

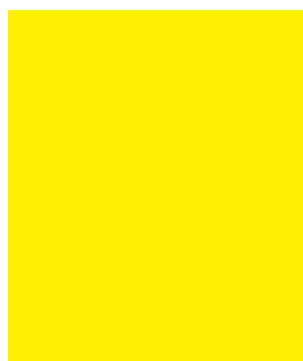
Le « *fix-it first* » ou les bénéfices de l'engagement anticipé

Par Karine Turbeaux, avocat à la Cour, et Muriel Perrier, avocat. **Cabinet Renaudier**

La décision du 15 mai 2015 par laquelle l'Autorité de la concurrence a pour la première fois accepté la technique du « *Fix-it first* » est l'occasion d'étudier plus en détail ce mécanisme méconnu et les avantages qu'il peut apporter à une entreprise bien préparée.



Karine Turbeaux,
avocat à la Cour



Muriel Perrier,
avocat

SUR L'AUTEUR

Karine Turbeaux est avocat associé au sein du cabinet Renaudier, qui est dédié exclusivement au droit économique et qui est l'un des cabinets d'avocats français les plus actifs dans ses principaux domaines d'activité – distribution, concurrence, concentrations – tant en conseil qu'en contentieux.

Muriel Perrier

Lorsqu'une concentration porte significativement atteinte à la concurrence, l'opération ne peut être autorisée par l'Autorité de la concurrence que si elle s'accompagne de mesures correctives qui peuvent prendre la forme d'engagements de cession d'activité(s) comprenant des actifs corporels et/ou incorporels. Le cédant s'engage alors à ne pas faire l'acquisition des actifs cédés pendant une période suffisamment longue, généralement fixée à dix ans à compter de la décision de l'Autorité. Toutefois, la réalisation des engagements de cession peut se révéler difficile voire impossible lorsque aucun repreneur n'a été trouvé dans le délai imparti. La partie notifiante de l'opération de concentration s'expose alors à une sanction voire à l'annulation de la décision d'autorisation de l'opération. Afin de pallier cette difficulté, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence ont introduit en 2013 la technique du « *Fix-it first* », reconnue par la Commission en 2008 et directement importée du droit des concentrations américain. Elle consiste, au même titre que la technique du « *Up front buyer* », en une réalisation anticipée des engagements

mais constitue, au final, une méthode bien plus avantageuse pour l'entreprise.

Une manière de rassurer l'Autorité de la concurrence

La technique « *Fix-it first* » permet aux parties à l'opération de proposer à l'Autorité de la concurrence un repreneur de l'activité posant des problèmes de concurrence dès le stade de la notification de l'opération et bien avant la décision d'autorisation de la concentration. L'Autorité étudiera alors les effets de l'opération en prenant en compte la cession proposée et l'identité du repreneur, étant précisé que celui-ci doit être indépendant des parties et posséder les compétences et la capacité financière suffisantes pour concurrencer les parties. La cession ne doit pas être une simple éventualité car l'Autorité exige qu'elle fasse l'objet d'un accord contraignant entre le cédant et le repreneur.

Cette technique a été utilisée en France pour la première fois dans le cadre de l'opération de rachat de Totalgaz par UGI France¹, société mère d'Antargaz, concurrent direct de Totalgaz. Cette opération avait pour effet de renforcer considérablement la position

d'Antargaz en lui accordant le contrôle des principales infrastructures d'approvisionnement en GPL. Afin de prévenir les atteintes à la concurrence sur les marchés du GPL vendu en vrac, UGI France a proposé à l'Autorité de la concurrence de céder la participation d'Antargaz dans le capital d'un dépôt d'importation maritime de GPL (le dépôt de Norgal) à son concurrent Butagaz, permettant ainsi à ce dernier de devenir actionnaire aux côtés de la nouvelle entité (qui conserve les participations détenues par Totalgaz) et d'un troisième concurrent, la société Vitogaz. La situation concurrentielle existante avant l'opération était ainsi préservée puisque le dépôt maritime initialement détenu par trois opérateurs (UGI France/Antargaz, Totalgaz et Vitogaz) l'était encore après l'opération (UGI France, Vitogaz et Butagaz).

Un pouvoir de négociation différent

Au-delà de ses effets correctifs, la technique du « *Fix-it first* » permet à l'entreprise cédante de négocier la cession d'activité en dehors du cadre de la procédure d'engagements pris devant l'Autorité de la concurrence qui,

LES POINTS CLÉS

- Même si la technique « *Fix-it first* » semble être une contrainte pour les entreprises, elle peut se transformer en opportunité si elles l'organisent efficacement.
- La technique « *Fix-it first* » facilite la cession des actifs par l'entreprise.
- Elle doit être prise en compte par les entreprises à une période où l'Autorité de la concurrence se montre très ferme face au non-respect des engagements.

comme elle le souligne dans ses lignes directrices, peuvent « *encourager des comportements attentistes ou opportunistes de la part d'acquéreurs potentiels* » et enferme le cédant dans des délais de réalisation souvent trop courts pour négocier sereinement la cession envisagée. On peut même imaginer que, dans la mesure où ces cessions ou du moins les promesses de vente interviendraient avant la décision de l'Autorité, les concurrents ne soient pas au courant de la nécessité pour l'entreprise de

céder ces actifs, ce qui renforcerait encore son pouvoir de négociation.

L'absence de risques liés au respect des engagements

La technique « *Fix-it first* » présente également l'avantage qu'après la décision de l'Autorité autorisant l'opération, l'entreprise est définitivement libérée de toute forme d'engagement. En effet, les entreprises qui envisagent des concentrations problématiques doivent garder en tête les risques liés au non-res-

pect des engagements. L'Autorité de la concurrence peut utiliser les dispositions très contraignantes de l'article L.430-8-IV du Code de commerce pour assurer le respect des engagements pris. On pensera notamment à la décision rendue en 2012 contre le groupe Bigard² qui n'avait pas réussi, dans le délai très court qui lui était fixé (cinq mois pour un accord irrévocable de cession puis cession dans les deux mois), à céder une partie des actifs pour lesquels il s'était engagé. La condamnation d'un million d'euros aurait pu être évitée si Bigard avait trouvé un repreneur avant par la technique du « *Fix-it first* ».

Un mot à dire sur la concurrence à venir

Enfin, la technique « *Fix-it first* » permet à l'entreprise de déterminer à quel concurrent céder ses actifs. Bien entendu, le choix n'est pas totalement libre, l'Autorité de la concurrence ayant d'ailleurs souligné qu'elle serait attentive aux risques d'effets coordonnés. Il n'en reste pas moins que cela peut permettre à l'entreprise qui l'utilise intelligemment de décider elle-même la concurrence qu'elle aura à affronter à la suite de la concentration. D'une manière générale, cette technique permet avant tout de revenir au sens premier de la notion d'engagement, à l'initiative donc de l'entreprise.

¹ Autorité de la concurrence, 15 mai 2015, n°15-DCC-53

² Décision 12-D-15 du 9 juillet 2012



© style-photography