



ARTICLE



« GUN JUMPING » ET ABSENCE DE NOTIFICATION : L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE SANCTIONNE POUR LA PREMIÈRE FOIS

ANNULE - Concurrence, régulation européenne et FDI | 15/04/22 |

Dans sa décision n°22-D-10 du 12 avril 2022 (la « **Décision** »)[1], l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») a prononcé une amende de 7 millions d'euros à l'encontre de la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation (« **COFEPP** ») pour avoir réalisé une opération de concentration[2] sans l'avoir notifiée à l'Autorité, et sans attendre son autorisation. C'est la première fois que l'Autorité sanctionne ces deux infractions dans une même décision.

COFEPP est la holding de tête d'un groupe actif dans la production et la distribution de spiritueux, vins, sirops et jus de fruits. Le 3 janvier 2019, elle a notifié à l'Autorité son projet de prise de contrôle exclusif de la société Marie Brizard Wine & Spirits (« **MBWS** »), active sur les mêmes marchés et par conséquent, concurrente de COFEPP (l'« **Opération** »). L'Opération a été autorisée sous réserve de la mise en œuvre de certains engagements le 28 février 2019[3], et officiellement réalisée le 1er mars 2019.

Toutefois, vraisemblablement intriguée par des informations communiquées dans le cadre de la notification et à l'issue d'une enquête débutée quelques semaines plus tard, l'Autorité a constaté que COFEPP exerçait déjà un contrôle de fait sur MBWS plusieurs mois avant la notification, et *a fortiori*, l'autorisation de l'Opération.

COFEPP n'a pas contesté la réalité des pratiques et a souhaité mettre en œuvre la procédure de transaction[4].

Après avoir rappelé les principes applicables à la réalisation et au contrôle des opérations de concentration (1), la Décision décrit précisément les faits qui ont permis de caractériser les infractions reprochées (2).

L'obligation de notifier l'opération et l'effet suspensif de la notification

Les entreprises parties à une concentration notifiable en France[5] sont soumises à deux obligations obligation :

- notifier l'opération à l'Autorité,
- attendre que l'Autorité approuve l'opération pour procéder à sa réalisation.

L'absence de notification, tout comme la réalisation anticipée de l'opération, désignée communément sous le terme de « gun jumping »[6], sont chacune sanctionnées par une amende qui peut aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise responsable de la notification[7].

La Décision précise qu'il s'agit de « *deux obligations distinctes, qui poursuivent des objectifs autonomes* »[8]. Leur violation constitue deux infractions distinctes, qui peuvent être sanctionnées par deux amendes. L'Autorité s'aligne formellement avec la position récemment affirmée par les juridictions communautaires[9].

Comme le rappelle la Décision, ces règles visent notamment « *à empêcher que les parties à l'opération cessent, avant la date d'autorisation, de se comporter comme des concurrents pour agir comme une entité unique* », et « *garantit en outre, qu'une opération de concentration ne commence pas à produire ses effets sur les marchés concernés avant que l'Autorité ait été en mesure de les apprécier* »[10].

Le contrôle exercé par COFEPP sur MBWS avant la notification et l'autorisation de l'Opération

La Décision décrit ensuite les critères qui permettent de déterminer qu'une opération de concentration a été effectivement réalisée : tel est le cas « *lorsque, sans que la propriété des actifs soit transférée [...], l'acquéreur acquiert néanmoins une influence déterminante sur tout ou partie des activités de la cible* ».

Cette influence déterminante doit être entendue « *comme le pouvoir de contrôler la prise de décisions stratégiques* », et s'apprécie alors « *au regard de toutes les circonstances de droit et de fait* », selon la méthode classique du faisceau d'indices[11].

En l'espèce, la Décision relève trois séries de circonstances qui ont permis de caractériser l'existence d'une influence déterminante de COFEPP sur MBWS avant la notification et l'autorisation en 2019.

En premier lieu, à partir de 2015, COFEPP a augmenté sa participation dans MBWS, jusqu'à en devenir l'actionnaire majoritaire en 2017, ce qui s'est logiquement traduit par une position forte au sein de l'assemblée générale et du conseil d'administration (3 des 11 administrateurs de MBWS étaient des dirigeants de COFEPP).

Cette présence a permis à COFEPP d'accéder à des informations sensibles sur l'activité de MBWS : budgets prévisionnels, « *informations sur les perspectives commerciales et marketing* », données relatives aux volumes de vente.



Ces informations stratégiques ont d'ailleurs été transmises en violation de plusieurs dispositions qui visaient justement à prévenir leur divulgation[12].

D'après la Décision, cet « accès privilégié à des informations détaillées et régulières a permis à COFEPP d'effectuer un suivi étroit de l'intégralité des activités de MBWS et d'interférer dans certaines prises de décisions », et constitue donc un premier indice de l'exercice d'une influence déterminante[13].

En deuxième lieu, les relations commerciales et financières entre COFEPP et MBWS se sont intensifiées préalablement à la notification de l'Opération.

COFEPP est devenu l'un des principaux fournisseurs de MBWS et lui a octroyé une importante ligne de crédit, grâce à laquelle MBWS a pu maintenir une trésorerie positive. Elle lui a également apporté un soutien financier à plusieurs reprises, notamment par le versement d'une avance en compte courant d'un montant de 7,5 millions d'euros.

Pour la Décision, l'« étroitesse des relations commerciales et financières ainsi entretenues » et l'appui apporté par COFEPP à MBWS, « participent du faisceau d'indices révélant l'influence déterminante »[14].

Enfin, en troisième lieu, dès 2018, COFEPP est intervenue directement dans les décisions stratégiques et opérationnelles de MBWS.

La Décision vise particulièrement son implication dans la nomination du nouveau directeur général de MBWS : elle relate avec précision l'influence exercée par les dirigeants de COFEPP et leur « rôle déterminant dans le choix final du directeur général »[15], qui est une décision particulièrement stratégique. C'est d'ailleurs cet élément que l'Autorité retient pour déterminer la date à laquelle l'Opération a été réellement réalisée.

COFEPP s'est également immiscée dans la politique commerciale et budgétaire de MBWS : la Décision évoque sa participation dans la renégociation d'un important contrat de fourniture et l'élaboration du plan stratégique de MBWS, son ingérence dans les relations cette dernière avec ses investisseurs et son influence sur certains produits commercialisés par MBWS.

La Décision constate qu'il « résulte de l'ensemble des circonstances de droit et de fait exposées ci-dessus que COFEPP a exercé un contrôle de fait sur MBWS, cible de l'opération de concentration, plusieurs mois avant la notification de cette opération ».

Elle conclut donc que l'Opération a été réalisée sans être notifiée, et sans attendre l'autorisation de l'Autorité de la concurrence et que « COFEPP a commis chacune des deux infractions définies respectivement au I et au II de l'article L. 430-8 du code de commerce »[16].

Pour déterminer le montant de la sanction, la Décision applique les critères habituels.

Elle relève une circonstance aggravante : les infractions constatées ont procédé « d'une accumulation de comportements traduisant une volonté délibérée »[17] de COFEPP, qui avait pourtant parfaitement connaissance des obligations que les règles du contrôle des concentrations faisaient peser sur elle.

Elle constate également que les comportements dénoncés se sont maintenus et même amplifiés à la suite de la notification de l'Opération, alors même que l'Autorité exerçait un contrôle.

Enfin, la Décision décrit enfin de manière intéressante l'appréciation de la durée des pratiques en cause :

- la violation de l'obligation de notification préalable constitue une infraction instantanée, et plus précisément une infraction permanente, « dont l'acte matériel s'exécute également en un trait de temps, mais dont les effets se prolongent dans la durée, sans nouvelle intervention de l'auteur des faits »[18] ;
- à l'inverse, la réalisation anticipée d'une concentration « constitue une infraction continue qui dure aussi longtemps que l'Autorité n'autorise pas l'opération ». En l'espèce la durée est considérée comme maximale « en ce qu'elle couvre l'intégralité de la période suspensive »[19].

Compte tenu de ces éléments, la Décision prononce une amende de 7 millions d'euros à l'égard de COFEPP, ce qui représente environ 1 % du chiffre d'affaires qu'elle et MBWS ont réalisé en France en 2020.

La Décision est un nouvel exemple de la particulière surveillance de l'Autorité sur la période qui précède son autorisation des concentrations notifiables et de sa capacité à identifier et sanctionner des comportements pathologiques. Il appartient indubitablement aux entreprises de redoubler de vigilance, même lorsque leurs opérations ne leur confèrent pas la majorité du capital.



[1] https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2022-04/22d10_0.pdf

[2] La prise de contrôle d'une entreprise par une ou plusieurs autres, la fusion de deux entreprises indépendantes ou la création d'une entreprise commune, constituent des opérations de concentration (article L. 430-1 du code de commerce).

[3] Décision n° 19-DCC-36 du 28 février 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Marie Brizard Wine & Spirits par la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation

[4] Conformément à l'article L. 464-2, III du code de commerce, lorsque l'Autorité adresse une notification de griefs, qui précise les pratiques anticoncurrentielles qu'elle reproche à une entreprise, cette dernière peut renoncer à contester les griefs afin de bénéficier d'une réduction d'amende et de mettre un terme à la procédure.

[5] Article L. 430-3 du code de commerce : une opération doit être notifiée lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes des entreprises concernées est supérieur à 150 millions d'euros, et que le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par au moins deux entreprises concernées est supérieur à 50 millions d'euros.

[6] Cette expression renvoie aux faux départs dans les compétitions sportives.

[7] Article L. 430-8, I et II du code de commerce.

[8] Paragraphe 42.

[9] Voir les arrêts du 4 mars 2020, Marine Harvest/Commission, C-10/18 P et du 22 septembre 2021, Altice Europe NV/Commission, T-425/18.

[10] Paragraphe 40 de la Décision.

[11] Paragraphes 44 et 45 de la Décision.

[12] En particulier le règlement intérieur de MBWS et l'accord de confidentialité signé entre les parties à la suite de la prénotification de l'opération.

[13] Paragraphe 58 de la Décision.

[14] Paragraphe 63 de la Décision.

[15] Paragraphe 66 de la Décision.

[16] Paragraphe 82 de la Décision.

[17] Paragraphe 95 de la Décision.

[18] Paragraphe 97 de la Décision.

[19] Paragraphe 98 de la Décision.
