



Échange d'informations pendant la négociation d'acquisitions

juillet 2017

Imaginez-vous...

Le but de votre entreprise pour les années à venir est l'expansion. Vous faites partie d'une task force qui identifie des cibles potentielles pour une acquisition. Un nombre relativement élevé de concurrents se trouvent parmi les cibles. Pour savoir si celles-ci pourraient convenir d'un point de vue stratégique, vous avez besoin de plus d'informations. Avant de demander ces informations auprès des cibles, vous soumettez une *ckecklist* à votre conseiller juridique. À votre grand étonnement, celui-ci vous rappelle à l'ordre. Demander ces informations serait illégal. Sans les informations, il est toutefois impossible de composer un dossier d'acquisition. Quid ?

Clarifions.

Le droit de la concurrence interdit aux concurrents d'échanger directement ou indirectement des données stratégiques. S'ils le font, ils réduisent l'incertitude sur le marché et favorisent ainsi une situation de connivence secrète ("collusion"). Les données stratégiques sont très diverses et peuvent avoir trait à des prix, fichiers de clientèle, frais de production, quantités, chiffres d'affaires, ventes,

• • • contrast • • • •

capacités, plans de marketing, etc. Plus ces informations sont actuelles ou axées sur l'avenir, et plus elles sont individualisées, plus grand est le risque d'une restriction de la concurrence.

Les entreprises qui négocient une éventuelle acquisition doivent dès lors réaliser un exercice d'équilibriste. D'une part, elles demeurent des concurrentes jusqu'au jour de la clôture. Cela signifie qu'elles ne peuvent pas échanger de données stratégiques qui restreignent la concurrence existant entre elles. En outre, elles doivent pouvoir continuer à se faire de la concurrence pleinement et normalement si les négociations venaient à échouer et que l'acquisition ne se faisait pas. D'autre part, il n'y a pas d'acquisition envisageable sans l'échange d'informations stratégiques. En effet, l'acheteur doit pouvoir se faire une image correcte de l'entreprise qu'il entend acquérir. Les informations se trouvent souvent dans une « *data room* » destinée à permettre une « *due diligence* ».

Concrètement.

- Pour rester en dehors de la zone à risques du droit de la concurrence, un certain nombre de règles générales s'appliquent pendant la négociation d'acquisitions. Celles-ci concernent à la fois les informations échangées et les personnes qui ont accès à ces informations.
- Réalisez d'abord une analyse au cas par cas de la sensibilité des données qui sont échangées. Seul l'échange de données stratégiques est sensible. Cela dépend des activités de l'entreprise, du type de données et de leur ancienneté. Les informations concernant des prix futurs ou des quantités sont toujours des informations stratégiques. En revanche, les informations agrégées et rendues anonymes (par ex., en enlevant les noms des clients) ne le sont pas, de même que les informations historiques (en règle générale : les informations remontant à plus d'un an). Les informations publiquement disponibles, accessibles à tout le monde, ne sont pas non plus des informations stratégiques.
- Pour l'échange d'informations stratégiques, il est nécessaire d'ériger un dispositif offrant certaines garanties. Ces garanties permettent de s'assurer que l'échange soit limité à ce qui est vraiment nécessaire pour la réussite des négociations. En outre, elles doivent permettre aux entreprises concernées de continuer à se faire de la concurrence d'une façon correcte si l'acquisition n'est finalement pas effectuée.
- Signez une convention de confidentialité qui établit les garanties de façon explicite.
- Rendez anonymes et agrégez les informations stratégiques, dans la mesure du possible.
- Les informations peuvent uniquement avoir trait à la cible. Normalement, il n'y a aucune raison pour l'acheteur de communiquer une quelconque information sensible à la cible.
- Composez une « *clean team* ». Vous vous assurez ainsi que les informations seront uniquement consultées par les personnes qui doivent nécessairement les recevoir au sein de l'entreprise. La « *clean team* » peut se composer de collaborateurs seniors qui sont directement impliqués dans le projet ou de tiers externes à l'entreprise. Évitez que les personnes qui s'occupent des opérations

• • • contrast • • • •

quotidiennes et de la fixation des prix ne fassent partie de la “clean team”. Les informations stratégiques ne peuvent être partagées en dehors de la “clean team”.

- N'échangez que les informations qui sont strictement nécessaires aux fins de l'acquisition (“*need-to-know basis*”). Il n'est pas possible, par exemple, de partager des informations sur un sujet tel que les prix qui seront appliqués à l'avenir.
- Convenez, par des accords clairs, du sort des informations recueillies durant la négociation de l'acquisition si celle-ci venait à ne pas aboutir (restitution, destruction).

Vous voulez en savoir plus ?

- Consultez les Lignes Directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, [ici](#).
- Consultez la [documentation](#) du séminaire intitulé « Les *due diligence* en pratique » organisé dans le cadre des **contrast law seminars** (en néerlandais).