

# Table des matières

<b>Sommaire</b> .....	5
-----------------------	---

<b>Préface</b> .....	9
----------------------	---

par Frederic Jenny  
*Professeur d'Économie, ESSEC Business School*  
*Co-directeur du Centre Européen de Droit et d'Économie*  
*Président du Comité de la concurrence de l'OCDE*

## Introduction

<b>L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : L'exemple du droit de la concurrence</b> .....	15
--	----

Antoine MASSON  
*Référendaire, Expert associé au CEDE de l'ESSEC*

<b>I. La gestion des risques négatifs liés au droit de la concurrence</b> .....	22
A. Conformité et acception du risque.....	23
B. La défausse juridique.....	25
C. Les stratégies visant à réduire la probabilité que survienne un fait susceptible d'entraîner l'application du droit de la concurrence.....	26
1. Les stratégies politiques et de <i>lobbying</i> .....	26
2. Les stratégies de dissimulation.....	27
3. Les lettres d'orientation et demandes d'avis.....	29
4. Les audits de concurrence et les exercices de simulation.....	31
5. Les programmes de conformité ( <i>compliance program</i> ).....	32
D. Les stratégies de réduction des conséquences d'un événement susceptible de contrevenir au droit de la concurrence.....	34
1. La riposte.....	34
2. Les conventions de portage.....	35

3. La pré-notification.....	36
4. Les actions torpilles.....	37
5. Les programmes de clémence.....	38
<b>E. Les stratégies visant à réduire les conséquences de l'engagement d'une procédure contre une entreprise.....</b>	<b>43</b>
1. La non-contestation des griefs (ou transaction).....	43
2. La procédure d'engagement.....	44
<b>F. Les stratégies visant à réduire la probabilité d'être condamné ainsi que les conséquences attachées à cette condamnation.....</b>	<b>43</b>
1. Les jeux sur la délimitation du marché pertinent.....	46
2. La <i>passing-on defense</i> (ou argument dit de la répercussion).....	48
3. <i>Warship tactics</i> .....	49
4. Jouer la montre.....	49
5. Les actions de communication.....	49
<b>II. Le droit de la concurrence comme source d'opportunité.....</b>	<b>50</b>
<b>A. L'exploitation consensuelle des risques positifs.....</b>	<b>50</b>
1. Le recouvrement des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles.....	50
2. L'utilisation du droit de la concurrence comme réponse à une stratégie juridique.....	51
<b>B. L'instrumentalisation du droit.....</b>	<b>53</b>
1. Améliorer son image.....	54
2. Récolter des informations.....	54
3. Gêner un concurrent.....	56
4. Capturer de la valeur.....	58
5. Bénéficier des investissements réalisés par des tiers.....	58
6. Déverrouiller un marché.....	59
7. Réduire l'intensité concurrentielle.....	61
8. Bloquer une OPA rampante.....	63
9. Modifier les termes d'un contrat ou s'inviter à une relation.....	63
<b>Conclusions.....</b>	<b>64</b>

**Libéralisation, stratégies d’alliances  
et instrumentalisation de la normalisation  
dans le secteur ferroviaire européen** ..... 67

Benjamin LEHIANY

*Doctorant au Centre de Recherche en Gestion École polytechnique/CNRS*

et Paul CHIAMBARETTO

*Doctorant au Centre de Recherche en Gestion École polytechnique/CNRS*

<b>I. Cadre théorique</b> .....	69
<b>A. Environnement et stratégie</b> .....	70
1. Processus de libéralisation .....	70
2. Réponses stratégiques des acteurs .....	71
<b>B. Environnement et alliances stratégiques</b> .....	74
1. Facteurs explicatifs de formation des alliances .....	74
2. Stabilité des alliances .....	76
<b>C. Cap théorique et question de recherche</b> .....	77
<b>II. Méthodologie et contexte empirique</b> .....	78
<b>A. Méthodologie de la recherche</b> .....	78
<b>B. Contexte empirique : la libéralisation du secteur ferroviaire     en Europe</b> .....	80
<b>III. Analyse empirique : la dynamique des alliances</b> .....	84
<b>A. Analyse intra-cas</b> .....	84
1. L’alliance Eurostar .....	84
2. L’alliance Artesia.....	87
<b>B. Analyse inter-cas</b> .....	89
<b>Conclusions</b> .....	92

**L’intention stratégique au prisme  
des stratégies judiciaires :  
quel sens donner à l’affrontement  
entre Apple et Samsung ?** ..... 95

Didier DANET

*École Spéciale Militaire de Saint-Cyr*

*Institut de l’Ouest – Droit et Europe (UMR CNRS 6262)*

<b>I. La « guerre des brevets »</b> .....	100
---	-----

A. La stratégie entrepreneuriale et la stratégie de propriété intellectuelle.....	100
B. Les brevets, sources de revenus judiciaires.....	104
<b>II. La « guerre des smartphones » .....</b>	<b>106</b>
A. Les brevets et la gestion du temps.....	106
B. La guerre des brevets et la domination du marché.....	108
C. La guerre thermonucléaire contre Google.....	110
D. Un dérapage dans la course aux armements juridiques .....	111
E. Un avatar dans la coopération entre Apple et Samsung.....	113
<b>Conclusion .....</b>	<b>116</b>

**Le rôle clé du juriste  
dans la prise en considération  
par l'entreprise des règles de concurrence.....** 121

Jean-Pierre BLIN  
*Directeur juridique de Hop !  
Legal Counsel – Vallourec Group*  
et Charlotte GRASS  
*Legal Counsel – Vallourec Group*

<b>I. L'action de prévention des risques par les programmes de conformité.....</b>	<b>122</b>
<b>II. L'intégration du droit de la concurrence dans la stratégie de l'entreprise.....</b>	<b>123</b>

**Affaires européennes de concurrence :  
le lobbying, levier de compétitivité  
pour les entreprises.....** 125

Agnès Dubois COLINEAU  
*Associée et Directeur Général Exécutif – ARCTURUS GROUP*

<b>I. Le droit européen de la concurrence, un droit trop souvent subi en France.....</b>	<b>126</b>
<b>II. Affaires de concurrence et stratégie institutionnelle : quelques exemples gagnants.....</b>	<b>129</b>

<b>III. La stratégie institutionnelle : un axe de compétitivité clé accessible</b> .....	133
--	-----

<b>Le recours stratégique aux programmes de compliance en droit de la concurrence</b> .....	135
---	-----

Frédéric PUEL  
*Avocat (Hauts-de-Seine & Bruxelles)*  
*Partner au sein du cabinet Fidal*

<b>I. L'exigence de conformité</b> .....	136
<b>A. Le document de la Commission Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules</b> .....	136
1. Un « catalogue » de bonnes pratiques.....	136
2. Une démarche informative .....	137
<b>B. Le Document-cadre sur les programmes de conformité au droit de la concurrence de l'Autorité de la concurrence</b> .....	137
1. Des prescriptions détaillées du contenu des programmes de conformité.....	137
2. Une démarche qui se veut incitative.....	139
<b>II. Quelle stratégie pour l'entreprise ?</b> .....	139
<b>A. La mise en place d'un programme efficient</b> .....	140
1. L'audit et le diagnostic de concurrence.....	140
2. Choix stratégiques de l'entreprise .....	140
<b>B. Le choix d'un programme de conformité comme source de risques</b> .....	141
1. Les risques liés au contenu du programme de conformité .....	141
2. Le risque de ne pas bénéficier d'une réduction de sanctions .....	142
<b>Conclusion</b> .....	143

<b>L'analyse des stratégies en matière de concentration</b> .....	145
---	-----

Patrice BOUGETTE  
*Maître de conférence en sciences économiques à l'Université de Nice-Sophie Antipolis, GREDEG CNRS UMR 7321*

<b>I. Rentabilité d'une concentration et effets sur la concurrence</b> .....	147
--	-----

A. Conditions de rentabilité d'une concentration pour une entreprise.....	147
B. La prise en compte de la dynamique concurrentielle .....	150
C. Une coordination facilitée par la concentration.....	152
<b>II. Les stratégies des entreprises vis-à-vis de la procédure de contrôle ES .....</b>	<b>153</b>
A. Cadre juridique et institutionnel du contrôle européen des concentrations .....	153
B. La stratégie jouant sur la délimitation du marché pertinent.....	155
C. La stratégie d'efficiency defense, les engagements et la durée de la procédure.....	156
D. L'utilisation stratégique de la suspension des délais de procédure.....	158
<b>Conclusion .....</b>	<b>159</b>

## **Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ?.....**

161

Michel DEBROUX

*Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles, Hogan Lovells (Paris)*

<b>I. Propos liminaire : clémence subie (défensive) ou clémence volontaire (agressive) ? – De quelques limites du postulat de rationalité de l'entreprise.....</b>	<b>164</b>
<b>II. Les incertitudes : le brouillard de la clémence.....</b>	<b>167</b>
A. Incertitudes sur l'ampleur du risque : quelles sont la nature et la durée des pratiques ?.....	168
B. Incertitude sur les chances de succès d'une démarche de clémence : quels sont le rang de la clémence, les éléments connus par les autorités de concurrence, la valeur ajoutée des éléments que pourrait fournir l'entreprise ?.....	169
C. Incertitudes sur la compétence de la Commission ou d'autres autorités, en fonction des éléments incriminants (affaire purement nationale ou européenne ?) .....	170

D.	Incertitudes sur les éléments impliquant la société mais non connus d'elle (les audits internes ne permettent pas toujours de tout révéler, surtout pour des pratiques anciennes) .....	170
E.	Incertitude sur l'ampleur du risque de procédure ultérieure en indemnisation du préjudice subi par les victimes.....	170
<b>III.</b>	<b>Les contraintes pesant sur l'entreprise</b> .....	172
A.	Contraintes d'une coopération permanente et totale avec les autorités de la concurrence en cas de démarche de clémence.....	172
B.	Contraintes managériales .....	172
C.	Contraintes liées aux relations avec les membres du personnel impliqués : sanction ou coopération ?.....	173
D.	Contraintes liées aux risques de dégradation des relations commerciales avec les autres acteurs du marché (le syndrome des « collègues »).....	173
E.	Contraintes liées à d'autres procédures, futures ou non .....	173
<b>IV.</b>	<b>Les facteurs déterminants dans une approche stratégique de la clémence</b> .....	175
	<b>Conclusion</b> .....	176

**Droit des concentrations  
et engagement des entreprises...  
Quelles stratégies possibles ?**..... 177

VIVIANE DE BEAUFORT  
*Professeur ESSEC Business School*

et Jacques MOSCIANESE  
*Expert Associé CEDE, ESSEC Business School Paris*

<b>I.</b>	<b>Contrôle des concentrations et engagements compensatoires</b> .....	178
A.	Rappel sur la procédure du contrôle de concentrations à l'échelle de l'Union européenne comme modèle des réglementations nationales.....	178
B.	La place des engagements et les questions que doivent se poser les entreprises.....	180

C. Quelques exemples de procédures européennes ayant donné lieu à des engagements permettant de corriger la restriction structurelle de concurrence anticipée .....	182
1. Décision M.1745 DE 2000 autorisant la création d'EADS.....	182
2. Décision Comm. CE, n° COMP/M.4180 du 14 novembre 2006 autorisant la création de GDF Suez .....	182
3. Décision COMP/M.6214 Seagate Technology/activité « lecteurs de disques durs » de Samsung Electronics, décision du 19 octobre 2011, IP/11/1213 ; affaire COMP/M.6203 Western Digital Ireland/Viviti Technologies, décision du 23 novembre 2011, IP/11/1395.....	183
4. Décision COMP/39595 Continental/United/Lufthansa/Air Canada, Décision COMP/37984 SkyTeam, décision COMP/39794 Lufthansa/Turkish Airlines et COMP/39860 Brussels Airlines/TAP Air Portugal. IP/11/147 du 11 février 2011, décision COMP/M.5830 Olympic/Aegean Airlines ; IP/11/68 du 26 janvier 2011.....	183

<b>II. Les stratégies en matière d'engagement : un exemple italien.....</b>	<b>184</b>
A. Un droit italien des concentrations très largement inspiré des principes du droit de l'Union européenne.....	184
B. La fusion Banca Intesa/Sanpaolo IMI : remèdes imposés par l'AGCM et difficultés de réalisation.....	186

## **Contourner le droit de la concurrence par les organisations professionnelles Une analyse des limites de l'interdit.....**

191

Marc DESCHAMPS

*ATER en Sciences Économiques à l'Université de Lorraine,  
Université de Nice-Sophia Antipolis GREDEG-CNRS et BETA-CNRS*

et Patrice REIS

*Maître de conférences en Droit Privé, Université de Nice-Sophia  
Antipolis CREDECO GREDEG-CNRS*

<b>I. L'organisation professionnelle comme structure bouclier .....</b>	<b>194</b>
A. Une protection à l'égard de l'imputation de la pratique.....	195
B. Une protection à l'égard de la sanction pécuniaire .....	198



<b>II. L'organisation professionnelle comme mécanisme de coordination</b> .....	202
A. Une coordination pro-concurrentielle...	202
B. ... mais qui nécessite certaines précautions.....	204

**La mobilisation des droits de l'homme pour contrer l'application du droit de la concurrence : le cas des enquêtes** .... 209

Lionel ZEVOUNOU

*Maître de conférence en droit public au centre de théorie et analyse du droit (CTAD),  
Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense*

<b>I. De l'intérêt du recours aux instruments de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'enquête</b> ....	216
A. L'étendue des pouvoirs d'enquête, facteur de risque concurrentiel .....	217
B. La rationalisation d'un champ : les évolutions des garanties apportées aux entreprises en matière d'enquête .....	224
<b>II. L'usage de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et ses effets potentiels</b> .....	230
A. La mobilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme .....	230
B. Les contraintes inhérentes au « dialogue des juges » comme explication aux stratégies visant à remettre en cause le dispositif d'enquête de l'Union.....	240

**Instrumentalisation et utilisation stratégique du droit de la concurrence : l'avis d'un directeur juridique**..... 251

Philippe COËN

*Président de l'ECLA (European Company Lawyers Association – [www.ecla.org](http://www.ecla.org))*

&

*Vice-Président de l'AFJE (Association Française des Juristes d'Entreprise – [www.afje.org](http://www.afje.org))*

**Les stratégies de *forum-shopping*  
et de *law-shopping* en droit de la concurrence :  
applications aux contentieux  
entre AMDet Intel (2000-2010) ..... 253**

Frédéric MARTY

*Professeur en sciences économiques CNRS – UMR 7321 GREDEG*

*Groupe de recherche en droit, économie et gestion*

*Université de Nice Sophia-Antipolis*

*Département Innovation et Concurrence – OFCE – Sciences Po Paris*

<b>I. Une pratique de marché aux effets économiques controversés.....</b>	<b>258</b>
<b>II. De l'utilisation stratégique des règles de concurrence à l'encontre d'un opérateur dominant.....</b>	<b>266</b>
<b>III. La stratégie d'AMD : une approche en termes de <i>forum-shopping</i>.....</b>	<b>270</b>
A. Saisines d'autorités de concurrence étrangères et Antitrust Tourism.....	270
B. Application des règles de concurrence au niveau fédéral et stratégie juridique vis-à-vis des États fédérés.....	272
C. Stratégie juridique et private enforcement des lois Antitrust.....	275
<b>IV. Une logique de <i>law-shopping</i> mise en perspective avec l'histoire des politiques de concurrence américaine.....</b>	<b>279</b>
A. L'attrait du recours à la FTC face aux contraintes s'exerçant sur le Doj.....	279
B. Section 2 du Sherman Act et Section 5 du FTC Act.....	282
<b>V. Discussion.....</b>	<b>286</b>

**Instrumentalisation du droit de la concurrence  
dans la négociation commerciale ..... 289**

Danièle BRIAND

*Avocate à la Cour – Maître de conférences à la Faculté  
de droit de Rennes – Ancienne rapporteur externe  
au Conseil de la concurrence – Membre du Centre de droit  
des affaires – Membre fondateur et vice-présidente du FORDE  
en charge du département RSE et développement durable*

- I. Les mécanismes du droit de la concurrence et l'optimisation  
du choix stratégique du processus de négociation  
commerciale..... 291**
  - A. La définition de l'entreprise, sujet du droit de la concurrence ..... 291
  - B. Les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne  
applicables aux contrats..... 293
  - C. Les règles du droit français de la concurrence des pratiques  
restrictives applicables aux instruments de la négociation  
commerciale ..... 295
- II. Les mécanismes du droit de la concurrence et l'optimisation  
du contenu de négociation commerciale..... 296**
  - A. L'effectivité de la négociation commerciale et le contrôle  
administratif et jurisprudentiel des pratiques : une volonté  
des autorités françaises et européennes de la concurrence  
de responsabiliser les entreprises face aux instruments juridiques..... 297
  - B. Quelques repères sur la gestion responsable et stratégique  
de la négociation commerciale..... 300
    - 1. Le droit de la concurrence peut influencer l'organisation d'une centrale  
d'achat ou de référencement..... 300
    - 2. L'utilisation stratégique des règles sur les conditions générales  
de vente et sur les conditions d'achat peut être propice à la négociation  
commerciale ..... 302
    - 3. La contrainte concurrentielle, levier dissuasif dans une négociation  
déséquilibrée ..... 304
- III. Les mécanismes du droit de la concurrence et l'optimisation  
de la négociation commerciale dans un processus  
de développement durable ..... 305**
  - A. La nécessaire intégration de la politique de développement  
durable dans la négociation commerciale de l'entreprise ..... 306

<b>B. Les préoccupations de concurrence générées par l'insertion du développement durable dans la négociation commerciale.....</b>	<b>308</b>
1. Le droit de la concurrence – Régulateur de l'instrumentalisation du développement durable dans la négociation commerciale.....	308
2. L'instrumentalisation du droit de la concurrence au profit du développement durable .....	310

## **Instrumentalisation et utilisation stratégique du droit de la concurrence déloyale..... 311**

Nicolas HOBERDON  
*Docteur en droit*

<b>I. Le droit de la concurrence déloyale, terrain d'élection des stratégies juridiques.....</b>	<b>317</b>
<b>A. L'imprécision du domaine de la concurrence déloyale.....</b>	<b>317</b>
1. Un objectif imprécis .....	317
2. Concurrence déloyale et contrefaçon.....	319
<b>B. La plasticité de la concurrence déloyale.....</b>	<b>321</b>
1. La faute.....	321
2. Le préjudice.....	324
<b>II. Le droit de la concurrence déloyale, terrain d'application des stratégies juridiques.....</b>	<b>330</b>
<b>A. Le droit de la concurrence déloyale, terrain d'application de stratégies juridiques offensives.....</b>	<b>331</b>
1. Bloquer l'arrivée d'un concurrent.....	332
2. Neutraliser un avantage concurrentiel.....	334
3. Obliger une partie à maintenir une relation contractuelle.....	334
4. Capturer de la valeur/extorquer de l'argent.....	335
5. Nuire à l'image d'un concurrent .....	336
6. Empêcher l'information des consommateurs en cas de problème sur un produit.....	337
<b>B. Le droit de la concurrence déloyale, terrain d'application de stratégies juridiques défensives.....</b>	<b>338</b>
1. Le droit de la concurrence déloyale au cœur de la gestion de risques juridiques et non juridiques .....	339
a. La prévention de l'action en concurrence déloyale.....	339
b. Le droit de la concurrence déloyale, instrument de gestion juridique de risques non juridiques .....	340
2. La parade à l'action en concurrence déloyale par sa requalification en recours en diffamation.....	341

## Table des matières

---

3. La riposte à l'instrumentalisation du droit de la concurrence déloyale .....	342
a. La riposte par l'action abusive.....	342
b. La riposte à l'instrumentalisation du droit de la concurrence déloyale par une action en concurrence déloyale.....	345

<b>Personalia</b> .....	347
-------------------------	-----

<b>Table des matières</b> .....	353
---------------------------------	-----