

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

**Résumé des discussions 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

Ce document, rédigé par le Secrétariat de l'OCDE, est un résumé détaillé des discussions qui se sont
tenues le 27 novembre 2018, lors de la 130^e réunion du Comité de la concurrence.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://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].

JT03456532

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

Par le Secrétariat

Le 27 novembre 2018, le Comité de la concurrence a tenu une table ronde sur les effets suspensifs des notifications de fusion et la réalisation anticipée des opérations (*gun jumping*), présidée par Frédéric Jenny.

Le **président** a noté que, même si ce thème n'avait rien de nouveau, le Comité n'avait pas encore tenu de discussions sur le *gun jumping*. Des décisions prises récemment en Europe ont suscité un regain d'intérêt pour l'application des dispositions légales réprimant la réalisation anticipée des opérations.

Le président a ensuite présenté les quatre points objet des discussions : (1) le défaut de notification des fusions, (2) les infractions aux obligations de suspension commises avant que l'autorité ait rendu sa décision, (3) les orientations et les activités de sensibilisation des autorités et (4) les poursuites en cas d'infraction de réalisation anticipée et les politiques de sanctions pécuniaires. Le fait que le Secrétariat ait reçu un grand nombre de contributions de la part des pays témoigne du vif intérêt suscité par ce thème.

Charlesa Ceres, avocate générale déléguée spécialiste du droit de la concurrence au sein d'United Technologies Corporation (États-Unis), Jay Modrall, associé de Norton Rose Fulbright (Bruxelles), et Richard Whish, professeur émérite au Kings College (Londres), sont intervenus en tant qu'orateurs experts.

Sabine Zigelski a présenté le thème à l'intention du **Secrétariat**. Elle a exposé les différents types d'infractions, à savoir le défaut de notification d'une fusion lorsque la notification *ex ante* est obligatoire, l'infraction à l'obligation de suspension sous la forme d'une réalisation prématurée de la fusion, et les accords anticoncurrentiels conclus par des concurrents avant la réalisation de l'opération. Puisque les actions relevant du *gun jumping* sont propres à chaque affaire et qu'il est difficile de fixer des limites générales, les milieux d'affaires sont en quête d'orientations, de certitude juridique et de clarté pour savoir quelles mesures ils peuvent prendre pour préparer une fusion. À ce jour, seuls quelques pays ont édicté de telles lignes directrices. Toutefois, les 31 contributions reçues par le Secrétariat donnent un bon aperçu des affaires les plus récentes et des pratiques nationales de mise en œuvre.

Le **président** a ensuite invité le premier orateur, Jay Modrall, à présenter le premier point, le défaut de notification.

1. Défaut de notification

Jay Modrall a présenté le thème de la réalisation anticipée procédurale, définie comme la mise en œuvre d'une opération notifiable sans que les périodes suspensives obligatoires ou les obligations en matière d'autorisation aient été respectées. Selon lui, plusieurs raisons expliquent le défaut de notification, à commencer par des interprétations erronées ou une ambiguïté quant au type d'opérations constituant une fusion. Dans l'UE, les affaires

classiques de *gun jumping* découlent d'une confusion sur ce qui constitue le contrôle ou sur les modalités d'application des règles aux coentreprises. L'application du contrôle des fusions aux accords commerciaux ne donnant pas lieu à une modification structurelle sur le marché, comme les accords de distribution en exclusivité ou l'acquisition d'actifs ne correspondant pas à une entreprise en activité, forme une deuxième catégorie d'affaires, parfois observées en dehors de l'UE ou des États-Unis. Les seuils de fusion et la définition du groupe d'entreprises dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte soulèvent d'autres difficultés. Enfin, on a parfois observé que les entreprises avaient recouru, à tort, à des dissociations locales pour satisfaire aux obligations de suspension. L'orateur a indiqué qu'éviter le *gun jumping* pouvait s'avérer problématique, notamment pour les entreprises qui exercent leurs activités à l'échelle mondiale. Les dispositifs de contrôle des fusions étant de plus en plus nombreux à imposer une notification obligatoire, de multiples opérations d'envergure mondiale donnent lieu à 10 à 15 notifications, ce qui crée un allongement de la durée du contrôle des fusions ainsi que des difficultés pour les entreprises.

Certaines mesures mises en évidence pourraient être envisagées par les pays pour réduire le *gun jumping* :

- Utiliser des définitions claires des événements déclencheurs et harmoniser les concepts communs comme le « contrôle », et appliquer le contrôle des fusions uniquement aux opérations qui conduisent à une modification structurelle du marché ;
- Utiliser des seuils de notification clairs, compréhensibles et objectivement quantifiables, et aligner l'interprétation des seuils sur des concepts comptables/fiscaux comparables ;
- Clarifier les règles relatives aux exemptions, au rattachement local et aux dissociations locales, celles qui régissent les infractions procédurales, ainsi que les comportements qui sont de fait soumis à un contrôle en vertu du droit de la concurrence.

Le président a remercié Jay Modrall et noté que dans certains pays, les seuils n'étaient pas fondés sur le chiffre d'affaires, mais sur les parts de marché ou sur un autre indicateur, comme en Espagne, où les seuils relatifs au chiffre d'affaires et à la part de marché sont utilisés en parallèle.

L'Espagne a expliqué que le seuil de chiffre d'affaires et le seuil de part de marché déclenchaient l'obligation de notifier une fusion. Avant de soumettre une notification, et pour être sûres, les parties à la fusion peuvent consulter l'autorité au sujet du seuil. De plus, une jurisprudence abondante est aisément accessible sur la page Internet. Toutefois, l'Espagne est convenue que des lignes directrices pourraient être utiles en complément.

La **Hongrie** a indiqué qu'elle avait introduit un second seuil en 2016. Ce seuil supplémentaire impose que des notifications soient aussi faites lorsque les seuils traditionnels ne sont pas atteints, mais que le chiffre d'affaires net total des entreprises concernées dépasse 15 millions EUR et que la concentration risque de réduire sensiblement la concurrence sur le marché en question. L'absence de notification d'une telle opération n'entraînera pas de conséquences juridiques, comme des amendes. Cela signifie que ce seuil peut être interprété comme un seuil facultatif, et que les fusions concernées ne sont pas soumises à l'obligation de suspension. La mise en œuvre de l'opération a des conséquences uniquement lorsque l'autorité, au cours de l'enquête sur la fusion, constate

que celle-ci réduira sensiblement la concurrence sur le marché en question, et interdit donc cette opération.

Depuis l'entrée en vigueur du second seuil applicable aux enquêtes sur les fusions, l'autorité a enquêté d'office sur une fusion sur la base de ce second seuil, et constaté qu'elle ne réduirait pas sensiblement la concurrence. La Hongrie a confirmé que les parties auraient des difficultés à se conformer au seuil fixé si celui-ci n'était pas facultatif.

Le **Portugal** a fait observer que le *gun jumping* figurait parmi ses grandes priorités en matière de mise en œuvre. Le Portugal, à l'image de l'Espagne, applique aussi un seuil de part de marché. L'autorité a déployé d'énormes efforts de sensibilisation pour expliquer le fonctionnement du dispositif. Elle encourage aussi les entreprises à assister à des réunions préalablement aux notifications afin d'obtenir des éclaircissements. Les notifications *ex ante* constituent, comme en Espagne, un processus libre et très rapide.

Jay Modrall a noté que, du point de vue des entreprises, il n'était pas possible, dans la pratique, d'organiser des consultations prolongées avant les dépôts de dossier, le simple fait de décider s'il convient d'effectuer une notification pouvant prendre du temps. Il a aussi expliqué qu'en raison des changements permanents touchant les entreprises de portefeuille contrôlées par des sociétés de capital-investissement, ces sociétés peinaient à calculer leur chiffre d'affaires en vue de l'application des seuils de contrôle des fusions.

La **République slovaque** est revenue sur la détection du *gun jumping*. La politique menée s'est orientée, dernièrement, vers un contrôle plus intensif des infractions pouvant découler de la réalisation anticipée des opérations. Le recours aux perquisitions surprises en tant que moyen d'enquête peut contribuer à la mise en œuvre efficace des dispositions relatives au contrôle des fusions. L'autorité a utilisé les perquisitions surprises lorsqu'elle suspectait qu'une fusion avait été réalisée sans notification. Cela concernait les fusions qui étaient dissimulées, et les cas où l'infraction était intentionnelle. Trois perquisitions surprises ont été menées ces quatre dernières années. Au cours de la toute dernière enquête réussie, l'autorité a réuni des preuves de l'infraction, et les parties ont reconnu l'infraction après la communication des griefs et sont parvenues à un accord. Bien que réduite de 50 %, l'amende restait la plus élevée jamais imposée, soit plus d'un demi-million EUR. En l'occurrence, l'autorité avait obtenu des informations de divers services publics et elle a réalisé auprès des concurrents une étude de marché rapide, qui a corroboré ses soupçons.

2. Infractions à l'obligation de suspension et dispositions relatives aux accords anticoncurrentiels

Richard Wish a ouvert la deuxième partie des discussions, en prenant acte du nombre croissant d'affaires de *gun jumping* et de l'importance de la date choisie pour tenir ces discussions à la lumière de deux affaires de première importance, à savoir l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE dans l'affaire Ernst & Young et la décision de la Commission européenne (CE) dans l'affaire Altice.

Pour clarifier encore la terminologie utilisée, le professeur Wish a expliqué la différence existant entre la réalisation anticipée procédurale et la réalisation anticipée sur le fond. La première correspond simplement à un défaut de notification, comme on l'a vu précédemment. La seconde se produit lorsque les parties commencent à procéder à la concentration avant que l'autorité de la concurrence ait rendu la décision d'autorisation

nécessaire. Le règlement CE sur les concentrations (RCEC)¹ contient deux dispositions différentes. L'article 4 impose la notification des concentrations avant leur réalisation et l'article 7 une obligation de suspension avant notification et autorisation (par exemple, dans l'affaire Altice, des amendes ont été imposées pour violation de ces deux dispositions). Si l'article 101 du TFUE proscrit les accords et les pratiques concertées (comme les échanges d'informations), les concentrations sont, en vertu de l'article 21(1) du RCEC, uniquement régies par le RCEC. Par conséquent, l'article 101 du TFEU ne s'appliquerait à aucune des infractions que constitue une réalisation anticipée sur le fond d'une opération de concentration. À l'inverse, la législation américaine ne contient pas d'équivalent de l'article 21(1) du règlement CE sur les concentrations, et la Loi Hart-Scott-Rodino et la Loi Sherman s'appliquent en parallèle.

M. Wish a ensuite présenté dans les grandes lignes les deux affaires européennes récentes. KPMG Danemark et Ernst & Young avaient notifié une fusion à l'autorité danoise de la concurrence, qui leur avait accordé une autorisation sans condition. Le jour de la signature de l'accord de fusion (antérieur à la notification), KPMG Danemark a mis fin à son accord de coopération avec KPMG International. L'autorité danoise de la concurrence a estimé qu'il s'agissait d'une infraction à l'obligation de suspension. La Cour de Justice, dans sa décision préjudicielle, a fait valoir qu'une concentration conduisait à un changement durable du contrôle. Les actions qui ne contribuent pas à un changement du contrôle ne sont pas couvertes par l'article 7(1), même si elles sont accessoires à la concentration. Leur mise en œuvre ne risque donc pas, en principe, de nuire à l'efficacité du contrôle des concentrations. De telles actions pourraient, néanmoins, être couvertes par l'article 101 du TFEU, et l'application de cet article ne devrait pas être limitée par une application trop large de l'article 7 (1) du RCEC.

Dans la décision concernant Altice, la Commission a imposé deux amendes : l'une pour infraction à l'article 4(1) et l'autre pour infraction à l'article 7(1) du RCEC. L'affaire est en appel. Altice avait mis en œuvre l'opération avant son autorisation de différentes manières : (i) l'accord de fusion prévoyait des droits de veto, qui permettaient à Altice d'influer sur la cible, (ii) Altice avait effectivement exercé une influence sur la cible, et (iii) il y avait eu des échanges d'informations qui ont été interprétés comme des actes d'influence.

Le professeur Whish a noté que différentes amendes et procédures s'appliquaient aux infractions à l'article 101 du TFEU et au RCEC. Il est donc capital de savoir quel dispositif est applicable. La décision de la Commission concernant Altice ayant été adoptée avant l'arrêt Ernst & Young, on peut espérer que la Cour apportera de nouveaux éclaircissements sur l'application des différents dispositifs aux diverses actions d'un processus de fusion.

Charlesa Ceres a ensuite exposé brièvement le point de vue des entreprises. Elle a souligné que ces dernières souhaitent respecter les règles, et éviter toute réalisation anticipée ; mais cela ne va pas sans mal, surtout lorsqu'il existe des événements déclencheurs ou des seuils complexes ou inédits, des processus fastidieux, ou des périodes de contrôle prolongées.

Il peut être difficile de déterminer les obligations relatives au dépôt des dossiers lorsque les opérations sont moins faciles à appréhender, comme les prises de participation minoritaire assorties de droits de veto. Les seuils de notification trop généraux ou peu clairs, et notamment les seuils de part de marché, créent également des difficultés. Si certaines opérations importantes peuvent à l'évidence exiger une autorisation de l'autorité de la

¹ Règlement n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »), 20 janvier 2004, Journal officiel L 24, 29.01.2004, p. 1 à 22.

concurrence, les règles peuvent être moins claires pour les acquisitions d'entreprises dont le chiffre d'affaires est relativement bas. Même si, parfois, une entreprise a globalement le sentiment que sa part de marché est faible, les éléments en attestant peuvent être rares. Ces règles peuvent donc avoir un effet dissuasif sur les opérations qui ne posent pas de problème, les entreprises pouvant parfois juger inutile de se lancer dans un processus de dépôt de dossier pour un investissement peu important qu'elles effectueraient sans cela.

Les mesures de contrôle interne comprennent la formation des salariés aux obligations en matière de dépôt de dossier, et les entreprises peuvent examiner toutes les opérations de manière centrale pour assurer une approche cohérente. Il peut être utile de consulter les autorités lorsqu'il s'agit d'une solution raisonnable. Aux États-Unis, par exemple, des questions anonymes peuvent être soumises à l'autorité pour savoir si elle souscrit à l'analyse présentée. Surtout, les consultations préalables doivent prendre la forme d'un bref processus d'enregistrement sans procédure prolongée.

Charlesa Ceres a recommandé la fixation de seuils suffisamment élevés, afin que les opérations insignifiantes ne soient pas prises en compte. Il est aussi utile que les pays fournissent des informations sur les exceptions ou prévoient des processus moins fastidieux pour les opérations sans chevauchements, ou les opérations de capital-investissement. Les prescriptions de notification devraient reposer sur des critères objectifs porteurs de certitude lorsqu'un dépôt de dossier est nécessaire. De plus, les obligations en matière de dépôt de dossier devraient s'appliquer uniquement lorsque l'opération est assortie d'un rattachement local suffisant, et la fixation de périodes de contrôle plus brèves, plus précises, pourrait aussi aider les entreprises à éviter toute réalisation anticipée sur le fond.

La gestion des accords existants ou potentiels entre les parties génère également des difficultés, car bien souvent, l'acheteur et le vendeur sont déjà liés. Il peut aussi être délicat de traiter avec les clients et les fournisseurs. Dès que l'opération est annoncée, l'entreprise commence à recevoir des demandes de ses clients, notamment de réunions conjointes avec les parties, afin de comprendre ce que cette opération implique pour eux. La plus grande difficulté vient toutefois des salariés des entreprises impliquées, en particulier lorsqu'il s'agit de l'actif le plus précieux de la société cible. L'élaboration de lignes directrices claires par les autorités pour l'audit préalable et la planification de l'intégration favoriseraient la mise en conformité, tout comme l'application de régimes de protection pour les questions comme les discussions sur les ressources humaines ou la communication avec les salariés. De plus, les sanctions devraient être davantage liées à la question de savoir si le comportement risquait de porter atteinte à la concurrence et être plus rares (ainsi, les infractions purement techniques ne devraient pas donner lieu à des sanctions).

La **France** a ouvert les discussions en démontrant que le contrôle *ex ante* des fusions était très important, et que les règles devaient être respectées, non seulement pour la crédibilité du système, mais parce que le *gun jumping* pouvait réellement porter atteinte à la concurrence sur un marché. Lorsque la France a rendu sa décision dans l'affaire Altice, l'autorité a examiné les pratiques européennes et américaines, notamment, en matière de prise de décision. Dans l'affaire Altice, il n'existait pas de difficultés particulières comme des exigences de notifications multiples, ni de périodes de contrôle prolongées. Si les comportements visant à préserver la valeur de la société cible peuvent être légitimes, il est essentiel qu'ils ne soient pas excessifs et qu'ils n'influent pas sur la gestion quotidienne de la cible. Dans l'affaire Altice, ces comportements étaient disproportionnés. La France est consciente de l'importance des orientations et l'autorité française a organisé plusieurs réunions avec le secteur privé, et publié des articles sur le sujet pour répondre aux questions

et pour contribuer à surmonter les difficultés liées à la prévention des réalisations anticipées.

Le **Royaume-Uni** a expliqué qu'il était doté d'un dispositif de notification spontanée et que par conséquent, si la CMA ouvre une enquête, parce que les parties effectuent une notification spontanée ou que la CMA engage elle-même la procédure, il n'y a pas d'obligation de suspension. Toutefois, la CMA peut imposer des mesures provisoires reproduisant cette obligation et, à certains égards, elle peut aller plus loin. Des mesures provisoires empêcheront les parties de poursuivre l'intégration, ou d'agir de façon à compromettre la capacité de la société cible de faire concurrence à l'acquéreur en toute indépendance. Elles empêcheront aussi tout nouveau transfert du contrôle ou de la propriété de l'entreprise cible à l'acquéreur. La CMA impose presque toujours des mesures provisoires lorsqu'elle commence à enquêter sur une fusion. Ces procédures se caractérisent souvent par un dialogue étroit entre la CMA et les parties à la fusion sur le comportement autorisé dans le cadre d'une mesure provisoire, car la portée de cette mesure est souvent très large. Les mesures provisoires pouvant induire un coût pour les parties à la fusion, il existe un processus de dérogation, qui permet aux parties de demander à la CMA l'autorisation d'entreprendre des actions, qui seraient sans cela proscrites par l'injonction provisoire d'application des dispositions légales. En général, la CMA accorde des dérogations lorsque ces actions ne semblent pas avoir de répercussions sur le chiffre d'affaires, ou lorsque cela est nécessaire pour préserver la valeur de l'entreprise cible.

La CMA a publié des orientations complètes sur les circonstances dans lesquelles une mesure provisoire peut être mise en place et la CMA est susceptible ou non d'accorder une dérogation. La pratique des trois dernières années sera prise en compte dans une version révisée des orientations qui vient de faire l'objet d'une consultation publique et qui devrait être publiée sous peu.

La **Belgique** a commencé par relever que l'autorité proposait aux parties de participer à des réunions préalablement à la notification, afin d'évoquer des questions comme le *gun jumping* ou les dérogations à l'obligation de suspension. Le président de l'autorité peut lever l'obligation de suspendre l'opération à tout moment au cours de l'enquête, voire avant la notification, mais il ne peut s'agir que d'une dérogation partielle. Jusqu'à présent, l'obligation a été levée à deux reprises, notamment dans l'affaire Cordeel/Imtech. Cordeel exerce ses activités dans le secteur de la construction, dans lequel Imtech était un sous-traitant clé de l'entreprise. Cordeel pouvait être sauvé par l'opération à condition qu'il n'y ait aucun retard. L'opération ne semblant pas susciter de sérieuses préoccupations en termes de concurrence, le président a levé l'obligation.

Le **BIAC** a souligné que l'une des principales justifications des fusions résidait dans une efficacité accrue, qui améliore le bien-être. Ces gains d'efficacité peuvent être retardés ou compromis lorsque les activités des entreprises sont soumises à des restrictions excessives au cours de la période suspensive. Les gains d'efficacité jouent aussi un rôle croissant dans l'analyse menée par les autorités, et il revient aux entreprises de fournir des informations et des preuves s'y rapportant. Les autorités exigent des analyses de plus en plus détaillées. Cela impose que les parties échangent certaines informations afin de prouver et de démontrer les gains d'efficacité allégués.

Des orientations concrètes peuvent s'avérer utiles pour éviter toute incertitude juridique susceptible de mettre en péril non seulement la justification adéquate des gains d'efficacité, mais aussi la mise en œuvre réussie d'une fusion. Il existe des garanties solidement établies, comme la création de salles d'information, la mise en place de « clean teams » et des accords de confidentialité. Cela étant, les informations requises pour étayer les gains

d'efficience vont parfois au-delà de ce qui est nécessaire pour évaluer/préserver la valeur d'une entreprise. Des orientations sont toujours utiles, et les autorités de la concurrence devraient préciser les échanges qui sont autorisés et les garanties qui conviennent. Des notions et des règles incertaines ainsi que des zones d'ombre ont contribué à l'incertitude juridique, et occasionnent des coûts et des inquiétudes pour les parties concernées.

La **Commission européenne** a confirmé que l'affaire Altice/PT Portugal présentait des similitudes avec la décision française concernant Altice. La décision de la Commission repose essentiellement sur trois éléments. Premièrement, l'accord entre le vendeur et Altice contenait une clause qui conférait à cette dernière des droits de vote si étendus qu'elle a acquis la possibilité d'exercer une influence déterminante sur certains pans de l'activité de PT Portugal. Deuxièmement, Altice a effectivement exercé une influence sur certains aspects commerciaux (campagnes de promotion, contrats importants, etc.). Et troisièmement, la décision a porté sur des échanges d'information.

La Commission européenne a relevé que l'arrêt concernant Ernst & Young était formulé de manière très prudente. Le tribunal danois avait demandé à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) s'il était nécessaire qu'une opération constitue un élément du changement de contrôle. La CJUE a reformulé cette question dans sa réponse en utilisant une terminologie différente : ce qui est nécessaire, c'est qu'une « opération contribue, en tout ou en partie, en fait ou en droit, au changement de contrôle ». Cela montre que les mises en œuvre partielles sont aussi considérées par la Cour comme étant contraires à l'obligation de suspension.

L'**Allemagne** a exposé les grandes lignes d'une affaire récente impliquant le numéro un de la distribution alimentaire en Allemagne, Edeka, qui a racheté son concurrent Tengelmann. L'Office fédéral des ententes a décidé qu'une mise en œuvre partielle d'une concentration avant obtention de l'autorisation pouvait violer l'obligation de suspension. Avant de notifier la fusion, les deux distributeurs avaient déjà conclu un vaste accord-cadre de coopération. Cet accord comprenait des mesures concrètes de mise en commun de l'achat et de la facturation des produits, ainsi que d'un certain nombre d'activités commerciales clés. La décision de l'Office fédéral des ententes, selon laquelle ces mesures constituaient une mise en œuvre partielle de la fusion, a été confirmée par la Cour fédérale allemande, après la décision rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Ernst & Young.

La Cour fédérale de justice allemande a appliqué deux critères. Le premier était de savoir si un comportement préalable à la conclusion de l'opération permettrait de mettre en œuvre au moins partiellement les effets de la concentration. Le second consistait à effectuer une comparaison avec le comportement des entreprises indépendantes. Un comportement que l'on n'attendrait pas, dans d'autres circonstances, d'une entreprise indépendante, pourrait être considéré comme un élément pertinent pour l'évaluation d'une infraction à l'obligation de suspension. Le contrôle des fusions n'étant pas pleinement harmonisé en Europe, l'Allemagne a défini différents types de concentrations, en deçà du niveau de contrôle, ce qui a permis à la Cour fédérale de justice de donner une interprétation de ces règles différente de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Même au vu des toutes dernières décisions de justice, les parties à la fusion disposent toujours d'une marge de manœuvre pour satisfaire les besoins d'informations et de coordination qui sont justifiables dans le cadre d'une opération. Une certaine incertitude demeurera toujours, mais la décision récente n'a pas accentué l'incertitude pour les parties.

Le **Danemark** a expliqué qu'il avait décidé de poursuivre Ernst & Young en premier lieu parce que les entreprises avaient besoin d'orientations sur la réalisation anticipée des

opérations, et que les faits de la cause étaient très simples et faciles à comprendre. Il existe aujourd'hui davantage d'orientations sur le *gun jumping*, mais des incertitudes persistent quant à la mise en œuvre partielle. Le Danemark a aussi noté qu'une affaire relevant l'article 101 du TFEU était différente de l'infraction à l'obligation de suspension. Dans une affaire relevant de l'article 101, les autorités doivent commencer par se demander s'il s'agit d'une infraction par objet ou par effet. De plus, des difficultés peuvent surgir dans les fusions verticales.

Les **États-Unis** ont indiqué qu'outre la Loi Hart-Scott-Rodino, les réalisations anticipées pouvaient être illégales en vertu de l'article 1 de la Loi Sherman et de l'article 5 de la Loi sur la FTC, qui proscrie les méthodes de concurrence déloyales. L'article 1 de la Loi Sherman interdit les accords entre concurrents qui portent atteinte à la concurrence, ce qui peut comprendre les cas de fusion d'entreprises qui s'entendent sur les prix ou les conditions contractuelles, ou de signature d'accords de partage du marché ou de répartition des clients. Pendant la période préalable à la réalisation effective, l'échange et l'utilisation d'informations sensibles peuvent aussi constituer une infraction à l'article 1. Les entreprises qui enfreignent la Loi Hart-Scott-Rodino sont passibles de sanctions civiles, qui sont fixées par jour et par entreprise, et peuvent être tenues d'octroyer une réparation, comme la restitution de gains obtenus illégalement.

Dans la pratique, il est fréquent que les parties transfèrent prématurément la propriété effective en autorisant l'acquéreur à prendre le contrôle opérationnel des actifs faisant l'objet de l'acquisition. Dans l'affaire Flakeboard/Sierra Pine, les parties ont conclu un accord préalable à la fusion illégal afin de fermer l'usine de Sierra Pine et d'en déplacer les clients vers les produits Flakeboard. C'est aussi l'exemple d'une affaire dans laquelle les parties ont accepté une sanction civile, mais aussi un règlement à l'amiable prévoyant la restitution de plus d'un million USD. Le *gun jumping* peut aussi consister à mettre la main sur les fonctions de gestion, comme la prise de décision *ad hoc*, mais aussi prendre la forme d'accords formalisés dans des contrats de fusion (comme dans le cas de Gemstar-TV Guide International). Les affaires de réalisation anticipée ne dépendent pas de la violation de l'article 7 du Clayton Act. La fusion Gemstar-TV Guide n'a pas été remise en cause par les autorités de la concurrence. Malgré cela, toutes les parties restaient responsables des infractions pendant la période suspensive. La délégation a ajouté que les autorités américaines tentaient de régler cette question depuis des décennies par divers moyens. Outre des exemples de mise en œuvre et des affaires, les autorités ont publié des déclarations détaillées concernant l'impact sur la concurrence et plusieurs discours de responsables d'autorités traitant spécifiquement des questions liées au *gun jumping*, en particulier un discours prononcé par William Blumenthal lorsqu'il était Directeur juridique de la FTC américaine.

Jay Modrall a commenté la contribution des États-Unis. Il a relevé que même si le discours de William Blumenthal restait très utile, des orientations plus formelles et actualisées seraient les bienvenues. Il a aussi noté que si l'affaire Flakeboard établissait une distinction entre la mesure corrective relevant de la Loi Sherman et celle entrant dans le cadre du Clayton Act, elle n'analysait pas les différents éléments de ces infractions en détail. Certaines affaires plus anciennes, comme celle de Gemstar, ne font, selon lui, aucune distinction de ce type. L'affaire Flakeboard peut correspondre à une pratique qui évolue, mais de plus amples éclaircissements seraient les bienvenus.

Charlesa Ceres a indiqué que des orientations prévoyant des régimes de protection, permettant aux entreprises de savoir qu'elles exercent leurs activités d'une manière que les autorités de la concurrence approuvent et jugent acceptable, seraient utiles.

Le **président** a ensuite donné la parole à l'Australie et insisté sur des faits intéressants. Premièrement, l'ACCC a à cœur de s'assurer qu'aucune coordination n'a lieu entre les parties tant que la fusion n'est pas autorisée. Deuxièmement, l'autorité applique les dispositions concernant les ententes aux infractions que constituent les réalisations anticipées. Troisièmement, l'autorité suspend l'examen des notifications de fusion pendant les enquêtes sur les cas de *gun jumping*.

L'**Australie** a expliqué que la Cour fédérale australienne était actuellement saisie de deux affaires, dans lesquelles des concurrents avaient coordonné leur comportement à des fins anticoncurrentielles, et dont l'une impliquait des allégations d'entente. La précédente affaire dans ce domaine datait de 22 ans plus tôt, soit 1996. Dans l'une des affaires qui méritent d'être mentionnées, les parties étaient présentes sur le marché du stockage de sang et de tissus du cordon ombilical. Les parties étaient les deux seuls prestataires de ce service en Australie. Ils ont convenu de fusionner sans demander l'autorisation de l'ACCC, qui a lancé une enquête. L'autorité a découvert que dans le cadre de l'accord conclu, le vendeur avait accepté de transmettre toutes les demandes de ses clients à l'acquéreur et cessé de fournir des services à de nouveaux clients. Il s'agissait donc probablement d'une entente, qui sortait du cadre de la disposition relative aux chevauchements. Cette affaire, actuellement en instance devant les tribunaux, montre clairement que selon l'ACCC, les parties devraient s'abstenir de se coordonner avant la réalisation de la fusion, et que les affaires comme celles-ci devraient être notifiées. Si l'ACCC établit qu'il y a eu action concertée, les parties ne tireront pas avantage du processus d'autorisation de la fusion. L'autorité engagera immédiatement une action pour faire respecter la législation sur les ententes.

La **Nouvelle-Zélande** a mentionné un cas de coordination entre des prestataires de services de tests d'infections communautaires, qui a été mis en évidence au cours du processus de contrôle d'une autre fusion impliquant l'une des parties. Il s'agissait d'une coordination préalable à la fusion de deux prestataires de services de ce type. Lorsque les parties ont pris conscience que l'autorité enquêtait sur ces pratiques, elles y ont mis fin. Elles ont aussi mis un terme aux négociations relatives à la fusion lorsque l'autorité a interdit la deuxième fusion qui avait donné lieu à la première enquête, et coopéré avec l'autorité. La procédure a conduit à une condamnation négociée. Une amende très modeste de 100 000 NZL a été imposée, et répartie entre les deux parties. L'affaire n'a pas donné lieu à des poursuites dans le cadre des dispositions relatives aux ententes, car à l'époque, celles-ci se limitaient aux ententes sur les prix. L'autorité a engagé des poursuites au titre de l'article 27 de la Loi sur le commerce, qui concerne les accords ayant pour objectif ou pour effet de diminuer substantiellement la concurrence.

Israël a tout d'abord noté qu'il avait raccourci la durée du contrôle des fusions, et qu'il délivrait les autorisations dans un délai de 3 à 5 jours. De ce fait, les entreprises ont davantage tendance à notifier une fusion, même en cas de doute, car le processus est rapide et facile à gérer. L'autorité a également édicté une ligne directrice sur les circonstances dans lesquelles un dossier doit être déposé pour une fusion, et sur les échanges d'informations qui sont autorisés entre la signature de l'accord et l'achèvement de l'opération. Lorsque l'opération concerne des sociétés en faillite et que des capitaux doivent être injectés pour protéger l'entreprise cible, l'autorité attend des entreprises qu'elles se présentent à elle et se concertent avec elle.

Charlesa Ceres a relevé que le système israélien était bienvenu, les parties devant communiquer davantage d'informations lorsque certains critères sont remplis, et moins de renseignements lorsque les difficultés sont moindres.

Le **Chili** a déclaré que jusqu'en 2017, il disposait d'un système de notification spontanée, et que depuis lors, une seule affaire de réalisation anticipée, avec infraction à l'obligation de suspension, s'était présentée. En l'occurrence, après avoir déposé le dossier de notification, les parties ont expliqué qu'elles devaient concrétiser l'opération avant l'autorisation en raison d'autres obligations juridiques. Les parties ont élaboré un accord de scission partielle pour gommer les effets de l'opération sur le marché chilien. L'autorité a ouvert une enquête pour infraction à l'obligation de suspension, laquelle a débouché sur un accord avec les parties. Il s'agissait de la première affaire de *gun jumping* enregistrée au cours des premiers mois d'existence du nouveau système de notification des fusions. L'autorité a conclu qu'une scission partielle bien conçue ou complexe et efficace pourrait servir de moyen de défense, ou à atténuer la responsabilité. Dans sa réponse au président, le Chili a expliqué que l'autorité avait conclu un accord parce qu'il était plus utile de créer un précédent montrant que les parties étaient disposées à payer une amende, sans en donner les raisons.

3. Orientations et activités de sensibilisation des autorités

La troisième partie a été introduite par le **Japon**, qui a expliqué qu'en raison de l'ampleur de ses efforts de sensibilisation, le droit de la concurrence et le dispositif de contrôle des fusions étaient largement connus. La JFTC a placé, sur son site Internet, des informations très claires et des explications faciles à comprendre au regard des événements déclencheurs, des seuils et du système de contrôle des fusions. La JFTC fournit des conseils lors de consultations préalables. De plus, elle organise des séminaires et des ateliers huit fois par an environ.

La **Turquie** a expliqué que ces dernières années, le nombre d'affaires de *gun jumping* avait diminué, aucune affaire n'ayant été enregistrée certaines années. Cela peut s'expliquer par l'intensification des activités de sensibilisation au droit de la concurrence menées par l'autorité turque de la concurrence et par la hausse du nombre de juristes maîtrisant suffisamment la Loi sur la concurrence. Ces dix dernières années, le nombre de facultés de droit enseignant le droit de la concurrence turc a augmenté, entraînant une progression du nombre de juristes au fait de la Loi sur la concurrence.

La **République tchèque** a expliqué que malgré les orientations qu'elle a publiées, des infractions relevant du *gun jumping* perduraient. Avant la publication de ces orientations, l'autorité n'avait été saisie que de trois affaires de réalisation anticipée d'une opération. Depuis, six ont été enregistrées. La Loi sur la concurrence ne définissant pas les pratiques de *gun jumping*, l'autorité tchèque de la concurrence s'emploie à faire preuve de transparence dans son processus décisionnel, et elle a publié un avis sur l'interdiction de la mise en œuvre des concentrations avant la délivrance de l'autorisation et sur les exemptions. Les lignes directrices sont disponibles sur le site Internet de l'autorité et se subdivisent en deux grandes parties. La première est consacrée aux actions dont les parties à la fusion devraient se garder avant d'obtenir l'autorisation. La seconde recommande les mesures qui devraient être prises par les parties lorsqu'elles ont l'intention de demander à être exemptées de l'obligation de suspension. Ces lignes directrices ont été complétées par d'autres relatives aux amendes imposées pour différents types d'infraction au droit de la concurrence, dont les réalisations anticipées, et à d'autres modes de règlement des différends en cas de telles infractions et à l'abandon des poursuites.

4. Poursuites et sanctions pécuniaires

Jay Modrall a ouvert les discussions sur les amendes et les poursuites, en mentionnant les amendes record infligées dans les affaires Altice. Ces dernières correspondent-elles à des cas isolés, témoignant de comportements extrêmes, ou constituent-elles la nouvelle norme ?

M. Modrall a constaté une forte progression des affaires de *gun jumping*, et notamment de celles dans lesquelles, au cours des deux dernières années seulement, des pays ont imposé leurs premières amendes, d'un montant conséquent pour certaines. On observe un écart très important entre certains pays, avec des amendes considérables dans l'UE et en France, et d'autres comme la Turquie, où les amendes sont très légères. Certains pays dotés de dispositifs très actifs de mise en œuvre de la législation sur la réalisation anticipée, comme l'Autriche et l'Irlande, imposent des amendes qui sont relativement basses. Il semble qu'elles passent pour être suffisamment dissuasives, même si elles s'inscrivent dans une fourchette de 100 000 EUR à 200 000 EUR et non dans celle de 1 à 2 millions EUR.

Ces disparités peuvent résulter de cadres juridiques différents. Le *gun jumping* peut constituer une infraction pénale ou administrative. Des traditions juridiques différentes peuvent aussi jouer, tout comme la philosophie des autorités répressives quant au montant de l'amende nécessaire, le cas échéant, pour exercer un effet dissuasif. Selon le dispositif, des orientations relatives aux amendes applicables en cas de manquement aux dispositions générales du droit de la concurrence peuvent aussi s'appliquer dans le contexte des réalisations anticipées. Dans l'UE, les décisions ont retenu, à titre de facteurs pertinents, des critères comme la négligence, l'intention ou la durée de l'infraction. M. Modrall a souligné le point de vue du secteur privé, selon lequel les entreprises souhaiteraient faire preuve d'une bonne compréhension de ces facteurs.

La **France** a apporté ensuite des explications sur l'amende infligée à Altice. L'amende maximum pouvant être imposée correspond à 5 % du chiffre d'affaires. Deux infractions distinctes aux dispositions relatives au *gun jumping* ayant été constatées, le plafond, dans le cas d'Altice, était de 1 milliard EUR. Pour déterminer le montant de l'amende, l'autorité a appliqué divers critères. Premièrement, elle a envisagé le volume de l'opération réalisée par les deux principaux opérateurs sur le marché des télécommunications. Deuxièmement, elle a pris en compte la grande diversité des pratiques de *gun jumping* observées dans ces affaires. Enfin, l'autorité s'est intéressée aux précédents en matière de réalisations anticipées, comme l'affaire Electrabel, dans laquelle une amende de 20 millions EUR avait été infligée. Elle a conclu qu'Altice constituait une affaire beaucoup plus grave. Cette décision peut être considérée comme un instrument pédagogique en soi. Elle viendra étayer les efforts de mise en œuvre entrepris, et elle sert d'exemple pour montrer qu'il existe un risque sérieux de sanction en cas d'infraction.

La **Commission européenne** a relevé que l'amende qu'elle avait infligée dans l'affaire Altice, soit près de 125 millions EUR, était à l'évidence élevée en termes absolus, mais que pour une entreprise de la taille d'Altice, dont le chiffre d'affaires dépasse 20 milliards EUR par an, le montant de la sanction devait être conséquent pour produire un effet dissuasif. L'un des facteurs qui accentuent la gravité de l'infraction tient à la question de savoir si la concentration crée des problèmes de concurrence. Comme l'ont indiqué les entreprises, dans les affaires qui font l'objet de contrôles prolongés, il peut être particulièrement fastidieux de respecter l'obligation de suspension. Cependant, il s'agit généralement des affaires dans lesquelles l'obligation de suspension est la plus importante, car ces opérations

sont celles qui risquent, au final, d'être interdites ou d'exiger des mesures correctives. Altice a obtenu une autorisation mais sous réserve de mesures correctives.

La Commission européenne a aussi précisé que l'imposition de sanctions pécuniaires en cas de violation de l'article 7 suivait des étapes similaires, à savoir communication des griefs, décision et contrôle juridictionnel, comme les affaires relevant de l'article 101. Pour ces deux infractions, les amendes sont plafonnées à 10 % du chiffre d'affaires.

Jay Modrall a noté que sur la base des amendes imposées à ce jour, la pratique à laquelle s'est livré Altice a visiblement été considérée comme une infraction plus grave que le simple fait de ne pas déposer de dossier de notification. Il s'est ensuite interrogé sur l'idée avancée selon laquelle des amendes plus lourdes étaient plus dissuasives vis-à-vis des pratiques de *gun jumping*, relevant que les entreprises et les juristes privés consacraient du temps et des efforts considérables pour éviter les réalisations anticipées et que tout incident de ce type était envisagé avec un grand sérieux.

L'**Autriche** a expliqué son système de poursuites, qui implique que les amendes sont fixées par le tribunal. Depuis 2002, 35 amendes ont été imposées, en appliquant un large éventail de critères, comme la gravité, la durée, le niveau de responsabilité, la capacité de paiement, et notamment le fait de savoir si l'infraction constitue un comportement anticoncurrentiel ou si elle risque de poser des problèmes au regard de la concurrence. Les tribunaux ont aussi estimé qu'une amende quasi symbolique ne serait pas suffisante, notamment lorsque les parties s'abstiennent délibérément d'effectuer une notification.

La **Corée** a déclaré que le montant moyen de l'amende par infraction s'élevait à 14 000 EUR environ. Les infractions à l'obligation de notification sont essentiellement dues à de simples erreurs, à une erreur de calcul des dates et des seuils et à l'inobservation des obligations par négligence. En attendant, aucun signe de recul des infractions n'a été observé ces trois dernières années. La KFTC continuera de contrôler le montant des amendes administratives afin de dissuader toute infraction. Les activités de sensibilisation, associées aux sanctions, peuvent jouer un rôle important dans la diminution du nombre d'infractions.

La **Lituanie** a observé que les infractions à la législation sur le *gun jumping* étaient considérées comme un manquement grave au droit de la concurrence. L'amende infligée pour de telles pratiques est calculée en deux étapes : premièrement, définition d'une amende de base, et deuxièmement, détermination de l'amende, en tenant compte de circonstances atténuantes ou aggravantes. L'amende de base est généralement fixée à 1 %, puis les amendes sont différenciées, par des majorations dans certaines affaires dans un souci de dissuasion, ou par des réductions, ce qui conduit à des amendes différentes pour des affaires différentes.

L'**Irlande** a expliqué que les réalisations anticipées constituaient une infraction pénale, de sorte que la CCPC pouvait enquêter sur ces infractions, mais que les poursuites étaient conduites par le Procureur général. L'amende maximum pouvant être imposée est très faible par rapport aux autres pays membres de l'OCDE. La CCPC estime que le risque de sanctions pénales encouru lorsqu'une opération qui aurait dû être notifiée ne l'a pas été constitue une part importante de la panoplie des instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence. Depuis la modification de 2014, la responsabilité de l'entreprise, et pas seulement de son dirigeant, peut aussi être invoquée au regard de l'infraction.

Dans ses observations finales, **Richard Whish** a indiqué qu'au Royaume-Uni, les notifications devant se faire spontanément, de 20 % à 30 % des affaires passant en Phase II au cours d'une année donnée correspondaient à des fusions achevées, dans lesquelles il a

parfois été très difficile de revenir sur ce qui s'était déjà produit. Dans les systèmes de notification obligatoire, dans lesquels les réalisations anticipées constituent une infraction, des difficultés peuvent surgir, et les autorités de la concurrence et les entreprises s'interrogent toujours de façon précise sur les situations qui sont susceptibles de générer des difficultés. Il n'y a toutefois pas lieu d'en exagérer l'ampleur. Les entreprises ont mis en place des mécanismes très sophistiqués pour empêcher ce type de problèmes, et des avocats extérieurs ont l'habitude de les conseiller à ce sujet. En ce qui concerne la question des orientations et du rôle important des activités de sensibilisation, M. Wish s'est demandé s'il était judicieux pour une autorité ayant tout juste pris une décision de rédiger des orientations. Les orientations sont utiles lorsqu'elles sont destinées à rendre compte d'une longue pratique ayant permis de réunir d'importantes connaissances, mais cela est moins vrai lorsqu'elles reposent sur une décision prise l'année précédente.

Le **président** a remercié les experts et les délégués pour ces discussions très fructueuses.