

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

***Effets suspensifs des notifications de fusion et réalisation anticipée des opérations
(gun jumping)***

Note de référence du Secrétariat

27 et 28 novembre 2018

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence sous le point 5 de la 130^e réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra les 27 et 28 novembre 2018.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :

www.oecd.org/daf/competition/gun-jumping-and-suspensory-effects-of-merger-notifications.htm

M. Antonio Capobianco, Expert de haut niveau en droit de la concurrence
Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03439636

Effets suspensifs des notifications de fusion et réalisation anticipée des opérations (gun jumping)

Note de référence du Secrétariat*

La plupart des pays prévoient un contrôle ex ante obligatoire pour les opérations de fusion atteignant certains seuils. En général, cela implique que les parties à la fusion sont soumises à une obligation de notification de l'opération et à une obligation de suspension. Toute infraction à ces obligations légales, comme un défaut de notification ou une mise en œuvre de la fusion pendant la période suspensive, constitue une réalisation anticipée de l'opération (ou gun jumping) illicite par les parties à la fusion. Ces cas de réalisation anticipée sont passibles de lourdes amendes, et on constate un renforcement de la surveillance et de l'application des dispositions légales au cours des dernières années.

Les échanges d'informations et la coordination entre les parties à la fusion pendant la période précédant la conclusion de l'opération peuvent aussi être sanctionnés en vertu des règles sur les comportements horizontaux anticoncurrentiels. Dans le même temps, les parties à la fusion ont souvent besoin d'échanger des informations avant d'obtenir l'autorisation d'une opération. Cela permet d'asseoir la position de l'acquéreur au regard de son investissement dans la cible jusqu'à la conclusion de l'opération, et d'amorcer la planification de l'intégration.

Ce conflit entre les intérêts des autorités de la concurrence et ceux des parties à la fusion est irrémédiable. L'expérience montre que les autorités de la concurrence sont conscientes des besoins des entreprises et ne s'opposent pas à l'exercice d'une influence ni à des échanges d'informations ni à une coordination pouvant aller au-delà de ce qui serait normalement jugé acceptable entre des concurrents, à condition que des garanties adéquates soient prises et que les obligations de notification et de suspension soient observées.

Une intensification récente de l'application des dispositions légales en cas de réalisation anticipée a été observée par les milieux d'affaires et a suscité des inquiétudes de leur part. Elle représente aussi, toutefois, une source d'orientations bienvenue au regard des actions pouvant présenter des risques dans la phase préalable à la conclusion d'une fusion, car les autorités de la concurrence se sont employées à expliquer leurs actions et à publier des orientations supplémentaires.

Tout dépôt de dossiers de fusion dans plusieurs pays peut se heurter à des difficultés particulières tenant à la conciliation des règles et prescriptions diverses s'appliquant à l'autorisation préalable des fusions dans ces différents pays. Il semble néanmoins possible de surmonter ces difficultés. Une comparaison des pratiques de l'UE et des États-Unis au regard des infractions que constituent les cas de réalisation anticipée, en particulier, montre qu'ils adoptent une approche globalement similaire.

* Le présent document a été rédigé par Sabine Zigelski, avec le concours de Pedro Caro de Sousa et Antonio Capobianco et l'aide, pour les recherches, de Gabriela Erdei et Ksenia Lytvynenko, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

Table des matières

Effets suspensifs des notifications de fusion et réalisation anticipée des opérations (gun jumping)	2
1. Introduction	5
2. Notification <i>ex ante</i> obligatoire des fusions	5
2.1. Définition d'une opération et des seuils de notification	6
2.2. Effets suspensifs des notifications de fusion.....	7
2.3. Coût du contrôle <i>ex ante</i> des fusions et de la suspension des opérations	11
3. La réalisation anticipée dans le contrôle des fusions.....	12
3.1. Défaut de notification	12
3.1.1. Affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence.....	15
3.2. Comportement préalable à la conclusion de l'opération contraire à l'obligation de suspension	16
3.2.1. L'approche de l'UE.....	17
3.2.2. L'approche des États-Unis	21
3.2.3. Affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence.....	23
3.2.4. Dispositifs n'imposant pas de notification <i>ex ante</i> obligatoire ni de période de suspension	23
3.3. Accords anticoncurrentiels entre les parties à la fusion	24
3.4. Drogations et levée précoce	27
3.5. Détection et amendes	29
4. Réalisation anticipée – comment concilier les besoins des entreprises avec le droit des fusions et les pratiques en la matière ?	31
4.1. Échange d'informations pendant l'audit préalable	32
4.2. Préservation des actifs de la signature de l'accord à la conclusion de l'opération	32
4.3. Planification de la mise en œuvre et de la transition après la fusion	33
4.4. Principaux enseignements.....	34
5. Conclusions	35
5.1. Existe-t-il une tendance ?.....	35
5.2. L'application du droit a-t-elle contribué à la sécurité juridique ou accru l'insécurité ?	35
5.3. Travaux futurs.....	35
Annexe A. Aperçu des affaires d'infraction à l'obligation de suspension	44
Références	54

Tableaux

Tableau 1. Défaut de notification – affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence ..	16
Tableau 2. Infraction à l'obligation de suspension – affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence.....	23

Encadrés

Encadré 1. Effets suspensifs	9
Encadré 2. Litiges portant sur la qualification d'une opération en tant que fusion notifiable	14
Encadré 3. Litiges portant sur le franchissement des seuils de notification	15
Encadré 4. Affaires examinées par la Commission européenne – infraction à l'obligation de suspension	18
Encadré 5. France - Altice/SFR, Altice/OTL*	20
Encadré 6. Allemagne – Edeka/Kaiser's Tengelmann* ¹	21
Encadré 7. Jurisprudence américaine – art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino* ¹	22
Encadré 8. Royaume-Uni : affaire Electro Rent*	24
Encadré 9. Jurisprudence américaine – art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino et art. 1 de la Loi Sherman* ¹	26
Encadré 10. Dérogation accordée par la Commission européenne à Lufthansa/certains actifs d'Air Berlin*	28
Encadré 11. Délais de prescription* ¹	30
Encadré 12. Déclarations américaines concernant l'impact sur la concurrence	33

1. Introduction

1. La plupart des pays de l'OCDE imposent une notification *ex ante* des fusions qui atteignent certains seuils (« notification *ex ante* obligatoire des fusions » ou « contrôle *ex ante* des fusions »). Cette obligation s'accompagne habituellement d'une obligation de suspension – qui impose de ne pas réaliser une fusion tant qu'elle n'est pas autorisée. Les infractions aux obligations de notification et de suspension sont couramment qualifiées de réalisation anticipée des opérations (ou *gun jumping*) et sont passibles de lourdes amendes.

2. La finalité de la notification *ex ante* obligatoire est de garantir que les parties à la fusion demeurent des acteurs indépendants sur les marchés tant que les autorités n'ont pas eu de possibilité suffisante de contrôler l'opération. Cela permet de s'assurer que les fusions ne produisent pas, dans l'intervalle, des effets défavorables sur les structures du marché. Lorsqu'une opération suscite des préoccupations liées à la concurrence, elle peut donner lieu à des mesures correctives ou à une interdiction *ex ante*. Cela empêche tout effet anticoncurrentiel, tout en évitant d'avoir à défaire l'écheveau potentiellement complexe des actifs et des relations commerciales et en prévenant toute divulgation irréversible d'informations sensibles sur la concurrence.

3. La présente note s'intéresse aux systèmes de notification *ex ante* obligatoire des fusions et aux obligations de suspension, et en particulier à leurs modalités de mise en œuvre dans les pays de l'OCDE. Elle s'emploie aussi à donner des indications sur l'équilibre approprié entre les intérêts des autorités de contrôle compétentes et ceux des parties à une fusion dans l'attente de l'autorisation de l'opération. Elle s'articule comme suit :

- **la section 2** analyse les principales caractéristiques des dispositifs de notification *ex ante* obligatoire, et cherche à identifier les principales sources d'incertitudes pouvant conduire à une réalisation anticipée involontaire. Elle examine aussi les coûts inhérents à ces incertitudes ainsi qu'à la suspension de la réalisation de la fusion ;
- **la section 3** livre un aperçu de différentes catégories de réalisation anticipée – défaut de notification, réalisation prématurée de la concentration pendant les périodes suspensives, et échange d'informations sensibles du point de vue de la concurrence ou coordination des comportements concurrentiels avant la conclusion de l'opération. Elle traite également des dérogations aux dispositions suspensives, ainsi que de la détection des cas de réalisation anticipée et des amendes correspondantes ;
- **la section 4** s'intéresse aux orientations des autorités disponibles au regard du comportement des parties à la fusion pendant l'audit préalable, la phase préalable à la conclusion de l'opération et la planification de l'intégration avant la conclusion de l'opération.
- **la section 5** conclut et présente dans les grandes lignes un thème pouvant faire l'objet d'un examen futur.

2. Notification *ex ante* obligatoire des fusions

4. Les fusions sont actuellement contrôlées sous une forme ou une autre dans plus de 90 pays (Sokol et Blumenthal, 2012, p. 319^[1]). La plupart des dispositifs prévoient un

contrôle *ex ante* des fusions¹, généralement associé à des obligations de suspension, ce qui revient à dire que les parties ne peuvent pas réaliser l'opération et intégrer leurs activités avant d'avoir obtenu l'autorisation ou l'approbation réglementaire requise de la part de l'autorité de la concurrence (OCDE, 2015^[2])².

5. L'adoption du contrôle *ex ante* a pour objectif de prévenir les problèmes de concurrence, ce qui peut être plus efficace que d'y remédier après la mise en œuvre d'une fusion. Cela permet non seulement d'empêcher tout effet anticoncurrentiel, mais aussi d'éviter d'avoir à défaire l'écheveau potentiellement complexe des actifs et des relations commerciales et de prévenir toute divulgation irréversible d'informations sensibles sur la concurrence.

6. Les dispositifs de contrôle *ex ante* se caractérisent généralement par plusieurs éléments, que nous allons passer brièvement en revue.

2.1. Définition d'une opération et des seuils de notification

7. Dans un dispositif de contrôle des fusions par notification *ex ante* obligatoire, il est essentiel que les critères qui déterminent une obligation de notification soient suffisamment clairs et objectifs (OCDE, 2005^[3])³. Toute incertitude entourant la définition de ce qui constitue une opération notifiable ou le calcul d'un seuil accroît le risque de violation des lois sur le contrôle des fusions ou de réalisation prématurée d'une fusion par les entreprises parties à l'opération. Elle alourdit en outre les coûts pour les autorités de la concurrence, qui doivent mobiliser des ressources pour déterminer si une fusion devrait ou non avoir été notifiée.

8. La définition d'une *opération de fusion* doit permettre de déterminer quelles sont les opérations pour lesquelles il est « opportun » de procéder à un contrôle, c'est-à-dire les opérations qui débouchent sur une combinaison plus durable d'actifs qui étaient précédemment indépendants et dont on peut raisonnablement escompter que leurs résultats seront contraires aux objectifs du droit de la concurrence (OCDE, 2013, p. 5^[4]). Les définitions de ce qui constitue une « opération de fusion » peuvent reposer sur des critères « objectifs » ou « économiques ».

9. La plupart des pays ont opté pour des critères plus « économiques », seuls ou parallèlement à des seuils « objectifs ». Les critères plus « économiques » tentent de rendre compte de l'essence d'une opération, en se concentrant sur l'influence *de fait* qu'une entreprise acquiert sur une autre, et pas simplement sur la participation nominale. Le seuil « économique » le plus couramment utilisé est le contrôle – qui consiste à déterminer si l'opération aboutit à l'acquisition, par une entreprise, du contrôle exclusif ou conjoint d'une autre. Plusieurs pays étendent leur contrôle aux opérations qui conduisent à l'exercice d'influences minoritaires demeurant en deçà du contrôle ou d'une influence déterminante, et utilisent les notions d'influence notable ou d'influence significative du point de vue de la concurrence⁴. Comparativement aux critères « économiques », qui offrent une certaine marge d'interprétation et peuvent donc donner lieu à des évaluations divergentes⁵, les critères « objectifs », comme une participation donnée dans l'entreprise cible, sont relativement faciles à évaluer, et limitent donc les possibilités de défaut de notification involontaire⁶.

10. Outre les critères « économiques » ou « objectifs », certains types d'opérations sont souvent utilisés pour déterminer la compétence, comme les prises de participation sous forme d'acquisitions d'actifs totales ou partielles (OCDE, 2013, pp. 26-30^[4]) et les coentreprises (OCDE, 2013, pp. 30-33^[4]). La définition de ce qui constitue une acquisition

d'actifs totale ou partielle ou une coentreprise notifiable peut là encore donner lieu à des conflits et à des incertitudes, accroissant ainsi le risque de réalisation anticipée.

11. *Les seuils de notification* sont utilisés pour identifier les opérations qui ont une importance et un lien suffisamment forts avec une juridiction donnée et qui devraient être notifiées aux fins du contrôle des fusions. Les critères couramment employés sont les seuils reposant sur le chiffre d'affaires et/ou les actifs, ou encore sur la valeur de l'opération et les parts de marché (OCDE, 2016^[5]). Des critères supplémentaires sont parfois adoptés⁷.

12. Parmi les critères mentionnés, les seuils reposant sur le chiffre d'affaires et les actifs sont sources de l'objectivité la plus forte, car ils sont faciles à calculer, offrent peu de marge d'interprétation et ne requièrent pas d'évaluation subjective de la part des parties à la fusion. Certaines difficultés peuvent néanmoins surgir – par exemple au regard du traitement de la taxe sur la valeur ajoutée, du chiffre d'affaires intragroupe ou de leur adéquation avec certains secteurs comme la finance ou l'assurance. La loi et/ou les lignes directrices des autorités contiennent souvent des orientations supplémentaires à cet égard⁸.

13. Ce n'est pas le cas en revanche des seuils qui sont portés essentiellement sur le pouvoir de marché, comme les parts de marché ou une position dominante. Ces seuils nécessitent des analyses qui sont habituellement réservées à l'évaluation de fond d'une fusion – comme la définition du marché. La définition du marché requiert une analyse souvent très perfectionnée et détaillée (OCDE, 2012^[6]), mais elle donne aussi souvent matière à des résultats divergents. Ces seuils ne constituent pas des pratiques exemplaires internationales notamment parce qu'ils accroissent le risque de réalisation anticipée involontaire, et induisent des coûts pour les autorités de la concurrence sous forme de consultations préalables aux notifications et d'enquêtes sur les cas de réalisation anticipée (OCDE, 2016^[5]) (RIC, 2017, p. 6; Sec. E^[7]).

14. Certaines des fusions qui entrent dans la définition des *opérations notifiables* et des *seuils de notification* peuvent être exemptées du contrôle des fusions ainsi que des exigences de notification⁹, en particulier lorsqu'elles ne risquent pas d'entraîner de changement dans le paysage concurrentiel. Les exemptions courantes sont les prises de participation réalisées par les établissements financiers comme les banques et les sociétés d'assurance, qui achètent des actions pour les revendre dans un délai limité¹⁰ ou, comme c'est le cas aux États-Unis, les prises de participation minoritaire à seule fin d'investissement, sans exercice des droits de vote (OCDE, 2013, pp. 24-25^[4]).¹¹

15. Les difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises lorsqu'elles tentent d'évaluer leurs obligations de notification (*ex ante*) d'une fusion sont amplifiées par le fait que même si des concepts similaires sont utilisés dans la plupart des pays pour les opérations, le calcul des seuils et du chiffre d'affaires, et les exemptions, il n'en demeure pas moins que les règles juridiques et leur application varient sensiblement d'un pays à l'autre. Une même opération peut être considérée comme une acquisition d'actifs dans un pays, mais pas dans un autre¹², ou comme une participation minoritaire notifiable, mais pas comme une prise de contrôle. De même, le concept d'opération « échelonnée », « rampante » ou « en série » existe dans divers pays, mais fait l'objet d'un traitement différent¹³. Il peut créer, pour les opérations internationales, des obligations de notification diverses selon les pays, renchérissant ainsi la mise en conformité.

2.2. Effets suspensifs des notifications de fusion

16. Dès lors qu'il est établi qu'une opération doit faire l'objet d'une notification obligatoire en vue d'un contrôle préalable à la fusion¹⁴, une obligation de suspension est

très souvent imposée. Une réalisation anticipée peut désigner une infraction à ces deux obligations légales – l’obligation de notification et l’obligation de suspension.

17. Dans ces conditions, la notion de réalisation anticipée peut créer de la confusion car elle correspond à des infractions différentes. La portée de la notion de réalisation anticipée tient au fait que conformément au fondement sous-jacent d’un dispositif de contrôle *ex ante* des fusions, la plupart des pays qui optent pour la notification obligatoire imposent également aux parties à la fusion une obligation de suspension ou une période suspensive, pendant laquelle elles ne sont pas autorisées à procéder à l’opération.

Encadré 1. Effets suspensifs

États-Unis : L'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino impose une obligation de notification et prescrit une période suspensive de 30 jours, qui peut être prolongée de 30 jours en cas de « deuxième requête » des autorités (Liebeskind, 2003, pp. 2-3[8])^{*1}. Pendant cette période suspensive, les parties à la fusion ont interdiction de transférer la propriété effective de la cible à l'acquéreur. Ces dispositions s'appliquent uniquement aux fusions pour lesquelles une notification en vertu de la Loi Hart-Scott-Rodino est obligatoire et l'interdiction de mettre en œuvre la fusion expire au terme de la période suspensive légale.

UE : Le règlement CE sur les concentrations (RCEC) impose aux parties à la fusion, dans son art. 7 (1), une obligation de suspension : « *Une concentration ... ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun ...* ». À moins que la Commission n'ait autorisé la fusion sans conditions ou sous conditions ou n'ait pas pris de décision dans le délai prescrit (art. 10 (6) du RCEC), les parties à la fusion ne doivent pas mettre en œuvre tout ou partie de l'opération. Le délai prévu est de 25 jours ouvrables pour la phase 1 et de 90 jours ouvrables pour la phase 2^{*2}. D'autres pays de l'UE prévoient des dispositions et des délais similaires, comme l'Allemagne^{*3}, l'Autriche^{*4}, le Danemark^{*5} ou la France^{*6}.

Japon^{*7} : La Loi japonaise antimonopole impose une notification préalable des projets de fusion au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires, y compris pour les prises de participation minoritaire. Les entreprises qui effectuent une notification ont interdiction de procéder à la fusion jusqu'à l'expiration d'un délai de 30 jours, lequel court à compter de la date de réception de la notification par la Commission du commerce équitable du Japon. À l'issue de ce délai de 30 jours, l'opération peut être conclue légalement, même si la Commission n'en a pas achevé le contrôle.

Canada^{*8} : La Loi canadienne sur la concurrence prévoit une notification *ex ante* obligatoire des fusions dépassant des seuils donnés. Une fusion ne peut être réalisée avant la date d'expiration d'un délai légal, initialement fixé à 30 jours. En cas d'émission d'une demande d'informations supplémentaires au cours de la première période suspensive, l'opération proposée ne peut être mise en œuvre avant l'expiration d'une deuxième période suspensive qui court à partir de la date de réception d'une réponse complète par le Commissaire. Dans les affaires complexes, les contrôles peuvent se prolonger au-delà des périodes suspensives. Le Bureau de la concurrence peut alors demander qu'une ordonnance soit rendue pour prolonger la période suspensive de 30 jours, et au maximum de 60 jours.

Brésil^{*9} : La notification *ex ante* obligatoire des fusions dépassant certains seuils a été introduite en 2012. La fusion ne peut pas être concrétisée tant que l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE) n'a pas pris de décision définitive. Cette décision doit intervenir dans les 240 jours suivant la notification de la fusion, délai qui peut être prolongé de 90 jours au plus.

^{*1} La période suspensive de 30 jours imposée par une « deuxième requête » court à partir de la date de remise des informations demandées par les parties à la fusion.

^{*2} Diverses prolongations sont possibles et des dispositions suspensives peuvent s'appliquer, art. 9 du RCEC.

^{*3} Par. 41(1) et 40 (1), et 40 (2) de la Loi relative aux restrictions de concurrence.

^{*4} Par. 15 KartG 2005 et par. 11, 14 KartG (délai fixé pour le contrôle : un mois + cinq mois).

^{*5} Par. 12d de la Loi danoise sur la concurrence.

^{*6} Art. L430-8 (1,2), L430-5(1) et L430-7(1) du Code de commerce.

^{*7} Contribution du Japon à (OCDE, 2014^[10]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)9](#); Getting the Deal Through – Merger Control Japan, <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/36/merger-control-japan/>, consulté le 20 août 2018.

^{*8} Contribution du Canada à (OCDE, 2014^[8]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)10](#); Getting the Deal Through – Merger Control Canada, <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/7/merger-control-2018-canada/>, consulté le 20 août 2018.

^{*9} Contribution du Brésil à (OCDE, 2014^[8]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)5](#).

18. Les obligations de suspension des différents pays présentent des caractéristiques communes. La plupart des autorités peuvent demander aux parties à la fusion d'interrompre le processus de mise en œuvre pendant la période de suspension ou jusqu'à la délivrance d'une autorisation, demander à un tribunal de prendre une ordonnance ou imposer des mesures provisoires. Aucune action de mise en œuvre donnant effet à la concentration voulue ne doit être menée. Pour les États-Unis, cela signifie que tous les éléments de la propriété effective de la cible, comme l'exercice des fonctions de gestion, la prise de décisions communes ou des opérations d'intégration constitueraient des infractions à la Loi Hart-Scott-Rodino (Baer, 1999^[9]). Dans l'UE, la réalisation consisterait en toute acquisition *de droit* ou *de fait* de la capacité d'exercer une influence déterminante ou en l'exercice effectif d'une telle influence¹⁵.

19. Si l'obligation de notification *ex ante* obligatoire, associée à une obligation de suspension, est l'approche adoptée par la plupart des pays pour le contrôle des fusions (dans la plupart des cas), on note toutefois des exceptions.

20. Certains pays ont mis en place une notification *ex ante* obligatoire, mais pas d'obligations de suspension. C'est le cas de l'Italie et de la Lettonie¹⁶. En Italie, les obligations de notification *ex ante* n'entraînent pas de suspension de la fusion, qui peut être réalisée avant d'être autorisée. Lors de l'ouverture des procédures relevant de la deuxième phase, l'autorité italienne de la concurrence peut prononcer une injonction interdisant la réalisation de l'opération, si celle-ci suscite de sérieuses préoccupations en termes de concurrence¹⁷. Le droit mexicain n'interdit pas la mise en œuvre d'une fusion, à moins que la COFECE ne prononce une « injonction de non-exécution » dans les dix jours suivant la notification de l'opération. Dans ce cas, la fusion doit être suspendue jusqu'à ce que la COFECE ait pris sa décision¹⁸.

21. Des obligations de suspension peuvent être imposées même en l'absence d'obligation de notification obligatoire. Le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande sont les seuls pays de l'OCDE à être dotés de systèmes de notification exclusivement spontanée (OCDE, 2014, p. 5^[8])¹⁹. Ces systèmes reposent sur un mandat assez large de l'autorité de la concurrence, qui est chargée de contrôler toutes les fusions, qu'elles aient été notifiées ou non (de manière spontanée) et concrétisées ou non par les parties. La notification étant spontanée, il n'existe pas d'obligation de suspension ni de sanction en cas de conclusion de l'opération avant autorisation.

22. Quoi qu'il en soit, l'ACCC australienne peut demander aux parties à la fusion de prendre par écrit l'engagement de ne pas finaliser l'acquisition pendant un processus de contrôle informel. Elle peut aussi demander à un tribunal de prendre une ordonnance pour interrompre le processus de mise en œuvre jusqu'à ce que le contrôle de la fusion soit achevé²⁰. En Nouvelle-Zélande, il semble qu'en dépit de l'absence de notification *ex ante* obligatoire, une obligation de suspension non limitée dans le temps s'applique de fait jusqu'à la délivrance de l'autorisation²¹. La CMA britannique prononce systématiquement des injonctions initiales d'application des dispositions légales pour les fusions réalisées,

afin d'empêcher la poursuite de l'intégration et de détricoter l'intégration déjà concrétisée. Au cours d'une enquête sur une fusion, la CMA peut aussi interdire l'achèvement de l'opération envisagée en prononçant une injonction de séparation des activités qui restera en vigueur pendant toute la durée de l'enquête²². Toute violation d'une injonction provisoire peut être passible d'une amende (Encadré 8).

2.3. Coût du contrôle *ex ante* des fusions et de la suspension des opérations

23. Les activités de fusion sont bénéfiques pour la plupart, comme le montrent la grande majorité des opérations de ce type qui sont approuvées sans conditions à travers le monde²³. Les fusions permettent aux entreprises de rivaliser et de réaliser des gains d'efficacité de nature à améliorer le bien-être. Reporter la mise en œuvre d'une fusion occasionne donc des coûts non seulement pour les parties à l'opération, mais aussi pour la société de manière plus générale. Cette préoccupation est à l'origine des critiques relatives aux obligations de suspension et aux systèmes de notification obligatoire²⁴, ainsi que de l'adoption de dispositifs spontanés *ex post* par certains pays.

24. Des coûts supplémentaires découlent de l'incertitude créée par les exigences de notification :

- L'incertitude liée à la question de savoir si une opération est notifiable ou non occasionne des coûts pour les entreprises qui doivent mobiliser des ressources pour étudier ce point et, dans le doute, prendre contact avec l'autorité de la concurrence avant la fusion, voire effectuer une notification. Elle crée aussi des coûts pour les autorités de la concurrence, qui doivent allouer des ressources pour faire face à des questions essentiellement formelles et qui peuvent devoir gérer des volumes de notifications accrus sans bénéfice net au regard de l'application du droit de la concurrence.
- L'incertitude entourant ce qui constitue une réalisation anticipée peut retarder la mise en œuvre de la plupart des opérations pro concurrentielles et alourdir le coût de l'opération, et inciter les entreprises à tester les limites de l'interdiction de la réalisation anticipée et à contourner les règles de suspension. Ce qui contraindra alors les autorités de la concurrence à consacrer des ressources à l'exercice d'un contrôle et à la conduite de poursuites concernant essentiellement des questions de procédures sans avoir la garantie de favoriser ainsi la concurrence.

25. Ces coûts doivent être mis en regard des avantages que présente un contrôle *ex ante* des fusions ainsi que le report de la mise en œuvre de l'opération pendant la période d'application de l'obligation de suspension – système sur lequel se sont accordés la plupart des pays pour assurer un contrôle efficace des fusions. La suite de la présente note s'intéresse principalement à la question des coûts. Elle examine différents types de réalisation anticipée et les comportements qui y sont généralement associés. Elle s'intéresse ainsi aux approches communes et aux différences existant entre les pays, ainsi qu'aux orientations dont disposent les entreprises. Ce faisant, il convient de garder à l'esprit que la réalisation anticipée n'est pas une pratique courante, du moins si l'on tient compte du pourcentage de fusions qui donnent lieu à des affaires de mise en œuvre anticipée²⁵.

3. La réalisation anticipée dans le contrôle des fusions

26. Comme on l'a vu précédemment, la réalisation anticipée d'une fusion est une notion qui recouvre différentes infractions aux obligations relatives au contrôle des fusions. La liste est longue des actions et des comportements qui ont été considérés comme tels par les autorités de la concurrence à travers le monde, et que l'on peut globalement classer en plusieurs catégories : (1) mise en œuvre d'une opération sans notification préalable alors que la notification est obligatoire (parfois qualifiée de « réalisation anticipée procédurale ») et (2) comportement préalable à la conclusion de l'opération contraire aux obligations de suspension applicables, consistant à donner partiellement ou pleinement effet à une fusion avant la fin de la période suspensive.

27. En outre, si les parties se livrent, de manière unilatérale ou bilatérale, à des échanges d'informations sensibles du point de vue de la concurrence ou coordonnent leur comportement concurrentiel sur le marché avant de notifier la fusion ou durant la période suspensive, de tels agissements peuvent correspondre à (3) une violation des interdictions frappant les accords anticoncurrentiels horizontaux (parfois qualifiée de « réalisation anticipée sur le fond ») (Lemmonier, 2018^[10]) (Dionnet et Giroux, 2017^[11]). Selon le dispositif et les circonstances, ce type d'échange d'informations peut constituer une violation du droit de la concurrence et/ou des règles relatives à la réalisation anticipée.

3.1. Défaut de notification

28. Le non-respect de l'obligation de notification d'une concentration est l'infraction de réalisation anticipée la plus simple. Comme on l'a vu précédemment, tout défaut de notification enfreint les obligations de notification *ex ante* qui sont une composante naturelle du dispositif de contrôle *ex ante* des fusions. Une telle omission peut s'expliquer de différentes manières :

- la notification obligatoire a été simplement ignorée ou oubliée, par exemple en raison d'une négligence des parties à la fusion ou de l'absence d'analyse des conséquences d'une concentration au regard du droit de la concurrence ;
- la méconnaissance d'une obligation de notification peut être le résultat d'erreurs dans le calcul des seuils ou d'une mauvaise appréciation des opérations qui constituent une concentration notifiable ;
- d'ordinaire, un défaut de notification intentionnel visant à accélérer le processus de fusion ou à échapper à la surveillance de l'autorité de la concurrence se produit uniquement lorsqu'on pense que cette autorité ne s'en apercevra pas et/ou négligera de prendre des sanctions, ou que l'autorité de contrôle des fusions ne dispose pas de pouvoirs répressifs efficaces.

29. On ne peut qu'émettre des hypothèses quant à l'ampleur du problème, et à ses causes. De même que pour les ententes illicites, il est impossible d'établir une estimation fiable des défauts de notification en fonction du nombre d'affaires détectées et ayant fait l'objet de poursuites publiques. En outre, de nombreuses autorités, dans un souci de hiérarchisation de leurs travaux d'application du droit, peuvent décider de faire preuve d'indulgence envers les primo-contrevenants et de s'abstenir d'engager des poursuites dans plusieurs affaires, en particulier dans les cas de négligence pure n'ayant aucun effet notable sur la concurrence.

30. Dans certains affaires, l'incertitude liée aux seuils de notification ou à la définition des opérations explique en partie du moins le défaut de notification²⁶. Les Encadré 2 présentent certaines de ces affaires.

Encadré 2. Litiges portant sur la qualification d'une opération en tant que fusion notifiable

Electrabel avait notifié à la Commission européenne l'acquisition d'un contrôle exclusif de fait sur la Compagnie Nationale du Rhône (CNR) en 2008. Néanmoins, elle avait déjà accru sa part dans les droits de vote, en les portant de 16.88 % à 47.92 % en 2003. La fusion a été autorisée, mais la Commission a infligé à Electrabel, dans une décision distincte, une amende de 20 millions EUR pour infraction à l'obligation de suspension^{*1}. La Commission a estimé qu'Electrabel avait acquis un contrôle de fait sur la CNR en 2003 malgré une participation minoritaire, puisqu'elle en était le principal actionnaire et que ses droits de vote lui conféraient une majorité stable lors des assemblées des actionnaires, le reste de l'actionnariat étant dispersé. Electrabel était aussi le seul investisseur industriel et elle possédait la majorité au sein du directoire de la CNR. Cette décision a été confirmée dans les deux procédures en appel^{*2}.

Marine Harvest a acquis 48.5 % de Morpol en décembre 2012 avant de lancer une OPA et d'acheter 87.1 % des actions de la société en mars 2013. L'affaire a été notifiée à la Commission européenne en août 2013. Marine Harvest n'a pas exercé les droits de vote qu'elle détenait dans Morpol. La fusion a été autorisée sous réserve d'engagements concernant des cessions. La Commission a infligé une amende de 20 millions EUR à Marine Harvest pour défaut de notification et non-respect de l'obligation de suspension^{*3}. Elle a considéré que Marine Harvest avait déjà, durant la première phase, acquis un contrôle de fait sur Morpol, sa participation minoritaire de 48.5 % lui octroyant une majorité stable lors des assemblées des actionnaires, le reste de l'actionnariat étant très dispersé. La décision de la Commission a été confirmée par le tribunal et elle est désormais en instance devant la Cour de justice^{*5}.

L'ancienne société allemande **HRR** Stahlschrott- und Metallrecycling GmbH & Co. KG, de Hennigsdorf, a utilisé l'option lui permettant de relever sa participation dans fm Beteiligungsgesellschaft de 40 % à 49 % en décembre 2008. Dans le même temps, l'accord de partenariat signé avec fm Beteiligungsgesellschaft a été modifié de sorte que les décisions importantes ne puissent être prises qu'avec l'accord de HRR. Cette prise de contrôle n'a pas été notifiée, comme l'exigeait la réglementation sur le contrôle des fusions, avant d'être réalisée, alors même que l'Office fédéral des ententes avait informé ces entreprises de l'obligation leur incombant en ce sens dans une procédure de contrôle des fusions antérieure. L'Office fédéral a infligé une amende de 206 000 EUR à l'entreprise juridiquement issue de la fusion, Interseroh. L'affaire a été réglée^{*6}.

^{*1} [Décision de la Commission du 10/06/2009 ; Affaire n° COMP/M.4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône](#) ;

Le défaut de notification n'a sans doute pas été sanctionné séparément par une amende parce que cette infraction était prescrite au moment de la décision.

^{*2} [Affaire T-332/09 - Electrabel contre Commission européenne - arrêt du tribunal du 12 décembre 2012](#) ; et [Affaire C-84/13 P - Electrabel contre Commission européenne - arrêt de la cour du 3 juillet 2014](#).

^{*3} [Décision de la Commission du 23/07/2014 ; affaire M.7184 – Marine Harvest / Morpol](#).

^{*4} [Affaire T-704/14. Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2017 – Marine Harvest ASA contre la Commission européenne](#).

^{*5} [Affaire C-10/18 P – Marine Harvest ASA contre la Commission européenne](#).

^{*6} [Communiqué de presse de l'Office fédéral des ententes, 10/05/2011](#).

Encadré 3. Litiges portant sur le franchissement des seuils de notification

Dans l'affaire **Essilor** (société française) et **Polycore** (entreprise de Singapour), la CNMC espagnole a infligé une amende de 5 065 EUR en 2014^{*1}. La notification a été faite sept mois après l'exécution de la fusion. La CNMC a accepté l'explication d'Essilor, selon laquelle le défaut de notification était dû à une erreur de calcul de la part de marché. Selon le droit espagnol, un seuil de part de marché est fixé pour les affaires dans lesquelles l'opération donne lieu à l'acquisition d'une part de marché supérieure à 30 % en Espagne ou sur le marché défini. La CNMC a établi que le marché de la fabrication des lentilles ophtalmiques était mondial, tandis que celui de la distribution des lentilles était national. Cette définition du marché imposait une obligation de notification à Essilor.

Dans l'affaire **A.P. Møller**, trois défauts de notification ont amené la Commission européenne à infliger une amende totale de 219 000 EUR^{*2}. A.P. Møller avait contesté, auprès de la Commission européenne, la règle de calcul de son chiffre d'affaires consolidé dans une autre opération, en faisant valoir qu'en vertu du droit danois, il n'avait jamais été tenu d'établir des comptes consolidés pour l'ensemble du groupe, et que de ce fait, il ne devrait pas être contraint d'intégrer le chiffre d'affaires des entreprises du groupe dans le chiffre d'affaires consolidé aux fins de la notification des fusions à l'UE. La Commission européenne a marqué son désaccord et A.P. Møller a notifié par la suite trois cas de fusions déjà mises en place.

Dans l'affaire **Chelsea/Trans-Asia**, la Commission philippine de la concurrence a infligé une amende de quelque 352 000 EUR en 2018^{*3}. En vertu du droit philippin, les parties à une fusion doivent notifier toute proposition d'acquisition des droits de vote d'une entreprise, dès lors que la valeur totale des actifs ou le produit brut des ventes de la société absorbée enregistré aux Philippines, ou à destination ou en provenance des Philippines, est supérieur à 1 milliard PhP. Chelsea n'a pas effectué de notification, car elle a considéré que la valeur de l'opération correspondait au prix d'achat des actions de la cible, lequel était inférieur à 1 milliard PhP.

*1 https://www.cnmc.es/sites/default/files/486759_3.pdf.

*2 [Commission européenne, affaire A.P. Møller n° IV/M.969, décision du 10/02/1999.](#)

*3 https://phcc.gov.ph/wp-content/uploads/2018/07/Udenna-Chelsea-TransAsia_PCC_CommissionDecision_28June2018.pdf

31. L'adoption de mesures répressives visibles et transparentes contribue à abaisser les coûts de mise en conformité pour les entreprises et ceux de l'application des dispositions légales pour les autorités de la concurrence. Les communiqués de presse et les interventions des autorités lors de conférences peuvent apporter des éclaircissements supplémentaires. Si une autorité constate de fréquents manquements à l'obligation de notification, elle peut aussi envisager de publier des orientations détaillées, et de revoir ses dispositions juridiques ou de les comparer aux pratiques exemplaires internationales.

3.1.1. Affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence

32. Les autorités de la concurrence sont, à l'évidence, particulièrement préoccupées par les concentrations qui produisent des effets dommageables sur la concurrence et qui n'ont fait l'objet d'aucune notification. Le Tableau 1 contient des exemples d'affaires qui n'ont

pas été notifiées, mais qui ont occasionné des préoccupations au regard de la concurrence. Dans l'une d'elles, l'autorité de poursuite a fait observer que le défaut de notification était intentionnel et que les parties à la fusion craignaient que l'opération ne suscite des préoccupations en termes de concurrence²⁷. Dans toutes ces affaires, les préoccupations au regard de la concurrence ont été apaisées via des cessions ou une dissolution de la concentration illicite.

Tableau 1. Défaut de notification – affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence

	Infraction	Résultat de l'appréciation sous l'angle de la concurrence	Résultat	Amende (millions EUR)
Allemagne, ZG Raiffeisen/Wurth ¹	Acquisition d'actifs	Retrait de la notification dû à des préoccupations en termes de concurrence	Cession des actifs à un tiers	0.4
Allemagne, Marienhaus/Barmherzige Brüder Trier ²	Prises de participation majoritaire multiples	Interdiction	Retrait de l'associé majoritaire - dissolution	-
Commission européenne, affaire COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol	Acquisition du contrôle exclusif de fait via une participation minoritaire	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Respect des engagements en termes de cessions	20
États-Unis, Mahle/Metal Leve	Prise de contrôle	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Cession de la branche pistons américaine de la cible	4.93
États-Unis, Sara Lee Corporation/Shoe-Care Product	Prise de contrôle	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Cession de plusieurs marques	2.37

Notes :

*1 Rapport d'activité de l'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht*) 2009/10, p. 68.

*2 Rapport d'automne de l'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt Fallbericht*) B3-32/11 et B3-49/12 ; 16 avril 2013.

Source : Étude du Secrétariat de l'OCDE

3.2. Comportement préalable à la conclusion de l'opération contraire à l'obligation de suspension

33. La présente section s'intéresse principalement aux affaires dans lesquelles des fusions ont été dûment notifiées, mais mises en œuvre prématurément sous une forme ou une autre pendant la période suspensive obligatoire, en infraction à l'obligation de suspension (voir la section 2.2)²⁸. Il s'agit d'une question délicate, car le concept de mise en œuvre est flou ; en effet, certains comportements accessoires aux négociations et aux préparatifs relatifs aux fusions sont autorisés dans ce contexte, même s'ils pourraient être, en temps normal, contraires au droit de la concurrence. Les difficultés concernent les comportements licites adoptés pendant l'audit préalable, les dispositions acceptables prévues par les accords de vente et d'achat afin de protéger la valeur des actifs de la cible, la planification de la mise en œuvre post-fusion, et les paramètres des relations globales entre les parties à la concentration pendant la période suspensive²⁹.

34. D'importantes actions répressives récemment menées dans l'UE – les affaires Altice examinées par la Commission européenne³⁰ et par la France³¹ – ont suscité un regain d'intérêt pour ce qui constitue précisément une infraction à l'obligation de suspension³². Les amendes de 124 et 80 millions EUR imposées dans ces affaires montrent que les enjeux sont de taille. Selon la jurisprudence, un manquement à l'obligation de suspension exige que le comportement remis en question donne prématurément effet, en totalité ou en partie, à l'opération notifiée.

35. On trouvera ci-après un bref aperçu de ce type d'infractions, tout d'abord dans l'UE et dans ses États membres, puis aux États-Unis³³.

3.2.1. L'approche de l'UE

36. La Commission européenne a été saisie d'un très faible nombre d'affaires principalement fondées sur l'art. 7(1) du RCEC, c'est-à-dire l'infraction à l'obligation de suspension³⁴. La première a été l'affaire Kirch/Bertelsmann/Premiere, en 1997³⁵, suivie de la décision de 2018 concernant Altice/PT Portugal³⁶. La seule jurisprudence pertinente à ce jour est la décision préjudicielle rendue en 2018 par la Cour de justice de l'UE dans l'affaire Ernst & Young³⁷. Une affaire, Canon/Toshiba, est toujours en cours³⁸.

Encadré 4. Affaires examinées par la Commission européenne – infraction à l’obligation de suspension

Bertelsmann/Kirch/Premiere, 1997^{*1}

La Commission européenne a estimé que l'utilisation et la commercialisation du décodeur d-box de Kirch, par Premiere, constituaient une mise en œuvre partielle de la concentration notifiée. Ces actions étaient indissociables de la concentration envisagée, le choix de Premiere pour le décodeur d-box étant apparu comme la conséquence directe de l'accord de fusion entre les activités numériques de Bertelsmann et celles de Kirch – mis en œuvre avant même la notification. Les parties ayant mis fin à leur comportement, aucune amende ne leur a été infligée.

Altice/PT Portugal, 2018^{*2}

En juillet 2017, la Commission européenne a infligé à Altice une amende de 124.5 millions EUR pour avoir mis en œuvre son acquisition de l’opérateur de télécommunications portugais PT Portugal avant de l’avoir notifiée à la Commission ou d’avoir obtenu son autorisation.

En particulier, la Commission a conclu qu’Altice avait violé les art. 4 (1) et 7 (1) du RCEC :

« certaines dispositions de l'accord d'achat ont eu pour effet qu'Altice a acquis le droit légal d'exercer une influence déterminante sur PT Portugal, par exemple grâce à un droit de veto sur les décisions concernant l'activité ordinaire de cette dernière ;

dans certains cas, Altice a effectivement exercé une influence déterminante sur certains aspects des activités de PT Portugal, par exemple en lui donnant des instructions sur la manière de mener une campagne de marketing et en demandant et recevant des informations commercialement sensibles sur l'entreprise en dehors de tout accord de confidentialité. »^{*3}

La Commission souligne qu’une infraction à l’obligation de suspension peut découler de l’obtention de la capacité d’exercer une influence déterminante ou de l’exercice effectif d’une influence déterminante et que dans ce cadre, le contrôle « peut être acquis *de jure* et/ou *de facto* ; le contrôle peut être explicitement conféré grâce à l’existence d’un droit légal, tels les droits prévus dans la documentation relative à l’opération, ou être déterminé en fonction de la pratique effective de l’exercice du contrôle. »^{*4}

L’affaire est intéressante, notamment, en raison de l’analyse détaillée de l’accord d’achat et des conclusions relatives à ce qui constitue un droit de veto sur l’activité ordinaire de PT Portugal – et donc la capacité d’exercer un contrôle. Bien qu’étant pleinement consciente que « les clauses déterminant le comportement d’une cible entre la signature d’un accord relatif à une opération et la conclusion de cette dernière afin de préserver sa valeur sont à la fois courantes et appropriées dans les opérations commerciales », la Commission a estimé qu’en l’occurrence, les droits obtenus allaient au-delà de ce qui était nécessaire pour préserver la valeur de l’entreprise.

Aucune circonstance aggravante ou atténuante n’a été prise en compte dans le calcul de l’amende et la durée de l’infraction a été fixée à 4 mois et 11 jours. La Commission européenne a expressément fait observer qu’Altice était un acteur de taille suffisamment au fait des procédures de contrôle des concentrations et qu’il aurait dû savoir que la simple possibilité d’exercer une influence déterminante pourrait constituer une violation des règles applicables. L’amende a été nettement inférieure au maximum de 10 % du chiffres d’affaires total.

Altice a fait appel de la décision.

*1 Commission européenne, [communiqué de presse du 1^{er} décembre 1997](#), Bertelsmann/Kirch/Premiere.

*2 Commission européenne, [affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#).

*3 Commission européenne, [communiqué de presse Altice/PT Portugal, 24 avril 2018](#).

*4 [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#), par. 42, 43.

37. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a statué sur l'interprétation de l'art. 7 (1) du RCEC pour la première fois en mai 2018, dans une décision préjudicielle³⁹. Dans l'affaire en question, l'autorité danoise de la concurrence a estimé que KPMG n'avait pas respecté l'obligation de suspension prévue par le droit de la concurrence danois. Le tribunal danois saisi a demandé à la Cour de Justice de l'UE de rendre une décision préjudicielle sur l'interprétation de l'art. 7 (1) du RCEC, laquelle est pratiquement identique à la disposition danoise applicable⁴⁰.

38. Ernst & Young et KPMG DK avaient conclu et signé un accord de fusion le 18 novembre 2013. KPMG DK a ensuite mis fin à sa coopération avec KPMG International, à compter du 30 septembre 2014, le jour où il a signé l'accord de fusion et conformément à celui-ci. La fusion a été notifiée à l'autorité danoise de la concurrence le 13 décembre 2013. L'opération a été autorisée, mais l'autorité a estimé que KPMG avait enfreint l'obligation de suspension et que la dénonciation de l'accord de coopération était propre à la fusion, irréversible et susceptible de produire des effets sur le marché.

39. La CJUE a considéré que le principal critère inhérent à l'interprétation de la portée de l'art. 7 (1) était de savoir si une opération contribuerait en tout ou en partie, en fait ou en droit, à la mise en œuvre d'une concentration et donc à un changement durable du contrôle. Bien qu'ayant reconnu que toute mise en œuvre partielle entraînait dans le champ de l'interdiction de réalisation anticipée, la CJUE a estimé que les opérations menées dans le cadre d'une concentration n'aboutissaient pas toutes, nécessairement, à un changement du contrôle. Même si la dénonciation de l'accord de coopération était liée à l'opération, il s'agissait d'une action accessoire et préparatoire qui n'a pas contribué au changement du contrôle de l'entreprise cible, en dépit de ses effets sur le marché. À ce titre, la dénonciation de l'accord de coopération ne constituait pas une réalisation anticipée⁴¹.

40. La décision contient un autre aspect intéressant. La CJUE fait remarquer que l'application des dispositions relatives au contrôle des fusions à des actions qui ne contribuent pas à un changement du contrôle mais qui peuvent néanmoins aboutir à une coordination pourrait relever du droit des pratiques anticoncurrentielles comme l'art. 101 du TFUE lorsqu'elles n'entrent pas dans le champ du droit des concentrations.

41. La Commission européenne et l'autorité danoise de la concurrence ne sont pas les seules autorités européennes à engager des poursuites en cas d'infraction à l'obligation de suspension (Annexe A. Aperçu des affaires d'infraction à l'obligation de suspension). L'autorité française de la concurrence a examiné récemment une affaire similaire à celle de la Commission européenne, qui impliquait également Altice⁴², et l'autorité allemande de la concurrence une affaire portant sur des services d'achat en commun et d'autorisation centralisée des paiements, Edeka/Tengelmann⁴³. Il convient de noter que l'arrêt rendu par la Cour fédérale allemande (Encadré 6) dans l'affaire Edeka est antérieur à la décision préjudicielle de la CJUE.

Encadré 5. France - Altice/SFR, Altice/OTL*

Le 8 novembre 2016, l'Autorité française de la concurrence (AFC) a infligé à Altice une amende de 80 millions EUR pour avoir mis en œuvre deux fusions avant d'en avoir obtenu l'autorisation. Les deux opérations de concentration ont été autorisées par l'AFC, sous réserve d'engagements. Les échanges d'informations commercialement sensibles effectués par les parties, et l'intervention d'Altice dans la gestion opérationnelle de SFR et d'OTL avant que les opérations ne soient autorisées ont été considérés comme des infractions à l'obligation de suspension.

L'AFC précise qu'un manquement à l'obligation de suspension est établi en cas de transfert de « propriété » et d'acquisition d'une influence déterminante sur une partie importante de la cible. À cette fin, elle s'est intéressée à la nature des relations économiques, aux informations échangées entre les parties pendant la période suspensive et, enfin, à la portée de l'intégration éventuelle.

Le comportement témoignant de l'acquisition d'une influence déterminante était sous-entendu dans l'intervention d'Altice dans la gestion opérationnelle de SFR, et notamment dans le fait qu'Altice ait approuvé au préalable les modalités de la participation de SFR à un appel d'offres public, la renégociation d'un accord de partage de réseau, ainsi que la politique tarifaire de SFR et la suspension d'une offre promotionnelle. Altice et SFR ont aussi coordonné leurs actions pendant le rachat d'OTL et échangé de grandes quantités d'informations commercialement sensibles détaillées. S'agissant d'OTL, l'AFC a estimé que le protocole d'accord entre les parties contenait des dispositions de nature à limiter la liberté commerciale d'OTL pendant la période suspensive : plusieurs décisions stratégiques ont été approuvées par Altice, et le directeur général d'OTL a été nommé au sein du comité exécutif d'Altice et a participé à des réunions au titre de sa future fonction. Un mécanisme de surveillance hebdomadaire a permis à Altice de suivre les performances commerciales d'OTL et d'obtenir régulièrement des informations commercialement sensibles.

Pour fixer le montant de l'amende, l'AFC a tenu compte de la durée de l'infraction et de sa nature, ainsi que de l'ampleur/l'importance de la partie des entreprises cibles sur laquelle un contrôle a été exercé. L'AFC s'est aussi intéressée aux effets des décisions prises par l'acquéreur avant autorisation, et à la question de savoir si elles constituaient un facteur de risque concurrentiel.

* Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

Encadré 6. Allemagne – Edeka/Kaiser's Tengelmann*¹

Parallèlement à l'interdiction de la fusion Edeka/ Kaiser's Tengelmann*², l'Office fédéral des ententes a imposé des conditions aux parties à l'opération, afin qu'elles s'abstiennent d'exécuter un accord prévoyant la conclusion entre Tengelmann et Edeka d'un accord-cadre de mise en commun de leurs systèmes d'achat et d'autorisation de paiements. Ces conditions étaient destinées à empêcher un manquement prévisible à l'obligation de suspension, laquelle restait en vigueur après l'interdiction.

La Cour fédérale, en tant que plus haute juridiction d'appel, a confirmé que l'Office fédéral des ententes était dans son droit lorsqu'il a imposé ces conditions pour s'assurer que les parties n'enfreindraient pas l'obligation de suspension prévue à l'art. 41 de la Loi relative aux restrictions de concurrence.

La Cour a estimé que cette obligation ne s'appliquait pas seulement aux comportements destinés à mettre en œuvre l'une des opérations notifiables visées à l'art. 37 (1) de la Loi relative aux restrictions de concurrence, mais à « toutes les mesures et à tous les comportements qui, en eux-mêmes ou par eux-mêmes, ne seraient pas considérés comme une opération notifiable, sont liés à la concentration envisagée et permettraient de mettre en œuvre au moins partiellement les effets de la concentration » (traduction de l'OCDE). La Cour a ajouté que si la mesure entraînait un comportement que l'on n'attendrait pas, dans d'autres circonstances, d'une entreprise indépendante, cela pourrait être considéré comme un élément pertinent pour l'évaluation d'une infraction à l'obligation de suspension.

La Cour n'évoque pas les liens entre les dispositions relatives au contrôle des fusions et celles concernant les accords anticoncurrentiels.

*¹ [Arrêt de la Cour fédérale, 14 novembre 2017, KVR 57/16](#), par. 55, 61.

*² À la suite de la [Décision d'interdiction de l'Office fédéral des ententes](#), le ministère fédéral des Affaires économiques et de l'Énergie a accordé une [autorisation ministérielle, conformément à l'art. 42 de la Loi relative aux restrictions de concurrence](#). L'arrêt de la Cour fédérale est lié à une *Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde*, c'est-à-dire à un recours portant sur les questions de droit soulevées par l'affaire, ultérieur à la conclusion de la procédure principale.

3.2.2. L'approche des États-Unis

42. Aux États-Unis, en vertu de l'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino, toute action permettant à l'acquéreur de posséder de fait la propriété effective du cédant avant ou à l'approche de l'opération constitue une infraction à l'obligation de suspension (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018_[12]). Néanmoins, tous les contrats de fusion transfèrent d'emblée certains aspects de la propriété effective, sans que cela pose nécessairement un problème aux termes de l'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino. La difficulté ici consiste à déterminer à quel moment le transfert est suffisamment important pour établir que la propriété effective a été acquise. Pour ce faire, il faut se fonder sur des indications comme l'influence exercée sur les décisions de gestion de la cible ou la nomination de ses dirigeants (Blumenthal, 2005, pp. 8-9_[13]).

43. Comme dans l'UE, le non-respect d'une obligation de suspension repose sur la mise en œuvre prématurée d'une concentration. Le transfert de la propriété effective est principalement établi par un changement du contrôle de droit ou de fait des parties à la fusion, en tout ou en partie. La plupart des affaires concernent des situations dans lesquelles

un acquéreur a obtenu, pendant la période suspensive, une influence sur la cible dont il aurait dû disposer uniquement à la levée de l'obligation de suspension.

Encadré 7. Jurisprudence américaine – art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino*¹

Titan Wheel et Pirelli Armstrong s'étaient entendus en 1994 sur la vente d'une usine à Titan Wheel. Le même jour, Titan Wheel a pris le contrôle de l'usine, du stock, des équipements et des machines. Elle a aussi mis la main sur la liste des clients et des fournisseurs et sur les fonctions de gestion stratégiques. Ces événements se sont produits trois jours avant la notification de la fusion aux autorités américaines. Titan Wheel a réglé le litige à l'amiable avec la FTC et versé l'amende civile maximum prévue à l'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino, soit 130 000 USD*².

En 1998, **Input/Output Inc.** a conclu un accord de fusion avec Laitram Corp., en vue d'acquérir DigiCOURSE. Pendant la période suspensive, les dirigeants de DigiCOURSE ont géré les activités conjointes des deux entreprises et commencé à diriger une division d'Input/Output. À l'issue de la période suspensive, une amende civile de 225 000 USD (règlement à l'amiable) a été infligée à chacune des parties*³.

Un transfert de propriété effective similaire était au cœur de la fusion de **Qualcomm et Flarion** Technologies intervenue en 2006. Aux termes de l'accord de fusion, Qualcomm devait approuver par écrit toute décision importante de Flarion, comme l'octroi de licences d'utilisation de sa propriété intellectuelle, la conclusion de tout contrat important ou le recrutement de salariés hors du cadre des activités courantes. Selon le ministère américain de la Justice, Qualcomm a substitué ses intérêts commerciaux et son jugement à ceux de Flarion et exercé un contrôle opérationnel sur les activités de Flarion. Ces restrictions étaient suffisantes pour conclure au transfert de la propriété effective avant autorisation et donc à la violation de l'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino. Qualcomm a réglé le litige à l'amiable en acceptant de verser 1.8 million USD*⁴.

En 2010, le ministère américain de la Justice a intenté une action au motif qu'avant de recevoir une autorisation en vertu de la Loi Hart-Scott-Rodino, **Premium Standard** avait demandé l'accord de **Smithfield Foods** pour prendre des décisions liées à ses activités courantes, à la suite d'une fusion intervenue en 2006. Le ministère de la Justice a conclu un accord à l'amiable avec Smithfield Foods, qui a versé 900 000 USD*⁵.

*1 (OCDE, 2014_[8]), encadré 2 ; communiqués de presse du ministère américain de la Justice et de la FTC et déclarations concernant l'impact de la concurrence.

*2 <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/941-0110/titan-wheel-international-inc>.

*3 <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-civil-penalties-violation-premerger-reporting-requirements-hart-scott>.

*4 <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-civil-penalties-violation-premerger-reporting-requirements-hart-scott-0>.

*5 <https://www.justice.gov/opa/pr/smithfield-foods-and-premium-standard-farms-charged-illegal-premerger-coordination>.

44. Les différences existant entre les États-Unis et l'Europe au regard de l'application des dispositions légales en cas d'infraction à l'obligation de suspension sont minimes. L'examen des affaires semble dénoter une approche relativement similaire, l'une mettant l'accent sur l'établissement prématuré de la propriété effective, l'autre sur l'acquisition prématurée du contrôle. Jusqu'à présent, les États-Unis et l'Europe divergent certainement en ce qui concerne l'approche de l'application parallèle des règles sur les accords anticoncurrentiels (voir la section 3.3).

3.2.3. Affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence

45. Comme dans les affaires portant sur des défauts de notification (Tableau 1), les autorités de la concurrence se montrent particulièrement vigilantes au regard de l'infraction de l'obligation de suspension dans les affaires qui font naître des préoccupations au regard de la concurrence. On trouvera dans le Tableau 2 des exemples de ce type d'affaires. Dans tous les cas, les préoccupations ont été apaisées par des mesures correctives de nature comportementale, des cessions ou une dissolution de la concentration illicite.

Tableau 2. Infraction à l'obligation de suspension – affaires suscitant des préoccupations en termes de concurrence

	Infraction	Résultat de l'appréciation sous l'angle de la concurrence	Résultat	Amende (millions EUR)
Allemagne – Mars/Nutro	Transfert d'actifs et de DPI avant autorisation	Retrait de la notification après communication des griefs	Dissolution	4.5
Bulgarie – Boyana Film EAD/New Image	Nomination du gérant et exercice du contrôle	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Mesures correctives de nature comportementale	
Commission européenne – Altice/PT Portugal	Exercice d'un contrôle de fait sur les activités courantes	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Cession d'Altice Portugal. Affaire en instance eu égard au non-respect de l'obligation de suspension.	124.5
Commission européenne – Bertelsmann/Kirch/Premiere	Commercialisation conjointe d'un décodeur	Interdiction	Fin du comportement avant autorisation.	-
Danemark – KPMG/E&Y	Dénonciation de l'affiliation à KPMG Intl.	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Personnel dégagé des accords de non-sollicitation. Affaire en instance eu égard au non-respect de l'obligation de suspension.	-
États-Unis – Computer Associates/Platinum	Approbation des contrats, installation d'un dirigeant au sein de la cible	Jugement convenu	Cession d'actifs de Platinum	0.72
États-Unis – Insilco – Lingemann	Échange d'informations liées aux prix et aux clients, ainsi qu'aux stratégies futures	Jugement convenu	Cession de la branche tubes en aluminium	-
France – Altice/SFR & OTL	Exercice d'un contrôle de fait sur les activités courantes	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Cession et engagements en termes d'accès	80
R-U – Electro Rent	Résiliation du bail avant expiration de l'injonction de suspension provisoire	Autorisation sous réserve de mesures correctives	Cession de la division britannique. Affaire en instance eu égard au non-respect de l'obligation de suspension.	0.11

Source : Étude du Secrétariat de l'OCDE - Annexe A

3.2.4. Dispositifs n'imposant pas de notification ex ante obligatoire ni de période de suspension

46. Une infraction à l'obligation de suspension peut être commise dans le cadre d'un dispositif qui ne prévoit, purement et simplement, ni notification *ex ante* obligatoire ni période suspensive (par. 20, 21). Comme on l'a vu précédemment, ces pays peuvent ordonner des mesures afin d'interrompre l'intégration en cours ou d'imposer des obstacles

à la poursuite de la mise en œuvre et de la coordination. Dans les systèmes de notification spontanée, les autorités ouvrent une enquête sur une fusion lorsqu'elles estiment que celle-ci pourrait poser des problèmes au regard de la concurrence. Ces injonctions sont donc destinées à protéger le libre jeu de la concurrence, à préserver l'indépendance et l'autonomie des parties à la fusion et à faciliter un éventuel morcellement au cas où celui-ci serait ordonné à l'issue du processus de contrôle de la fusion.

Encadré 8. Royaume-Uni : affaire Electro Rent*

La CMA a infligé une amende de 100 000 GBP à Electro Rent en juin 2018 pour non-respect des obligations imposées par une injonction provisoire prononcée dans l'enquête sur la fusion achevée d'Electro Rent et de Microlease. Electro Rent et sa filiale, Electro Rent Europe NV, avaient résilié le bail de leurs uniques locaux au Royaume-Uni. La CMA a estimé que cet acte constituait « ... *une infraction flagrante et qu'il avait été commis en grande partie par la direction d'Electro Rent* ».

C'est la première fois que la CMA impose une amende pour non-respect des obligations liées à une injonction provisoire.

Electro Rent a fait appel de la sanction et l'affaire est en instance.

La fusion elle-même a suscité des préoccupations au regard de la concurrence et a été autorisée sous réserve de mesures correctives.

* CMA, avis de sanction, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b1fb924e5274a18e8bf5230/Decision_on_Penalty.pdf ; CMA, dispositions finales, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b5ae933e5274a3ff594d162/Final_Undertakings.pdf.

3.3. Accords anticoncurrentiels entre les parties à la fusion

47. Les autorités de la concurrence s'inquiètent tout particulièrement des comportements comme les échanges d'informations sensibles du point de vue de la concurrence, ou les échanges d'informations ou les accords portant sur les prix ou les conditions commerciales, la répartition des clients et les stratégies commerciales futures entre les concurrents. Dans la plupart des pays, de tels comportements sont considérés comme une infraction *a priori* ou *par objet* aux règles sur les accords anticoncurrentiels.

48. Il semble exister de fortes incitations à échanger ce type d'informations ou à s'accorder sur les stratégies futures au cours du processus de fusion, par exemple pendant l'audit préalable, mais aussi pour les besoins de la préservation de la valeur des actifs de la cible et pour la planification de l'intégration après la fusion.

49. Dans le même temps, s'il est clairement entendu que la coopération et les échanges d'informations sont dans une certaine mesure accessoires à un accord de fusion (Blumenthal, 2005, p. 7_[13])⁴⁴ (voir aussi la section 4.1), les autorités de la concurrence attendent des parties à la fusion qu'elles continuent de se comporter comme des acteurs indépendants et qu'elles protègent leurs informations sensibles du point de vue de la concurrence, de manière à préserver la concurrence à court terme, mais aussi à plus long terme, au cas où la fusion ne se concrétiserait pas au final (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018_[12]). La Commission européenne⁴⁵ et l'AFC (De Silva, 2018, p. 65_[14]) ont aussi reconnu expressément la légitimité de certains des comportements mentionnés ci-dessus, sous réserve de garanties appropriées. Quoi qu'il en soit, les échanges

d'informations sensibles du point de vue de la concurrence entre les parties à la fusion, l'exercice par l'acquéreur d'une influence sur les politiques tarifaires, la conduite d'une action coordonnée dans une procédure d'appel d'offres publique et la commercialisation conjointe d'un décodeur ont été qualifiés comme des infractions à l'obligation de suspension, comme dans l'affaire Altice en France (voir l'Encadré 5) ou les affaires examinées par la Commission européenne (voir l'Encadré 4).

50. On relèvera sans difficulté que ces échanges ou accords peuvent constituer une infraction à l'obligation de suspension, mais pourraient aussi ou exclusivement enfreindre les lois sur les accords horizontaux anticoncurrentiels, en particulier si les parties à la fusion sont des concurrents. Les autorités américaines ont donc fondé leurs constatations d'infraction dans certaines affaires sur ces deux aspects, les règles sur les fusions de la Loi Hart-Scott-Rodino et l'art. 1 de la Loi Sherman (voir l'Encadré 9).

Encadré 9. Jurisprudence américaine – art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino et art. 1 de la Loi Sherman*¹

En 2002, **Computer Associates International (CA)** et **Platinum Technology** ont conclu un accord de fusion qui imposait d'obtenir l'accord écrit de CA avant de concéder des remises ou des dérogations aux conditions contractuelles standard, ainsi que de proposer des services de conseil aux consommateurs. De ce fait, CA recevait des informations commercialement sensibles sur les clients de Platinum, y compris sur les prix, les remises et les conditions contractuelles dont ils bénéficiaient. CA a installé un salarié dans les bureaux de Platinum à des fins de contrôle et d'approbation. Le ministère américain de la Justice a estimé que les parties avaient en pratique réalisé la fusion avant son autorisation et que l'exercice d'un contrôle sur les décisions tarifaires constituait une entente sur les prix au regard de la Loi Sherman. L'amende infligée s'est élevée à 638 000 USD (règlement à l'amiable) et a été assortie d'une interdiction d'échanger ce type d'informations lors de fusions futures*².

En 2003, la fusion entre **Gemstar** et **TV Guide** a fait l'objet d'une enquête qui a duré sept mois, mais au terme de laquelle le ministère américain de la Justice a décidé de ne pas s'opposer au projet. Le ministère a toutefois soutenu que les parties s'étaient entendues sur les prix, s'étaient réparties la clientèle et avaient enfreint les obligations de respect de la période suspensive avant l'opération en fusionnant dans la pratique leur processus de prise de décision au regard du guide interactif et en conférant à Gemstar un contrôle important sur cette activité de TV Guide. Les deux sociétés ont été reconnues coupables d'infraction à la Loi Sherman et à la Loi Hart-Scott-Rodino et se sont vu infliger des amendes civiles s'élevant à 5.67 millions USD (règlement à l'amiable), autrement dit le montant maximum qu'il était possible d'appliquer en vertu de la Loi Hart-Scott-Rodino*³.

Dans l'affaire **Flakeboard-SierraPine**, Flakeboard avait accepté en 2014 de racheter à SierraPine trois sites de production concurrents. Les parties à la fusion se sont coordonnées pendant la période suspensive prévue par la Loi Hart-Scott-Rodino afin de fermer l'usine de SierraPine à Springfield et d'en déplacer les clients vers Flakeboard. L'usine a été fermée de manière permanente plusieurs mois avant l'expiration de la période suspensive. L'accord de fermeture de l'usine et de transfert des clients a été considéré comme une infraction *a priori* à l'art. 1 de la Loi Sherman Act en tant que réduction de la production et partage de la clientèle. Dans le même temps, une infraction à l'art. 7A de la Loi Hart-Scott-Rodino a été établie, car Flakeboard a exercé un contrôle opérationnel sur SierraPine au regard du site de Springfield. Les parties ont réglé le litige à l'amiable avec le ministère américain de la Justice et versé une amende civile de 3.8 millions USD. De plus, Flakeboard a restitué 1.15 million USD de gains indus*⁴.

*1 (OCDE, 2014^[8]), encadré 2 ; communiqués de presse du ministère américain de la Justice et de la FTC et déclarations concernant l'impact de la concurrence.

*2 <https://www.justice.gov/atr/case/united-states-v-computer-associates-international-inc-and-platinum-technology-international-0>.

*3 <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-gemstar-tv-guide-international-inc-and-tv-guide-inc>.

*4 <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-flakeboard-america-limited-et-al>.

51. L'art. 1 de la Loi Sherman interdit la signature d'accords anticoncurrentiels entre des entreprises indépendantes et couvre toutes les opérations. Il s'applique officiellement jusqu'à la concrétisation de la fusion, même si l'autorisation en vertu de la Loi Hart-Scott-Rodino a déjà été délivrée (Blumenthal, 2005, p. 9^[13]). Les comportements visés par l'art. 1

de la Loi Sherman comprennent les coordinations préalables à la fusion qui ne sont pas accessoires à l'opération et qui vont au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour protéger l'opération principale. À moins que la coordination ne constitue clairement une infraction caractérisée, comme une entente sur les prix ou une répartition des clients entre les parties à la fusion pendant la période transitoire, qui serait traitée comme une infraction *a priori*, une analyse de type « règle de raison » s'applique (Blumenthal, 2005, p. 8_[13]). À l'inverse, l'art. 7 de la Loi Hart-Scott-Rodino ne requiert pas d'analyse des effets sur la concurrence. Toutefois, dans toutes les affaires examinées à ce jour, les violations de l'art. 1 de la Loi Sherman ont été qualifiées d'infractions *a priori* manifestes – entente sur les prix, répartition des clients et réduction de la production.

52. Aucune des décisions européennes examinées relatives à une infraction à l'obligation de suspension n'a été fondée, jusqu'à présent, uniquement ou partiellement sur l'art. 101 du TFUE, équivalent européen de l'art. 1 de la Loi Sherman. Les règles de la Commission européenne sur les échanges d'informations entre concurrents étant très strictes – un simple échange d'informations prospectives ou concernant les clients ou les prix entre dans le cadre de l'interdiction visée à l'art. 101 du TFUE et peut constituer une infraction *par objet*⁴⁶ – il semble que certains des comportements évoqués dans la présente section pourraient bien enfreindre l'art. 101 du TFUE ou ses équivalents nationaux⁴⁷. Le fait que des comportements anticoncurrentiels se produisent dans le contexte d'une fusion ne peut pas les protéger contre l'application de l'art. 101 du TFUE, et il est largement admis que cet article est généralement applicable à toute coordination anticoncurrentielle antérieure à la fusion⁴⁸. Dans l'affaire Ineos/Kerling⁴⁹, la Commission européenne a mené des perquisitions surprises, car elle soupçonnait également les deux entreprises d'échanger des informations commercialement sensibles, ce qui aurait pu constituer une infraction à l'art. 101 du TFUE⁵⁰. Conformément aux arrêts rendus par la CJUE dans les affaires Ernst & Young⁵¹ et Austria Asphalt⁵², les opérations qui ne contribuent pas à la mise en œuvre d'une concentration aux termes du RCEC mais qui correspondent à une coordination ou à une concertation illicite des comportements des concurrents peuvent être soumises à l'application du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et de l'art. 101 du TFUE⁵³.

3.4. Dérogations et levée précoce

53. Il existe des circonstances exceptionnelles dans lesquelles une fusion qui serait normalement soumise à des obligations de suspension bénéficie d'une exemption.

54. Lorsque la cible est sur le point d'être déclarée insolvable ou que ses actifs essentiels menacent de se déprécier si l'acquéreur potentiel n'injecte pas des liquidités ou ne contracte pas des engagements envers elle, la fusion toute entière peut ne pas être réalisable après le délai imposé par l'obligation de suspension. En pareil cas, de nombreux pays offrent la possibilité d'une dérogation aux obligations de suspension, afin de permettre aux parties à la fusion de mettre en œuvre certains pans de l'opération avant expiration de la période suspensive ou autorisation. On peut considérer qu'il s'agit là d'un moyen de concilier, dans des cas exceptionnels, les coûts que représente le contrôle *ex ante* pour les entreprises concernées et les effets globalement proconcurrentiels que produisent généralement les fusions.

55. Le RCEC prévoit, dans son art. 7 (3), une dérogation à l'obligation de suspension visée à l'art. 7 (1). La demande d'octroi d'une dérogation doit être motivée et la Commission doit prendre en compte les effets que le maintien de la suspension peut produire sur les parties à la fusion, mais aussi sur des tiers, ainsi que l'impact global que la fusion aura probablement sur la concurrence. Cette dérogation peut être accordée à tout

moment et assortie de conditions destinées à éviter tout effet négatif sur la concurrence. Le nombre de dérogations est faible, en termes absolus, par rapport au nombre total de notifications de fusion⁵⁴, mais il semble que cette possibilité soit offerte dans tous les secteurs lorsque les circonstances s'y prêtent (Pollard et Rende Granata, 2013, p. 55_[15]).

Encadré 10. Dérogation accordée par la Commission européenne à Lufthansa/certains actifs d'Air Berlin*

Lufthansa envisageait d'acquérir certaines activités d'Air Berlin, déclarée insolvable, ainsi que de NIKI et LGW, encore exemptes de procédures d'insolvabilité. Lufthansa a sollicité auprès de la Commission européenne une dérogation au titre de l'art. 7 (3) au regard de contrats de location des appareils avec et sans équipage, afin qu'elle puisse remplacer Air Berlin et/ou conclure des contrats de location avec NIKI et LGW. La Commission a décidé que ces opérations seraient soumises à l'obligation de suspension visée à l'art. 7 (1). En cas d'incapacité de Lufthansa de prendre les mesures voulues, on pouvait s'attendre à ce que les bailleurs concernés reprennent possession des appareils, entraînant ainsi une cessation immédiate de tous les vols et très probablement l'insolvabilité de NIKI et de LGW. Ni Lufthansa ni aucun autre acquéreur possible ne serait alors en mesure d'acquérir NIKI ou LGW dans une optique de continuité de l'exploitation. Leur insolvabilité aurait aussi des conséquences défavorables pour les tiers, en particulier les salariés, les clients et les créanciers, tandis que la dérogation ne produirait aucun effet négatif sur les acquéreurs potentiels.

Dans le même temps, la Commission a déclaré que l'opération suscitait à première vue des préoccupations au regard de la concurrence. Après évaluation des intérêts, elle a décidé que la dérogation devait être soumise à des conditions garantissant qu'aucun effet anticoncurrentiel ni modification irréversible de la structure concurrentielle des marchés concernés ne se produirait. La dérogation a été accordée moyennant des conditions garantissant que l'ensemble des appareils et des baux pourraient être repris ou résiliés par l'acquéreur final de NIKI et de LGW sans pénalités financières, primes ou indemnités.

L'acquisition envisagée par Lufthansa a été autorisée sous conditions en décembre 2017, mais la compagnie a fait appel de la décision relative à la dérogation en invoquant plusieurs moyens : la compétence, la proportionnalité, l'incertitude et des questions de procédure. L'appel est en cours.

* [Décision de la Commission européenne, affaire M.8633 – Lufthansa/Certains actifs d'Air Berlin, 27/10/2017 ; affaire T-1/18, Journal officiel, 18/02/2018.](#)

56. Des dispositions analogues en matière de dérogations existent dans le droit des fusions de nombreux pays de l'UE⁵⁵ ainsi qu'au Brésil, en Suisse et en Norvège, par exemple.

57. D'autres pays n'accordent pas de dérogations aux dispositions suspensives, mais prévoient des moyens d'accélérer le processus de contrôle des fusions et de réduire ainsi les risques et le coût pour les entreprises parties à l'opération. Les autorités américaines sont dotées de mécanismes permettant de mettre fin à la période suspensive, qui empêche les parties à la fusion de conclure l'opération. L'un des instruments les plus couramment utilisés est la « levée anticipée » de la période suspensive. Elle peut être accordée à tout moment durant le processus de contrôle de l'opération. En général, les autorités prennent ce type de décisions dans les 10 à 15 jours suivant le dépôt de la demande lorsque la levée

précoce est demandée par les parties et que l'opération ne suscite que peu ou pas de préoccupations en termes de concurrence. Plus de la moitié des opérations notifiées bénéficient d'une « levée précoce »⁵⁶. Celle-ci peut toutefois être octroyée lorsque l'autorité concernée a déjà ouvert une enquête ou déposé une demande supplémentaire, mais qu'elle ne nourrit plus de préoccupations au regard de la concurrence. Cela semble davantage correspondre à un contrôle accéléré des affaires de fusion ne suscitant pas de préoccupations flagrantes qu'à une dérogation à l'application de l'obligation de suspension au cours du processus de contrôle ou de la période suspensive obligatoire. Cette disposition a aussi été appliquée aux fusions dans le sillage de la crise financière, ce contrôle rapide échappant aux périodes suspensives obligatoires convenant parfaitement aux fusions nécessitant une autorisation hâtive⁵⁷. Des règles similaires existent au Canada, en Corée, au Japon et au Mexique. De nombreux pays appliquent une approche qui est *de facto* similaire à celle des États-Unis, même si la loi leur confère le droit d'accorder une dérogation officielle à l'obligation de suspension. En l'absence de préoccupations flagrantes au regard de la concurrence, l'option retenue est souvent la plus rapide, qui consiste à accélérer tout simplement le processus de contrôle et non à risquer de le prolonger en prenant une décision souvent difficile concernant l'octroi d'une dérogation, qui est susceptible de créer un précédent pour les autres affaires.

58. À la lumière des options existant pour obtenir une dérogation à l'obligation de suspension et/ou accélérer le processus de contrôle, les difficultés financières de l'une des parties à la fusion ne permettront pas de justifier une infraction à cette obligation⁵⁸. Il sera certainement payant d'informer l'autorité de la concurrence de toute difficulté liée au respect de l'obligation de suspension avant de mener une quelconque action de mise en œuvre.

3.5. Détection et amendes

59. Les sources de détection des infractions que constituent les réalisations anticipées sont multiples. Elles vont d'une surveillance systématique des médias exercée par les autorités de la concurrence aux dénonciations effectuées par des tiers ou des concurrents (comme dans l'affaire Altice, en France⁵⁹). Les nouvelles notifications montrent souvent que des acquisitions antérieures n'ont pas été notifiées. Il arrive aussi que les parties se présentent d'elles-mêmes lorsqu'elles découvrent, au cours de l'audit préalable ou de contrôles internes qu'elles ont omis de notifier une concentration. Le fait de considérer une déclaration spontanée comme une circonstance atténuante lors du calcul des amendes pourrait aussi faciliter la détection des réalisations anticipées. Les délais de prescription peuvent influencer sur les incitations offertes aux entreprises pour qu'elles déclarent spontanément ce type de comportements. Lorsque l'infraction est considérée comme permanente, le seul moyen d'y mettre fin et d'éviter les amendes dont le montant augmente avec la durée de l'infraction est de déclarer l'omission à l'autorité de la concurrence.

Encadré 11. Délais de prescription ^{*1}

La comparaison des cadres de procédure dont disposent la France et la Commission européenne pour poursuivre les infractions de réalisation anticipée sous l'angle des délais de prescription appliqués à ces infractions fait apparaître un aspect procédural intéressant susceptible d'intéresser l'ensemble des autorités de la concurrence.

En vertu du droit français, l'art. L.430-8 du Code de commerce ne fait pas de distinction entre une infraction à l'obligation de notification et une infraction à l'obligation de suspension, et les traite toutes deux comme une seule et même infraction, moyennant un délai de prescription de cinq ans. L'autorité française de la concurrence traite l'infraction à l'obligation de suspension comme une infraction instantanée à compter de la date à laquelle la concentration aurait dû être notifiée (Honoré et Vatin, 2017, p. 317[17]). Aux termes du RCEC et du Règlement n° 2988/74^{*2}, le défaut de notification (art. 4 (1)) est également traité comme une infraction instantanée, assortie d'un délai de prescription de trois ans. Le non-respect de l'obligation de suspension (art. 7 (1)), toutefois, est une infraction continue qui cesse uniquement lorsque la Commission rend une décision dans laquelle elle déclare l'opération proposée compatible avec le marché intérieur, moyennant un délai de prescription de cinq ans.

Cela n'incite guère les entreprises à se faire connaître et à déclarer qu'elles ont enfreint le droit des fusions. Dans un système comme celui de la France, il peut être payant de faire profil bas et d'attendre que l'infraction soit prescrite. Dans un système comme celui de la Commission européenne, dans lequel la durée de commission de l'infraction est prise en compte pour calculer l'amende et la déclaration spontanée d'une omission peut être considérée comme une circonstance atténuante, les entreprises sont fortement incitées à déclarer une infraction et y à mettre fin. L'infraction à l'obligation de suspension, qui est inhérente à tout défaut de notification, ne risquant pas d'être prescrite, effectuer une déclaration spontanée peut contribuer à réduire le montant de l'amende qui peut être élevé.

^{*1} (Honoré et Vatin, 2017^[16]) ; [affaire M.7993, Altice – PT Portugal](#), par. 565-567.

^{*2} Règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil du 26 novembre 1974 relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JO L 319 du 29/11/1974, p. 1).

60. En Europe du moins, des perquisitions surprises ont été menées dans le cadre de certaines réalisations anticipées. Cela a été le cas dans les affaires Altice (France), Ineos/Kerling⁶⁰ et Caterpillar/MWM⁶¹ (Commission européenne), et Asklepios Kliniken/Hamburg GmbH/Mariahilf⁶² (Office fédéral des ententes), ainsi que dans l'affaire Westgate⁶³ (Roumanie), qui est en cours. Les demandes d'informations, qu'elles soient officielles ou non, constituent un autre moyen d'investigation. L'affaire Altice portée devant la Commission européenne contient une description des demandes répétées et des délais correspondants⁶⁴.

61. Une concentration qui ne respecte pas les prescriptions de notification obligatoire ou les périodes suspensives peut ne pas être valide et, une fois détectée, soumise à des mesures provisoires, à un contrôle au regard du droit des fusions, à des mesures correctives, voire à une dissolution, ainsi qu'à des amendes, comme le montrent les différents exemples présentés au fil de la présente section.

62. Les États-Unis peuvent poursuivre toutes les personnes qui ne respectent pas les prescriptions de la loi en matière de notification et de périodes suspensives et imposer une

amende civile pouvant atteindre 41 484 USD pour chaque jour pendant laquelle l'infraction continue⁶⁵. L'art. 7 du Clayton Act donne aux autorités le pouvoir de contrôler et de remettre en cause l'opération sous-jacente. Dans l'UE, les opérations réalisées en ne respectant pas l'obligation de suspension ne sont pas valides, à moins qu'elles ne soient déclarées compatibles avec le marché intérieur (art. 7 (4) du RCEC). La Commission peut aussi prendre des mesures provisoires et elle a autorité pour contrôler les opérations. Les amendes peuvent représenter jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise concernée en cas d'infraction aux obligations de notification et de suspension. Au Mexique, la COFECE peut infliger des amendes à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, possède un plein pouvoir de contrôle et peut imposer des mesures correctives, ainsi que la dissolution de la concentration.

63. Les amendes qui ont été infligées en réalité varient considérablement. Dans certaines affaires, aucune amende ne sera imposée. En ce qui concerne les infractions à l'obligation de notification, notre analyse a mis en évidence une fourchette de 5 000 EUR⁶⁶ à 20 millions EUR⁶⁷. Pour ce qui est des infractions à l'obligation de suspensions, les amendes infligées vont de 3 200 EUR⁶⁸ à 124.5 millions EUR⁶⁹.

64. Les autorités s'intéressent à divers facteurs pour calculer l'amende en fonction de leur propre cadre juridique. La durée de commission de l'infraction joue un rôle important⁷⁰, de même que la présence de préoccupations réelles au regard de la concurrence⁷¹. Les autorités tiennent aussi compte de la coopération dont peuvent faire preuve les parties à la fusion au cours de l'enquête⁷² et de la déclaration spontanée de l'infraction⁷³. Elles se demandent aussi si l'infraction aurait pu être évitée, parce que les situations juridiques étaient parfaitement claires⁷⁴, qu'il existait des précédents juridiques suffisants⁷⁵ ou que l'on pouvait attendre des parties à la fusion qu'elles procèdent à une analyse appropriée des répercussions de leur opération au regard du droit de la concurrence⁷⁶.

4. Réalisation anticipée – comment concilier les besoins des entreprises avec le droit des fusions et les pratiques en la matière ?

65. Les différentes phases du processus de fusion impliquent différentes formes de coopération entre les futures parties à la fusion ainsi que l'échange de différents types d'informations. L'audit préalable devrait permettre à un acquéreur de déterminer la valeur d'une cible. L'accord de vente et d'achat définit l'opération et toutes les étapes nécessaires, et comprend souvent des clauses relatives à l'exploitation et à l'activité ordinaire de l'entreprise afin de protéger la valeur de la cible jusqu'à la conclusion de l'opération. Une fois l'accord finalisé, les parties entendent également planifier l'opération postérieure à la conclusion, afin de concrétiser dès que possible les gains d'efficacité correspondants et de réduire au strict minimum les incertitudes des salariés, des fournisseurs et des clients.

66. Ces types de coopération et d'échanges d'informations seraient peu courants dans des relations normales entre des entreprises indépendantes. Néanmoins, les autorités de la concurrence sont pleinement conscientes que ces types de coordination sont souvent nécessaires pour atteindre les objectifs légitimes d'un accord de fusion⁷⁷. Il convient de se demander quel type de comportement et d'échange d'informations est encore suffisamment accessoire pour conclure un accord de fusion, préserver la valeur des actifs de la cible et préparer l'intégration des entreprises après la fusion.

4.1. Échange d'informations pendant l'audit préalable

67. Avant la signature de l'accord, des informations doivent être échangées pour déterminer la valeur de la cible et son intérêt stratégique. En fonction du secteur et des déterminants de la valeur de la cible, il peut s'agir d'informations générales sur le bilan, d'indications sur les activités de recherche-développement ou d'informations spécifiques sur les coûts, les clients et les projets. Des acquéreurs différents auront besoin d'informations différentes pour apprécier la valeur de la cible, et les investisseurs n'auront pas les mêmes besoins que les concurrents du même secteur d'activité.

68. Il semble largement admis que ce type d'informations puisse faire l'objet d'un échange, à condition que celui-ci soit proportionné aux objectifs recherchés et que des garanties appropriées soient mises en place. Parmi les garanties courantes figurent :

- des salles d'information : espaces physiques réservés, dans lesquels sont stockées les informations pertinentes. Il est notamment recommandé d'interdire tout téléchargement ou envoi par courrier électronique d'informations confidentielles aux personnes qui ont accès à cette salle (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018, p. 3_[12]) ;
- des « clean teams » : mise en place de « clean teams » disposant d'un accès exclusif aux informations et aux salles d'information. Il est souhaitable que les membres de l'équipe ne soient pas impliqués dans les activités quotidiennes, que leur nombre soit limité et qu'ils soient liés par des protocoles de confidentialité⁷⁸ ;
- des accords de confidentialité et de non-divulgence : toutes les personnes ayant accès à des informations sensibles du point de vue de la concurrence devraient être liées par des accords de confidentialité et de non-divulgence, et des protocoles stricts devraient être respectés⁷⁹ ;
- des documents expurgés : l'identité des clients peut être masquée et les informations sur la concurrence agrégées, et des données historiques doivent être utilisées chaque fois que cela est possible⁸⁰. Les informations sensibles du point de vue de la concurrence doivent, avant d'être transmises par des membres des « clean teams » à la direction, être contrôlées et au besoin expurgées par les juristes.

4.2. Préservation des actifs de la signature de l'accord à la conclusion de l'opération

69. Entre la conclusion de l'accord relatif à la fusion et l'achèvement de l'opération, l'acquéreur a un intérêt largement reconnu comme étant légitime à préserver la valeur des actifs de la cible⁸¹. À cette fin, les accords de vente et d'achat contiennent souvent des clauses relatives à l'exploitation et à l'activité ordinaire de l'entreprise qui imposent à l'acquéreur de continuer d'exercer les activités de l'entreprise selon leur cours normal et de ne pas prendre de risques à l'égard des actifs ni d'en vendre en dehors de l'exercice normal de ses activités. Les acquéreurs peuvent se voir accorder un droit de veto pour certaines actions, ce qui leur permet d'exercer dans une certaine mesure un contrôle effectif sur la cible.

70. La définition exacte des actions qui entrent ou non dans l'activité ordinaire de l'entreprise ainsi que des droits de consultation et de veto correspondants détenus par l'acquéreur est étroitement liée à l'affaire, aux faits et au secteur. Plusieurs des affaires présentées ci-dessus au regard de l'infraction à l'obligation de suspension s'articulent autour de la question de savoir si des faits précis constituent une mise en œuvre illicite

d'une fusion ou simplement des mesures légitimes visant à protéger un investissement (voir la section 3.2). Les autorités américaines publient des déclarations concernant l'impact sur la concurrence dans leurs affaires de réalisation anticipée, et celles-ci peuvent représenter une source d'orientations intéressante pour les professionnels.

Encadré 12. Déclarations américaines concernant l'impact sur la concurrence

Les déclarations concernant l'impact sur la concurrence publiées dans les affaires concernant l'application du droit américain contiennent des orientations intéressantes, et exposent brièvement de façon explicite les comportements autorisés. Si les orientations sont toujours propres à une affaire et pas nécessairement applicables de la même manière à toutes les autres, les entreprises parties à la fusion et leurs conseils peuvent y puiser des informations intéressantes.

Ainsi, l'affaire États-Unis contre Computer Associates/Platinum* répertorie, parmi les comportements autorisés :

- les clauses provisoires autorisant la gestion des affaires courantes de la société devant être absorbée conformément aux pratiques antérieures ;
- le recours à des dispositions sur les changements significatifs défavorables accordant certains droits à l'acquéreur ;
- l'accès à des informations sur les appels d'offres des clients à des fins d'audit préalable, moyennant des accords de non-divulgaration et des restrictions appropriés pour les employés habilités à obtenir ces informations ;
- la conclusion de certains accords sur les prix ou l'exercice de certaines activités conjointes qui auraient été licites en dehors de la fusion.

* [Déclaration concernant l'impact sur la concurrence, États-Unis contre Computer Associates/Platinum](#), affaire civile n° 01-02062 (GK), 23 avril 2002.

71. En règle générale – et c'est probablement l'une des règles les plus simples à cet égard – on peut dire que des activités illégales en elles-mêmes comme une entente sur les prix ou un partage du marché ne deviennent pas légitimes dans le contexte de la planification d'une fusion ou en étant prévues dans une clause de gestion⁸².

4.3. Planification de la mise en œuvre et de la transition après la fusion

72. Les fusions ayant pour objectif de regrouper deux entités qui étaient indépendantes en une entreprise commune nécessiteront une planification de l'intégration et de la transition. C'est particulièrement vrai lorsque des synergies peuvent être dégagées sous forme de licenciements, fermetures d'usines ou de sites, développement de produits, contrats d'approvisionnement et relations avec les fournisseurs. S'il peut y avoir des chevauchements entre les mesures qui ont un impact sur la planification de la transition et la préservation de la valeur des actifs, comme l'identification des collaborateurs clés à conserver, qui peuvent être considérées comme étant accessoires à l'accord de fusion⁸³, toute intégration effective dans ces domaines peut influencer sur les relations concurrentielles entre les parties à la fusion et aisément évoluer en exercice effectif du contrôle ou en propriété effective.

73. Le CADE brésilien propose une procédure pour les réunions concernant l'intégration future, dite le « petit salon », où les membres du comité exécutif peuvent se rencontrer pour en discuter. Ce type de réunions devrait être contrôlé pour vérifier qu'aucune information sensible du point de vue de la concurrence n'est évoquée et il devrait être supervisé par un agent indépendant. Les lignes directrices mentionnent expressément les mesures qui ne devraient pas être prises à la suite d'une telle réunion : « ... *transfert ou mise en commun de salariés ; restrictions aux activités/affaire en cours sur le marché de l'autre partie, avec ses clients ou ses fournisseurs, modifications des accords de l'autre partie ou notifications conjointes à des tiers au nom de l'entreprise intégrée ou organisée* » (CADE, 2016, p. 13_[17]).

74. De même, d'autres autorités, si elles reconnaissent en principe la légitimité d'une certaine planification de l'intégration après la fusion, recommandent vivement de limiter les échanges d'informations pendant cette phase à des informations historiques ou agrégées, en faisant appel à des collaborateurs qui ne participent pas à la gestion de l'activité concernée, afin d'éviter les effets d'entraînement (Blumenthal, 2005, pp. 10-11_[13]). Lorsque des informations sensibles du point de vue de la concurrence sont échangées durant cette phase, des accords de « clean teams », ainsi que des accords de confidentialité et de non-divulgaration peuvent là encore aider à apaiser les préoccupations exprimées par les autorités de la concurrence⁸⁴.

75. Les avis des juristes reflètent les préoccupations des autorités de la concurrence et plaident en faveur de garanties similaires pour les échanges d'informations sensibles en termes de concurrence qui ne peuvent être différés au-delà de la conclusion de l'opération, y compris le recours à des consultants tiers. Les comportements qui, selon eux, ne posent aucun problème sont la planification liée aux activités non stratégiques, comme l'intégration des services informatiques, l'identification des collaborateurs à conserver, les avantages sociaux des salariés ou le service des ressources humaines (Naughton, 2006, p. 13_[18]) et (Dionnet et Giroux, 2017_[11]).

4.4. Principaux enseignements

76. Les parties à la fusion disposent bien sûr d'une marge de manœuvre pour satisfaire les besoins d'informations et de coordination qui sont justifiables dans le cadre d'une opération. Ces actes peuvent devoir s'accompagner de garanties appropriées pour éviter une réalisation anticipée.

77. L'incertitude qui demeure quant aux moyens permettant de distinguer les formes d'échanges d'informations, de préservation de la valeur et de planification après la fusion qui sont constitutives d'une réalisation anticipée de celles qui sont licites semble inévitable. La jurisprudence applicable peut fournir des orientations utiles, mais toute interdiction ou autorisation d'un comportement donné doit être interprétée dans le cadre juridique et factuel de l'affaire concernée. Si certaines dispositions figurant dans des accords ou des clauses et les garanties appliquées peuvent être considérées comme étant accessoires, justifiables et suffisantes dans une affaire, cela peut ne pas être le cas dans une autre.

5. Conclusions

5.1. Existe-t-il une tendance ?

78. La réalisation anticipée figure parmi les priorités des autorités de la concurrence et aujourd'hui, elle semble faire l'objet d'amendes plus élevées dans d'autres régions du monde que les États-Unis. Cette application renforcée du droit pourrait s'expliquer par une plus grande priorité accordée par les autorités de la concurrence aux infractions aux obligations de notification et de suspension, dans un effort général de renforcement de l'efficacité de leurs dispositifs de contrôle des fusions. Dans le même temps, par rapport au niveau total des activités de fusion et de contrôle de ces opérations à l'échelle mondiale, le taux d'intervention de ces autorités ne peut pas être considéré comme étant élevé et les autorités semblent adopter une approche très mesurée, souvent sans même imposer d'amende.

5.2. L'application du droit a-t-elle contribué à la sécurité juridique ou accru l'insécurité ?

79. La jurisprudence n'infirme pas, ou peu, l'idée que les actions de mise en œuvre d'une opération pendant les périodes suspensives obligatoires, et celles qui entraînent une coordination effective du comportement des parties à la fusion avant autorisation sont illicites, qu'elles enfreignent les règles sur le contrôle des fusions ou celles qui s'appliquent aux pratiques collusoires. Toutefois, les autorités de la concurrence estiment aussi que ces actions peuvent être considérées comme étant accessoires à une opération, et donc être acceptables sous réserve des garanties légales appropriées. La difficulté est de parvenir à distinguer les comportements licites de ceux qui ne le sont pas dans les circonstances propres à chaque affaire de fusion, et le contexte factuel spécifique fait qu'il sera toujours difficile d'édicter des règles précises. Les décisions des autorités de la concurrence fournissent déjà des orientations propres à chaque affaire – voir par exemple les déclarations américaines concernant l'impact sur la concurrence⁸⁵, ou les décisions de la France⁸⁶ et de la Commission européenne⁸⁷ dans l'affaire Altice. De plus, on constate que les autorités de la concurrence déploient des efforts délibérés pour expliquer leurs actions au regard de l'application de la loi, en communiquant sur les affaires⁸⁸, et pour fournir des orientations supplémentaires, comme la FTC américaine⁸⁹ et le CADE brésilien⁹⁰.

5.3. Travaux futurs

80. Il restera toujours une certaine incertitude quant aux comportements qui sont acceptables avant la conclusion de l'opération, puisque les règles applicables à la réalisation anticipée sont propres à chaque affaire. Comme on l'a vu au début, cela occasionne des coûts pour les parties à la fusion comme pour la société (voir la section 2.3). Néanmoins, il ne semble pas exister à ce jour de preuves probantes que ces coûts sont supérieurs aux avantages que la majorité écrasante des pays attribuent aux dispositifs de notification *ex ante* obligatoire⁹¹. Par conséquent, il est peu probable que l'on souhaite ouvrir un débat de fond sur la modification de ces règles.

81. Ainsi, il pourrait être plus efficace de poursuivre l'examen des moyens permettant de réduire encore les incertitudes entourant les procédures de contrôle des fusions. Il est possible d'aller plus loin :

- pour faire en sorte que les seuils de compétence soient clairs, objectifs et adaptés à un contrôle des fusions ayant une probabilité suffisante de conduire à des résultats anticoncurrentiels ;
- et pour clarifier encore les règles qui s'appliquent à la notification préalable et pendant les périodes suspensives obligatoires dans chaque pays ; par exemple en fournissant des orientations détaillées dans les décisions publiées, ou en faisant en sorte que les autorités de la concurrence fournissent des lignes directrices ou interviennent dans les débats publics, ou encore qu'elles soient disposées à communiquer aux parties à la fusion leur avis sur l'affaire en question.

Notes de fin

¹ On trouvera dans (OCDE, 2014, pp. 4-5^[8]) une typologie plus détaillée des différentes formes de dispositifs de notification *ex ante* ou *ex post* obligatoire ou spontanée, ou de systèmes hybrides.

² Sur les 55 pays membres de l'OCDE, associés ou participant au Comité de la concurrence, 54 sont dotés de dispositifs de contrôle des fusions. La seule exception est le Luxembourg, qui est couvert, toutefois, par les règles sur les concentrations de l'UE. La quasi-totalité d'entre eux (47) possèdent un dispositif de notification *ex ante* obligatoire. Seuls trois pays de l'OCDE disposent d'un système de notification exclusivement spontanée : l'Australie, le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande. D'après les informations figurant dans les [fiches du Réseau international de la concurrence \(RIC\) sur les notifications et les procédures en matière de fusion](#), sur les 67 pays et territoires ayant fourni des informations au RIC sur leur système de fusion, 57 sont dotés de systèmes de notification *ex ante* obligatoire.

³ Voir aussi (RIC, 2017^[7]).

⁴ Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis, Inde (OCDE, 2016, pp. 22-25^[5]).

⁵ La longueur de certaines des orientations fournies pour évaluer le contrôle et l'influence déterminante aux fins de la notification des fusions en atteste ; voir par exemple la Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:FR:PDF>, pp 5-23.

⁶ On trouvera une analyse détaillée des différents seuils, de leurs avantages et inconvénients, ainsi que de leur utilisation dans différents pays dans le document relatif à la Table ronde de l'OCDE sur la détermination des opérations de fusion aux fins de leur contrôle (OCDE, 2013^[4]).

⁷ On trouvera une analyse détaillée des différents seuils de compétence utilisés, de leurs avantages et inconvénients, ainsi que des exemples de la pratique de divers pays ou juridictions dans le document relatif à la Table ronde de l'OCDE sur le rattachement local et les seuils de compétence dans le contrôle des fusions (OCDE, 2016^[5]). La documentation concernant la Table ronde inclut également une synthèse des pratiques d'un grand nombre de pays <http://www.oecd.org/competition/jurisdictional-nexus-in-merger-control-regimes.htm>.

⁸ Voir par exemple : l'article 5 du règlement CE sur les concentrations (<https://eurlex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139>) et la Communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302\(04\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0302(04)&from=FR)) ; le *Code of Federal Regulations*, 16 CFR [801](#), subchapter H (<https://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2002-title16-vol1/CFR-2002-title16-vol1-part801>) et la deuxième partie du *Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Program* (<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide2.pdf>) ; le par. 38 de la Loi allemande relative aux restrictions de concurrence (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

⁹ La distinction entre les exigences de contrôle des fusions et les exemptions en la matière n'est pas toujours clairement définie – ainsi, l'exemption accordée par les États-Unis pour les prises de participation minoritaire à seule fin d'investissement n'atteint pas, en règle générale, le seuil de la « prise de contrôle » existant dans l'UE.

¹⁰ L'exemption de l'UE concernant les établissements financiers (art. 3, par. 5 (a) du règlement CE sur les concentrations) prévoit ce qui suit : « lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils

n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ;... ». Des règles similaires existent par exemple en Allemagne, en Espagne, en Albanie ou au Pakistan.

¹¹ L'exemption « à seule fin d'investissement » prévue par les États-Unis à l'article 7(3) du Clayton Act dispose que « [c]et article ne s'applique pas aux personnes qui achètent ces actions à seule fin d'investissement et ne les utilisent pas pour provoquer ou pour tenter de provoquer, en votant ou en prenant toute autre mesure, un affaiblissement substantiel de la concurrence ». L'« exemption applicable aux investissements » prévue à l'article 7(3), qui n'impose aucun plafond au pourcentage d'actions pouvant être détenues « passivement », peut éliminer certains types de prises de participation minoritaire du champ d'application de la législation américaine sur le contrôle des fusions. Une opération ne sera réputée être effectuée « à seule fin d'investissement » que si l'acquéreur n'exerce pas d'influence sur les actions et la conduite commerciale de la société-cible et n'utilise aucun des mécanismes à sa disposition pour provoquer, ou tenter de provoquer, un affaiblissement substantiel de la concurrence. Sont exclues de l'article 7(3) les situations dans lesquelles l'actionnaire acquiert le contrôle actif de la société-cible, la capacité d'influer sur les actions de la société-cible par d'autres moyens que le contrôle, ou peut accéder à des informations commercialement sensibles.

¹² Si l'UE et le Royaume-Uni, par exemple, exigent que les actifs atteignent un seuil donné correspondant à un « caractère substantiel », les États-Unis élargissent le champ de compétence et l'article 7 du Clayton Act inclut « tous les types d'actifs », qui peuvent donc englober les acquisitions d'actifs partielles très restreintes (OCDE, 2013, pp. 26-27^[4]).

¹³ Ce concept peut recouvrir des prises d'intérêts consécutives qui ne seraient pas soumises à elles seules à des obligations de notification, mais qui le sont si on les considère de manière collective sur la durée, ou l'acquisition de petites entreprises dans un secteur d'activité en butte à des problèmes de concentration, ou encore les acquisitions réalisées par des entreprises en position dominante (OCDE, 2014, pp. 15-17^[8]).

¹⁴ Dans l'UE, par exemple, la règle applicable est l'art. 4 (1) du RCEC ; pour les États-Unis, elle est codifiée dans l'art. 7A du Clayton Act et le 15 U.S.C. par. 18a, également connu sous le nom de Loi Hart-Scott-Rodino sur l'amélioration du droit de la concurrence.

¹⁵ Décision de la Commission, [affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#), 24/04/2018, par. 42, 43.

¹⁶ Contribution de la Lettonie à (OCDE, 2014^[8]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)22](#).

¹⁷ Getting the Deal Through – Merger Control Italy, <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/15/merger-control-2018-italy/>, consulté le 20 août 2018.

¹⁸ Contribution du Mexique à (OCDE, 2014^[8]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)4](#).

¹⁹ Le Chili a introduit un dispositif de notification *ex ante* obligatoire en juin 2017 et ne fait donc plus partie de ce groupe de pays.

²⁰ Getting the Deal Through – Merger Control in Australia, <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/5/merger-control-2016-australia/>, consulté le 20 août 2018.

²¹ Getting the Deal Through – Merger Control in New Zealand, <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/1/merger-control-new-zealand/>, consulté le 20 août 2018.

²² Contribution du Royaume-Uni à (OCDE, 2014^[8]), [DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)7](#).

²³ Selon les statistiques, plus de 95 % des fusions notifiées en Europe et aux États-Unis sont approuvées au cours de la première phase (Choe et Shekar, 2009^[28]) et (Gorecki, 2011^[26])

²⁴ Voir par exemple (Chambre de commerce internationale, 2015, pp. 13-14^[30]).

²⁵ Selon une étude réalisée par le Secrétariat, on compte au total 116 affaires de réalisation anticipée pour l'ensemble des pays membres de l'OCDE, associés ou participant au Comité de la concurrence depuis 1991. Cette étude est nécessairement incomplète, car un grand nombre d'affaires et décisions antérieures peuvent ne pas être disponibles en ligne. Même si ces chiffres ne sont pas complets, on peut supposer qu'au vu de la totalité des activités de contrôle des fusions menées pendant cette période, le pourcentage d'affaires de réalisation anticipée serait insignifiant. La Commission européenne a dénombré à elle seule plus de 7 000 notifications de fusion depuis 1990 (<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>).

²⁶ Il est difficile d'évaluer l'ampleur du problème sur la base des affaires rendues publiques. D'une part, si les seuils de compétence offrent une large marge d'appréciation ou du moins une marge raisonnable permettant différents résultats, les autorités utilisent leur pouvoir discrétionnaire et décident de ne pas engager de poursuites dans de nombreuses affaires – qui ne sont pas rendues publiques ou ne font l'objet d'aucune procédure. D'autre part, si les parties à la fusion déclarent avoir interprété les seuils de compétence de manière erronée, cela peut aussi représenter une stratégie de défense visant à dissimuler une violation de la loi intentionnelle ou du moins acceptée – ce qui conduit à une exagération.

²⁷ FTC, affaire n° 921 0023US ; Sara Lee Corporation ; <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1996/02/sara-lee-agrees-pay-record-civil-penalty-settle-charges-over-shoe>.

²⁸ De nombreuses affaires concernant des défauts de notification impliquent également une infraction aux obligations de suspension, dans la mesure où les actions de mise en œuvre peuvent être constitutives d'une inobservation de l'obligation de notification comme des obligations de suspension – ces affaires ont été traitées dans la sous-section précédente consacrée aux manquements à l'obligation de notification obligatoire. De plus, certaines affaires, comme l'[affaire M.7993 Altice/PT Portugal \(Commission européenne\)](#), peuvent impliquer un non-respect distinct de l'obligation de notification obligatoire et de l'obligation de suspension, le comportement jugé inacceptable ayant déjà été observé en partie avant la notification. En l'occurrence, ces infractions peuvent être considérées comme des infractions distinctes (art. 5 de la décision).

²⁹ Au sens strict, les comportements postérieurs à l'autorisation mais préalables à la conclusion de l'opération pourraient aussi faire naître des préoccupations, au regard notamment de la coordination entre les concurrents, les parties étant censées agir en tant qu'entreprises distinctes, concurrentes, jusqu'à la réalisation complète de la concentration (voir par exemple (Blumenthal, 2005, p. 9^[13]), (Liebeskind, 2003, p. 1^[23])). Cet aspect pourrait toutefois ne pas faire partie des grandes priorités des autorités de la concurrence.

³⁰ [Commission européenne, Altice/PT Portugal, affaire M.7993](#).

³¹ [Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016](#) relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

³² Voir par exemple : (Dionnet et Giroux, 2017^[11]), (Honoré et Vatin, 2017^[16]) (Hull et Gordley, 2018^[24]) (Lemmonier, 2018^[10]) (Modrall, 2017^[21]) (Ysewyn, Whiteford et Kahmann, 2018^[19]).

³³ Une grande majorité des actions répressives portant sur des infractions à l'obligation de suspension observées au fil de l'étude du Secrétariat trouvent leur origine en Europe et aux États-Unis, quatre affaires seulement ayant été examinées ailleurs – en Afrique du Sud, au Brésil, au Chili et en Israël ; voir aussi l'annexe A.

³⁴ On notera que l'Union européenne, même si elle traite l'art. 4 (1) (défaut de notification) et l'art. 7 (1) (infraction à l'obligation de suspension) comme des infractions distinctes, peut et a déjà fondé des amendes infligées dans des affaires de défaut de notification sur l'art. 7 (1), la mise en œuvre effective faisant naturellement partie de toutes les fusions menées à bien et non notifiées :

voir Electrabel et Marine Harvest, encadré 3. Les affaires examinées par l'UE en raison d'un défaut de notification ne sont pas pertinentes pour la présente section.

³⁵ [Affaire M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere](#), voir aussi le [communiqué de presse du 1^{er} janvier 1997](#).

³⁶ [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#), 24 avril 2018.

³⁷ [Cour de Justice de l'UE, affaire C-633/16](#), Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet, 31 mai 2018.

³⁸ Affaire M.8179 ; une communication des griefs a été adressée à Canon, [voir le communiqué de presse du 6 juillet 2017](#).

³⁹ Art. 267 du TFEU : toutes les juridictions des États membres de l'UE peuvent demander une décision préjudicielle de la Cour européenne, notamment sur l'interprétation des traités. Cette disposition est destinée à garantir l'application uniforme du droit de la concurrence de l'UE.

⁴⁰ L'un des aspects intéressants de cette affaire était la question de la compétence. Les législations sur le contrôle des fusions n'étant pas harmonisées au sein de l'UE, contrairement aux dispositions sur les accords restrictifs, et la loi danoise ne faisant pas explicitement référence à l'art. 7 (1) du RCEC, la Commission avait émis des doutes quant à la compétence de la Cour. Néanmoins, puisque le Danemark avait adopté la même approche que celle prévue par la législation de la Commission, la Cour a décidé qu'il serait intéressant que la législation de la Commission soit interprétée de manière uniforme, et elle s'est déclarée compétente. Le droit interne de la plupart des États membres de l'UE prévoyant des dispositions similaires, l'interprétation de l'art. 7 (1) par la Cour revêtira une pertinence plus large.

⁴¹ [Cour de Justice de l'UE, arrêt du 31 mai 2018, affaire C-633/16, Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet](#).

⁴² Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du Code de commerce, consultée le 29 juin 2018 : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/16d24.pdf>.

⁴³ [Décision du 31 mars 2015, B2-96/14](#).

⁴⁴ Voir aussi les déclarations des autorités américaines concernant l'impact de la concurrence dans les affaires de fusion mentionnées à l'encadré Encadré 12. Elles contiennent des orientations détaillées sur les actions jugées acceptables dans les différentes affaires.

⁴⁵ [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 50, 70, 422](#).

⁴⁶ Voir : [Cour de Justice de l'Union européenne, affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands et autres, 4/06/2009](#) ; [affaire C-286/13 P, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission européenne, 19 mars 2015](#).

⁴⁷ Les règles sur les accords anticoncurrentiels horizontaux étant largement harmonisés au sein de l'UE, cela s'applique à la Commission européenne et aux États membres de l'UE.

⁴⁸ (Modrall, 2017_[21]), (Holzwarth, 2014, pp. 106-114_[25]) (Cour de justice de l'Union européenne, 2018_[32]).

⁴⁹ Commission européenne, [affaire COMP/M.4734 – Ineos/Kerling](#) ; (OCDE, 2014_[8]) - contribution de la Commission européenne.

⁵⁰ Les soupçons n'ont pas été confirmés dans cette affaire.

⁵¹ [Cour de Justice de l'UE, affaire C-633/16](#), Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet, 31 mai 2018.

⁵² [Arrêt du 7 septembre 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643](#), par. 31.

⁵³ On notera que les autorités doivent effectuer une distinction entre les opérations qui enfreignent l'art. 7(1) du RCEC et l'art. 101 du TFUE, la même opération ne pouvant pas relever des deux dispositions en parallèle, comme indiqué dans les arrêts mentionnés.

⁵⁴ Entre septembre 1990 et le 31 juillet 2018, la Commission européenne a reçu au total 7 037 notifications de fusion et 124 demandes de dérogation à l'art. 7 (3) (<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>) ; ces dix dernières années (2008-17), elle a accordé des dérogations dans 25 affaires (Arnold&Porter, 2018, p. 23^[33]).

⁵⁵ Comme l'Allemagne, la France, la Lituanie, le Portugal ou la Roumanie – selon les [modèles du RIC pour les fusions](#).

⁵⁶ Voir : contribution des États-Unis à (OCDE, 2016^[29]), <https://www.justice.gov/atr/file/872376/download>.

⁵⁷ Voir : contribution des États-Unis à (OCDE, 2009^[31]).

⁵⁸ Ces arguments ont été réfutés par exemple dans l'[affaire M.7993, Altice – PT Portugal \(Commission européenne\)](#), par. 116 ; et dans l'[affaire T-704/14 Marine Harvest - arrêt du tribunal du 26 octobre 2017](#), par. 216-223. Le tribunal a souligné que le risque de manipulation du prix des actions à la hausse dans les appels d'offres publics était réaliste, mais qu'il ne pouvait pas excuser une mise en œuvre prématurée, le précédent établi par la Commission européenne dans l'affaire COMP/M.3709 — Orkla/Elkem montrant que l'art. 7 (3) du RCEC pouvait s'appliquer à ce type de situations.

⁵⁹ [Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice](#) au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

⁶⁰ Commission européenne, [affaire COMP/M.4734 – Ineos/Kerling](#) ; (OCDE, 2014^[8]) - contribution de l'UE.

⁶¹ (Hull et Gordley, 2018, p. 9^[24])

⁶² [Rapport d'activité de l'Office fédéral des ententes \(Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht\) 2007/2008](#), p 147, 148.

⁶³ [Communiqué de presse du Conseil roumain de la concurrence, mai 2018](#).

⁶⁴ Commission européenne, [affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#), p. 105-112.

⁶⁵ Art. 7A(g)(1) de la Loi, 15 U.S.C. par. 18a(g)(1).

⁶⁶ Italie - [Décision n° 26186, affaire C12049 - Banca per lo Sviluppo della Cooperazione di Credito/Banca Romagna Cooperativa-Credito Cooperativo Romagna Centro e Macerone](#).

⁶⁷ Commission européenne, [décision de la Commission du 10/06/2009 ; affaire COMP/M.4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône](#) et [décision de la Commission du 23/07/2014 ; affaire M.7184 – Marine Harvest/Morpol](#).

⁶⁸ [Vj/145/2015 - CEE Holding Group Limited, Olympic International Holdings Limited, Normeston Group Cyprus Limited, Normeston Trading Limited](#).

⁶⁹ Commission européenne, [affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#).

⁷⁰ Par exemple : [États-Unis, Mahle/Metal Leve SA](#) ; [Commission européenne, affaire n° IV/M.920 - SAMSUNG/AST](#), [Commission européenne, affaire n° IV/M.969 – A.P. Møller](#) ; [États-Unis, Qualcomm/Flarion](#) ; [Belgique, affaire 15-CC-79, Cordeel/Imtech](#).

⁷¹ Par exemple : [Commission européenne, affaire n° IV/M.920 - SAMSUNG/AST](#) ; [Commission européenne, affaire n° IV/M.969 – A.P. Møller](#) ; [Allemagne, Interseroh](#) ; [France, Castel-Frères/Patriarche, affaire n° 13-D-22](#) ; [Espagne, SNC/DC/0035/14, Essilor/Polycore Optical](#) ; [États-Unis, affaire n° 3:14-cv-04949-VC – Flakeboard/SierraPine](#) ; [Espagne, SNC/0037/15 GRIFOLS](#) ; [Espagne, SNC/0037/15 GRIFOLS](#).

⁷² Voir par exemple : [France, Castel-Frères/Patriarche, affaire n° 13-D-22](#) ; [Espagne, SNC/DC/0035/14, Essilor/Polycore Optical](#) ; [États-Unis, affaire n° 3:14-cv-04949-VC – Flakeboard/SierraPine](#).

⁷³ Par exemple : [Commission européenne, affaire n° IV/M.920 - SAMSUNG/AST](#) ; [Commission européenne, affaire n° IV/M.969 – A.P. Møller](#) ; [Inde, Tesco/Trent, n° C-2014/03/162](#) ; [Danemark, NVE/Syd Energi](#).

⁷⁴ Par exemple : [Commission européenne, affaire n° IV/M.920 - SAMSUNG/AST](#).

⁷⁵ Voir par exemple : [Commission européenne, affaire n° COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol](#).

⁷⁶ Par exemple : [Commission européenne, affaire n° IV/M.920 - SAMSUNG/AST](#) ; [Commission européenne, affaire n° IV/M.969 – A.P. Møller](#) ; [France, Castel-Frères/Patriarche, affaire n° 13-D-22](#) ; [Commission européenne, affaire n° COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol](#).

⁷⁷ « ...nous sommes conscients que de nombreuses formes de coordination préalable à la fusion sont raisonnables, voire nécessaires et qu'il faut prendre soin de ne pas compromettre la capacité des parties à la fusion de mettre en œuvre l'opération et de dégager les gains d'efficacité disponibles ». (Blumenthal, 2005, p. 3_[13]). La Commission européenne concède que : « ...les clauses déterminant le comportement d'une cible entre la signature d'un accord et la conclusion de l'opération afin de préserver sa valeur sont à la fois courantes et appropriées dans les opérations commerciales » ([affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 50](#)).

⁷⁸ La Commission européenne définit les « clean teams » de la manière suivante : « L'expression « clean team » fait généralement référence à un groupe restreint de personnes d'une entreprise qui ne participent pas à sa gestion commerciale quotidienne, qui reçoivent des informations confidentielles de l'autre partie à l'opération et qui sont tenues de respecter des protocoles stricts en matière de confidentialité en ce qui concerne ces informations. L'objectif des accords concernant ces équipes est donc de faire en sorte que les informations fournies aux fins de l'Opération sont communiquées en fonction du besoin d'en connaître et de manière agrégée à un nombre limité de salariés compétents de l'Acquéreur et de ses conseils, qui sont tenus par une obligation de confidentialité en vertu de l'accord portant sur les « clean teams », qu'elles signent avant de recevoir les informations. » [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 422](#), note de bas de page 220 ; ainsi que (CADE, 2016, p. 10_[17]) ; (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018, p. 3_[12]) ; (Dionnet et Giroux, 2017_[11]).

⁷⁹ [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 422](#), et (Modrall, 2003_[22]).

⁸⁰ Voir (CADE, 2016_[17]) et (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018_[12]), ainsi que (Naughton, 2006, p. 10_[18]).

⁸¹ [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 70](#) ; (Blumenthal, 2005, p. 10_[13]) ; (De Silva, 2018, p. 61_[14]).

⁸² (Blumenthal, 2005, p. 8_[13]) ; (Naughton, 2006, p. 12_[18]) ; Commission européenne, [affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 149](#).

⁸³ Dans l'affaire M.7993 Altice – PT Portugal, la Commission européenne indique ce qui suit (par. 75) : « La Commission estime que le fait d'exercer un certain contrôle sur le personnel d'une cible peut être justifié pour préserver la valeur de l'entreprise entre la signature et la conclusion de l'opération, notamment en ce qui concerne le maintien en poste de certains salariés clés qui font partie intégrante de la valeur de l'entreprise, ou pour empêcher toute modification significative des charges de l'entreprise ».

⁸⁴ La Commission européenne a critiqué l'absence de garanties concernant les échanges d'informations qui ont eu lieu entre différents dirigeants de PT Portugal et d'Altice ([affaire M.7993 Altice – PT Portugal, par. 53](#)). L'autorité française de la concurrence a aussi reconnu la légitimité de la planification de l'intégration, à condition que des garanties appropriées comme des accords de « clean teams » et des accords de confidentialité aient été mises en place (De Silva, 2018, p. 62_[14]).

⁸⁵ Comme mentionné dans l'ensemble du texte, voir également **Error! Reference source not found.** et **Error! Reference source not found.**

⁸⁶ [Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice](#) au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

⁸⁷ [Affaire M.7993 Altice – PT Portugal](#).

⁸⁸ (De Silva, 2018_[14]) ; (De Silva, 2017_[27]) ; (Vestager, 2018_[20]).

⁸⁹ (Federal Trade Commission, États-Unis, 2018_[12]).

⁹⁰ (CADE, 2016_[17]).

⁹¹ Les éléments de preuve relatifs au coût effectif d'une mise en œuvre différée des fusions sont rares et au mieux incomplets. Une étude des publications relatives au conseil aux entreprises soumises à un atelier de la FTC et du ministère de la Justice tenu en 2002 (Pautler, 2003_[34]) a permis de conclure que la majorité des fusions ne sont pas une réussite. L'étude a aussi montré qu'il était largement admis qu'une planification précoce et une intégration rapide amélioreraient les résultats de ces opérations (Blumenthal, 2005, pp. 4-5_[14]), les facteurs de réussite étant une communication fréquente et adaptée et le recours à des équipes chargées de la transition (ibid., p. 6). Dans le même temps, les études mentionnées dans l'étude énoncent une multitude de facteurs qui ne sont pas liés au calendrier et qui contribuent à la réussite ou à l'échec de l'opération, comme une évaluation erronée de l'intérêt stratégique, des conflits culturels, l'absence de stratégie d'intégration, l'absence d'équipes chargées de la planification et de la transition, et le manque de communication. Lorsqu'il est question des délais de prescription imposés par la réglementation, ils ne sont mentionnés nulle part comme une source principale de préoccupation.

*Annexe A. Aperçu des affaires d'infraction à l'obligation de suspension**

	Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
1	Allemagne	2008	Mars, Nutro Products	4 500	Après avoir obtenu une autorisation aux États-Unis, mais avant d'avoir eu celle de l'autorité allemande et de l'autorité de tutelle autrichienne, Mars et Nutro ont conclu l'opération et transféré les principaux actifs comme des sites de	Notification retirée	Communiqué de presse

* Ce tableau a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE, à partir de publications et de recherches Internet réalisées en août et septembre 2018. Il ne prétend pas être exhaustif. Des affaires antérieures peuvent ne pas y figurer, faute de pouvoir y accéder en ligne. Une affaire est classée comme constituant une infraction à l'obligation de suspension si l'infraction a été commise dans une large mesure après notification de la fusion, pendant la période suspensive obligatoire. Certaines affaires peuvent en outre avoir donné lieu à une amende en partie sur la base d'une infraction à l'obligation de notification.

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				production et certains DPI de Nutro à Mars.		
2 Allemagne	2014	Edeka/Kaisers Tengelmann	0	Interdiction de donner effet à un accord-cadre de systèmes d'achat et de paiement conjoints.	Interdiction puis autorisation ministérielle	Arrêt
3 Brésil	2016	Cisco Systems Inc/Technicolor S/A, n° 08700.009018/2015-86	7 000	Les parties ont notifié, puis publié un communiqué de presse concernant (1) l'intégration d'actifs de Cisco avec effet immédiat, (2) l'entrée de l'accord de collaboration stratégique dans la phase de mise en œuvre et (3) la signature d'un accord d'exclusion destiné à maintenir en l'état les conditions concurrentielles au Brésil.	Nd	Communiqué de presse
4 Bulgarie	2006	Décision n° 116 - Boyana Film EAD/New Image Inc	0	Nomination, par le gouvernement bulgare (Boyana était auparavant détenue par le gouvernement bulgare) du gérant de New Image à un poste de dirigeant de Boyana, ce qui équivaut à	Autorisation sous conditions	Article

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				l'établissement d'un contrôle conjoint de Boyana.		
5 Chili	2018	ROL FNE F-88-2017, Minerva S.A /JBS S.A	3	Échange d'informations sensibles (quantités de produits exportés) ; suggestions concernant le prix de vente d'un produit sur un marché chilien ; obtention par l'acquéreur d'informations stratégiques et commercialement sensibles sur la cible.	Autorisation	Décision
6 Commission européenne	1998	Bertelsmann/Kirch/ Première Affaire IV/M.993	0	Commercialisation conjointe du décodeur numérique de la cible.	Interdiction	Décision
7 Commission européenne	2018	Affaire COMP/M.7993 - Altice/PT Portugal	124 500 (en appel)	Certaines dispositions de l'accord d'achat ont eu pour effet qu'Altice a acquis le droit légal d'exercer une influence déterminante sur PT Portugal, par exemple grâce à un droit de veto sur les décisions concernant l'activité ordinaire de cette dernière. Altice a effectivement exercé une influence	Autorisation sous conditions	Communiqué de presse

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				déterminante sur certains aspects des activités de PT Portugal, par exemple en lui donnant des instructions sur la manière de mener une campagne de marketing et en demandant et recevant des informations commercialement sensibles détaillées sur l'entreprise en dehors de tout accord de confidentialité.		
8 Danemark	2014	KPMG Danemark et EY	En instance	L'accord de fusion des parties de novembre 2013 stipulait que KPMG DK devait immédiatement dénoncer son affiliation au réseau international de KPMG. KPMG DK a donc envoyé une notification à ce réseau le jour même de la signature de l'accord de fusion.	Autorisation sous conditions	Décision
9 États-Unis	1991	US Atlantic Richfield Company, Arco, Union Carbide	1 421.6	Paiement non remboursable du prix d'achat, transfert intégral du risque commercial de la cible à l'acquéreur.	Autorisation	Jugement définitif et plainte

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
10 États-Unis	1998	Insilco Corporation/ Lingemann n° C-3783	0	La société cible a fourni les comptes rendus de négociations antérieures avec des clients, un relevé détaillé des prix client par client, les politiques et les stratégies tarifaires actuelles, ainsi que les futures stratégies tarifaires détaillées client par client, etc.	Autorisation sous conditions	Décisions
11 États-Unis	1998	Commonwealth Land Title Insurance Company	0	L'opération n'avait pas été soumise à une obligation de notification en vertu de la Loi Hart-Scott-Rodino, mais le comportement a été considéré comme s'apparentant à une réalisation anticipée, car les sociétés ont de fait conjugué leurs efforts avant de mener à bien la création de leur coentreprise.	Dissolution	Décision
12 États-Unis	1999	Input/Output Inc. et Laitram Corporation n° 99 0912	414	Dix jours après la signature de l'accord d'achat – quatre jours avant d'effectuer les notifications requises avant la fusion – Input/Output a entamé l'intégration de ses activités et de son	Autorisation	Décision définitive

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				personnel dans ceux de DigiCOURSE, une filiale de Laitram.		
13 États-Unis	2002	Computer Associates/Platinum	717	L'accord de fusion imposait que CA donne son accord pour tous les contrats de Platinum offrant à ses clients une remise supérieure à 20 %, des conditions non standard ou des services d'une durée supérieure à 30 jours à un prix fixe ou plafonné, et il prévoyait l'examen et l'approbation des contrats des clients, ainsi que la conduite d'autres activités de gestion.	Autorisation sous conditions	Décisions - Cour de district des États-Unis
14 États-Unis	2003	Gemstar/TV Guide International 2003	5 020	La fusion a été menée à bien le 12 juillet 2000. Les parties sont convenues de faire un « slow roll », en dévoilant le plus tard possible deux grands prestataires de services ; de répartir marchés, clients et autres responsabilités entre les deux entreprises ; et de s'entendre sur les prix	Autorisation	Jugement définitif

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				et les conditions contractuelles proposés aux clients. De plus, elles ont fusionné dans la pratique la plupart de leurs activités de guide interactif avant expiration de la période de suspension légale.		
15 États-Unis	2006	Qualcomm/Flarion	1 485	Flarion a cédé à QUALCOMM le contrôle d'une bonne partie de sa direction et de ses activités, dont les propositions faites aux clients, les remises sur les prix, les stratégies d'octroi de licence et les décisions concernant le personnel.	Autorisation	Décision définitive
16 États-Unis	2010	Smithfield Foods Inc. et Premium Standard Farms LLC	770	Smithfield a exercé un contrôle opérationnel sur une partie significative de Premium. Premium Standard a cessé d'exercer un jugement commercial indépendant pour les marchés de viande de porc. Au lieu de quoi, il a sollicité l'accord de Smithfield pour tous les	Autorisation	Jugement

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				marchés de viande de porc négociés pendant la période suspensive.		
17 États-Unis	2014	Flakeboard/SierraPine, n° 3:14-cv-04949-VC	4 700	Après avoir annoncé la proposition d'achat le 14 janvier 2014, et avant expiration de la période de suspension obligatoire avant la fusion prévue par la Loi Hart-Scott-Rodino, Flakeboard, Arauco et SierraPine se sont coordonnés de manière illégale pour fermer l'usine de panneaux de particules de bois de SierraPine à Springfield, dans l'Oregon, et ils ont déplacé les clients vers Flakeboard.	Retrait	Décision
18 France	2016	N° 16-D-24 Altice/SFR, Altice/OTL	80 000	1) Altice est activement intervenu dans la politique commerciale de SFR ; 2) les parties ont renforcé leurs relations commerciales globales et notamment géré en commun un important projet d'offres « wholesale » à très haut débit (projet « marque	Autorisation sous conditions	Décision

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				blanche ») ; 3) des dirigeants clés ont été nommés prématurément et ont commencé à exercer leurs nouvelles fonctions avant la conclusion de l'opération ; 4) les parties ont fréquemment échangé des informations sensibles, notamment au cours de réunions préintégration organisées régulièrement.		
19 Hongrie	2016	Vj/145/2015 - CEE Holding Group Limited, Olympic/Normeston Limited	3	Enregistrement de droits de propriété d'actions conférant des droits de gestion et exercice de ces droits.	Autorisation	Article
20 Irlande	2013	M/12/031 – Top Snacks Limited/ KP Snacks from United Biscuits (UK) Limited	0	Les parties ont partiellement mis en œuvre l'opération avant autorisation. Certaines dispositions d'approvisionnement direct ont été mises en œuvre.	Autorisation	Décision
21 Israël	2015	Yehuda Berman / Michlol	20	Berman a prêté la somme équivalant au versement minimum pour la première	Autorisation	Décision

Pays/juridiction	Année	Affaire	Amende pour infraction à l'obligation de suspension (milliers EUR)	Description de l'infraction	Résultat	Liens
				année de l'accord, commandé l'ensemble des produits auprès des fournisseurs, les a réglés, et a reçu au moins une partie des recettes des magasins.		
22 Norvège	2009	RS Platou ASA/Glitnir Securities AS	17	RS Platou ASA a enfreint l'obligation de suspension en lien avec son rachat de Glitnir Securities AS.	Nd	Article et communiqué de presse
23 Norvège	2014	NorgesGruppen/ICA	2 900	NorgesGruppen a repris le bail de 13 locaux appartenant à ICA-Maxi.	Nd	Rapport annuel
24 Roumanie	2018	Westgate	En cours	Indications concernant la mise en œuvre de l'opération par Westgate avant autorisation.	Nd	Communiqué de presse
25 Royaume-Uni	2018	ME/6676-17 - Electro Rent Corporation	112 (en appel)	Electro Rent a résilié le bail de ses uniques locaux au Royaume-Uni en violation d'une injonction de suspension provisoire et avant qu'une décision ne soit prise.	Autorisation sous conditions	Décision

- Federal Trade Commission, États-Unis (2018), *Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence*, <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger>. [12]
- Gorecki, P. (2011), « Too Many Unnecessary Merger Notifications in Ireland? », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 7/3, pp. 651-670, <https://www.esri.ie/publications/too-many-unnecessary-merger-notifications-in-ireland/>. [26]
- Holzwarth, J. (2014), *Das Vollzugsverbot als Bestandteil eines effizienten Fusionskontrollverfahrens*, Nomos. [25]
- Honoré, P. et G. Vatin (2017), « The French Competition Authority's Altice Decision: Record Fine for the First 'Genuine' Gun-Jumping Case in Europe », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8/5, pp. 314-319, <https://academic.oup.com/jeclap/article/8/5/314/3065373>. [16]
- Hull, D. et C. Gordley (2018), « Gun Jumping in Europe: an Overview of EU and National Case Law », *Concurrences*, vol. 85652, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/gun-jumping-in-europe-an-overview-of-eu-and-national-case-law>. [24]
- Lemmonier, J. (2018), *Enforcers take aim at gun-jumping in: White & Case Insight*, <https://www.whitecase.com/publications/insight/enforcers-take-aim-gun-jumping>. [10]
- Liebeskind, R. (2003), *Gun jumping: Anti-trust Issues Before Closing the Merger*, <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>. [23]
- Modrall, J. (2017), « The EU Gets Tough on Gun-Jumping », *The M&A Lawyer*, vol. 21/8, pp. 12 - 17, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/157285/the-eu-gets-tough-on-gun-jumping>. [21]
- Modrall, J. (2003), « Gun-Jumping and EU Merger Control », *E.C.L.R* 9, pp. 424-430, <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf>. [22]
- Naughton, M. (2006), « Gun-Jumping and Premerger Information: Counseling the Harder Questions », *Antitrust*, vol. Summer Issue, <https://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/pub566.pdf?sfvrsn=2>. [18]
- OCDE (2016), *Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)4/REV1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)4/REV1/fr/pdf). [29]
- OCDE (2016), *Synthèse de la table ronde sur le lien juridictionnel dans les régimes de contrôle des fusions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN3/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN3/FINAL/fr/pdf). [5]
- OCDE (2015), *Résumé de la table ronde consacrée aux enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2014\)1/ANN3/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2014)1/ANN3/FINAL/fr/pdf). [2]

- OCDE (2014), *Roundtable: Investigations of consummated and non-notifyable mergers*, [8]
<http://www.oecd.org/fr/concurrence/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>.
- OCDE (2013), *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*; DAF/COMP(2013)25, [4]
<http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>.
- OCDE (2012), *Roundtable on Market Definition*; DAF/COMP(2012)19, [6]
<http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>.
- OCDE (2005), *Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions*, [3]
<http://www.oecd.org/daf/competition/FR-OECD-Recommendation-Merger-Review-WEB.pdf>.
- OCDE (2009), *DAF/COMP(2009)11*, [31]
<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/43046091.pdf>.
- Pollard, M. et R. Rende Granata (2013), « The Animals Lurking in the Undergrowth - Derogations under the EU Merger Regulation », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4/1, pp. 52-55, <https://academic.oup.com/jeclap/article/4/1/52/1869128>.
- RIC (2017), *ICN RECOMMENDED PRACTICES FOR MERGER NOTIFICATION AND REVIEW PROCEDURES*, [7]
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>.
- Ezrachi, A. (dir. pub.) (2012), *Merger Control: Key International Norms and Differences*. [1]
- Vestager, M. (2018), *Discours* : « Competition and a Fair Deal for Consumers Online », *La Haye*, 26 avril 2018, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en. [20]
- Ysewyn, J., E. Whiteford et S. Kahmann (2018), *Higher Fines for Gun Jumping in Mergers - The European Commission's Continued Emphasis on Procedural Merger Compliance*, [19]
<https://www.covcompetition.com/2018/05/higher-fines-for-gun-jumping-in-mergers-the-european-commissions-continued-emphasis-on-procedural-merger-compliance/>.