

Non classifié

Français - Or. Anglais

10 janvier 2020

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

Synthèse de la table ronde sur les effets suspensifs des notifications de fusion et la réalisation anticipée des opérations (gun jumping)

Annexe au compte rendu succinct de la 130^e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018

27 novembre 2018

Cette synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la 130^e réunion du Comité de la concurrence le 27 novembre 2018.

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

Veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco pour toute question concernant ce document.

[Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03456534

Synthèse

Par le Secrétariat*

Le Comité de la concurrence de l'OCDE a tenu en novembre 2018 une table ronde sur le thème « les effets suspensifs des notifications de fusion et la réalisation anticipée des opérations (*gun jumping*) ». La note de référence du Secrétariat, les documents soumis par les délégués, ainsi que les contributions des spécialistes du panel et des délégués ayant participé à la discussion ont mis en exergue les principaux points suivants :

1. Les violations de l'obligation de notification et des obligations de suspension sont considérées comme des délits graves. Ces obligations sont au cœur même des régimes de notification *ex-ante* obligatoires et en préservent l'efficacité.

La plupart des pays de l'OCDE imposent une notification *ex ante* obligatoire des fusions ou un 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. La finalité est de garantir que les parties à la fusion demeurent des acteurs indépendants sur les marchés tant que les autorités n'ont pas eu la possibilité de contrôler l'opération. Cela permet de s'assurer que les fusions potentiellement anticoncurrentielles 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. Aussi, les autorités de la concurrence prêtent beaucoup d'attention à l'application des dispositions légales en cas de violation des règles sur les fusions et traitent souvent ces dossiers de façon prioritaire.

Dans le même temps, les autorités de la concurrence de nombreux pays admettent que les règles peuvent être parfois difficiles à interpréter ou à appliquer dans certains cas, et engagent des discussions préalables à la notification ou envisagent des dérogations le cas échéant.

2. L'action répressive pour défaut de notification d'une opération s'est beaucoup intensifiée au cours de la dernière décennie à l'échelle mondiale.

Par rapport à la première décennie de ce siècle, l'application des dispositions légales réprimant la réalisation anticipée des opérations, et notamment le défaut de notification, s'est beaucoup durcie. Deux grandes évolutions l'attestent : (i) le nombre de régimes de la concurrence prévoyant un contrôle *ex ante* des fusions a augmenté, et (ii) les autorités de la concurrence veillent à ce que leur régime de notification *ex ante* des fusions soit respecté, pour les raisons indiquées ci-dessus.

3. Les obligations de suspension jouent un rôle important dans tous les régimes de contrôle des fusions. Les autorités de la concurrence mettront fin aux activités d'intégration lorsqu'elles décident d'ouvrir une enquête sur une fusion, et s'attendent à ce que les parties à la fusion prennent cette mesure au sérieux.

Le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande sont les seuls pays de l'OCDE dotés de systèmes de notification exclusivement spontanée. Dans le même temps, les autorités

disposent d'un large mandat pour contrôler toutes les fusions, qu'elles aient été notifiées ou non (de manière spontanée) et concrétisées ou non par les parties. Lorsqu'elles décident d'ouvrir une enquête sur une fusion, elles demandent généralement aux parties à la fusion d'interrompre le processus ou de détricoter l'intégration déjà concrétisée. Cela peut prendre la forme d'engagements écrits, d'ordonnances provisoires ou d'ordonnances de séparation jusqu'à ce que l'examen de la fusion soit achevé. L'objectif est là encore d'empêcher toute action irréversible tant que les autorités n'ont pas eu la possibilité de procéder à un examen approfondi.

4. Les violations de l'obligation de suspension peuvent être poursuivies en justice non seulement en cas de non-respect des règles relatives aux fusions, mais aussi des règles en matière de conduite anticoncurrentielle, si elles mettent en jeu des accords anticoncurrentiels ou des échanges d'informations entre concurrents. Dans le même temps, il est admis que les parties à la fusion peuvent nouer de nombreux contacts et échanger de multiples informations lors de la préparation de la fusion, à condition d'appliquer les garde-fous adéquats.

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. En dehors du contexte des fusions, de tels comportements sont considérés dans la plupart des juridictions comme une infraction *a priori* ou *par objet* aux règles sur les accords anticoncurrentiels. Dans une procédure de fusion, les autorités de la concurrence acceptent dans une certaine mesure la coopération et l'échange d'informations s'ils sont accessoires à un accord de fusion, et la nature comme le volume d'informations pouvant être échangés peuvent varier en fonction du stade du processus de fusion et des objectifs poursuivis.

Des exceptions seront admises 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. Toutefois, les parties à la fusion doivent mettre en place les garanties appropriées, telles que des salles d'information, des accords stricts de confidentialité, l'accès limité aux agents qui ne sont pas impliqués dans les activités quotidiennes ou l'utilisation de conseillers indépendants. Les échanges doivent se limiter au strict minimum nécessaire. Des pratiques telles que l'échange d'informations sensibles du point de vue de la concurrence sans garanties adéquates, 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 seront probablement qualifiés comme des infractions au droit de la concurrence. Le vendeur et l'acquéreur sont sensés demeurer des acteurs totalement indépendants tant que l'opération n'a pas été autorisée et n'est pas achevée.

Dans le cas de violations, ces pratiques sont sanctionnées. Les autorités américaines appliquent l'art. 1 de la Loi Sherman ainsi que les dispositions relatives aux fusions de la loi HSR, et l'Australie comme la Nouvelle-Zélande suivent des approches analogues. D'autres juridictions admettent généralement que les règles relatives aux accords anticoncurrentiels sont applicables. Toutefois, en Europe par exemple, ces violations sont sanctionnées uniquement à titre d'infraction à l'obligation de suspension prévue par les règles sur les fusions. À l'avenir, ces affaires pourraient déclencher l'application de l'art. 101 du TFUE et de ses équivalents nationaux, à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice.

5. Les violations des règles sur les fusions ou sur la conduite anticoncurrentielle seront poursuivies et sanctionnées, et les pays de l'OCDE se montrent de plus en plus déterminés à mettre fin aux pratiques de *gun jumping*, afin d'adresser un message clair par les amendes qu'ils infligent.

Les autorités de la concurrence s'emploient activement à détecter et à réprimer les pratiques de *gun jumping*. Les sources de détection vont de la surveillance systématique des médias aux dénonciations effectuées par des tiers ou des concurrents, et les enquêtes peuvent très bien inclure des perquisitions surprises. Le montant des amendes varie, mais semble avoir beaucoup augmenté à l'échelle mondiale. De nombreuses autorités admettent les signalements volontaires et la coopération à l'enquête en tant que circonstances atténuantes, tandis que la durée de la violation et son impact sur le marché seront considérés comme des circonstances aggravantes. Hormis les amendes, les conséquences juridiques de la violation des règles sur le *gun jumping* peuvent être l'invalidité de l'opération, des mesures provisoires, des mesures correctives, voire une dissolution.

6. La prévention des violations fait partie des priorités des autorités de la concurrence comme des entreprises, et de nombreux pays de l'OCDE déploient d'importants efforts de sensibilisation. Certains régimes de contrôle des fusions peuvent établir de façon plus claire les règles à suivre pour déterminer ce qui constitue une opération notifiable et les seuils qui déclenchent une obligation de notification.

La plupart des entreprises ne ménagent pas leurs efforts pour se conformer aux règles sur les fusions et faire en sorte qu'aucune violation ne se produit au cours du processus de fusion. Les autorités de la concurrence soutiennent ces efforts et sont disposées à engager un dialogue en amont de la notification *ex ante* et, plus largement, à communiquer avec les entreprises dans le cadre de leurs activités de sensibilisation, afin de familiariser tous les acteurs aux obligations du droit de la concurrence. Certaines autorités ont également diffusé des orientations de portée générale.

Les représentants des milieux d'affaires font observer que les discussions préalables aux fusions ne sont utiles que si elles ont lieu dans des délais très courts. Ils font généralement remarquer que les juridictions devraient 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.