

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION**

**sur la notion d'entreprises concernées au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises**

(98/C 66/03)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

**I. INTRODUCTION****II. NOTION D'ENTREPRISE CONCERNÉE****III. IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNÉES DANS DIFFÉRENTS TYPES D'OPÉRATIONS**

1. Fusions
2. Prise de contrôle exclusif
  - 2.1. Prise de contrôle exclusif de toute la société
  - 2.2. Prise de contrôle exclusif d'une partie de la société
  - 2.3. Prise de contrôle exclusif après réduction ou agrandissement de la société cible
  - 2.4. Prise de contrôle exclusif par l'intermédiaire d'une filiale d'un groupe
3. Prise de contrôle en commun
  - 3.1. Prise de contrôle en commun d'une société nouvellement créée
  - 3.2. Prise de contrôle en commun d'une société préexistante
  - 3.3. Prise de contrôle en commun en vue d'un partage immédiat des actifs
4. Prise de contrôle par une entreprise commune
5. Passage du contrôle en commun au contrôle exclusif
6. Modification de la structure de l'actionnariat en cas de contrôle en commun d'une entreprise commune existante
  - 6.1. Réduction du nombre d'actionnaires entraînant le passage du contrôle en commun au contrôle exclusif
  - 6.2. Réduction du nombre d'actionnaires n'entraînant pas le passage du contrôle en commun au contrôle exclusif
  - 6.3. Autres modifications de la structure de l'actionnariat
7. «Déconcentrations» et démembrements de sociétés
8. Échanges d'actifs
9. Prises de contrôle par des particuliers
10. Rachats d'entreprises par les salariés
11. Prise de contrôle par une entreprise publique

## I. INTRODUCTION

1. Dans la présente communication, la Commission vise à clarifier l'interprétation qu'elle donne de la notion d'entreprises concernées au sens des articles 1<sup>er</sup> et 5 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil <sup>(1)</sup>, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 <sup>(2)</sup> (ci-après dénommé «règlement sur les concentrations») et à faciliter l'identification des entreprises concernées dans les situations les plus typiques parmi celles qu'elle a rencontrées dans les affaires traitées jusqu'à présent. Les principes énoncés dans la présente communication seront appliqués et développés par la Commission dans sa pratique décisionnelle.

La présente communication remplace la précédente communication sur la notion d'entreprises concernées <sup>(3)</sup>.

2. Selon son article 1<sup>er</sup>, le règlement n'est applicable qu'aux opérations qui remplissent une double condition. En premier lieu, plusieurs entreprises doivent acquérir le contrôle total ou partiel d'autres entreprises par le biais de l'opération en cause, qui doit être une concentration au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations. En second lieu, ces entreprises doivent atteindre, en termes de chiffre d'affaires, des seuils également définis à l'article 1<sup>er</sup>.
3. Aux fins de la détermination des compétences, les entreprises concernées sont, d'une façon générale, les acteurs de l'opération dans la mesure où il s'agit des parties qui fusionnent, qui acquièrent ou qui sont acquises; en outre, leur importance économique agrégée totale en termes de chiffre d'affaires sera décisive pour déterminer si les seuils sont atteints.
4. L'interprétation donnée par la Commission de la notion d'entreprises concernées au sens des articles 1<sup>er</sup> et 5 est sans préjudice de l'interprétation qui peut en être donnée par la Cour de justice ou par le Tribunal de première instance des Communautés européennes.

## II. NOTION D'ENTREPRISE CONCERNÉE

5. Les entreprises concernées sont les entreprises qui participent directement à une fusion ou à une prise de contrôle. À cet égard, l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations dispose:

«Une opération de concentration est réalisée:

- a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent

ou

- b) lorsque:

— une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,

ou

— une ou plusieurs entreprises

acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.»

6. Dans le cas d'une fusion, les entreprises concernées seront les entreprises qui fusionnent.

7. 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 sociétés acquérant un contrôle exclusif ou en commun. Du côté de la partie acquise, on peut trouver une ou plusieurs sociétés, dans leur totalité ou éventuellement en partie, si l'opération ne porte que sur une de leurs filiales ou certains de leurs actifs. En règle générale, chacune de ces sociétés sera une entreprise concernée au sens du règlement sur les concentrations. Toutefois, les particularités de certaines opérations font qu'il est nécessaire de nuancer ce principe, comme le montrera l'analyse de différents scénarios possibles.

8. Dans les concentrations autres que les fusions ou la création d'entreprises communes, c'est-à-dire dans les cas d'acquisition exclusive ou conjointe d'entreprises existantes ou de parties d'entreprises, une partie importante à l'accord donnant lieu à l'opération n'est pas prise en compte parmi les entreprises concernées: c'est le vendeur. Bien que l'opération ne puisse à l'évidence se réaliser sans son consentement, son rôle prend fin une fois l'opération réalisée puisque, par définition, à partir du moment où le contrôle a changé de mains, les liens du vendeur avec la société disparaissent. Pour autant, lorsque le vendeur garde le contrôle en commun avec la

<sup>(1)</sup> JO L 395 du 30.12.1989, p. 1.  
JO L 257 du 21.9.1990, p. 13 (rectificatif).

<sup>(2)</sup> JO L 180 du 9.7.1997, p. 1.

<sup>(3)</sup> JO C 385 du 31.12.1994, p. 12.

société (ou les sociétés) qui achète(nt), il sera considéré comme une des entreprises concernées.

9. Une fois que les entreprises concernées ont été identifiées 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 du règlement sur les concentrations <sup>(4)</sup>. L'une des principales dispositions de cet article prévoit que si l'entreprise concernée appartient à un groupe, le chiffre d'affaires du groupe tout entier doit être pris en considération dans le calcul. Le chiffre d'affaires des entreprises concernées visé à l'article 1<sup>er</sup> est par conséquent celui de tous les groupes auxquels elles appartiennent.
10. Cela vaut aussi pour l'appréciation matérielle de l'incidence d'une concentration sur le marché. Lorsque l'article 2 du règlement sur les concentrations prévoit que la Commission tient compte «de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière», cela s'applique également aux groupes auxquels ces entreprises appartiennent.
11. 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 1<sup>er</sup> et 5 avec la terminologie utilisée dans le règlement sur les concentrations et dans le règlement (CE) n° 447/98 de la Commission du 1<sup>er</sup> mars 1998 relatif aux notifications, aux délais et aux auditions conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 (ci-après dénommé «règlement d'application») <sup>(5)</sup> 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 III du règlement d'application avec leurs obligations et leurs droits.

### III. IDENTIFICATION DES ENTREPRISES CONCERNÉES DANS DIFFÉRENTS TYPES D'OPÉRATION

#### 1. Fusions

12. Dans le cadre d'une fusion, plusieurs entreprises antérieurement indépendantes s'unissent pour créer

une nouvelle société ou, tout en restant des entités juridiques séparées, pour créer un seul et même ensemble économique. Comme il a été indiqué précédemment, chacune des entités qui fusionnent se range parmi les entreprises concernées.

#### 2. Prise de contrôle exclusif

##### 2.1. *Prise de contrôle exclusif de toute la société*

13. L'acquisition du contrôle exclusif de toute la société est le cas le plus simple de prise de contrôle; les entreprises concernées sont la société acquéreuse et la société acquise ou cible.

##### 2.2. *Prise de contrôle exclusif d'une partie de la société*

14. 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. La notion de «parties» doit en l'occurrence être interprétée comme une ou plusieurs entités juridiques séparées (telles que des filiales), des subdivisions internes dans la structure du cédant (telles qu'une division ou une unité), ou des actifs spécifiques qui peuvent en soi constituer une activité (marques ou licences notamment) à laquelle un chiffre d'affaires est clairement attribuable. Les entreprises concernées seront, dans ce cas, la partie acquéreuse et la ou les parties acquises de la société cible.
15. L'article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, contient une disposition particulière pour les opérations fragmentées ou les transactions consécutives à d'autres opérations: plusieurs transactions consistant dans l'acquisition de parties d'une entreprise entre le même acheteur et le même vendeur au cours d'une période de deux ans sont à considérer comme une seule et même opération intervenant à la date de la dernière transaction. Dans ce cas, les entreprises concernées sont la partie acquéreuse et les différentes parties acquises de la société cible prises dans leur ensemble.

##### 2.3. *Prise de contrôle exclusif après réduction ou agrandissement de la société cible*

16. Les entreprises concernées sont la société acquéreuse et la ou les sociétés cibles, dans la configuration qui est la leur à la date de l'opération.

<sup>(4)</sup> Les règles de calcul du chiffre d'affaires conformément à l'article 5 sont expliquées en détail dans la communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires.

<sup>(5)</sup> JO L 61 du 2.3.1998, p. 1.

17. La Commission se fonde sur la configuration des entreprises concernées à la date de l'événement qui déclenche l'obligation de notification en application de l'article 4, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations, à savoir la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou l'acquisition d'une participation de contrôle. Si la société cible s'est défaite d'une entité ou a fermé une activité avant la date de l'événement déclenchant la notification, ou si le désengagement ou la fermeture est une condition préalable de l'opération<sup>(6)</sup>, les ventes attribuables à l'entité ou à l'activité en question ne seront pas prises en considération dans le calcul du chiffre d'affaires. Inversement, lorsque la société cible a acquis une entité avant la date de l'événement déclenchant la notification, il y a lieu de prendre en compte ses ventes<sup>(7)</sup>.

2.4. *Prise de contrôle exclusif par l'intermédiaire d'une filiale d'un groupe*

18. Lorsque la société cible est acquise par un groupe, par l'intermédiaire de l'une de ses filiales, les entreprises concernées aux fins du calcul du chiffre d'affaires sont la société cible et la filiale acquise. La notification peut toutefois être faite par la filiale concernée ou par sa société mère.

19. Toutes les sociétés faisant partie d'un groupe (sociétés mères, filiales, etc.) constituent une seule entité économique, c'est pourquoi il ne peut y avoir qu'une seule entreprise concernée au sein d'un même groupe. La filiale et la société mère ne peuvent donc être considérées comme des entreprises concernées distinctes, pas plus pour parvenir à observer les conditions de seuil (si la société cible n'atteint pas le seuil des 250 millions d'écus à l'échelle communautaire, par exemple) que pour ne pas atteindre les seuils requis (si le groupe est

partagé en deux sociétés comptant chacune un chiffre d'affaires à l'échelle communautaire inférieur à 250 millions d'écus, par exemple).

20. Toutefois, même s'il ne peut y avoir qu'une entreprise concernée au sein d'un groupe, l'article 5, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations prévoit que c'est le chiffre d'affaires de tout le groupe auquel l'entreprise concernée appartient qui doit être pris en considération dans le calcul des seuils<sup>(8)</sup>.

3. **Prise de contrôle en commun**

3.1. *Prise de contrôle en commun d'une société nouvellement créée*

21. Dans le cas d'une prise de contrôle en commun d'une société 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).

3.2. *Prise de contrôle en commun d'une société préexistante*

22. Dans le cas d'une prise de contrôle en commun d'une société ou d'une activité préexistante<sup>(9)</sup>, les entreprises concernées sont, d'une part, chacune des sociétés qui acquièrent le contrôle en commun et, d'autre part, la société, ou l'activité, préexistante qui est acquise.

23. Toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société mère initiale reste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale.

<sup>(6)</sup> Voir arrêt du Tribunal de première instance du 24 mars 1994 dans l'affaire T-3/93; Air France/Commission. Recueil 1994, p. II-21.

<sup>(7)</sup> Le calcul du chiffre d'affaires dans le cas des acquisitions ou des cessions intervenant après la date de clôture des derniers comptes audités est traité dans la communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires (point 27).

<sup>(8)</sup> Le mode de calcul du chiffre d'affaires dans le cas des groupes de sociétés est traité dans la communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires (points 36 à 42).

<sup>(9)</sup> C'est-à-dire lorsque deux ou plusieurs sociétés (sociétés A, B, etc.) acquièrent une société préexistante (société X). En ce qui concerne les modifications de la structure de l'actionariat en cas de contrôle en commun d'une entreprise commune existante, se référer à la section III.6.

### 3.3. *Prise de contrôle en commun en vue d'un partage immédiat des actifs*

24. Lorsque plusieurs entreprises s'unissent dans le seul but d'acquérir une autre société et conviennent de diviser les actifs ainsi acquis selon un plan préexistant immédiatement après la réalisation de l'opération, il n'y a pas de concentration effective du pouvoir économique entre les acquéreuses et la société cible, les actifs acquis n'étant détenus et contrôlés conjointement que pendant un «instant juridique». Dans la pratique, ce type d'acquisition en vue d'un partage immédiat des actifs sera considéré comme plusieurs opérations différentes où chacune des sociétés acquéreuses acquiert la part qui lui revient de la société cible. Pour chacune de ces opérations, les entreprises concernées seront par conséquent la société qui acquiert et la partie de la société cible qu'elle acquiert (exactement comme s'il s'agissait d'une prise de contrôle exclusif d'une partie de société).
25. Ce scénario est prévu au considérant 24 du règlement sur les concentrations, qui énonce que ledit règlement est applicable aux accords ayant uniquement pour objet le partage des actifs acquis immédiatement après l'acquisition.

### 4. *Prise de contrôle par une entreprise commune*

26. Dans les opérations où une entreprise commune prend le contrôle d'une autre société, la question se pose de savoir si, du point de vue de la partie acquéreuse, l'entreprise commune doit ou non être considérée comme une seule entreprise concernée (dont le chiffre d'affaires inclurait celui de ses entreprises fondatrices) ou si chacune des entreprises fondatrices doit être considérée comme une entreprise concernée. En d'autres termes, la question est de savoir s'il convient ou non de «lever le voile» constitué par l'entreprise intermédiaire (le vecteur). D'une manière générale, l'entreprise concernée prend directement part à la prise de contrôle. Il peut pourtant arriver que des sociétés créent des sociétés «coquilles», qui n'ont pas ou presque pas de chiffre d'affaires propre, ou utilisent une entreprise commune qui opère sur un marché distinct de celui de la société cible pour procéder à des acquisitions pour le compte des fondatrices. Lorsque la société acquise ou cible réalise dans la Communauté un chiffre d'affaires inférieur à 250 millions d'écus, la question de savoir quelles sont les entreprises concernées peut

être déterminante pour régler les problèmes de compétence<sup>(10)</sup>. Dans ce cas de figure, la Commission examine la réalité économique de l'opération pour identifier les entreprises concernées.

27. Lorsque l'acquisition est faite par une entreprise commune de plein exercice, c'est-à-dire une entreprise commune qui est dotée de suffisamment de ressources, financières et autres, pour exercer ses activités de manière durable<sup>(11)</sup>, qui opère déjà sur un marché, la Commission considérera normalement que l'entreprise commune elle-même et la société cible sont les entreprises concernées (et non les entreprises fondatrices de l'entreprise commune).
28. Lorsque l'entreprise commune peut être considérée comme un vecteur utilisé pour une acquisition par les entreprises fondatrices, 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, lorsque l'entreprise commune n'est pas encore en activité, lorsqu'une entreprise commune existante n'a pas de personnalité juridique ou n'a pas le caractère de plein exercice ou lorsque l'entreprise commune est une association d'entreprises. Il en est de même lorsque les faits démontrent que les entreprises fondatrices sont en fait les véritables acteurs de l'opération. On citera ainsi la participation active des fondatrices à l'initiative, à l'organisation et au financement de l'opération. Enfin, lorsque l'acquisition aboutit à une diversification importante des activités de l'entreprise commune, on peut aussi penser que les fondatrices sont les

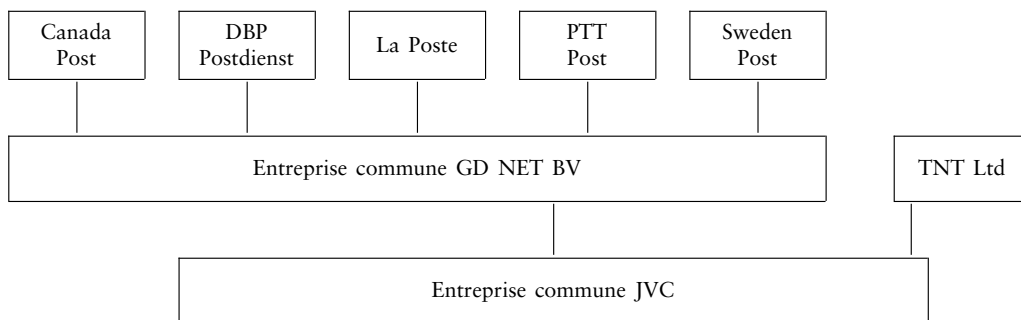
<sup>(10)</sup> L'hypothèse envisagée est celle où la société cible réalise dans la Communauté un chiffre d'affaires global inférieur à 250 millions d'écus et où les parties acquéreuses sont deux (ou plusieurs) entreprises dégageant chacune dans la Communauté un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'écus. 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 société (la «société coquille») réalisant dans la Communauté un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'écus, et l'un des critères cumulatifs déterminant la compétence communautaire ne serait pas rempli (à savoir l'existence d'au moins deux entreprises dégageant dans la Communauté un chiffre d'affaires dépassant 250 millions d'écus). À l'inverse, si, au lieu d'agir par l'intermédiaire d'une «société coquille», les entreprises venaient à acquérir la société cible elles-mêmes, 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 1<sup>er</sup>, paragraphe 3.

<sup>(11)</sup> Les critères qui permettent de définir l'autonomie d'une entreprise commune se trouvent dans la communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice.

véritables acteurs de l'opération. Ce sera normalement le cas quand l'entreprise commune acquiert une société cible opérant sur un marché de produits différent. Les entreprises fondatrices sont alors à considérer comme étant les entreprises concernées.

29. Dans l'affaire TNT <sup>(12)</sup>, le contrôle d'une entreprise commune (JVC) devait être acquis conjointement par une société (GD NET BV) créée en commun par cinq administrations postales et par une autre société (TNT Ltd). La Commission a considéré, en l'occurrence, que l'entreprise commune GD NET

BV n'était qu'un vecteur mis en place par les entreprises fondatrices (les cinq administrations postales) pour pouvoir participer à la nouvelle entreprise commune (JVC): afin de faciliter la prise de décision entre les sociétés fondatrices et de leur permettre de parler d'une seule voix et d'agir de concert; ce montage leur donnait la possibilité d'exercer, avec l'autre société acquéreuse, TNT, une influence déterminante sur la nouvelle entreprise commune JVC et d'éviter que cette autre acquéreuse ne soit en mesure d'exercer un contrôle exclusif en raison de l'incapacité des administrations postales à s'entendre sur les décisions à prendre.



##### 5. Passage du contrôle en commun au contrôle exclusif

30. En cas de passage du contrôle en commun au contrôle exclusif, un seul actionnaire acquiert les parts détenues auparavant par l'autre ou les autres actionnaires. S'il y a deux actionnaires, chacun d'eux exerce un contrôle en commun sur toute l'entreprise commune et non un contrôle exclusif sur 50 % de celle-ci; la vente de toutes ses parts par l'un des actionnaires à l'autre n'a donc pas pour effet que l'unique actionnaire restant passe d'un contrôle exclusif de 50 % à un contrôle exclusif de 100 % sur l'entreprise: le contrôle en commun est changé en contrôle exclusif sur la société toute entière (qui, du fait de l'opération, cesse d'être une entreprise «commune»).

31. Dans ce cas, les entreprises concernées sont l'actionnaire (acquéreur) restant et l'entreprise commune. L'actionnaire «sortant» n'est, pas plus que tout autre vendeur, une entreprise concernée.

32. L'affaire ICI/Tioxide <sup>(13)</sup> était un cas de passage d'un contrôle en commun (50/50) à un contrôle exclusif. La Commission a considéré qu'«une influence déterminante exercée à titre exclusif diffère sensiblement d'une influence déterminante exercée en commun, car cette dernière doit tenir compte des intérêts potentiellement différents de la partie ou des parties concernées... En modifiant la qualité de l'influence déterminante exercée par ICI sur Tioxide, l'opération entraînera un changement durable de la structure des parties concernées...» Les sociétés qui ont été considérées comme entreprises concernées sont, en l'occurrence, ICI (en tant que partie acquéreuse) et Tioxide dans son ensemble (en tant que partie acquise), mais non Cookson, le vendeur.

##### 6. Modification de la structure de l'actionnariat en cas de contrôle en commun d'une entreprise commune existante

33. Pour apprécier les changements affectant la structure de l'actionnariat d'une société, il est déterminant de savoir si l'opération conduit à une modification de la qualité du contrôle. La Commission

<sup>(12)</sup> Affaire n° IV/M.102 — TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post et Sweden Post du 2 décembre 1991.

<sup>(13)</sup> Affaire n° IV/M.023 — ICI/Tioxide du 28 novembre 1990.

évalue chaque opération cas par cas, mais certaines circonstances l'amèneront à présumer que l'opération en question entraîne, ou n'entraîne pas, selon le cas, une modification de la qualité du contrôle et que, par conséquent, elle constitue ou ne constitue pas une concentration devant faire l'objet d'une notification.

34. Une distinction doit être faite selon les circonstances de la modification de la structure de l'actionnariat: en premier lieu, un ou plusieurs anciens actionnaires peuvent se retirer; en second lieu, un ou plusieurs nouveaux actionnaires peuvent s'ajouter et, en troisième lieu, un ou plusieurs anciens actionnaires peuvent être remplacés par un ou plusieurs nouveaux actionnaires.

6.1. *Réduction du nombre d'actionnaires entraînant le passage du contrôle en commun au contrôle exclusif*

35. Ce n'est pas, en soi, la réduction du nombre d'actionnaires qui est importante, mais plutôt le fait que si certains actionnaires vendent leurs parts dans une entreprise commune, ces parts sont acquises par d'autres actionnaires (nouveaux ou anciens) de sorte que l'acquisition de ces parts ou de droits contractuels supplémentaires peut conduire à une prise de contrôle ou renforcer une majorité de contrôle existant déjà (droits de vote ou droits de veto supplémentaires, membres supplémentaires au conseil d'administration, etc.).

36. Lorsque le nombre d'actionnaires est réduit, il peut y avoir passage du contrôle en commun au contrôle exclusif (voir également section III.5), auquel cas l'actionnaire restant acquiert le contrôle exclusif de la société. Les entreprises concernées seront l'actionnaire restant (acquéreur) et la société acquise (ex-entreprise commune).

37. Outre l'actionnaire exerçant le contrôle exclusif sur la société, il peut y avoir d'autres actionnaires, tels les actionnaires minoritaires sans minorité de blocage; ces actionnaires ne sont pas des entreprises concernées car ils n'exercent pas de contrôle.

6.2. *Réduction du nombre d'actionnaires n'entraînant pas le passage du contrôle en commun au contrôle exclusif*

38. Lorsque l'opération entraîne une réduction du nombre d'actionnaires exerçant le contrôle en commun, sans entraîner le passage du contrôle en

commun au contrôle exclusif et sans qu'il y ait arrivée ou substitution d'actionnaires acquérant le contrôle (voir section III.6.3), la transaction projetée sera normalement présumée ne pas conduire à une modification de la qualité du contrôle et ne sera donc pas une opération de concentration devant faire l'objet d'une notification. Tel serait le cas, par exemple, dans l'hypothèse où cinq actionnaires détiendraient au départ des parts égales de 20 % chacun et où, à l'issue de l'opération, un actionnaire se retirerait et les quatre actionnaires restants disposeraient de parts égales de 25 %.

39. La situation serait différente s'il y avait une modification notable de la qualité du contrôle, notamment si la réduction du nombre d'actionnaires donnait à ceux qui resteraient des droits de veto supplémentaires ou des membres supplémentaires au conseil d'administration, entraînant par voie de conséquence une nouvelle prise de contrôle par un des actionnaires au moins, dans le cadre d'un pacte d'actionnaires existant ou d'un nouveau pacte. Dans ce cas, les entreprises concernées sont chacun des actionnaires restants qui exercent un contrôle en commun et l'entreprise commune. Dans l'affaire Avesta II<sup>(14)</sup>, le nombre de gros actionnaires est passé de quatre à trois, ce qui a permis à l'un des actionnaires restants d'acquérir des droits de veto négatifs (dont il ne disposait pas auparavant), en vertu des dispositions du pacte d'actionnaires maintenu en vigueur<sup>(15)</sup>. Cette acquisition de droits de veto à part entière a été considérée par la Commission comme modifiant la qualité du contrôle.

6.3. *Autres modifications de la structure de l'actionnariat*

40. Enfin, lorsque à la suite de la modification de la structure de l'actionnariat, un ou plusieurs actionnaires prennent le contrôle de l'entreprise, l'opération doit faire l'objet d'une notification car il y a lieu de présumer qu'elle conduira normalement à une modification de la qualité du contrôle.
41. Que le nombre d'actionnaires diminue, augmente ou reste inchangé à la suite de l'opération, la prise de contrôle peut revêtir l'une des formes suivantes:

<sup>(14)</sup> Affaire n° IV/M.452 — Avesta II du 9 juin 1994.

<sup>(15)</sup> Un actionnaire qui était partie au pacte d'actionnaires a, en l'occurrence, vendu sa part d'environ 7 %. Comme l'actionnaire sortant partageait un droit de veto avec un actionnaire restant, et comme le pacte d'actionnaires est resté inchangé, l'actionnaire restant a obtenu le droit de veto à part entière.

- arrivée d'un ou de plusieurs nouveaux actionnaires (passage du contrôle exclusif au contrôle en commun ou situation de contrôle en commun aussi bien avant qu'après l'opération),
  - acquisition d'une participation majoritaire par un ou plusieurs actionnaires minoritaires (passage du contrôle exclusif au contrôle en commun ou situation de contrôle en commun aussi bien avant qu'après l'opération),
  - substitution d'un ou de plusieurs actionnaires (situation de contrôle en commun aussi bien avant qu'après l'opération).
42. La question qui se pose est de savoir si les entreprises concernées sont l'entreprise commune et le ou les nouveaux actionnaires qui prennent ensemble le contrôle d'une société préexistante ou si tous les actionnaires (anciens et nouveaux) doivent être considérés comme des entreprises concernées prenant le contrôle d'une nouvelle entreprise commune. Elle est particulièrement pertinente lorsqu'il n'y a pas d'accord exprès entre un (ou plusieurs) des actionnaires existants et le ou les nouveaux actionnaires, lesquels peuvent n'avoir conclu de pacte qu'avec l'actionnaire ou les actionnaires «sortants», c'est-à-dire le ou les vendeurs.
43. Une modification de la structure de l'actionnariat par l'arrivée ou la substitution d'actionnaires est considérée comme de nature à modifier la qualité du contrôle. En effet, l'arrivée d'une nouvelle société fondatrice, ou la substitution d'une société fondatrice à une autre, n'est pas comparable à la simple acquisition d'une partie d'activité, car elle implique une modification de la nature et de la qualité du contrôle de l'entreprise commune tout entière même si, aussi bien avant qu'après l'opération, le contrôle en commun est exercé par un nombre défini d'actionnaires.
44. La Commission considère donc que, dans les cas où des modifications sont apportées à la structure de l'actionnariat, les entreprises concernées sont les actionnaires (anciens et nouveaux) qui exercent le contrôle en commun et l'entreprise commune elle-même. Comme il a été indiqué précédemment, les actionnaires n'exerçant pas de contrôle ne sont pas des entreprises concernées.
45. On citera à titre d'exemple l'affaire Synthomer/Yule Catto<sup>(16)</sup>, où l'une des deux entreprises fondatrices contrôlant en commun l'entreprise com-

mune préexistante a été remplacée par une nouvelle société. Chacune des deux sociétés fondatrices exerçant le contrôle en commun (l'ancienne et la nouvelle) et l'entreprise commune ont été considérées comme des entreprises concernées.

## 7. «Déconcentrations» et démembrements de sociétés

46. Lorsque deux entreprises fusionnent ou créent une entreprise commune et qu'elles «déconcentrent» ou démembreront l'entreprise commune dont les actifs<sup>(17)</sup> sont répartis entre les parties à la «déconcentration», en particulier suivant une structure nouvelle, il y aura normalement plus d'une prise de contrôle (voir annexe).
47. Par exemple, les entreprises A et B fusionnent puis se déconcentrent avec une nouvelle répartition des actifs. L'opération comprend l'acquisition par l'entreprise A de divers actifs (y compris des actifs pouvant avoir été en sa possession ou avoir été détenus par l'entreprise B auparavant, ainsi que des actifs acquis conjointement par l'entité ayant résulté de la fusion) et des acquisitions similaires par l'entreprise B. De la même manière, le démembrement d'une entreprise commune peut être considéré comme le passage du contrôle en commun sur l'ensemble des actifs de l'entreprise commune au contrôle exclusif sur les actifs divisés<sup>(18)</sup>.
48. Un démembrement de la sorte est «asymétrique». Dans ce cas de figure, les entreprises concernées seront (pour chaque opération de démembrement), d'une part, les parties originelles à la concentration et, d'autre part, les actifs acquis par chacune de ces parties. Dans le cas de démembrement d'une entreprise commune, les entreprises concernées seront (pour chaque opération de démembrement), d'une part, les parties originelles à l'entreprise commune, chacune en tant que partie acquéreuse et, d'autre part, la partie de l'entreprise commune acquise par chacune de ces parties.

## 8. Échanges d'actifs

49. Dans les transactions dans lesquelles deux (ou plusieurs) sociétés échangent des actifs, que ceux-ci constituent ou non des entités juridiques, chaque

<sup>(16)</sup> Affaire n° IV/M.376 — Synthomer/Yule Catto du 22 octobre 1993.

<sup>(17)</sup> Par «actifs» on entendra certains types d'actifs qui peuvent en soi constituer une activité (une filiale, une division d'une société et, dans certains cas, des marques ou des licences, etc.) à laquelle un chiffre d'affaires est clairement attribuable.

<sup>(18)</sup> Affaire n° IV/M.197 — Solvay-Laporte/Interox du 30 avril 1992.



prise de contrôle constitue une opération de concentration indépendante. S'il est vrai que les deux transferts d'actifs intervenant dans le cadre d'un échange sont généralement considérés par les parties comme interdépendants, qu'ils font souvent l'objet d'un même acte et qu'ils peuvent même avoir lieu simultanément, le règlement vise à apprécier l'incidence de l'opération résultant de la prise de contrôle par chacune des sociétés. Le lien juridique voire économique existant entre ces opérations ne suffit pas pour qu'elles puissent être considérées comme une seule et même opération de concentration.

50. Pour chaque transfert de propriété, les entreprises concernées seront donc la société acquéreuse et les sociétés ou les actifs acquis.

#### 9. Prises de contrôle par des particuliers

51. L'article 3, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations dispose qu'une opération de concentration est réalisée, entre autres, lorsque «une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins» acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises. Ce texte indique que des prises de contrôle par des particuliers n'entraîneront de changement durable dans la structure des sociétés concernées que si ces particuliers exercent eux-mêmes une activité économique. La Commission considère que les entreprises concernées sont la société cible et l'acquéreur particulier (le chiffre d'affaires de l'entreprise ou des entreprises contrôlées par ce particulier étant inclus dans le calcul de son chiffre d'affaires).

52. Tel a été le point de vue adopté par la Commission dans la décision prise dans l'affaire Asko/Jacobs/Adia <sup>(19)</sup> où Asko, société holding allemande, ayant d'importants actifs dans le secteur du commerce de détail, et M. Jacobs, investisseur suisse, ont acquis le contrôle en commun d'Adia, société de services suisse opérant principalement dans le secteur de la main-d'œuvre. M. Jacobs a été considéré comme étant une entreprise concernée en raison des intérêts économiques qu'il détient dans les secteurs du chocolat, de la confiserie et du café.

<sup>(19)</sup> Affaire n° IV/M.082 — Asko/Jacob/Adia du 16 mai 1991.

#### 10. Rachats d'entreprises par les salariés

53. Une prise de contrôle d'une société par son personnel s'apparente à une acquisition par des particuliers, et les observations faites plus haut valent donc aussi ici. Toutefois, le personnel de la société peut mettre ses intérêts en commun dans le cadre d'une «société vecteur» pour parler d'une seule voix et faciliter le processus de prise de décision. Cette société vecteur peut être une entreprise concernée mais pas nécessairement. La règle générale relative à la prise de contrôle par une entreprise commune est en l'espèce applicable (section III.4).
54. Que ce soit ou non par le biais d'une société vecteur, le personnel peut également chercher des investisseurs pour financer l'opération. Très souvent, les droits accordés à ces investisseurs sur la base de leur participation sont tels que c'est à eux, et non au personnel, qui peut ne détenir que des droits minoritaires, que sera conféré le contrôle au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations. Dans la décision CWN/Goldman Sachs/Tarkett <sup>(20)</sup>, ce sont les deux sociétés gérant le fonds d'investissement qui a participé à l'opération qui ont acquis le contrôle en commun et non les cadres.

#### 11. Prise de contrôle par une entreprise publique

55. Lorsqu'une entreprise publique fusionne avec une autre société contrôlée par le même État <sup>(21)</sup> ou acquiert une telle société, la question se pose de savoir si ces opérations constituent réellement des concentrations au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations ou plutôt des opérations de restructuration interne du «groupe de sociétés du secteur public» <sup>(22)</sup>. À cet égard, le considérant 12 du règlement sur les concentrations pose le principe de la non-discrimination entre secteurs public et privé et énonce que «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 écono-

<sup>(20)</sup> Affaire n° IV/M.335 — CWB/Goldmann Sachs/Tarkett du 21 février 1994.

<sup>(21)</sup> Par «État» il y a lieu d'entendre toute collectivité publique, c'est-à-dire non seulement les États membres mais aussi les collectivités publiques régionales ou locales telles que les provinces, les départements, les Länder, etc.

<sup>(22)</sup> Voir aussi la communication de la Commission concernant la notion de concentration.

mique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables».

56. Une fusion ou une prise de contrôle entre deux sociétés appartenant au même État peut constituer une opération de concentration et, si tel est le cas,

chacune de ces sociétés sera considérée comme entreprise concernée, car le simple fait que deux sociétés appartiennent au même État n'implique pas nécessairement qu'elles appartiennent au même «groupe». En effet, l'élément déterminant est à savoir si ces sociétés appartiennent ou non au même holding industriel et font ou non l'objet d'une stratégie coordonnée. C'est le point de vue qui a été adopté dans la décision SGS/Thomson <sup>(23)</sup>.

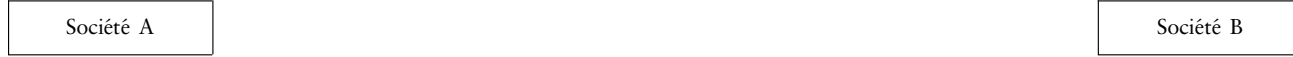
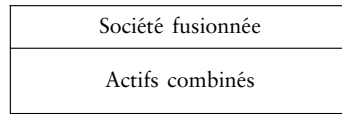
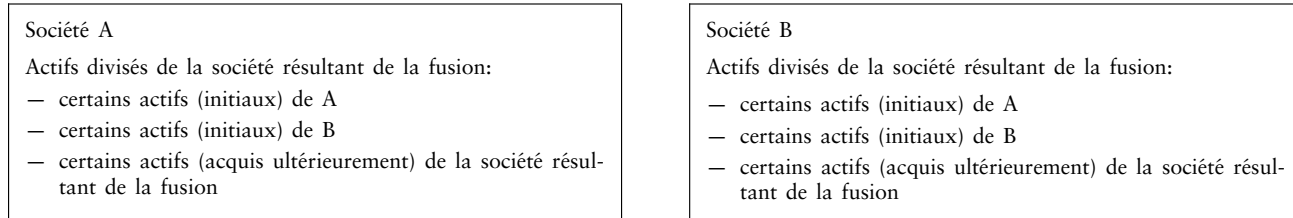
---

<sup>(23)</sup> Affaire n° IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson du 22 février 1993.

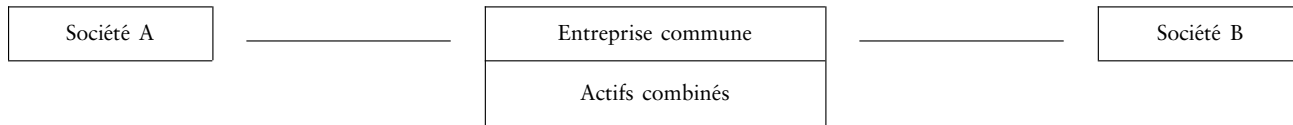
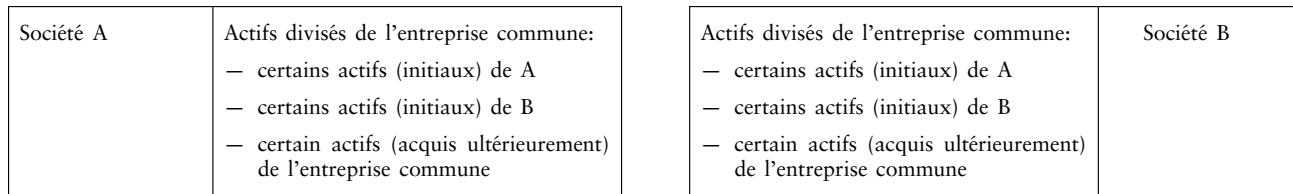
## ANNEXE

«DÉCONCENTRATIONS» ET DÉMEMBREMENTS DE SOCIÉTÉS <sup>(24)</sup>

## Scénario de fusion

*Avant la fusion**Après la fusion**Après le démembrement*

## Scénario de l'entreprise commune

*Avant la création de l'entreprise commune**Après la création de l'entreprise commune**Après le démembrement de l'entreprise commune*

<sup>(24)</sup> Par «actifs», on entendra certains types d'actifs qui peuvent en soi constituer une activité (une filiale, une division d'une société et, dans certains cas, des marques ou des licences, etc.) à laquelle un chiffre d'affaires est clairement attribuable.