



VOGEL ACADEMY

Atelier Ententes - Abus de Position Dominante - Concentrations Partie 2

11 mai 2023

Laurence BOUDAILLIEZ
Juliette BLOUET
VOGEL & VOGEL



30, Avenue d'Iéna
75116 Paris, France
06.75.37.22.39
www.vogelacademy.fr

OBJECTIFS DE LA FORMATION

Permettre aux destinataires de la formation d'approfondir et d'actualiser leurs connaissances en droit de la concurrence

MOYENS PEDAGOGIQUES

Animation par Laurence Boudailliez et Juliette Blouet
Support de formation à l'issue de la formation
Auto-évaluation des acquis à l'issue de la formation

LES DOCUMENTS

Feuille de présence, à signer via Docusign
Feuille d'évaluation de stage et d'auto-évaluation des acquis à remplir et à renvoyer par mail en fin de stage,
Support de formation, envoyé par mail à l'issue de la formation



VOGEL ACADEMY

Sommaire

Introduction

1

La délimitation des marchés pertinents

2

Le droit des pratiques anticoncurrentielles

3

Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

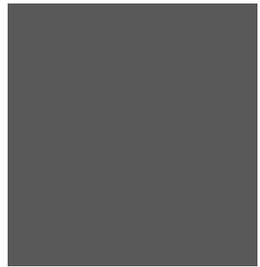
4

La procédure devant les autorités de concurrence

5

Le contrôle des concentrations

Conclusion



II -LE DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

- ❖ Appréhension de **comportements unilatéraux**.
- ❖ Une infraction à connaître pour :
- ❖ **les entreprises dominantes ...**
- ❖ ... mais aussi les entreprises susceptibles d'être **victimes** d'abus de position dominante (de la part de fournisseurs, clients, partenaires commerciaux...).

- ❖ Pratiques prohibées dans des termes similaires par le droit européen et le droit français (art. 102 TFUE et L.420-2 du code de commerce).

- ❖ **Deux conditions :**
 - ❖ Une position dominante sur le marché ;
 - ❖ Une exploitation abusive de cette position dominante.

II -LE DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

A. La position dominante

B. L'abus

C. Les défenses invocables



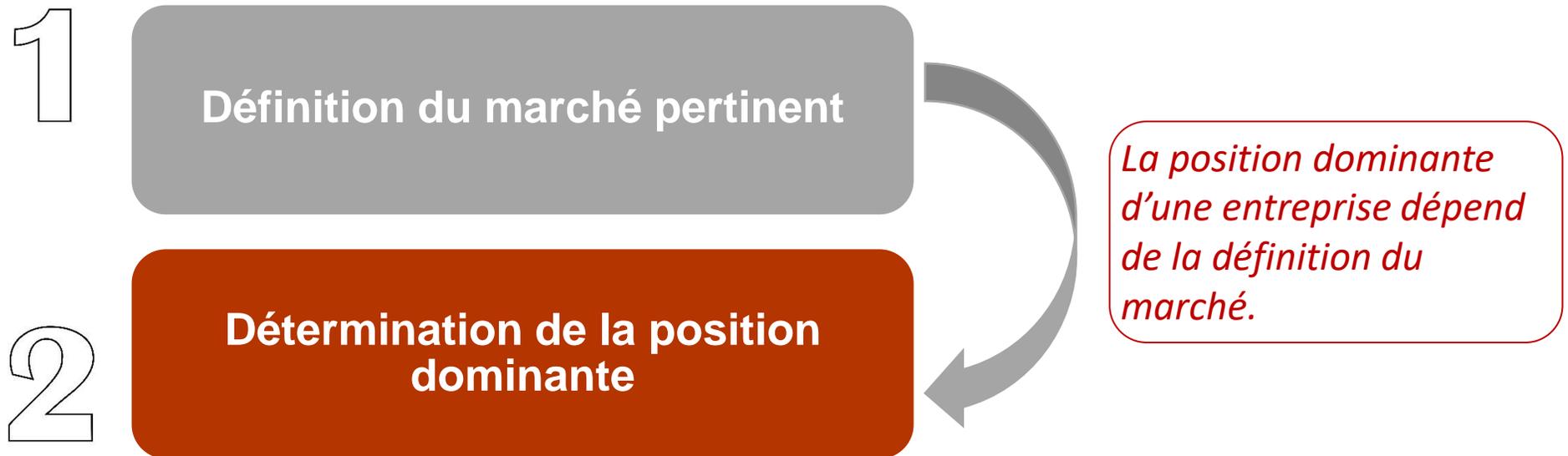
II- LE DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

A. La position dominante

Définition jurisprudentielle : Situation d'une entreprise qui dispose d'un pouvoir de marché lui permettant d'**agir de manière indépendante** de ses clients, de ses concurrents et, finalement, des consommateurs (CJCE, 13/02/1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76).

- Exemple : une entreprise en mesure d'augmenter ses prix sans craindre de perdre des clients.

Détermination de la position dominante : analyse en deux temps



- La **part de marché** est le critère déterminant et le point de départ de l'analyse,
- **D'autres critères interviennent** : position du deuxième opérateur, évolutivité des positions de marché, barrières à l'entrée (ex durée contrats), notoriété, statut d'opérateur historique, puissance financière, etc,

• Critère quantitatif : la part de marché

PDM > 50%

- Fort risque de position dominante.

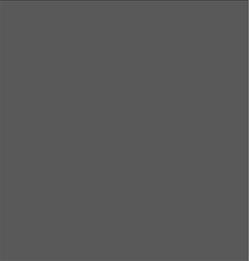
40% < PDM < 50%

- Critère de PDM à corroborer par des indices complémentaires.

PDM < 40%

- Présomption d'absence de position dominante.

- *Pour aller plus loin : la position dominante collective.*



II -LE DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

B. L'abus

- La position dominante n'est **pas prohibée en soi !**
- **Seule l'exploitation abusive** d'une position dominante est sanctionnée.

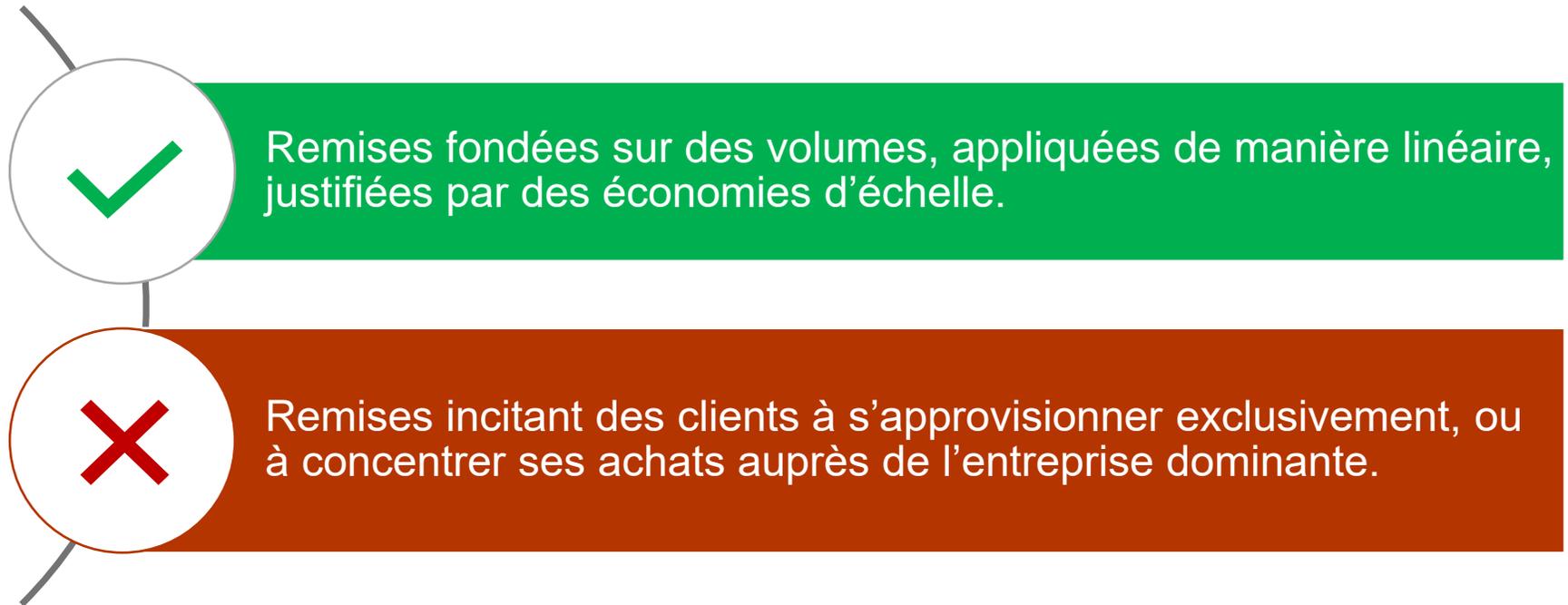
- **Définition très large** : tout comportement ayant pour pour effet réel ou potentiel d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché
- **Seul critère = capacité (au moins potentielle) du comportement de fausser la concurrence**

N.B. Ce comportement **peut être parfaitement licite** pour des entreprises non dominantes :
exemple remises fidélisantes

- L'article 102 donne des exemples mais **pas une liste exhaustive** des comportements susceptibles d'être abusifs = **ce qui est abusif c'est tout ce qui est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiel.**
- Abus d'**éviction** : éviction des concurrents aussi efficaces
/ d'exploitation

- **Approche par les effets** – communication de la Commission sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes 2009 –
- approche validée par jurisprudence récente
il faut a minima un **effet potentiel** anticoncurrentiel

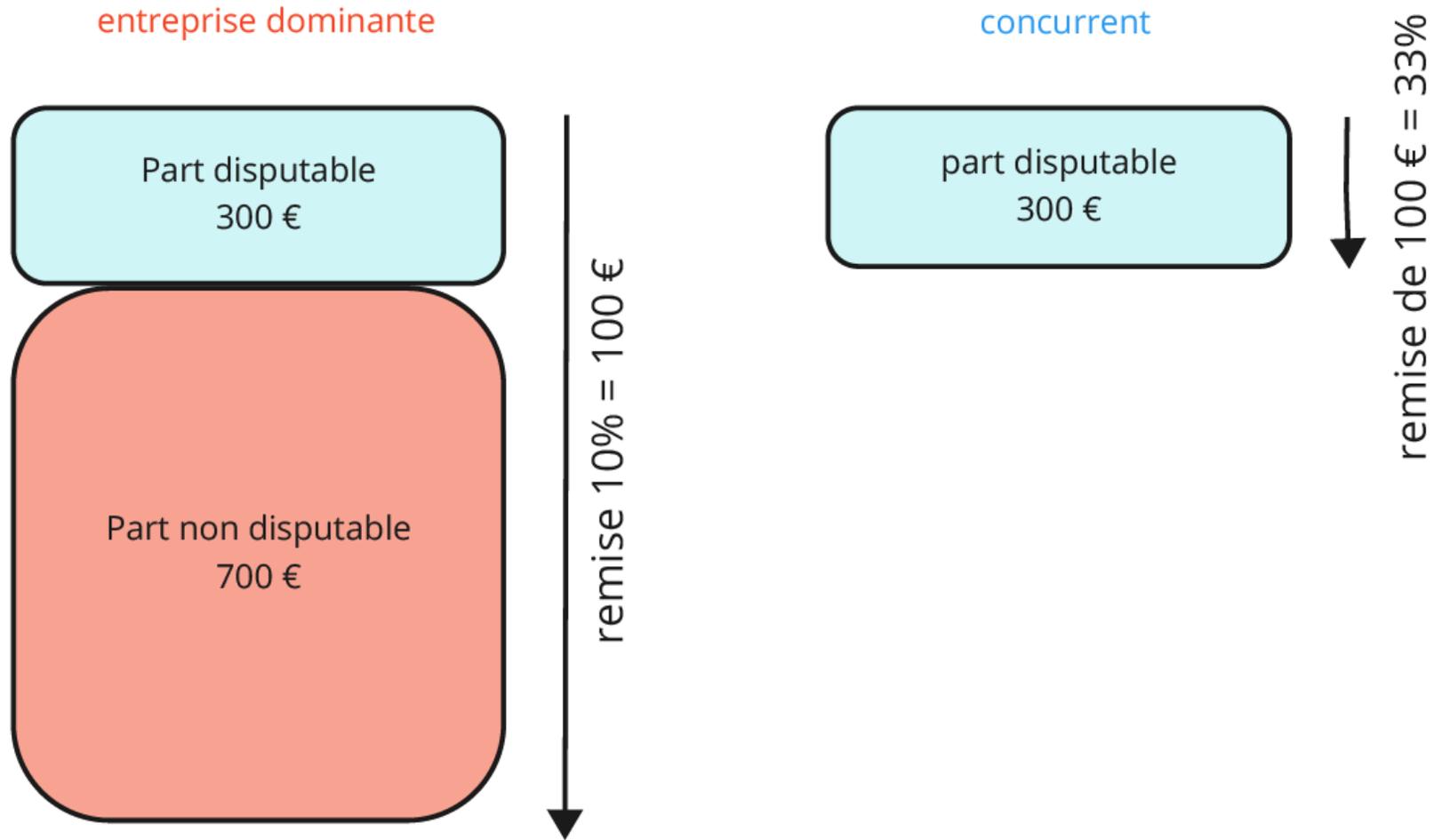
- Quelques exemples d'abus : **Pratiques tarifaires**
- **1 - les pratiques de rabais (1/ 3)**



- **Exemples d'abus : 1 - les pratiques de rabais (2/3)**

- **Pratiques à risque** : remises d'exclusivité ; remise fidélisantes (non fondées sur économies d'échelles mais qui incite à choisir le dominant pour un achat futur) : de progression de PDM, d'objectifs individuels, remises rétroactives, remises de volume avec des seuils incitant à l'exclusivité, accords d'exclusivité, etc.
- **Approche par les effets** – analyse de la durée, de l'ampleur de la pratique, défense possible : test du concurrent aussi efficace

TEST DU CONCURRENCE AUSSI EFFICACE

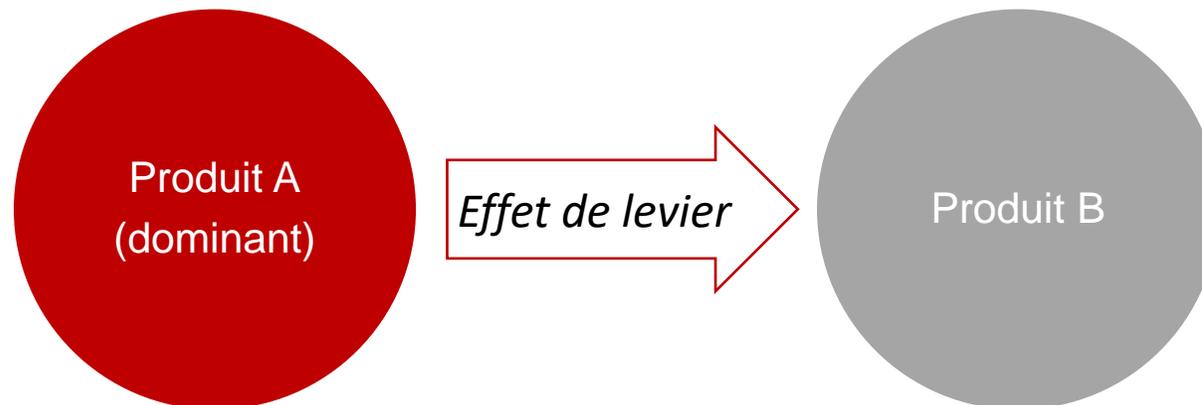


- Exemples d'abus : **1 - les pratiques de rabais (3/3)**

- **Intel** : rabais d'exclusivité consentis à 4 équipementiers,

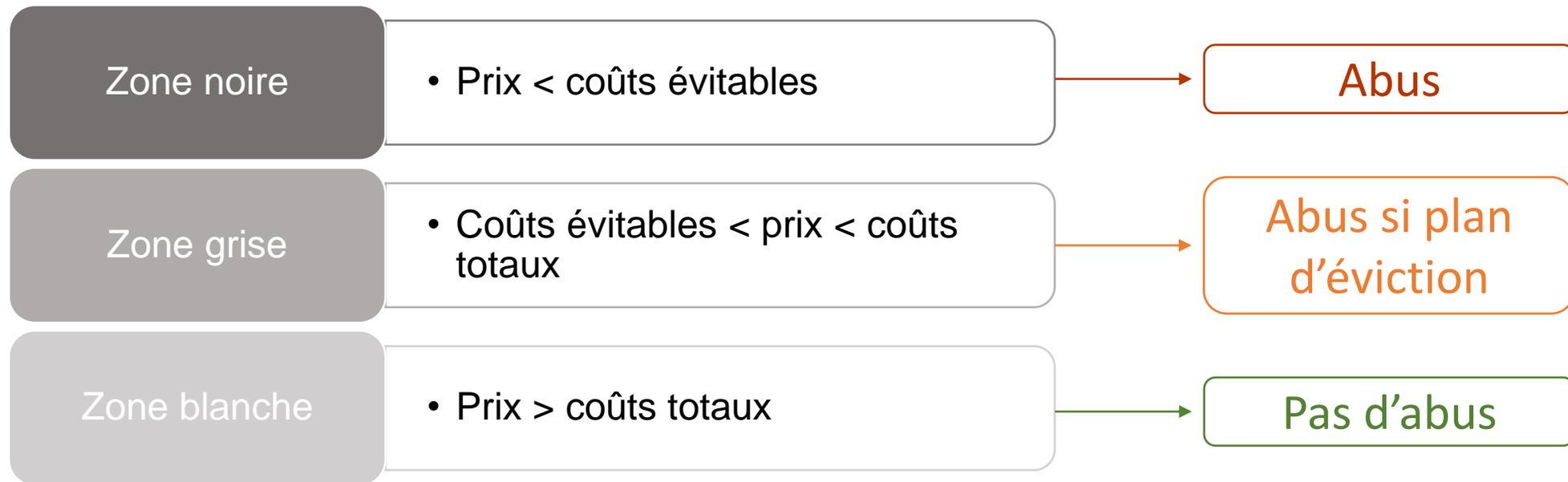
Arrêt de la Cour 2017 censure l'arrêt du Tribunal pour avoir refusé d'examiner le test AEC : on passe d'une condamnation per se à une **présomption simple d'abus**, décision finalement annulée

- **Exemples d'abus : 2 - les pratiques de couplage (1/2)**
 - Pratiques tendant à lier la vente du produit B à un produit dominant A : **effet de levier** permettant de transférer la puissance du marché A au marché B.

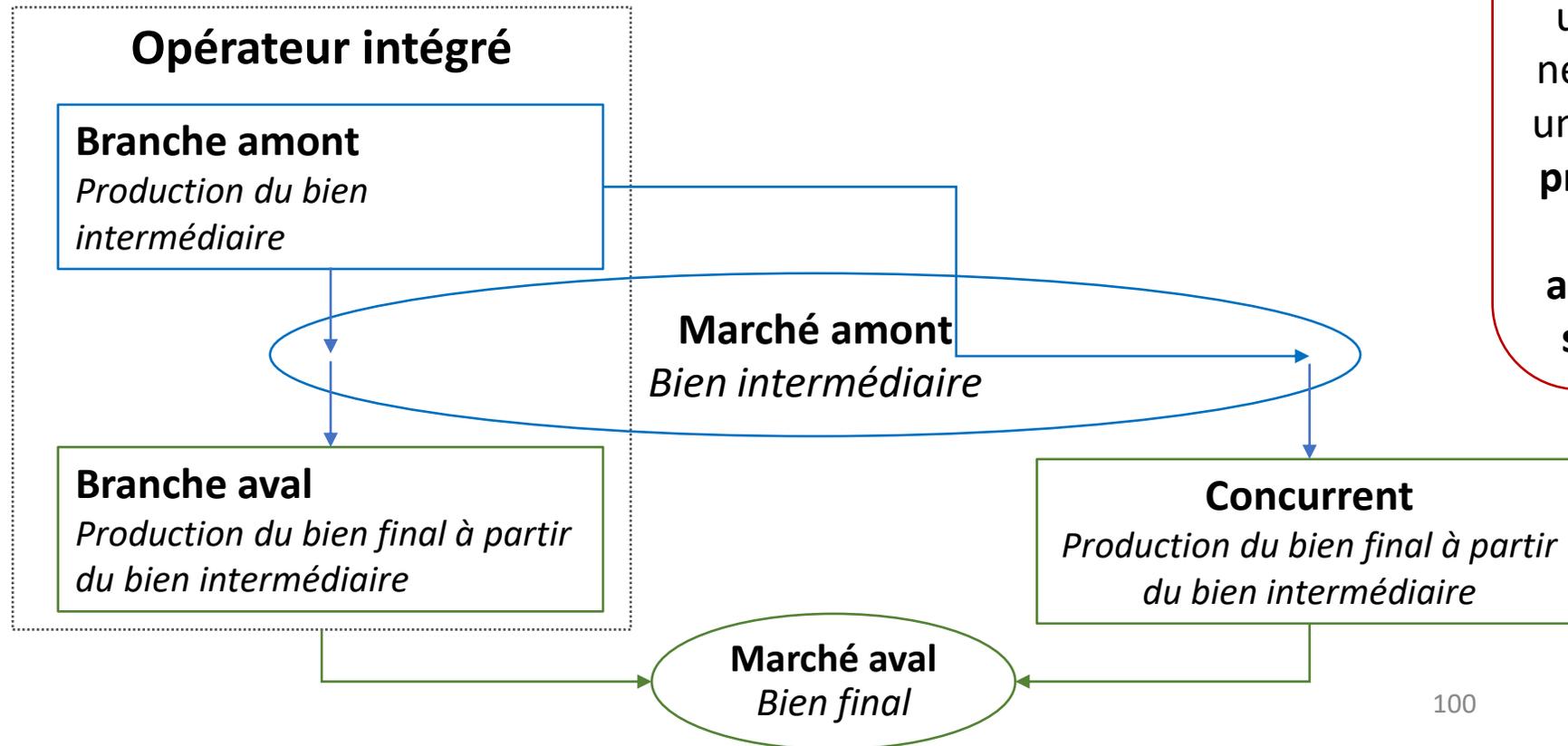


- Exemples d'abus : **2 - les pratiques de couplage (2/2)**
 - **Couplage obligatoire (vente liée)**
 - Interdit si (i) les produits sont distincts, (ii) effet d'éviction, (iii) absence de justification.
 - **Couplage optionnel (remise de couplage)**
 - Interdit si effet d'éviction d'un concurrent aussi efficace (= capacité de répliquer la remise : si le surplus payé pour le produit B ne permet pas de couvrir les coûts de production du produit B / si le concurrent peut faire le même couplage on regarde au niveau du bundle).

- **Exemples d'abus : 3- les prix prédateurs** (test de la jurisprudence Akzo = test du concurrent aussi efficace)



• Exemples d'abus : 4 - le ciseau tarifaire



Cas d'un opérateur intégré qui vend l'accès à un bien intermédiaire nécessaire pour exercer une activité en aval à un **prix ne permettant pas aux opérateurs alternatifs de s'aligner sur ses prix de détail**

- **Exemples d'abus : 5 - les pratiques discriminatoires (1/2)**

Discrimination de 2nd
degré (entre partenaires
commerciaux)

- Abusive si elle inflige un désavantage dans la concurrence aux opérateurs discriminés.

Discrimination de 1^{er}
degré (avec effet
d'éviction des
concurrents)

- Abusive si elle produit un effet d'éviction (cf. prix d'éviction) : affaire Post Danmark

- Exemples d'abus : **5 - les pratiques discriminatoires (2/2)**

- discrimination tarifaire

- ou non tarifaire : exemple condamnation Google pour avoir via paramétrages de ses algorithmes privilégié sa propre plateforme de mise en vente d'espaces publicitaires (ADLC) ou son comparateur de prix (décision Commission européenne)

- **Exemples d'abus : 6 - l'imposition de conditions de transaction non équitables**

- **ADLC, Google 2019** : condamnation de Google à une amende de 150 M€ pour avoir mis en œuvre de manière non transparente, non objective et discriminatoire les règles du service de publicité en ligne liée aux recherches de Google (« AdWords »). **Décision et montant de la sanction confirmés par la Cour d'appel de Paris en avril 2022**
- **ADLC, Google 2020** : mesures conservatoires prononcées à l'encontre de Google pour avoir imposé aux éditeurs et agences de presse une rémunération nulle pour la reprise et l'affichage de leurs contenus protégés (pratique susceptible de constituer un abus de position dominante). **En juin 2022, acceptation par l'ADLC des engagements proposés par Google.**

- Exemples d'abus : **7 - le dénigrement**

- **ADLC, Janssen-Cilag, 17-D-25 du 20 décembre 2017** : Janssen-Cilag a été sanctionné à une amende de 25M€ par l'Autorité pour avoir organisé une vaste campagne de dénigrement des génériques de Durogesic, propageant auprès des professionnels de santé exerçant en ville et à l'hôpital (médecins, pharmaciens) un discours trompeur de nature à instiller un doute dans leur esprit sur l'efficacité et l'innocuité de ces génériques, notamment en déformant la portée de la mise en garde que l'AFSSAPS avait décidé de faire inscrire au répertoire des génériques.
 - Cette décision de condamnation a été confirmée en appel le 11 juillet 2019 (amende baissée à 21M€) et la Cour de cassation a définitivement confirmé cette décision le 1^{er} juin 2022.

- **Exemples d'abus : 8 - les prix excessifs (1/2)**
 - Principe de la **liberté de fixation des prix** par les entreprises, même dominantes.
 - Sanction des prix excessifs dans des circonstances exceptionnelles :

Monopole de droit ou de fait très difficilement contestable

Ecart excessif entre le prix effectif et les coûts ou le prix de référence

Prix effectif non équitable

Objet et/ou effet anticoncurrentiel

- Exemples d'abus : 9/9 - les prix excessifs (2/2)

- Détermination de l'écart excessif entre le prix effectif et le prix de référence par comparaison avec :

Les tarifs pratiqués par des concurrents sur le même marché

Les tarifs pratiqués sur un autre marché géographique

Les prix pratiqués par l'entreprise dominante à différents moments

Les coûts de revient



II -LE DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

C. Les défenses invocables

Absence de position dominante

Absence d'effet de la pratique

Test AEC

Justifications objectives et gains d'efficience

- Conditions très strictes.

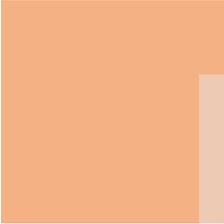
MERCI POUR VOTRE
ATTENTION !

DES QUESTIONS ?

3

Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

- A. Les amendes administratives
- B. Les dommages et intérêts
- C. La nullité des pratiques
- D. Les sanctions pénales



Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

A. Les amendes administratives

L'amende doit être proportionnée à (critères légaux art. L. 464-2 c. com.) :

- La gravité des faits reprochés ;
- La durée des pratiques
- La situation de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient ou de l'organisme sanctionné ;
- L'éventuelle réitération des pratiques prohibées par les règles de concurrence.

- **Plafond de la sanction :**
 - 10% du CA mondial HT du groupe ou de l'association d'entreprises depuis la transposition en droit interne de la Directive ECN+ (suppression du plafond de 3 millions d'euros applicable précédemment).
- Attention : un plafond par grief !

Les nouveaux risques pour les organisations professionnelles et leurs membres

AVANT

Amende maximale de **3 millions** d'euros pour les organisations professionnelles



DÉSORMAIS

Amende pouvant atteindre **10% du chiffre d'affaires mondial HT des membres**

lorsque l'infraction commise par l'organisation professionnelle a trait à l'activité de ses membres, le montant maximal de la sanction sera égal à **10% de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'organisation**

Le recouvrement des amendes prononcées contre les organisations professionnelles

Organisation professionnelle non solvable

Lorsqu'une amende est infligée à l'organisme en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'organisation n'est pas solvable, **l'Autorité pourra enjoindre audit organisme de lancer un appel à contributions pour couvrir le montant de la sanction pécuniaire**

Défaut de paiement à l'issue de l'appel à contributions

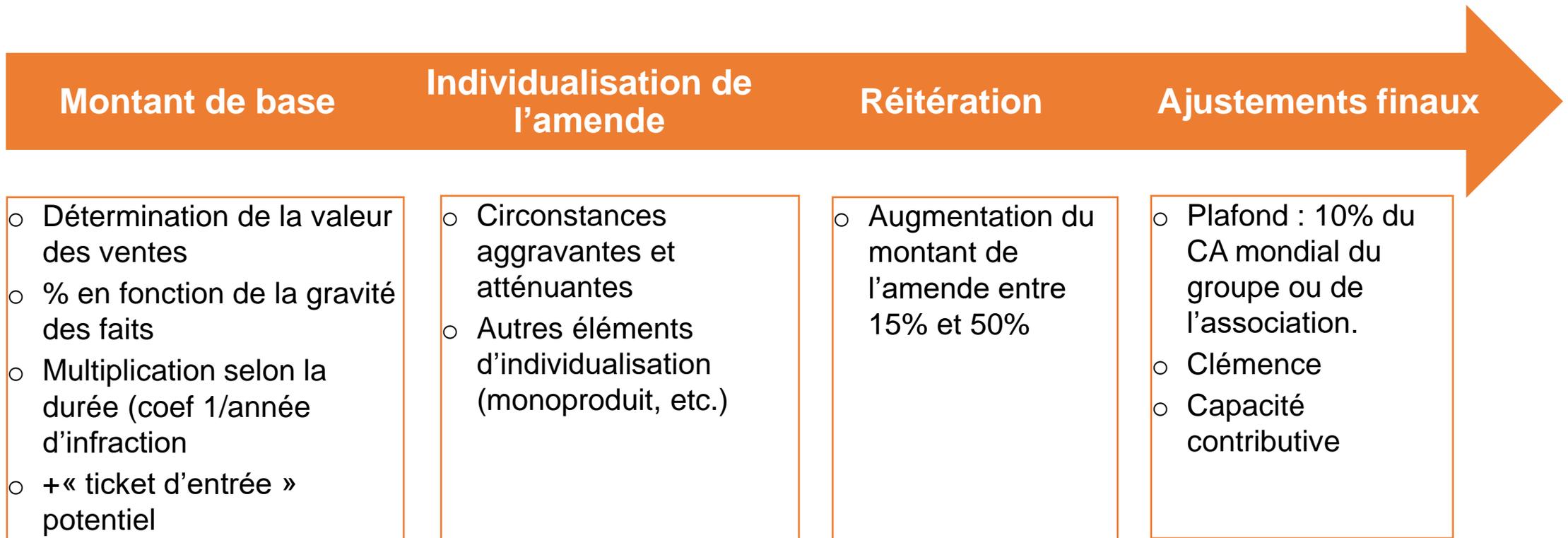
En cas de défaut de paiement intégral à l'issue de l'appel à contributions, **l'Autorité pourra exiger directement le paiement de l'amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de l'organisation professionnelle**

Paiement intégral faisant toujours défaut

À défaut de paiement intégral, **l'Autorité pourra exiger le paiement du montant restant de l'amende par tout membre de l'organisation qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise** (à l'exception des entreprises n'ayant pas appliqué la décision incriminée de l'organisme et qui en ignoraient l'existence, ou qui s'en sont activement désolidarisées avant l'ouverture de l'enquête)



- Méthode de calcul de l'amende décrite dans des communiqués des autorités de concurrence (au niveau français et européen).



Calcul de l'amende au sein du plafond de 10%

= Valeur annuelle des ventes de produits ou de services en relation directes ou indirectes avec l'infraction

X Taux de gravité (0 à 30 %)

X Coefficient de durée

+ ticket d'entrée éventuel

= Montant de base

-/+ Individualisation (circonstances atténuantes et circonstances aggravantes)

+ Réitération?

= Amende \leq Vérification du plafond

Ajustements finaux

- Procédures permettant d'obtenir une **réduction** du montant de l'amende encourue :

- Procédure de clémence ;
- Procédure d'engagements ;
- Procédure de transaction.

• La procédure de **clémence** (1/4)

- Système inspiré des repentis de la mafia : **immunité partielle ou totale d'amende** en cas de dénonciation de pratiques anticoncurrentielles.
- **Outil de détection très efficace** : vise à encourager les entreprises à dénoncer spontanément les ententes auxquelles elles ont participé.
- **Personne n'est à l'abri d'une dénonciation !**



- La procédure de **clémence** (2/4)

- Mise en œuvre de la procédure :

- 1^{ère} entreprise qui dénonce l'entente : **exonération totale** d'amende et non-transmission du dossier au Parquet.
- Autres entreprises : **exonération partielle** (jusqu'à 50% de la sanction encourue) à condition d'apporter des éléments nouveaux permettant de renforcer les preuves dont l'Autorité dispose déjà.

- **La procédure de **clémence** (3/4)**

- En pratique, recours à cette procédure dans 3 circonstances :
 - A la suite de perquisitions de concurrence (cas le plus courant) ;
 - Changement de dirigeants ;
 - Volonté de nettoyer le passif d'une société avant sa revente.

• La procédure de **clémence** (4/4)

Risques du recours à cette procédure :

- Aller au-delà de la réalité des pratiques, méprise sur la portée réelle des pratiques ;
- Manipulations ;
- Bénéfice de la clémence conditionné à une appréciation *a posteriori* de la collaboration du demandeur par l'autorité de concurrence ;
- Requalification des faits par l'autorité *a posteriori* en abus de position dominante : perte du bénéfice de la clémence.

• La procédure d'**engagements** :

Procédure négociée qui permet de mettre fin aux pratiques avant l'ouverture d'une procédure contentieuse (donc avant la Notification de griefs) : l'entreprise s'engage à mettre un terme aux préoccupations de concurrence.

- Possible pour des pratiques peu graves (cartels exclus).
- Pas de constat d'infraction.
- **Pas de sanction pécuniaire.**

- La procédure de **transaction** :

- Procédure mise en œuvre après la Notification de griefs.
- **Réduction d'amende** en contrepartie de la non-contestation des griefs notifiés (gains procéduraux pour l'autorité) : accord avec les services d'instruction sur une fourchette de transaction qui sera proposée au Collège de l'ADLC :
 - Constat d'infraction.
 - Motivation très sommaire de la sanction.
 - Possibilité de proposer des engagements.

- **Recouvrement de l'amende :**

- Emission du titre de paiement par le Trésor environ 1 à 2 mois après la décision de l'Autorité de la concurrence.
 - Possibilité de moduler le paiement de l'amende (paiement en plusieurs fois, proposition de caution bancaire en cas de recours contre la décision de l'Autorité) : moins facile à obtenir aujourd'hui.
 - Amende non déductible fiscalement (art. 39-2 CGI).



Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

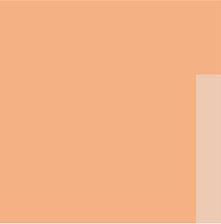
B. Les dommages et intérêts

- **Action de la victime de pratiques anticoncurrentielles en réparation du préjudice subi devant le juge civil**, fondée sur le droit commun de la responsabilité civile (articles 1240 et 1241 du code civil) :
 - Preuve d'une faute : toute violation du droit de la concurrence caractérise une faute civile.
 - Preuve d'un préjudice : préjudice réparable = perte subie, gain manqué, perte de chance, préjudice moral.
 - Preuve d'un lien de causalité.

- **Action facilitée par la directive 2014/104/UE du 26/11/2014**
 - Directive transposée aux articles L. 481-1 et ss et R. 481-1 et R. 483-1 et ss du code de commerce par l'ordonnance du 9 mars 2017, entrée en vigueur le 11 mars 2017.
 - En principe, pas d'application rétroactive des règles de fond de l'ordonnance.
 - Preuve de la faute : **présomption irréfragable** de faute civile en cas de décision de l'ANC ou de la Commission constatant l'infraction.
 - N.B. les décisions d'une autre ANC constituent un « moyen de preuve » de l'infraction.

- **Action facilitée par la directive 2014/104/UE du 26/11/2014**
 - Preuve du préjudice :
 - Présomption simple de préjudice en cas d'entente entre concurrents;
 - Guide de la Commission : méthodes d'évaluation du préjudice.
 - Accès aux pièces facilité (accès au dossier de l'ADLC, demande de communication forcée de pièces par l'entreprise fautive).
 - Présomption de non-répercussion du surcoût aux clients finals par le revendeur.

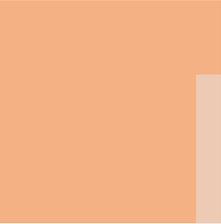
- **Prescription** de l'action (5 ans) interrompue par la saisine de l'Autorité de concurrence.
- Contentieux en **forte croissance** : risques de condamnations très lourdes (cf. réparation intégrale du préjudice subi, sans plafond).



Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

C. La nullité des pratiques

- Prévues par l'article L. 420-3 du code de commerce.
- Nullité absolue, d'ordre public.
- Nullité de la convention même si tous les contractants n'y ont pas participé ou n'en ont pas eu connaissance, et même si le demandeur (la victime) a participé à l'infraction.
- Sanction qui peut être très pénalisante, par exemple en faisant tomber tout un réseau de distribution.



Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

D. Les sanctions pénales

- **Sanctions** encourues (article L. 420-6 du code commerce):
 - 4 ans d'emprisonnement
 - 75 000 € d'amende.
- **Conditions :**
 - Mise en cause d'une personne physique...
 - ... pour sa participation personnelle, frauduleuse et déterminante à la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

- Texte rarement appliqué en pratique.
 - A l'origine, cartels en matière de marchés publics...
 - ... mais une évolution récente et contestable de la stratégie de l'ADLC qui l'applique même à des ententes verticales.

A vous de jouer !



Quizz

Le plafond légal de l'amende encourue en cas de pratique anticoncurrentielle est de :

5% du CA mondial du groupe

10% du CA mondial du groupe

10% du CA réalisé en France par la société en cause

Le dirigeant ou le collaborateur d'une entreprise ne peut pas être condamné pour pratique anticoncurrentielle. Seule l'entreprise peut être mise en cause.

VRAI

FAUX

Quizz

Lors de la fixation de l'amende, l'Autorité de la concurrence peut-elle augmenter le montant de l'amende en raison de la réitération de la pratique sanctionnée, et le cas échéant, de quel pourcentage

Oui, entre 15% et 50%

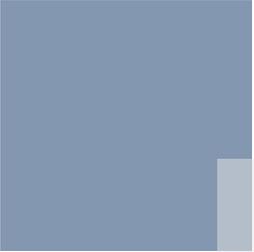
Oui, entre 5% et 20%

Non

IV

La procédure devant les autorités de concurrence

- I. Les enquêtes et perquisitions de concurrence
- II. La procédure d'instruction et de décision



La procédure devant les autorités de concurrence

I. Les enquêtes et perquisitions de concurrence

- Les autorités de concurrence disposent d'un éventail d'**outils de détection** des pratiques anticoncurrentielles :
 - Surveillance du marché,
 - Saisines,
 - Echange d'informations entre la Commission, les autorités nationales de concurrence et les juridictions au sein du Réseau européen de concurrence,
 - Procédure de clémence, et
 - Enquêtes de concurrence.

→ **Les deux principaux outils**

1. Présentation des enquêtes de concurrence

- Deux types d'enquête sont possibles en France :
 - l'enquête « **simple** » ;
 - l'enquête « **lourde** » avec autorisation judiciaire (« perquisition »)
- Le choix des autorités compétentes est discrétionnaire.
- Les deux enquêtes ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

Moyens d'investigation traditionnels (enquête simple) : accès aux locaux professionnels, copies de documents, auditions.



Depuis la loi PACTE : accès aux fadettes !

Moyens de plus en plus sophistiqués (enquête lourde) : droit de fouille, saisies, notamment informatiques (boîtes emails, fichiers, etc.), y compris de documents effacés !



31



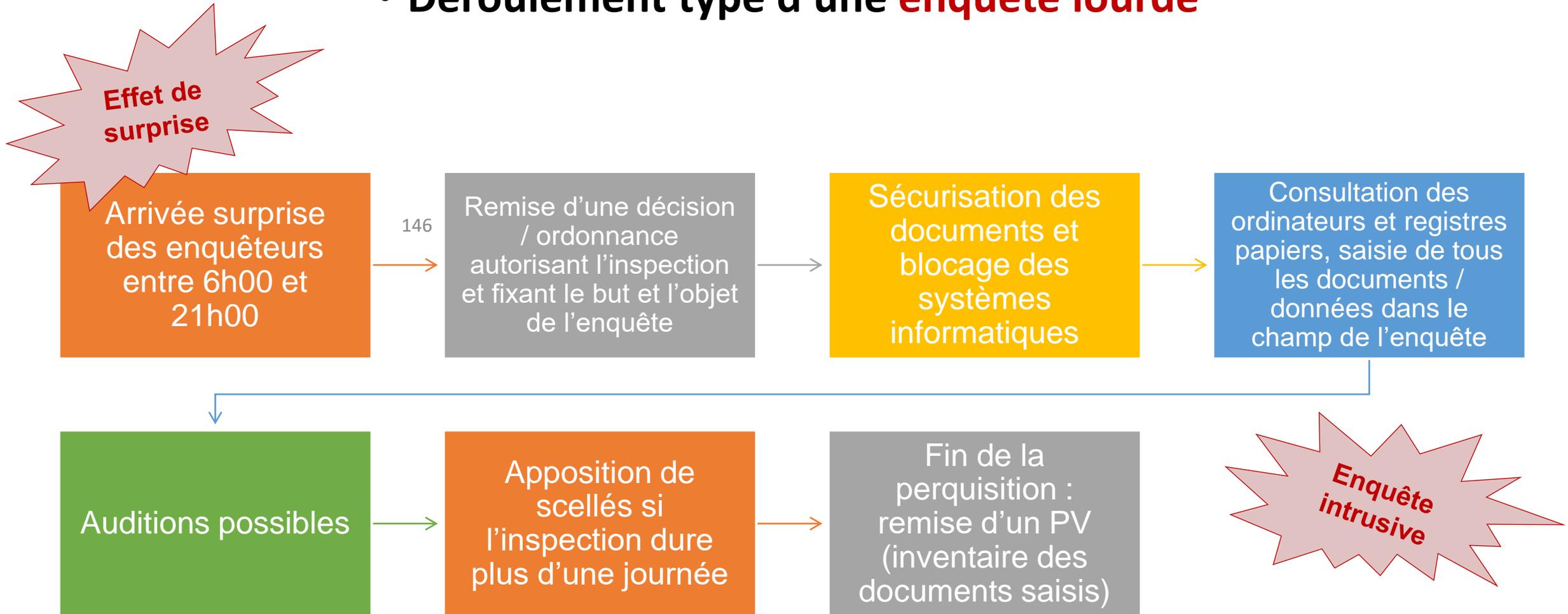
- **Déroulement type d'une enquête simple**

L'enquêteur prend RDV ou se présente sur place (effet de surprise) en donnant l'objet de l'enquête

Pas d'autorisation judiciaire

Pas de refus possible

• Déroulement type d'une **enquête lourde**



Enquêtes en droit interne

	Enquête simple	Enquête lourde
Document présenté	Démarche de l'Administration sans contrôle judiciaire préalable	Ordonnance judiciaire du JLD
Horaires	Pendant les heures d'activités (8h-20h) En dehors de ces heures, si les lieux utilisés à des fins professionnelles sont ouverts au public ou lorsqu'il existe à l'intérieur des activités en cours de production, transformation, conditionnement, transport ou commercialisation.	Entre 6h et 21h , mais peut se poursuivre au-delà.
Personnes présentes	Services habilités de l'ADLC ou de la DGCCRF Pas d'assistance d'un OPJ	Services habilités de l'ADLC ou de la DGCCRF Assistance obligatoire d'un OPJ Possibilité d'intervention du JLD

Enquêtes en droit interne

	Enquête simple	Enquête lourde
Caractère obligatoire	Obligation de se soumettre à l'enquête mais pas de fouille	Obligation de se soumettre à l'enquête et possibilité de fouille partout (bureau, dossier, ordinateur, téléphones...)
Accès	Locaux professionnels et mixtes . Domicile si l'occupant ne s'y oppose pas Moyens de transport à usage professionnel	Locaux professionnels et personnels (domicile, voiture...) visés par l'ordonnance judiciaire.
Saisie	Pas de saisie possible – juste copie de documents professionnels, Mais accès aux logiciels et données stockées	Droit de saisie sur l'ensemble des documents se rapportant à l'objet de l'enquête
Autres droits	<ul style="list-style-type: none"> • Droit de recueillir des renseignements et justifications. • Droit de demander une expertise contradictoire. <ul style="list-style-type: none"> • Droit de contrôler les identités • Droit d'agir sans décliner leur identité • Droit d'accès aux données de connexion des opérateurs de téléphonie mobile (fadettes) – loi Pacte 2019 • Droit d'obtenir les moyens de déchiffrement des supports numériques 	<ul style="list-style-type: none"> • Droit d'apposer des scellés. • Droit de poser des questions concernant des documents spécifiques. • Droit de rencontrer certaines personnes.

- **Recours** en cas d'enquête lourde de l'ADLC

Recours contre l'ordonnance d'autorisation de la perquisition

- Recours devant la Cour d'appel de Paris dans les 10 jours de la notification de l'ordonnance
- Pourvoi en cassation possible, mais dépourvu d'effet suspensif *[les pièces saisies sont conservées par l'ADLC jusqu'à la décision définitive]*

Recours contre le déroulement de la perquisition

- Recours devant la Cour d'appel de Paris dans les 10 jours suivant la notification du PV de visite et saisie
- Pourvoi en cassation possible
- Moyens envisageables : documents saisis hors du champ de l'ordonnance, saisie de documents couverts par le secret professionnel, etc.

- Sanctions encourues en cas d'**entrave** à l'enquête

Est **interdit** : le fait de fournir un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé, ou de ne pas fournir les renseignements demandés dans le délai imparti ; le refus de se soumettre à une inspection ; le fait de briser des scellés (même par inadvertance), etc.

- **Sanction pénale** : 2 ans d'emprisonnement et 300k € d'amende ;
- **Sanction administrative** : amende maximale de 1% du CA mondial HT le plus élevé.

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

- Lors de l'**accueil** des enquêteurs

- **Prévenir immédiatement le service juridique et les avocats.**
- Ne pas paniquer.
- Ne pas laisser les enquêteurs seuls.
- Désigner à l'avance un responsable qui sera chargé de l'accueil des enquêteurs.
- Ne pas accueillir les enquêteurs dans une salle avec de la documentation.

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

- **Lors de l'accueil des enquêteurs**

- **Particularités en cas d'enquête simple** (sans autorisation judiciaire) :
 - Demander le plus d'informations possibles sur l'objet de l'enquête.
 - Demander la liste des informations précisément demandées et des personnes appelées à être interrogées.
 - Si un RDV est demandé : programmer la date la plus lointaine pour se préparer.

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

- Lors du **déroulement** de l'enquête

- **S'assurer de la présence d'un membre du service juridique ou d'un avocat tout au long des opérations.**
- Ne jamais laisser les enquêteurs seuls.
- **Ne pas détruire des documents.**
- **Ne pas briser de scellés.**
- Ne pas commenter l'inspection en interne ou prévenir les concurrents/clients.

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

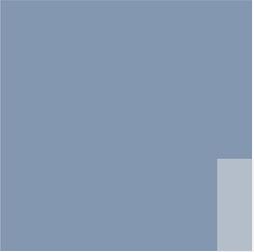
- Lors des **entretiens individuels**

- **Être le plus minimaliste possible dans la réponse aux questions** : éviter de devancer les questions, les digressions et l'auto-incrimination.
- La coopération ne permet pas d'échapper aux poursuites.
- Ne pas incriminer une autre personne ou un tiers.

2. Comment se préparer aux enquêtes de concurrence ?

- A la **fin** de l'enquête

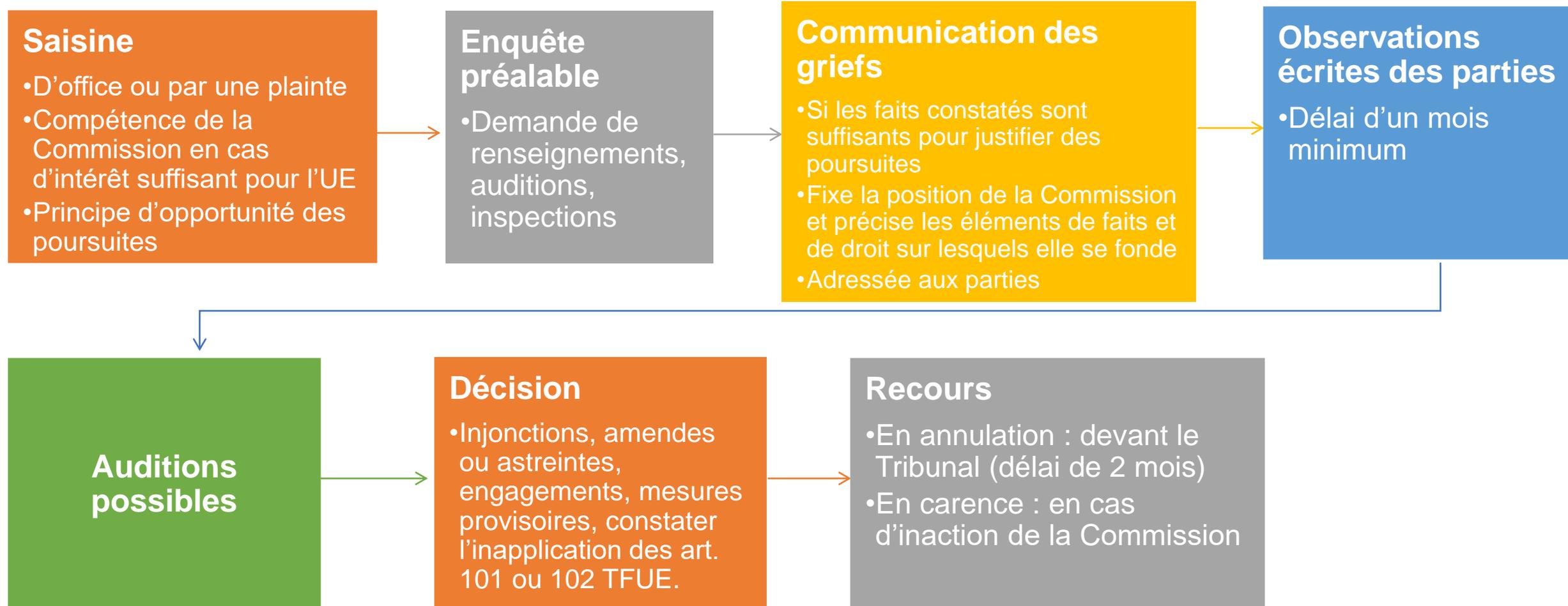
- **Relire attentivement le PV de saisie** – ne pas céder à la pression des enquêteurs !
- Bien vérifier l'inventaire des documents saisis (papier et informatique) et sa complétude.
- Demander toute correction, suppression, addition utile.
- Faire inscrire des **réserves** sur le PV le cas échéant.



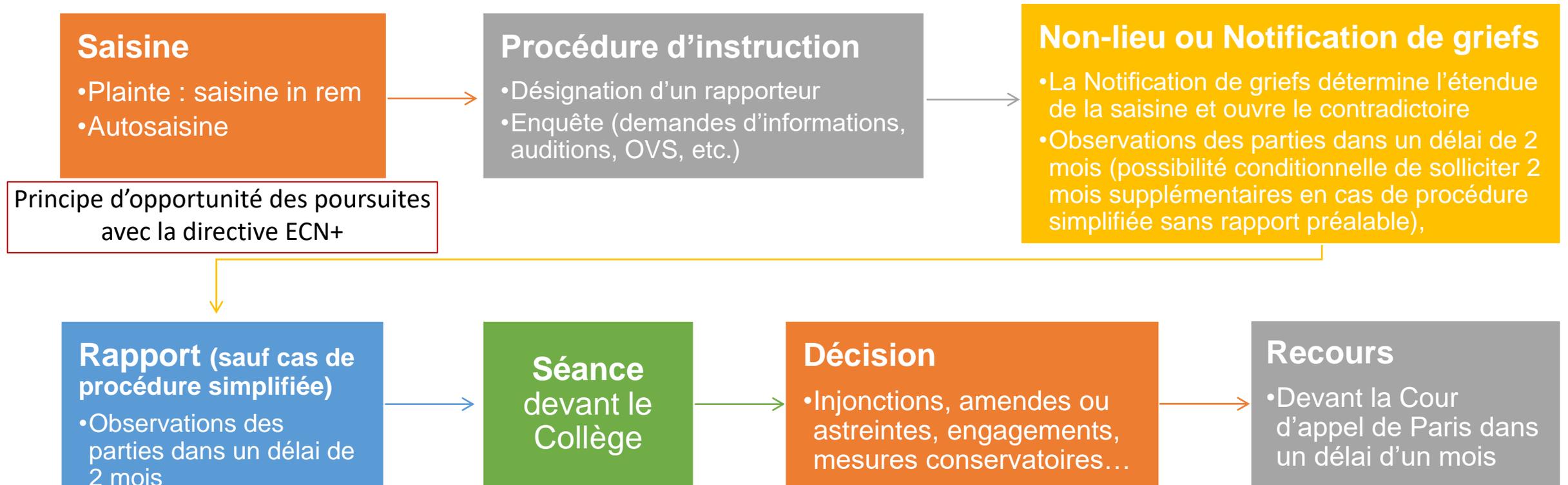
La procédure devant les autorités de concurrence

II. La procédure d'instruction et de décision

A. La procédure devant la Commission européenne



B. La procédure devant l'Autorité de la concurrence



A vous de jouer !

QUIZZ

Dans le cadre d'une enquête lourde, les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence peuvent fouiller les véhicules et les domiciles personnels.

VRAI

FAUX

Dans le cadre d'une enquête lourde, les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence peuvent saisir les téléphones portables professionnels mais pas les téléphones portables personnels des collaborateurs.

VRAI

FAUX

CAS PRATIQUE

Vous informez les enquêteurs que vos avocats sont en chemin pour assister à la perquisition et leur demandez d'attendre leur arrivée. Les enquêteurs refusent et commencent leurs investigations.

Pouvez-vous vous y opposer?

CAS PRATIQUE

Des personnes se présentant comme des enquêteurs de l'Autorité de la concurrence se présentent dans votre entreprise pour effectuer une opération de visites et saisies (enquête lourde).

Quels sont les premiers réflexes à avoir ?

CAS PRATIQUE

Lors d'une visite, les agents de l'Autorité ont procédé à la mise sous scellé de plusieurs bureaux afin d'en interdire l'accès et d'empêcher la disparition de preuves pendant l'inspection.

Quels sont les réflexes à avoir ?

5

Le contrôle des concentrations

- I. Le domaine du contrôle
- II. L'exercice du contrôle
- III. La procédure de contrôle



Le contrôle des concentrations

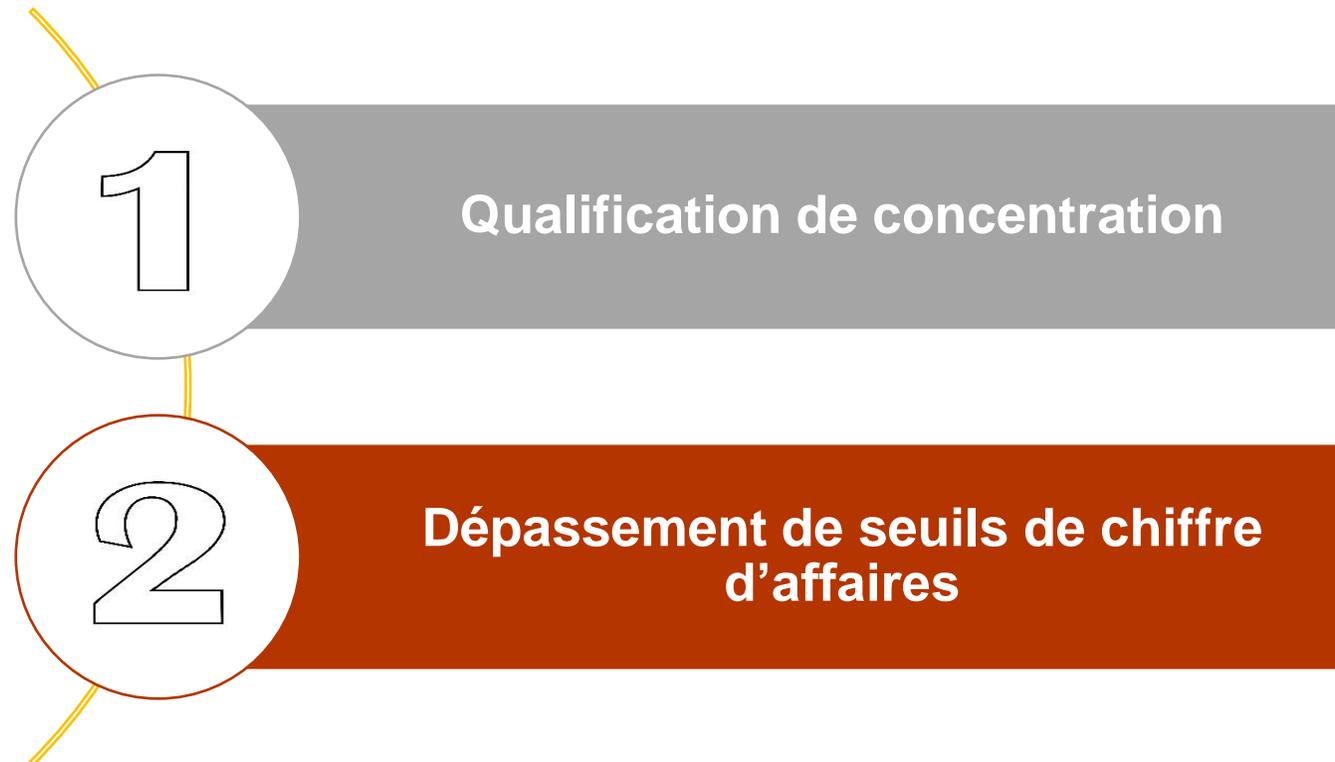
I. Le domaine du contrôle

- **Objet du contrôle des concentrations** : contrôler les rapprochements structurels d'entreprises afin d'**éviter la constitution de puissances de marché trop fortes**.
- Si l'opération entre dans le champ d'application du contrôle : **autorisation préalable obligatoire** soit au niveau national (ADLC pour la France), soit au niveau européen (Commission européenne).



- Risque élevé d'amende en cas de non respect

- **Deux conditions** nécessaires à l'application du contrôle :



- **1^{ère} condition : la **concentration** entre des entreprises indépendantes**

Fusion de deux entreprises

Prise de contrôle d'une
entreprise par une autre

Création d'une **entreprise
commune de plein exercice**

➤ N.B. Les rapprochements entre filiales d'un même groupe ne sont pas concernés.

- 1^{ère} condition : la **concentration** entre des entreprises indépendantes



- **2^{ème} condition : le dépassement de seuils de chiffre d'affaires**

- **Vérification des seuils européens**

- ... puis, si **les seuils européens ne sont pas atteints**, vérification des seuils nationaux.

- N.B. Une même opération peut devoir être notifiée dans plusieurs Etats !

- **Vérification à opérer dans pour les Etats hors UE**

- **2^{ème} condition : le dépassement de seuils de chiffre d'affaires**

○ Seuils européens (règlement CE n°139/2004) :

Seuils globaux

- **Seuil global** : CA mondial des entreprises concernées > **5 Mds €**
- Et **seuil individuel** : CA individuel en UE par au moins deux des entreprises concernées > **250 M €**
- Exception : si les parties réalisent chacune **plus de deux tiers** de leur CA européen dans un seul et même Etat membre

Seuils alternatifs

- **Seuil global** : CA mondial des entreprises concernées > **2,5 Mds €** globalement et > **100 M €** dans au moins trois Etats membres
- Et **seuil individuel** : pour au moins deux des entreprises CA individuel dans UE > **100 M €**, et dans chacun de ce mêmes trois Etats membres > **25 M €**
- Exception : si les parties réalisent chacune **plus de deux tiers** de leur CA européen dans un seul et même Etat membre

- **2^{ème} condition : le dépassement de seuils de chiffre d'affaires**

- Seuils français (art. L. 430-2 du code de commerce) :

Seuils globaux

- Pas une opération de dimension communautaire
- CA mondial total réalisé des entreprises concernées > **150 M €**
- Et CA total France réalisé par au moins deux des entreprises concernées > **50 M €**

Seuils spécifiques

- Secteur du commerce de détail et opérations en outre-mer
 - CA total mondial HT de l'ensemble des entreprises concernées > **75 M €**
 - CA total France réalisé dans le secteur du commerce de détail (ou dans au moins un des DOM-TOM concernés) par deux au moins des entreprises concernées > **15 M €**

En dessous des seuils :

- possible renvoi à la Commission pour opération qui risque d'affectation significative de la concurrence (*article 22 du règlement n° 139/2004*)
 - Opération de rachat de Grail par Illumina, 20 avril 2021
- **Arrêt Towercast**, CJUE 16 mars 2023, C449/21 :

Opération de concentration même non notifiable peut être qualifiée d'abus de position dominante si "entrave substantiellement la concurrence"

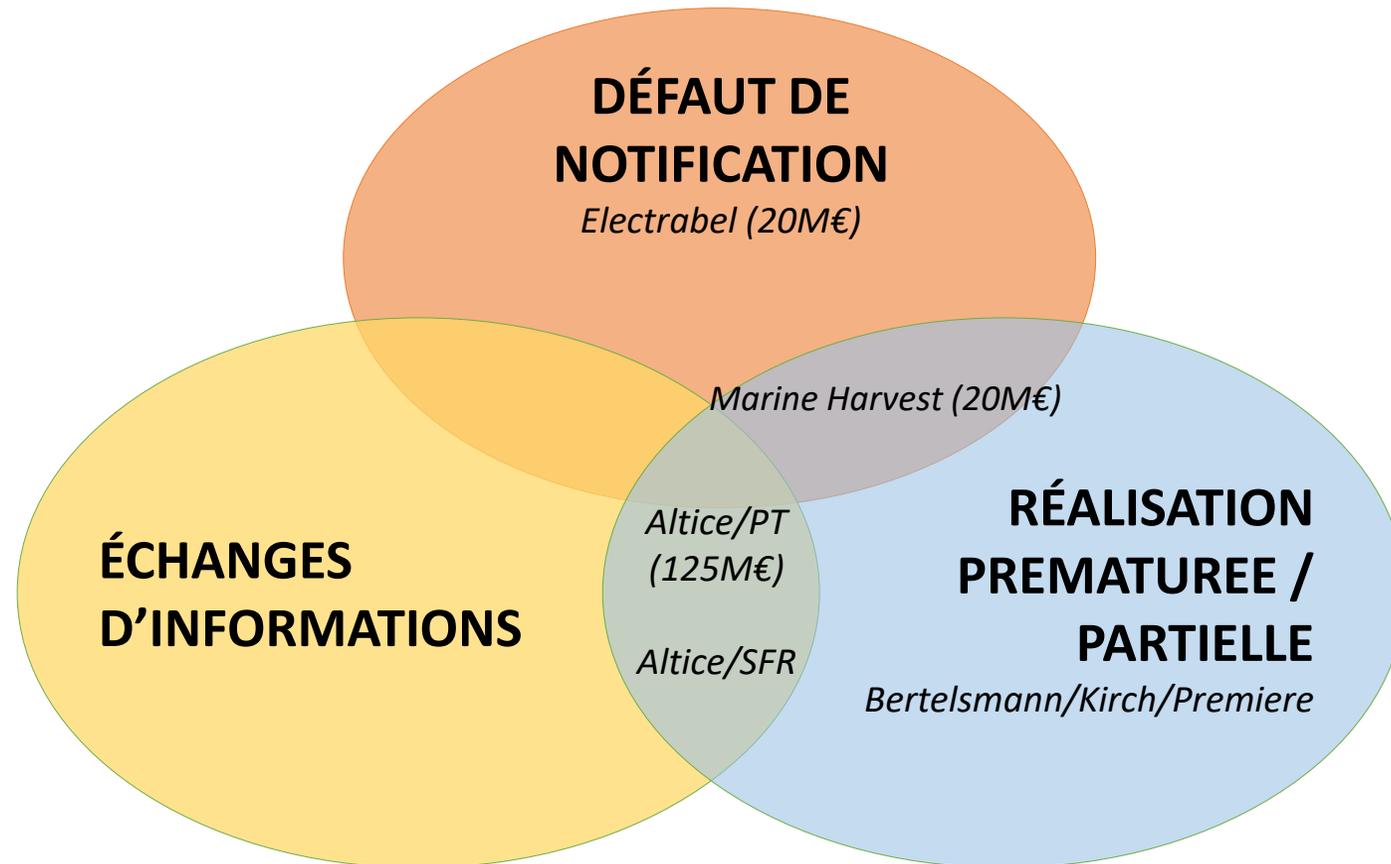
- Cas des **notifications multiples**

- **Guichet unique Commission** : si les seuils sont atteints dans 3 Etats membres et que les autorités locales l'acceptent.
- **Risque lié à des notifications multiples** : décisions contradictoires des autorités de concurrence compétentes.
 - Exemple : affaire Eurotunnel/MyFerryLink, dans laquelle l'autorité française a autorisé l'opération sous conditions et l'autorité britannique l'a interdite.

- **Conséquences** de la contrôlabilité de l'opération

- L'opération doit être **notifiée** à l'autorité de concurrence compétente **avant sa réalisation**.
- La **réalisation effective** de la concentration ne peut intervenir **qu'après l'accord de l'autorité de concurrence**, sauf dérogation obtenue à l'effet suspensif (notamment en cas d'urgence, ex. procédure collective).

- Focus sur le risque de **gun jumping** (1/5)



- **Sanctions** possibles en cas de **gun jumping**

- Amende encourue :

- Au niveau français : 5% du CA total réalisé par les entreprises concernées ;
- Au niveau européen : 10% du CA total réalisé par les entreprises concernées.

- **Sanctions** possibles en cas de **gun jumping**

- Contentieux en croissance :

- Amende de 80 M€ prononcée par l'ADLC à l'encontre d'Altice (déc. n°16-D-24 – nov 2016) : décisions stratégiques concernant SFR soumises à l'approbation d'Altice et collaboration des entreprises en cause pendant la période de suspension.
- Amende de 124,5 M€ prononcée par la Commission européenne contre Altice le 24 avril 2018.

- Focus sur le risque de **gun jumping** (2/5)

- **Défaut de notification** :

- ❖ Risque en cas d'opérations complexes (prise de participations minoritaires, rachat d'actifs, création d'une entreprise commune / prise de contrôle dans une entreprise commune) mais aussi d'opérations plus anodines (contrat de franchise ou prise de contrôle d'un actif immobilier, etc.).

Ex Décision Marine Harvest

- Attention aux seuils européens et nationaux, et à ceux d'Etats où les parties seraient actives.
 - N.B. Des seuils de **nature très variable selon les systèmes juridiques**.

• Focus sur le risque de **gun jumping** (4/5)

• Réalisation prématurée ou partielle d'une concentration :

- Risque particulièrement élevé en fin de processus, quand les parties ont trouvé un accord et souhaitent d'ores et déjà préparer le processus d'intégration.

❖ Affaire Berstelmann,

➤ **Recommandation** : préparation minutieuse du plan d'intégration.

- **Clauses de gestion de la cible pendant la période intercalaire** : limitées à la protection de la valeur de l'entreprise vs. octroi à l'acquéreur d'un pouvoir de décision sur la stratégie ou la gestion courante de la cible.

❖ Affaire Altice Portugal arrêt du TPI 22/09/2021

- Focus sur le risque de **gun jumping (3/5)**

- **Echange d'informations illicite : cas des concentrations entre concurrents**

- Les parties doivent être considérées comme des concurrents jusqu'à l'autorisation de l'opération et à la prise de contrôle !
- Risque particulièrement élevé au tout début du processus de négociation et d'intégration des entreprises (échanges d'informations, juristes généralement peu associés)
- ❖ **Recommandation** : mise en place de dispositifs de nature à éviter la divulgation d'informations commercialement sensibles entre concurrents (data room, clean team). Vérifier échange strict nécessaire



Le contrôle des concentrations

II. L'exercice du contrôle

- Examen de l'opération pour déterminer si elle est de nature à **porter atteinte à la concurrence** (notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique).
- Etapes de l'analyse :
 - **Définition du marché**
 - **Analyse des effets anticoncurrentiels de l'opération- analyse prospective (vs rétroactive) ;**

- Analyse des effets anticoncurrentiels :

Effets horizontaux

- Effets résultant de rapprochements entre concurrents
- Élément essentiel de l'analyse : accroissement PDM,
- Exemple : **Fnac Darty**

Effets verticaux

- Effets résultant de rapprochements entre un fournisseur et un acheteur
- Element essentiel : probabilité d'une stratégie de verrouillage vertical (PDM plus de 30%)
- Exemple : **acquisition de Tele Atlas (fournisseur de carte) par Tom Tom**

Effets congloméraux

- Effets résultant de rapprochements entre deux opérateurs présents sur des marchés connexes
- Element essentiel : stratégie d'éviction par couplage (PDM plus de 30%)
- Exemple : **rachat d'AuFéminin par TF1**

Effets coordonnés

- Risque de création d'une position dominante collective

- Défense possible : **la théorie de l'entreprise défaillante** (admise de manière très exceptionnelle).
 - Lorsque les difficultés de l'entreprise-cible sont telles qu'elle **aurait de toute façon disparu du marché**, l'opération peut être autorisée sans engagements même en cas de risques pour la concurrence.
 - Trois conditions :
 - Disparition rapide et inéluctable de l'entreprise acquise ;
 - Absence de solution alternative (repreneurs alternatifs) moins dommageable pour l'économie ;
 - Neutralité pour les consommateurs : la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée
- ❖ Première application devant l'ADLC - acquisition de BUT par CONFORAMA avril 2022

- **Interdictions d'opérations de concentrations très rares :**
 - **Commission européenne :**
 - 30 interdictions sur 8 199 concentrations notifiées à la Commission européenne entre septembre 1990 et mai 2021, dont 3 interdictions en 2019 (notamment la fusion Alstom-Siemens, par décision du 06/02/2019).
 - **ADLC** : encore plus rare : 2 interdictions à ce jour.
- **Mais engagements fréquents.**

- Les **engagements** proposés par les entreprises visent à faire passer l'opération :
 - **Engagements structurels** : cession ou rétrocession de participations ou d'actifs, cession de contrats, cession de DPI, etc.
 - **Engagements comportementaux** (*plutôt devant l'ADLC, répond aux problématiques verticales ou conglomérales*) : accès aux infrastructures et débouchés, renonciation à une exclusivité, obligation de concéder des licences de marques ou de brevet, interdiction de couplage, etc.
- Env. 5% des opérations sont autorisées sous conditions.
- **Risque de remise en cause de l'intérêt de l'opération.**



Le contrôle des concentrations

III. La procédure de contrôle

- **Procédure longue**, même pour les opérations très simples et inoffensives.
- Préparation d'un **dossier de notification** sur la base d'un formulaire établi par la Commission et par l'ADLC.
 - Le dossier nécessite **1 à 2 mois de préparation** et, dans les cas les plus complexes, la réalisation d'une étude économique.
 - Attention à l'exactitude des informations fournies dans le dossier de notification : amende de 52 M€ infligée à General Electric en 2019 pour avoir fourni des renseignements inexacts suite au rachat envisagé du fabricant de pâles éoliennes LM Wind.

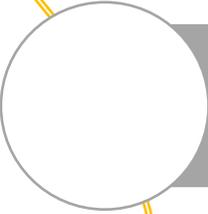




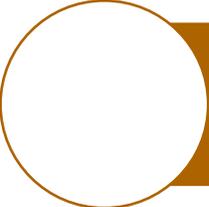
- L’instruction peut comporter **deux à trois phases** :

Phase 0	Phase 1	Phase 2
<ul style="list-style-type: none"> • Pré-notification 	<ul style="list-style-type: none"> • Pour les opérations les plus simples. • Délai officiel : 25 jours ouvrés. • Délai observé en pratique : 3 à 9 mois en général, incluant la pré-notification. • Contribution importante des tiers (cf. test de marché). 	<ul style="list-style-type: none"> • Pour les opérations les plus importantes ou complexes. • Délai officiel : 65 jours ouvrés. • Contribution importante des tiers (cf. test de marché).

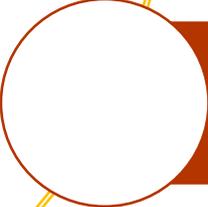
- **Décision** susceptible d'être adoptée par l'autorité de concurrence



Autorisation pure et simple : cas le plus courant.



Autorisation avec engagement (phase 1 ou 2) ou injonction (phase 2).



Interdiction (phase 2) : très rare devant l'ADLC, plus fréquent devant la Commission.

- **Sanctions possibles en cas de non-respect des engagements pris par les parties**

- **Retrait de la décision** d'autorisation de l'opération, injonction sous astreinte aux parties d'exécuter les engagements et sanction pécuniaire.
 - Nouvelle notification de l'opération requise dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision (affaire Canal /TPS).
- **Injonction** d'exécuter des mesures de substitution déterminées par l'ADLC (affaires Altice/SFR et Fnac/Darty).
- **Sanction pécuniaire.**

- **Recours** contre la décision de l'autorité compétente

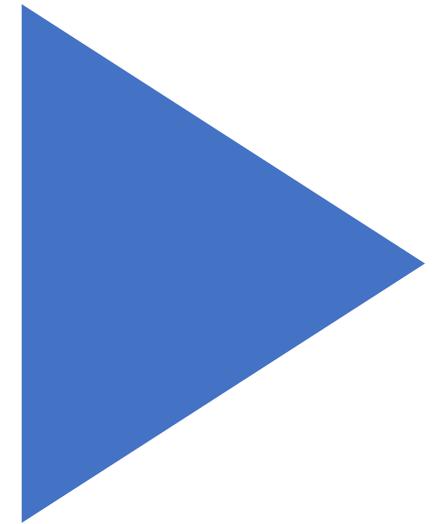
En France

- Recours en annulation devant le Conseil d'Etat dans un délai de 2 mois suivant la notification de la décision.

Au niveau européen

- Recours en annulation devant le Tribunal.

A vous de jouer !



CAS PRATIQUE

Vous souhaitez acquérir une participation de 20% du capital et des droits de vote d'une société, qui est détenue par deux autres sociétés à hauteur de 50% et 30% respectivement. Vous souhaitez que le business plan de la cible ne puisse être adopté qu'à l'unanimité des actionnaires.

Cette opération constitue-t-elle une concentration ?

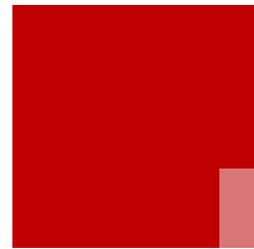
CAS PRATIQUE

Deux entreprises créent une entreprise commune pour produire un intrant qu'elles utilisent dans la fabrication de leurs produits.

L'entreprise commune a pour seuls clients ses sociétés-mères.

La création de l'entreprise commune constitue-t-elle une opération de concentration?

Qu'en est-il si l'entreprise commune vend 80% de sa production à des tiers?



Conclusion

- **Un risque à prendre très au sérieux...**

- Des sanctions élevées et de plus en plus rigoureuses.
- Une probabilité de risque accrue compte tenu :
 - de la clémence ;
 - des moyens d'investigations des autorités ;
 - de la croissance exponentielle des stocks et des échanges d'informations au sein des entreprises.

- **Une opportunité pour les entreprises qui savent le maîtriser**

Une arme offensive

- **Pour obtenir la sanction de comportements anticoncurrentiels** mis en œuvre par certains acteurs déjà présents sur le marché.

Une arme défensive

- **Pour s'opposer au développement d'un concurrent**, voire à son entrée sur le marché.

MERCI POUR
VOTRE
ATTENTION !



DES QUESTIONS ?

**Pour toute question, contactez-nous au
06 75 37 22 39 ou vogelacademy@vogel-vogel.com**