



Le Concurrentialiste

Revue d'actualité de droit économique



Suivez-nous sur Twitter (@leconcurrentialiste)

Édito

Chers lecteurs,

Le troisième numéro du Concurrentialiste est l'occasion d'annoncer la venue de deux nouveaux membres au sein de notre Comité Scientifique : Monsieur David Bosco, Professeur à l'université d'Aix-Marseille, membre du Centre de Droit Économique et co-directeur du pôle Droit de la Concurrence au sein de l'association Trans Europ Experts, ainsi que Monsieur Ki Jong Lee, Professeur à l'université de Sookmyung à Séoul, Secrétaire Général de l'Asia Competition Association et également membre du Comité Consultatif pour la coopération internationale au sein de la Korea Fair Trade Commission. Nous sommes très heureux de les compter à présent comme membres du Concurrentialiste.

Ce nouveau numéro marque également une évolution qui se manifeste par l'élargissement de notre champ d'étude. Désireux d'appréhender le droit de la concurrence dans sa totalité, nous avons fait le choix d'étendre nos analyses au-delà des frontières européennes. L'introduction de la *Antitrust Letter*, une analyse mensuelle sur l'actualité du droit américain de la concurrence, illustre cette volonté. Pour accompagner une forte mouvance de globalisation croissante du droit de la concurrence, le Professeur Ki Jong Lee nous éclairera également sur les évolutions du droit de la concurrence en Asie.

Enfin, ce troisième numéro du Concurrentialiste est l'occasion de regrouper plusieurs études récemment publiées sur notre site internet. Inscrites dans une volonté d'adéquation avec le monde de l'entreprise, plusieurs d'entre elles s'intéressent directement à la gestion du risque lié aux pratiques anticoncurrentielles.

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

- Antitrust Letter #1 : juin 2013 **page 3**
- Antitrust Letter #2 : juillet 2013 **page 7**
- Antitrust Letter #3 : août 2013 **page 10**
- Antitrust Letter #4 : septembre 2013 **page 14**
- L'entreprise face au risque concurrentiel : analyse des principaux dangers liés aux pratiques anticoncurrentielles **page 18**
- Étude sur les programmes de conformité 1/2 **page 21**
- Étude sur les programmes de conformité 2/2 **page 23**



Antitrust Letter #1: juin 2013

par Thibault Schrepel, doctorant au sein d'un cabinet d'avocats international et créateur du Concurrentialiste.

The "Antitrust Letter" is a new monthly series of articles written in french and english by founding member Thibault Schrepel. Each month's release will analyze major changes within United States antitrust law and legal precedents, whilst contrasting and occasionally drawing parallels to European antitrust legal issues

La "Antitrust Letter" est une nouvelle chronique mensuelle du Concurrentialiste rédigée par Thibault Schrepel, l'un des membres fondateurs de la revue. Chaque nouveau numéro aura pour objet d'étudier les événements marquants liés au droit de la concurrence américain. Publiée en français et en anglais, cette lettre sera également l'occasion d'établir une étude comparative avec le droit européen de la concurrence

Table of contents / Sommaire

Hearings in Apple e-books trial
Audiences du procès d'Apple et livres électroniques
–
Framing the class action: American Express v. Italian Colors Restaurant
Encadrement de la <i>class action</i> : American Express v. Italian Colors Restaurant
–
Tesla and direct sell networks
Tesla et la revente directe au consommateur
–
Questioning "Pay-for-delay deals": FTC v. Actavis
Mise en question des " <i>pay-for-delay deals</i> " : FTC v. Actavis
–
Patent-trolls hunting is open
La chasse aux patents trolls est ouverte

(English version) Hearings in Apple e-books trial

One of the year's biggest antitrust trials started June 3, 2013. The DOJ accused Apple and five editors of artificially increasing e-books prices (1). Apple was qualified as the "ringmaster". Two main elements were denounced:

- The first concerns the use of an "agency model". In this model editors are free to fix prices, and distributors (such as Apple and Amazon) recover a 30% royalty on each sold book. In contrast, Amazon used the "wholesale model" for a long time. With this model, the editor sells the book to the distributor who remains free to set the final price. Amazon finally changed its model after several editors' requests to do so.
- The second concerns the use of the "most favoured nation" clause. This contractual clause requires that all editors selling e-books to Apple have to do so at prices equal or inferior to those offered to other distributors. Apple explained that this clause guarantees the lowest price to its consumers. The DOJ noted that (i) it has led to price increases and that (ii) it kills price competition.

Questions exist as to the interpretation of the "most favoured nation" clause. The Leegin case (2) rules that vertical restraints are per se illegal in any situation "that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output.". It appears that the "most favoured nation" clause can have some pro-competitive effects. Therefore, it is very likely that the rule of reason will be used by SCOTUS judges. One of the final questions will then be: is the "agency model" combined with the "most favoured nation" clause enough to characterize a cartel?

(French version) Audiences du procès d'Apple et livres électroniques

Un des plus grands procès *antitrust* de l'année s'est ouvert le 3 juin 2013 dernier. Le Justice Department y accuse Apple et cinq éditeurs (HarperCollins, Penguin, Hachette, MacMillan, and Simon & Schuster) de s'être entendus afin d'augmenter le prix des e-books (1). Le gouvernement a par ailleurs qualifié Apple de "*ringmaster*" (coordinateur principal), dénonçant deux éléments :



- Le premier concerne l'utilisation des "agency model". Dans ce modèle, les éditeurs sont libres de fixer le prix des livres, et les distributeurs (tels que Apple ou Amazon) récupèrent une redevance (d'environ 30%) auprès des éditeurs sur chaque livre vendu. Amazon a pendant longtemps utilisé le "wholesale model" qui est généralement utilisé pour la vente des livres en dur. Dans ce modèle, l'éditeur vend les livres au distributeur à un prix fixé (généralement 50% du prix final constaté) et le distributeur est ensuite libre de revendre ses livres au public au prix de son choix. Après l'introduction d'Apple sur le marché des e-books, plusieurs éditeurs ont refusé de vendre des livres à Amazon en raison de son utilisation du "wholesale model". Cette dernière a donc accepté de migrer vers le "agency model". Le gouvernement allègue qu'Apple et quelques autres distributeurs se sont entendus afin d'augmenter les prix de vente en laissant les éditeurs libres de choisir les prix.
- Le second concerne les clauses dites de "most favored nation". Cette clause permet d'exiger qu'un éditeur vende ses e-books à Apple à un prix qui soit identique ou inférieur à celui proposé aux autres distributeurs. Cette clause permet également à Apple d'exiger, dans le cas où la vente à un autre distributeur se fasse à un prix plus bas qui lui est proposé, que l'éditeur relève le prix au niveau de celui communiqué à Apple. Apple défend l'introduction de cette clause expliquant qu'elle permet de garantir le prix le plus bas possible à ses consommateurs. Le gouvernement relève quant à lui (i) les nombreuses augmentations de prix réalisées chez les autres distributeurs afin de s'aligner sur le prix d'Apple, (ii) ainsi que l'élimination de la concurrence par le prix. Le système ainsi mis en place par Apple était le suivant : Apple exigeait que les éditeurs proposent leurs e-books à 70% du prix le plus bas offert aux autres distributeurs. De cette façon, Apple pouvait vendre ses livres au prix le plus bas du marché tout en conservant sa marge de 30%.

Des interrogations existent quant à l'interprétation que feront les juges de la clause dite de "most favored nation". Depuis l'arrêt Leegin rendu en 2007 par la SCOTUS (Supreme Court of the United States) sur les restrictions verticales (2), sont seules considérées comme étant condamnables *per se* les pratiques "qui seraient toujours ou presque toujours susceptibles de restreindre la concurrence et réduire la production". Les clauses de "most favored nation"

sont analysées par un grand nombre de spécialistes comme, en fonction des faits d'espèce, susceptibles d'augmenter la concurrence sur le marché. À la lumière des faits d'espèce, il semblerait donc que la règle de raison soit plus à même d'être utilisée. Dès lors, la question se résumerait à savoir si le gouvernement sera capable de prouver que l'existence de ces clauses combinées à un "agency model" permet de caractériser la participation d'Apple à une entente. Notons que les cinq éditeurs ont d'ores et déjà accepté un arrangement avec le gouvernement pour une somme totale de plus de 164 millions de dollars (environ 130 millions d'euros).

(English version) Framing the class action: American Express v. Italian Colors Restaurant

SCOTUS judges appear to be mindful of maintaining a right balance between class action consumer necessity and companies' rights to conduct their activities without any judicial blackmail.

On June 20, 2013, in *American Express v. Italian Colors Restaurant*, the SCOTUS stated that in consumer contracts, the presence of a clause setting individual arbitration prevents the introduction of any class action. Justice Scalia reported the tragic effects that class action can have on companies by forcing them to settle frivolous demands (3). Many analysed this decision as the victory of freedom of contract while others saw it as the death of class action, a simple contractual clause flouting federal law (4). In other words, the question is whether class action is a fundamental right prevailing over private conventions.

(French version) Encadrement de la class action : American Express v. Italian Colors Restaurant

Les actions de groupe (ou *class actions*) n'ont pas fini de faire parler d'elles. Les juges de la Cour Suprême des États-Unis semblent être soucieux de préserver un bon équilibre entre nécessité des *class actions*, ce afin que le consommateur puisse faire valoir ses droits, et droit des entreprises à exercer leurs activités sans être victime de chantages juridiques.



La SCOTUS a jugé le 20 juin 2013 dans sa décision *American Express v. Italian Colors Restaurant* (3) que la présence dans des contrats de consommation d'une clause d'arbitrage individuel permettait d'empêcher l'introduction de toute action de groupe. Au cas d'espèce, un restaurant et d'autres entreprises avaient intenté une action de groupe contre American Express pour violation de la section 1 du *Sherman Act*. Cette dernière imposait en effet des frais excessifs aux commerçants. En raison de la présence d'une clause d'arbitrage individuel dans les contrats conclus entre American Express et les restaurateurs concernés, l'introduction de la class action fut rejetée.

La décision, écrite par Justice Scalia, fait état des potentiels effets dramatiques des *class actions*, forçant parfois les entreprises à conclure des arrangements dans des cas où les demandes sont futiles, ce afin de préserver l'image de la société (4). Les juges ont également profité de cette décision pour rappeler que l'arbitrage relève de la matière contractuelle. Cette décision est perçue par certains comme étant une retentissante victoire de la liberté contractuelle. D'autres dénoncent la mise à mort de la *class action*, une simple clause contractuelle permettant de s'affranchir du respect du droit fédéral. Il s'agit en d'autres termes de savoir si la *class action* est un droit fondamental du citoyen américain qui prévaut sur les conventions privées.

(English version) Tesla and direct sell networks

Franchise laws are governed by State laws. Many of them (North Carolina, Texas, and New York, for example) require that car manufacturers sell through independent retailers. Tesla recently announced its intention to sell directly to consumers.

Lobbies use different arguments to justify these laws, saying that they (i) allow competition between retailers, (ii) encourage proximity between companies and consumers, (iii) and simplify the respect of local regulations. It appears that these different points concern companies strategic orientations (5). Are franchise laws made to interfere with companies' strategies? This debate has started (6). Our answer is strongly negative.

(French version) Tesla et la revente directe au consommateur

Tesla est une florissante entreprise américaine de production de voitures électriques qui se heurte aux règles américaines de la franchise. Le droit de la franchise américain est régi par chaque État. Plusieurs d'entre eux (dont la Caroline du Nord, le Texas et New York) imposent que les constructeurs automobiles vendent via des revendeurs indépendants. Tesla a pourtant récemment fait part de sa volonté de vendre directement au consommateur. Une des raisons principales du choix opéré par Tesla semble être liée au faible investissement dans l'image de marque des revendeurs indépendants. Également, Tesla peut espérer une baisse des prix en supprimant les coûts d'intermédiaires.

L'obligation faite à Tesla de passer par un intermédiaire est le fait de divers lobbies américains. Plusieurs arguments sont avancés afin de justifier ce système, (i) la nécessité de créer une concurrence entre les revendeurs, (ii) d'avoir un service plus proche du consommateur, (iii) la plus grande capacité des revendeurs à respecter les réglementations locales. Quoi qu'il en soit, si le premier argument semble faire fi de la marge récupérée par les revendeurs, les deux autres semblent relever d'un choix stratégique que l'entreprise doit opérer. Le droit de la concurrence/franchise a-t-il vocation à se mêler des orientations stratégiques des entreprises ? (5) Le débat est lancé (6). Notre réponse est largement négative.

Si Tesla parvenait toutefois à vendre directement au consommateur, il se pourrait que General Motors et Ford Motor soient tentés par l'aventure, eux qui avaient flirté avec ce modèle à la fin des années '90 (5). L'enjeu est donc de taille.

(English version) Questioning "Pay-for-delay deals": FTC v. Actavis

On June 17, 2013, the SCOTUS in *FTC v. Actavis, Inc.* (7) held that "pay-for-delay deals" were subject to an antitrust analysis. In doing so, the Court rejected a per se rule of legality based upon the "scope of the patent" test.

In such arrangements, a drug manufacturer compensates a potential generic entrant not to sell its generic drug product for a number of years. Because this agreement can have some anti-competitive effects, the Supreme Court stated that



the rule of reason should apply. Therefore, it is also important to note that these deals are not submitted to either the *per se* or the quick look analysis.

(French version) Mise en question des "pay-for-delay deals" : FTC v. Actavis

Le 17 juin 2013, la SCOTUS a jugé dans sa décision *FTC v. Actavis, Inc.* (7) que les "pay-for-delay deals" étaient sujets à l'examen du droit de la concurrence. Le test qu'utilisait préalablement la Cour Suprême, qui présumait la légalité de tels accords, est ainsi définitivement écarté.

Dans ce type d'arrangements, le titulaire d'un brevet paye un génériqueur afin que ce dernier se refuse à intégrer le marché. La Cour Suprême a fait état des possibles effets anticoncurrentiels d'une telle pratique, effets qui devront être analysés au cas par cas. Pour cette raison, les juges ont imposé l'utilisation de la règle de raison, écartant ainsi toute condamnation *per se* mais refusant également de faire application de la procédure dite de "quick look". Cette décision intervient sur le secteur pharmaceutique, Actavis étant l'une des plus grands génériqueurs américaines.

(English version) Patent-trolls hunting is open

Patent-troll is one of the most fashionable antitrust topics of the year. On June 4, 2013, the White House published a report on it, blaming the actual patent system (8). A few remedies were presented (9), including the possibility of introducing an antitrust analysis before delivering a patent. This would end the incongruous situation that we actually know in both the US and EU, where patents are granted without any analysis of either the market vitality or the competitive risks (10).

(French version) La chasse aux patents trolls est ouverte patent troll

Si le thème des patents trolls est incontestablement l'un de ceux les plus à la mode, il semblerait que les autorités américaines se soient enfin décidées à prendre les devants. Le 4 juin 2013, la Maison-Blanche a fait paraître un rapport dénonçant les lacunes du système de brevets actuel (8). Plusieurs remèdes sont évoqués (9), dont notamment la possibilité d'introduire une analyse concurrentielle avant la délivrance des brevets. Une telle pratique mettrait fin à la situation incongrue que l'on connaît

actuellement en Europe et aux États-Unis consiste à délivrer un brevet sans évaluer la vitalité du marché concerné ni les risques concurrentiels liés (10). Pendant ce temps, les instances européennes demeurent quasi-inertes sur la question.

-
- (1) Voir les *slides* du gouvernement / government slides : [link](#)
 - (2) *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS*, 2007 : [link](#)
 - (3) *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, June 20, 2013 : [link](#)
 - (4) Binyamin Appelbaum, "Justices Support Corporate Arbitration", *NYT*, June 20, 2013 : [link](#)
 - (5) Dan Crane, "Tesla and the Auto Dealers Lobby", *Truth on The Market* : [link](#)
 - (6) Mike Ramsey, "Tesla Clashes With Car Dealers", *WSJ*, June 18, 2013 : [link](#)
 - (7) *Federal Trade Commission v. Actavis*, June 17, 2013 : [link](#)
 - (8) White House Task Force on High-Tech Patent Issues, June 4, 2013 : [link](#)
 - (9) Jared Favole / Brent Kendall, "Obama Plans to Take Action Against Patent-Holding Firms", *WSJ*, June 4, 2013 : [link](#). Also, Matt Levy, "The FTC Chairwoman Calls Out Patent Assertion Entities", June 20, 2013, *Patent Progress* : [link](#)
 - (10) Pour plus d'information sur cette notion / For more informations about patent trolls, see Thibault Schrepel, "Patent troll through the US and EU antitrust law: when cooperation is no longer an option", *European Competition Law Review*, May 2013
-



Antitrust Letter #2: juillet 2013

par Thibault Schrepel, doctorant au sein d'un cabinet d'avocats international et créateur du Concurrentialiste.

Table of contents / Sommaire

Decision in Apple e-books trial: guilty

La décision du procès d'Apple et livres électroniques : coupable

–

Merger between Publicis and Omnicom: a great publicity

Fusion entre Publicis et Omnicom : une bonne publicité

–

The FTC modifies its Final Order in the purchase of Motorola by Google

Modification de l'autorisation du rachat Motorola par Google

–

AT&T's shows some interests in Leap Wireless

AT&T se montre intéressé par la société Leap Wireless

(English version) Decision in Apple e-books trial: guilty

The Apple e-books trial is spanning months. On July 10, the U.S. District Court Southern District of New York found Apple guilty of violating Section 1 of the Sherman Act (1). Judge Cote has condemned Apple for horizontal price fixing. For the record, two elements were central in this case: the "most favoured nation" clause and the use of "agency model" (2).

Apple already appealed the decision. Chances of success in the new procedure are undetermined. Some analysts, including Keith Hylton, a Boston University professor, judge them to be very low (3). Others are more optimistic, like Geoffrey Manne from Lewis & Clark Law School (4).

On the merits, Apple will continue to show that the average price of e-books, sold by publishers to distributors, went down from \$7.97 to \$7.34 two years after market introduction (5). On the form, the *per se* test can be surprising. SCOTUS held that

are only *per se* prohibited agreements with no redeeming value. But are those concluded by Apple really of this kind?

Other interrogations remain. First, the relation between "agency model" and monopoly is unclear, although it is a main element in the July 10 decision. Secondly, the fact that "most favoured nation" clauses allow new competitors to join the market is absent from the analysis. Also, the relevant market can be discussed. Indeed, e-books and books can compete on the same market, a fact which is excluded from the present decision. Hence, the question will be to know if these elements are sufficient enough to reverse the first decision.

A new hearing will be held in order to determine Apple sanction. The DOJ has already exposed its wish for Apple to refrain from creating similar agreements in the future. The DOJ also asked that no discrimination applies to app creators for e-books reading. Finally, the government asked for a suppression of all "most favoured nation" clauses.

A group of 33 state attorneys-general introduced an action on behalf of consumers asking for pecuniary reparation (6). At the same time, the risk is growing that the European Commission will open some investigations on the same market.

(French version) La décision du procès d'Apple et livres électroniques : coupable

L'affaire d'Apple et ses *e-books* traverse les mois. Le 10 juillet dernier, la *U.S. District Court Southern District of New York* a jugé la société coupable d'une violation de la section 1 du *Sherman Act*. Cette affaire, (1) largement présentée dans la Antitrust Letter #1 (2), a suscité de très nombreux commentaires.

Le juge Cote a condamné Apple pour avoir initié une fixation horizontale des prix. Pour rappel, deux éléments étaient au coeur des débats : (i) la clause dite de "*most favored nation*" ainsi que (ii) l'utilisation des "*agency models*".

Apple a interjeté appel de cette décision. Les chances de succès dans cette procédure sont incertaines. Certains analystes les pensent faibles, à l'image de Keith Hylton, professeur à l'Université de Boston (3). D'autres se montrent plus optimistes, à l'image de Geoffrey Manne, de la faculté de droit de Lewis & Clark (4).



Sur le fond, Apple va s'atteler à démontrer que le prix moyen des *e-books*, lorsque vendus par les éditeurs aux distributeurs, a baissé de 7.97 dollars à 7.34 dollars deux ans après son introduction sur le marché. (5). Sur la procédure, l'application d'un test *per se* a de quoi susciter quelques questionnements, notamment en raison d'une décision de la Cour Supreme des États-Unis jugeant que sont seuls interdits *per se* les accords n'ayant aucun effet pro-concurrentiel possible.

La décision rendue le 10 juillet laisse également quelques interrogations en suspens. La relation entre "agency model" et volonté d'établir un monopole demeurent floue, bien qu'étant l'un des éléments principaux ayant conduit à la condamnation d'Apple. Également, le fait que les clauses dites "most favored nation" permettent l'entrée d'un nouveau concurrent n'a que peu été traité. La délimitation du marché pertinent demeure tout aussi peu persuasive. La décision semble considérer le marché des *e-books* comme un marché clos, n'ayant pas d'interférence avec celui des livres en dur. Ce point sera assurément débattu par Apple. Enfin, la décision rendue manque de profondeur sur la véritable nature de la concurrence sur le marché des livres, ou livre électroniques. La question de savoir si la concurrence sur le marché des livres se fait principalement par le prix doit être plus approfondie. Il s'agira donc de savoir si ces différents éléments seront suffisants à ce que la décision soit renversée.

Une nouvelle audience devra être tenue afin de déterminer la sanction infligée à Apple. Le Justice Department a d'ores et déjà demandé à ce que la Cour interdise à Apple la conclusion d'accords similaires à ceux visés. Le DOJ demande également à ce qu'aucune discrimination ne soit faite aux créateurs d'application de lecture de livres électroniques sur son magasin en ligne. Enfin, le gouvernement a fait part de sa volonté que la société supprime les clauses dites de "most favored nation".

Notons qu'un groupe de 33 procureurs généraux a introduit une action distincte pour le compte des consommateurs de livres électroniques afin d'obtenir le paiement de dommages-intérêts (6). Enfin, dans le même temps, Apple doit considérer le risque que la Commission européenne décide prochainement d'ouvrir des investigations sur ce même marché.

(English version) Merger between Publicis and Omnicom: a great publicity

Two of the world's biggest advertisement agencies, Publicis (Paris) and Omnicom (N.Y.) announced on July 28 their wish to merge later this year. The new company will eventually include more than 130,000 employees and represent \$35 billion on the stock market. Clients will be as diverse as Visa, AT&T, McDonald's, Pepsi and its competitor, Coca-Cola (7). The objective is a consolidation of online advertisement, in order to supersede WPP, the actual world leader.

The merger may create some antitrust concerns. The new company will indeed represent 20% of worldwide advertisement spending, 30.9% in Europe and 41.6% in the US (8). Also, some clients on same markets may be opposed to the operation (9). Lastly, antitrust tests will probably be conducted on media buying online advertising market where companies buy directly from broadcasters on behalf of clients.

Publicis and Omnicom want to obtain a "fast-track" review in the US. Albert Foer, president of the American Antitrust Institute, expressed some concerns. Advertisement agencies are playing a true strategy-advisers to companies, this merger may create potential coordinated strategies. It is therefore possible that this operation, regarding 4 continents and 45 countries, will be delayed.

(French version) Fusion entre Publicis et Omnicom : une bonne publicité

Deux des plus grandes sociétés de publicité au monde, Omnicom (New York) et Publicis (Paris), ont annoncé le 28 juillet dernier leur volonté de fusionner leurs deux groupes. La nouvelle société représentera plus de 35 milliards de dollars en bourse ainsi que 130 000 employés. Elle regroupera également de nombreux clients prestigieux tels que Visa, AT&T, McDonald's, Coca-Cola, son concurrent PepsiCo et bien d'autres encore (7). L'objectif affiché par ces deux sociétés est un renforcement sur le marché de la publicité en ligne, ce afin de supplanter WPP, pour l'heure leader mondial.

Cette fusion pose de nombreuses questions concurrentielles. La nouvelle société représentera approximativement 20% des dépenses mondiales en publicité, 30,9% en Europe et 41,6% aux États-Unis (8). De plus, un risque existe que plusieurs clients



opérant sur des marchés communs s'opposent à cette fusion (9). Enfin, l'opération pourrait nécessiter la réalisation d'un test concurrentiel approfondi sur le marché de l'achat d'espace médiatique en ligne, marché où les sociétés publicitaires achètent directement auprès des diffuseurs pour le compte des clients.

Les deux groupes espèrent obtenir une autorisation "fast-track" sur le continent américain. Albert Foer, Président du *American Antitrust Institute*, a exprimé quelques inquiétudes. Les agences publicitaires jouent en effet un véritable rôle de conseil stratégique des entreprises, ce qui pourrait avoir comme conséquence de donner naissance à des stratégies coordonnées entre concurrents représentés par le nouveau groupe. Il se pourrait donc que cette opération, impliquant un regroupement d'actifs sur quatre continents et quarante-cinq pays, soit amenée à être retardée.

(English version) The FTC modifies its Final Order in the purchase of Motorola by Google

On July 24, the FTC announced a new consent order regarding Google's acquisition of Motorola Mobility in 2011 for \$12.5 billion. This new agreement occurs after a public consultation launched by the FTC. It requires that Google gives fair, reasonable, and nondiscriminatory terms (FRAND) licences for standards-essential patents to smartphones, computers, tablet computers and gaming consoles production (10). Furthermore, let's notice that none of the alleged grievances toward Google are made public (11).

(French version) Modification de l'autorisation du rachat Motorola par Google

Le 24 juillet dernier, le FTC a finalisé un accord avec Google regardant une mauvaise utilisation présumée des brevets acquis dans le cadre du rachat de Motorola Mobility en 2011 pour la somme de 12.5 milliards de dollars. Ce nouvel accord intervient suite à une consultation publique lancée par le FTC qui aura permis de retenir une liste de 25 engagements potentiels. Il requiert que Google octroie des licences de brevet à des termes FRAND aux concurrents qui en feront la demande. Ces brevets ont en effet été jugés essentiels à la production de smartphones, ordinateurs, tablettes et console de jeu (10).

Relevons que les griefs reprochés à Google n'apparaissent pas expressément dans la nouvelle autorisation du FTC (11).

(English version) AT&T's shows some interests in Leap Wireless

During July, AT&T expressed it's intention to buy Leap Wireless for \$1.19 billion. Leap Wireless is actually the 6th biggest phone carrier in the country. It's network, known as Cricket, represents 96 millions users in 35 states. After the acquisition, AT&T will preserve the name and distribution channel. Cricket will also be introduced in new states (12).

This operation is likely to generate antitrust concerns. Eighteen months ago, the DOJ already opposed AT&T's acquisition of T-Mobile, the fourth biggest phone company. However, the small size of Leap Wireless could change the outcome. On the phone market, complete merger opposition remains uncommon. Antitrust authorities generally order spectrum cession, like they did in AT&T-Cingular in 2004, Verizon-Alltel in 2008 and Verizon-Rural Cellular in 2008.

(French version) AT&T se montre intéressé par la société Leap Wireless

AT&T a fait part durant le mois de juillet de sa volonté d'acquérir la société Leap Wireless pour la somme de 1.19 milliard de dollars. Leap Wireless est aujourd'hui le 6eme plus grand fournisseur de téléphone mobile sur le continent américain. Son réseau, connu sous le nom de Cricket, regroupe 96 millions d'utilisateurs dans 35 états différents. Si l'acquisition venait à se réaliser, AT&T conserverait la marque telle quelle et l'introduisait dans de nouveaux états. (12)

Cette opération va être regardée de près par les autorités de concurrence. Il y a 18 mois, le DOJ avait déjà refusé l'acquisition de T-Mobile par AT&T, jugeant qu'elle entraînait une diminution "substantielle" de la concurrence. La moindre taille de Leap Wireless serait toutefois à l'avantage d'AT&T. De plus, l'interdiction d'une opération de concentration sur le marché des Télécoms demeure plutôt rare. Il est en effet plutôt coutume que les autorités de concurrence imposant la cession d'une partie du spectre, tel que ce fut le cas pour AT&T-Cingular en 2004, Verizon-Alltel en 2008 et Verizon-Rural Cellular en 2008.



-
- (1) U.S. District Court Southern District of New York, July 10, 2013, United States of America v. Apple : [link](#)
 - (2) T. SCHREPEL, Antitrust Letter #1, Le Concurrentialiste, July 2013
 - (3) J. JACKSON, US antitrust ruling could temper Apple's revolutionary zeal, ComputerWorld, July 10, 2013 : [link](#)
 - (4) G. MANNE, Why I think the Apple e-books antitrust decision will (or at least should) be overturned, Truth On The Market, July 22, 2013 : [link](#)
 - (5) Guilty of Competition, Wall Street Journal, July 10, 2013 : [link](#)
 - (6) C. BRAY, Apple Decision: What Happens Next?, Wall Street Journal, July 10, 2013 : [link](#)
 - (7) T. VEGA, L. ALDERMAN, Merger Is Set To Create World's No. 1 Ad Company, NYT, July 28, 2013 : [link](#)
 - (8) Publicis and Omnicom face antitrust hurdle, Financial Times, July 30, 2013 : [link](#)
 - (9) L. ABBOUD, N. LESKE, Publicis, Omnicom to merge to create advertising giant, Reuters, July 29, 2013 : [link](#)
 - (10) FTC Finalizes Settlement in Google Motorola Mobility Case, FTC, July 24, 2013 : [link](#)
 - (11) G. MANNE, The Final Order in the FTC's Google standard-essential patents case and the continuing danger to standard-setting, Truth On The Market, July 31, 2013 : [link](#)
 - (12) S. GUSTIN, AT&T's \$1.2 Billion Leap Wireless Buyout Faces Static, Time, July 15, 2013 : [link](#)
-

Antitrust Letter #3: août 2013

par Thibault Schrepel, doctorant au sein d'un cabinet d'avocats international et créateur du Concurrentialiste.

Table of contents / Sommaire

American Airlines / US Airways: not so fast

American Airlines / US Airways : pas si vite

–

E-books case is going through the summer

L'affaire des e-books traverse l'été

–

Apple v. Samsung: the White House is coming into the game

Apple v. Samsung : la Maison Blanche joue des manches

–

Activis, act 2.

Activis, acte 2

(English version) American Airlines / US Airways: not so fast

On August 6, the European Commission agreed to a merger between American Airlines and U.S. Airways (1). On August 13, the Justice Department made a surprising complaint in order to prohibit the operation. This opposition illustrates a hardening of antitrust policy, as Professor Spencer Waller noticed (2). After refusing a fusion between AT&T and T-Mobile in 2011, and after the complicated negotiations for the merger between Anheuser-Busch and InBev (as we wrote about on February 6 (3)), the Justice Department seems to have decided to become a major player in the proceedings of American business. The last time a merger was prevented in the airline market was in 2001, between United Airlines and US Airways. Since September 11, 2001, the weakened market has led to several mergers, including three in 2008: United Airlines and Continental, Delta Air Lines and Northwest, and Southwest and AirTran (4).



US attorney general Eric Holder Jr. recently called for stronger competition, in order to ensure "robust competition in the marketplace". The Justice Department's opposition to this operation is substantiated by the possibility of an increase in average price. Indeed, the new company will have monopoly over several destinations. The Justice Department also used company statements in order to argue this case (5).

Despite the Justice Department's opposition, American Airlines has announced its intention to complete the merger before the end of the year (6, 7, 8). The two companies emphasized the possibility of becoming more competitive with Delta and United after the merger (9). Also, they argued that price calculation is based on too many elements to be correctly estimated by the Justice Department (10). Finally, the financial problems that American Airlines is currently facing may lead to the dissolution of the company anyway, which is likely why all syndicates agreed to the merger. A bankruptcy judge recently noted that this would strengthen market shares for Delta and United.

Let us note that the possibility of imposing structural behavioral undertakings may answer many antitrust preoccupations. Yet, this possibility is discarded. The trial date is fixed for November 25. The Justice Department and the two companies stand ready (11).

(French version) American Airlines / US Airways : pas si vite

Le 6 août dernier, la Commission européenne a donné son accord à la fusion entre American Airlines et U.S. Airways. Cet accord était assorti de plusieurs conditions du fait d'un monopole sur les vols entre Londres et Philadelphie (1).

La surprise est venue du *Justice Department* qui, le 13 août dernier, a déposé une plainte dans le but de s'opposer à la fusion. Cette opposition traduit un mouvement général de durcissement du droit de la concurrence, comme le souligne le Professeur Spencer Waller, directeur de l'Institute for Consumer Antitrust Studies à Loyola University School of Law (2). Après avoir bloqué la fusion entre AT&T et T-Mobile en 2011 et avoir imposé de lourds engagements pour celle Anheuser-Busch InBev tel que nous l'écrivons le 6 février dernier (3), le *Justice*

Department semble décidé à s'immiscer dans la vie des affaires américaine. La dernière fois qu'une fusion fut interdite sur le marché de l'aviation date de 2001 avec l'opération entre United Airlines et US Airways. Depuis, les attaques du 11 septembre 2001 ont fragilisé le marché, nécessitant une restructuration du marché. Ainsi, de nombreuses opérations de concentration furent autorisées, dont trois en 2008 : United Airlines et Continental, Delta Air Lines et Northwest, ainsi que Southwest et AirTran (4).

Eric Holder Jr., le procureur général, s'est exprimé en faveur d'une concurrence encore plus renforcée sur les marchés américains. Le *Justice Department* défend son opposition en soulignant le risque accru d'augmentation des prix après la fusion. La nouvelle société serait en effet en situation de quasi-monopole sur plusieurs destinations. Le *Justice Department* met notamment en lumière plusieurs termes utilisés par les deux sociétés afin de prouver le risque concurrentiel (5).

Logiquement, American Airlines a fait part de son intention de réaliser la fusion malgré cette opposition, ce avant la fin de l'année (6, 7, 8). Les deux sociétés mettent en avant la possibilité de faire une concurrence plus importante aux autres sociétés présentes sur le marché, notamment à Delta et United, les deux plus importants acteurs (9). De plus, elles soutiennent que le calcul du prix est indexé sur de nombreux éléments que le *Justice Department* ne peut qu'avoir du mal à étudier (10). Les deux sociétés pourront également faire valoir l'accord de l'ensemble des syndicats. Enfin, les très lourds problèmes financiers que rencontre actuellement American Airlines pourraient conduire à la disparition de la société, renforçant plus encore la position de numéro 1 et 2 de Delta et United. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé un des juges chargés du redressement juridique d'American Airlines le 29 août dernier.

Notons que la possibilité d'imposer des engagements, structurels et comportementaux, pourrait répondre aux préoccupations concurrentielles du *Justice Department*. Elle est pourtant écartée. La date des audiences est fixée au 25 novembre prochain. Le *Justice Department* et les deux compagnies se tiennent prêts (11).



(English version) E-books case is going through the summer

The e-books case takes the form of a real TV series. Here are all the events we must remember for August 2013:

- **August 2:** The Justice Department transmitted several ideas for punishing Apple to the United States District Court in Lower Manhattan. "Agency model" contracts are particularly spotted. The government pleads to forbid these agreements for five years (**12**). Also, they proposed penalties as follows:
 - that Apple concludes all contracts with publishers;
 - that Apple be prevented from conducting similar agreements with music, movie, game and tv-show producers;
 - that Apple authorizes Amazon and Barnes & Noble to insert links within their e-books store in order to facilitate comparison by consumers.

Apple described these propositions as "draconian and punitive intrusion" into its business.

- **August 7:** The five publishers denounced the decision of July 10. Indeed, this decision, which will lead to prohibit Apple to conclude "agency model", penalizes all publishers, despite the fact they already paid \$164 million to consumers who suffered from price increases.
- **August 8:** The Consumer Federation of America submitted an *amicus brief* to Judge Cote in order to publicly support Apple's condemnation (**13**).
- **August 27:** Judge Cote expressed her intention not to interfere with Apple's business (14). Judge Cote also reiterated her intention to impose an external monitor in order to evaluate Apple's antitrust politics (which contain antitrust compliance).

(French version) L'affaire des e-books traverse l'été

L'affaire des e-books d'Apple prend la tournure d'une véritable série télévisée. Voici quels sont les événements à retenir pour le mois d'août 2013 :

- **Le 2 août**, le Justice Department a fait part à la *United States District Court* du *Lower Manhattan* de plusieurs sanctions à envisager. Les contrats dits d'*agency model* sont tout particulièrement au centre des débats. Le gouvernement souhaite l'interdiction de ces accords avec les cinq éditeurs pour une période de 5 années (**12**). Par ailleurs, le *Justice Department* propose :
 - qu'il soit imposé à Apple de mettre fin à tous ses contrats avec les éditeurs ;
 - qu'il soit interdit à Apple de conclure des contrats similaires avec les producteurs de musique, films, jeux et séries ;
 - et qu'il soit imposé à Apple d'autoriser Amazon et Barnes & Noble à insérer des liens au sein de leurs magasins e-books de sorte que les consommateurs puissent facilement comparer les prix.

Suite à ces propositions, Apple a dénoncé une intrusion massive dans la gestion de ses affaires.

- **Le 7 août**, les cinq éditeurs ont fait part de leur mécontentement quant à la décision rendue le 10 juillet dernier. En effet, l'interdiction qui sera probablement faite à Apple de conclure des contrats d'"agency model" pénalise également les éditeurs qui avaient pourtant déjà consenti à payer 164 millions de dollars aux consommateurs victimes de prix jugés trop élevés. Cette double pénalisation est unanimement dénoncée.
- **Le 8 août**, le Consumer Federation of America a soumis un mémoire d'*amicus brief* au juge Cote afin d'apporter son soutien à la décision de condamnation d'Apple (**13**).



- **Le 27 août**, Juge Cote a fait part de sa volonté de ne pas s’immiscer dans les affaires menées par Apple (14). Juge Cote a également rappelé qu’elle souhaitait imposer la présence d’un minuteur externe afin d’évaluer la politique de sensibilisation d’Apple au droit de la concurrence (ce qui concerne notamment la procédure dite de compliance).

(English version) Apple v. Samsung: the White House is coming into the game

Last June, the United States International Trade Commission (ITC) prohibited Apple from selling iPhone 3GS and iPhone 4. The ITC found that Apple violated one of Samsung’s data transmission related patents. More specifically, Apple was condemned because the company refused to pay license fees to Samsung.

On August 3, the White House ruled against the ITC decision. It was the first time since 1987 that the White House acted in this way. This decision pleased not only Apple, but all American companies, including Microsoft, Oracle, and Intel (15). Samsung denounced the ruling as a major error. The White House’s arguments developed quickly. The line between antitrust policy and protectionism appears to be thinner than ever (16).

(French version) Apple v. Samsung : la Maison Blanche joue des manches

En juin dernier, la *United States International Trade Commission* ("ITC") avait imposé qu’Apple stoppe la vente de ses modèles d’iPhone 3GS et 4. La ITC avait en effet jugé qu’Apple avait violé un brevet relatif à la transmission des données sur les réseaux cellulaires qui été détenu par Samsung. Plus spécifiquement, c’était le refus d’Apple de payer les redevances de la licence accordée par Samsung qui avait conduit à la condamnation.

Le 3 août 2013, la Maison-Blanche a opposé son veto à cette décision de l’ITC. C’est la première fois que la Maison-Blanche agit ainsi depuis 1987. Cette décision emporte bien évidemment l’adhésion d’Apple, mais aussi d’autres sociétés telles que

Microsoft, Oracle et Intel, toutes des entreprises américaines (15). Samsung dénonce une grave erreur judiciaire. Le faible développement des arguments proposés par la Maison-Blanche a de quoi surprendre (16). La frontière entre politique concurrentielle et protectionnisme apparaît plus fine que jamais.

(English version) Activis, act 2

On August 14 (17), the FTC revealed it’s intention to apply the recent Activis case (see Antitrust Letter #1 for more details) to other kinds of agreements. This FTC opinion was communicated in an *amicus brief* submitted for *In re Effexor XR* Antitrust Litigation. In this case, two companies agreed not to compete each other with generic drugs. The Activis case only concerned agreements with financial compensation mechanism, and the FTC aims to change that in order to apply the ruling to other kind of agreements.

(French version) Activis, acte 2

Le 14 août 2013 (17), le FTC a fait état de sa volonté d’appliquer la décision Activis (commentée dans la Antitrust Letter #1) à d’autres types d’accords. L’avis du FTC a été communiqué dans un *amicus brief* soumis à l’occasion de l’affaire *In re Effexor XR* Antitrust Litigation. Dans cette affaire, deux sociétés se sont entendues à ne pas se faire concurrence *via* des médicaments génériques. Or, la décision Activis ne s’applique qu’aux accords prévoyant une compensation financière. Le FTC souhaite ainsi que l’analyse de cette décision puisse s’appliquer en l’absence même de compensation financière, les mêmes inquiétudes concurrentielles étant impliquées.

-
- (1) F. ROBINSON, *EU Clears US Airways, American Airlines Merger With Conditions*, Wall Street Journal, August 5, 2013: [link](#)
 - (2) J. GERSHMAN, *A Harder Line on Merger Enforcement*, Wall Street Journal, August 13, 2013: [link](#)
 - (3) T. SCHREPEL, *En Europe comme aux États-Unis, le temps n’est pas à la liberté des entreprises*, *Le Concurrentialiste* February 6, 2013 : [link](#)



- (4) J. MOUAWAD, U.S., Filing Suit, Moves to Block Airline Merger, New York Times, August 13, 2013: [link](#)
- (5) B. KENDAL, Antitrust Regulators Exploit Company Comments, Wall Street Journal, August 14, 2013: [link](#)
- (6) American Airlines And US Airways To Fight Justice Department Action, August 13, 2013: [link](#)
- (7) D. BENOIT, US Airways CEO on DOJ Suit: 'We Will Fight Them', Wall Street Journal, August 13, 2013: [link](#)
- (8) M. CURRIDEN, American Airlines has no Plan B, will take antitrust fight to court, Dallas News, August 20, 2013: [link](#)
- (9) B. CAREY, B. KENDALL, J. NICAS, U.S. Moves to Block US Airways-American Airlines Merger, Wall Street Journal, August 13, 2013: [link](#)
- (10) J. NICAS, S. CAREY, American-US Airways Merger: Fewer Seats and Higher Fares?, Wall Street Journal, August 12, 2013: [link](#)
- (11) B. KENDALL, Airline Merger Trial Will Begin in Fall, Wall Street Journal, August 30, 2013 : [link](#)
- (12) B. FUNG, Apple might still win this e-books fiasco, Washington Post, August 8, 2013 : [link](#)
- (13) G. SANDOVAL, Consumer watchdog says Apple did 'considerable harm' with ebook pricing, supports DOJ ruling, The Verge, August 9, 2013 : [link](#)
- (14) J. BOSMAN, Judge Wants Narrow Focus in Apple Price-Fixing Penalty, New York Times, August 27, 2013 : [link](#)
- (15) B. CHEN, Obama Administration Overturns Ban on Apple Products, New York Times, August 3, 2013 : [link](#)
- (16) R. EPSTEIN, The dangerous adventurism of the United States trade representative: lifting the ban against Apple products unnecessarily opens a can of worms in patent law, George Mason School of Law, Center for the Protection of Intellectual Property, August 2013 : [link](#)
- (17) FTC, FTC Submits Proposed *Amicus Brief* Concerning "No-Authorized-Generic" Commitments in Drug Companies Patent Settlements, August 16, 2013 : [link](#)

Antitrust Letter #4: septembre 2013

par Thibault Schrepel, doctorant au sein d'un cabinet d'avocats international et créateur du Concurrentialiste.

Table of contents / Sommaire

Automobile parts manufacturers
Pièces détachées automobiles : en voiture tout le monde
—
Patent trolls and innovation: and now, the FTC
Patent trolls et innovation : que la fête continue
—
FRAND: Microsoft wins against Motorola
FRAND : Microsoft s'impose face à Motorola
—
Somers v. Apple: no class action
Somers v. Apple : pas d'action de groupe
—
Nielson, Arbitron, and commissioner Wright
Nielson, Arbitron et le commissaire Wright
—
Bazaarvoice / PowerReviews: a review of reviewers
Bazaarvoice / PowerReviews : l'analyse d'analystes

(English version) Automobile parts manufacturers

One of the most important cartel cases of the last few years was settled in September. Nine Japanese automobile parts manufacturers agreed to plead guilty and pay \$740 million in an agreement that affected the US market. Two executives also recognized their faults (1), leading to prison sentences. Since 2011, the total fine amount has exceeded more than \$ 1.6 billion internationally (2). With a new indictment against a Panasonic Automotive Systems Corporation executive, the final number has not yet been reached (3).

The case includes more than a dozen cartels which influence the sale price of over 25 millions automobiles, including General Motors, Chrysler, Ford, Honda, Mazda, Mitsubishi, Nissan, Subaru and Toyota.



There are a wide range of qualifiers to describe this case. Professor Waller Spencer, director of the Institute for Consumer Antitrust Studies at Loyola University School of Law in Chicago, speaks about "one of the longest-running international cartels that has come to light" (4). Attorney General Eric Holder refers to it as one of the biggest criminal investigations in antitrust law (5).

(French version) Pièces détachées automobiles : en voiture tout le monde

Le mois de septembre a été l'occasion de solder (presque) l'une des plus importantes ententes de ces dernières années. Neuf fournisseurs japonais de pièces détachées automobiles ont accepté de plaider coupables et payer 740 millions de dollars d'amende pour s'être entendus sur le prix de vente sur le sol américain. Deux dirigeants d'entreprises ont également reconnu leur faute (1). Des peines de prison ont été ordonnées. Au plan international, le montant des amendes s'élève à plus de 1.6 milliard de dollars depuis 2011 (2). Notons que la récente mise en examen d'un des dirigeants de Panasonic pourrait bien faire augmenter ce chiffre d'ores et déjà pharaonique (3).

L'affaire concerne plus d'une douzaine d'ententes qui ont affecté le prix de vente de plus de 25 millions d'automobiles, dont celles de General Motors, Chrysler, Ford, Honda, Mazda, Mitsubishi, Nissan, Subaru et Toyota.

Les qualificatifs ne manquent pas pour décrire cette affaire. Professor Waller Spencer, directeur de l'Institute for Consumer Antitrust Studies à Loyola University School of Law in Chicago, parle d'une des plus importantes ententes que l'on ait connues sur une telle période (4). Eric Holder, avocat général, évoque quant à lui la plus grande investigation criminelle en droit de la concurrence (5).

(English version) Patent trolls and innovation: and now, the FTC

On September 27 the FTC expressed its wish to fight against patent trolls, due to a rising tide of patent litigation (6). Therefore, the FTC will soon ask for financial information from 25 companies regularly buying and selling patents. Additionally, 15 companies

in the field of intellectual property creation will also be closely monitored. These 40 companies represent more than 60% of all patent-related lawsuits. The goal of this operation is an increased understanding of all financial interests in patent trolls activities.

The FTC unanimously approved this operation. In 2012, the FTC estimated the number of patent-related lawsuits to be around 4,000. There were 29% less cases in 2010 (7).

On September 12, FTC commissioner Joshua D. Wright gave a very interesting speech on a related topic at the George Mason University School of Law. He pointed out problems caused by SSO (standard setting organizations) and FRAND agreements (Fair, Reasonable and Non Discriminatory), concluding that "there is little reason to bring to bear the blunt weaponry of antitrust rules and remedies to micromanage the competitive process in the name of improving SSO contracts." (8).

(French version) Patent trolls et innovation : que la fête continue

Le 27 septembre dernier, le FTC a fait part de sa volonté de lutter contre les *patent trolls*, en raison notamment d'une augmentation du nombre de procès sur des questions liées (6). Le FTC va ainsi exiger des informations financières de 25 sociétés qui achètent et vendent régulièrement des brevets. 15 autres, opérant dans le domaine de la création d'oeuvres de propriété intellectuelle, seront également surveillés de près. L'échantillon d'entreprises sélectionné représente à lui seul plus de 60% des litiges relatifs à des questions de brevet. L'objectif affiché est de comprendre plus en profondeur quels sont les avantages financiers qu'ont les opérateurs à réaliser ces trolls.

Cette opération a été unanimement approuvée par les membres du FTC. Il faut dire que le nombre de litiges relatifs à ces questions augmente jour après jour. En 2012, on estime à 4000 le nombre de procès relatif à des brevets. En 2010, le chiffre était 29% moins élevé. (7).

Enfin, le 12 septembre dernier, Joshua D. Wright, commissaire au FTC, a donné un discours très intéressant sur une question relative. Son intervention à la George Mason University School of Law relate en effet des problèmes induits par les organismes de



normalisation (dits SSO, "standard setting organizations") ainsi que les accords FRAND (Fair, Reasonable and Non Discriminatory), concluant qu'il y a peu de raisons valables de mettre à profit certaines règles du droit de la concurrence dans le but d'améliorer les contrats SSO (8).

(English version) FRAND: Microsoft wins against Motorola

On September 4, Microsoft won a new battle against Google. Microsoft introduced a lawsuit based on Motorola's (owned by Google) disrespect of FRAND commitments (9). Microsoft complained that Motorola raised patent-use royalties. Motorola highlighted the fact that it's FRAND commitments were subject to modification. The total amount of the fine is \$14 million (10).

(French version) FRAND : Microsoft s'impose face à Motorola

Le 4 septembre, Microsoft a gagné une nouvelle bataille contre Google. Microsoft avait introduit une action sur le fondement d'un non respect par Motorola (société détenue par Google) de ses engagements FRAND (9). Microsoft reprochait en effet à Motorola d'avoir augmenté les royalties relatifs à l'utilisation de certains brevets. Motorola se défendait en insistant sur le caractère modifiable de l'accord FRAND, une argumentation qui n'a pas convaincu. Le montant total de la sanction s'élève à 14 millions de dollars (10).

(English version) Somers v. Apple: no class action

On September 3, 9th district judges in San Francisco rejected a class action lawsuit against Apple on the grounds that the plaintiff failed to demonstrate any effect on prices. Indeed, Apple Music Store's pricing has long been consistent (11). "The fact that Apple continuously charged the same price for its music irrespective of the absence or presence of a competitor renders implausible Somers' conclusory assertion that Apple's software updates affected music prices" (12).

(French version) Somers v. Apple : pas d'action de groupe

Le 3 septembre dernier, les juges du 9ème Circuit (San Francisco) ont rejeté une action de groupe introduite contre Apple au motif que la demande faisait fi de preuves relatives à augmentation des prix de vente. Les juges ont en effet mis l'accent sur le prix constant pratiqué par Apple sur son Music Store. (11). "Le fait qu'Apple ait continuellement chargé le même prix pour la vente de musique, en dépit de l'absence ou présence d'un concurrence, rend à lui irrecevable la demande formulée par Somers" (12).

(English version) Nielson, Arbitron, and commissioner Wright

On September 20 the FTC agreed to the acquisition of Arbitron by Nielsen, condition to several remedies (13). Commissioner Joshua D. Wright published a very important opinion of dissent (14). Expressing disfavor of remedies, Wright pointed out the impossibility of predicting the future state of competition due to very fast technologic innovations.

More broadly, he denounced the technocratic vision of antitrust, which leads to decisions based on an unpredictable future that is disconnected from the business sphere. Finally, he criticized FTC practice in terms of remedies, which are often introduced as a way to improve total welfare and not simply competition. According to Wright, FTC powers are too broad. It should be noted that European Commission powers are nearly identical...

(French version) Nielson, Arbitron et le commissaire Wright

Le 20 septembre, le FTC a consenti à l'acquisition de la société Arbitron par Nielsen en imposant le respect de plusieurs engagements (13). Le commissaire Joshua D. Wright a publié un avis dissident qui aura suscité bien des commentaires (14). Opposé à l'imposition d'engagements, Joshua D. Wright soulève l'absence de concurrence entre les deux sociétés. Plus précisément, il soulève la rapide évolution technologique des marchés concernés ce qui a pour effet de faire obstacle à une prédiction de l'état de la concurrence dans les années à venir.



De façon plus globale, ses propos mettent le doigt sur un important problème relatif aux autorités de concurrence, à savoir une vision trop technocratique de la vie des affaires qui conduit à des prises de décision sur des théories visant à anticiper un futur en réalité difficile à prédire. Enfin, Joshua D. Wright dénonce l'imposition d'engagements comme devenant un mécanisme permettant d'ajuster le bien être total plutôt qu'un moyen véritable de palier à des inquiétudes concurrentielles. De façon plus subtile, ces quelques lignes évoquent la problématique des énormes pouvoirs donnés au FTC. Le parallèle avec la Commission européenne peut être facilement dressé.

(English version) Bazaarvoice / PowerReviews: a review of reviewers

Bazaarvoice and PowerReviews are two of the biggest online rating companies. On June 12, 2012, Bazaarvoice bought PowerReviews for \$168 million. On June 14, 2012, the DOJ launched an investigation. The DOJ is now denouncing a violation of Section 7 of the Clayton Act **(15)**, due to the fact that Bazaarvoice did not notify the operation **(16)**.

Some analysts already evokes the growing inability of antitrust authorities to catch up with merger operations, which are constantly becoming faster and more technical. Anyhow, the result of this particular procedure will be rapidly known **(17)**.

(French version) Bazaarvoice / PowerReviews : l'analyse d'analystes

Bazaarvoice et PowerReviews sont deux des plus grandes compagnies de notations en ligne (à l'image de Yelp). Le 12 juin 2012, Bazaarvoice a acheté PowerReviews pour la somme de 168 millions de dollars. Le 14 juin de la même année, le DOJ a lancé des investigations. Le DOJ dénonce à présent une violation de la section 7 du Clayton Act, l'opération de concentration n'ayant jamais été notifié aux autorités.

Plusieurs analystes se sont empressés d'évoquer l'incapacité des autorités de concurrence à pouvoir suivre le rythme des nombreuses opérations de concentration, de plus en plus nombreuses, et de plus en plus complexes. Quoi qu'il ne soit, ce qu'il adviendra de cette opération devrait rapidement être connu.

-
- **(1)** DOJ, september 26, 2013 : [link](#)
 - **(2)** DOJ, S. HAMMOND, september 26, 2013 : [link](#)
 - **(3)** DOJ, september 24, 2013 : [link](#)
 - **(4)** J. TROP, Companies Admit They Fixed Prices of Car Parts, september 26, 2013, New York Times : [link](#)
 - **(5)** DOJ, E. HOLDER, september 26, 2013 : [link](#)
 - **(6)** FTC, FTC Seeks to Examine Patent Assertion Entities and Their Impact on Innovation, Competition, september 27, 2013 : [link](#)
 - **(7)** E. WYATT, F.T.C. Votes for Inquiry Into Patent Businesses, september 27, 2013, New York Times : [link](#)
 - **(8)** J. WRIGHT, SSOs, FRAND, and Antitrust:Lessons from the Economics of Incomplete Contracts, september 12, 2013 : [link](#)
 - **(9)** REUTERS, Microsoft Wins Jury Ruling in Motorola Patent Case, september 4, 2013, New York Times : [link](#)
 - **(10)** Stacie Somers v. Apple, 11-16896, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit : [link](#)
 - **(11)** H. ULLMAN, If Your Allegations Don't Establish a Price Effect, You May Lack Antitrust Standing, september 9, 2013, My Distribution Law : [link](#)
 - **(12)** Stacie Somers v. Apple, 11-16896, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit
 - **(13)** FTC Puts Conditions on Nielsen's Proposed \$1.26 billion Acquisition of Arbitron, september 20, 2013 : [link](#)
 - **(14)** G. MANNE, Commissioner Wright takes the FTC to task for its dangerous technocratic mindset in his Nielsen merger dissent, september 20, 2013, Truth on the Market : [link](#)
 - **(15)** J. LOVE, Formet Bazaarvoice CEO Takes Stand To Explain Damning Email, september 24, 2013, Law.com : [link](#)
 - **(16)** DOJ, United States of America v. Bazaarvoice, Inc. : [link](#)
 - **(17)** B. KENDALL, Government Opens Case Monday to Unwind Tech Merger, september 22, 2013, Wall Street Journal : [link](#)



L'entreprise face au risque concurrentiel : analyse des principaux dangers liés aux pratiques anticoncurrentielles

par Morgan Carbonnel, doctorant en droit de la concurrence et créateur du Concurrentialiste.

1. Propos liminaires - Si le risque est omniprésent dans nos sociétés, on se rend compte qu'il recouvre des réalités différentes selon qu'il est étudié du point de vue scientifique, philosophique, politique, économique ou encore juridique. En effet, la première difficulté que l'on rencontre est la définition du risque. Comme le rappelait Alain Polach, entre le "danger plus ou moins probable auquel on est exposé" du Larousse et le "hasard d'encourir un mal, avec l'espérance, si nous en échappons, d'obtenir un bien" de Condillac, l'écart est grand (1). Le concept de risque juridique fait lui référence à la notion de risque et de gestion des risques liés à l'application des normes juridiques. C'est pourquoi cette étude se concentrera sur la manière dont les acteurs économiques s'emploient à gérer les risques liés au droit des pratiques anticoncurrentielles. Il convient donc pour l'entreprise d'évaluer le risque concurrentiel afin d'établir une stratégie. Les méthodes sont variées, mais elles supposent dans un premier temps d'avoir conscience de celui-ci et d'en délimiter les contours. Le risque concurrentiel s'entend comme le risque attaché à la violation des règles de droit de la concurrence. De manière plus précise, nous verrons que ce risque se caractérise à travers le poids toujours plus important du *public Enforcement* (I), par l'émergence du *private Enforcement* en Europe (II), sans oublier d'autres risques non négligeables (III).

I – UN RISQUE GRANDISSANT : LE PUBLIC ENFORCEMENT

2. Un double risque – Si la tendance des autorités de concurrence à prononcer des amendes toujours plus importantes est souvent mise en lumière pour illustrer le risque concurrentiel, il convient de ne pas occulter le renforcement des mesures de détection et d'enquêtes de ces dernières. Le risque pesant sur les entreprises contrevenant au droit de la concurrence en matière de public enforcement doit alors être apprécié dans sa double dimension.

3. Le regain d'efficacité des mesures de détection et d'enquête des autorités

– Le regain d'efficacité des politiques d'enquête des autorités de concurrence trouve sa source dans la réorganisation fonctionnelle de ces dernières. Initiée par la Commission européenne dès 2003, cette évolution a notamment conduit la DG concurrence à abandonner une organisation centrée sur les différents types d'infractions (abus de position dominante, cartels...) et à mettre en place des directions responsables de secteur précis (Transports, Télécommunication, Énergie et environnement...). Par ailleurs, cette nouvelle organisation s'est manifestée par la nomination d'un *Chief Competition Economist* (2), dont la fonction sera occupée à partir du 1er octobre 2013 par le Professeur Massimo Motta (3). En France, la réorganisation est arrivée par la loi LME du 4 août 2008 qui a substitué l'Autorité de la concurrence au Conseil de la concurrence à partir de mars 2009. Cette modernisation, saluée dans son ensemble (4), a notamment permis de faire disparaître les difficultés nées de la coexistence entre la DGCCRF et le Conseil de la concurrence. Outre cette réforme structurelle, l'introduction de nouveaux instruments d'enquête à disposition des autorités de concurrence a renforcé le risque de détection pour les entreprises contrevenant aux droits de la concurrence. Ainsi, le règlement n° 1/2003 permet à la Commission de mener des inspections dans les locaux commerciaux et privés (5), d'apposer des scellés (6) ou encore de mener un interrogatoire au cours de l'opération d'inspection (7).

4. À ce titre, un arrêt du Tribunal de l'Union européenne rendu le 6 septembre 2013 (8) illustre parfaitement la montée en puissance des pouvoirs d'inspections conférés aux autorités de concurrence et donc du risque pour les entreprises. En effet, à l'occasion de cet arrêt, le Tribunal confirme la légalité des pouvoirs d'inspection de la Commission et leur conformité aux libertés fondamentales même en l'absence d'autorisation judiciaire préalable et valide ainsi la pratique des inspections incidentes (9). Enfin, si l'on ajoute à ce qui précède les outils de détection des pratiques anticoncurrentielles, à l'image notamment des procédures de clémence, le regain d'efficacité des mesures de détection et d'enquêtes des autorités de concurrence ne souffre d'aucune contestation. Pour l'entreprise violant les règles antitrust, le risque d'être détectée est d'autant plus préoccupant que la tendance est à l'alourdissement considérable des sanctions.



5. Des sanctions toujours plus sévères –

Les amendes prononcées par les autorités de concurrence ces dernières années battent tous les records. Pour s'en persuader, il suffit d'observer les statistiques. Ainsi, au niveau européen, le montant total des amendes prononcées entre 1995 et 1999 était de 297 millions d'euros (10). À partir des années 2000, la lutte contre les cartels devient une priorité pour la Commission européenne et c'est à cette période que le montant des amendes va croître de manière exponentielle. En effet, le montant total des amendes prononcées entre 2000 et 2004 passe alors à 3,7 milliards d'euros (11), puis atteint 9,44 milliards d'euros entre 2005 et 2009, un record. Pour les seuls cartels, le montant des amendes entre 2010 et 2013 atteint lui 7,04 milliards d'euros. En France, la tendance est identique. Si l'année 2005 reste celle de tous les records, avec un montant total de sanction prononcé par le Conseil de la concurrence de 754,4 millions d'euros, l'année 2008 s'en rapproche avec un total de 631,1 millions d'euros (12). En 2012, alors que le nombre de décisions était inférieur à celui de 2008 (13) ce chiffre s'élevait tout de même à 540,5 millions d'euros. Plus inquiétant encore pour les entreprises, cette courbe ne semble pas prête de s'infléchir.

6. Des sanctions encore plus importantes ? –

Prenant appui sur la théorie portée par l'économiste Gary Becker, de nombreuses études estiment que les sanctions actuelles ne sont pas optimales (14) et nous incitent donc à penser que celles-ci seront encore amenées à augmenter dans les années à venir. De plus, le sous-développement actuel du *private enforcement* en Europe incite les autorités à maintenir un niveau d'amende élevé. Enfin, le risque semble limité par le jeu des plafonds d'amende. Toutefois, si l'article 23 du règlement n° 1/2003 et l'article L. 464-2 du Code de commerce précisent que, pour chaque entreprise, le montant de l'amende ne peut dépasser 10% de son chiffre d'affaires mondial, cette protection demeure relative. En effet, la jurisprudence a montré que les autorités s'autorisaient à "déplafonner" le montant des amendes en les fixant non pas sur le chiffre d'affaires de l'entreprise, mais sur le chiffre d'affaires consolidé du groupe (15).

II – L'ÉMERGENCE D'UN RISQUE POTENTIELLEMENT CONSIDÉRABLE : LE PRIVATE ENFORCEMENT

7. Les dernières évolutions en droit européen –

Les articles 101 et 102 du TFUE, par leur effet direct, permettent aux particuliers de faire respecter leurs droits devant les juridictions nationales, il s'agit du *private enforcement* (16). Largement développé outre-Atlantique, le *private enforcement* est longtemps resté étranger au droit européen. Cependant, depuis une dizaine d'années, le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles a pris une place importante dans les débats doctrinaux (17). Cette tendance a pris un tour institutionnel depuis le 11 juin 2013, date à laquelle la Commission européenne a dévoilé une Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (18).

8. La proposition de directive vise à optimiser l'application du droit de la concurrence mis en oeuvre par les particuliers, en d'autres termes, de faciliter l'introduction d'actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, il est établi que la plupart des victimes d'abus de position ou d'entente ne sont actuellement pas en mesure d'exercer de manière effective ce droit à réparation. Afin d'atteindre cet objectif, la Commission recommande notamment aux États membres de se doter de mécanismes de recours collectif pour garantir aux particuliers un accès effectif à la justice. Cette recommandation s'accompagne de principes européens communs que chaque système national devrait respecter. Les États membres sont notamment invités à recourir au principe du consentement exprès ("*opt-in*"), selon lequel les parties demanderessees ne sont constituées que des personnes lésées ayant expressément consenti à participer à l'action collective. En outre, est également préconisée la mise en place de "solides garanties procédurales", afin d'éviter un usage abusif des recours collectifs, en interdisant par exemple la mise en place d'honoraires de résultats.

9. Vers la mise en place d'une "class action" à la française –

Souvent promise, jamais adoptée, la "class action" à la française nourrit le débat juridique depuis plusieurs années déjà et a bien souvent été comparée au mythe de Sisyphe (19).

Si l'introduction de l'action de groupe dans notre système juridique est évoquée depuis près de vingt ans, elle n'a jamais dépassé le stade du simple projet de loi. Mais cela est en passe de changer. En effet, le projet de loi Hamon du 25 mars 2013, modifiant de nombreuses dispositions en matière de consommation, comporte un premier chapitre relatif à l'action de groupe. Ce projet de loi vient d'ailleurs d'être adopté en première lecture par le Sénat le 13 septembre 2013 (20). À ce titre, le Président de l'Autorité de la concurrence, Bruno Lasserre avait été auditionné par la Commission des affaires économiques du Sénat le 3 juillet 2013 et avait réaffirmé l'importance d'un tel mécanisme tout en pointant certaines insuffisances du dispositif proposé (21).

10. L'avènement d'une action de groupe en droit français semble désormais inéluctable (22) et constitue un risque majeur pour les entreprises. En se référant à la pratique américaine, on constate que les amendes infligées peuvent atteindre des montants considérables et constituer un réel danger pour l'entreprise. Si le législateur français devrait prendre soin d'éviter certains écueils mis en évidence par la pratique américaine, en adoptant notamment un système d' "opt-in", il n'en demeure pas moins que les risques de sanctions liés au *private enforcement* deviendront un enjeu majeur qui ne pourront plus être ignorés des entreprises.

III – D'AUTRES RISQUES NON NÉGLIGEABLES

11. **Le risque pénal des dirigeants** – L'article L. 420-6 du Code de commerce sanctionne de 4 ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende les personnes ayant pris "frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre d'une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché". À titre d'exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a infligé des peines de 6 à 18 mois d'emprisonnement avec sursis et des amendes de 10 000 à 40 000€ pour les membres d'une entente dans le secteur des travaux publics en Seine-Maritime (23). Cependant les sanctions pénales sont relativement peu appliquées en France (24). Seulement une dizaine de condamnations ayant été prononcées depuis 1986. Toutefois, il convient de ne pas sous-estimer le risque pénal. En effet, pour les pratiques à dimension mondiale ou affectant le commerce outre-Manche, il existe un risque d'extradition à des destinations États-Unis. Ainsi, lors de l'affaire "Norris" (25), les États-Unis ont obtenu l'extradition de l'ancien PDG de

la société Morgan Crucible poursuivi aux États-Unis pour son implication dans une entente d'envergure mondiale.

12. Le risque pénal apparaît alors bien réel, d'autant que la révision du *Sherman Act* en 2004 a fait passer les peines d'emprisonnements de 3 à 10 ans et les amendes de \$250 000 à \$1 000 000. Pour rappel, lors de la seule année 2008, l'Antitrust Division a engagé des poursuites pénales contre 59 personnes physiques et 25 compagnies.

13. **Le risque lié à l'image de l'entreprise** – Si les conséquences d'une sanction de la part des autorités de concurrence sur l'image de la société ne sont pas quantifiables, elles n'en demeurent pas moins réelles. Ainsi, la mauvaise image suscitée par la publication d'une condamnation peut avoir un effet néfaste sur ses volumes de ventes. Toutefois, il serait réducteur d'en limiter l'influence au seul aspect commercial, l'image de l'entreprise supposant une approche globale affectant toutes les structures de l'entreprise.

-
- (1) POLACH (A.), Risque et gestion des risques : Notions, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2008, dossier 2
 - (2) MONTI (M.), Avant propos, in XXXIIIe Rapport sur la politique de concurrence pour 2003, sp. p. 5
 - (3) Il succède ainsi au Professeur Kai-Uwe Kuhn nommé à ce poste en 2011
 - (4) CHAGNY (M.), Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? : JCP G 2008, I, 196 ; FOURGOUX (J.-L.), L'loi du 4 août 2008, une révolution prometteuse mais ténébreuse : Gaz. Pal. 14-16 sept. 2008, p. 2 ; VILMART (C.) et LEGUIN (E.), La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence : JCP E 2008, 1997 ; DEBROUX (M.), La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories, CCC 2008, alerte 45 ; plus récemment, IDOT (L.), L'année 2011 en droit de la concurrence : Propos introductifs, CCC n° 6, Juin 2012, dossier n° 2
 - (5) Article 18-3, du règlement n° 1/2003
 - (6) Article 20-2 (d), du règlement n° 1/2003
 - (7) Article 20-2 (e), du règlement n° 1/2003
 - (8) Tribunal de l'Union Européenne, 4ème chambre, 6 septembre 2013, affaires jointes T 289/11, T 290/11 et T 521/11
 - (9) RONZANO (A.), Lettre d'information du CREDA, 6 septembre 2013



- (10) CHEYNEL (B.), Public enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel grandissant, RLC, 2010, n° 22
- (11) Pour les données statistiques de la Commission européenne, v. Annexes 1 et 2
- (12) L'amende infligée en 2008 à un cartel de onze entreprises de la sidérurgie d'un montant de 575,4 millions constitue à ce jour un record. Cette amende a été par la suite réduite à 73 millions d'euros par la Cour d'appel de Paris
- (13) En 2008, le Conseil de la concurrence avait prononcé 17 décisions de sanction pécuniaire contre seulement 13 en 2012 pour l'Autorité de la concurrence
- (14) V. notamment : COMBE (E.) et MONNIER (C.), Cartels : The Probability of Getting Caught in the European Union, BEER paper n° 12, mars 2008
- (15) CHEYNEL (B.), Public enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel grandissant, préc.
- (16) En effet, depuis l'arrêt de la CJUE du 20 septembre 2001, aff. C-453-99, la Cour de justice juge qu'en vertu du droit de l'Union, toute personne peut demander réparation de son préjudice
- (17) KOMNINOS (A. P.), Private enforcement : An overview of EU and national case law, 22 mars 2012, e-Competitions, n° 44442 ; PIETRINI (S.) L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles, th.Bruylant, 2012 ; ou encore DUMARÇAY (M.), La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles, Litec, 2010
- (18) Communiqué de presse de la Commission européenne du 11 juin 2013 : lien
- (19) DU CHASTEL (A.), L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? JCP G n° 36, 3 septembre 2012, 926
- (20) Projet de loi modifié par le Sénat le 13 septembre 2013 : lien
- (21) Compte rendu de la Commission des affaires économiques du Sénat, du 3 juillet 2013 disponible à cette adresse: lien
- (22) SÉLINSKY (V.), L'action de groupe pour obtenir indemnisation des pratiques anticoncurrentielles bientôt adoptée en France, RLC 2013, 35
- (23) Cass. com., 15 janv. 2008, n° 07-11.677, v. également Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 02-82.676 pour un autre exemple de sanction pénale
- (24) Pour une proposition de modification de la législation v. BLAISE (J.-B.), La sanction pénale, JCP E n° 12, 21 mars 2013, 1170
- (25) Aff., Chambre des Lords – Norris v Government of United States of America (2010), UKSC 9, 24 février 2010

Etude sur les programmes de conformité

par Morgan Carbonnel, doctorant en droit de la concurrence et créateur du Concurrentialiste.

1. Nul n'est censé ignorer la compliance ? (1)

L'interrogation semble légitime tant la compliance occupe une place importante dans le débat juridique en Europe depuis la dernière décennie (2). Cette pratique d'origine américaine, souvent traduite par "conformité", a fait l'objet d'une attention toute particulière de la part de l'Autorité de la concurrence qui en a donné une définition. Ainsi, les programmes de conformité sont considérés comme des outils de prévention et de réduction des risques, qui "permettent aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter d'enfreindre les normes juridiques qui s'appliquent à eux, notamment en matière de concurrence" (3). Au cours de cette étude, nous reviendrons sur l'essor des programmes de conformité (PREMIÈRE PARTIE) avant d'élaborer un guide pratique de leur mise en oeuvre à destination des entreprises. À travers ce guide, nous questionnerons notamment la pertinence des "compliance programs" à la lumière des risques qui en découlent (SECONDE PARTIE).

PREMIÈRE PARTIE - L'ESSOR DES PROGRAMMES DE MISE EN CONFORMITÉ AU DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE

Afin de comprendre le processus de développement des programmes de mise en conformité au droit français de la concurrence, nous évoquerons les différentes étapes qui ont jalonné son avènement (I) avant de s'intéresser au document-cadre publié par l'Autorité de la concurrence le 10 février 2012 (II).

I – L'origine des "compliance programs"

2. La naissance des "compliance programs" aux États-Unis. Les programmes de conformité tels que nous les connaissons actuellement trouvent leurs origines dans la pratique des "compliance programs" nées aux États-Unis au cours du XX^{ème} siècle (4). Si cette pratique a d'abord trouvé un écho particulier en droit des sociétés puis en droit boursier (5), elle a pris son véritable envol avec le droit antitrust (6). En effet, le caractère pénal du droit antitrust ainsi que l'importance des sanctions prononcées ont contribué à l'attractivité de ces pratiques outre-Atlantique.



3. L'arrivée progressive des programmes de conformité en Europe. L'introduction des programmes de conformité en Europe est le fruit de l'internationalisation des relations commerciales. C'est en s'exportant sur le Vieux Continent que les grandes entreprises américaines ont fait connaître ce procédé aux acteurs européens. L'intérêt pour les programmes de mise en conformité s'est progressivement accentué avec le renforcement des législations européennes de concurrence (7).

4. Plus récemment, la Commission européenne a publié un document nommé "*compliance matter – What companies can do better to respect EU competition rules*" (8) dans lequel elle incite les acteurs à recourir aux programmes de conformité. Toutefois, à l'instar de la pratique française, la Commission se montre réticente à l'idée d'un modèle unique et privilégie la réalisation d'un programme singulier adapté à la situation de l'entreprise (9).

5. De la loi NRE du 15 mai 2001 à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence en 2011 : dix ans d'évolution en droit français.

L'élaboration de l'approche actuelle de l'Autorité de la concurrence en matière de conformité s'est réalisée en plusieurs étapes. La première pierre a été posée par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques (10). En effet, cette dernière a introduit l'article L. 464-2, III du Code de commerce relatif à la non-contestation des griefs, qui dispose notamment que "lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction". Par cet article, la modification du comportement d'une entreprise pour l'avenir permet d'obtenir une réduction d'amende. Les bases nécessaires au développement d'une "culture de la conformité" (11) venaient d'être posées. Par la suite, la pratique décisionnelle du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence confirmeront cette tendance. Enfin, le 16 mai 2011, dans le cadre d'un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, l'Autorité de la concurrence annonce la publication d'un document-cadre portant sur les programmes de conformité. S'en suit alors une importante phase de consultation publique, qui débouchera sur la publication du document-cadre le 10 février 2012.

II – Le document-cadre de l'Autorité de la concurrence du 10/02/2012

6. Un texte peut en cacher un autre. Le 10 février 2012, ce n'est pas un, mais bien deux textes qui ont été publiés par l'Autorité de la concurrence. Si nous nous intéressons exclusivement au document-cadre sur la conformité, la publication conjointe du "Communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs" est la preuve de l'intérêt croissant que portent les autorités de concurrence aux outils de *soft law*.

7. Objectifs annoncés : "Prévenir, déceler, traiter". L'analyse du document-cadre révèle le degré d'exigence de conformité aux règles de la concurrence attendu par l'Autorité. Ainsi, ce document s'apparente à un véritable "recueil de bonnes pratiques" (12). Si l'article L. 461-1 du Code de commerce charge l'Autorité de la concurrence de veiller au bon fonctionnement concurrentiel de l'économie, c'est en instaurant une culture de la concurrence qu'elle cherche à y parvenir. Ainsi, l'Autorité souhaite que les entreprises s'inscrivent dans une démarche volontariste de respect des règles de concurrence, en amont de tout contentieux. L'efficacité des programmes de conformité dépend alors de la réalisation d'un double objectif "prévenir les risques d'infractions, d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pas pu être évités, d'autre part" (13).

8. Un contenu plus directif qu'incitatif (14). Le document-cadre s'articule autour de cinq piliers pour construire un programme de conformité efficace. Le premier d'entre eux porte sur l'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des dirigeants et mandataires sociaux de l'entreprise, répondant ainsi à l'essor d'une culture de la concurrence. Le second consiste pour les entreprises à s'engager à désigner un "*compliance officer*". Ce dernier, désigné par les organes de direction, doit notamment disposer des pouvoirs nécessaires afin d'assurer la mise en oeuvre du programme de conformité. L'entreprise doit également s'engager à mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation. Pour répondre au quatrième pilier, les entreprises doivent mettre en oeuvre des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte.



9. À titre d'exemple, des dispositifs doivent permettre à un salarié d'alerter les personnes responsables sur le fait qu'il ait connaissance d'une infraction tout en lui assurant une protection contre d'éventuelles représailles. Enfin, l'entreprise doit prendre l'engagement d'instaurer un dispositif effectif de suivi comprenant notamment une procédure d'examen des alertes.

10. La singularité du programme de conformité comme condition de son efficacité. Si l'on compare attentivement le projet et la version définitive du document-cadre du 10 février 2012, on remarque que l'Autorité de la concurrence a apporté une importante précision : "Il n'existe pas de programme de conformité type" (15). Ainsi, la mise en oeuvre d'un programme de conformité doit résulter d'une analyse concrète des risques propres à l'entreprise. Il doit notamment prendre en compte la taille de celle-ci, la nature de ses activités ou encore son mode de gouvernance (16).

SECONDE PARTIE – MISE EN OEUVRE ET PERTINENCE DES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ

Cette partie élabore un guide pratique de la mise en oeuvre des programmes de conformité (I), avant de s'intéresser à leur pertinence en comparant les avantages dont peut bénéficier l'entreprise aux risques qui en découlent (II).

I – Guide pratique de la mise en oeuvre d'un programme de conformité

A – L'évaluation préalable du risque concurrentiel de l'entreprise

1. La phase d'audit : pierre angulaire du programme de conformité. La mise en place d'un programme de conformité a pour but de déceler les pratiques susceptibles de contrevenir au droit des pratiques anticoncurrentielles. En matière de traque aux infractions, ce sont les autorités de concurrence – françaises et européennes – qui bénéficient de la plus grande expertise (17). Dès lors, il paraît tout à fait opportun de s'inspirer des enquêtes qu'elles mènent afin de réaliser un diagnostic précis de l'exposition de l'entreprise au risque concurrentiel. L'analyse peut alors s'effectuer en trois temps (18). Premièrement,

il s'agit d'obtenir une compréhension globale de l'environnement concurrentiel dans lequel évolue l'entreprise. En d'autres termes, il faut analyser le marché. Cela passe non seulement par l'identification des concurrents, mais également par l'étude des positions de chacun sur le marché en question. Dans un second temps, l'analyse passe par le contrôle des supports internes à l'entreprise. Il s'agit ici de contrôler les ordinateurs, les serveurs ou encore les carnets et agendas des "personnes à risque" (19) afin de détecter d'éventuelles pratiques dangereuses, voire même des infractions. Enfin, le troisième et dernier temps de l'analyse consiste à interviewer le personnel de l'entreprise et plus particulièrement les personnes en contact avec le marché. De tels entretiens permettent d'identifier les risques et de cibler les personnes directement concernées. In fine, cela facilite la mise en place des mesures de conformité.

2. Analyse des risques "concurrence". L'audit terminé, s'ouvre alors une phase d'analyse concrète des risques concurrentiels de l'entreprise. Le résultat de l'audit doit permettre de qualifier les pratiques observées. À ce stade, il est possible d'identifier l'existence d'entente, d'abus de position dominante ou de pratiques qui pourraient être ainsi qualifiées. Il convient alors d'établir la probabilité pour l'entreprise de se voir condamner à des amendes.

B – Stratégie et mise en place des programmes de conformité

3. Le choix dans la mise en oeuvre du programme de conformité. Lorsqu'elle souhaite mettre en place un programme de conformité, l'entreprise bénéficie d'un choix. Elle peut soit, adopter à la lettre tous les éléments fixés dans le document-cadre de l'Autorité de la concurrence, soit opter pour une approche plus stratégique en ne sélectionnant que certains éléments. Dans le premier cas, l'entreprise sera guidée par l'espoir d'obtenir une réduction de sanction pouvant aller jusqu'à 10%, tel qu'indiqué dans le document-cadre. Toutefois, cette réduction dépend de l'Autorité et demeure incertaine. En outre, la mise en place de tous les éléments prévus par le document-cadre s'avère contraignante et comporte un coût non négligeable. C'est finalement la seconde option qui va retenir notre attention. En effet, la mise en oeuvre "sur mesure" (20) et stratégique des composants du programme de conformité comporte de nombreux



avantages. Si elle conduit inévitablement à renoncer à une éventuelle réduction de sanction, elle permet néanmoins de remédier aux pratiques à risques. En outre, elle assure un équilibre indispensable entre la prise en compte des risques liés au droit de la concurrence et le maintien d'un certain dynamisme commercial.

4. La sélection des composants du programme de conformité.

Le choix d'un programme de conformité "sur mesure" s'avère être le plus efficace. Dès lors, nous allons voir quels sont les éléments dont la sélection s'avère primordiale. Parmi les cinq composants prévus dans le document-cadre, deux retiendront notre attention. En premier lieu, il s'agit de l'engagement des dirigeants de la société. La prise de position ferme et publique des dirigeants en faveur du programme de conformité est une condition nécessaire à la réussite du programme. Reste toutefois à délimiter la notion de dirigeant. Là encore, un choix stratégique doit s'opérer. Il pourrait, par exemple, sembler opportun d'impliquer les dirigeants d'une société mère afin d'imprimer un caractère solennel au programme de conformité. Cependant, un tel choix peut s'avérer dangereux puisqu'il serait de nature à conduire l'Autorité de la concurrence à étendre son enquête à l'ensemble du groupe. Le second composant sur lequel nous mettons l'accent concerne la désignation d'un Compliance Officer, qui est rendu obligatoire par le document-cadre. Ce Compliance Officer est chargé de la coordination du programme de conformité. Il doit notamment effectuer des évaluations régulières afin de mesurer l'efficacité des mesures mises en oeuvre et doit posséder de solides connaissances en matière de droit de la concurrence. L'important essor des programmes de conformité a conduit certains auteurs à s'interroger sur la pertinence de ces programmes, d'autant plus que leur mise en place peut s'avérer dangereuse pour l'entreprise.

Section 2 – Pertinence des programmes de conformité

5. Les intérêts du programme de conformité pour l'entreprise.

Les intérêts pour l'entreprise sont multiples et il apparaît nécessaire d'encadrer le risque concurrentiel par la mise en place de tels programmes. Tout d'abord, la mise en oeuvre d'un programme de conformité permet de prévenir les risques d'infractions en instaurant une véritable "culture de la concurrence" chère au Président

Lasserre. Dans un second temps, et de manière curative, ils permettent de détecter et de traiter les cas d'infractions qui n'ont pas pu être évitées, principalement grâce au travail d'audit effectué en amont. Par ailleurs, mettre en place un programme de conformité peut contribuer à maintenir ou à améliorer l'image de l'entreprise. Ainsi, une entreprise qui se plie à la conformité envoie un message fort aux consommateurs et à ses partenaires commerciaux. Enfin, les programmes de conformité permettent d'espérer une réduction de sanction de l'ordre de 10% lorsque l'intégralité du programme a été mise en place. Il convient toutefois de rappeler que cette réduction de sanction ne s'applique qu'aux entreprises ayant fait le choix d'une procédure de non-contestation des griefs prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Dans une telle hypothèse, cette première réduction peut se cumuler à la réduction de 10% liée à la non-contestation des griefs et à celle 5% pouvant être accordée au titre d'autres engagements. A contrario, la Commission européenne refuse de prendre en compte l'existence d'un "compliance program" au titre de circonstances atténuantes ou dans l'individualisation des sanctions. Si les programmes de conformité apparaissent nécessaires, ils ne sont cependant pas sans risque pour l'entreprise.

6. Les risques liés à la mise en place d'un programme de conformité.

Le principal risque imputé aux programmes de conformité se cristallise dans la réalisation d'audits. Ainsi, les mécanismes d'audit, de contrôle et d'alerte souhaités par l'Autorité de la concurrence peuvent se révéler totalement contreproductifs pour l'entreprise. En effet, si les alertes et les contrôles sont réalisés en interne, par le service juridique, l'Autorité pourrait être amenée à saisir ces informations lors d'une éventuelle enquête. L'unique parade pour l'entreprise résidant dans la possibilité d'externaliser la réalisation de ces contrôles auprès de cabinets d'avocats, qui jouissent du secret professionnel. Dès lors, l'Autorité ne pourrait avoir accès à ces données compromettantes. La mise en place d'un programme de conformité peut également se heurter au droit du travail. Ainsi, le contrôle du respect du programme de conformité mis en place au sein de l'entreprise pourrait conduire cette dernière à devoir adopter de nouvelles clauses au sein des contrats de travail (21).



7. Conclusion. Il est souvent reproché aux programmes de conformité de ne pas être suffisamment incitatifs. Le principal reproche étant lié au refus de l'Autorité de la concurrence d'y voir une quelconque "circonstance atténuante" (22). Néanmoins, la mise en place de programmes de conformité, au sein des entreprises, est en constante augmentation. Partant de ce constat, il est possible de se demander si l'élaboration d'un programme de conformité ne serait pas en train de devenir une obligation tacite pour l'entreprise, dont le non-respect pourrait être considéré comme une "circonstance aggravante" (23) par les autorités en cas d'infraction au droit de la concurrence.

- (1) Titre emprunté à l'article suivant: CREUX-THOMAS (F.), Nul n'est censé ignorer la compliance ?, JCP G n° 4, 24 janvier 2011, 69.
- (2) En atteste les nombreuses études qui lui ont été consacrées, notamment : RODA (J.-C.) et LEDOUX (V.), Les « compliance programs » en droit de la concurrence, CCC n° 12 décembre 2007, étude 14 ; JAFFAR (S.) et ROSKIS (D.), Programmes de conformité : réflexions sur la portée du document-cadre de l'Autorité de la concurrence, JCP E n° 21, 24 mai 2012, 1326 ; LASSERRE (B.), Pourquoi s'investir dans la conformité ?, Propos introductifs in Colloque : La culture de la conformité, nouvel horizon du droit français de la concurrence ?, 15 septembre 2008, RLC 2009, 19
- (3) Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, 2009, 9, 10
- (4) RODA (J.-C.) et LEDOUX (V.), Les « compliance programs » en droit de la concurrence, préc.
- (5) En 1934, le Securities and Exchange Act encourageait déjà les acteurs à recourir aux « Compliance programs »
- (6) Les U.S. Sentencing Guidelines de 1991 incitaient les entreprises à faire usage des programmes de conformités : lien
- (7) LAZARUS (C.), La réception par les autorités administratives indépendantes in Les pratiques juridiques, sources du droit des affaires (ss. dir. MOLFESSIS (N.)), Petites affiches, 27 novembre 2003, n° 237, p. 61.
- (8) Publié en novembre 2011 et disponible sur le site de la DG Concurrence :lien
- (9) KOEHLER DE MONTBLANC (M.), Exigence de conformité, in Actes du colloque : Programmes de conformité, du 5 juin 2012, RLC, octobre-décembre 2012 n° 33.
- (10) Loi n° 2001-420, 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques.

- (11) LASSERRE (B.), Pourquoi s'investir dans la conformité ?, Propos introductifs in Colloque : Programmes de conformité, du 5 juin 2012, RLC, octobre-décembre 2012 n° 33.
- (12) LEMAIRE (C.) et COUSIN (M.), Conformité et non-contestation des griefs : l'Adlc précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises, RLDA, 2012, n° 69.
- (13) Aut. Conc., Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, pt. 11.
- (14) LEMAIRE (C.) et COUSIN (M.), Conformité et non-contestation des griefs : l'Adlc précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises, préc.
- (15) Aut. Conc., Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, pt. 19.
- (16) MADERO-VILLAREJO (C.), The point of view of the European Commission, Concurrences, 2-2012, p. 9.
- (17) Pour une étude récente portant sur les enquêtes de la Commission européenne, v. GINER-ASINS (M.), Enquêtes de concurrence : les nouvelles méthodes de la Commission européenne – Les droits de la défense des entreprises en danger, JCP E n° 24, 13 juin 2013, 1343. Pour un étude sur les enquêtes de l'Autorité de la concurrence, v. CATALA-MARTY (J.) et NOUVEL (L.), Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence, JCP E n° 27, 5 juillet 2012, 1442
- (18) PUEL (F.), Efficience des programmes de conformité, in Actes du colloque : Programmes de conformité, du 5 juin 2012, RLC, octobre-décembre 2012 n° 33.
- (19) Nous reviendrons plus tard sur la notion de « personne à risque »
- (20) PUEL (F.), Efficience des programmes de conformité, in Actes du colloque : Programmes de conformité, du 5 juin 2012, RLC, préc.
- (21) TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), De l'intérêt pour une entreprise d'adopter un programme de conformité (partie 1), Mars 2012 : lien
- (22) Rappelons toutefois que l'objectif premier d'un programme de conformité est d'éviter, en amont, la survenance de pratiques anticoncurrentielles au sein de l'entreprise
- (23) TEMPLE-BOYER (S.), et MAROLLEAU (L.), De l'intérêt pour une entreprise d'adopter un programme de conformité (partie 1), Mars 2012 : lien



Créateurs :

- **Morgan Carbonnel** est doctorant en droit de la concurrence. Il est titulaire d'un Master 2 Droit des Contrats et de la Concurrence (de la faculté de Versailles) ainsi que d'un Master 2 en Droit Économique (de la faculté d'Aix-en-Provence) dirigé par le Doyen Jacques Mestre.
- **Jean-Loup Jaumard** est titulaire d'un Master 2 en Propriété Industrielle (de la faculté droit Panthéon-Assas) ainsi qu'un Master 2 en Consommation et Concurrence (de la faculté de Montpellier).
- **Thibault Schrepel** est doctorant en droit de la concurrence international au sein du cabinet Mayer Brown LLP. Il est titulaire d'un LL.M. de la Brooklyn Law School et ainsi que d'un Master 2 en Droit des Contrats et de la Concurrence (de la faculté de Versailles)

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
- **David Bosco** : Professeur de droit à l'université d'Aix-Marseille, membre du Centre de Droit Économique et co-directeur du pôle Droit de la Concurrence au sein de l'association Trans Europ Experts. Il contribue à de nombreuses revues spécialisées
- **Muriel Chagny** : Professeur 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 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
- **Ki Jong Lee** : Professeur de droit à l'université de Sookmyung à Séoul, Secrétaire Général de l'Asia Competition Association et également membre du Comité Consultatif pour la coopération internationale au sein de la Korea Fair Trade Commission
- **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** : Professeur 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 d'un l'ouvrage en droit de la consommation (Daloz), directeur du Master 2 Consommation et Concurrence, et directeur du *European Master in Consumer Affairs*