

Update

Newsflash Mars 2019

Avis du Secrétariat de la Commission de la concurrence suisse au sujet du changement de structure actionnariale d'une entreprise commune (joint venture)

Le contrôle conjoint selon le droit suisse de la concurrence peut aussi exister sans droit de veto technique de l'actionnaire minoritaire, lorsqu'il est peu probable que l'actionnaire majoritaire exerce son vote prépondérant dans le cas d'une situation de blocage (deadlock). C'est le cas par exemple lorsque l'actionnaire majoritaire en est dissuadé par une longue procédure de règlement interne ou par une option de vente de l'actionnaire minoritaire qui a une incidence financière négative pour l'actionnaire majoritaire.

Introduction

Le Secrétariat de la Commission suisse de la concurrence (le « Secrétariat », respectivement la « Comco ») a récemment conseillé deux entreprises selon l'art. 23 al. 2 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, « LCart »). Les parties A et B (collectivement les « Parties ») sont les deux parties à une joint venture contrôlée conjointement.

A teneur de l'art. 23 al. 2 LCart, le Secrétariat conseille les entreprises en cas de questions relatives à la Loi sur les cartels. Les Parties prévoyaient un changement de la structure actionnariale de la joint venture et ont demandé au Secrétariat de leur confirmer que la transaction ne représentait pas un changement de

contrôle au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart et qu'elle ne devait ainsi pas être annoncée à la Comco.

Les faits

Les Parties A et B détiennent chacune 50% des actions d'une joint venture et ont l'intention de modifier la structure actionnariale de sorte que la Partie A détienne une participation minoritaire et la Partie B une participation majoritaire.

La composition du conseil d'administration de la joint venture (le « CA ») de cinq membres doit refléter la structure actionnariale. Le CA prend ses décisions avec une majorité simple. Uniquement certaines décisions (en particulier celles concernant la stratégie d'ensemble, le budget annuel, le plan d'affaires, la planification

financière, et les investissements) requièrent l'accord des représentants des deux Parties.

Dans le cas où le CA n'arrive pas à un accord sur un sujet revêtant une importance particulière, une procédure de décision clairement définie et une procédure de règlement interne doivent être introduites.

A la fin de la procédure de règlement interne, si aucune décision sur la stratégie d'ensemble (et ainsi indirectement sur le plan d'affaires, le budget annuel et la planification financière qui doivent être conformes à la stratégie d'ensemble) ne peut être prise, un processus officiel de vente est introduit, selon lequel la Partie B doit acquérir l'ensemble des actions de la joint venture de la Partie A sur la base d'une évaluation actuelle. Cela aurait toutefois une incidence financière particulièrement désavantageuse pour la Partie B.

Analyse juridique de l'autorité

Le Secrétariat a confirmé qu'un contrôle commun existe, lorsque deux ou plusieurs entreprises peuvent exercer une influence décisive sur les activités d'une joint venture. Un contrôle conjoint existe dès lors, lorsque les entreprises contrôlante prennent des décisions stratégiques de politique commerciale (par exemple des décisions sur le budget, le plan d'affaires, les investissements majeurs et la composition du management). Cela étant, il ne doit pas y avoir nécessairement d'unanimité pour tous ces droits.

En général, la Comco renvoie à la pratique correspondante de la Commission Européenne, selon laquelle un contrôle conjoint peut mener à une situation de blocage, lorsque chaque actionnaire a la possibilité de bloquer des décisions stratégiques. Ces actionnaires doivent par conséquent s'accorder sur la politique commerciale de l'entreprise commune et coopérer.

Le Secrétariat a confirmé qu'un contrôle conjoint existe, lorsque les sociétés mères doivent s'accorder sur tous les sujets importants en rapport avec la joint venture. Dans le cas de plusieurs sociétés mères ayant des participations différentes dans une entreprise, les actionnaires

minoritaires doivent avoir un droit de veto leur permettant d'empêcher des décisions d'importance pour la stratégie commerciale de la joint venture. En outre, le droit de veto doit aller au-delà du droit général que les actionnaires minoritaires ont pour la protection de leur investissement financier.

Même sans droit de veto technique, un contrôle commun peut être présumé, lorsque la majorité des droits de vote d'une société mère est limité dans son importance et son impact par le biais d'autres mécanismes – comme par exemple :

- › Lorsque le vote peut uniquement être exercé après une série de tentative de conciliation ou d'arbitrage ou alors dans une mesure limitée seulement ;
- › Lorsque l'exercice du droit de vote est lié à un droit de vente qui aurait une incidence financière négative pour l'actionnaire majoritaire ou
- › Lorsque la dépendance réciproque des sociétés mères rend peu probable qu'un vote prépondérant soit utilisé.

Dans le cas d'espèce, la Partie B (l'actionnaire majoritaire) peut être en mesure de prendre des décisions unilatéralement sur certains sujets d'importance du CA après une procédure de règlement interne de plusieurs étapes. Le Secrétariat a laissé la question ouverte de savoir si une procédure de règlement interne suffit à elle-seule à établir un contrôle commun. Il est parti du principe que le contrôle commun existait en tous les cas grâce à l'option de vente de la Partie A (l'actionnaire minoritaire) qui est liée aux décisions ayant trait à la stratégie d'ensemble définie de manière large qui englobe tous les facteurs décisifs pour le développement stratégique et la conduite des affaires de la joint venture.

La vente de la participation de la Partie A à la Partie B est prévue, si les Parties n'arrivent pas à un accord au sujet de certaines affaires ayant pour objet la stratégie d'ensemble à l'issue d'une procédure de règlement interne. Dans la mesure où le budget annuel, le plan d'affaires et la planification financière doivent correspondre à la stratégie d'ensemble, une décision sur la stratégie d'ensemble est décisive pour la conduite des affaires de la JV.

Dès lors, le changement de la structure actionnariale de la joint venture ne crée pas de changement de contrôle de la Partie A à la Partie B par le transfert du contrôle unique à la Partie B. Les Parties ne sont pas obligées d'annoncer la transaction à la Comco.

L'avis du Secrétariat n'est pas juridiquement contraignant. Toutefois, on peut partir du principe que le Secrétariat garderait cette position dans une procédure concrète.

Nous nous tenons volontiers à disposition pour toute question à ce sujet.

Contacts

Zurich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Genève

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 70 00

Nos Bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tel: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 58
CH-1007 Lausanne
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas un conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique. Cet article a été publié à l'origine dans la Newsletter du International Law Office - www.internationallawoffice.com.