquelles l'entreprise concernée a des liens consistant dans les droits ou pouvoirs énumérés à l'article 5, paragraphe 4, pour déterminer si les seuils prévus à l'article 1er du règlement sont atteints. Il s'agit, là aussi, d'avoir un aperçu du volume total des ressources économiques que l'opération a pour effet de réunir, indépendamment du fait que les activités économiques soient exercées directement par l'entreprise concernée ou indirectement par l'entremise d'entreprises avec lesquelles elle entretient les liens décrits à l'article 5, paragraphe 4.

(176) Le règlement sur les concentrations ne donne pas de définition unique de la notion de groupe, mais énonce un certain nombre de droits ou pouvoirs à l'article 5, paragraphe 4, point b). Si une entreprise concernée a, directement ou indirectement, de tels liens avec d'autres sociétés, ces dernières sont considérées, aux fins du calcul du chiffre d'affaires en vertu du règlement sur les concentrations, comme faisant partie du groupe auquel elle appartient.

(177) L'article 5, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations dispose ce qui suit:

"Sans préjudice du paragraphe 2 (acquisition de parties d'entreprises), le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens de l'article 1er, paragraphes 2 et 3, résulte de la somme des chiffres d'affaires:

a) de l'entreprise concernée;

b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement:

   i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation;

   ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote;

   iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise;

   iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b);

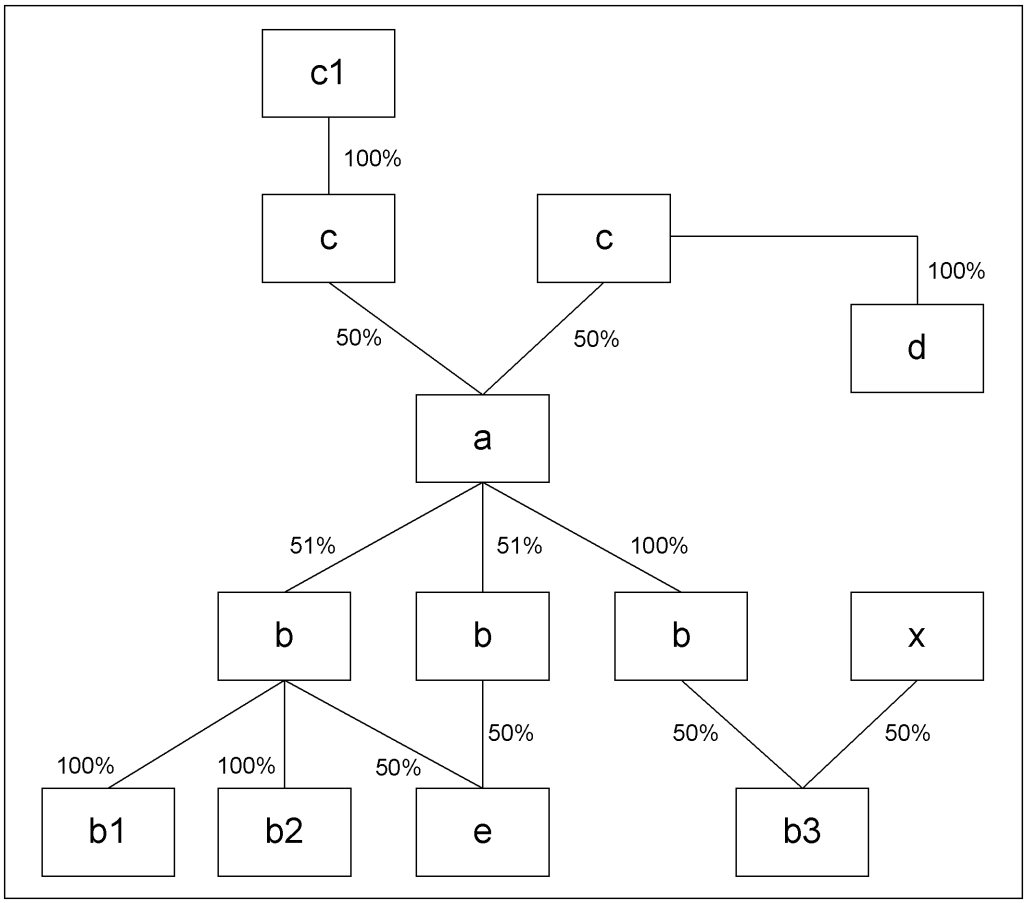
d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b);

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux point a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b)."

Une entreprise disposant, dans une autre entreprise, des droits et pouvoirs énumérés à l'article 5, paragraphe 4, point b), est dénommée "fondatrice" de cette dernière dans la présente section de la note, consacrée au calcul du chiffre d'affaires, cette autre entreprise étant dénommée, quant à elle, "filiale" de la première. L'article 5, paragraphe 4, prévoit par conséquent, en bref, que le chiffre d'affaires de l'entreprise concernée par l'opération de concentration [point a)] doit englober ses filiales [point b)], ses sociétés mères [point c)], les autres filiales de ses sociétés mères [point d)], ainsi que toute autre filiale contrôlée en commun par au moins deux entreprises visées aux points a) à d) [point e)].

(178) La représentation schématique de cette situation est la suivante:

L'entreprise concernée et son groupe



a: Entreprise concernée ([124])

b: ses filiales, les sociétés détenues en commun avec des tierces parties (b3) et leurs propres filiales (b1 et b2)

c: ses sociétés mères et leurs propres sociétés mères (c1)

d: les autres filiales des sociétés mères de l'entreprise concernée

e: les sociétés contrôlées en commun par au moins deux sociétés du groupe.

x: tierce partie

Remarque: les lettres "a" à "e" correspondent aux cinq points de l'article 5, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations. Les pourcentages figurant dans le graphique correspondent au pourcentage de droits de vote détenus par la société fondatrice concernée.

(179) Les droits ou pouvoirs visés à l'article 5, paragraphe 4, point b), sous i) à iii), peuvent être identifiés de manière assez simple étant donné qu'ils se rapportent à des seuils quantitatifs. Ces seuils sont atteints si l'entreprise concernée détient plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation d'autres entreprises, exerce plus de la moitié des droits de vote ou détient légalement le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration dans d'autres entreprises. Ils sont aussi atteints si l'entreprise concernée détient de facto le pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote à l'assemblée des actionnaires ou le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration dans d'autres entreprises ([125]).

([124]) En ce qui concerne le schéma, on part de l'hypothèse que l'entreprise commune elle-même est l'entreprise concernée selon le critère décrit au point 146 (acquisition par une entreprise commune de plein exercice active sur le même marché).

([125]) Affaire IV/M.187 — Ifint/Exor du 2 mars 1992; affaire IV/M.062 — Eridania/ISI du 30 juillet 1991.

(180) La disposition contenue dans l'article 5, paragraphe 4, point b), sous iv), concerne le droit de gérer les affaires de l'entreprise. Un tel droit de gestion est prévu par le droit des sociétés et se fonde en particulier sur des contrats organisationnels tels que le *Beherrschungsvertrag* en droit allemand, sur des contrats de bail commercial ou sur la structure organisationnelle du commandité au sein d'une société en commandite ([126]). Toutefois, le "droit de gestion" peut aussi découler de la détention de droits de vote (à titre exclusif ou en combinaison avec des arrangements contractuels, tels qu'un pacte d'actionnaires) permettant, sur la base d'éléments de droit stables, de déterminer la stratégie d'une entreprise.

(181) Le droit de gestion couvre aussi les situations dans lesquelles l'entreprise concernée a le droit de gérer les affaires d'une entreprise conjointement avec des parties tierces ([127]). L'idée sous-jacente est que les entreprises exerçant un contrôle en commun ont conjointement le droit de gérer les affaires de l'entreprise contrôlée même si chacune d'elles ne peut exercer individuellement ces droits que dans un sens négatif, c'est-à-dire sous la forme de droits de veto. Dans l'exemple ci-dessus, l'entreprise b3, qui est contrôlée en commun par l'entreprise concernée (a) et une tierce partie (x), est prise en compte étant donné que tant (a) que (x) disposent de droits de veto dans (b3) en raison de leur participation égale au capital de (b3). ([128]) En vertu de l'article 5, paragraphe 4, point b), sous iv), la Commission ne tient compte que des entreprises communes dans lesquelles l'entreprise concernée et des tierces parties exercent des droits *de jure* générant un droit de gestion clairement défini. De ce fait, la prise en compte d'entreprises communes est limitée aux cas dans lesquels l'entreprise concernée et des tierces parties bénéficient d'un droit conjoint de gestion en vertu d'un accord, tel qu'un pacte d'actionnaires, par exemple, ou dans lesquels l'entreprise concernée et une tierce partie disposent du même nombre de droits de vote, de sorte qu'ils ont le droit de désigner un nombre équivalent de représentants dans les organes de décision de l'entreprise commune.

(182) De la même manière, lorsqu'au moins deux entreprises contrôlent en commun l'entreprise concernée, en ce sens que leur accord unanime est requis pour en assurer la gestion, le chiffre d'affaires de toutes ces entreprises est pris en considération. Dans notre exemple, les deux sociétés mères (c) de l'entreprise concernée (a) seront prises en considération, ainsi que leurs propres sociétés mères (c1). Cette interprétation découle de la référence faite, dans l'article 5, paragraphe 4, point c), qui traite de ce cas, à l'article 5, paragraphe 4, point b), qui s'applique aux sociétés contrôlées en commun conformément aux dispositions du paragraphe précédent..

(183) Si l'une des sociétés identifiées sur la base de l'article 5, paragraphe 4, quelle qu'elle soit, a aussi des liens tels que définis au même article avec d'autres entreprises, ces dernières doivent aussi être prises en considération dans le calcul. Dans notre exemple, une des filiales (b) de l'entreprise concernée (a) a elle-même ses propres filiales (b1 et b2) et une des sociétés mères (c) a, elle aussi, sa propre filiale (d).

(184) L'article 5, paragraphe 4, fixe des critères spécifiques permettant d'identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée. Ces critères du "droit de gérer les affaires de l'entreprise", ne se confondent pas avec la notion de c "contrôle" énoncée à l'article 3, paragraphe 2. Il existe des différences significatives entre les articles 3 et 5, ces dispositions remplissant des rôles différents. Les différences apparaissent principalement au niveau du contrôle de fait. Si même une situation de dépendance économique peut aboutir, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, à un contrôle de fait (voir détails ci-dessus), une filiale faisant l'objet d'un contrôlé exclusif n'est prise en considération sur la base de circonstances de fait, en vertu de l'article 5, paragraphe 4, point b), que s'il est clairement démontré que l'entreprise concernée a le pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ou de désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration. En ce qui concerne le contrôle en commun, l'article 5, paragraphe 4, point b), sous iv), couvre les scénarios dans lesquels les entreprises exerçant le contrôle ont conjointement un droit de gestion sur la base de droits de veto individuels. L'article 5, paragraphe 4, ne couvrirait toutefois pas les situations dans lesquelles le contrôle en commun s'effectue sur la base de circonstances de fait en raison des intérêts communs forts qui unissent les différents actionnaires minoritaires de l'entreprise commune en fonction de la participation des actionnaires. La différence se reflète dans le fait que l'article 5, paragraphe 4, point b), sous iv), se réfère à un droit de gestion, et non à un pouvoir (comme au point b), sous ii) et iii)) et s'explique par la nécessité de fixer des critères précis et solides servant à calculer le chiffre d'affaires de telle sorte que les compétences puissent facilement être vérifiées. Toutefois, en vertu de l'article 3,

([126]) Affaire IV/M.187 — Accor/WagonLits du 28 avril 1992.
([127]) Affaire COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint; affaire IV/ M. 187 — Ifint/Exor; affaire IV/ M.1046 — Ameritech/Tele Danmark.
([128]) Seule la moitié du chiffre d'affaires généré par b3 est toutefois prise en compte; voir le point 187.

paragraphe 3, la question de savoir s'il y a concentration peut être étudiée de manière beaucoup plus globale. En outre, les situations de contrôle exclusif négatif ne sont qu'exceptionnellement couvertes (si les conditions visées à l'article 5, paragraphe 4, point b), sous i) à iii) sont remplies dans le cas spécifique concerné); le "droit de gestion", prévu aux termes de l'article 5, paragraphe 4, point b), sous iv), ne couvre pas les scénarios de contrôle négatif. Enfin, l'article 5, paragraphe 4, point b), sous i), par exemple, couvre les situations dans lesquelles le "contrôle" entendu aux termes de l'article 3(2) peut ne pas exister.

5.2. *Affectation du chiffre d'affaires des entreprises identifiées*

(185) De manière générale, dès lors qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 5, paragraphe 4, point b), l'intégralité du chiffre d'affaires de la filiale en question est prise en compte, quelle que soit la participation réelle détenue par l'entreprise concernée dans la filiale. Dans notre graphique, la totalité du chiffre d'affaires des filiales (appelées b) de l'entreprise concernée (a) est prise en compte.

(186) Le règlement sur les concentrations contient toutefois des règles spécifiques pour les entreprises communes. L'article 5, paragraphe 5, point b), stipule que, pour les entreprises communes entre au moins deux entreprises concernées, le chiffre d'affaires de l'entreprise commune (dans la mesure où il est généré par des activités réalisées avec des tierces parties comme expliqué ci-dessus au point 168) doit être imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

(187) Le principe énoncé à l'article 5, paragraphe 5, point b), est appliqué par analogie pour l'affectation du chiffre d'affaires aux entreprises communes entre entreprises concernées et parties tierces si leur chiffre d'affaires est pris en compte en vertu de l'article 5, paragraphe 4, point b), comme indiqué au point 181 ci-dessus. La pratique de la Commission est d'imputer à l'entreprise concernée le chiffre d'affaires de l'entreprise commune sur une base individuelle selon le nombre d'entreprises exerçant le contrôle en commun. Dans notre exemple, la moitié du chiffre d'affaires de b3 est prise en considération.

(188) Les règles énoncées à l'article 5, paragraphe 4, doivent aussi être adaptées aux situations impliquant le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif, afin d'éviter une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune. Même si l'entreprise acquéreuse a des droits ou des pouvoirs dans l'entreprise commune qui remplissent les conditions fixées à l'article 5, paragraphe 4, le chiffre d'affaires de l'actionnaire acquéreur doit être calculé sans tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise commune et le chiffre d'affaires de l'entreprise commune se calcule sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur.

5.3. *Affectation du chiffre d'affaires dans le cas de fonds d'investissement*

(189) La société d'investissement décrite ci-dessus au point 15 acquiert normalement un contrôle indirect sur les sociétés de portefeuille détenues par un fonds d'investissement. De même, la société d'investissement peut être considérée comme ayant indirectement les pouvoirs et droits décrits à l'article 5, paragraphe 4, point b), notamment le pouvoir d'exercer les droits de vote détenus par le fonds d'investissement dans les sociétés de portefeuille.

(190) Les mêmes considérations, tel que cela est exposé dans le cadre de l'article 3 (point 15), peuvent également s'appliquer dès lors qu'une société d'investissement crée plusieurs fonds de placement, le cas échéant avec différents investisseurs. En règle générale, sur la base de la structure organisationnelle, notamment des liens entre la société d'investissement et le(s) commandité(s) des différents fonds organisés sous la forme de sociétés en commandite, ou en vertu de dispositions contractuelles, en particulier des contrats de consultance entre le commandité ou le fonds d'investissement et la société d'investissement, cette dernière aura indirectement le pouvoir d'exercer les droits de vote détenus par le fonds d'investissement dans les sociétés de portefeuille ou aura indirectement un des autres pouvoirs ou droits décrits à l'article 5, paragraphe 4, point b). Dans ces conditions, la société d'investissement peut exercer un dispositif de contrôle en commun sur les différents fonds qu'elle a créés et la gestion commune des différents fonds par la société d'investissement est souvent indiquée par une enseigne commune pour les fonds.

(191) Par conséquent, une telle organisation des différents fonds par la société d'investissement peut entraîner la prise en compte du chiffre d'affaires de toutes les sociétés de portefeuille détenues par différents fonds aux fins de déterminer si le chiffre d'affaires atteint les seuils fixés à l'article premier lorsque la société d'investissement acquiert un contrôle indirect sur une société de portefeuille par l'entremise d'un des fonds.

5.4. *Affectation du chiffre d'affaires pour les entreprises publiques*

(192) En ce qui concerne le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques, l'article 5, paragraphe 4, doit être apprécié en liaison avec le considérant 22 du règlement sur les concentrations. On y lit en effet que, pour éviter toute discrimination entre secteurs public et privé, "dans le secteur public, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise participant à la concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables" ([129]).

(193) Il ressort clairement de ce considérant que les États membres (ou d'autres organismes de droit public) ne sont pas considérés comme des "entreprises" au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4. Le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome.

(194) En conclusion, lorsqu'une entreprise publique ne fait l'objet d'aucune coordination avec d'autres groupes contrôlés par l'État, il y a lieu de la traiter comme un groupe autonome aux fins de l'application de l'article 5 et de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires d'autres entreprises détenues par l'État en question. En revanche, lorsque plusieurs entreprises publiques relèvent d'un centre autonome de prise de décision commerciale, il y a lieu de considérer que le chiffre d'affaires de ces entreprises relève du groupe de l'entreprise concernée aux fins de l'application de l'article 5.

V. AFFECTATION GÉOGRAPHIQUE DU CHIFFRE D'AFFAIRES

(195) Les seuils concernant le chiffre d'affaires réalisé dans la Communauté et dans l'État membre concerné, visés à l'article 1er, paragraphes 2 et 3, visent à identifier, grâce à une affectation géographique du chiffre d'affaires, les activités pour lesquelles le chiffre d'affaires réalisé dans la Communauté est suffisamment élevé pour présenter un intérêt communautaire et qui sont principalement de nature transfrontalière. Cela nécessite que le chiffre d'affaires soit affecté géographiquement au niveau de la Communauté et par Etant Membre individuellement. Les comptes vérifiés ne donnant souvent pas de ventilation géographique conforme aux dispositions du règlement sur les concentrations, la Commission recourra aux chiffres disponibles les meilleurs fournis par les entreprises. En vertu de l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, de ce règlement, le lieu où le chiffre d'affaires est réalisé est déterminé par le lieu où se trouve le client au moment de la transaction:

"Le chiffre d'affaires réalisé soit dans la Communauté, soit dans un État membre, comprend les produits vendus et les services fournis à des entreprises ou des consommateurs soit dans la Communauté, soit dans cet État membre."

Règle générale

(196) Le règlement sur les concentrations ne fait pas de distinction entre les "produits vendus" et les "services fournis" en ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires. Dans les deux cas, la règle générale veut que l'on affecte le chiffre d'affaires au lieu où se trouve le client. Ces dispositions s'inspirent du principe selon lequel le chiffre d'affaires doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence avec d'autres fournisseurs. Il s'agit normalement aussi du lieu où l'opération caractéristique du contrat en question doit être effectuée, c.-à-d. où le service est réellement fourni et le produit réellement livré. Dans le cas d'opérations réalisées via l'internet, il peut être difficile, pour les entreprises, de déterminer le lieu où se trouve le client au moment de la conclusion du contrat via l'internet. Si le produit ou service lui-même n'est pas fourni via l'internet, le fait de privilégier le lieu où l'opération caractéristique du contrat en question est effectuée permet d'éviter ces difficultés. Dans les paragraphes qui suivent, la vente de biens et la fourniture de services sont traitées séparément étant donné qu'elles présentent des caractéristiques différentes en termes d'affectation du chiffre d'affaires.

([129]) Voir aussi l'affaire IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson du 22 février 1993.

Vente de biens

(197) En ce qui concerne la vente de biens, une situation particulière peut se présenter lorsque le lieu où le client se trouvait au moment de la conclusion du contrat d'achat diffère de l'adresse de facturation et/ou du lieu de livraison. Dans ces cas d'espèce, le lieu où le contrat d'achat a été conclu et le lieu de livraison priment l'adresse de facturation. La livraison constituant en général l'opération caractéristique de la vente de biens, le lieu de livraison peut même prévaloir sur le lieu où le client se trouvait au moment où le contrat d'achat a été conclu. Il y aura lieu d'examiner, à cet égard, si le lieu de livraison doit être considéré comme le lieu où s'exerce la concurrence ou si la concurrence s'exerce plutôt à l'endroit où est domicilié le client. Dans le cas de la vente de biens meubles tels qu'une automobile à un consommateur final, le lieu où cette dernière est livrée au client est déterminant même si l'accord a été conclu précédemment par téléphone ou par le biais d'Internet.

(198) On peut parler de situation particulière lorsqu'une multinationale met en œuvre une stratégie d'achat au niveau communautaire et se procure tous ses biens et services auprès de la même source d'approvisionnement. Une centrale d'achat pouvant prendre différentes formes, il convient de tenir compte de sa forme concrète étant donné qu'elle peut jouer un rôle déterminant dans la manière d'imputer le chiffre d'affaires. Lorsque des biens sont achetés par la centrale d'achat et livrés à cette dernière pour être ensuite redistribués, au sein du groupe, aux différents établissements installés dans plusieurs États membres, le chiffre d'affaires n'est imputé qu'à l'État membre dans lequel est établie la centrale d'achat. Dans ce cas, la concurrence s'exerce au lieu où est établie la centrale d'achat et c'est aussi à cet endroit que s'effectue l'opération faisant l'objet du contrat de vente. La situation est différente lorsque des liens directs unissent le vendeur et les différentes filiales. C'est le cas lorsque la centrale d'achat conclut un simple accord cadre, mais que les commandes individuelles sont passées par les filiales et que les produits sont directement livrés à ces dernières dans différents États membres, de même que lorsque les commandes individuelles sont passées par l'entremise de la centrale d'achat, mais que les produits sont directement livrés aux filiales. Dans les deux cas, le chiffre d'affaires doit être imputé aux différents États membres dans lesquels se trouvent les filiales, que les factures soient reçues et le paiement effectué par la centrale d'achat ou par les filiales. Cela s'explique par le fait que la concurrence avec d'autres fournisseurs porte, dans les deux cas, sur la livraison de produits aux différentes filiales même si le contrat est conclu au niveau central. En outre, dans le premier cas, ce sont en réalité les filiales qui décident elles-mêmes des quantités à livrer, élément essentiel pour la concurrence.

Prestation de services

(199) En ce qui concerne les services, le règlement sur les concentrations stipule que l'élément à prendre en compte est le lieu où ils sont fournis au client. Les services de nature transfrontalière peuvent être classés en trois grandes catégories. La première catégorie comprend les cas où le prestataire de services se déplace, la deuxième les situations dans lesquelles c'est le client qui se déplace et la troisième les cas où un service est fourni sans déplacement du prestataire de services ni du client. Dans les deux premières catégories, le chiffre d'affaires doit être imputé au lieu de destination de celui qui se déplace, c.-à-d. le lieu où le service est effectivement fourni au client. Dans la troisième catégorie, le chiffre d'affaires doit généralement être affecté au lieu où se trouve le client. Les principes décrits ci-dessus pour l'acquisition de biens par une centrale d'achat s'appliquent par analogie à l'approvisionnement central en services.

(200) La première catégorie pourrait par exemple concerner le cas d'une société non européenne fournissant des services spéciaux d'entretien d'avions à un transporteur dans un État membre. Dans ce cas, le prestataire de services se déplace dans la Communauté, à l'endroit où le service est effectivement fourni et où la concurrence s'exerce aussi pour ce service. Le cas où un touriste européen loue une voiture ou fait une réservation d'hôtel directement aux Etats-Unis relève de la deuxième catégorie, étant donné que le service est fourni en dehors de la Communauté et que la concurrence s'exerce aussi entre les hôtels et les sociétés de location de véhicules au lieu choisi. La situation est par contre différente en ce qui concerne les vacances à forfait. Pour ce type de vacances, le service commence par la vente du forfait par l'entremise d'un agent de voyage au lieu où se trouve le client et la concurrence entre agents de voyage s'exerce sur le lieu de la vente, comme pour le commerce de détail, même si les éléments constitutifs du service sont fournis dans une pluralité de lieux éloignés. Ce cas relève donc de la troisième catégorie et le chiffre d'affaires généré doit être affecté au lieu où se trouve le client. Cette catégorie comprend aussi les cas concernant la fourniture de logiciels ou la distribution de films réalisés en dehors de la Communauté, mais fournis à un client dans un État membre, de sorte que le service est effectivement fourni au client à l'intérieur de la Communauté.

(201) Les cas concernant le transport de marchandises sont différents, en ce sens que le client auquel ces services sont fournis ne se déplace pas, mais que le service de transport est fourni au client à l'endroit où il se trouve. Ces cas relèvent de la troisième catégorie et le lieu où se trouve le client est le critère déterminant pour l'affectation du chiffre d'affaires.

(202) Dans les affaires concernant les télécommunications, la qualification des services de terminaison d'appel peut poser problème. Bien que la terminaison d'appel semble relever de la troisième catégorie, il existe des raisons de la traiter différemment. Les services de terminaison d'appel sont par exemple fournis dans les cas où un appel provenant d'un opérateur européen se termine aux Etats-Unis. Bien que ni l'opérateur européen ni l'opérateur américain ne se déplace, le signal, lui, se déplace et le service est fourni par le réseau américain à l'opérateur européen aux États-Unis. Il s'agit aussi du lieu où s'exerce, le cas échéant, la concurrence. Le chiffre d'affaires doit donc être considéré comme un chiffre d'affaires non communautaire ([130]).

Secteurs spécifiques

(203) Certains secteurs posent toutefois des problèmes très particuliers en ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires. Ce point sera traité à la section VI ci-après.

VI. CONVERSION DU CHIFFRE D'AFFAIRES EN EUROS

(204) Il convient d'être très prudent dans le choix du taux de change servant à convertir les chiffres d'affaires en euros. Le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise sera converti au taux moyen des douze mois auxquels il se rapporte. Ce taux moyen peut être consulté sur le site Internet de la Direction Générale de la Concurrence ([131]). Le chiffre d'affaires annuel audité doit être converti tel quel et ne doit pas être fractionné en chiffres trimestriels ou mensuels qui seraient ensuite convertis individuellement.

(205) Lorsqu'une entreprise effectue des ventes libellées en plusieurs monnaies, la méthode à suivre est la même: le chiffre d'affaires total figurant dans les comptes consolidés et audités et libellé dans la monnaie utilisée par l'entreprise pour sa déclaration est converti en euros au taux moyen annuel. Les ventes en monnaie locale ne doivent pas être converties directement en euros, car les chiffres correspondants ne proviennent pas des comptes consolidés et audités de l'entreprise.

VII. DISPOSITIONS CONCERNANT LES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET AUTRES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS AINSI QUE LES ENTREPRISES D'ASSURANCE

1. **Champ d'application**

(206) En raison de la nature particulière du secteur, l'article 5, paragraphe 3, contient des règles spécifiques pour le calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit et autres établissements financiers ainsi que des entreprises d'assurance.

(207) Pour définir les termes "établissements de crédit et autres établissements financiers" au sens du règlement sur les concentrations, la Commission a toujours adopté, dans sa pratique, les définitions figurant dans le règlement européen applicable dans le secteur bancaire. La directive concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice stipule ce qui suit ([132]): "établissement de crédit:

— une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte"; "établissement financier:

— une entreprise, autre qu'un établissement de crédit, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées aux points 2 à 12 de la liste figurant à l'annexe I."

([130]) Cela n'a pas d'incidence sur le chiffre d'affaires que l'opérateur de téléphonie européen génère vis-à-vis de son propre client par cet appel.

([131]) Voir http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. Ce site Internet fait référence au bulletin mensuel de la Banque centrale européenne.

([132]) Les définitions se trouvent à l'article 1er, paragraphes 1 et 5, de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (JO L 126 du 26.5.2000, p. 1).

(208) Les établissements financiers au sens de l'article 5, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations sont par conséquent, d'une part, des sociétés holdings et, d'autre part, des entreprises qui exercent régulièrement, à titre principal, une ou plusieurs des activités expressément visées aux points 2 à 12 de l'annexe de la directive de coordination bancaire. Ces activités sont notamment les suivantes:

— prêts (notamment le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage);

— crédit-bail;

— opérations de paiement;

— émission et gestion de moyens de paiement (cartes de crédit, chèques de voyages, lettres de crédit);

— garanties et engagements;

— transactions pour le compte propre de l'établissement ou pour le compte de sa clientèle sur les instruments du marché monétaire (chèques, factures, certificats de dépôt), les marchés des changes, les instruments financiers à terme et options, les instruments sur devises ou sur les taux d'intérêt et les valeurs mobilières;

— participation aux émissions de titres et prestations de services y afférents;

— courtage monétaire;

— gestion ou conseil en gestion de patrimoine; et

— conservation et administration de valeurs mobilières.

2. **Calcul du chiffre d'affaires**

(209) L'article 5, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations décrit les méthodes de calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit et des autres établissements financiers, ainsi que des entreprises d'assurance. La section qui suit aborde d'autres questions concernant le calcul du chiffre d'affaires pour les types d'entreprises visés ci-dessus.

2.1. ***Calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit et établissements financiers (autres que les holdings financiers)***

2.1.1. Généralités

(210) En principe, il n'y a pas de difficultés particulières à appliquer aux établissements de crédit et autres types d'établissements financiers le critère des revenus bancaires pour déterminer le chiffre d'affaires réalisé au niveau mondial.

L'affectation géographique du chiffre d'affaires à la Communauté et aux États membres considérés individuellement est régie par la disposition spécifique énoncée à l'article 5, paragraphe 3, point a), deuxième alinéa, qui précise que le chiffre d'affaires doit être affecté à la succursale ou à la division établie dans la Communauté ou dans l'État membre qui perçoit le revenu en question.

2.1.2. Chiffre d'affaires des sociétés de crédit-bail

(211) Il y a lieu de faire une distinction fondamentale entre le bail financier et le bail d'exploitation. D'une manière générale, les baux financiers sont conclus pour des périodes plus longues que les baux d'exploitation et la propriété est habituellement transférée au preneur à l'échéance du bail en vertu d'une option d'achat à prix préférentiel prévue dans le contrat de bail. Dans le cas d'un bail d'exploitation, en revanche, la propriété n'est pas transférée au preneur à l'échéance et les coûts d'entretien, de réparation et d'assurance de l'équipement loué sont inclus dans les loyers. Un bail financier s'apparente donc à un prêt que le bailleur accorde au preneur pour que celui-ci puisse acheter un bien donné.

(212) Comme déjà indiqué ci-dessus, une société exerçant à titre principal une activité de crédit-bail financier est un établissement financier au sens de l'article 5, paragraphe 3, point a), et son chiffre d'affaires doit être calculé selon les règles spécifiques énoncées dans cet article. Tous les paiements effectués dans le cadre de contrats de crédit-bail, à l'exception de la part de remboursement, doivent être pris en considération; une vente de paiements futurs au titre d'un crédit-bail en début de contrat, à des fins de refinancement, ne doit pas être prise en compte.

(213) Les activités de crédit-bail d'exploitation ne sont toutefois pas considérées comme exercées par des établissements financiers, si bien que ce sont les règles générales du calcul du chiffre d'affaires fixées par l'article 5, paragraphe 1, qui sont d'application ([133]).

2.2. *Entreprises d'assurance*

(214) L'article 5, paragraphe 3, point b), du règlement sur les concentrations dispose que les primes brutes émises doivent être prises en compte dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises d'assurance. Les primes brutes émises correspondent à la somme des primes perçues, y compris les primes de réassurance perçues si l'entreprise concernée exerce aussi des activités de réassurance. Les primes cédées aux réassureurs, c'est-à-dire la somme des montants payés et à payer par l'entreprise concernée pour se couvrir en réassurance, sont des frais purement liés à la fourniture d'une couverture d'assurance et ne doivent pas être déduites des primes brutes émises.

(215) Les primes à prendre en considération portent à la fois sur les nouveaux contrats d'assurance conclus au cours de l'exercice comptable en question et sur les contrats anciens qui continuent de courir pendant la période de référence.

(216) En vue de constituer des réserves suffisantes pour assurer le règlement des sinistres, les entreprises d'assurance détiennent généralement un portefeuille d'actions et de titres productifs d'intérêt, de terrains et constructions et autres actifs produisant un revenu annuel.

Les revenus annuels provenant de ces sources ne sont pas considérés comme un chiffre d'affaires pour les entreprises d'assurance au titre de l'article 5, paragraphe 3, point b). Il convient toutefois de faire une distinction entre, d'une part, les placements purement financiers, qui ne confèrent pas les droits et pouvoirs prévus à l'article 5, paragraphe 4, à l'entreprise d'assurance dans les entreprises faisant l'objet des placements et, d'autre part, les placements entraînant l'acquisition d'une participation remplissant les critères définis à l'article 5, paragraphe 4, point b). Dans ce dernier cas, c'est l'article 5, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations qui est applicable, et le chiffre d'affaires de cette entreprise, calculé conformément à l'article 5, paragraphe 3, point b), doit être ajouté à celui de l'entreprise d'assurance en vue d'en établir le niveau au regard des seuils prévus dans le règlement sur les concentrations ([134]).

2.3. *Holdings financiers*

(217) Un holding financier étant un "autre établissement financier" au sens de l'article 5, paragraphe 3, point a), du règlement sur les concentrations, son chiffre d'affaires doit être calculé conformément aux règles spécifiques énoncées dans cet article. Toutefois, comme indiqué ci-dessus pour les entreprises d'assurance, l'article 5, paragraphe 4, s'applique aux participations remplissant les critères définis à l'article 5, paragraphe 4, point b). C'est pourquoi le chiffre d'affaires d'un holding financier doit être calculé, à la base, conformément à l'article 5, paragraphe 3, mais il peut s'avérer nécessaire d'y ajouter le chiffre d'affaires d'entreprises entrant dans les catégories établies à l'article 5, paragraphe 4 ("sociétés relevant de l'article 5, paragraphe 4") ([135]).

([133]) Voir affaire IV/M.234 — GECC/Avis Lease du 15 juillet 1992.
([134]) Voir affaire IV/M.018 — AG/AMEV du 21 novembre 1990.
([135]) Les principes exposés pour les holdings financiers peuvent être appliqués dans une certaine mesure aux sociétés de gestion de portefeuille.

(218) En pratique, il faut d'abord prendre en compte le chiffre d'affaires (non consolidé) du holding financier. Ensuite, le chiffre d'affaires des sociétés relevant de l'article 5, paragraphe 4, doit être ajouté, en veillant à déduire les dividendes et autres revenus distribués par ces sociétés au holding financier. L'exemple qui suit montre la manière de procéder au calcul:

millions d'euros

1.	Chiffre d'affaires se rapportant aux activités financières (profits et pertes non consolidés)	3 000
2.	Chiffre d'affaires se rapportant aux compagnies d'assurance relevant de l'article 5, paragraphe 4 (primes brutes émises)	300
3.	Chiffre d'affaires se rapportant aux sociétés industrielles relevant de l'article 5, paragraphe 4	2 000
4.	Déduction des dividendes et autres revenus des sociétés 2 et 3 relevant de l'article 5, paragraphe 4	<200>
Chiffre d'affaires total du holding financier et de son groupe		5 100

(219) Dans ces calculs, il peut s'avérer nécessaire de retenir d'autres règles comptables. Cette considération vaut pour tous les types d'entreprises concernés par le règlement sur les concentrations, mais elle est particulièrement importante pour les holdings financiers ([136]), où le nombre et la diversité des entreprises contrôlées, ainsi que le niveau d'influence que le holding exerce sur ses filiales, sur les entreprises liées et sur les entreprises dans lesquelles il détient une participation, appellent une analyse prudente.

(220) Le calcul du chiffre d'affaires des holdings financiers tel que décrit ci-dessus peut se révéler pesant dans la pratique. Son application rigoureuse et exhaustive ne s'imposera donc que dans les cas où le chiffre d'affaires d'un holding financier paraîtra proche des seuils prévus dans le règlement sur les concentrations. Lorsque le chiffre d'affaires est nettement inférieur aux seuils définis, on s'appuiera sur les comptes publiés pour déterminer la compétence.»

([136]) Voir par exemple affaire IV/M.166 — Torras/Sarrió du 24 février 1992.