

**Commission Ouverte du Barreau de Paris
Franco-Allemande**

Responsable : Christian Roth, Avocat à la Cour

Jeudi 19 mars 2015

En quoi le contrôle allemand des concentrations diffère des règles françaises

**Intervenante : Dr. Antje Luke
Rechtsanwältin, Avocate au barreau de Paris**

Plan

- Introduction
- Le terme « concentration »
- Seuils de chiffre d'affaires
- Procédure
- Appréciation des concentrations sur le fond
- Voies de recours

INTRODUCTION

- Historique
- Compétence
- Relation entre le contrôle national et européen des concentrations

Historique

- Dispositions dans le *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*
- Contrôle depuis longtemps
- Version originale du GWB (1957) prévoyait un contrôle des concentrations, mais ne permettait pas leur interdiction
- Contrôle des concentrations renforcé en 1973: le *Bundeskartellamt* (office fédéral allemand des ententes) a été autorisé pour la première fois à interdire des concentrations d'une certaine taille si elles ont pour effet la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché

Historique

- Intensification et amélioration du contrôle des concentrations dans les modifications suivantes
- Dernière réforme: Huitième Loi Modificative, entrée en vigueur le 30 juin 2013, visait l'adaptation du règlement allemand sur les concentrations au règlement européen, notamment moyennant l'introduction du test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*)

Historique

- France: depuis 1977 mais notamment depuis Ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence
- Contrôle obligatoire préliminaire depuis introduction dans le Livre IV du Code de Commerce (Art. 430-1 s,) introduit par la NRE 2001
- Contrôle des concentrations au niveau européen depuis le 21.9.1990 (Règlement n° 4064/89), remanié dans le Règlement 139/2004 du 20.1.2004 (ci-après « RCCE », Règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises)

Compétence

- Compétence exclusive du *Bundeskartellamt* pour le contrôle des concentrations en Allemagne
- Compétence des sections au sein du BKA selon le secteur industriel en question

Relation entre le contrôle national et européen des concentrations

- Comment les contrôles des concentrations sont-ils distribués entre les autorités nationales et européennes ?
- De façon générale, pas d'application parallèle
- Définition de la dimension communautaire selon le chiffre d'affaires

Relation entre le contrôle national et européen des concentrations

- Dimension communautaire (Art.1 RCCE) **soit** quand :
 - Chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des entreprises concernées > **5 milliards** d'euros, **et**
 - Le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées > **250 millions** d'euros
 - A moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre

OU

Relation entre le contrôle national et européen des concentrations

- Le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises concernées > 2,5 milliards d'euros **et**
- Dans au moins trois États membres, le chiffre d'affaires de l'ensemble des entreprises > 100 millions d'euros **et**
- Dans au moins trois États membres, chiffre d'affaires individuel d'au moins deux entreprises > 25 millions d'euros **et**
- Chiffres d'affaires d'au moins deux entreprises > 100 millions d'euros
- Sauf si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre

Relation entre le contrôle national et européen des concentrations

- Possibilité de demander qu'un cas soit examiné par une autorité nationale ; Art. 4 alinéa 4 RCCE
- Possibilité de demander le transfert à la Commission si un cas est susceptible d'être examinée dans trois États membres (Art. 4 alinéa 5)

LE TERME « CONCENTRATION »

§ 37 GWB

- Acquisition d'actifs (§ 37 I n° 1 GWB)
- Acquisition de contrôle (§ 37 I n° 2 GWB)
- Acquisition de parts sociales (§ 37 I n° 3 GWB)
- Existence d'une influence significative d'un point de vue concurrentiel (§ 37 I n° 4 GWB)
- Attention : critères autonomes par rapport à ceux qui sont en vigueur en F et UE

Acquisition d'actifs (§ 37 I n° 1 GWB)

- Acquisition de l'intégralité ou de la part essentielle des actifs
- Délimitation selon critère qualitatif ou quantitatif
- Cas intéressant : ex acquisition d'un bien immobilier d'une société immobilière (moins pertinent ce jour)

Acquisition de contrôle (§ 37 I n° 2 GWB)

- Une ou plusieurs entreprise(s) acquiert(ent) le contrôle direct ou indirect de la totalité ou d'une partie d'une autre entreprise ou de plusieurs autres entreprises
- Moyens conférant un tel contrôle : droits, contrats ou autres
- Le contrôle doit permettre l'exercice d'une influence déterminante (§ 17 Loi relative aux soc. par actions (*Aktiengesetz, AktG*)) et doit se poursuivre pendant une certaine durée

Acquisition de contrôle (§ 37 I n° 2 GWB)

- **Droits**

- Une **prise de contrôle** entrera dans tous les cas dans le champs d'application du contrôle des concentrations
- Une **participation minoritaire** peut suffire pour admettre l'existence d'une prise de contrôle si, pour des raisons juridiques ou de fait, la participation permet à l'acquéreur d'exercer une influence sur l'entreprise participante
- Eventuellement analyse présence assemblée générale
Attention JV 50/50 : pas de contrôle si entreprise commune pas autonome

Acquisition de parts sociales (§ 37 I n° 3 GWB)

- Particularité allemande
- Achat de parts sociales qui, seules ou en combinaison avec d'autres parts sociales déjà détenues par l'entreprise (ou le groupe), atteignent
 - 50% (lit. a) OU
 - 25 % (lit. b)
du capital ou des droits de vote d'une autre entreprise
- Pas de concentration en cas de réorganisation intra-groupe

Acquisition de parts sociales (§ 37 I n° 3 GWB)

- § 37 I n° 3 deuxième et troisième phrases GWB contient des dispositions sur l'imputation de parts sociales
- Entreprise commune: peut être soumise non pour détention de contrôle mais pour acquisition de parts
- Si plusieurs entreprises, simultanément ou successivement, achètent des parts sociales dans une entreprise, on considèrera, par rapport aux marchés concernés, que cela constitue également une concentration des entreprises participantes entres elles

Existence d'une influence significative pour la concurrence (§ 37 I n° 4 GWB)

- Selon § 37 I n° 4 GWB, constitue une concentration toute autre relation entre entreprises qui permet à une ou plusieurs entreprises d'exercer une « influence significative pour la concurrence » sur une autre entreprise
- Éviter contournement des règles

Exemple : participation de 24,9 %, en présence d'autres éléments

SEUILS

- Seuils de chiffre d'affaires quantitatif (§ 35 I GWB)
- Exceptions (§ 35 II GWB)
- Calcul des seuils (§ 38 GWB)

Seuils de chiffre d'affaires (§ 35 I GWB)

- Chiffre d'affaires mondial des entreprises concernée > 500 millions d'euros **et**
- Chiffre d'affaires national d'au moins une entreprise concernée > 25 millions d'euro **et**
- Chiffre d'affaires national d'une autre entreprise concernée > 5 millions d'euros

Exceptions (§ 35 II GWB)

- Clause *de minimis* ou d'exclusion (§ 35 II 1 GWB): exclusion si entreprise cible n'est pas dépendante **et** a réalisé chiffre d'affaires mondial < 10 millions d'euros
- Clause relative aux marchés d'importance mineure désormais sur le plan matériel (***Bagatellmarktklausel***)

Calcul des seuils de chiffres d'affaires (§ 38 GWB)

- Chiffre d'affaires déterminé selon les dispositions comptables du Code de commerce allemand, chiffre d'affaires hors impôts
- Chiffres d'affaires de la dernière année comptable complète
- Revenus générés par des livraisons et services intra-groupe pas pris en compte
- Quelques règles spécifiques en matière de commerce en gros (réduction), médias (multiplication) et établissements de crédit (définition de chiffre d'affaires)

Calcul des seuils de chiffres d'affaires (§ 38 GWB)

Entreprises concernées

- pas de renvoi aux dispositions européennes pour la définitions d'entreprises concernées
- Normalement à prendre en compte CA acheteur et cible; nouvelle disposition pour vendeur: vendeur si retient contrôle ou 25% ou plus des parts sociales
- Opérations intervenues entre les mêmes personnes durant période de deux ans sont considérées comme une opération

Calcul des seuils de chiffres d'affaires (§ 38 GWB)

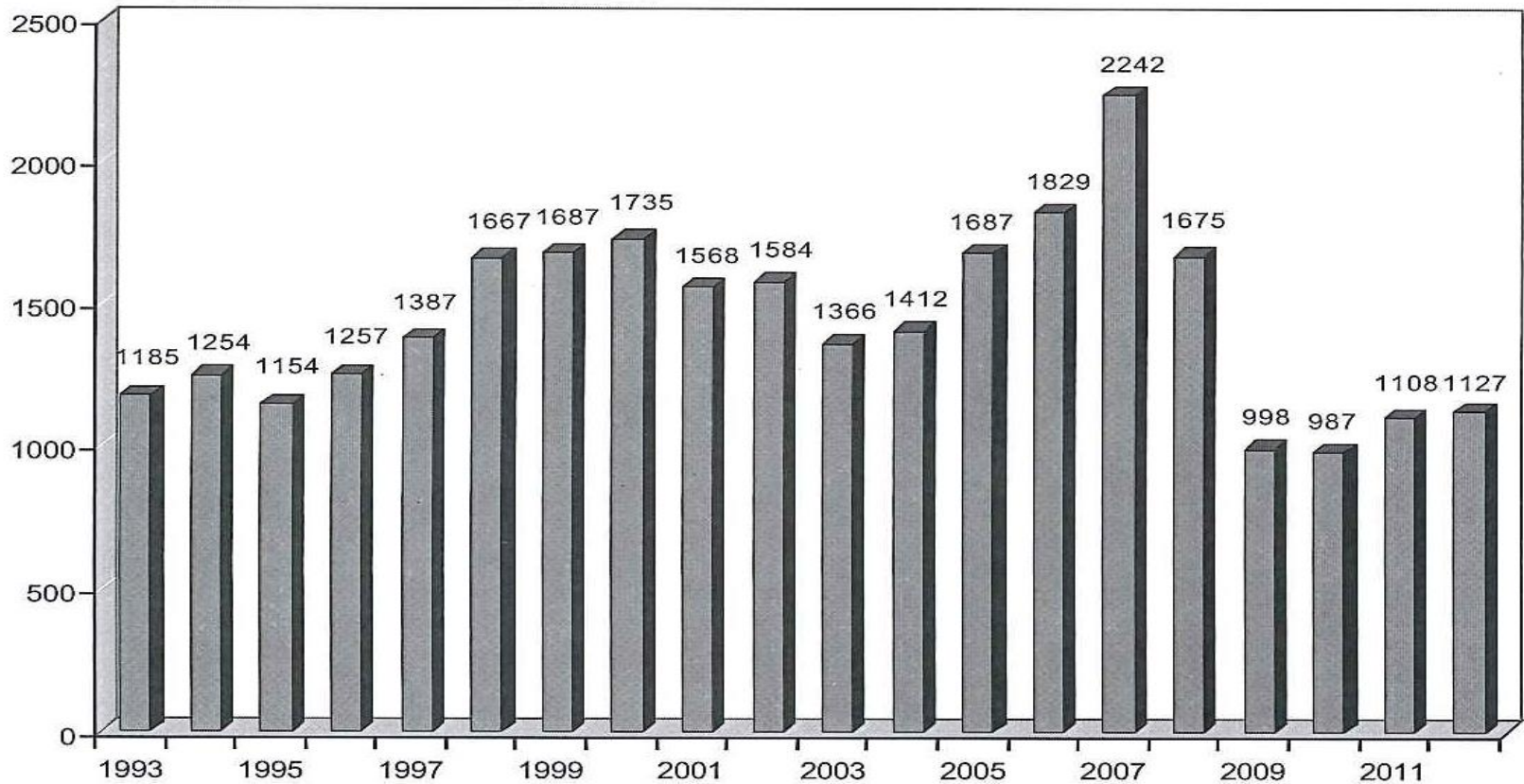
- Imputation du chiffre d'affaires groupe : le chiffre d'affaires de tout le groupe doit être pris en compte
- Problématique de l'appartenance au groupe après la période pertinente

PROCEDURE (§ § 39-43 GWB)

- Préparation de la déclaration
- Déclaration (§ 39 GWB)
- Interdiction de réalisation effective (§ 41 GWB)
- Procédure ordinaire (§ 40 I GWB)
- Procédure d'examen approfondie (§ 40 II à VII GWB)
- Voies de recours

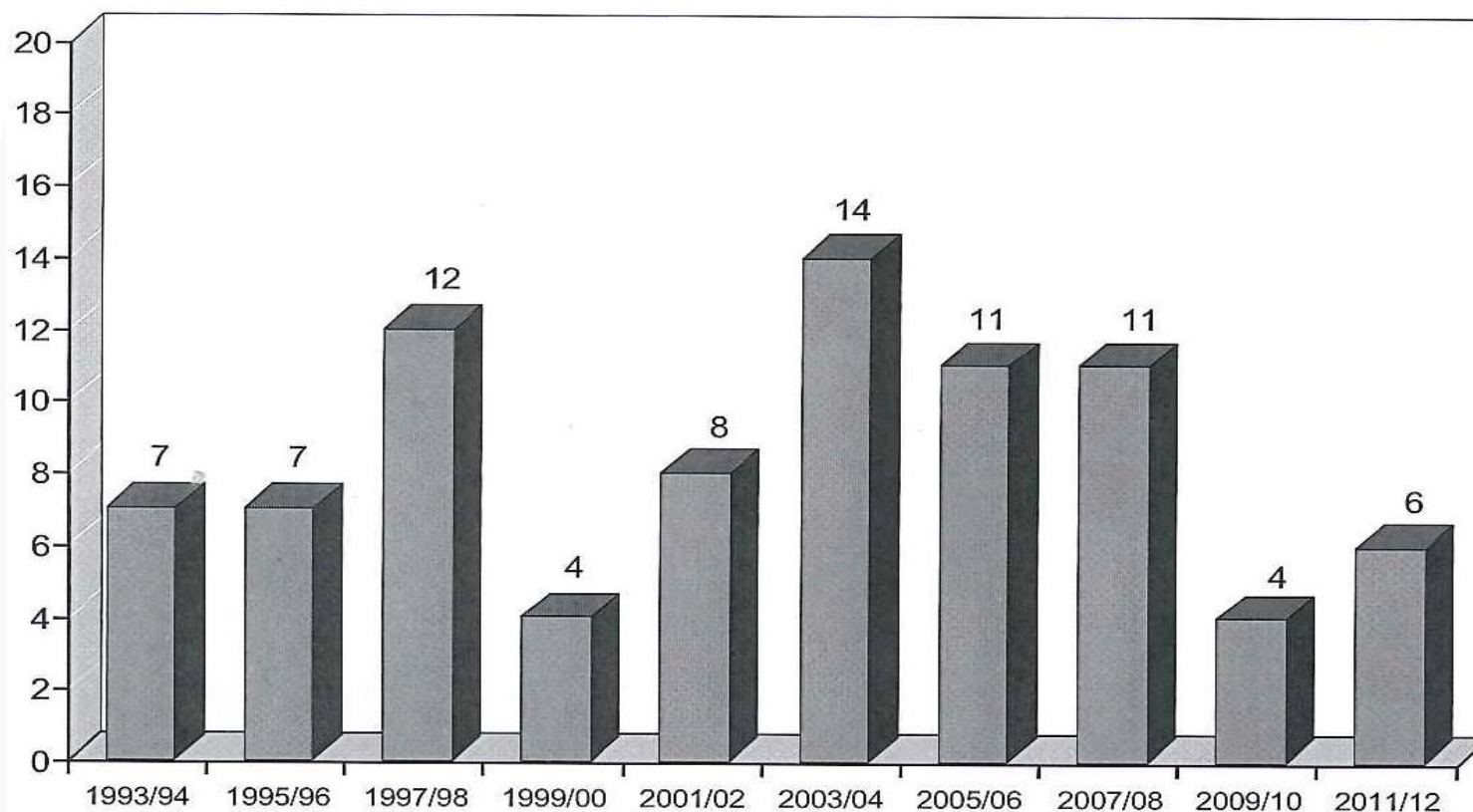
Concentrations déclarées au *Bundeskartellamt* 1990-2010 (source: rapport activités BKA)

Anmeldungen 1993 bis 2012



Nombre de concentrations interdites par le *Bundeskartellamt* (classées par périodes de déclaration)*

Zahl der Untersagungen (nach Berichtszeiträumen)



*La période de déclaration repose sur le rapport d'activité du *Bundeskartellamt*, publié tous les deux ans.

Préparation et notification (§ 39 GWB)

- Préparation
- Obligation de notification pour
 - les « entreprises concernées» par la concentration
 - le vendeur dans le cas d'une acquisition d'actifs (§ 37 alinéa 1 n° 1 GWB) et d'une acquisition de parts sociales (§ 37 alinéa 1 n° 3 GWB)
- Notification possible avant signature de contrats définitifs

Déclaration (§ 39 GWB)

- Informations à inclure dans la notification, notamment :
 - La dénomination sociale et le lieu d'implantation
 - La nature des activités commerciales
 - Le chiffre d'affaires au niveau national, au sein de l'UE et à l'échelle mondiale
 - Les parts de marché
 - Dans le cadre d'une acquisition de parts sociales, le taux de participation acquis et détenu en total
- Pas de présentation p. ex. du contrat
- Utilisation de formulaire

Interdiction de réalisation effective (§ 41 GWB)

- Interdiction de réalisation effective de la concentration avant décision du BKA (*Vollzugsverbot*, § 41 GWB)
- Exceptions:
 - OPA (sans exercice de droit de vote)
 - Sur demande en cas d'urgence (par ex. cession dans le cadre de procédure collective)
- Acte juridique constituant une violation de cette interdiction reste (provisoirement) sans effet (§ 41 I 2 GWB).

Interdiction de réalisation effective (§ 41 GWB)

- Exception d'inopposabilité :
 - Transactions immobilières
 - Fusions, transformations, ou scission après inscription au registre
- Depuis 2013, GWB admet de façon expresse efficacité de réalisation si opération a été autorisée ex post, donc pas de réitération de l'acte nécessaire
- BKA peut demander « déconcentration » en cas de violation et fixer amende

Procédure préliminaire (§ 40 I GWB)

- Publication de la notification sur le site internet
- Procédure préliminaire: examiner si une enquête supplémentaire de la concentration (procédure d'examen approfondie) est nécessaire (§ 40 I GWB)
- BKA doit communiquer son choix d'ouvrir procédure d'examen approfondie dans un délai d'un mois à compter de la réception de la déclaration **complète**. Autrement, il ne pourra pas interdire la concentration déclarée (§ 40 I 1 GWB)
- Cas typique : uniquement déclaration indiquant qu'il n'y a pas d'objections, décision non motivée

Procédure d'examen approfondie (§ 40 II à VII GWB)

- Après l'ouverture de la procédure d'examen approfondie, le *Bundeskartellamt* décide par décision motivée d'autoriser la concentration ou de l'interdire (§ 40 II 1 GWB)
- Décision doit être prise dans les quatre mois à compter de la réception de la déclaration complète, sinon concentration réputée autorisée
- Prolongation du délai en cas de discussion de conditions

Procédure d'examen approfondie (§ 40 II à VII GWB)

- Autorisation peut être assortie de conditions et d'obligations adéquates et nécessaires pour atteindre cet objectif
- Conditions ne doivent pas viser à soumettre les entreprises participant à un contrôle continu (§ 40 III 2 GWB) ; leur but est uniquement de prévenir toute dégradation structurelle des conditions de concurrence

Autorisation ministérielle (§ 42 GWB)

- Sur demande, le ministre allemand de l'économie et de la technologie peut autoriser une concentration interdite par le *Bundeskartellamt* si, dans un cas particulier :
(1) les avantages économiques généraux de la concentration compensent l'atteinte portée à la concurrence, **OU**
(2) la concentration est justifiée par un intérêt public prépondérant (§ 42 I 1 GWB)
- P. ex. : concentration des groupes d'énergie Eon et Ruhrgas en 2002

APPRÉCIATION DES CONCENTRATIONS SUR LE FOND

- Principes pour l'évaluation des concentrations (§ 36 I GWB) : test « SIEC »
- Test « SIEC » (*Significant Impediment of Effective Competition*) introduit en 2013, afin d'aligner le critère d'évaluation allemand à celui utilisé par la Commission Européenne
- Introduction du Test SIEC vise surtout la *détection d'effets unilatéraux (non coordonnés) lors de concentrations horizontales*

Appréciation des concentrations sur le fond

- Concentration à interdire **si elle restreint de manière significative la concurrence effective**, et notamment si elle crée ou renforce une position dominante sur le marché pertinent, **sauf dans les cas suivants** :
 - (1) preuve que concentration apporte également des améliorations des conditions de concurrence *et* que ces améliorations compensent l'atteinte portée à la concurrence (§ 36 I 2 n° 1 GWB) ; *ou*
 - (2) marché concerné sur lequel, depuis au moins cinq ans, le chiffre d'affaires réalisé s'élève à moins de 15 millions d'euros (§ 36 I 2 n° 2; *Bagatellmarktklausel*) ; *ou*
 - (3) « concentration de sauvetage » (*Sanierungsfusion*) dans le secteur de la presse

Appréciation des concentrations sur le fond

- Cas typique reste création ou renforcement de position dominante définie dans § 18 GWB :
 - Une entreprise est dominante si, sur un marché donné, elle est
 - sans concurrents
 - sans concurrence notable ou
 - a une position de marché éminente
 - Présomption simple à 40 % parts de marché
 - Trois ou moins d'entreprises ont 50 % ou
 - Cinq ou moins d'entreprises ont 66 %

Appréciation des concentrations sur le fond

- Délimitation par le BKA du marché pertinent; pratique de la Commission Européenne peut le cas échéant être prise en compte
- Preuve par tout moyen, par ex. aussi expertise
- Approche varie selon effet horizontal, vertical ou de conglomérat de la concentration
- Possibilité du BKA d'interroger le marché, par ex. sur la délimitation des marchés, ou les parts de marché

Clause sur les marchés d'importance mineure (§ 36 I 2 n° 2 GWB)

- Clause *Bagatellklausel* vise à prévenir l'interdiction de concentrations d'entreprises qui interviennent sur plusieurs marchés et qui, suite à une concentration, atteignent une position dominante sur un marché dont l'importance économique est négligeable
- A cette fin, le volume du marché pendant la dernière année civile doit s'élever à moins de 15 millions d'euros

VOIES DE RECOURS

- Voies de recours contre l'interdiction
- Voies de recours contre l'autorisation en cas d'expiration des délais
- Voies de recours contre l'autorisation

Voies de recours

- **Voies de recours contre l'interdiction**
- Entreprises participantes peuvent introduire un recours contre l'interdiction, mais pas d'effet suspensif (§ § 63-64 GWB)
- Recours peut aussi être maintenue si l'opération abandonné suite à décision négative
- Demande d'autorisation auprès du ministre de l'économie

Voies de recours

- **Voies de recours contre l'autorisation**
- Recours peut être introduit par des parties qui sont parties à la procédure à condition que l'autorisation affecte leurs intérêts économiques de manière préjudiciable directement et individuellement.
- Pas clairement établi si des personnes externes à la procédure ont droit de recours, a priori seulement affectation d'intérêts propres
- Pas de recours contre « non décision »



Pinsent Masons

Merci de votre attention !

Contact :

Dr. Antje Luke

Rechtsanwältin, Avocat à la Cour
Partner

D: +33 1 53 53 09 67 M: +33 6 12 55 23 31

E: antje.luke@pinsentmasons.com

Pinsent Masons LLP is a limited liability partnership registered in England & Wales (registered number: OC333653) authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority, and by the appropriate regulatory body in the other jurisdictions in which it operates. The word 'partner', used in relation to the LLP, refers to a member of the LLP or an employee or consultant of the LLP or any affiliated firm of equivalent standing. A list of the members of the LLP, and of those non-members who are designated as partners, is displayed at the LLP's registered office: 30 Crown Place, London EC2A 4ES, United Kingdom. We use 'Pinsent Masons' to refer to Pinsent Masons LLP, its subsidiaries and any affiliates which it or its partners operate as separate businesses for regulatory or other reasons. Reference to 'Pinsent Masons' is to Pinsent Masons LLP and/or one or more of those subsidiaries or affiliates as the context requires. © Pinsent Masons LLP 2014

For a full list of our locations around the globe please visit our websites



www.pinsentmasons.com



www.Out-Law.com