

N° 8296⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

PROJET DE LOI

**relative au contrôle des concentrations entre entreprises
et portant modification de:**

- 1° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ;**
- 2° la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;**
- 3° la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances ;**
- 4° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(22.3.2024)

Le projet de loi sous avis (ci-après le « Projet ») a pour objet d'introduire en droit luxembourgeois un régime de contrôle des concentrations entre entreprises.

En bref

- Le projet de loi sous avis introduit pour la première fois un mécanisme national de contrôle des concentrations.
- La Chambre de Commerce estime que le système de contrôle proposé apparaît pragmatique et adapté aux spécificités de l'économie nationale, tout en tentant de veiller à la sécurité juridique des parties prenantes ainsi qu'au traitement rapide des opérations notifiées afin de ne pas retarder inutilement la réalisation d'opérations de rapprochement entre deux acteurs sur un marché identifié.
- La Chambre de Commerce salue tout particulièrement l'adoption du principe selon lequel le silence dans un délai déterminé de l'Autorité vaudra autorisation de l'opération notifiée, ce qui permettra de ne pas retarder inutilement certaines opérations et permettra à l'Autorité d'allouer plus efficacement ses ressources.
- La Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis.

*

CONTEXTE

On entend par concentration une opération de rapprochement entre deux acteurs sur un marché identifié.

Une opération de concentration peut prendre plusieurs formes : il peut s'agir de deux entreprises auparavant indépendantes qui fusionnent, de la création d'une entreprise commune ou encore de la prise de contrôle d'une entreprise par une autre.

L'objectif du contrôle des concentrations est d'agir en amont du rapprochement entre deux ou plusieurs entreprises, en étudiant l'impact de l'opération sur la dynamique concurrentielle d'un marché. L'objectif de ce contrôle est notamment de prévenir la constitution de positions trop fortes ou la création de monopoles.

L'enjeu de cette question est avant tout stratégique : le contrôle des concentrations est en effet l'une des clés permettant d'ouvrir ou de refermer la porte sur des projets de croissance externe bien souvent générateurs d'innovation, de croissance et d'emplois.

Le rôle du contrôle des concentrations est donc de garantir que la course à la taille critique à laquelle se livrent les entreprises s'effectue sans porter atteinte à la concurrence et aux intérêts des consommateurs, le tout sans préjudicier à la compétitivité des entreprises.

A) Existence d'un contrôle des concentrations à l'échelon communautaire

Le Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises s'applique à toutes les concentrations de dimension européenne.

On entend par concentration, une opération par laquelle un changement durable du contrôle résulte de:

- a) la fusion de deux ou plusieurs entreprises ou parties d'entreprises antérieurement indépendantes;
- b) l'acquisition directe ou indirecte, par une ou plusieurs personnes (détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins) ou par plusieurs entreprises qui acquièrent le contrôle d'une ou de plusieurs autres entreprises.

Une concentration acquiert une dimension communautaire lorsque:

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros et que,
- b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union européenne (UE) par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul et même pays.

Suivant le Règlement (CE) n°139/2004, les concentrations de dimension européenne doivent être notifiées à la Commission européenne après la conclusion de l'accord et avant leur réalisation, l'émission de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle.

Suite à la réception de la notification, la Commission européenne dispose de plusieurs pouvoirs de décision nécessaires pour engager la procédure, mener des enquêtes et, le cas échéant, imposer des sanctions¹ en cas de manquements.

¹ Pour assurer le respect du Règlement (CE) n°139/2004, la Commission européenne a le pouvoir d'infliger :

- des **amendes** jusqu'à concurrence de **1 %** du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise lorsque cette dernière fournit un renseignement inexact, dénaturé, incomplet ou au-delà du délai prescrit. La Commission peut également infliger des amendes lorsque les scellés apposés lors d'une inspection ont été brisés. Elle a la possibilité d'infliger des amendes jusqu'à concurrence de **10 %** du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée lorsque, de façon délibérée ou par négligence, celle-ci omet de notifier une concentration avant sa réalisation, réalise une concentration en violation des dispositions du présent règlement ou contrevient à une décision de la Commission ; ou
- des **astreintes** jusqu'à concurrence de **5 %** du chiffre d'affaires total journalier moyen de l'entreprise par jour ouvrable de retard à compter de la date fixée par la Commission dans sa décision de demande de renseignement, d'inspection ou autre.

B) Absence de contrôle des concentrations à l'échelon national

Pour les opérations de concentration n'ayant pas de dimension communautaire, la totalité des Etats membres, à l'exception du Luxembourg, a mis en place un mécanisme de contrôle national des opérations de concentrations.

Par conséquent, actuellement, les entreprises luxembourgeoises n'échappent pas au contrôle des concentrations prévu par le Règlement (CE) n°139/2004 pour les concentrations à dimension communautaire. En revanche, pour les concentrations ne remplissant pas les critères prévus par le Règlement (CE) n°139/2004 ou à dimension uniquement nationale, aucun contrôle n'est prévu.

Le Projet sous avis entend donc remédier à cette situation en instaurant un régime national de contrôle des concentrations.

Si la Chambre de Commerce n'entend pas discuter de la nécessité de l'introduction d'un tel régime au niveau national dans le cadre du présent avis, elle rappelle que dans le cadre des discussions en amont de l'élaboration du présent Projet, elle a constamment plaidé pour que le régime proposé soit le plus adapté possible au paysage économique national, ne constitue en aucune mesure un frein au développement des entreprises nationales et qu'il ne soit pas une source de charge administrative supplémentaire et de retard dans la réalisation d'opérations.

En effet, dans un monde globalisé où les entrepreneurs sont ultra-mobiles et ont le choix d'investir n'importe où dans le monde, la régulation se doit d'être aussi cohérente, simple et prévisible que possible.

L'instauration d'un contrôle des concentrations nécessite donc de trouver un juste équilibre entre tous ces impératifs, mettant constamment en balance le principe fondamental de la liberté de commerce et la nécessité de contrôler la concurrence sur le marché.

Une telle balance des intérêts n'est pas toujours aisée, et ce d'autant plus dans les petits Etats tels que le Grand-Duché de Luxembourg, où la pratique doit nécessairement tenir compte de certaines particularités inhérentes aux marchés nationaux de taille restreinte.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le présent projet de loi s'inspire fortement des régimes nationaux de contrôle des concentrations mis en œuvre en France, en Belgique et en Irlande.

Les principales caractéristiques du système de contrôle des concentrations proposé sont les suivantes :

A) La définition des notions de concentration et de contrôle

Aux termes de l'article 2 du présent Projet, une concentration sera réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résultera :

- 1° de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises ; ou
- 2° de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

La notion de contrôle d'une entreprise découlera quant à elle des « *droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :*

- 1° des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- 2° des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

Le contrôle sera considéré comme étant acquis par la ou les personnes ou entreprises :

« 1° qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats ; ou

2° qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent. »

A noter encore que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constituera également une concentration au sens de la future loi.

B) Un régime de notification préalable obligatoire

Le système de notification des opérations envisagées, obligatoire ou volontaire, constituait un choix décisif concernant le régime de contrôle des concentrations à instaurer au niveau national.

La Chambre de Commerce était d'avis qu'un système de notification obligatoire au-delà d'un seuil à déterminer permettait d'assurer aux opérateurs économiques une certaine sécurité juridique et évitait ainsi la remise en question ultérieure d'opérations fortement avancées ou d'ores et déjà réalisées.

La Chambre de Commerce salue par conséquent le fait que le présent Projet prévoit que *« toute opération de concentration au sens de l'article 2 et soumise aux dispositions de la présente loi en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2, doit être notifiée à l'Autorité Luxembourgeoise de la concurrence avant sa réalisation. »*

L'obligation de notification incombera aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui devront alors notifier conjointement.

La Chambre de Commerce accueille également de manière favorable la mise en place d'un système de notification simplifiée², nécessitant de transmettre moins d'informations, pour les opérations de concentration étant peu susceptibles de soulever des problèmes de concurrence, ce qui contribuera à réduire la charge administrative induite pour les opérateurs économiques par le système de notification obligatoire.

C) La détermination des seuils de contrôle

Concernant la détermination des opérations devant être notifiées, le Projet sous avis a opté pour la détermination de critères précis fondés sur des seuils exprimés en chiffres d'affaires des entreprises concernées par l'opération.

Seront ainsi soumises aux dispositions de la future loi, les opérations de concentration :

- (i) n'entrant pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, et
- (ii) entrant dans l'un des deux cas suivants:

1° les deux seuils suivants sont franchis :

- a) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé au Luxembourg par l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 60 millions d'euros ; et
- b) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement au Luxembourg par au moins deux des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ; ou

2° l'Autorité de la concurrence du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après « l'Autorité ») s'est auto-saisie selon les modalités de l'article 6³.

La Chambre de Commerce approuve le choix des auteurs d'opter pour des seuils de notification obligatoire exprimés en chiffres d'affaires plutôt que, par exemple, en parts de marché. L'utilisation du critère du chiffre d'affaires apparaît en effet plus simple à appréhender et

² Article 3 (7) du Projet.

³ Cf. point F.1. du présent avis concernant la possibilité pour l'Autorité de s'auto-saisir d'une opération semblant présenter un risque d'effet restrictif sur la concurrence, et ce même lorsque les seuils de compétence exprimés en chiffres d'affaires par le présent Projet ne seront pas atteints.

apporte une certaine sécurité et prévisibilité pour les opérateurs économiques, ce qui, dans le cadre de l'instauration d'un nouvel instrument de contrôle apparaît fondamental.

En outre, l'adoption de seuils de notification relativement élevés évitera dans un premier temps d'inclure dans le champ d'application de la future loi de trop nombreuses opérations eu égard aux caractéristiques du marché national.

D) La réalisation d'une opération ne peut intervenir avant sa notification

L'article 5 du Projet sous avis prévoit le principe du « stand-still », selon lequel l'opération de concentration ne pourra intervenir qu'une fois que l'Autorité aura autorisé l'opération.

Il est à noter qu'en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties pourront demander une dérogation à l'Autorité afin de pouvoir procéder à la réalisation effective de tout ou partie de l'opération sans attendre la décision de l'Autorité.

E) Un contrôle effectué en deux phases

La procédure de contrôle mise en place par le présent Projet est segmentée en deux phases dans un souci de célérité et d'efficacité, ceci afin de ne pas retarder indéfiniment certaines opérations.

Il est également à noter que cette procédure d'instruction en deux phases est encadrée par des délais stricts pour l'Autorité.

Ainsi si toutes les opérations notifiées seront examinées en phase I, d'une durée maximale de 25 jours ouvrables⁴, seules les opérations présentant des risques importants pour la concurrence feront l'objet de la phase II, d'une durée maximale de 90 jours⁵.

A l'issue de la phase I, l'Autorité pourra, soit constater que l'opération en question ne relève pas de la loi, soit autoriser une opération ou soit envisager un examen approfondi en cas de doute sérieux d'atteinte à la concurrence, en ouvrant une phase II.

La Chambre de Commerce relève avec satisfaction qu'afin d'assurer un traitement rapide des notifications et ne pas retarder inutilement certaines opérations, il est prévu que si l'Autorité ne prend pas de décision à l'issue du délai de 25 jours prévu pour la phase I, l'opération de concentration sera réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

Il est en de même en cas d'absence de décision de l'Autorité à l'issue du délai de 90 jours prévu pour la phase II. Concernant ce dernier délai de 90 jours prévu pour la phase II, la Chambre de Commerce estime que les auteurs auraient pu être un peu plus ambitieux et se calquer sur les délais de traitement fixés dans les régimes dont le présent Projet s'inspire, c'est-à-dire en Belgique et en France, dont les systèmes prévoient respectivement des délais de traitement en phase II de 60 et 65 jours ouvrables⁶.

F) La possibilité d'auto-saisine de l'Autorité et le pouvoir d'évocation de l'exécutif

Le régime de contrôle des concentrations institué par le présent Projet présente encore deux particularités : la possibilité d'auto-saisine de l'Autorité et le pouvoir d'évocation conféré au pouvoir exécutif.

1) L'auto-saisine de l'Autorité

Premièrement, l'Autorité pourra s'auto-saisir⁷ lorsqu'une opération semblera présenter un risque d'effet restrictif sur la concurrence, et ce même lorsque les seuils de compétence exprimé en chiffres d'affaires par le présent Projet ne seront pas atteints.

4 Article 25 du Projet

5 Article 31 du Projet

6 Cf. tableau des délais figurant aux commentaires de l'article 31 du présent Projet

7 Article 6 du Projet

La Chambre de Commerce comprend que cette disposition vise à permettre le contrôle de certaines opérations dont les parties prenantes ne réalisent pas forcément des chiffres d'affaires importants, mais dont l'impact concurrentiel potentiel sur le marché national pourrait être important.

Une telle disposition apparaît également comme étant le corollaire du choix délibéré de ne pas opter pour des seuils de notification obligatoire trop bas.

Afin de sécuriser les opérateurs, la Chambre de Commerce relève avec satisfaction que ce pouvoir d'auto-saisine sera encadré par des délais, évitant les remises en cause intempestives d'opérations d'ores et déjà avancées, voire réalisées.

Ainsi, l'Autorité pourra s'auto-saisir d'une opération de concentration ou d'un projet d'opération de concentration au plus tard dans les 60 jours ouvrables de la survenue du premier des événements suivants :

- a) la date à laquelle l'une des entreprises partie à la concentration annonce publiquement son intention de faire une offre publique d'achat ou la date à laquelle une offre publique d'achat est faite mais pas encore acceptée ;
- b) la date à laquelle l'Autorité a connaissance du fait que les parties à l'opération de concentration ont conclu un accord aux termes duquel, s'il est mis en œuvre, la concentration aura lieu ; ou
- c) la date de réalisation de la concentration.

A cet égard, la Chambre de Commerce souhaite cependant attirer l'attention des auteurs sur la difficulté pratique de rapporter la preuve de la « *date à laquelle l'Autorité a connaissance du fait que les parties à l'opération de concentration ont conclu un accord aux termes duquel, s'il est mis en œuvre, la concentration aura lieu* » et des éventuelles discussions que cela pourrait engendrer.

2) Le pouvoir d'évocation de l'exécutif

En parallèle de ce pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité, le présent Projet instaure la possibilité pour le pouvoir exécutif d'évoquer une affaire pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence.

Aux termes de l'article 44 du Projet sous avis, les motifs d'intérêt général pouvant conduire à une évocation de l'affaire par l'exécutif seront « *le développement industriel, économique ou financier, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi* ».

Cette évocation ne pourra intervenir qu'après une décision adoptée par l'Autorité en phase II du contrôle des concentrations et devra intervenir au plus tard 35 jours ouvrables à compter de la décision de l'Autorité.

Si la Chambre de Commerce peut comprendre les intérêts supérieurs autres que concurrentiels pouvant conduire à introduire un tel pouvoir d'évocation au profit de l'exécutif, elle avoue toutefois s'interroger si l'exercice d'un tel pouvoir ne devrait pas être encore davantage encadré afin d'éviter tout risque d'atteinte à l'indépendance de l'Autorité.

G) Prise en compte des spécificités du contexte luxembourgeois

Le Projet sous avis prend également en compte certaines spécificités nationales telles que notamment l'importance de certains secteurs économiques ou le caractère fortement ouvert vers l'international de l'économie nationale.

1) Des mesures spécifiques à certains secteurs économiques

Le Projet avis considère une spécificité de l'économie nationale, à savoir l'importance du secteur financier et du secteur des assurances.

Des mesures spécifiques sont ainsi incluses dans le Projet, telle que par exemple des échanges entre l'Autorité et la Commission de surveillance du secteur financier et le Commissariat aux assurances

avant l'adoption d'une décision sur une opération de concentration lorsqu'une des entités impliquées est une entité du secteur financier ou du secteur des assurances⁸.

L'article 47 du Projet prévoit également une mesure spécifique en lien avec la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement. Si dans le cadre d'une mesure d'intervention précoce, de redressement ou de résolution concernant une entité visée par la loi du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit, ou dans des cas d'urgence spécifiés⁹, la réalisation d'une opération de concentration est nécessaire, l'Autorité pourra alors être dessaisie de ce contrôle.

Concernant le champ d'application de la future loi, et plus précisément le calcul des seuils de notification pour le secteur financier, le paragraphe (4) de l'article 1^{er} du Projet précise encore que : *« concernant les établissements de crédit et autres établissements financiers, le chiffre d'affaires réalisé au Luxembourg s'apprécie sur base des produits vendus et des services fournis à des clients et investisseurs finaux résidant ou établis au Luxembourg. »*

De même, concernant les entreprises d'assurance et de réassurance, *« le chiffre d'affaires réalisé au Luxembourg s'apprécie sur base des primes brutes versées par les personnes résidant ou établies au Luxembourg »*.

L'option proposée par les auteurs, consistant à retenir pour les seuils de notification les chiffres d'affaires réalisés au Luxembourg, permettra de focaliser la compétence de l'Autorité sur des produits vendus et des services fournis à des clients et investisseurs finaux ayant un lien avec le Luxembourg.

Cette approche est approuvée par la Chambre de Commerce alors qu'elle apparaît adaptée aux spécificités de ces secteurs et permettra de ne faire entrer dans le champ d'application de la future loi que les opérations susceptibles d'avoir un impact sur le marché national.

2) La définition du marché pertinent

L'article 28 du Projet sous avis vise à apporter quelques éléments de référence quant à l'étape de la définition du marché pertinent par l'Autorité lorsqu'elle apprécie une opération de concentration dans le contexte spécifique du Luxembourg, pays particulièrement ouvert sur le plan économique.

En droit de la concurrence, et notamment en matière de contrôle des concentrations, la définition du marché géographique, établie au cas par cas, permet à l'Autorité d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises et d'évaluer les effets de l'opération envisagée à l'intérieur de ce marché. Pour ce faire, il est notamment fait référence à la Communication de la Commission européenne qui indique les principes applicables en matière de détermination du marché pertinent¹⁰.

Ainsi si les seuils de déclenchement du contrôle d'une opération ne sont appréciés que sur la plan strictement national (chiffres d'affaires réalisés au Luxembourg par les parties à l'opération), l'Autorité ne sera pas limitée au seul territoire national lors de la détermination du marché pertinent pour évaluer les effets potentiels de l'opération sur la concurrence, lequel pourra donc être transfrontalier.

Dans ce cadre, la Chambre de Commerce souhaite toutefois relever que l'article 28 du Projet fait référence à *« l'examen qu'elle (l'Autorité) mène au titre de l'article 27 »*, c'est-à-dire uniquement dans le cadre de l'examen de l'opération en phase I.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il est nécessaire de prendre en compte la spécificité territoriale du pays à tous les stades décisionnels de la procédure, que ce soit en phase I d'analyse de la notification (prévue à l'article 27), ou en phase II d'examen approfondi (prévu à l'article 30).

De même, la référence expresse à la *« Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 9 février 1997 »* au sein l'article 27 du Projet ne semble pas adéquate dans

⁸ Article 12 du Projet

⁹ Aux termes de l'article 47 ^o3 du Projet, ces cas d'urgence sont : 1) la nécessité de maintenir la stabilité financière du Luxembourg, 2) la nécessité d'éviter une menace sérieuse pour la stabilité du système financier luxembourgeois si la fusion ou l'acquisition n'avait pas lieu, 3) la nécessité de protéger les intérêts des déposants ou des investisseurs.

¹⁰ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union du 8 février 2024.

la mesure où (i) ce texte a depuis lors été remplacé par une nouvelle communication et où (ii) une communication de la Commission européenne n'a pas de valeur normative.

Par conséquent, la Chambre de Commerce suggère de modifier l'article 28 du Projet comme suit :
« Dans l'examen qu'elle mène au titre de l'article 27, paragraphe 1er, **et de l'article 30**, l'Autorité procède à l'analyse au cas par cas du marché de produits et géographique en se fondant sur les faits de l'espèce. ~~et par référence aux principes tels qu'ils résultent de la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 9 février décembre 1997.~~ Si les faits de l'espèce font état d'activités transfrontalières, cet aspect est pris en compte par l'Autorité dans son analyse. »

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis.