

MAI 2025

Les Echos

PUBLISHING

# Business & Partners

**Concurrence :**

Nouveaux enjeux,  
nouveaux contextes,  
anciennes pratiques ?



En partenariat avec :

**WILLKIE**  
WILLKIE FARR & GALLAGHER LLP

## Édito

---

La concurrence renvoie souvent les dirigeants à deux univers bien différents : celui de l'émulation, de la compétition, de l'innovation, stimulant à leurs yeux ; et celui du droit de la concurrence, où les autorités qui en ont la charge sont perçues par eux avant tout comme des censeurs dans la mise en œuvre de leurs stratégies d'entreprises.

Pourtant, difficile d'être libéral sans souscrire à l'idée que la préservation de la concurrence est indispensable à la vigueur de nos économies. Et comment être attaché à l'esprit d'entreprise sans reconnaître que les autorités en question jouent un rôle central dans la création de valeur ?

Mais l'exigence d'efficacité doit porter sur tous les acteurs d'un marché, y compris lesdites autorités.

Dès lors, il leur incombe d'être en phase avec les réalités économiques des marchés et donc aussi avec le fonctionnement des entreprises. Et il est indispensable également que les autorités prennent en compte les conséquences de leurs décisions, en ayant une vision dynamique du fonctionnement concurrentiel des marchés, qui va bien au-delà de l'analyse de leur état à un moment donné.

Ce qui est en jeu, n'est ni plus ni moins, que l'existence dans l'entreprise d'une sincère considération pour le droit de la concurrence et le souci d'en respecter les règles. Or, de nombreuses entreprises ont cette volonté mais elles sont encore souvent incomprises ou empêchées.

Par exemple, relever les défis de la transition énergétique exige des coopérations poussées entre entreprises sans lesquelles ni les investissements majeurs qui sont nécessaires ne pourront être réalisés, ni les innovations les plus radicales ne pourront être rendues possibles. Cela supposerait parfois qu'elles puissent conclure entre elles des ententes, certes anticoncurrentielles, mais vertueuses pourtant au regard des objectifs de durabilité. Encore faudrait-il que les autorités de concurrence acceptent de considérer cette idée et changent leurs critères d'analyse pour, dans certains cas, les autoriser.

Autre illustration : faire comprendre et donc respecter le droit de la concurrence par les opérationnels et les dirigeants réclame que la communication dans l'entreprise soit fluide et na-

**“ Il est indispensable que les autorités aient une vision dynamique du fonctionnement des marchés, au-delà de l'analyse de leur état à un moment donné. ”**

turelle sur ces sujets et pratiques. Mais comment peut-elle l'être quand la suspicion est permanente lors des échanges avec les autorités ? Quelles méthodes adopter d'ailleurs sans legal privilege pour les directeurs juridiques, ni protection des informations remontées par les enquêtes internes, alors qu'il s'agit là d'outils précieux pour identifier les problèmes et y remédier ?

Sur tout cela, nous sommes heureux d'avoir réuni non seulement des experts externes remarquables, mais aussi deux représentants de haut niveau du monde de l'entreprise, confrontés quotidiennement à ces sujets dans leurs prises de décisions. Bonne lecture.

**Laurent David**

DIRECTEUR GÉNÉRAL LES ECHOS PUBLISHING

04 **Entretiens**



Ententes anticoncurrentielles vertueuses : les autorités de concurrence face aux défis de l'innovation radicale et de la durabilité.

13



Droit de la concurrence et réalités économiques : si loin, si proches

20 **Focus**



Enquêtes en droit de la concurrence : origines, évolutions et anticipation

---

Directeur de la publication  
Faustine Viala  
Conception, rédaction et réalisation Les Echos Publishing  
Photo de une  
Klaus Vedfelt - DigitalVision  
Éditeur  
Willkie Farr & Gallagher Paris  
Siège social  
21 boulevard Malesherbes  
75008 Paris  
Date de publication  
Mai 2025



# Ententes anticoncurrentielles vertueuses : les autorités de concurrence face aux défis de l'innovation radicale et de la durabilité.

---

*En matière d'enjeux de durabilité et d'innovation radicale, clefs pour l'avenir de l'Union européenne, il est difficile d'assurer des avancées majeures sans que cela n'ait de répercussions sur les prix, ni sans autoriser, parfois, certaines ententes. Les autorités de concurrence sont jusqu'ici inflexibles. Elles protègent le consommateur d'aujourd'hui de tels effets et pratiques. Mais parfois, elles privent de facto les citoyens de demain d'un environnement plus sain et d'une économie plus créatrice de valeur. Dès lors, comment pousser l'UE au progrès ? Et comment inciter les entreprises à l'indispensable coordination de leurs actions si le risque est trop élevé ?*

Emmanuel Combe, économiste, professeur des Universités à Paris 1 Panthéon-Sorbonne, professeur associé à Skema Business School, ancien Vice-Président de l'Autorité de la concurrence (2012-2022), Aurélien Hamelle, directeur général stratégie et durabilité du groupe Total Énergies et Faustine Viala, avocate, associée du cabinet Willkie Farr & Gallagher y dirigeant le département Competition & Antitrust à Paris, ont accepté un échange révélant quelques évolutions indispensables. Des points de bascules probables ?

**Les enjeux de la transition énergétique appellent des coopérations renforcées entre entreprises, y compris concurrentes, que le droit de la concurrence peut ré-prover. Comment faire face à ces évolutions ?**

**Aurélien Hamelle :** Nous opérons dans une industrie qui a une longue tradition de partenariat. Historiquement, nous portons des investissements très conséquents et à risques, tant d'un point de vue industriel que géopolitique, et nous ne sommes jamais seuls pour développer un projet. Nous sommes donc toujours en joint-venture, avec trois ou quatre partenaires dans un champ donné et notre participation est minoritaire. Il en va de même sur les très grands projets renouvelables, principalement sur l'éolien offshore, très intensifs en capex et avec des risques de développement élevés.

Cette culture du partenariat est très forte et nous sommes donc bien organisés pour les gérer. Au regard des règles de concurrence, cela consiste en de nombreuses listes de « do's and don'ts », très utiles pour les non-juristes quand il s'agit de savoir ce que l'on peut faire, dire, les informations que l'on peut partager dans une réunion, à une conférence. Nous avons recours aux accords de confidentialité, aux « clean teams » dans les projets de développement de nos entreprises.

Quand sont arrivés les enjeux de durabilité, ils ont été intégrés dans ce corps de règles et de pratiques. Néanmoins, ils doivent être pilotés différemment car ils impliquent en effet beaucoup

plus de coopération industrielle et en matière de développement économique.

Que ce soit le captage de CO<sub>2</sub>, l'hydrogène vert, l'électricité bas carbone, il n'y a pas de modèle économique, ou il est en train d'être construit. La coopération va permettre de faire baisser les prix sur les achats, de s'entendre sur un prix de vente économiquement réaliste. La coopération permet de faire exister le modèle. Et c'est pour cela que les enjeux de durabilité posent, me semble-t-il, de nouvelles questions. L'entente n'est pas le mot le plus neutre en matière de droit de la concurrence et nous devons donc agir de manière très rigoureuse pour avancer dans le respect des règles existantes.

“

**Les enjeux de durabilité doivent être pilotés différemment car ils impliquent en effet beaucoup plus de coopération industrielle et en matière de développement économique**

”



**Aurélien Hamelle**

DIRECTEUR GÉNÉRAL  
STRATÉGIE ET DURABILITÉ,  
TOTAL ÉNERGIES



### En tant qu'avocate, comment abordez-vous la mise en œuvre de ces partenariats avec vos clients ?

**Faustine Viala** : Ce que dit Aurélien, je le constate dans beaucoup d'entreprises, pourtant très matures mais sincèrement inquiètes dès lors qu'il faut définir jusqu'où on peut aller dans ce type de coopération.

“

**Aujourd'hui, on ne sait pas clairement si l'on peut mettre en place une restriction de concurrence parce que celle-ci serait vertueuse d'un point de vue de la durabilité.**

”



**Faustine Viala**

AVOCATE, ASSOCIÉE,  
WILLKIE FARR & GALLAGHER

Le mouvement spontané dans les entreprises est de considérer que le progrès en matière de durabilité étant vertueux, il est nécessaire d'aller aussi loin que possible. Et l'idée existe que le cadre légal doit le permettre. Or les règles de droit de la concurrence doivent s'appliquer et l'objectif de

durabilité ne vient pas de prime abord les brider.

Depuis deux ans, nous avons des textes plus ciblés, notamment côté Commission européenne, avec des lignes directrices horizontales sur les accords de durabilité. Néanmoins, aujourd'hui, on ne sait pas clairement si l'on peut mettre en place une restriction de concurrence parce que celle-ci serait vertueuse d'un point de vue de la durabilité.

Les autorités, notamment l'autorité de la concurrence française, invitent les entreprises à venir les voir pour travailler ensemble sur leurs projets. Les entreprises sont encore très réticentes parce qu'elles sentent que la limite n'a pas été poussée et que ces objectifs de durabilité, ou même d'innovation dans la durabilité, ou de gain d'efficacité dans la durabilité, ne sont pas une excuse pour aller un peu plus loin dans la coopération entre concurrents.

### Comment apprécier la limite entre un partenariat vertueux et bon pour la compétitivité et l'innovation, et une entente restrictive de concurrence ?

**Emmanuel Combe** : La situation est assez nouvelle. D'abord, parce que le développement durable impose aux entreprises le respect de nouvelles obligations légales (par exemple en termes d'émissions). Les entreprises se trouvent également confrontées au défi de l'innovation radicale. Dès lors, cette situation pose des questions spécifiques, notamment en termes de prise de risques, le fameux « first mover disadvantage », j'y reviendrai. Enfin, il faut prendre en compte le comportement assez paradoxal des consommateurs, qui disent vouloir du green sans être toujours prêts à en payer le prix.

Nous sommes donc dans un contexte juridique et économique très nouveau sur ces sujets-là. Or, vous le savez, en droit, lorsqu'on apprécie la gravité d'une entente, il faut tenir compte du contexte économique et juridique. Ce qui ne veut pas dire que le contexte excuse tous les comportements. Mais cela permet de qualifier l'entente de restriction par objet ou par effet, ce qui n'est pas la même chose.

Pour moi la frontière est assez claire : il faut à chaque fois regarder quel est l'objectif, l'intention derrière l'entente. Deux cas polaires sont possibles. Le premier cas est une entente qui vise à faire moins que ce qu'auraient fait les entreprises si elles avaient été en concurrence. L'accord n'est donc pas vertueux. Il s'agit en réalité de condamner des ententes visant à ralentir la transition environnementale. De nombreux exemples existent, comme les affaires AdBlue, revêtements de sols, ou l'entente des camions sur la norme Euro6. L'entente consistait à ne pas communiquer sur les variables environnementales ou à ne pas anticiper la norme pour en faire un avantage concurrentiel. Les autorités de la concurrence doivent aller au-delà de cette seule approche. En effet, elle repose sur l'hypothèse selon laquelle le consommateur veut de la durabilité. C'est-à-dire que les acteurs sur ce marché auraient spontanément offert de la durabilité, celle-ci étant un argument concurrentiel. Or, ce n'est pas toujours le cas : le consommateur ne demande pas forcément du green ou n'est pas prêt à en payer le prix. Ainsi, une entente peut être bénéfique si elle permet d'aller au-devant des attentes du consommateur en matière de développement durable.

Dès lors, cela conduit au second cas polaire d'entente, qui est plutôt vertueuse : elle va de permettre qu'un progrès réel existe sur le plan environnemental, en dépit de la passivité du consommateur. C'est l'exemple de la décision de l'autorité de la concurrence néerlandaise, dite Chicken of tomorrow, du nom d'un ensemble de normes sur le bien-être animal. Il s'agissait d'une entente entre tous les distributeurs et les producteurs de poulets visant à accroître le bien-être animal. L'autorité n'a pas conclu que les conditions étaient réunies pour exempter cette entente anti-concurrentielle mais favorable au bien-être animal. Néanmoins, cette décision est très intéressante car elle a fourni des orientations utiles pour l'évaluation future des initiatives de développement durable impliquant une coopération entre les entreprises.

**L'entente est néanmoins une prise de risque importante. Sur ces sujets, l'objet est d'être durable. Mais**

**les modèles économiques n'existent pas ou sont embryonnaires. Et les autorités sont pour le moment très conservatrices. Il est donc peu probable que le premier à se lancer soit récompensé.**

**E. C. :** Cela confronte en effet l'entreprise au fameux « first mover disadvantage » : pourquoi se lancer si c'est pour supporter, en cas d'échec, tout le risque seul ? Une entente pour fixer un prix lors du lancement du marché, lorsqu'il y a de forts coûts fixes, peut alors être un moyen efficace, bien qu'anti-concurrentiel par nature, pour que soit opéré un progrès en matière de durabilité. C'est le sens de la décision Shell / Total Énergies en Hollande.

“

**Les autorités de la concurrence sont en train d'évoluer sur la durabilité et l'innovation. La seule question est de savoir quel cas va donner lieu à une évolution et qu'elle sera l'ampleur de cette évolution.**

”



**Emmanuel Combe**

ÉCONOMISTE, PROFESSEUR  
DES UNIVERSITÉS À PARIS 1  
PANTHÉON-SORBONNE,  
PROFESSEUR ASSOCIÉ,  
SHEMA BUSINESS SCHOOL



Précédent le projet Aramis, Northern Lights est premier projet industriel majeur de captage et stockage de carbone mis en service en 2024 en Norvège, par Total Energies et ses partenaires, Equinor et Shell.

**A. H. :** Le cadre de la prise en compte des enjeux de durabilité par la politique et le droit de la concurrence est, je pense, plus clair aujourd'hui qu'il y a cinq ou dix ans, avec les lignes directrices de la Commission européenne. La mise en œuvre reste néanmoins hasardeuse.

Le bon contre-exemple est en effet celui de l'ACM, l'autorité de concurrence néerlandaise, cité par Emmanuel, portant sur le projet Aramis. Il s'agit d'un développement conjoint, par Total Énergies et Shell, d'une nouvelle infrastructure de captage, de transport de CO<sub>2</sub> pour son stockage offshore. En l'espèce, politiques publiques et entente sont liées.

Un cadre européen existe pour réduire les émissions de CO<sub>2</sub>. Pour que cela fonctionne, il faut mettre un prix sur la tonne de CO<sub>2</sub>, soit une externalité qui, jusqu'ici était gratuite. Et il est nécessaire que ce prix soit suffisamment élevé pour que les projets de captage et de stockage de CO<sub>2</sub> soient viables. Or, jusqu'à présent, même quand ce prix a atteint ses sommets en Europe, soit 100

euros, ce n'était pas suffisant, la valeur cible étant plutôt située entre 150 et 200 euros.

L'ACM, en autorisant l'accord entre nos deux entreprises pour fixer un prix de vente sur une partie des capacités, a rendu possible le projet Aramis. Sans cette décision, le projet n'aurait pas pu voir le jour.

### Est-ce un enjeu de compétitivité pour l'Union européenne néanmoins ?

**A. H. :** Pour l'Union européenne, c'est un enjeu de compétitivité car ce type de projet est bien moins coûteux à réaliser aux Etats-Unis qu'en Europe. Cela fait 50 ans que le CO<sub>2</sub> y est utilisé pour stimuler la production pétrolière et qu'ils ont la chance d'avoir des réservoirs naturels de CO<sub>2</sub> sur terre ou dans des eaux peu profondes. Les investissements dans certaines infrastructures sont donc déjà faits et ceux à réaliser sont d'un niveau moindre. La réduction des émissions de CO<sub>2</sub> est un défi planétaire. Quel que soit l'endroit où la réduction est opérée, elle profite donc à l'humanité tout entière.

Économiquement, il est donc rationnel d'aller là où cela est moins cher à réaliser. Sans cadre clair, sans mise en œuvre réelle en Europe, le contre-factuel c'est que ces projets risquent d'être réalisés ailleurs qu'en Europe.

### Les critères actuels d'analyse des ententes sont-ils adaptés à ces enjeux ?

**F. V. :** C'est sans doute le point fondamental. L'un des quatre critères examinés par la Commission européenne dans son analyse des accords de durabilité entre concurrents consiste à regarder l'impact de l'accord sur le marché concerné. Or, pour le type d'accord dont a parlé Aurélien, qui engage la compétitivité européenne et la durabilité, c'est sur le marché mondial qu'il est pertinent de mesurer l'impact. Une approche centrée sur le seul marché de produit européen ou sur le seul marché national ne fonctionne pas. Derrière, il s'agit en fait de politique industrielle, d'impulsion pour aller au-delà de ce que peut aborder dans son état actuel ce système des critères d'analyse d'un accord horizontal. Sur ce point, nos clients ne comprennent pas qu'il n'y ait pas d'avancée, justement s'agissant de la durabilité.

**E. C. :** Il n'est pas utile d'ajouter des textes pour traiter des ententes en matière de durabilité. La question est plutôt de savoir si les autorités sont disposées à faire évoluer leur application au regard des enjeux actuels.

Sur le premier critère d'exemption d'une entente anti-concurrentielle, soit la « contribution au progrès technique et/ou économique », les entreprises peuvent avoir de vrais arguments à faire valoir. Sur le critère de la nécessité, c'est également le cas : sans accord, le projet ne se ferait pas et l'entente est donc nécessaire à l'atteinte de l'objectif de durabilité.

J'ai plus de doutes sur les deux autres critères. Concernant le partage équitable des gains avec les consommateurs : de quel consommateur parle-t-on ? Dès lors que l'on parle d'émission de CO<sub>2</sub>, le gain est en effet universel. Il faut donc évoluer et être plus large sur l'appréciation de ce

point. On peut l'être géographiquement, mais on peut l'être également en prenant en compte les générations futures. Enfin, le dernier critère pose le plus de problème me semble-t-il. Il impose que la concurrence ne soit pas éliminée sur une partie substantielle du marché. Or, si l'objectif est de forcer le consommateur à changer, il faut bien à un moment donné que tout le monde soit dans l'entente afin de permettre qu'un marché radicalement nouveau se mette en place.

De nombreux arguments économiques existent montrant qu'en l'absence d'initiative de type réglementaire, législative ou d'une entente, le consommateur sera passif et donc rien ne changera. Cela ne semble pas être encore intégré dans l'approche adoptée par les autorités.

### Mais alors, quels conseils donner aux entreprises ?

**F. V. :** Quand on travaille sur ce type d'accord, le conseil que l'on donne est de documenter aussi consciencieusement que possible l'objectif de l'accord tout au long des réunions, du raisonnement, du processus, pour justifier qu'on rentre dans quelque chose de vertueux, qui défend la durabilité, qui est pro-concurrentiel. Tout cela doit pouvoir être utilisé devant une autorité.

**E. C. :** Au fond, c'est un gain d'efficacité qu'il faut ici chercher à démontrer. Or, les entreprises n'ont pas l'habitude de le faire, au motif que les autorités ont toujours écarté ce type d'approche dans d'autres domaines comme les concentrations. Mais à terme, je pense que les autorités iront regarder les documents internes des entreprises, notamment les business plans...

**A. H. :** Pour cela il est indispensable que les premiers concernés, les entreprises, aient une vision de l'évolution de leur marché. Sans vision, il est impossible de rendre possible une transition.

Prenez le transport maritime. Jusqu'il y a peu de temps, les plus grands armateurs mondiaux n'avaient pas une vision commune sur le bon vecteur énergétique à choisir pour décarboner. Nous étions alors



incapables d'investir, car incapables de rentabiliser des chaînes de carburant sans uniformité logistique dans la production, le transport, l'avitaillement. L'alignement est indispensable car il n'existe pas de réglementation mondiale en la matière.

Récemment leur choix a convergé vers le gaz naturel liquéfié : le marché est visible. Cette convergence est indispensable, c'est le quatrième critère que mentionnaient Emmanuel et Faustine. Et le contrefactuel, j'y reviens, c'est que sans cela, on ne sait pas faire exister des nouveaux marchés.

### **N'est-ce pas la question de l'articulation entre politique de concurrence et politique industrielle qui se pose ?**

**E. C. :** A droit constant, ce qui permettra de vraiment avancer en matière de durabilité, c'est de faire évoluer, en matière d'entente, les critères 3 et 4 dont nous venons de parler. Néanmoins, il faut avoir à l'esprit que certains critères ne pourront pas rentrer dans la méthode d'analyse des ententes, je pense à la résilience, à la souveraineté... Je ne pense pas qu'il soit souhaitable de faire entrer dans le droit des objectifs qui ne relèvent pas des gains d'efficacité et qui ne sont, de surcroît, pas mesurables.

Si une autorité de la concurrence se met à devoir poursuivre de nombreux objectifs, je pense que cela changera sa mission et affectera négativement son efficacité. Alors comment faire ? Quelque part, le système français me semble le bon. Si je prends le cas du contrôle des concentrations, il permet au ministre de l'Économie de passer outre une décision de l'autorité de la concurrence et d'autoriser ou interdire une fusion pour d'autres raisons que la concurrence, et notamment la souveraineté, la compétitivité industrielle, etc.

### **Le rapport Draghi pointe les enjeux vitaux pour l'UE que sont notamment l'innovation et la compétitivité et propose des façons de les favoriser. Politique et droit de la concurrence sont-ils des leviers à actionner ?**

**A. H. :** Tout ne dépend pas du droit de la concurrence.

Mais il y a déjà un facteur important dans la réglementation européenne qui est qu'elle est assez peu neutre technologiquement. Or, l'innovation suppose que la réglementation soit neutre d'un point de vue technologique.

Sur le droit de la concurrence lui-même, cela renvoie au débat qu'on vient d'avoir et plus spécifiquement au troisième critère qui est celui du bénéficiaire pour le consommateur. En fait, une politique d'innovation n'est pas forcément favorable au consommateur, c'est-à-dire qu'elle n'est pas forcément favorable au prix pour le consommateur parce que l'innovation peut être - et elle est, s'agissant de la transition énergétique - plus chère.

Dit autrement, l'innovation renvoie à l'intérêt non pas du consommateur, à court terme en tout cas, mais à l'intérêt du citoyen parce que le citoyen veut effectivement que l'on vive dans un monde plus propre et plus respectueux de nos écosystèmes. Mais l'innovation est également en résonance avec l'intérêt des travailleurs, car l'existence de bons emplois, qualifiés et bien rémunérés, suppose peut-être d'être capable de produire des choses qu'on vend plus chères.

Souveraineté, durabilité, capacités militaires à se défendre sont des enjeux majeurs qui ne peuvent pas être ignorés quand ils rencontrent le droit ou la politique de concurrence. Il faut remettre du politique dans ce type de décisions, même si ce n'est pas le rôle traditionnel des autorités de la concurrence.

**E. C. :** Les freins à l'innovation ne se trouvent pas d'abord dans les règles de concurrence. Et c'est largement exagéré que de prétendre qu'aurait empêché 55 fusions au sein de l'Union européenne depuis 20 ans, comme Alstom et Siemens, expliquerait notre retard technologique. Le vrai sujet, mille fois documenté, est celui de l'absence de marché de capitaux et de la difficulté à financer, par du capital risque, l'innovation radicale. Car le décrochage de l'Europe n'est pas d'abord sur l'innovation incrémentale mais sur l'innovation disruptive, radicale. La politique de concurrence joue un rôle mineur



Le rapport de Mario Draghi, officiellement intitulé "La compétitivité de l'UE : perspectives d'avenir", a été publié le 9 septembre 2024 par la Commission européenne.

dans ce décrochage mais elle peut aider à le combler au travers de deux leviers très importants. Le premier levier, qui existe et qu'il faut continuer à développer, consiste à s'abstraire de règles trop strictes en matière d'aide d'État pour tout ce qui est financement très en amont de la recherche et du développement. C'est ce que fait la Commission européenne depuis 2018 avec les PIEC, les Projets Importants d'Intérêt Européen Commun. Pour obtenir des innovations radicales, il s'agit de rassembler de nombreuses entreprises, concurrentes et complémentaires, afin qu'elles puissent travailler ensemble sur des projets transversaux, très larges, tout en bénéficiant de fonds publics. Le second levier, pas du tout considéré jusqu'à présent, consisterait à ce que les autorités de concurrence reconnaissent qu'une fusion n'a pas pour seul effet de faire augmenter les prix, mais qu'elle permet aussi de réaliser des gains d'efficacité statiques ou dynamiques, c'est-à-dire en termes d'innovation.

Une entreprise pourrait tout à fait vouloir faire une fusion pour obtenir ce type de gain, afin de

l'investir dans le développement de sa recherche. Pour l'heure, c'est un argument inaudible par les autorités, que ce soit en France ou dans l'Union européenne. Pourtant, aucune relation claire n'est établie, dans un sens comme dans l'autre, entre concentration et innovation. Nous devons donc être empirique. Tout dépend des configurations de marché.

**F. V. :** Le fait d'être plus souple en matière d'aide d'États au niveau européen est indispensable car nos compétiteurs que sont la Chine et les États-Unis, eux, le sont clairement. Cette lourdeur se retrouve même quand l'Union européenne met en œuvre le Foreign subsidy regulation, censé protéger le marché européen des aides publiques étrangères. Ce système, qui devait ne donner lieu qu'à quelques notifications, en a déjà généré plus de 100 en moins d'un an, dont des notifications faites par des entreprises françaises achetant des entreprises européennes. Même si la Commission a mis en place des équipes dédiées au process FSR très efficaces, certains ajustements et assouplissement dans la mise en œuvre du texte pour-



raient très certainement éviter une certaine lourdeur administrative aux entreprises européennes. Par ailleurs, concernant le recours à la décision politique en dernier ressort, pour les ententes, ce serait un bon système. Mais, pour les contrôles des concentrations, où il existe déjà, il n'a été utilisé qu'une seule fois. Je me demande donc s'il n'y a pas un travail à faire pour le rendre moins exceptionnel avant même de l'élargir. Et je partage vos deux avis sur le point que cela ne doit pas incomber aux autorités de concurrence.

Enfin, les textes dont nous disposons peuvent permettre d'aller sur le terrain des gains d'efficacité. Un exemple récent le montre, certes hors de l'Union européenne, la décision Vodafone / Three, prise par la CMA (Competition and Markets Authority, autorité de la concurrence du Royaume-Uni), mais avec un cadre juridique très proches des nôtres. Par cette décision, la CMA valide le passage de 4 à 3 opérateurs telecom au Royaume-Uni sous condition d'assurer des gains d'efficacité à l'opération via un engagement substantiel de l'acquéreur d'investir dans le réseau. C'est donc possible.

Plusieurs économistes défendent le concept de compétition dynamique. Il met l'accent sur le processus dynamique de rivalité entre les entreprises, plutôt que sur l'état statique du marché à un moment donné. Ce concept est étroitement lié à l'innovation, car il reconnaît que la concurrence inclut également la création de nouveaux produits, services et technologies. Il faut s'en servir.

**En tant qu'ancien membre de l'autorité et observateur attentif de l'écosystème des autorités de concurrence, êtes-vous confiants pour l'avenir ?**

**E. C. :** Je suis confiant sur l'avenir : je pense en effet que si les autorités ne font pas cet aggiornamento, elles seront marginalisées dans le débat public, à l'heure du développement durable, de la guerre commerciale et de la disruption technologique. Je pense qu'elles en ont conscience et qu'elles sont en train d'évoluer sur les deux sujets, durabilité et innovation. La seule question est de savoir quel cas va donner lieu à une évolution et qu'elle sera l'ampleur de cette évolution.



# Droit de la concurrence et réalités économiques : si loin, si proches

---

*Droit et politique de concurrence sont censés être intrinsèquement connectés à la réalité économique, contribuant ainsi à la prévisibilité des décisions des autorités et à la sécurité juridique, facteurs de croissance et de stabilité économique. Pour autant, ces rapports vertueux n'ont rien d'évident. Des lacunes et des défauts en matière de confidentialité des écrits des juristes d'entreprises, des correspondances entre l'avocat et son client, et parfois de droits de la défense peuvent les perturber, en France notamment.*

Kelig Bloret-Dupuis, directrice juridique Concurrence & Antitrust du groupe EssilorLuxottica et intervenante à l'Université de Rennes, et Faustine Viala, avocate, associée du cabinet Willkie Farr & Gallagher y dirigeant le département Competition & Antitrust à Paris, apportent sur ces questions un éclairage aussi concret que constructif.

**En droit de la concurrence notamment, la question du legal privilege des juristes d'entreprises demeure un sujet d'actualité, en dépit des multiples revirements des nombreux projets visant à l'instaurer. Quels en sont les enjeux au regard de votre pratique ?**

**Kelig Bloret-Dupuis :** Aujourd'hui, j'en identifie trois principaux. D'abord, des barrières psychologiques doivent encore tomber. Un certain nombre d'intervenants considèrent toujours que le legal privilege empêcherait que les entreprises soient poursuivies, que des pratiques soient identifiées et qualifiées. L'expérience acquise dans d'autres pays, anglo-saxons par exemple, montre qu'elle ne porte pas du tout atteinte à une bonne pratique de la justice et ni aux interventions des autorités et des juges.

Il existe ensuite un enjeu lié aux praticiens du droit en règle générale. Avocats, juristes : nous participons tous à bien faire comprendre et appliquer les règles de droit, à trouver des solutions en conformité avec les règles. Dès lors, il est délicat de considérer que sur un même sujet, un même avis soit protégé ou non selon l'identité du professionnel qui l'émet. Cela ne fait pas sens.

Enfin, le fait de ne pas bénéficier du legal privilege emporte quand même quelques conséquences négatives. Il y a notamment des cas de jurisprudence où des écrits de juristes internes ont été utilisés à charge contre l'entreprise. Dès lors, pour ne pas porter atteinte aux intérêts de l'entreprise, puisqu'on ne peut pas protéger ses écrits, on écrit moins. La diffusion et la compréhension des problématiques par le plus grand nombre dans l'entreprise est ainsi plus compliquée. Cela ne profite à personne.

Et n'oublions pas que la réforme de l'an dernier n'était pas censée « ouvrir les vannes » sur ce sujet.

Elle ne prévoyait de donner la possibilité d'émettre des consultations protégées qu'à un petit nombre de juristes - plutôt de directeurs juridiques d'ailleurs - s'adressant à la direction de l'entreprise.

“

**En droit de la concurrence, ne pas pouvoir écrire les choses fait perdre du temps, peut créer des tensions, des compréhensions partielles sources d'insatisfaction et de transmission d'informations incomplètes ou erronées.**

”



**Kelig Bloret-Dupuis**

DIRECTRICE JURIDIQUE  
CONCURRENCE & ANTITRUST  
ESSILORLUXOTTICA

**Cette absence complique-t-elle la diffusion d'un bon niveau de connaissance des exigences du droit de la concurrence auprès des opérationnels les plus concernés ?**

**K. B.- D. :** Le droit de la concurrence s'intéresse avant tout aux stratégies et pratiques commerciales et marketing. Notre rôle au quotidien se situe là. Or, bien souvent, les projets évoluent rapidement et la



réactivité est la clef de l'efficacité. Le fait de ne pas pouvoir écrire les choses, et donc guider, de ne pas pouvoir clairement proposer des options par écrit, fait perdre du temps et peut créer des tensions, des compréhensions partielles qui sont autant de sources d'insatisfaction et de transmission d'informations incomplètes ou erronées.

**Faustine Viala** : Le point majeur est en effet cette meilleure collaboration possible, au sein de l'entreprise, entre juristes, avec les dirigeants, les équipes, mais aussi avec l'avocat de l'entreprise. Depuis quelques années, des clients nous demandent des formations sur le legal privilege et sa pratique aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans d'autres pays et continents. L'objectif est de savoir ce qu'un juriste peut écrire et ce qu'il ne doit pas écrire et de savoir comment traiter ces informations, selon l'interlocuteur, les pays concernés...



Par un arrêt du 26 septembre 2024 la Cour de justice de l'Union européenne a réaffirmé l'importance de la protection des échanges entre un client et son avocat alors que la Cour de cassation française ne reconnaît pas la protection du secret professionnel pour les activités de conseil juridique des avocats.

De facto, cela limite le rôle du juriste d'entreprise français au lieu de provoquer un effet vertueux, positif pour le respect du droit, notamment en matière de droit de la concurrence où la diffusion du savoir auprès des dirigeants et des opérationnels est clef. Si l'application du droit est gérée par le juriste en interne, on aura moins d'affaires derrière et on aura moins de violations du droit de la concurrence. Il est difficile de comprendre cette défiance des autorités publiques, tout de même plus notable en France qu'ailleurs.

### **L'autre versant de la protection des intérêts de l'entreprise en droit de la concurrence est celui de ses droits de la défense, notamment dans le cadre des procédures contentieuses. Faut-il les considérer comme affaiblis ?**

**K. B.- D. :** Que ce soit en France ou en Europe, nous avons un cadre institutionnel, un état de droit, qui établit et qui protège les droits des justiciables devant les autorités et les juridictions d'appel. Je pense aussi que sous l'impulsion de la Commission européenne, par les textes qu'elle adopte ou par ses initiatives – à tout le moins en droit de la concurrence, l'idée est toujours de développer ces droits et de s'assurer que, dans les différents États membres, ces règles existent, soient appliquées et respectées. Aujourd'hui, il me semble que ce cadre institutionnel est un socle majeur de l'Union européenne et de ses membres à préserver. Néanmoins, des améliorations sont à la fois possibles et souhaitables, sans obligatoirement nécessiter d'évolution législative d'ailleurs.

Par exemple, le déroulement des contentieux se trouverait amélioré si les entreprises étaient écoutées à différents moments de la procédure. En matière contentieuse, deux phases se succèdent : une phase d'enquête et une phase contradictoire. La seconde commence par l'envoi d'une notification de griefs aux entreprises, qui précise les griefs qui leur sont imputés et leur qualification juridique. L'exercice de la défense consiste à répondre à ces griefs. Mais cette réponse s'inscrit dans un exercice très formel où les entreprises doivent réagir selon la grille d'analyse établie par la jurisprudence pour contester les faits et la qualification d'une pratique.

Il ne s'agit pas d'une explication mais d'une défense. Or, l'exercice des droits de la défense devrait jouer avant que l'on arrive à cette étape, c'est-à-dire pendant la phase d'enquête.

Souvent en effet, l'entreprise n'est pas auditionnée pendant la phase d'enquête alors même que le droit de la concurrence est, par essence, un droit économique : par définition, la démarche des autorités s'appuie sur l'identification d'un marché, réclame de comprendre ses dynamiques, ses acteurs, les produits et les services qui s'y échangent, le type de concurrence qui s'y exerce. Toutes ces réalités économiques sont des prérequis pour aboutir à des qualifications juridiques de pratiques. La valeur d'une discussion à ce moment-là, c'est-à-dire dès la phase amont de l'enquête, me semble importante pour éclairer les faits. Les autorités elles-mêmes n'ont rien à y perdre. Par le passé, de telles auditions existaient. Il n'y a pas de raison objective à ce qu'elles ne soient pas de nouveau possibles. Par ailleurs, il peut arriver que l'on fasse valoir nos droits de la défense, dans le cadre de procédures telles que les opérations de visite et saisie. Il est difficile d'entendre alors les représentants des autorités s'en plaindre et indiquer que la longueur des procédures, que nous critiquons par ailleurs, s'expliquerait par l'exercice de nos droits de la défense.

**F. V. :** Cette question comporte aussi un sujet sur le timing. Le temps de la procédure des autorités de concurrence n'est pas le temps des affaires. Dès lors que la Commission adresse des demandes d'informations, les entreprises concernées ne savent pas ce qui se passe. Et elles peuvent être laissées sans information complémentaire pendant des années, sans savoir s'il faut ou non qu'elles changent des pratiques, ni savoir exactement d'ailleurs lesquelles sont concernées. L'absence de transparence et de célérité ne produit pas nécessairement les meilleurs effets sur le marché.

**Dans le cadre de cette défense, à défaut de legal privilege pour les juristes d'entreprises, la confidentialité des communications entre l'entreprise et son avocat joue un rôle majeur. Est-elle en danger ?**

**F. V. :** Elle l'est et ce n'est pas nouveau. Toute la

“

**Le legal privilege pour les juristes d'entreprises assurerait une communication plus fluide et plus efficace au sein des entreprises pour prévenir les pratiques anticoncurrentielles.**

”



**Faustine Viala**

AVOCATE, ASSOCIÉE,  
WILLKIE FARR & GALLAGHER

profession se mobilise car le légal privilege de l'avocat est mis à mal. Il est en danger, en particulier en France. Ce mouvement s'appuie sur des jurisprudences de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui nous expliquent, de manière constante, et encore très récemment en septembre 2024, que les saisies de correspondances avocat-client sont possibles dès lors qu'elles ne relèvent pas uniquement des droits de la défense. Cette approche en réduit nettement le champ. Or, ce qui serait conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'Homme, c'est que la totalité des correspondances avocat-client ne soit pas saisie, y compris celles où l'avocat intervient en tant que conseil, et pas uniquement celles relatives aux droits de la défense.



“

**Avec les audits et enquêtes internes, les défis sont de respecter tous les cadres qui s'imposent, de protéger les éléments d'informations remontés et de faire face aux éventuels non-alignement des intérêts de l'entreprise et des salariés concernés.**

”



**Faustine Viala**

AVOCATE, ASSOCIÉE,  
WILLKIE FARR & GALLAGHER

La France n'est pas en ligne avec ce qu'on constate en Europe, y compris avec la Commission européenne. Le dialogue avec les entreprises, dès les phases d'enquêtes, permettrait une meilleure information des autorités. Le legal privilege pour les juristes d'entreprises assurerait une communication plus fluide et plus efficace au sein des entreprises pour prévenir les pratiques anticoncurrentielles. La confidentialité absolue des correspondances entre l'avocat et son client, est, elle aussi, un facteur de respect du droit.

**En matière de concurrence, les entreprises ont recours parfois à des enquêtes internes et audits, souvent en collaboration avec des experts externes, dont des avocats. Là encore, se trouve posée la question du traitement et de la protection des informations remontées. Dans quels cas intervenez-vous ?**

**F. V. :** En matière d'audit concurrence, plusieurs cas se présentent à nous. Des clients peuvent conduire des audits généraux, sur la finance et le juridique, incluant la conformité au droit de la concurrence. C'est le cas notamment quand un groupe a récemment intégré une nouvelle société. Mais la pratique existe aussi, au fil de l'eau, sur certaines filiales, plus sensibles que d'autres. D'autres audits sont déclenchés à la suite d'un soupçon et la réalisation de celui-ci doit se faire davantage dans l'urgence. Enfin, il y a les actions engagées par l'entreprise, dans le cadre des enquêtes de la Commission européenne, afin d'identifier les éléments permettant de répondre aux demandes d'informations formulées par la direction de la concurrence. Il faut alors être assez exhaustif et cela passe par une enquête incluant courriels, cloud, messageries Whatsapp notamment. La coopération de tous les salariés n'est pas nécessairement acquise, ce qui rend indispensable une saisie complète et approfondie de toute forme d'échanges afin de ne passer à côté d'aucun élément

**A quels enjeux confrontent-ils les entreprises et leurs avocats ?**

**F. V. :** J'en vois de deux catégories. La première catégorie réunit les enjeux concernant la réalisation de ces opérations. Il s'agit de respecter tous les cadres qui s'imposent à nous. En matière de droit social, mais aussi de protection des données, qu'elles soient personnelles ou des données sensibles. La difficulté vient de la diversité des règles selon les pays concernés mais aussi du statut particulier de certains pays. Par exemple, si l'enquête que l'on conduit doit déboucher sur l'envoi aux Etats-Unis d'informations sensibles, il faut obligatoirement passer par le Service de l'information stratégique et de la sécurité économiques (SISSE) du ministère de l'Économie. Il peut y avoir également des enjeux

éthiques quand il faut déterminer par exemple s'il est opportun ou pas d'interroger des personnes en position de faiblesse ou de fragilité avérée. En règle générale, les entreprises les plus importantes ont des directions dédiées (données, éthique...) et des règles internes qui prévoient ces situations. La réalisation de ces opérations en est facilitée.

L'autre catégorie réunit les enjeux relatifs aux résultats de cet audit, en particulier à l'usage et à la protection des éléments d'information qui auront été remontés via ces audits et enquêtes internes. Cela appelle une grande prudence avec le rapport d'audit qui est réalisé, y compris à propos de son support, du cadre et de la manière de le présenter. Sur les sujets les plus sensibles qu'il pointe, des décisions stratégiques sont attendues. Prises par la direction, elles supposent une fluidité d'échanges d'informations entre plusieurs acteurs, ce qui est en soi facteur de risque. Un bon avocat concurrence doit être alerte sur ces sujets-là. Enfin, il existe l'enjeu de l'alignement, ou pas, des intérêts de l'entreprise avec ceux des salariés concernés. En cas de divergence, il faut expliquer au dirigeant, à son directeur juridique, que tel ou tel salarié va devoir mandater son propre avocat. Là encore, il y aurait un côté vertueux à assurer que ces échanges soient mieux couverts par le secret des correspondances entre l'avocat et son client.

### **Les changements économiques et géopolitiques récents conduisent les acteurs à s'adapter ou à se transformer. Faut-il aussi adapter le droit de la concurrence pour qu'il reste pertinent à l'aune de ces réalités économiques nouvelles ?**

**K. B.- D. :** C'est un domaine du droit qui, normalement, devrait vraiment être en phase avec la réalité économique. Et je reconnais que le rôle des autorités n'est pas simple notamment en matière de contrôle des concentrations car elles doivent faire une analyse prospective des effets potentiels d'une acquisition ou d'une fusion, sur les dynamiques de marché.

Cette analyse repose sur trois piliers : les tests de marché, l'exploitation de documents internes aux entreprises et, enfin, les tests économiques. Pour

“

**Si la politique de concurrence était pensée de manière articulée avec la politique industrielle, la politique de l'innovation, les effets seraient plutôt positifs pour les marchés et donc pour les consommateurs. C'est aussi une façon de promouvoir l'Europe.**

”



**Kelig Boret-Dupuis**

DIRECTRICE JURIDIQUE  
CONCURRENCE & ANTITRUST  
ESSILORLUXOTTICA

réaliser ces derniers, des indicateurs simples sont utilisés, comme le taux de marge. Or, ils ne sont pas calculés de la même manière par les entreprises et par les autorités. Mais elles ont également recours à des tests beaucoup plus poussés comme les UPP (Upward Pricing Pressure) ou les GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index). Or, ces outils ne sont pas utilisés par les entreprises pour déterminer l'intérêt d'une importante opération, ni par les cabinets d'avocats pour évaluer les risques antitrust associés. Ainsi, le droit de la concurrence se fonde sur des théories économiques sur la base desquelles sont forgés des outils d'analyse qui ne reflètent toujours pas la réalité économique telle



qu'elle est vécue par les acteurs des marchés. Il ne s'agit pas de remettre en cause ces tests car ils sont également très utiles. Mais il faut veiller à ne pas rester trop théorique. Ainsi, si des tests économiques concluent à un risque d'affectation sensible de la concurrence sur un marché, ils ne devraient être retenus par une autorité de la concurrence que si la théorie est corroborée par des documents internes de l'entreprise, un plan stratégique.

Ainsi, pour répondre à votre question relative aux changements économiques et géopolitiques, il faut avant tout s'appuyer sur les fondamentaux du droit de la concurrence, et trouver ou maintenir un équilibre entre les tests de marché, les documents internes et les tests économiques avant de conclure une analyse.

**F. V. :** Comme dans les procédures contentieuses, il faudrait un peu plus de transparence et d'échanges. Cela permettrait notamment d'expliquer aux autorités, plus en amont, la rationalité économique d'une opération. Les autorités publient régulièrement des lignes directrices ou « guidelines » qui sont là pour mieux guider les entreprises et consultent d'ailleurs le marché en amont afin de recueillir leur opinion sur le texte de ces guidelines. Ce sont des initiatives qui sont clairement appréciées par les entreprises et les praticiens mais qui restent encore parfois d'un impact limité. Les entreprises ont besoin encore davantage de cohérence, de prévisibilité et de sécurité juridique dans l'application du droit de la concurrence. Par ailleurs, dans le contexte actuel, la politique industrielle européenne et la défense de nos champions européens, notamment, devraient être davantage prises en compte

**K. B.- D. :** Comme beaucoup de professionnels le soutiennent, si la politique de concurrence était

pensée de manière articulée avec d'autres politiques, comme la politique industrielle, la politique de l'innovation, les effets seraient plutôt positifs pour les marchés et donc pour les consommateurs. C'est aussi une façon de promouvoir l'Europe.

### **Faut-il s'attendre à des changements dans la pratique des autorités américaines en matière de concurrence ?**

**K. B.- D. :** C'est un sujet qui est naturellement regardé avec beaucoup d'attention et qui appelle la plus grande prudence, même si cela fait de nombreuses années que les autorités américaines sont très actives, y compris vis-à-vis des entreprises étrangères.

**F. V. :** Pour l'instant, il est bien difficile de savoir ce qui va se passer. Il faut rester pragmatique. Le nouveau « form HSR » (le dossier à remplir en merger control aux Etats-Unis) a complètement été revu et il est devenu beaucoup lourd en termes d'informations et analyses requises (s'apparentant davantage au Form CO européen). Trump n'y a pas touché bien qu'il s'agissait d'un projet initié et validé sous l'administration Biden. Ensuite, la tendance sous l'administration Biden était d'aller très souvent en contentieux sur des opérations de concentration complexes, avec une prévisibilité totalement nulle pour les parties. Est-ce que cette tendance va être stoppée net ? Il est bien trop tôt pour le dire. Nous restons très prudents sur ce qu'il adviendra. Enfin, sur toutes les grosses opérations transatlantiques, au-delà du merger control, le CIFIUS (comité inter-agences du gouvernement des États-Unis chargé de l'examen des investissements étrangers dans les entreprises américaines pour des raisons de sécurité nationale) est un outil dont il va falloir encore davantage anticiper les effets.

# Enquêtes en droit de la concurrence : origines, évolutions et anticipation

*Durant les cinq dernières années, les enquêtes en droit de la concurrence ont connu quelques évolutions notables. Plus nombreuses, impactées par les avancées technologiques et les changements des modes de travail, elles ont également vu leur champ parfois s'étendre. Autant de paramètres à connaître pour mieux les anticiper et avoir, le moment venu, les réactions optimales.*

Dans la pratique européenne et française nous recensons au moins quatre types d'évènements déclencheurs d'une enquête dont deux sont à l'initiative de l'entreprise.

Dans le cadre d'une procédure de clémence, l'entreprise elle-même vient révéler l'entente à laquelle elle a participé, ce qui lui octroie une immunité. S'il s'agit de la première entreprise à dénoncer l'infraction, la clémence implique une exonération totale de sanction. Pour les entreprises qui se présentent ensuite, l'immunité est partielle et consiste en une réduction d'amende. Les programmes de clémence sont certainement l'outil le plus efficace et constituent un puissant levier permettant la détection de cartels complexes et sophistiqués<sup>1</sup> et d'ouvrir une enquête derrière.

L'incitation à se « repentir » est la clé de voûte de ce dispositif. Il mise à la fois sur l'attractivité de l'exonération d'amende et sur la fragilité de ces alliances illicites. En effet, le fonctionnement du cartel présuppose qu'aucune des entreprises membres ne dévie jamais de l'entente ; or,



**Faustine Viala**, AVOCATE, ASSOCIÉE,

**Maud Boukhris et Sophie Mitouard**,

AVOCATES, COLLABORATRICES,  
WILLKIE FARR & GALLAGHER

“

**L'Union européenne s'est dotée de nouveaux outils législatifs pour mener des enquêtes. Cette extension des pouvoirs n'est pas sans poser des questions sur l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.**

”

si la maximisation des profits est l'« affectio societatis » valable à court terme, les entreprises conservent néanmoins des intérêts pouvant diverger sur le long terme. Il convient de noter toutefois une baisse des demandes de clémence au niveau européen ces dernières années. Cette tendance soulève nécessairement des questions méthodologiques dans la détection des infractions anti-concurrentielles.

Autre outil existant au service des autorités : la dénonciation individuelle d'un salarié d'une entreprise membre d'un cartel. On parlera dans ce cas de « lanceur d'alerte », notion assez récente en droit de la concurrence européen et français.<sup>2</sup> Au niveau européen, il convient de noter de façon intéressante que la dénonciation peut se faire soit à l'initiative du salarié, soit à celle de la Commission qui contacte alors un salarié pour qu'il devienne lanceur d'alerte.

Ce procédé est particulièrement utile pour la détection d'infractions qui seraient quasi indétectables par une autorité elle-même. S'il semble rencontrer un certain suc-

cès<sup>3</sup>, ce mécanisme soulève des difficultés en termes de confidentialité des informations données par le lanceur d'alerte et de sa protection vis-à-vis des entreprises membres du cartel (représailles disciplinaires, responsabilité civile et pénale).

Les deux autres « faits générateurs » sont externes à l'entreprise : il s'agit des enquêtes ouvertes par une autorité à la suite d'une plainte d'un tiers (concurrent ou client) ou d'une auto-saisine. La principale observation sur ces enquêtes tient aux difficultés probatoires : si la plainte est anonyme ou si une autorité se fonde sur des indices insuffisants, le dossier sera plus aisément contestable dans le cadre d'un contentieux.

### **Des perquisitions favorisées par les évolutions technologiques.**

Nous constatons tout d'abord, depuis la période post-COVID19, que la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence française (Autorité) ou encore le Department of Justice (DOJ) aux Etats-Unis ont activement repris les perquisitions dans tous les secteurs de l'économie, parfois de façon coordonnées entre elles<sup>4</sup>, avec néanmoins certaines innovations liées aux nouvelles pratiques professionnelles et technologiques.

On peut citer ainsi le développement accrue des perquisitions au domicile des dirigeants et des employés en raison de la généralisation du télétravail ; l'exploitation des téléphones portables, tablettes et autres moyens de communication à partir du moment où ils sont utilisés à titre professionnel (BYOD – Bring Your Own Device Policy)<sup>5</sup>, ou encore le large accès aux données stockées dans le cloud et serveurs distants.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> C'est ainsi près de 92% des enquêtes de la Commission ayant porté sur des cartels entre 2010 et 2017 qui se fondent sur le programme de clémence, selon un rapport de la Cour européenne des auditeurs en date de 2020.

<sup>2</sup> La Commission se fonde sur une directive qui date de novembre 2019 et l'Autorité dispose de cet outil depuis 2023.

<sup>3</sup> L'Autorité a indiqué avoir conduit une opération de visites et saisie (OVS) en janvier 2024 suite à la dénonciation d'un lanceur d'alerte quelques mois avant.

<sup>4</sup> Voir notamment l'une des plus importantes OVS coordonnées au niveau mondial au cours des 5 dernières années : les quatre plus importantes entreprises dans le secteur de la fragrance (Firmenich, Givaudan, IFF et Symrise), ont été perquisitionnées simultanément par le DOJ, la Commission, la CMA (autorité UK) et par l'autorité Suisse.

<sup>5</sup> Ces nouvelles utilisations des téléphones portables impliquent aussi les premières décisions en la matière : dans le cadre de l'enquête dans le secteur des fragrances précitée, IFF a été condamné le 24 juin 2024 à 15.9 millions d'euros d'amende pour obstruction à l'enquête de la Commission car un haut cadre de l'entreprise avait supprimé plusieurs messages WhatsApp échangés avec des concurrents.

<sup>6</sup> En particulier, depuis 2020 les enquêteurs européens peuvent accéder aux données professionnelles consultables depuis tout lieu visé et obtenir les moyens de déchiffrement.



## Des enquêtes aux périmètres nouveaux

Les enquêtes ont évolué en portant désormais sur de nouvelles considérations qui vont au-delà de la protection du consommateur stricto sensu et qui concernent le marché du travail ou encore le développement durable.

Dans le secteur environnemental, outre la fameuse affaire AdBlue de 2021, la Commission a infligé en avril 2025 un total de 458 millions d'euros à Volkswagen, Stellantis et d'autres constructeurs automobiles pour leur participation à un cartel de recyclage des véhicules entravant les objectifs d'économie circulaire au sein de l'Union européenne.

En ce qui concerne le marché du travail, si aucune sanction n'est encore à recenser, les ouvertures d'enquêtes se sont en revanche multipliées à travers l'Union européenne.<sup>7</sup> Aux Etats-Unis, le DOJ est probablement l'une des autorités les plus actives en matière de « no-poach agreement » et accord de fixation de salaires, mais rencontre toutefois de nombreuses difficultés en matière probatoire ce qui a conduit à divers échecs au niveau contentieux.<sup>8</sup>

## Extensions des enquêtes spécifiques à l'Union européenne

L'Union européenne s'est dotée de nouveaux outils législatifs pour compléter son arsenal lui permettant de mener des enquêtes. Le Digital Market Act (DMA) a pour principal objectif de réglementer les plateformes agissant comme « contrôleur d'accès ». La Foreign Subsidies Regulation (FSR) permet d'appréhender les subventions étrangères créant des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur.

C'est dans ce contexte qu'en 2024 la Commission a ouvert à la fois 5 enquêtes formelles de non-conformité sur le fondement du DMA contre Alphabet, Apple et Meta (qui a conduit à la condamnation le 23 avril 2025 d'Apple et Meta à respectivement 500 millions et 200 millions



Entré en vigueur en mars 2024, le Digital Market Act permet de déclencher des enquêtes dès le premier soupçon d'attitude non concurrentielle, sans avoir à attendre le dépôt de plaintes et des années de procédures.

d'euros), ainsi que ses premières enquêtes approfondies en matière de FSR. L'une de ces dernières a conduit à une opération de visite et saisie (OVS) dans les locaux aux Pays-Bas de l'entreprise chinoise Nuctech. Cette extension des pouvoirs d'enquête de la Commission n'est pas sans poser des questions sur l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

## Legal privilege : diversité des régimes complexes et articulations

Clé de voûte des contentieux en matière d'OVS, la protection du secret des correspondances avocat-client reste encore pleinement d'actualité en raison d'une définition du legal privilege à géométrie variable.

→ L'approche au niveau de l'Union européenne semble la plus extensive depuis les arrêts récents de la CJUE<sup>9</sup> permettant une protection des correspondances avocat-client tant pour les aspects conseils que contentieux au-delà de la seule enquête en cours ayant motivé l'OVS.

<sup>7</sup> Certaines autorités ont déjà envoyé des notifications de griefs aux entreprises concernées comme c'est le cas pour l'Autorité ou la Commission

<sup>8</sup> Cf. notamment *United States v DaVita* ou encore *United States v Jindal* en date de 2023

<sup>9</sup> Cf. arrêt CJUE, *Ordre van Vlaamse Balies* du 8 décembre 2024 et CJUE, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg c. Administration des contributions directes*, du 26 septembre 2024.



Le 23 avril 2025, Apple et Meta ont été les premiers condamnés au titre du règlement européen sur les marchés numériques (DMA).

→ En France en revanche, la Cour de cassation a une approche restrictive en jugeant que cette protection ne s'applique qu'aux correspondances en lien direct avec l'exercice des droits de la défense dans le cadre de l'enquête en cours.<sup>10</sup>

→ Aux Etats-Unis, le *legal privilege* se compose du secret professionnel avocat-client qui protège les communications confidentielles dès lors que le but principal de l'échange est l'obtention ou la fourniture d'un avis juridique, et la *work product doctrine* qui offre quant à elle une protection aux documents préparés en anticipation d'un litige.

Face à ces disparités d'approche, de nombreuses questions se posent pour les grandes entreprises internationales présentes à la fois en Europe et aux Etats Unis qui feraient l'objet d'OVS coordonnées et obligés à une adaptation aux différents régimes.

<sup>10</sup> Cour de cassation, 24 septembre 2024, n°23-82.230.

<sup>11</sup> Cf. affaire Vivendi dans laquelle la Commission a adressé – dans le cadre d'une enquête pour *gun-jumping* ouverte en 2023 – une demande de renseignements étendue impliquant notamment des communications personnelles des employés ce qui a été contesté par l'entreprise arguant du risque d'atteinte à la vie privée de ses salariés.2030, N°1776

“

**S'agissant des données personnelles, les contentieux se multiplient.**

”

### L'enjeu de la protection des données personnelles

S'agissant des données personnelles, l'attention portée à leur protection est croissante étant donné l'augmentation du télétravail et des nouvelles technologies. Les contentieux à ces propos se multiplient. En effet, toute la question réside dans la mise en balance entre protection de ces données et effectivité de l'enquête. La pratique désormais courante de saisie des téléphones portables et ordinateurs personnels, quoique jugée légitime par les juridictions nationales, soulève des tensions croissantes sur le plan des libertés fondamentales, notamment du respect de la vie privée, en particulier lorsque les données professionnelles et personnelles sont mélangées.<sup>11</sup>

### Comment anticiper le risque d'une enquête concurrence ?

Pour les entreprises, les audits internes sont le point de départ de la détection en amont d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. La mise en place de telles procédures réalisées par un avocat indépendant et spécialisé en droit de la concurrence, en complément de programmes de compliance, permettent une surveillance accrue des comportements individuels qui pourraient constituer une infraction. En cas de découverte d'éléments suspects, l'entreprise devra travailler avec son conseil pour procéder à une analyse approfondie et une appréciation du risque concurrentiel. La conclusion pourra déterminer une orientation vers une demande de clémence par exemple.

“

## Les audits internes permettent une surveillance accrue des comportements individuels qui pourraient constituer une infraction.

”

La préparation à une perquisition éventuelle est l'autre point d'anticipation très important pour les entreprises. Bien que les avocats puissent arriver rapidement sur les lieux, il est primordial de former ses salariés en amont

pour éviter toute désorganisation, peur ou entrave le jour où les enquêteurs se présenteront au sein des locaux ou de leur domicile personnel. En effet, la coopération au cours de l'enquête est essentielle pour la suite de la procédure et elle doit se faire dans le strict respect des règles procédurales que ce soit de la part de l'entreprise mais aussi des enquêteurs. A cette fin, il est recommandé de procéder à des simulations d'OVS à l'aide de ses avocats ce qui permettra à chaque salarié de disposer d'un cadre organisationnel clair et une connaissance des droits élémentaires pour le bon déroulé d'une perquisition.

### Points clés à retenir

- Le programme de clémence reste l'outil le plus solide dans l'arsenal des autorités pour ouvrir une enquête dans la mesure où les éléments de preuve apportés par l'entreprise elle-même seront nécessairement plus robustes en cas de contentieux.
- Sur ces 5 dernières années, les ouvertures d'enquêtes se sont multipliées dans tous les secteurs de l'économie, s'étendant également à de nouvelles considérations comme le marché du travail ou l'environnement. La Commission dispose désormais de nouveaux pouvoirs d'enquête en matière de DMA et de FSR.
- Les enquêtes suscitent toujours autant de contentieux en matière de protection du secret des correspondances. Il y a également un développement important du contentieux en matière de protection des données personnelles dans un contexte de télétravail massif et d'utilisation hybride des outils de communication (personnel/professionnel).
- Pour se préparer à une enquête en droit de la concurrence, une entreprise doit en priorité, avec l'aide d'un avocat spécialisé, mettre en place des procédures d'audit interne et préparer ses salariés à une éventuelle perquisition.

Business & Partners - Une publication Les Echos Publishing / Willkie Farr & Gallagher Paris - Mai 2025

**LesEchos**  
PUBLISHING

**WILLKIE**  
WILLKIE FARR & GALLAGHER LLP