



MAULIN AVOCATS

DROIT DE LA CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

La pratique du droit de la concurrence en cabinet d'avocats

Romain Maulin

Avocat à la Cour

romain.maulin@maulin-avocats.com

université
PARIS-SACLAY

Master 2 droit de la concurrence et des contrats

SOMMAIRE

Typologie des dossiers concurrence: abus de position dominante	P. 3
Typologie des dossiers concurrence: cartels	P. 4
Typologie des dossiers concurrence: contrôle des concentrations	P. 5
Rôle stratégique de l'avocat	P. 6
Qualités attendues d'un (bon) avocat concurrence	P. 7
Que faire en cas d'opérations de visite et saisie?	P. 8
Que faire lors de la phase d'instruction ?	P. 9-10
Que faire en matière de dossiers d'abus de position dominante?	P. 11
Que faire en matière de contrôle des concentrations?	P. 12
Que faire en matière d'actions privées?	P. 13
Questions au sujet des lectures	P. 14-18

Typologie des dossiers « concurrence » - abus de position dominante

- > Abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE :
 - revue des politiques commerciales envisagées ou mises en œuvre par une entreprise en position dominante
 - conseil aux nouveaux entrants souhaitant contester les positions des opérateurs historiques

Typologie des dossiers « concurrence » - cartels

> Procédures de cartel:

- assistance des clients lors d'opérations de visite et saisie et éventuels contentieux en annulation
- défense des intérêts financiers et réputationnels des entreprises mises en cause
- définition de stratégies contentieuses et de défense innovantes grâce à la combinaison des expertises juridique et économique

Typologie des dossiers « concurrence » - contrôle des concentrations

> Contrôle des concentrations:

- analyse multi-juridictionnelle pour déterminer les autorités de concurrence compétentes pour autoriser une opération de concentration
- prévention des risques de réalisation anticipée d'une opération ou d'échanges d'informations sensibles entre concurrents/parties notifiantes (récente décision *Altice* de l'Autorité)
- gestion des procédures de notification en France, à la Commission européenne ou devant des autorités de concurrence étrangères (en coordination avec des conseils locaux)
- représentation des parties tierces cherchant à s'opposer à une concentration

Rôle stratégique de l'avocat

- > Aider à la poursuite d'objectifs déterminés par le client et cela en conformité avec les règles de concurrence
- > Concrètement, qu'est-ce que cela recouvre?
 - sécuriser un approvisionnement ou un positionnement sur le marché ;
 - tenter de gagner des parts de marché ;
 - limiter, dans la mesure du possible, le déploiement d'un concurrent. Cela peut prendre les formes suivantes :
 - plainte informelle ;
 - plainte formelle ;
 - clémence ;
 - opposition à une procédure de concentration ;
 - action privée afin de tirer les conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle ayant causé un préjudice

Qualités attendues d'un (bon) avocat concurrence

- > Bien connaître le marché pertinent et l'activité (passée, actuelle et future) du client
- > Bien appréhender la relation de l'entreprise avec ses partenaires (concurrents, fournisseurs, distributeurs)
 - la vie des affaires obéit à des considérations qui ne sont pas (toujours) strictement juridiques
- > Etre « polyglotte », savoir parler la langue :
 - du juriste d'entreprise, qui est notre point de contact préférentiel, MAIS aussi
 - des opérationnels de l'entreprise
- > Importance de l'accès à la documentation pertinente
- > Capacité à clarifier et indiquer, sans ambages :



Ce qui est légal et qu'il est donc possible de faire



Ce qui est problématique et suppose une analyse plus approfondie



Ce qui est strictement interdit

Que faire en cas d'opérations de visite et saisie?

- > « Dawn raid », « descente », « perquisitions », « inspections », « opérations de visite et saisie » ou « OVS », des mots différents pour traduire une même réalité : l'urgence
- > Il faut donc réagir vite et de façon sereine : votre client sera en état de stress particulièrement prononcé
- > Lire attentivement l'ordonnance, ce qui permet de :
 - déterminer les pratiques soupçonnées
 - identifier la période infractionnelle alléguée
 - avoir un premier sentiment quant aux risques encourus et stratégies procédurales envisageables ou exclues (ex: en cas de soupçons d'abus, la clémence ne sera pas une option)
- > Se montrer courtois envers les inspecteurs:
 - cela rassure le client
 - cela permet également d'obtenir des indiscrétions sur l'origine de l'enquête, ex. les mots clés utilisés pour les saisies informatiques etc.
- > Veiller à ce que les saisies soient strictement limitées à ce qui est nécessaire pour les besoins de l'enquête:
 - à l'exclusion des correspondances avocat client
 - à l'exclusion des correspondances relevant de la vie privée
 - à l'exclusion des correspondances intervenues en dehors de la période infractionnelle alléguée
- > Réfléchir, le plus rapidement possible, à l'opportunité et aux chances de succès d'un recours contre l'ordonnance autorisant les OVS et/ou les modalités selon lesquelles elle s'est déroulée

Que faire lors de la phase d'instruction ? (1/2)

- > Réfléchir à l'opportunité de coopérer (engagements, clémence, transaction) au regard de différents paramètres :
 - l'exposition au risque financier (amende administrative)
 - la certitude ou non que le comportement est constitutif d'une infraction
 - la volonté du client de limiter la durée de la procédure et la « mauvaise » publicité
 - la volonté de limiter le risque d'actions en dommages et intérêts (intérêts de la procédure d'engagements à ce titre)
- > Préservation du secret des affaires
- > Analyse des pièces saisies

Que faire lors de la phase d'instruction ? (2/2)

- > Coordination avec les économistes, qui apportent leur expertise s'agissant de :
 - la détermination du marché pertinent
 - l'effet des pratiques et leur gravité alléguée ou le dommage à l'économie (ce qui n'est pas neutre dans la perspective d'actions en dommages et intérêts subséquentes)
- > Anticipation de la préparation de la défense au fond car :
 - les délais de réponse à la notification des griefs (souvent des centaines de pages) et au rapport sont particulièrement courts (2 mois)
 - tendance des autorités de concurrence à adresser ces documents juste avant les périodes de congés d'été...
- > Préparation de l'audience de plaidoiries, dite « *oral hearing* » devant la Commission européenne
- > Une fois la décision de sanction notifiée, réfléchir à l'opportunité d'un recours

Que faire en matière de dossiers d'abus de position dominante?

- > Distinction préalable en fonction de l'opérateur pour lequel intervient l'avocat :
 - Opérateur dominant, nouvel entrant et/ou victime ?
- > Si intervention pour le compte de la victime : réflexion quant à l'opportunité d'une demande de mesures conservatoires
- > Si intervention pour le compte de l'opérateur prétendument en position dominante : réflexion quant à l'opportunité et faisabilité de solliciter une procédure d'engagements
- > Dans tous les cas, importance de l'analyse économique pour déterminer :
 - marché pertinent
 - existence et étendue de la position dominante
 - existence, ou pas, d'un abus (l'analyse économique peut aider également sur ce point)
 - verrouillage du marché
 - quantification du dommage à l'économie

Que faire en matière de contrôle des concentrations?

- > **Etape n°1** : analyse multi-juridictionnelle – identification des juridictions compétentes pour autoriser l'opération avant sa réalisation effective
- > **Etape n°2** : définition des marchés pertinents
 - Détermination des marchés, dans leur dimension matérielle et géographique
 - Identification, collecte et calcul des parts de marchés détenues par les parties à l'opération
- > **Etape n°3** : analyse concurrentielle des éventuels chevauchements faisant courir un risque de phase II voire un risque d'interdiction de l'opération
- > **Etape n°4** : prévention des risques associés à une opération de concentration
 - échanges d'informations sensibles
 - respect du caractère suspensif et prise en compte du risque de *gun-jumping*
 - risque d'opposition de la part de concurrents mécontents
- > **Etape n°5** : gestion de la procédure formelle de notification
 - importance des échanges, le plus en amont possible, avec les autorités de concurrence compétentes, phase dite de « prénotification »
 - réflexion quant à la nécessité de la prise d'engagements et la typologie des engagements acceptables par les parties à l'opération
 - éventuelle gestion des notifications multi-juridictionnelles

Que faire en matière d'actions privées?

- > Distinction, là encore, selon que l'on est défendeur ou demandeur à l'action
 - Stratégie de défense à mettre en œuvre ou à anticiper et combattre

Stratégie de défense procédurale

- > Incompétence de la juridiction saisie
- > Fins de non-recevoir
- > Limitation de l'accès aux preuves (secret de l'instruction et secret des preuves résultant d'une demande de clémence)

Stratégie de défense au fond

- > Contestation du principe de la faute
- > Contestation du préjudice:
 - > Répercussion du surcoût
 - > Quantification du préjudice
- > Contestation du lien de causalité

Exigences:

- ✓ Les données de prix permettant d'établir le préjudice doivent résister au contradictoire :
 - données robustes, complètes et rendues accessibles aux sociétés défenderesses
 - quantification du préjudice devant être sérieuse
- ✓ Recours à un économiste et/ou expert pour la quantification du préjudice

Vos questions sur les lectures

- > J-P Blin et C. Grass, *Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence*
- > M. Debroux, *Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ?*
- > F. Puel, *Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence*
- > J. Vogel et L. Vogel, *Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence*

F. Puel, *Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence*

- > Une entreprise peut-elle désormais se passer d'une véritable stratégie de conformité ?
- > Que pensez-vous des différentes approches entre l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne vis-à-vis des programmes de conformité ? Est-ce, à votre avis, justifié ?

J-P Blin et C. Grass, Le rôle clé du juriste interne dans la prise en considération par l'entreprise des règles de concurrence

- > Le préjudice d'image, est-il réel ? Comment s'en prémunir au mieux ?
- > Comment intégrer la stratégie au droit ? L'avocat peut-il ou, même doit-il, aider à cette fonction ?
- > A quelles stratégies « concurrence » peut-on penser ?

M. Debroux, *Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence - quelles décisions stratégiques ?*

- > Négociations déséquilibrées dans le cadre des procédures négociées – l'article laisse entendre que l'autorité est avantagée par son pouvoir de sanction ? Qu'en pensez-vous?
- > N'est-ce pas la condition nécessaire à une collaboration réelle de l'entreprise qui, elle, est avantagée par la détention de l'information ?
- > Que pensez-vous de la plausibilité du scénario dit de « clémence agression »? Le pur calcul est-il vraisemblable ?
- > Le programme de clémence tel qu'il existe aujourd'hui est-il efficace ? Quels seraient, selon vous, les changements qui pourraient lui être apportés ?

J. Vogel et L. Vogel, Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence

- > Est-ce que, selon vous, la transposition à venir de la Directive Dommages et Intérêts est susceptible de changer les stratégies de défense à disposition des auteurs de pratiques anticoncurrentielles?



MAULIN AVOCATS

DROIT DE LA CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

7 rue Chabanais – 75002 Paris

+33 6 10 18 11 00

romain.maulin@maulin-avocats.com