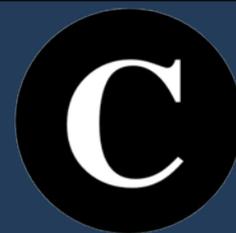




Le Concurrentialiste

Revue d'actualité de droit économique



Édito :

Chers lecteurs,

C'est avec grand plaisir que nous vous proposons un nouveau numéro de la revue *Le Concurrentialiste*. Sont ici regroupés les articles publiés depuis octobre dernier par les créateurs du site ainsi que les différents membres du comité scientifique qui nous font l'honneur d'apporter leurs expériences et connaissances à cet espace de partage.

Ce deuxième numéro est pour nous le signe que l'aventure est désormais bien lancée. Le sérieux des différents participants à cette entreprise et la grande variété des sujets proposés expliquent probablement l'enthousiasme des internautes qui sont de plus en plus nombreux à se connecter régulièrement sur le site. Un grand merci pour cela.

Outre l'épineuse question de l'efficacité de la protection des consommateurs, ce numéro propose également une analyse de sujets techniques tels que les stratégies concurrentielles en matière d'opérations de concentration ou encore l'examen d'un avis de l'Autorité de la concurrence sur le secteur des pièces détachées. L'un des membres créateurs revient également sur la saga Canal +. Enfin, si le premier numéro se concentrait partiellement sur le droit anglais de la concurrence, celui-ci évoque le droit américain, apportant toujours de quoi nourrir nos réflexions sur les possibles évolutions du droit de la concurrence.

Toujours soucieux d'offrir à nos lecteurs des sujets de choix, nous profitons de ces quelques lignes pour annoncer l'organisation par *Le Concurrentialiste* d'un colloque en ligne qui apparaîtra sur le site durant le mois d'avril prochain. Différents professionnels du droit économique nous offriront leur contribution sur le thème suivant : « *Le droit de la concurrence et l'analyse économique* ». Ce sujet particulièrement riche et captivant sera l'occasion d'évoquer les fondements du droit de la concurrence, fruit d'un tango passionné entre droit et économie.

Nous tenons à vous témoigner, chers lecteurs, toute notre gratitude pour l'intérêt que vous portez au *Concurrentialiste*.

L'équipe du *Concurrentialiste*.

Sommaire du numéro :

- Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence..... **page 3**
- En Europe comme aux Etats-Unis, le temps n'est pas à la liberté des entreprises (par *Thibault Schrepel*)..... **page 4**
- Pièces détachées automobiles : la capitulation du droit et la victoire du libéralisme économique (par *Pr. Marie Malaurie-Vignal*)..... **page 6**
- De l'opportunité de la reconnaissance du « *passing-on defence* » pour les consommateurs victimes (par *Jean-Loup Jaumard*)..... **page 9**
- Canal Plus et le Conseil Constitutionnel : le droit de la concurrence s'en souviendra (par *Thibault Schrepel*) **page 12**
- Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principe de proportionnalité (1/2) (par *Thibault Schrepel*)..... **page 14**
- Stratégie concurrentielle : opérations de concentration et relation avec l'autorité de concurrence (2/2) (par *Thibault Schrepel*)..... **page 17**



Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence

Le Concurrentialiste vous l'avait annoncé, s'est tenu le 21 novembre dernier un colloque organisé par le Master 2 Droit des contrats et de la concurrence de Versailles en partenariat avec la Laboratoire DANTE.

Intitulé « Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence », ce dernier a été intégralement filmé et Le Concurrentialiste a le plaisir de vous présenter en exclusivité l'ensemble des vidéos. Le nom du (des) intervenant(s) est indiqué pour chacune d'entre elles, tout comme le sujet de l'intervention. Les thèmes abordés sont aussi divers que les pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence, l'organisation des réseaux de distribution, les réformes souhaitées au plan européen et national, le contrôle des concentrations, l'arbitrage, le contentieux judiciaire et bien d'autres encore. Le programme est disponible à ce lien : [programme](#).

- **Vidéo 1 / 12** : Propos introductifs par Madame le Professeur Muriel Chagny ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 2 / 12** : Le mot du Doyen, Madame le Doyen Sandrine Clavel ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 3 / 12** : Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? Par Madame le Professeur Emmanuelle Claudel ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 4 / 12** : Droit de la concurrence et de la distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ? Par Madame Irène Luc ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 5 / 12** : Discussion et questions suite aux interventions de Madame le Professeur Emmanuelle Caudel et Madame Irène Luc ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 6 / 12** : Droit de la concurrence et contrats de distribution : quelles contraintes ? Par Maître Jean-Louis Fourgoux ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 7 / 12** : Table ronde animée par Monsieur le Professeur Thomas Clay avec Monsieur Dominique de Gramont, Maître Robert Saint-Esteben et Maître Yann Utzschneider sur le thème suivant : « Concurrence, distribution et entreprises : quelles difficultés pratiques et contentieuses ? Comment les gérer ? » ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 8 / 12** : Questions de constitutionnalité dans le secteur de la distribution, par Monsieur Guy Canivet, membre du Conseil Constitutionnel ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 9 / 12** : Quelles analyses économiques du droit de la distribution ? Approche normative, par Monsieur le Professeur Bruno Deffains ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 10 / 12** : Concurrence, distribution et DIP : quelles solutions ? Par Madame le Professeur Sandrine Clavel, Doyen de la faculté de Droit de Versailles ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 11 / 12** : Quel droit européen et français de la distribution ? Approche prospective, par Madame le Professeur Muriel Chagny, co-Directrice du Master 2 Droit des contrats et de la concurrence de l'Université de Versailles ([lien vidéo](#))
- **Vidéo 12 / 12** : Table ronde animée par Madame le Professeur Anne-Sophie Choné, avec Maître Jean-Daniel Bretzner, Monsieur Jean-Bertrand Drummen, Monsieur Benoît Gaboriau et Maître Jean-Patrice de la Laurencie sur le thème suivant : « Quelle règles pour la distribution ? Quelles sanctions ? Quelles institutions ? » ([lien vidéo](#))

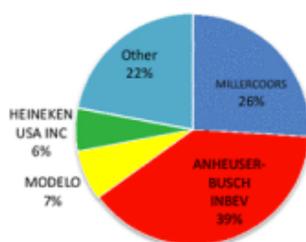
En Europe comme aux Etats-Unis, le temps n'est pas à la liberté des entreprises

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Le 31 janvier dernier, la section Antitrust du DOJ (« United States Department of Justice ») a officiellement interdit l'acquisition du groupe Modelo par Anheuser-Busch InBev, deux géants de la bière (1). La transaction, d'une valeur de 20,1 milliards de dollars (environ 14,8 milliards d'euros), eut été une opération financière très significative. Avec cette décision de refus, il s'agit de la plus importante de ce type depuis l'opération AT&T / T-Mobile USA (d'une valeur de 39 milliards de dollars) (2). Est-ce bien raisonnable ?

I. Aux Etats-Unis : l'affaire Anheuser-Busch / Modelo de fin janvier 2013

Cette opération de concentration concernait les opérateurs suivants : d'une part, (i) l'acquéreur, groupe Belge Anheuser-Busch InBev, qui représente 39% du marché américain. D'autre part, (ii) Modelo, le groupe racheté, qui représente quant à lui 7% de ce marché. Il convient également de signaler la présence de MillerCoors, second plus important opérateur sur le marché de la bière américain qui représente 26% de parts de marché. Ce dernier n'était aucunement impliqué dans l'opération, il s'agit donc d'un concurrent strictement indépendant.



2. Cette décision de refus du DOJ est principalement fondée sur la crainte d'une diminution de la concurrence sur le marché. Alors que Anheuser-Busch InBev et Modelo se sont souvent fait concurrence, une telle opération aurait potentiellement

eu des impacts négatifs pour les consommateurs. Dans l'introduction de sa décision, le DOJ souligne que l'un des fondamentaux d'un marché libre est une concurrence qui fonctionne au mieux et qu'ainsi, les consommateurs se trouvent mieux lotis lorsque les entreprises se font concurrence afin de gagner des parts de marché (3). C'est absolument certain. Toutefois, une question se pose. Que faire de l'autre fondamental d'un marché libre, celui de l'organisation des opérateurs comme ils l'entendent ? Il en relève du concept de *propriété*. Concilier ces deux principes est difficile, c'est pourtant l'objectif des autorités de concurrence.

3. La section 7 du Clayton Act, celle utilisée par le DOJ pour bloquer l'opération, prévoit que toute opération ayant pour effet potentiel de restreindre la concurrence doit être interdite (4). Interprétée strictement et en ne prenant qu'en compte les effets directs, aucune opération de concentration ne serait jamais autorisée sur le sol américain. Là n'est pas l'intention du législateur. Toute opération de concentration a pour effet d'éliminer un opérateur du marché, c'est une évidence. En revanche, est-ce pour autant une réduction *in fine* de la concurrence ? Certainement pas. Une seule décision a fait une stricte application de ce texte, *Brown Shoe Company v. United States* en 1962 (5), affaire où une opération de concentration fut interdite en ce qu'elle représentait (la fusion de deux concurrents), sans véritable fondement économique. L'impression d'un retour en arrière de plus de 50 ans se fait ici ressentir, tant les preuves apportées par le DOJ sont faibles et discutables.

4. Que la concurrence entre les opérateurs concernés disparaisse est incontestable. Toutefois, aucune véritable analyse de l'effet à moyen et long terme de l'opération sur le marché n'est ici effectuée. Pourtant, personne ne conteste plus que le regroupement de deux concurrents puisse avoir des effets très positifs pour le consommateur. On s'étonne alors que la stratégie mise en oeuvre par la nouvelle entité ne soit pas évoquée dans la présente décision. Une analyse telle donnée par le DOJ revient à interdire l'opération de concentration en ce qu'elle représente, la fusion de deux concurrents. Le DOJ semble ainsi affirmer que toute opération de ce genre est ainsi néfaste *per se* à la concurrence. Ces propos sont légèrement caricaturaux, mais pas tant que ça.



5. Dès *United States v. Philadelphia National Bank* en 1963 (6), la Cour Suprême des Etats-Unis a donné deux critères d'évaluation aux opérations de concentration : (i) la concentration sur le marché et (ii) la taille des entreprises concernées. En l'espèce, la nouvelle entité aurait détenu tout au plus 46 % de parts de marché (de nombreuses études économiques tendent à prouver qu'en réalité les parts de marché ne peuvent être additionnées). Alors, lorsque le DOJ se concentre sur la disparition de concurrence entre ces deux entités, l'envie se fait de lire une analyse relative à la plus forte concurrence potentiellement opposée au second opérateur, MillerCoors. C'est en un seul paragraphe que le DOJ élimine cette question, titrant que le résultat de cette opération serait dans une politique de prix coordonnés entre ABI et MillerCoors, sans l'apport d'aucune preuve réelle (point 61). On peut également regretter l'absence de toute analyse sur la synergie créée par cette opération, tout comme sur les économies d'échelles réalisées. Seul le point 69 s'attaque rapidement à ce sujet, mettant en exergue de façon très subjective les barrières à l'entrée créée sur le marché. La révision en 2010 des lignes directrices américaines en la matière, censée se focaliser moins sur les parts de marché et plus sur les économies d'échelles, est ici inapparente.

6. L'évidence s'impose, les Etats-Unis ne sont pas le temple du libéralisme que l'on dit. Cette décision interpellera nécessairement tout analyste de droit européen tant elle semble être uniquement à charge. Les décisions de refus de l'Autorité de la concurrence, ou de la Commission européenne, mettent en exergue les quelques points positifs à l'opération de concentration avant de conclure à leur insuffisance. Rien de tel n'est ici réalisé. La liberté des personnes morales à disposer de leurs capitaux n'est assurément pas au goût du jour. Dans une configuration où plusieurs concurrents demeureraient sur le marché, qui plus est avec un numéro 2 de taille, je ne peux que m'étonner d'une telle décision. Ces éléments ne semblent malheureusement plus avoir d'importance.

7. Le DOJ affirme en effet que « *si ABI détenait et contrôlait 100% de Modelo, ABI pourrait augmenter les prix de la bière pour les consommateurs américains* ». Le conditionnel ici utilisé est symbolique de l'esprit de cette décision. La question demeure : ne faut-il pas réformer les règles de concurrence et agir *ex-post* plutôt qu'en préventif d'une opération

qui ne démontre en elle-même aucun problème évident de concurrence ? Lorsque dans l'affaire *United State v. H&R Block* de 2011 (7) les parties décidaient d'abandonner l'opération, jugeant qu'il était trop difficile de présenter des engagements suffisamment convaincants pour contrebalancer une part de marché potentiel de plus de 90%, l'opération avait de quoi susciter quelques inquiétudes légitimes. Rien de tel n'est ici présenté. Dès lors, si le principe même d'une interdiction est contestable, il faut noter qu'aucune inquiétude objective et spécifique à l'opération n'est ici véritablement étayée.

8. Pour ces multiples raisons, les parties à l'opération viennent d'affirmer qu'elles ont pour intention de contester chaque point de cette décision (8). De quoi faire plaisir à M. Baer nouvellement arrivée à la tête du DOJ. Son principal opposant ? Mme Varney, anciennement à la tête du DOJ et maintenant avocate principale pour le groupe Modelo.

II. Autres récentes affaires, dont une en Europe

9. Notons que janvier fut également le mois de l'interdiction d'une autre opération d'importance (certes moindre) en Europe. (9) U.P.S. offrait 6,9 milliards de dollars pour la reprise de TNT Express, ce que la Commission européenne a refusé. Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne et commissaire chargé de la concurrence, s'est défendu de vouloir empêcher les entreprises européennes de gagner en influence. Sûrement ces propos se sont-ils imposés afin de justifier les récents refus d'opérations du même type, comme en janvier 2011, lorsque fut bloquée la fusion entre Aegean Airlines et Olympic Air.

10. En l'espèce, la Commission européenne a exprimé des inquiétudes quant à la situation suivante : la fusion aurait laissé un choix entre deux concurrents, U.P.S. et DHL, dans quinze pays de l'Union. Pour cette raison, elle demandait à ce que les deux entreprises concernées cèdent plusieurs de leurs actifs, ce qu'elles ont refusé. La Commission européenne a tenté de reproduire ce qu'elle a pu imposer dans l'opération de concentration entre Universal Music Group et EMI de l'an dernier, à savoir la cession d'un tiers des actifs d'EMI à des concurrents. Pour en savoir plus sur les négociations entre les autorités de concurrence et les parties, voir les deux articles du Concurrentialiste spécialement consacrés à cette question (ici et ici).

11. Le DOJ a également interdit une autre opération de taille en 2012, celle entre Deutsche Börse of Germany et NYSE Euronext, fusion évaluée à 9 milliards de dollars. Des inquiétudes quant à la création d'un quasi-monopole sur l'échange d'actions dérivées en Europe étaient ici avancées. En mai 2011, le rachat de ICE-NYSE Euronext par Nasdaq, d'une valeur de 11 milliards de dollars, a également été rejeté par ce dernier (10).

12. En somme, de nombreuses opérations de concentration ont récemment été interdites/fortement découragées par les autorités de concurrence. La légitimité de ces décisions doit être discutée au cas par cas. Un indice historique doit cependant demeurer à l'esprit : Hong Kong, qui, dans les années 1980', n'avait pas la moindre réglementation en la matière, et pas le moindre monopole à desceller.

- (1) Lire la décision dans son intégralité : [lien](#)
- (2) « *Justice Department Files Antitrust Lawsuit to Block AT&T's Acquisition of T-Mobile* », 31 août 2011 : [lien](#)
- (3) « *Fundamental to free markets is the notion that competition works best and consumers benefit most when independent firms battle hard to win business from each other* », point 1 de la décision.
- (4) « *No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital (...) when the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly* », section 7 du Clayton Act, 15 USC § 18 : [lien](#)
- (5) *Brown Shoe*, 370 U.S. at 326, 82 S.Ct. 1502. : [lien](#)
- (6) *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321, 363, 83 S.Ct. 1715, 1741, 10 L.Ed.2d 915 (1963) : [lien](#)
- (7) *United States v. H & R Block, Inc.*, 789 F.Supp.2d 74, 79 (D.D.C.2011) : [lien](#)
- (8) Communiqué de presse disponible à l'adresse suivante : [lien](#)
- (9) Communiqué de presse de la Commission européenne disponible à l'adresse suivante : [lien](#)
- (10) Voir « *Antitrust Hit List: Deals Regulators Quashed* », Deal Journal, Wall Street Journal, 31 janvier 2013.

Pièces détachées automobiles : la capitulation du droit et la victoire du libéralisme économique

par Marie Malaurie-Vignal, Professeur agrégé à l'Université de Versailles, Membre du Comité scientifique du Concurrentialiste.

Il ne s'agit pas seulement de déclin du droit, mais de capitulation du droit qui résulte d'un avis de l'Autorité de la concurrence (ci-après « ADLC ») sur les pièces détachées automobiles.(1 et 2)

De quoi s'agit-il ? L'ADLC s'est auto-saisie pour avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'entretien-réparation automobile et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange. L'Autorité est partie d'un constat d'une augmentation en France du prix des pièces détachées, augmentation plus grande en France que dans les autres pays européens (voir graphique 5, pt. 43). Ce constat donne lieu à une guerre des chiffres. En effet, ce constat est réfuté par les constructeurs. Pour ces derniers, s'appuyant sur une observation de l'INSEE, l'augmentation est largement liée à l'augmentation du coût de la main-d'œuvre. L'Autorité écarte cette observation car selon elle, il y a une « *augmentation deux fois plus rapide de l'indice de la réparation par rapport à l'indice de l'entretien* » (pt. 42). Par ailleurs, les constructeurs soulignent que le graphique 6 permettant à l'ADLC de conclure en une augmentation des prix porte sur les pièces détachées acquises par le consommateur qui répare lui-même son véhicule (« *Do-it-Yourself* ») (graphique 6, pt.96). Or, ce segment du « *Do-It-Yourself* » ne représente que 10 % du secteur de l'entretien-réparation et n'est donc guère représentatif de l'ensemble des pièces de rechange comme le reconnaît l'avis lui-même (pt 95).

2. En outre, les constructeurs automobiles contestent la pertinence des conclusions retenues par l'ADLC au motif que les données prises en compte dans ce graphique ne sont pas les mêmes pour tous les pays. Certains pays n'y mettent que les pièces « *Do-It-Yourself* », tandis que d'autres y incluent la main d'œuvre. Et enfin, si l'on s'intéresse exclusivement aux pièces détachées portant la marque du constructeur (pièces dites « *OEM* »), là encore, les points de vue divergent. L'Autorité



affirme au point 194 que les prix sont plus bas dans les pays libéralisés, mais reconnaît que « *la France a des prix plus bas que l'Italie et l'Espagne, qui sont des pays libéralisés* ».

3. Dans cette guerre des chiffres, on relèvera que l'Autorité souligne qu'en Italie et Espagne, pays libéralisés, le prix des pièces détachées est plus élevé qu'en France (supra) et que les prix de l'entretien-réparation (incluant vente de pièces et services) ont fortement progressé en Belgique et au Royaume-Uni – pays également libéralisés... Nous n'entrerons pas en guerre et nous nous limiterons aux analyses et solutions juridiques. Pour autant, cette guerre des chiffres est troublante (**3**).

4. Pour parvenir à une baisse des prix en France, la solution préconisée par l'ADLC est de libéraliser ce marché, c'est-à-dire de supprimer le droit des dessins et modèles sur les pièces détachées visibles (**I.**). Cet aspect est celui qui a attiré l'attention des médias et des associations de consommateurs (**4**). Pour autant, il n'est pas suffisant de supprimer le droit des dessins et modèles sur ces pièces détachées. Dans une sorte de spirale sans fin, l'ADLC « *détricote* » des pans du droit pour atteindre son objectif. L'Autorité s'attaque donc également aux relations commerciales liant constructeurs automobiles et équipementiers en vue de produire les pièces détachées. Le droit des contrats est remis en cause pour faire prévaloir la libre concurrence (**II.**). Ce n'est pas fini. Le droit des marques est également susceptible d'entraver la libre concurrence. Alors l'Autorité n'hésite pas à recommander une modification du droit des marques ! (**III.**). Le droit de la distribution pourtant organisé par un Règlement européen (**5**) est également susceptible de constituer une barrière à la libre concurrence des distributeurs. L'ADLC n'hésite pas alors à s'en affranchir (sur cette question, voir notre commentaire, op. cit.).

I. Droit des dessins et modèles versus libre concurrence

5. En France, les pièces visibles sont protégées par le droit des dessins et modèles. La solution de l'Autorité est simple : supprimer ce droit de propriété intellectuelle pour inciter la fabrication de pièces

détachées concurrentes des pièces détachées sous marque constructeur. Le postulat est que cette concurrence favorisera une baisse des prix.

6. Cet avis est étayé par une série d'arguments que nous ne reprendrons pas dans le cadre de cette analyse (**6**). On ajoutera simplement que juridiquement, il est possible de supprimer le droit des dessins et modèles sur les pièces détachées visibles en faisant jouer la clause dite de réparation prévue l'article 14 de la directive 98/71 du 13 octobre 1998 sur la protection des dessins et modèles.

7. Une telle solution est, en revanche, économiquement contestable. L'Autorité de la concurrence souligne qu'un certain nombre d'États ont exercé cette faculté en libéralisant leur marché, mais elle omet de souligner que seize États sur vingt-sept (dont la France et l'Allemagne et la France qui disposent d'une industrie automobile puissante) ont maintenu leur protection sur les pièces détachées. Par ailleurs, au-delà de l'Europe, le Japon, la Corée, la Chine, la Russie, l'Inde ou le Brésil ont une législation sur les dessins et modèles ; les USA protègent leurs pièces détachées et un contentieux jusqu'alors inexistant apparaît (cf. contentieux Ford cités au pt. 162).

8. L'Autorité, dans sa fièvre de libéralisation, remet en cause également les contrats de partenariat liant constructeur automobile et équipementier. Une telle solution est alors doublement contestable, économiquement et juridiquement.

II. Droit des contrats versus libre concurrence

9. Pour présenter simplement la question, l'équipementier d'origine (qui fabrique les pièces d'origine sous marque constructeur) est généralement l'équipementier dit de première monte (qui fabrique les pièces installées lors de la construction du véhicule). Le constructeur et l'équipementier d'origine sont liés par un partenariat commercial, qui passe généralement par la conclusion d'un contrat de sous-traitance. L'équipementier utilise généralement un outillage mis à disposition par le constructeur. Diverses clauses visent à freiner l'utilisation de l'outillage en vue de fabriquer des pièces concurrentes. Ces clauses sont analysées comme des obstacles à la libre commercialisation de pièces concurrentes et l'ADLC énonce qu' « *il est important que les équipementiers*

de première monte (...) ne se voient pas imposer de clauses restrictives injustifiées dans les contrats qui les lient aux constructeurs » (7)... tout en énonçant qu'elle ne préjuge pas de l'analyse qu'elle pourrait faire dans un cadre contentieux (pt 308). Mais on sait aujourd'hui combien sont importants les avis de l'ADLC qui n'hésite pas, au contentieux, à invoquer ses propres avis !

10. Pour résumer les solutions recommandées, l'Autorité recommande au point 311 un examen attentif des contrats de sous-traitance « dans la mesure où, selon les cas, elle peut exclure toute concurrence à l'égard du constructeur ». Et au point 312, il est affirmé qu'« indépendamment de la relation de sous-traitance que sont susceptibles de recouvrir les accords entre constructeurs et équipementiers, les restrictions empêchant ou limitant la présence de l'équipementier sur le marché de l'après-vente pourraient ne produire que peu de gains d'efficience dès lors qu'existe une concurrence suffisante entre équipementiers sur le marché de la première monte ». En bref, dès lors qu'il existe une concurrence entre équipementiers, toute clause entravant ou empêchant la présence de ces derniers sur le marché a peu de chance de trouver grâce auprès de l'autorité de concurrence.

11. En d'autres termes, ceci signifie qu'un accord d'exclusivité ou de non-concurrence profitant à une partie a de grandes chances d'être considéré comme anticoncurrentiel. L'ADLC n'hésite pas à obliger le co-contractant à faire concurrence à son partenaire contractuel. Une telle solution est un défi à la réalité économique et juridique (les clauses de non-concurrence ou d'exclusivité conclues entre deux contractants ne sont pas illicites per se). Or, n'est-il pas économiquement rationnel et juridiquement licite qu'un contractant fasse en sorte que son co-contractant ne lui fasse pas concurrence ?

Un accord d'exclusivité ou de non-concurrence profitant à une partie a de grandes chances d'être considéré comme anticoncurrentiel

III. Droit des marques versus libre concurrence

12. Il est un autre obstacle à la libre concurrence. L'article L. 713-2, b du Code de la propriété intellectuelle sanctionne le fait de supprimer la marque d'autrui. Or, on a vu que l'équipementier d'origine fabrique les pièces détachées pour le compte du constructeur

automobile, en vertu d'un contrat de sous-traitance. Il appose donc la marque du constructeur sur les pièces fabriquées. L'Autorité préconise la disparition dans le code de la propriété intellectuelle de l'article L. 713-2, b ! Rien de plus simple : l'équipementier pourrait alors fabriquer pour le compte du constructeur en apposant sa marque et s'il veut commercialiser pour son propre compte les pièces détachées, il lui suffira en toute impunité de détacher la marque constructeur. Le tour est joué ! Comme nous l'avons écrit dans notre commentaire in Contrats conc. consommation (op. cit), une telle atteinte aux droits de propriété intellectuelle est stupéfiante. L'ensemble de la production de ces pièces détachées pourrait, sans limites, passer sous le nom de l'équipementier. La loi de la concurrence deviendrait alors la loi du plus fort... Une telle possibilité est un défi à la loyauté des relations économiques (autoriser la suppression de sa marque par son propre cocontractant !).

13. On l'aura compris. L'Autorité entend faire plier les droits de la propriété industrielle et des contrats pour libéraliser le marché des pièces détachées. C'est le triomphe du libéralisme économique sur le droit. La victoire de la libre concurrence est parée d'une vertu contestée (supra, sur les controverses à propos des prix).

- (1) Avis n° 12-A-21, 8 oct. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange, P.Arhel in JCPE 2012 n° 645, Contrats conc. consom. nov. 2012 act.2012 alerte 60 et Contrats conc. consom. 2012, comm. 277 et nos obs., « Le tsunami provoqué par l'avis de l'ADLC sur les pièces détachées ».
- (2) v. également F. Pollaud-Dulian, D. 2012 chr. 2815.
- (3) v. également F. Pollaud-Dulian, D. 2012, op. cit.
- (4) v. notamment, Les échos du 8 octobre 2012 : « l'ADLC demande au pouvoir public de mettre un terme au monopole des constructeurs sur les pièces des carrosseries visibles ».
- (5) Règlement CE N° 330/ 2010 du 20 avril 2010 portant sur les contrats de distribution.
- (6) v. nos obs. in Contrats conc. consom. 2012, op. cit.
- (7) Communiqué de presse de l'ADLC 8 oct. 2012.



De l'opportunité de la reconnaissance du « passing-on defence » pour les consommateurs victimes

par Jean-Loup Jaumard, ancien étudiant du Master 2 Droit de la Consommation et de la Concurrence de Montpellier, Créateur du Concurrentialiste.

Aujourd'hui, le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles est réduit à portion congrue en France. Parmi les principales victimes de ces pratiques, les consommateurs sont les moins enclins à initier une action privée. Ce manque d'engouement s'explique principalement par deux raisons. Tout d'abord, le préjudice concurrentiel des victimes consommateur est bien trop limité pour que ces derniers prennent le risque de gravir, seuls, le perron des tribunaux judiciaires. À ce propos, nous avons déjà eu l'occasion d'exposer dans de précédents articles qu'à ce problème de défaut d'intérêt des consommateurs d'agir seul en justice existent des solutions comme l'intronisation de l'action de groupe en droit de la concurrence ou la reconnaissance de dommages et intérêts punitifs (1).

Le manque d'intérêt à agir des consommateurs s'explique également par les difficultés probatoires rencontrées pour initier une action privée. La preuve de l'existence d'un préjudice lié directement au comportement anticoncurrentiel leur est difficile.

En effet, ces derniers, en tant que victimes indirectes (ou acheteurs indirects), sont à l'extrémité de la chaîne de distribution et sont donc éloignés de l'infraction, contrairement aux victimes directes (acheteurs directs), ce qui est susceptible de poser des difficultés dans la preuve de l'existence d'un préjudice.

Le droit français, dans une optique de promotion du contentieux indemnitaire, doit donc trouver des solutions pour alléger la charge de la preuve des victimes indirectes. Parmi les mesures pouvant résoudre ce problème d'ordre probatoire, la reconnaissance de l'argument du « passing-on defence » paraît particulièrement opportune.

Cet article a pour objectif d'expliquer le moyen de défense qu'est le « passing-on » (I), de préciser son intérêt (II) et de connaître sa place en droit positif (III).

I. Présentation du « passing-on defence »

2. Les cibles des contrevenants au droit de la concurrence sont les acheteurs de produits ayant donné lieu à une pratique anticoncurrentielle. Même si la liste des victimes est longue, ils constituent les principales victimes des infractions au droit de la concurrence, leur dommage prend généralement la forme d'un surcoût qui correspond pour l'auteur de la pratique à un gain illicite. Reste à savoir quelle est la véritable victime de ce surcoût. En premier lieu, ce surcoût est supporté par l'acheteur direct de l'auteur de l'infraction. Toutefois, il est tout à fait possible, s'il est un maillon intermédiaire de la chaîne économique (producteur ou distributeur), qu'il répercute le surcoût illégal sur ses propres clients.

3. Cette répercussion des surcoûts par les acheteurs directs donne lieu à plusieurs questions de droit. Tout d'abord, le droit de la responsabilité civile est un droit réparateur, qui n'a pour but que de remettre les victimes dans la situation dans laquelle elles se trouvaient antérieurement au fait dommageable. Il est donc essentiel que la victime puisse se prévaloir d'un préjudice. Or dans l'hypothèse révélée plus haut où la victime directe aurait répercuté les surcoûts, il semble que cette dernière se soit fait justice elle-même, de sorte qu'elle ne devrait pas être autorisée à engager une action en réparation pour un préjudice inexistant.

4. Selon la Commission européenne dans son livre blanc de 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires de concurrence, la non-prise en compte par le juge civil de la répercussion des surcoûts de l'acheteur indirects sur ses propres clients directs est susceptible : (i) d'entraîner l'enrichissement sans cause des acheteurs qui ont répercuté le surcoût ; (ii) d'occasionner « une réparation multiple injustifiée, par le défendeur, pour les surcoûts illégaux imposés » (2).

5. Il semble donc nécessaire, pour la Commission européenne, de reconnaître l'argument du « passing-on defence » selon lequel l'auteur de la pratique, à l'occasion d'une action en dommages et intérêts de son acheteur direct, peut invoquer que ce dernier a répercuté l'augmentation des prix sur ses clients et qu'il ne peut donc se prévaloir d'aucune perte. Cet argument est donc favorable à l'auteur de la



pratique, mais il ne serait pas le seul à pouvoir s'en prévaloir dans l'hypothèse d'une éventuelle reconnaissance. En effet, cet argument est particulièrement favorable pour les acheteurs indirects, et notamment pour les consommateurs.

II. L'intérêt du « *passing-on defence* » pour les victimes indirectes

6. Par l'argument du « *passing-on defence* » le défendeur peut faire échec à l'action en dommages et intérêts de l'acheteur direct. Symétriquement, cet argument pourrait être invoqué par un acheteur indirect à l'encontre des membres d'une pratique anticoncurrentielle. Il ouvrirait donc une voie au consommateur final pour obtenir réparation de son préjudice, puisqu'il devrait être considéré comme la « véritable » victime de la pratique.

7. Toutefois, comme le rappelle l'Autorité de la concurrence dans son avis du 21 septembre 2006 « *relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles* » (3), l'acceptation de ce moyen conduirait à compliquer le traitement des dossiers par le juge civil. Si le consommateur final était fondé à demander réparation de son préjudice, encore faut-il qu'il parvienne à prouver que la répercussion du surcoût de son vendeur a été effective. De même, il est particulièrement difficile pour l'acheteur indirect, compte tenu de son éloignement par rapport à l'infraction, de produire des preuves permettant d'évaluer l'ampleur de la répercussion. Le risque est donc grand que les acheteurs indirects ne puissent trouver indemnisation faute de preuve suffisante ce qui permettrait à l'auteur de la pratique de conserver le bénéfice d'un enrichissement sans cause (l'argument du « *passing-on defence* » lui permettant de faire échec aux demandes des clients directs). Il s'agit d'une des principales raisons qui explique pourquoi les tribunaux fédéraux américains ont rejeté cet argument (4).

8. L'argument du « *passing-on defence* » ne semble pas pour autant être à jeter, et la Commission européenne dans son livre blanc prévoit un moyen pour corriger un tel scénario. Le « *passing-on defence* » serait un formidable moyen pour permettre la réparation des acheteurs indirects si une présomption réfragable selon laquelle la totalité du surcoût a été répercutée sur ces derniers était admise. Dans ce cas de figure, les acheteurs directs se verraient systématiquement opposer un tel

argument par l'auteur de la pratique, et les victimes indirectes seraient fondées à obtenir réparation, l'existence de leur préjudice étant présumée sauf si le contrevenant apporte la preuve que son client direct n'a pas répercuté le surcoût sur ses propres clients.

III. La place du « *passing-on defence* » en droit positif

9. L'argument du « *passing-on defence* » n'est pas légalement reconnu, mais a été consacré par la jurisprudence. En effet, il a été invoqué et retenu par

L'argument du « *passing-on defence* » n'est pas légalement reconnu, mais a été consacré par la jurisprudence

les juges dans plusieurs cas de demandes en réparation d'un acheteur direct, se prétendant victime d'une pratique anticoncurrentielle. Néanmoins, l'utilisation de ce moyen est récente et il

est encore trop difficile d'en dessiner les contours en droit français. En effet, sa portée est difficilement perceptible, notamment sur le fait de savoir si la répercussion des surcoûts est présumée (ce qui est susceptible de faciliter la preuve du préjudice du consommateur final).

10. Le Tribunal de Nanterre en 2006 (5) dans l'affaire des vitamines a débouté la partie demanderesse, arguant que la possibilité pour cette dernière — au vu de l'état du marché et de la concurrence — de répercuter à la hausse le prix de vente pratiqué à ses clients excluait toute demande en réparation, et ce, sans rechercher si elle avait concrètement augmenté ou non ses prix (6). La portée du « *passing-on defence* » est donc particulièrement générale dans cette décision, puisque le droit à réparation est écarté dès lors qu'une possibilité de répercussion existe. Le tribunal a donc fondé sa décision sur la base d'une présomption de répercussion du surcoût. La Cour de cassation, dans une autre affaire, a également reconnu la validité de l'argument du « *passing-on defence* » dans un arrêt du 15 juin 2010 (7). Elle censure dans son arrêt la Cour d'appel de Paris qui avait considéré que le fait pour un acheteur direct d'avoir la possibilité « *de répercuter le surcoût sur les hausses de prix du produit était sans incidence sur l'étendue du droit des appelantes à réparation* » (8). Selon la Haute juridiction, la Cour d'appel ne pouvait exclure que le surcoût des entreprises plaignantes ait été répercuté sur leurs propres clients.



Elle a également précisé que le juge du second degré aurait dû rechercher si les plaignantes avaient concrètement répercuté le surcoût. Dès lors, certains auteurs ont pu remarquer que bien qu'admettant l'argument du « *passing-on defence* », la solution de la Cour de cassation est différente de la position du Tribunal de Nanterre dans l'affaire précitée (9). En effet, la Haute juridiction exige, pour accorder ou non le droit à réparation, que le juge du fond vérifie s'il y a eu répercussion. Cela pourrait laisser à penser que la répercussion des surcoûts ne doit pas être présumée et doit nécessairement être établie par le juge. L'emploi du conditionnel est de mise puisque la Cour de cassation ne se prononce pas expressément sur ce point.

11. En conclusion, l'argument du « *passing-on defence* » est validé par la jurisprudence française. Néanmoins, il convient de préciser qu'à l'heure actuelle cet argument n'a été invoqué que de manière défensive, c'est à dire par l'auteur de la pratique contre une action de son acheteur direct. Il n'existe pas d'exemple de décision dans laquelle ce moyen aurait été invoqué de manière offensive, par une victime indirecte. Il est donc difficile de savoir si le « *passing-on defence* » tel qu'il a été reconnu en droit français permettrait de faciliter l'action en dommages et intérêts des victimes indirectes. En outre, eu égard aux décisions ayant validé cet argument invoqué de manière défensive, il semble difficile de savoir si une présomption de répercussion du surcoût est retenue, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation de juin 2010 semble laisser penser le contraire. Or, comme le précise la Commission européenne, il est indispensable pour que ce moyen puisse permettre aux victimes indirectes de prouver l'existence de leur préjudice qu'une présomption de répercussion des surcoûts soit consacrée.

12. Il semble donc nécessaire que le droit français aille plus loin dans la reconnaissance du « *passing-on defence* » notamment en permettant aux victimes indirectes de pratiques anticoncurrentielles de se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a intégralement été répercuté sur eux. Une telle position du droit français serait donc particulièrement favorable pour les grands oubliés du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence que sont les consommateurs. Elle permettrait de renforcer considérablement l'efficacité des actions de groupe dans l'hypothèse d'une éventuelle

admission de ce mode de recours collectif. La protection des consommateurs et leur participation dans la réalisation des objectifs de concurrence seraient alors effectives.

- (1) Voir notamment T. Schrepel « *Dommages et intérêts compensatoires et punitifs : le Royaume-Uni passe en tête* » 23 août 2012 ([lien](#)) et T. Schrepel « *L'action de groupe (class action) : le débat est relancé* » 30 avril 2012 ([lien](#))
- (2) Commission européenne, Livre blanc de 2008 « *les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* » point 2.6 « *répercussion des surcoûts* »
- (3) Avis du Cons.conc « *relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles* » du 21 sept. 2006
- (4) Sur l'interdiction du « *passing on defence* » de manière défensive : voir l'arrêt de la Cour suprême des États unis « *Hanover Schoe & co V.United Schoe Machinery Corporation* » de 1968
- (5) Trib. Com. Nanterre., 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c/ Sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche
- (6) P.Cardonnel et C.Lemaire « *Procédures* » Revue concurrences n°4-2010, pp. 192-211
- (7) Cass. com., 15 juin 2010, *Ajinomoto Eurolysine c/ Doux aliments Bretagne e.a.*, n° 09-15816
- (8) CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 10 juin 2009, RG n° 07/10478
- (9) P. Cardonnel et C. Lemaire op. cit.



Canal Plus et le Conseil Constitutionnel : le droit de la concurrence s'en souviendra

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Le 30 août 2006, le ministre de l'Économie, après avis favorable du Conseil de la concurrence, autorisait la prise de contrôle de TPS et CanalSatellite par les groupes Canal Plus et Vivendi. Cette autorisation était assortie du respect de 59 engagements visant principalement à préserver la concurrence sur le marché. Le 20 septembre 2011, à la surprise générale, l'Autorité de la concurrence constatait que les parties n'avaient pas respecté 10 de ces engagements. Était alors retirée l'autorisation de réaliser l'opération. À la suite d'une nouvelle procédure de négociation avec l'Autorité de la concurrence, les groupes Canal Plus et Vivendi ont saisi le Conseil Constitutionnel d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité (dite « QPC ») afin de faire juger de la conformité de certaines dispositions du Code de commerce à la Constitution.

La décision du 12 octobre 2012 (1) du Conseil Constitutionnel a deux apports :

- (i) elle juge conforme à la Constitution française le pouvoir de l'Autorité de la concurrence française de retirer son autorisation de concentration en cas de non-respect des engagements pris par les parties, et
- (ii) elle juge également conformes les dispositions du Code de commerce relatives à la composition, aux règles de délibération et aux modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence.

2. Cette décision est révélatrice de la volonté d'affirmer le rôle régulateur de l'Autorité de la concurrence en instrumentalisant par ailleurs le droit de la concurrence à mauvais escient. Nous reviendrons donc sur les deux apports de cette décision qui marquera le droit de la concurrence français.

1. Le pouvoir de l'Autorité de la concurrence de retirer des autorisations de concentration

3. Le raisonnement du Conseil Constitutionnel ne semble, sur ce point, que peu contestable. Le fondement de sa décision appelle lui à plus de retenue.

4. Dans un premier temps, le Conseil Constitutionnel rappelle que toute limitation à la liberté d'entreprendre, assurée par l'article 4 de la Constitution de 1789 (2), doit être justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général. Il rappelle dans un second qu'une limitation à cette liberté ne doit pas engendrer d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en l'occurrence celui d'assurer un libre marché. Or, le Conseil Constitutionnel constate que le pouvoir de retrait d'une autorisation de concentration de l'Autorité de la concurrence n'existe que lorsque son feu vert a été donné sous réserve du respect d'engagements. De plus, l'Autorité de la concurrence dispose seulement d'un délai de 5 ans pour exercer ce pouvoir. Enfin, sa décision de retrait peut faire l'objet d'un recours juridictionnel. Le Conseil Constitutionnel souligne ainsi qu'un tel pouvoir est nécessaire et proportionnel afin d'assurer le respect des injonctions, prescriptions ou engagements dont sont assorties des autorisations de concentration.



5. Les sociétés Canal Plus et Vivendi avançaient qu'un tel pouvoir de l'Autorité de la concurrence portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Il convient cependant de noter que dans certains cas, l'Autorité de la concurrence retire après plusieurs années l'exigence de respect d'engagements qu'elle avait imposé. Il nous semble qu'elle doit ainsi être capable d'agir dans les deux sens. Si le législateur juge que la prise d'engagements est nécessaire au respect de la libre concurrence, il est logique qu'il dote cette Autorité Administrative indépendante des moyens nécessaires permettant d'assurer leur respect.



6. En réalité, ce n'est pas ce pouvoir qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre, mais celui dont dispose l'Autorité de la concurrence de pouvoir exiger des engagements afin de réaliser l'opération de concentration.

7. Un tel pouvoir met en exergue les faiblesses des dispositions du Code de commerce relatives à la libre concurrence. C'est une surveillance des agissements de la nouvelle entité créée qui devrait être privilégiée. Le contrôle serait alors postérieur à l'opération de concentration. Cette solution sera bien plus respectueuse de la liberté d'entreprendre. Repenser certains articles de notre Code de commerce, – plus facile à dire qu'à faire, avouons-le, – permettrait d'éviter de poser d'importantes barrières à cette liberté des entreprises. Le système actuellement en place exige de longues procédures de négociation avec l'Autorité de la concurrence, des procédures très coûteuses. Il établit également une limitation a priori des libertés des personnes morales engagées dans le processus. Il n'est pas démontré qu'un tel mécanisme soit le plus efficient et il n'est en tout état de cause certainement pas le plus respectueux de la liberté d'entreprendre.

8. L'article 4 de la Constitution assure que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* ». L'Autorité de la concurrence, en imposant dans certains cas le respect d'engagements voir en interdisant une opération, c'est en dire à bornant la liberté d'entreprendre, juge ainsi qu'une concentration d'entreprise nuit au marché plus qu'elle n'y bénéficie. Voilà une analyse qui soulèverait les boucliers des écoles de Chicago et Harvard, pour une fois réunies. Pour mémoire, les États-Unis adoptaient une approche similaire dans l'affaire *Brown Shoe Company v. United States* en 1962 (3), une solution depuis abandonnée.

II. La conformité à la Constitution du fonctionnement de l'Autorité de la concurrence

9. Les sociétés Canal Plus et Vivendi dénonçaient également les confusions de genres pouvant intervenir dans cette affaire, en raison de la composition même de

l'Autorité de la concurrence. Cette dernière est en effet juge et partie dans une opération de concentration d'entreprises. Elle négocie les engagements que l'entreprise devra adopter afin de préserver la concurrence sur le marché, et finalement, décide de l'autorisation ou non de l'opération.

10. De plus, lorsque l'Autorité de la concurrence décide du retrait de l'autorisation de concentration, comme c'est le cas dans l'affaire ici commentée, deux choix s'offrent à l'entreprise (au terme de l'article L. 430-8 du Code de commerce, (4)) :

- (i) notifier à nouveau l'opération dans un délai d'un mois en présentant de nouveaux engagements (solution préférable afin d'éviter un nouveau refus de l'Autorité qui vient de retirer son autorisation), ou,
- (ii) renoncer à présenter de nouveaux engagements ce qui annule rétroactivement l'opération (avec des conséquences désastreuses, une situation en réalité inenvisageable).

11. L'Autorité de la concurrence est donc à nouveau juge et partie, retirant son autorisation dans un premier temps, négociant de nouveaux engagements dans un second, et jugeant d'une éventuelle nouvelle autorisation dans un troisième. Que cela est ambigu. Sur ce point, le Conseil Constitutionnel valide l'organisation de l'Autorité de la concurrence en rappelant les dispositions de l'article L. 461-1 du Code de commerce (5) qui détaillent la sa composition. Chacune d'entre elles est conforme à la Constitution et le Conseil Constitutionnel renvoie alors la balle dans le camp du Conseil d'État. Ce dernier devra se prononcer sur le respect effectif des « *principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* » (considérant 19).

12. Enfin, le Conseil Constitutionnel se prononce sur le fait que le Collège de l'Autorité de la concurrence (organe au sein de l'Autorité de la concurrence qui va en pratique décider de retirer l'autorisation) puisse se saisir d'office du non-respect des engagements. Cela n'influencerait en rien le jugement que ferait l'Autorité quant à un éventuel manquement. Le Conseil juge aussi que les nouveaux engagements



que l'Autorité imposera à l'entreprise, si cette dernière veut obtenir une nouvelle autorisation, ne sont pas influencés par le rapport relevant le manquement. Outre différents aspects techniques non discutables, le Conseil justifie sa décision en évoquant le fait que cette saisine ne conduit pas « *l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner* » (considérant 20). Cet argument d'autorité semble manquer de consistance. Il apparaît en effet difficile d'imaginer une situation dans laquelle le Collège de l'Autorité, sur proposition d'un rapporteur général chargé de veiller au respect des engagements par les entreprises, déciderait de se saisir du dossier sans préjuger d'un éventuel manquement réel. Cela influencera en effet nécessairement la décision de retrait ou non de l'Autorité, et donc, des engagements qu'elle souhaitera apportés par l'entreprise. Le Conseil Constitutionnel juge qu'un tel mécanisme n'entraîne pas de « *confusion* » (considérant 21). Usant d'autant de clarté que possible pour vous présenter le mécanisme, comment ne pas avouer que ce système demeure confus. Le Conseil Constitutionnel juge cependant ce mécanisme conforme à la Constitution et au respect des droits des parties, tout en renvoyant l'analyse de la pratique au Conseil d'État

13. Outre le fait que le Conseil Constitutionnel renvoie plusieurs fois à une analyse ultérieure du Conseil d'État, ce qui n'est pas sans laisser sur sa faim – tout en étant parfaitement conforme au rôle du Conseil Constitutionnel, force est de constater que cette décision fait s'interroger. En réalité, la moindre déclaration d'inconstitutionnalité aurait forcé à une refonte du Code de commerce. Ces lourdes conséquences ont sans aucun doute influencé certains points de cette décision du 12 octobre 2012. La QPC de Canal Plus / Vivendi aura eu le mérite de poser de très importantes questions qui ont révélées certaines conceptions liées au droit de la concurrence. La confiance dans le marché semble totalement rompue et la régulation est ici validée dans tous ses aspects, techniques comme idéologiques. Lorsque l'on sait que le non-respect des engagements de Canal Plus / Vivendi était principalement lié à des mesures relatives à la qualité des chaînes télévisées, on est en droit de se demander en quoi de telles considérations peuvent justifier le retrait d'une opération de concentration. Instrumentaliser le droit de la concurrence pour forcer à une certaine culture est un objectif vain. Après tout, si le marché requiert une télévision de moindre qualité, le problème n'est-il pas ailleurs ?

- (1) Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 : [lien](#)
- (2) Constitution de 1789, article 4 : [lien](#)
- (3) Brown Shoe Co., Inc. v. United States – 370 U.S. 294, 1962 : [lien](#)
- (4) Article L. 430-8 du Code de commerce : [lien](#)
- (5) Article L. 461-1 du Code de commerce : [lien](#)

Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principe de proportionnalité (1/2)

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Cet article est la première partie d'un focus sur la stratégie concurrentielle que peut adopter une entreprise lors d'une opération de concentration. Sera ici étudié le principe de proportionnalité (ou plutôt son absence) lors de la négociation des engagements avec les autorités compétentes (II.) après avoir analysé l'importance d'une juste définition du périmètre des engagements proposés (I.). La deuxième partie se concentrera sur la relation à entretenir avec l'autorité de concurrence tout au long du contrôle.

Les concentrations d'entreprises (principalement les fusions et acquisitions) sont largement soumises au contrôle des autorités de concurrence compétentes (en ce qui nous concerne, l'Autorité de la concurrence ou la Commission Européenne, lorsque les seuils sont franchis (1)). Lors de ce contrôle, les entreprises peuvent soumettre des engagements qui favorisent l'autorisation de réaliser l'opération.

2. Le droit de la concurrence, dans son sens étymologique, est un droit naturel qui se confond avec celui d'adopter librement une stratégie de globalisation. La phase de négociation des engagements effectuée devant l'autorité de concurrence compétente lors d'une opération de concentration est une nécessité qui, outre le fait qu'elle assure le respect de la liberté concurrentielle des entreprises concernées, tend au respect d'une liberté concurrentielle d'ensemble.

3. La négociation de la prise d'engagements est seule capable de faire respecter la libre concurrence par les opérateurs eux-mêmes. Elle est la phase clé de toute opération de concentration, aussi la plus délicate. C'est Joseph Farrell qui le premier, en 2003, a souligné les difficultés inhérentes à cette négociation entre parties et l'autorité de concurrence (2). Bien que 9 opérations sur 10 soient autorisées sans aucune prise d'engagement(s) (3), les 10% restants concernent en réalité les transactions les plus importantes.

4. Il s'agira dès lors d'étudier attentivement la détermination du périmètre des engagements que l'entreprise proposera à l'autorité de concurrence (I.), tout en tachant d'éviter les « *dealbreakers* » (II.).

I. Déterminer le périmètre des engagements

1. La définition du périmètre

5. Définir le périmètre des engagements à présenter à l'Autorité de concurrence est primordial tant cela permettra aux autorités de concurrence d'approuver l'efficacité de ces derniers, et ainsi, d'obtenir l'autorisation de l'opération de concentration.

6. **Les dimensions à déterminer.** Deux dimensions doivent être déterminées : (i) la dimension structurelle et (ii) la dimension territoriale. La première vise à ce que les engagements proposés regroupent suffisamment d'actifs pour éliminer les problèmes de concurrence visés. Il s'agit alors d'assurer l'attractivité de la cession d'actif(s) pour les repreneurs et licenciés potentiels. Quant à la dimension territoriale, elle vise à déterminer la zone géographique au sein de laquelle les engagements auront un impact s'ils sont adoptés. Ainsi, définir de la façon la plus précise possible le périmètre des engagements qu'il faudra proposer est une nécessité à accomplir le plus tôt possible dans la procédure.

2. Sur les engagements qui seront nécessaires

7. Il convient de ne pas proposer des engagements a minima, afin d'éviter une perte de temps précieux. Les engagements de l'entreprise ne doivent pas sous-estimer les attentes de l'autorité en charge du dossier. De plus en plus, les entreprises intègrent ce raisonnement. Ainsi, le taux de décisions de phase I de la Commission européenne autorisant une

opération de concentration sous réserve d'engagement(s), est passé de 3,7 % à 5,5 % de 2001 à 2010 (4). Dans le même temps, alors qu'en 2002 le taux de décision avec engagement était de 70% en phase II, il n'est plus que de 33% en 2010. Les entreprises semblent ainsi de plus en plus enclines à proposer des engagements dès la phase I, évaluant avec justesse les opérations qui ne nécessitent pas de telles négociations.

8. Une fois les enjeux ciblés et le périmètre définis, il devient possible d'anticiper les questionnements de l'autorité de concurrence, une nouvelle étape cruciale quant à la négociation des engagements.

II. Le principe de proportionnalité et les « *dealbreakers* »

1. La question de la proportionnalité

9. **Le risque d'overshooting.** Un important risque pour les entreprises est celui de l'*overshooting*. Il s'agit de proposer des remèdes potentiellement disproportionnés. Or, l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne, bien qu'elles veillent à ce que l'opération demeure économiquement intéressante (5), ne s'opposent pas à ce que des engagements dépassent les préoccupations concurrentielles (6). Si le risque d'*overshooting* existe, l'absence de principe de proportionnalité entre les engagements souscrits et les préoccupations de concurrence en est la cause majeure. Il est ainsi un risque pour les parties qu'elles s'engagent au-delà de ce qu'il était nécessaire de le faire afin que l'opération soit autorisée. La CJUE reconnaît expressément que les parties « *acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer* » (7). La négociation des engagements échappe ainsi aux règles du droit des contrats autant qu'aux principes cardinaux du droit de la concurrence tel que le principe de proportionnalité. Elle nécessite la plus grande précaution (8).

10. Ainsi, dans l'affaire dite « *Monsieur Bricolage* » (9), le recours par l'entreprise contre des engagements qu'elle avait elle-même proposés, en raison de leur caractère disproportionné, a été censuré par le Conseil d'Etat. Notons à ce titre que le Conseil

d'Etat ne s'est pas exprimé sur la possibilité ou non pour les entreprises de contester les engagements proposés, mais simplement sur l'impossibilité de contester le caractère disproportionné de ces derniers.

11. Les dealbreakers. Un *dealbreaker* est un engagement qui, s'il est adopté, a pour conséquence d'éliminer tout intérêt économique à l'opération de concentration. L'adoption d'un *dealbreaker* résulte d'un *overshooting* très important. Les identifier est ainsi une étape essentielle de l'analyse concurrentielle que doivent réaliser l'entreprise et ses conseils. Une prise d'engagement(s) à ce point disproportionnée qu'elle ferait perdre à l'opération tout sens économique doit absolument être évitée.

12. L'absence de proportionnalité est, pour les entreprises, un risque qui ne doit pas être négligé. Toutefois, il peut également être mis au profit de ces dernières, lorsqu'elles souhaitent notamment s'assurer de bénéficier d'une procédure de courte durée.

2. La stratégie vis-à-vis du périmètre des engagements proposés.

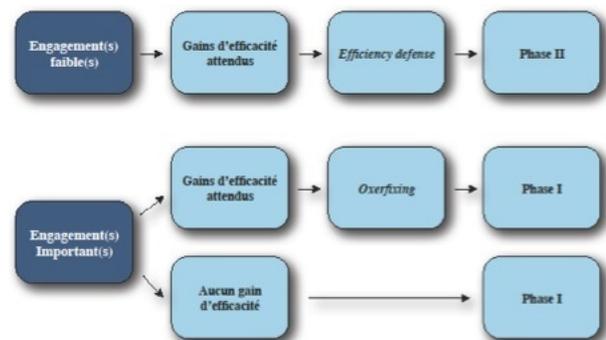
13. Une volonté d'obtenir une validation rapide du projet. Si l'absence de proportionnalité des engagements est l'un des risques auxquels doivent faire face les entreprises, elle peut également s'avérer être un avantage. En effet, il est rationnel, en certaines circonstances, que les entreprises proposent des engagements qui aillent au-delà de ce qui serait a priori nécessaire, de manière à s'assurer de la validation certaine et rapide du projet (10).

14. A contrario. Si les parties proposent un périmètre des engagements relativement étroit, alors, les chances d'aller en phase II sont grandes tant l'autorité de concurrence voudra bénéficier du temps nécessaire pour vérifier la pertinence des propositions d'engagements formulées par les entreprises. Ainsi, la contrepartie d'engagements peu contraignants, quand bien même l'opération ne nécessiterait pas d'engagements plus stricts, se trouve dans une procédure plus longue et donc plus coûteuse pour les parties.

15. Quelques nuances. Toutefois, il est également vrai que lorsque les parties concernées proposent, dès le commencement de l'opération, des actifs à céder relativement importants, l'autorité de concurrence

en charge du dossier peut avoir deux interprétations. (i) La première est la prise de conscience de l'intérêt pour les parties d'éviter une longue procédure. Dans ce cas, l'autorité acceptera la réalisation de l'opération, les engagements étant plus que largement suffisants. (ii) La seconde peut être la prise de conscience du peu de synergies engendrées par l'opération et ainsi des lourdes atteintes portées à la concurrence sur le marché.

3. Schématisation



16. Ainsi, l'arbitrage entre la proposition d'engagements allant ou non au-delà des préoccupations concurrentielles, désavantage pour les entreprises ou atout dans certaines autres circonstances, est une étape décisive qui doit être effectuée en amont de la notification à l'autorité de concurrence. Il demeure qu'il est déconseillé à l'entreprise de révéler les engagements maximaux qu'elle est prête à consentir afin d'éviter toute perte d'influence lors de la négociation.

17. Ce dernier point relève d'une bonne préparation de la négociation en amont comme d'une bonne gestion des étapes menant à l'autorisation de réaliser l'opération. Le tout concourt, *in fine*, à la meilleure négociation des engagements en eux-mêmes.

- (1) Pour le droit français, voir l'article L. 430-2 du Code de commerce. Pour le droit européen, voir le régime général du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004.
- (2) Voir l'article de Joseph Farrell « *Negotiation and Merger Remedies: Some Problems* » paru à la Revue Competition Policy Center de l'Université de Berkeley le 21 août 2003, Working Paper



n° CPC03-41, ainsi que dans l'ouvrage « *Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law* », Editions Edward Elgar, 2003.

- (3) Voir « *Quelles efficacités des remèdes du contrôle européen des concentrations ?* », François Lévêque, Revue Concurrences, 1/2006.
- (4) « *Les remèdes en France et en Europe : une analyse statistique sur la période 2000-2010* », CompetitionRx, 20 avril 2012, J. Menezes.
- (5) Sur ce point, voir l'article « *Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies* », Georgetown Law Journal n° 169, paru en 2002. Cet article souligne la manière dont les règles protégeant la concurrence sur les marchés peuvent être strictes si, dans le même temps, les autorités de concurrence compétentes mettent l'accent sur la préservation des efficacités économiques et de l'innovation.
- (6) Toutefois, un article relève la plus grande prise en compte des efficacités économiques par la Commission européenne que par les autorités américaines. Voir « *Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality* », paru au Tilburg University Journal, 48 Antitrust Bull. 377, 2003.
- (7) CJUE, Grande Chambre, 29 juin 2009, Alrosa, n° C-441-09. Dans cette affaire, un accord signé entre la société Alrosa et deux filiales du groupe De Beers avait pour objet la fourniture de diamants bruts pour une période de cinq ans. Susceptible de constituer un accord anticoncurrentiel au sens de l'article 81 CE devenu 101 du TFUE, les parties s'étaient engagées à réduire progressivement les ventes de diamants bruts de la société Alrosa aux filiales du groupe De Beers.
- (8) Voir sur ce point l'article de Marie Malaurie-Vignal, « *Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire ?* », à la Revue Contrats Concurrence Consommation, Janvier 2011.
- (9) Conseil d'Etat, 23 décembre 2010, n° 337533 et n° 338594.
- (10) Voir sur ce point l'étude de Bruce R. Lyons et Andrei Medvedev, « *Bargaining over Remedies in Merger Regulation* », parue au East Anglia University Journal,

Working Paper n° 07-3 en 2007.

Stratégie concurrentielle : opérations de concentration et relation avec l'autorité de concurrence (2/2)

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Meilleures sont les relations avec les autorités de concurrence, meilleurs seront les résultats. L'amélioration de ces relations nécessite la mise en œuvre de plusieurs éléments. Il convient toutefois de ne pas céder trop largement aux attentes des autorités afin de ne pas perdre de vue l'objectif principal de la négociation. Une fois les grandes orientations stratégiques définies, il convient de ne pas négliger les détails qui révèlent tout autant d'importance. Voici quelques grandes stratégies/techniques à mettre en œuvre.

I. Privilégier un « up-front buyer » : détermination de l'acquéreur

Le risque concurrentiel lié à une cession d'actifs. Lorsque des engagements structurels sont proposés par une entreprise, elle sera tentée de choisir un repreneur qui ne soit pas trop puissant sur le marché visé, de sorte à conserver son influence déterminante. Les autorités de concurrence, de leur côté, veillent à ce que l'acheteur puisse continuer à exercer une pression concurrentielle suffisante de sorte que le marché soit compétitif.

2. Fonctionnement. Il convient de mentionner ici la possibilité pour les autorités de concurrence d'utiliser le mécanisme de l'« up-front buyer » qui oblige les parties à faire agréer le repreneur avant que les autorités de concurrence ne prennent leur décision (1). Ce mécanisme, inspiré du régime américain, existe tant en droit communautaire qu'en droit français. Il est utilisé, entre autres, lorsqu'il est nécessaire que la cession se fasse au profit d'un concurrent suffisamment fort pour empêcher que les parties concernées ne se retrouvent en position dominante. En fait, les autorités craignent que l'activité cédée n'attire pas de repreneur. Dès lors, ce mécanisme est mis en place lorsque l'identité du repreneur est essentielle à l'efficacité de l'engagement ou lorsqu'il existe des doutes quant à la réalité d'un acquéreur potentiel répondant aux exigences d'indépendance et de viabilité requises.



3. Une condition suspensive. Il s'agit là d'une condition suspensive posée quant à la réalisation de l'opération. Le repreneur des actifs cédés devra avoir donné son accord avant que l'opération ne puisse être finalisée par l'autorité en charge du dossier. En somme, il est exigé que l'acquéreur possède les ressources financières nécessaires pour maintenir et développer les actifs cédés. Dès lors, transmettre à l'autorité de concurrence en charge du dossier l'identité de l'acquéreur peut éviter une décision de refus, ou, à tout le moins, que les délais ne soient trop prolongés. Libre à l'entreprise de présenter l'acquéreur de son choix.

II. Rassurer l'autorité de concurrence avec le mécanisme du « *crown jewel* »

4. Il existe un mécanisme destiné à renforcer l'efficacité des engagements au stade de leur élaboration appelé « *crown jewel* » qui consiste pour les parties à prévoir une cession alternative d'actifs – plus globaux – en cas de non-réalisation de la cession initialement prévue dans les délais (2). La solution de rechange doit alors comporter des perspectives de rétablissement de la concurrence au moins égales, sinon meilleures que celles prévues initialement. Cette technique, prévue par les textes communautaires, a déjà été utilisée au moins deux fois par la Commission. Un mécanisme similaire existe en droit français. Ce remède alternatif n'est pas publié par l'autorité en charge du dossier ce qui permet d'éviter que les tiers soient plus désireux de contester l'autorisation. Le seul contre-exemple se trouve dans l'affaire BPCE (3) qui fait, dans le communiqué même de l'Autorité de la concurrence, apparaître ce remède.

III. Eviter le « *pick-and-choose* »

5. La nécessité de céder une activité existante, viable et autonome (« *stand alone business* ») est particulièrement regardée par l'autorité de la concurrence française qui n'a, depuis 2009, admis aucune opération de concentration avec des engagements de cession d'une activité devant être scindée et réintégrée. En effet, il s'agit d'éviter tout phénomène dit de « *pick-and-choose* » consistant à céder une marque sans céder les actifs corporels et incorporels afférents. La Commission européenne semble elle moins réticente à autoriser la cession d'une activité qui n'est pas viable en elle-même. Il s'agit dès lors d'adapter sa stratégie selon l'autorité en charge du dossier.

IV. Faciliter le travail d'analyse de l'autorité de concurrence

6. Le critère de vérifiabilité. Le critère de la vérifiabilité des engagements doit être largement considéré par les parties à la concentration. En effet, une autorité de concurrence sera d'autant plus à même d'autoriser une concentration qu'elle peut, dès la communication des engagements, non seulement évaluer le risque concurrentiel en cas de mise en œuvre de ces derniers, mais aussi s'assurer du bon fonctionnement pérenne de la concurrence sur le marché.

7. A ce titre, la création d'un fonds d'animation de la concurrence, comme il fut proposé dans l'affaire Transdev/Veolia (4), a eu le mérite d'assurer l'autorité en charge du dossier que les candidats non retenus aux appels d'offres seraient indemnisés. Aussi, la cession des droits d'accès de certaines plages horaires dans les gares et aéroports est une mesure très couramment proposée et qui s'avère facile à vérifier, ne serait-ce que par l'intérêt des nouveaux entrants à ce qu'elle soit respectée.

8. Sur les engagements novateurs. Il est certain que la proposition d'engagements novateurs permette d'éviter une analyse de l'autorité de concurrence qui soit trop accès sur les précédents. Cependant, il existe une crainte des autorités de concurrence à autoriser une opération avec de nouveaux types engagements. Il est toujours préférable pour une autorité de concurrence d'être assurée de l'adoption d'engagements ayant déjà fait leur preuve (5). Ainsi, une opération de concentration contenant de nouveaux engagements ne saura autorisée que si le travail d'analyse fourni par l'entreprise est suffisamment important pour rassurer l'autorité de concurrence.

V. Proposer des modalités aux mesures de publicité adéquates

9. Les mesures de publicité sont constamment imposées par les autorités de concurrence. Bien entendu, les modalités sont différentes selon que les engagements sont structurels ou comportementaux. Il ne s'agit donc pas de proposer une simple mesure de publicité, qui sera nécessairement prononcée par l'autorité en charge du dossier de concentration, mais de proposer des modalités de publicité qui puissent facilement être mise en œuvre.



10. En matière d'engagements comportementaux, la publicité opère comme une garantie de la mise en œuvre de ces derniers. En revanche, en matière d'engagements structurels, la mesure de publicité peut participer à violer les exigences d'opacité permettant de maintenir la viabilité des actifs cédés. Dès lors, il semble recommander, dans une telle situation, de proposer une mesure de publicité qui demeure ciblée et évite ainsi une propagation trop importante de l'information. Seul le marché spécifique concerné doit être visé, de sorte que les seules entreprises directement concernées par l'opération soient informées. Négocier ce point, peu souvent discuté par les entreprises, est un détail d'importance.

VI. La possibilité de faire une déclaration publique

11. L'entreprise peut décider d'annoncer publiquement des engagements. C'est ce qu'a fait Oracle **(6)** afin de répondre aux doutes sérieux émis par la Commission quant à l'opération en annonçant publiquement dix engagements concernant le devenir de MySQL. La Commission européenne a ainsi estimé que le risque pour Oracle de nuire à sa réputation au sein de l'industrie logicielle ainsi que le caractère open source de MySQL et son « écosystème » créent une sorte de mécanisme d'auto-contrôle qui empêchera Oracle de dévier de ses engagements publics. Si les engagements publics se distinguent de ceux juridiquement contraignants pris devant une autorité, ils n'en demeurent pas moins efficaces et appréciés de ces dernières.

12. En effet, en traitant les engagements publics comme de nouvelles informations fournies par Oracle, la Commission se réserve la possibilité de contrôler leur mise en œuvre effective par Oracle dans le futur. Tout manquement d'Oracle à tenir ses engagements pourrait permettre à la Commission d'utiliser ses pouvoirs en vertu de l'article 8(6) du Règlement Concentration afin de révoquer sa décision d'autorisation puisque fondée sur des informations inexacts. Au regard de la présente décision, prendre des engagements publics pourrait suffire pour obtenir une autorisation de l'opération. Cette stratégie, encore peu usitée, doit tendre à se développer tant elle assure le respect de libre détermination par l'entreprise de sa stratégie concurrentielle. Le droit de disposer librement de ses biens connaît alors une moindre entorse.

13. En somme, l'amélioration des relations avec l'autorité de la concurrence, à travers ces différentes méthodes, est essentielle tant elle sera arbitre de la négociation. Toutefois, cet arbitrage ne doit pas faire perdre de vue la défense des intérêts de l'entreprise.

- **(1).** Voir l'article « *Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy* » de William Baer et Ronald Redcay, paru à la *George Washington Law Review* en 2001. Est mise en avant l'intérêt pour les entreprises à proposer un up-front buyer dans le cadre des opérations de concentration. ([lien](#) vers à la Brooklyn Law School Library)
- **(2).** « *Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy* » op. cit.
- **(3).** Autorité de la concurrence, décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire. ([lien](#))
- **(4)** Autorité de la concurrence, décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations. ([lien](#))
- **(5)** Voir l'article « *Bonne pratiques dans le suivi des engagements* », Matthew Gaved, Palais Brongniart, 20 avril 2012, page 2, disponible à l'adresse suivante : ([lien](#)).
- **(6)** Commission européenne, 21 janvier 2010, Oracle / MySQL, n° M.5529. ([lien](#))



Créateurs :

- **Morgan Carbonnel** est un ancien étudiant du Master 2 Droit Économique d' Aix-en-Provence dirigé par le Doyen Jacques Mestre. Adeptes des salles obscures, il s'enthousiasme également pour la musique indépendante et tient une chronique régulière sur les pages internet d'un site spécialisé.
- **Jean-Loup Jaumard** est un ancien étudiant du Master 2 Droit de la Consommation et de la Concurrence de Montpellier dirigé par Henri Temple, Malo Depincé et Hélène Davo. Particulièrement intéressé par la musique classique, il est également féru d'Histoire, notamment de la période romantique.
- **Thibault Schrepel** est étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School et ancien étudiant du Master 2 Droit des Contrats et de la Concurrence de Versailles dirigé par Muriel Chagny. Certains de ces écrits ont été publiés au Cercle des Echos, LexisNexis et Contrepoints. Passionné de musique indépendante, de littérature (*Beat Generation, Génération perdue ...*) et du cinéma d'auteur américain, il est également consultant musical et design pour différents magazines.

Membres du Comité Scientifique :

- **Christian Bialès** : Professeur d'Économie, normalien, ancien membre (notamment) des jurys de l'ENA et de l'Agrégation, officier de l'ordre des Palmes académiques. Il est l'auteur de nombreux articles au sein de revues économiques ainsi que d'ouvrages concernant la matière aux éditions Foucher.
- **Muriel Chagny** : Professeure de droit, directrice du Master 2 *Droit des contrats et de la concurrence* (Versailles) et du laboratoire de Droit des affaires et des nouvelles technologies, Rapporteur Général Adjoint de la Ligue Internationale de Droit de la Concurrence, auteur à la Revue *Concurrences*, *Communication commerce électronique* et à la Revue de jurisprudence commerciale.
- **Hélène Davo** : Maître de conférence à l'Université de droit de Montpellier, co-directrice du Master 2 *Consommation et Concurrence*, directrice du Master 2 de *Droit bancaire et financier* et auteur d'un ouvrage en droit de la consommation aux éditions Sirey.
- **Malo Depincé** : Avocat et docteur en droit, directeur du Master 2 Consommation et Concurrence et également auteur d'un ouvrage en droit de la concurrence aux éditions Litec.
- **Josselin Lucas** : Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles au sein du cabinet Paul Hastings dans le département Contentieux, diplômé de Science Po Paris, HEC, et Paris I. Il est l'auteur de nombreux articles liant droit financier, droit des entreprises en difficulté et droit de la concurrence.
- **Daniel Mainguy** : Professeur de droit et avocat, directeur du Master 2 Droit du marché, créateur du Collège de droit, il est également directeur de rédaction des cahiers de droit économique Teutates et auteur d'un ouvrage en droit de la concurrence aux éditions Litec.
- **Marie Malaurie-Vignal** : Professeure de droit, auteur d'ouvrages en droit de la distribution et droit communautaire des affaires, également auteur à la Revue 'Contrats, Concurrence, Consommation' publiée par LexisNexis.
- **Jacques Mestre** : Professeur de droit, directeur du Master 2 Droit économique et du Centre de Droit Économique de l'Université d'Aix-en-Provence, ancien Doyen de la faculté de droit, directeur scientifique de la Revue *Lamy Droit Civil*, membre du Comité de direction de la Revue trimestrielle de droit civil et de la Revue des sociétés, ainsi que du Conseil d'administration de l'Association Henri Capitant, il est également Commandeur des Palmes Académiques.
- **Brad Spitz** : Avocat associé au sein du cabinet YS Avocats dans le département Propriété intellectuelle, il est l'auteur de nombreux articles notamment à la Revue *Lamy Droit de l'Immatériel*.
- **Henri Temple** : Professeur de droit et avocat, expert international, auteur de l'ouvrage de droit de la consommation aux éditions Dalloz, directeur du Master 2 Consommation et Concurrence (Montpellier), aussi directeur du European Master in Consumer Affairs.