



## QUEL CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS POUR LES FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITIONS (JV COOPÉRATIVES, PARTICIPATIONS MINORITAIRES, ACQUISITIONS D'ACTIFS, TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES, ETC.) ?

3 juillet 2014 | Mayer Brown, Paris



## FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITIONS DE CONTRÔLE EN EUROPE ET FUSIONS GLOBALES



Jean-Yves Trochon

Directeur juridique adjoint, Groupe Lafarge, Vice-président, Association française des juristes d'entreprise (AFJE)

**L**a notion d'opération contrôlable est similaire en droit français et européen. Elle est appréciée en fonction des circonstances de droit ou de fait. L'acquisition de contrôle implique la modification de la structure des marchés, quels que soient les montages juridiques retenus. Elle implique également une perte d'indépendance de la cible, ce qui exclut les opérations de réorganisation interne. La cible doit avoir une présence active sur un marché sur lequel on peut lui attribuer un chiffre d'affaire. Le critère du contrôle est la capacité à exercer une influence déterminante sur les décisions stratégiques de l'entreprise (et non pas seulement la gestion courante), qui s'apprécie grâce aux circonstances de droit et de fait (droit de veto, action de concert, convention de vote, relations contractuelles de long terme, etc.). Il faut donc au moins un droit participatif, un droit protectif seul n'est pas suffisant (notions empruntées aux règles de consolidation comptable). Mais il existe des exceptions

au principe d'acquisition de contrôle : d'une part les acquisitions non contrôlantes mais néanmoins notifiables (seuils de chiffre d'affaires, de parts de marché, ou de montants d'actifs acquis, comme c'est le cas dans certaines juridictions, eg Canada, USA, Brésil, etc.), d'autre part les acquisitions contrôlantes mais non notifiables (en deçà de certains seuils, eg 50 M€ de chiffre d'affaires pour la cible en France).

On trouve nombre de formes particulières d'acquisition de contrôle en droit européen : contrats complexes évoqués par les lignes directrices européennes (*Beherrschungsvertrag*, etc. : même sans contrôle capitalistique, il y a domination effective au terme de l'opération, l'influence déterminante restant le critère ultime), droits de veto sur certaines décisions stratégiques, franchises, location-gérance, portage, opérations liées, etc.

Les fusions globales sont des rapprochements de groupes qui opèrent dans un grand nombre de pays. Ils posent de nombreux problèmes : préparation de l'opération et des documents à soumettre à l'appui des notifications, « *gun jumping* » (pendant toute la période avant *closing*, les entreprises restent concurrentes et il faut s'assurer que le mariage n'est pas « consommé » à

l'avance), détermination des marchés pertinents (et des parts de marché combinées), structuration de l'opération (une fusion entre égaux implique une stricte parité, mais les modalités de réalisation de l'opération entraînent généralement un changement de contrôle « *in fine* »), détermination des pays où la notification s'impose (même en l'absence d'overlap, cela peut l'être en raison du seul changement de contrôle « *in fine* »). En présence de « *One-Stop-Shop* » Fora (eg *COMESA*), il faut déterminer s'il est aussi nécessaire de notifier aux pays membres. Par ailleurs, les règles de changement de contrôle en droit boursier et les règles de consolidation peuvent diverger des règles applicables en matière de contrôle des concentrations. Le *timing* global de l'opération (*pre-signing*, *signing*, *closing*) est très important, surtout s'il y a un *package* de remèdes à négocier. Dans les juridictions dans lesquelles le contrôle se fait *a posteriori*, comme l'Égypte ou l'Indonésie les choses sont apparemment plus simples, de même que lorsque les notifications sont facultatives (même si des parts de marché combinées significatives devraient inciter à le faire par prudence). Devant certaines juridictions nationales, la *clearance* est suspensive du *closing* total. ■

”  
LE TIMING GLOBAL DE L'OPÉRATION (PRE-SIGNING, SIGNING, CLOSING) EST TRÈS IMPORTANT, SURTOUT S'IL Y A UN PACKAGE DE REMÈDES À NÉGOCIER “

## QUEL CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS POUR LES FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITIONS

(JV COOPÉRATIVES, PARTICIPATIONS MINORITAIRES, ACQUISITIONS D'ACTIFS, TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES, ETC.) ?

3 juillet 2014 | Mayer Brown, Paris



# LES FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITION DANS LA PRATIQUE DÉCISIONNELLE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE



Simon Genevaz

Rapporteur général Adjoint,  
Chef du Service des concentrations,  
Autorité de la concurrence



**LA NOTION DE « FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITION » PEUT ÊTRE DÉFINIE COMME VISANT TOUTES LES OPÉRATIONS QUI NE PASSENT PAS PAR LA PRISE DE PARTICIPATION MAJORITAIRE DANS LA CIBLE.**

CES OPÉRATIONS PEUVENT SE SITUER À LA FRONTIÈRE ENTRE CE QUI EST NOTIFIABLE ET CE QUI NE L'EST PAS.

TROIS FORMES PARTICULIÈRES D'ACQUISITION SONT RÉCURRENTES AU NIVEAU FRANÇAIS : LES PRISES DE CONTRÔLE SUR BASE CONTRACTUELLE, LA CONSTITUTION D'ENTREPRISES COMMUNES À LA FRONTIÈRE DU PLEIN EXERCICE, LES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES.

P our définir la notion « formes particulières d'acquisition », il faut rappeler que la forme la plus commune des concentrations est la prise de participation majoritaire dans la cible. Les formes « particulières » sont donc toutes les autres, ce qui reste large. Dans la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, ces opérations ne font pas l'objet d'un examen particulier au fond, elles sont traitées comme les autres. Mais, par nature, ces opérations sont à la frontière entre ce qui est notifiable et ce qui ne l'est pas. On en distingue trois formes, qui sont récurrentes en contrôle français des concentrations : les prises de contrôle sur base contractuelle, la constitution d'entreprises communes à la frontière du plein exercice et les transactions immobilières.

Les acquisitions par voie contractuelle sont courantes dans la grande distribution alimentaire. Pour la Commission, les franchises en soi ne donnent pas lieu à contrôle. C'est valable aussi en France. Néanmoins, la loi de modernisation économique a introduit des seuils particuliers plus bas pour les opérations dans le secteur du commerce de détail. Ceci a conduit, l'Autorité de la concurrence à regarder de près les relations contractuelles dans réseaux de distribution alimentaire, en particulier s'agissant des relations entre les têtes de réseaux et les franchisés. En témoigne le cas *Intermarché* : même si la tête de réseau ne détient parfois qu'une seule action dans le capital de

la cible, cette action est généralement assortie de droits spécifiques et qui contribuent à procurer, avec les contrats d'enseigne, un contrôle important de la tête de réseau sur ses membres (restriction de sortie du réseau, notamment, par des droits étendus de blocage ou de préemption). Le cas *Leclerc* est encore plus net dans la mesure où la tête de réseau n'a aucune participation au capital des enseignes, mais dispose grâce à différentes dispositions contractuelles liant les sociétés d'exploitation des magasins à la tête de réseau des pouvoirs considérables sur la gestion des magasins et leur maintien sous enseigne *Leclerc*, au point de conférer à la tête de réseau un contrôle conjoint. Dans ces cas, on est très loin de la franchise traditionnelle qui laisse une grande indépendance aux franchisés. Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, puisque l'association des centres Distributeurs E.Leclerc a introduit un recours à l'encontre de l'appréciation du contrôle par l'Autorité, mais il a préféré le 9 avril 2014 rejeter ces recours qu'il a jugé irrecevables.

Les entreprises communes se placent également parfois à la frontière du plein exercice, qui implique que l'entreprise accomplisse toutes les missions d'une entreprise autonome opérant sur un marché. Ce problème concerne par exemple le secteur agricole dans lequel les coopératives peuvent être amenées à constituer des entreprises communes, notamment pour l'achat en commun d'intrants en vue de leur revente aux membres du groupe ou à des tiers, ou pour la vente en commun de produits que leurs adhérents collectent. L'Autorité a pu ainsi constater l'inapplicabilité du contrôle des

concentrations à ces entreprises communes pour des motifs classiques (exclusivité d'approvisionnement vis-à-vis de la *Joint-venture* notamment, décision n° 12-DCC-13), ou plus originaux (fait que l'entreprise commune, outre des ressources propres limitées, propose une offre monoproduit sur un marché où les concurrents sont tous multiproduits, décision n° 13-DCC-64). Le contrôle est en revanche applicable lors de l'acquisition conjointe d'entreprises préexistantes (ce qui rend inutile l'examen du plein exercice, décision n° 13-DCC-64), ou en cas de mise en commun d'activités entre coopératives dans les *Joint-Ventures* de plein exercice (décisions n° 13-DCC-37, n° 14-DCC-86).

Les transactions immobilières constituent un problème plus limité : chaque année, seule une dizaine de notifications ont lieu. Les cas les plus aisés à appréhender concernent les immeubles existants : on adopte alors la même approche que pour les acquisitions d'actifs classiques (l'opération est contrôlable dès lors qu'un chiffre d'affaires est rattachable au bien considéré – typiquement les revenus tirés de la location – et atteint les seuils de l'article L. 430-2 I du code de commerce). Mais se pose aussi le problème des immeubles à construire : des précisions ont dû être apportées à cet égard dans les Lignes directrices en 2013 : « l'opération ne constitue une concentration que lorsque l'existence d'un chiffre d'affaires est rendue certaine à terme par exemple en raison d'une « pré-commercialisation », même partielle, du bien auprès d'un ou plusieurs tiers ». Toutefois, généralement, l'enjeu concurrentiel de ce type d'opération est faible compte tenu du caractère très atomisé du marché. ■



## LES ZONES GRISES DE LA NOTION DE CONCENTRATION

Nathalie Jalabert-Doury

Associée, Mayer Brown Paris



**COMMENT GÉRER LES ZONES GRISES ? IL FAUT TRAITER AUSSI EN AMONT QUE POSSIBLE LA STRUCTURATION « CONCURRENTIELLE » DES DEALS, EN AYANT RECOURS SI BESOIN À LA CONSULTATION INFORMELLE DES AUTORITÉS : ELLES Y SONT FAVORABLES.**

TROP PEU D'ENTREPRISES INSCRIVENT PAR AILLEURS LE SUIVI EX POST DE LEURS OPÉRATIONS DANS LEURS PROCÉDURES INTERNES POUR S'ASSURER QUE LA PRÉVISION DE CONTRÔLE OU NON QU'ELLES ONT FAITE SE VÉRIFIE SUR LE LONG TERME. "

**S**i la notion de concentration est *a priori* largement harmonisée en Europe, hors cas des participations minoritaires, certaines spécificités locales persistent. L'affaire *Eurotunnel* a ainsi montré que les avis d'autorités nationales pouvaient encore diverger sur la question de l'acquisition d'actifs : s'il ne faisait aucun doute qu'elle constituait en l'espèce une concentration pour l'Autorité française, le Competition Appeal Tribunal s'est interrogé sur plusieurs points et a renvoyé le dossier à la CMA pour n'avoir pas trouvé tous les éléments de justification attendus dans sa décision.

Certaines autorités nationales sont par ailleurs allées plus loin sur certains sujets que ne le laissait présager la Communication juridictionnelle de la Commission. Tel est le cas des acquisitions d'actifs immobiliers futurs et de certaines formes de contrats de distribution qui ont déjà été évoqués. On peut également mentionner les

licences de droit de propriété intellectuelle, qui ont donné lieu à une affaire *National Geographic* plutôt inattendue en Allemagne.

Certaines zones grises peuvent même être qualifiées de piégeuses. L'affaire *Electrabel* en fournit une illustration, avec un cas de participation minoritaire dans une société à contrôle public de droit (50 % des droits de vote devant être détenus par des entités publiques). Compte tenu de la dispersion de l'actionnariat et des niveaux de participation aux assemblées générales, la Commission a estimé être en présence d'un contrôle de fait. La Cour de Justice a aujourd'hui même rejeté le pourvoi de l'entreprise pour obtenir l'annulation de cette décision. L'acquisition de contrôle purement passive est encore plus susceptible de ne pas être détectée. On vise ici le cas où une modification de l'actionnariat ne concernant pas directement un actionnaire, dont la participation est inchangée, est néanmoins de nature à lui donner le contrôle (dilution d'un bloc de contrôle comme dans l'affaire *RTL-M6*).

Comment gérer ces zones grises ? Il faut traiter aussi en amont que possible la structuration « concurrentielle » des *deals*, en ayant recours si besoin à la consultation informelle des autorités : elles y sont favorables. Trop peu d'entreprises inscrivent par ailleurs le suivi ex post de leurs opérations dans leurs procédures internes pour s'assurer que la prévision de contrôle ou non qu'elles ont faite se vérifie sur le long terme.

Peut-on espérer que ces zones grises s'atténuent ? L'ICN a beaucoup agi pour l'objectivisation des seuils, mais n'a pas lancé d'initiative concrète sur la définition des concentrations. L'ECN en est resté pour l'heure à une simple invitation à discuter des sujets de qualification de concentration en présence de notifications parallèles. L'OCDE en 2013 ou le rapport Zivy de 2014 se sont plus directement penchés sur la question. Quoi qu'il en soit, il faut que la prochaine révision du Règlement concentrations soit l'occasion d'une véritable mise à niveau de la Communication de la Commission sur le sujet : il s'agit d'un chantier laissé à l'abandon depuis 2008 et, à l'époque, seules quelques retouches ponctuelles y avaient été apportées... ■

# CONCURRENCES :

## REVUE TRIMESTRIELLE DÉDIÉE AUX DROITS INTERNE ET EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE



**C**oncurrences est une revue universitaire trimestrielle dédiée aux droits interne et européen de la concurrence. Créée en 2004 par Laurence Idot, Frédéric Jenny et Nicolas Charbit, la revue est un forum de discussions entre universitaires, magistrats et praticiens du droit de la concurrence. En quelques années, Concurrences est devenue une revue de référence en matière de droit et politique de la concurrence et de la régulation, tant en France qu'à l'international. Ses analyses et opinions ont apporté une contribution décisive à certains débats et réformes. Son rayonnement en dehors du champ des spécialistes est tel que plusieurs personnalités publiques de premier plan ont publié des points de vue dans ses colonnes : Jacques Barrot, Pervenche Berès, François Hollande, Christine Lagarde, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy... Depuis octobre 2007, la revue Concurrences figure dans le classement du CNRS des revues à comité de lecture dans le champ de l'économie et de la gestion (section 37). ■

DEPUIS 2004

36

Numéros publiés

7000

Articles publiés

250

Pages en moyenne par N°

800

Auteurs nouveaux chaque année

# INSTITUT DE DROIT DE LA CONCURRENCE :

## EDITEUR SPÉCIALISÉ INDÉPENDANT

**L'**Institut de droit de la concurrence est une maison d'édition dédiée au droit de la concurrence et à la régulation économique et l'économie industrielle. Il a été créé en 2004 par Nicolas Charbit. L'objectif de l'Institut est de promouvoir la recherche en droit de la concurrence et de la régulation. L'Institut organise à cette fin des séminaires en Europe et aux Etats Unis et édite des revues et bases de données en langues française et anglaise. Afin d'assurer indépendance, rigueur et objectivité, chacun de ces séminaires et publications est placé sous la supervision d'un comité scientifique et/ou d'un comité éditorial. Grâce à ses travaux, l'Institut est devenu en quelques années un groupe de réflexion et un centre de recherches de référence en droit de la concurrence et de la régulation.

L'Institut organise de manière régulière des conférences et séminaires à Paris, Bruxelles, Londres et, plus récemment, New York et Washington. Depuis 2004, plus de 150 événements ont eu lieu, réunissant un total de plus de 6000 personnes. La plupart de ces événements ont donné lieu à publication dans la revue Concurrences. Ces séminaires peuvent prendre différents formats : conférences annuelles, déjeuners débats, cycles de conférences, ou, dîners.

### INTERVENANTS

Joaquin Almunia, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bill Kovacic, Kai-Uwe Kuhn, Bruno Lasserre, Cecilio Madero, Carles Esteva Mosso... ■

DEPUIS 2004

150

Conférences et séminaires : Paris, Bruxelles, Londres, New York, Washington

100

Actes publiés

550

Intervenants

6000

Participants