

Ecole de Droit et Management de Paris

**LE MANAGEMENT DES RISQUES LIES
AU DROIT DE LA CONCURRENCE AU
SEIN DES GRANDES ENTREPRISES**

Malika AMRI

MBA de droit des affaires et management

**Sous la direction de Messieurs les Professeurs
Michel GERMAIN et Jérôme DUVAL-HAMEL**

8 juillet 2010

PLAN DU MEMOIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE I L'importance croissante des risques liés au droit de la concurrence dans les grandes entreprises

I/ L'évolution rapide et imprévisible du droit de la concurrence

§1 Des pratiques contestables aux limites floues

§2 La conception extensive de la responsabilité en droit de la concurrence

II/ L'impact de l'évolution du droit de la concurrence sur les risques encourus par les grandes entreprises

§1 Les obligations de transparence des grandes entreprises

§2 Uniformisation et extraterritorialité du droit de la concurrence

CHAPITRE II Proposition d'un modèle de management des risques liés au droit de la concurrence dans les grandes entreprises

I/ L'importance stratégique de la mise en place d'un programme de management des risques liés au droit de la concurrence

II/ Le management des risques avant la survenance d'une enquête de concurrence

§1 Les outils déployés par l'entreprise pour assurer le respect du droit de la concurrence

§2 La mise en œuvre du management des risques liés au droit de la concurrence

III/ Le management des risques suite à la survenance d'une enquête de concurrence

§1 La mise en place de la coopération avec les autorités de la concurrence

§2 La crise consécutive à l'enquête de concurrence

CONCLUSION

INTRODUCTION

Récemment, la Cour Européenne de Justice a confirmé la sanction prononcée par la Commission Européenne à l'encontre du groupe Lafarge et d'autres opérateurs sur le marché du plâtre pour entente anticoncurrentielle. Elle a condamné ainsi cet ensemble d'entreprises à payer une amende de 478 millions d'euros, dont près de 250 millions d'euros par Lafarge¹. Cette confirmation de la décision a immédiatement eu des conséquences considérables sur l'état financier de l'entreprise et sur le déroulement des activités de Lafarge².

Ce montant excessif est le résultat d'une enquête menée par Les autorités européennes sur des pratiques enregistrées au début des années 1990. Entre temps, quasiment toutes les équipes de la société ont été remplacées. Ce qui signifie que les équipes, actuellement en place, supportent le dommage causé par des personnes, des méthodes et des pratiques dont ils ne sont théoriquement pas responsables.

De plus, le fait que Lafarge, à l'instar de nombreuses grandes entreprises, soit présent dans près de 80 pays rend la coordination des politiques et le contrôle des opérations laborieux.

Les montants prononcés par les autorités européennes en matière de concurrence sont de plus en plus élevés et causent un dommage considérable aux entreprises.

Les risques liés aux accusations d'atteinte à la concurrence sont de plus en plus importants et les entreprises doivent, dans une optique stratégique, investir dans la prévention de ces risques et contrôler la bonne application des règles qu'elles ont mis en place afin d'éviter les menaces de condamnations.

Cependant, toutes les entreprises n'ont pas une taille suffisamment importante pour justifier la mise en place d'un tel système. Notre étude se concentrera donc sur les « grandes entreprises », celles dont la taille et le marché justifient la mise en place d'un système de management des risques liés au droit de la concurrence et d'une équipe de juristes consacrés à ce domaine en particulier.

¹ COMP/E-1/37.152, Plaques en plâtre, *Journal officiel* n° L 166 du 28/06/2005 ; TPICE, affaires T-50/03, T-52/03, T53/03, T-54/03

² A titre indicatif, pour l'exercice 2009, le rapport annuel indique un résultat d'exploitation avant plus-values de cession, perte de valeur sur actifs, restructurations et autres de 2477 millions d'euros.

Dans quelle mesure la mise en place d'un système de management des risques liés au droit de la concurrence est-elle devenue une nécessité pour les grandes entreprises ? Quelle forme peut prendre ce système de management afin d'être efficace ?

Nous allons expliquer, dans un premier temps, les raisons d'ordre juridique qui ont poussées les grandes entreprises, depuis quelques années, à prendre conscience de la nécessité de mettre en place une prévention des risques liés au droit de la concurrence (chapitre I).

Dans une deuxième partie, nous avons recensé et analysé les meilleures pratiques des grandes entreprises françaises et multinationales afin d'aboutir à une proposition de modèle de management. Il s'agit d'un modèle qu'il faudra considérer avec précaution, dans la mesure où les solutions dépendent toujours de nombreux facteurs : géographiques, économiques, sociaux et humains (chapitre II)

Chapitre I

L'importance croissante des risques liés au droit de la concurrence dans les grandes entreprises

Le droit de la concurrence est un domaine qui connaît une évolution éclatante en Europe et constitue, aujourd'hui, l'un des socles du marché commun. Il vise à assurer des conditions similaires aux concurrents et permet une circulation libre des biens, des services et des capitaux. C'est pour cette raison que c'est actuellement l'un des domaines juridiques les plus développés à l'échelle européenne. Il tend à remplacer intégralement les différents droits internes des pays membres de l'Union Européenne.

Le droit de la concurrence est un domaine original du droit dans la mesure où on y trouve une empreinte considérable des sciences économiques tant au niveau des notions de base qu'au niveau des méthodes de preuve.

Cette évolution du droit communautaire reste cependant floue et incertaine (Section I), ce qui accroît l'insécurité juridique et les risques encourus par les grandes entreprises dans ce domaine (Section II).

Section I L'évolution rapide et imprévisible du droit de la concurrence

En l'état actuel des choses, le droit de la concurrence se caractérise par le manque de clarté de ses concepts (§1) et l'absence de limites quant aux personnes susceptibles d'être tenues pour responsables en cas de constatation d'un manquement (§2).

§1 Des pratiques contestables aux limites floues

Le droit de la concurrence s'est forgé sur de nombreuses constructions prétorienne, d'où l'importance de la casuistique dans ce domaine juridique. De ce fait, la jurisprudence est parfois instable et les limites des concepts utilisés sont floues tant au niveau de la nature des pratiques contestables (A) qu'au niveau des sanctions prononcées à l'encontre de leurs auteurs (B).

A) Des limites floues concernant la nature des pratiques contestables : l'exemple de l'abus de position dominante collective

Plusieurs notions restent imprécises en droit européen de la concurrence, ce qui constitue une grande source d'insécurité juridique pour les entreprises. Par exemple, la notion de répartition géographique des marchés est limitative dans la mesure où deux entreprises concurrentes fabriquant des produits pour lesquels la proximité géographique des points de vente est nécessaire (exemple : le béton) et qui sont implantés dans des endroits différents, ne pourront pas approvisionner les distributeurs ou les acheteurs au delà d'un certain périmètre.

Pour les besoins de notre étude, nous nous cantonnerons à l'exemple de la notion d'« abus de position dominante collective » dont les effets sont considérables pour tous les types d'entreprises.

Pour que la position dominante collective soit établie, la structure du marché doit être telle que la somme algébrique des parts de marché des acteurs potentiels constitue une part conséquente du marché. De plus, l'ensemble de ces acteurs doit avoir un pouvoir collectif de représailles. Enfin, ces entreprises doivent être en mesure d'empêcher l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché pertinent.

Cette notion a été clarifiée première une première fois à l'occasion de l'arrêt « Verre plat » Le Tribunal a admis que l'expression « une ou plusieurs entreprises » contenue dans l'article 82 du traité CE (aujourd'hui article 102 TFUE) implique qu'il puisse y avoir plusieurs entreprises occupant collectivement une position dominante, à condition que l'on démontre l'existence de liens entre les entreprises accusées qui leurs permettent d'agir

« indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients ou de leurs consommateurs »³. La nature de ces liens est difficile à établir au point que l'abus de position dominante collective est aujourd'hui difficile à envisager en dehors du cadre des ententes y compris par les autorités de la concurrence.

En fin de compte, à chaque fois que la Commission échouera à démontrer l'existence d'une entente, elle tentera d'établir l'existence d'une position dominante collective, dont la preuve est plus aisée puisqu'il n'y a pas besoin de prouver l'existence d'un accord même tacite. Par conséquent, le concept de dominance collective constitue une sorte d' « épée de Damoclès » menaçant perpétuellement les entreprises.

B) Des limites floues quant à la nature des sanctions prononcées par les autorités de la concurrence

Les montants des sanctions infligées ces dernières années par les autorités de la concurrence, la Commission européenne au niveau communautaire et l'Autorité de la Concurrence au niveau national (pour l'exemple de la France), ont connu une augmentation spectaculaire.

Les autorités de la concurrence sont des autorités de nature administrative. Les sanctions qu'elles prononcent sont donc également de nature administrative⁴. Néanmoins, plusieurs auteurs critiquent cette qualification au vu des montants de plus en plus importants des sanctions prononcées. L'on considère qu'il faudrait que la Commission européenne admette leur caractère pénal et que les entreprises soupçonnées bénéficient des mêmes garanties procédurales que les prévenus en matière pénale. Or, actuellement, toute la période précédant la notification des griefs ne confère aucune garantie aux entreprises objet de l'enquête. Pourtant, cette période peut durer plusieurs années durant lesquelles l'entreprise ne bénéficie d'aucune protection.

Selon une jurisprudence établie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, toute procédure, fût-elle qualifiée d'administrative, s'apparente à la matière pénale, dès lors qu'elle débouche sur des sanctions qui ont vocation à être punitives et dissuasives⁵.

Ces critiques sont régulièrement, adressées aux autorités communautaires par différentes organisations et associations professionnelles (ICC, AFEP, AFEC, etc.). Elles posent, néanmoins, à notre sens, un problème hautement politique car les autorités concernées

³ TPICE, Affaires n° T-68, 77 and 78/89 *Societa Italiana Vetro & Ors v Commission* [1992] ECR II-1403

⁴ Règlement n°1/2003, art.23§5

⁵ Cour EDH 21 février 1984, *Oztürk*, req. N°8544/79 ; Cour EDH 11 juin 2009, *Dubus*, req. N°5242/04

ne semblent avoir que deux options : soit réduire considérablement le montant des amendes, ce qui réduirait leur caractère dissuasif mais représenterait surtout un manque à gagner important pour la Commission, soit admettre l'existence d'un droit pénal communautaire et toucher alors à ce que l'on considère comme l'un des derniers bastions de la souveraineté juridique des Etats membres.

Il y a donc bel et bien un travail à faire pour éclaircir les limites actuelles du droit de la concurrence. Ce flou juridique touche également l'identité des personnes pouvant être tenues responsables des manquements au droit de la concurrence.

§2 La conception extensive de la responsabilité en droit de la concurrence

La responsabilité en cas de manquement d'une société aux règles de la concurrence s'étend à tout le groupe de sociétés auquel elle appartient et se trouve en contradiction avec le principe de personnalité (A). De plus, l'on constate un cumul des sanctions encourues par les entreprises en contradiction avec le principe *non bis in idem* (B).

A) La notion économique de Groupe de sociétés face au concept juridique de personne morale

Le principe de personnalité juridique connaît de nombreuses exceptions, l'une des plus célèbres étant la situation du groupe de sociétés en matière de droit de la concurrence. Cette notion de groupe, empruntée aux disciplines économiques, a pour but d'éviter que les entreprises n'aient recours à des pratiques contestables en se cachant derrière des sociétés écran.

En conséquence, toutes les sanctions, y compris de nature pécuniaire, peuvent être infligées aux sociétés mères lorsque leurs filiales ont agi sur leurs instructions ou avec leur consentement⁶. Selon la Cour de justice, cette connaissance des agissements de la filiale est présumée lorsque celle-ci est détenue à 100% par la société mère, car l'on considère qu'elle a suivi la politique fixée pour le Groupe⁷. Cette solution a été adoptée de façon stable par la jurisprudence communautaire à partir des années 1970 avant d'être reprise par plusieurs droits internes dont le droit français⁸.

⁶ CJCE, 14 juillet 1992, Imperial Chemical Industries : Rec 619

⁷ CJCE, 25 octobre 1983, aff.107/82, AEG, Rec. 3151; CJCE, 9 septembre 2009, C-97/08, Akzo Nobel NV c/ Commission

⁸ G. Decocq, *La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales* RJ com. 2007, n° 4, p. 281

En pratique, la responsabilité de la société mère est mise en cause chaque fois que l'on peut prouver qu'elle est à l'origine de la pratique illicite d'une façon ou d'une autre⁹.

De plus, lorsque la société poursuivie a disparu en tant qu'entité juridique indépendante, comme par exemple à la suite d'une fusion, c'est la société qui a repris son activité économique qui doit supporter la sanction¹⁰.

Cette position forme un embrouillement dans la mesure où le Groupe doit supporter les conséquences de comportements sur lesquels il n'avait aucun pouvoir. Cette responsabilité est juridiquement qualifiée de responsabilité du fait d'autrui. Elle nous semble abusive.

Les sanctions sont encourues non seulement par le Groupe et la filiale mais également par les personnes physiques responsables. Plusieurs types de sanctions sont appliquées, parfois concomitamment.

B) La pluralité des sanctions encourues

Les manquements au droit de la concurrence peuvent être simultanément sanctionnés par les autorités de la concurrence, par les juridictions civiles et commerciales et par les juridictions pénales.

- Sanctions des autorités de la concurrence

Les autorités de la concurrence, à l'échelle interne comme à l'échelle communautaire, n'ont pas vocation à dédommager les victimes ni à condamner les personnes physiques impliquées dans les pratiques contestables.

Les manquements seront jugés par les autorités internes lorsque les pratiques sont locales. La compétence de la Commission sera retenue lorsque les pratiques affectent le commerce entre les Etats membres. Ce critère est flou dans la mesure où une partie d'un Etat membre peut être considéré comme affectant le marché intérieur.

Au niveau communautaire, la Commission peut seulement prononcer des amendes à l'encontre des personnes morales et n'est pas compétente pour l'octroi de dommages et intérêts¹¹. Cependant, la Commission a publié un livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et sur les abus de position dominante. La Commission encourage le développement des actions privées comme moyen complémentaire aux actions publiques mises en œuvre par les autorités de la concurrence.

⁹ O. Ancelin-Menais, *L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*, JCP E 2008. 1428, n° 7

¹⁰ CJCE, 28 mars 1984, aff. Jointes 29 et 30/83, Cram et Rheinzink : Rec 1679

¹¹ TPICE, 18 septembre 1992, aff. 24/90, Automec : RJDA 12/92 n°1149, Rec II-2223

La question a été posée de savoir si le juge de droit commun est ou non lié par les décisions de l’Autorité. Si aucune réponse définitive n’a encore été donnée, l’on constate en pratique que c’est déjà le plus souvent le cas.

- Responsabilité civile

En plus de la nullité de l’accord ou de la clause litigieuse, les tiers ayant subi un préjudice peuvent demander des dommages et intérêts sur le fondement classique de la responsabilité délictuelle prévue à l’article 1382 C.Civ.

Une partie au contrat peut elle se prévaloir de l’illicéité du contrat pour demander l’allocation de dommages et intérêts en se fondant sur la théorie de l’abus de droit?

Concernant l’imputabilité de la faute, si la personne assignée est quasiment toujours la personne qui a signé le contrat donc le plus souvent la société par le biais de son représentant légal, rien n’empêche la société de se retourner à son tour contre la personne physique réellement fautive.

- Responsabilité pénale

Pour les personnes physiques, l’article L420-6 du Code de commerce prévoit la sanction de toute personne physique, qui « frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l’organisation ou la mise en œuvre » d’une entente ou d’un abus de position dominante.

En ce qui concerne les personnes morales, depuis la loi Perben II, le principe de spécialité de la responsabilité des personnes morales a disparu ; ce qui signifie que les personnes morales pourront être poursuivies chaque fois que ce sera le cas pour les personnes physiques¹².

Par ailleurs, l’article 470-1 du Code de commerce prévoit la possibilité d’ordonner la condamnation solidaire de la personne morale pour le paiement des amendes prononcées contre leurs dirigeants.

Pour prévenir ces risques, il est important d’avoir recours à la technique de la délégation de pouvoirs en respectant un schéma précis pour que la responsabilité de chacun soit claire.

Il y a donc une possibilité de cumul des poursuites pénales avec l’action engagée par l’autorité de la concurrence et avec la demande de dédommagement ce qui constitue une triple sanction d’une même pratique contestable. Le rapport Coulon (janvier 2008) propose la

¹² Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, JO du 10 mars 2004

dépénalisation du droit de la concurrence à l'égard des personnes morales pour éviter le cumul des sanctions administratives et pénales.

Section II L'impact de l'évolution du droit de la concurrence sur les risques encourus par les grandes entreprises

Les exigences de confidentialité dictées par le droit de la concurrence présentent un risque pour les grandes entreprises dans la mesure où elles peuvent s'avérer contradictoires avec les obligations de transparence dictées par les obligations en matière de *corporate governance* (§1).

Le risque pour les entreprises transnationales est d'autant plus important que la coopération internationale des autorités se développe rapidement. Plusieurs Etats ont donc adopté des lois auxquelles elles ont conféré des effets extraterritoriaux. Ceci complexifie le schéma des normes dont il faut tenir compte pour les entreprises transnationales (§2).

§1 Les obligations de transparence des grandes entreprises

La première décennie du XXI^{ème} siècle a été marquée par un changement radical de la vie des affaires, et ce, suite à la multiplication des abus constatés et aux scandales financiers qui ont défrayé la chronique tels que les affaires Enron, Worldcom, ou encore l'affaire la plus récente qui a marqué le début de la crise de 2008 à savoir Lehman Brothers.

Ce bilan négatif des règles de sécurité appliquées par les entreprises et les institutions financières a abouti à l'apparition de nouvelles obligations de transparence et de respect des normes prudentielles (A).

Si le respect de ces règles de transparence assure aux entreprises d'être en conformité avec la loi, cette disponibilité des informations permet aux autorités d'avoir accès à davantage d'informations pour constituer leur dossier en cas d'enquête, ce qui constitue le revers de la médaille (B).

A) Les règles de *Corporate governance*

En 2001, la loi NRE avait déjà instauré des règles plus strictes en matière de gouvernance des sociétés : indépendance des administrateurs par rapport au président, accroissement de la transparence vis-à-vis des actionnaires et obligation pour les entreprises de communiquer les conséquences sociales et environnementales de leurs activités¹³.

Aux Etats-Unis, la loi Sarbanes-Oxley (dite SOX)¹⁴ a introduit des réformes essentielles en matière de transparence de la comptabilité des entreprises et de la protection

¹³ Loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE)

¹⁴ Pub. L. N°. 107-204, 116 Stat. 745, July 31st, 2002

des actionnaires. Cette loi a eu une influence déterminante sur l'évolution législative en France et plus généralement en Europe.

L'on distingue plusieurs vagues successives de réformes en droit français, qui ont pour objectif d'instaurer une nouvelle culture des affaires en faveur d'informations plus complètes et plus normées, engageant une responsabilisation plus importante des administrateurs.

En 2003, la loi sur la sécurité financière ou loi LSF a mis en place des règles pour une meilleure transparence des informations financières.

En 2005, la loi Breton¹⁵ renforce les obligations de transparence en faveur des actionnaires, entre autres, en matière de rémunération des dirigeants.

Le Code AFEP MEDEF synthétise et consolide l'ensemble de ces règles de gouvernance et constitue le code de référence de la grande majorité des entreprises dont les titres sont admis à la négociation sur les marchés réglementés, et ce, en application de la loi du 3 juillet 2008. Elles devront se conformer à ce code à moins de pouvoir justifier un éventuel défaut d'application, en vertu de la règle *Comply or explain*.

L'ensemble de ces règles poussent les entreprises à communiquer davantage sur les risques qu'ils encourent mais leur donne également l'obligation d'identifier ces écueils et de mettre en place des programmes de gestion des risques. En témoigne la recommandation de l'AMF sur les facteurs de risques qui contient notamment un paragraphe sur l'obligation de communication des risques juridiques¹⁶.

Les grandes entreprises ont, par ailleurs, mis en place des codes de bonne conduite des affaires (ou programmes de *compliance*). Ces programmes, qualifiés de *soft law* ou droit « souple », ont pour but de prouver la bonne foi des entreprises en cas de constatation d'un manquement y compris en droit de la concurrence. Ils ont d'autant plus d'intérêt pour les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur les marchés réglementés dans la mesure où un plus grand respect des règles de gouvernance assure la valorisation boursière des titres de l'entreprise.

B) Les risques découlant de cette politique de transparence

Lorsque les entreprises se plient aux exigences de transparence, cela peut « se retourner contre eux » à deux niveaux.

¹⁵ Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie

¹⁶ Recommandation de l'AMF sur les facteurs de risque – mise à jour du guide d'élaboration des documents de référence, 29 octobre 2009, §2.1 Les risques juridiques

D'un part, les autorités auront plus facilement accès aux informations des entreprises pour enquêter et constituer leur dossier à charge. Par exemple, la nouvelle recommandation de l'AMF relative à la description des activités importantes et des principaux marchés¹⁷. Cette recommandation pousse les entreprises à révéler des informations stratégiques sur leurs activités.

D'autre part, au vu du développement rapide des moyens de communication, la circulation des informations stratégiques concernant les entreprises (volumes des ventes, chiffre d'affaires, etc.) est facilitée, ce qui favorise la transparence des marchés et des politiques des entreprises. Cette situation est utilisée par les autorités pour présumer que l'entreprise a eu un comportement anticoncurrentiel. Le problème est que la charge de la preuve est en quelque sorte inversée : c'est à l'entreprise soupçonnée de pratiques anticoncurrentielles de prouver son innocence. La mission accusatoire de la Commission s'en trouve facilitée. Nous sommes donc face à deux impératifs contradictoires à savoir l'obligation de transparence d'une part, et le secret des affaires d'autre part.

§2 Uniformisation et extraterritorialité du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est un domaine du droit pour lequel il y a particulièrement eu des efforts d'harmonisation. Il existe un réseau international de la concurrence par lequel les autorités de la concurrence des différents pays coopèrent afin d'harmoniser la législation, les concepts et les solutions dans le but d'échanger des informations (A).

Par ailleurs, le principe de territorialité semble altéré en matière de droit de la concurrence puisque certains Etats ou groupes d'Etats comme les Etats-Unis ou encore l'Union Européenne confèrent à leurs règles une portée extraterritoriale, ce qui accroît l'insécurité juridique (B).

A) Un droit harmonisé et une coopération internationale accrue des autorités de la concurrence

Le droit de la concurrence est actuellement l'une des branches les plus évoluées du droit communautaire (L'Europe comptant à ce jour 27 membres, auxquels il faut ajouter les membres de l'AELE)¹⁸.

¹⁷ Recommandation de l'AMF sur la description des principales activités et des principaux marchés – mise à jour du guide d'élaboration des documents de référence, 9 décembre 2009

¹⁸ L'Union européenne composée de 27 membres, ainsi que les 4 membres de l'AELE forment l'Espace Economique Européen (EEE).

Le droit de la concurrence a été unifié par le biais de nombreux règlements. Concernant les droits internes applicables lorsque les seuils communautaires ne sont pas atteints, plusieurs directives harmonisent ces législations en dictant des objectifs clairs en faveur de la libre concurrence et du bien-être du consommateur.

Un autre exemple à signaler est celui des pays OHADA, puisque les règlements de l'OHADA sont directement applicables dans les seize pays membres¹⁹.

Plus d'une centaine de pays sont dotés d'un droit de la concurrence et, pour un bon nombre d'entre eux, il s'agit d'un droit récent, « décrété », parfois imposé, dans le cadre d'accords internationaux par le FMI ou autres. Les standards sont de ce fait presque toujours les mêmes qu'il s'agisse des pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique du Sud.

Même si des nuances existent entre les deux grands modèles dominants que sont le modèle européen et le modèle américain, l'on constate une convergence de plus en plus marquée des standards et des normes.

Cette convergence est facilitée par la coopération des autorités de la concurrence par le biais de l'International Competition Network. Cette organisation est née d'une initiative américaine : les recommandations du Comité consultatif pour une politique internationale de concurrence (ICPAC) formé en 1997 ont abouti au lancement de l'ICN en 2001 mené par 14 pays. Ce réseau offre l'opportunité d'un échange d'informations entre les autorités à travers le monde et de la formation de groupes de travail pour harmoniser les règles à appliquer.

Par ailleurs, il faut relever l'existence d'accords bilatéraux et tripartites. Le plus connu étant l'accord signé en 1999 entre la Communauté Européenne et le gouvernement des Etats-Unis. Il concerne l'application des règles de concurrence²⁰. Il est complété par l'accord de 1998 sur la mise en œuvre des principes de courtoisie active²¹. La courtoisie active est définie par la doctrine comme suit : un Etat peut inviter un autre Etat à prendre des mesures contre un comportement sur son territoire lorsque des intérêts importants de l'Etat requérant sont affectés. L'Etat requérant suspend alors ses propres investigations, « une véritable répartition des tâches en résulte »²².

L'OMC a désormais la possibilité de sanctionner les Etats signataires du Document de référence de l'OMC sur les principes de la réglementation bénéfiques à la concurrence²³ s'ils

¹⁹ <http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/droitdelaconcurrenceuemoa.pdf>

²⁰ Traduction non officielle, JOCE n° L 95 du 27 avril 1995, pp.47 et suiv. Signature lors du sommet UE/Canada à Bonn le 17 juin 1999 et entrée en vigueur dès sa signature

²¹ JOCE n° L 173 du 18 juin 1998, pp.28 et suiv.

²² CENK KESKIN A., Pour un nouveau droit international de la concurrence, éd. L'Harmattan, 2009, p.244

²³ OMC, Mexique – mesures visant les services de télécommunications (DS204), 1^{er} juin 2004

ne prennent pas les mesures adéquates pour se conformer au document de référence. En effet, l'Organisation a jugé le Mexique qui a autorisé des pratiques anticoncurrentielles en fermant son secteur national des télécommunications à la concurrence étrangère, en contradiction avec les engagements qu'il a pris²⁴.

B) La portée extraterritoriale du droit de la concurrence

S'il existe un principe consacré de non interférence en droit international public et un principe de territorialité des lois, l'on assiste de plus en plus à des dépassements tant au niveau de la compétence juridictionnelle qu'à celui de la portée géographique des lois. Les exemples les plus marquants sont ceux du droit américain et du droit européen.

- Extraterritorialité du droit américain

En matière de contrôle des concentrations, la loi américaine précise que la notification des concentrations est obligatoire y compris pour les opérations entre entités juridiques étrangères dès lors qu'il y a un effet potentiel sur le marché américain²⁵.

Quant à la portée des condamnations, les juridictions américaines ont connu un différend concernant la possibilité pour les victimes étrangères ayant subies des préjudices à l'étranger, du fait des conduites de cartels, de demander réparation auprès des juridictions américaines, au même titre que des victimes qui ont réalisé leurs transactions aux Etats-Unis. Dans une célèbre affaire dite du cartel de vitamines²⁶, l'interprétation du *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* a abouti en première instance au rejet de cette possibilité car il aurait d'abord fallu prouver que le préjudice subi à l'étranger était le résultat de l'effet sur le commerce américain.

La Cour d'Appel, de son côté, a admis cette possibilité, ce qui aurait signifié une compétence universelle illimitée des juridictions américaines.

La Cour suprême a tranché en faveur de la première solution, à savoir la nécessité de prouver l'existence d'un lien avec le commerce américain. Ce lien peut et est de fait souvent analysé de façon extensive.

En effet, il suffit que la pratique affecte, même indirectement, le commerce américain. Par exemple, dans une affaire *US v. Watchmakers of Switzerland Information center Inc.*,

²⁴ http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds204_f.htm

²⁵ Voir Horizontal merger guidelines (1992) et HSR Act (Hart-Scott-Rodino antitrust improvements Act, 1976)

²⁶ Etats Unis, affaire Empagran S.A. v. F. Hoffman Laroche Ltd, 315F 3d338 (D.C. Cir. 2003)

concernant des associations professionnelles ayant eu recours à des pratiques anticoncurrentielles, on a considéré que l'impact sur le commerce américain était suffisamment établi. Tous les accords avaient pourtant été conclus en Suisse entre des entités suisses et le commerce américain n'était pas plus affecté que dans un autre pays où ces mêmes montres étaient commercialisées.

- Extraterritorialité du droit européen

En matière de contrôle des concentrations, le critère retenu n'est pas celui du territoire où la pratique est constatée mais celui de l'effet sur le marché intérieur. En l'occurrence, « lorsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produisent un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du Règlement n° 4064/89 [aujourd'hui remplacé par le règlement n° 139/2004] est justifiée au regard du Droit International Public »²⁷.

Concernant la portée extraterritoriale conférée aux jugements, elle a connu tour à tour deux fondements juridiques : la Cour a commencé par se fonder sur l'unité économique ou unité de l'entreprise²⁸ avant d'avoir recours à la théorie des effets, en vertu de laquelle le jugement peut toucher une entité étrangère dès lors qu'il ya un effet réel ou même potentiel sur le commerce entre Etats membres.²⁹

Dans l'affaire *Microsoft*, une plainte a été déposée près de la Commission européenne par une entreprise américaine, Sun Microsystems, contre une autre entreprise américaine, Microsoft, pour des pratiques constatées sur un marché de dimension mondiale, pour lesquelles les juridictions américaines étaient bel et bien compétentes. Les entreprises profitent donc désormais de l'outrage passément de compétence opéré par les juridictions pour avoir recours à un « forum shopping »³⁰.

En conclusion, une vigilance à deux niveaux s'impose : d'une part, il faut veiller aux obligations de notification d'opérations de concentration qui existent, même lorsque l'autorité locale n'est pas concernée. D'autre part, il faut veiller à la possibilité de poursuites émanant d'autres pays, et ce, dans la mesure où des poursuites sont possibles dès lors que l'on opère sur un marché donné dans le monde.

²⁷ TPICE, Aff.102/96, *Gencor c/ Lohnro*, 25 mars 1999, Rec. 1996

²⁸ CJCE, aff.6/72 du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company*

²⁹ CJCE, aff. 19/77 du 1^{er} février 1978, *Miller*, Rec.1978, p.131, §15

³⁰ COMP/C-3/37.792, *Aff. Microsoft*, décision du 24 mars 2004

L'importance des risques encourus, les nombreuses personnes dont la responsabilité peut être engagée et la multiplicité des sanctions possibles justifie à notre sens la mise en place d'un système de management des risques liés au droit de la concurrence, tant en déployant une stratégie préventive qu'en adoptant une ligne de conduite stable en cas de survenance d'une enquête.

Chapitre II

Proposition d'un modèle de management des risques liés au droit de la concurrence dans les grandes entreprises

Il existe une multitude d'entreprises intervenant sur des marchés pertinents ayant des caractéristiques très différentes. « Manager, c'est trouver la meilleure combinaison de moyens pour faire face aux contraintes économiques considérées comme des données. Le rôle du manager est de trouver les ressources pour en tirer le meilleur parti : compétences humaines, ressources financières ou technologiques »³¹.

Le principe d'arbitrage et le principe d'ajustement supposent que les méthodes de management soient adaptées aux spécificités de chaque entreprise afin que le procédé adopté soit efficace et optimal.

Chaque type d'entreprise évolue dans un environnement très précis, d'où la difficulté de concevoir un modèle unique.

Pour les besoins de notre étude, le modèle théorique envisagé ci-après est celui d'une entreprise très exposée aux risques liés au droit de la concurrence. Il s'agit d'une entreprise ayant des activités dans plusieurs pays. Elle est en position dominante dans la plupart de ces pays en raison des barrières à l'entrée sur le marché.

Au vu des contraintes législatives et réglementaires précédemment exposées, il semble nécessaire de mettre en place un système spécifique de management des risques liés au droit de la concurrence, qui s'inscrirait dans un système plus global de management des risques juridiques en général (section I).

Il faudrait dans un premier temps mettre en place un système de prévention des risques liés au droit de la concurrence (section II).

Néanmoins, il est nécessaire de se départir de toute illusion de contrôle et d'anticipation. Il faut donc également être en mesure de gérer la survenance d'une enquête de concurrence dans le cas où la prévention s'avèrerait insuffisante (section III).

³¹ GOMEZ P.-Y., *Gouvernement des entreprises in MBA, L'essentiel du management par les meilleurs professeurs*, éd. Eyrolles, 2009, p.51

Section I L'importance stratégique de la mise en place d'un programme de management des risques juridiques

Le management des risques est défini comme « un processus mis en œuvre par le conseil d'administration, la direction générale, le management et l'ensemble des collaborateurs de l'organisation. Le processus est pris en compte dans l'élaboration de la stratégie ainsi que dans toutes les activités de l'organisation. Il est conçu pour identifier les événements potentiels susceptibles d'affecter l'organisation et gérer les risques dans les limites de son appétence pour le risque. Il vise à fournir une assurance raisonnable quant à l'atteinte des objectifs de l'organisation »³².

Les objectifs du management des risques sont tout d'abord de rassurer les actionnaires afin qu'ils continuent à investir dans l'entreprise, de permettre une affectation plus pertinente des ressources de l'entreprise et de protéger l'image et la réputation de l'entreprise.

Le management des risques juridiques consiste plus précisément à analyser et à synthétiser les principaux écueils juridiques à l'échelle de l'entreprise, et à animer des dispositifs de contrôle et de pilotage de ces risques.

En matière de gestion des risques en général, plusieurs stratégies sont envisageables : l'on peut choisir l'« évitement » : l'activité risquée est suspendue ou abandonnée. L'on peut également accepter le risque lorsque son occurrence ou ses conséquences sont négligeables pour l'entreprise. Une troisième solution consisterait à réduire le risque en l'identifiant pour pouvoir prendre les mesures préventives appropriées. Enfin, l'on peut transférer le risque lorsque cela est possible, notamment par le biais des assurances.

Concernant la question spécifique de la gestion des risques juridiques et plus encore concernant les risques liés au droit de la concurrence, la simple acceptation est exclue au vu de l'importance des sanctions et du dommage pour l'entreprise en termes d'image. L'évitement est également à écarter dans la mesure où les pratiques contestables naissent de comportements inhérents à toute activité commerciale.

Le transfert, pour sa part semble difficile à mettre en œuvre en matière de risques juridiques, mise à part le recours aux polices d'assurance lorsque le risque peut être couvert.

La seule stratégie efficace semble donc l'identification et la mise en place d'une politique préventive, le contrôle de son application dans le cas où aucune procédure n'a été

³² COSO II est un cadre de référence pour le management des risques de l'entreprise mis en place par le *Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* depuis 2002

engagée à l'encontre de l'entreprise. L'adoption d'une politique préventive à l'échelle du groupe est la solution la plus sûre pour minimiser les chances de survenance d'enquêtes.

Section II Le management des risques liés au droit de la concurrence avant la survenance d'une enquête de concurrence

Pour assurer le management des risques liés au droit de la concurrence, l'entreprise peut avoir recours à plusieurs types d'instruments (§1). Néanmoins, une mauvaise utilisation de ces outils peut aboutir à un résultat négatif. C'est pour cette raison qu'ils doivent être mis en œuvre de façon rationnelle en amont afin d'assurer une politique de prévention efficace (§2).

§1 Les outils déployés par l'entreprise pour assurer le respect du droit de la concurrence

Il est nécessaire d'opérer une gestion intelligente de l'information pour identifier les vrais risques. D'où l'intérêt de la création d'une « cellule observatoire du risque ». Il s'agit d'un réseau constitué de membres du Groupe avec des espaces de gestion au sein desquels les éléments du réseau peuvent interagir :

- un espace de réflexion et d'orientation ;
- des espaces de tri individuel de l'information potentielle ;
- un espace de recensement de l'information ;
- un espace de traitement collectif des signaux ;
- un espace de décision collective.

En matière de risques liés au droit de la concurrence, plusieurs outils peuvent être utilisés dans le Groupe afin de réduire les risques liés au droit de la concurrence. Certains d'entre eux ont un but prospectif (A), d'autres sont mis en place dans le but de contrôler le respect de la politique et des règles mises en place (B).

A) Les outils de prévention

- les techniques juridiques

L'outil le plus simple est un dispositif juridique : le recours aux clauses de garantie du passif, qui permet pour une entreprise qui en rachète une autre de ne pas avoir à subir les conséquences des pratiques anticoncurrentielles survenues avant le rachat. Cependant, une telle clause est difficile à mettre en œuvre dans la mesure où le nouveau propriétaire sera tout de même condamné à la place de l'ancien, avec les impacts négatifs sur l'image de

l'entreprise qui en découlent. Le nouvel acquéreur pourra seulement se retourner contre le garant par la suite. Il va entamer la trésorerie de l'entreprise jusqu'au moment du paiement par le garant, dans l'hypothèse où ce dernier serait solvable.

Il est également utile de mettre à disposition des juristes des modèles de contrats standards.

- **La formation des opérationnels**

Il est très important de mettre en place le système de prévention et de l'organiser aux différents niveaux de l'entreprise. Au degré opérationnel, il faut former les équipes par le biais d'exercices et de simulations. En matière de droit de la concurrence, il est utile d'organiser régulièrement des séminaires de formation avec des cas fictifs pour développer les réflexes des managers afin qu'ils apprennent à consulter les juristes sur toute pratique qui leur semble risquée. Des fiches explicatives sur l'intranet du Groupe sont également très utiles.

- **La cartographie des risques juridiques**

L'identification des différents risques juridiques est un préalable nécessaire car c'est l'identification des risques réels pour l'entreprise qui va permettre de réfléchir aux moyens à mettre en œuvre pour les prévenir.

Pour synthétiser ces risques, il est donc important d'établir une cartographie des comportements à risque en matière de droit de la concurrence et leurs impacts judiciaire, financier et sur la réputation de l'entreprise. La notation des impacts se fait généralement de 1 à 5, 1 étant un risque faible et 5 un risque très élevé.

Le rôle d'un tel outil est que la Direction des affaires juridiques peut revoir son organisation et cibler ses priorités en étudiant les possibilités de délégation de certains plans d'actions préventifs et en répartissant la charge de travail en fonction de l'importance des dossiers et de la gravité potentielle des risques associés.

- **Les programmes de compliance**

Les programmes de conformité au droit de la concurrence ou programmes de compliance sont des règles intégrées aux codes de bonne conduite des affaires. Ce sont d'importants canaux de communication, tant en interne qu'en externe.

A l'intérieur de l'entreprise, ils sensibilisent l'ensemble des collaborateurs quant à la nécessité de se conformer aux règles de concurrence et leur indique les solutions à mettre en œuvre pour prévenir les risques de sanctions.

En matière de communication externe, non seulement ces programmes de conformité montrent les efforts fournis par l'entreprise mais ont aussi une influence positive sur son image et sur sa valorisation boursière. C'est également un excellent moyen pour les entreprises de faire en sorte que les autorités de la concurrence présument de leur bonne foi.

Une fois la stratégie préventive mise en place, il faut ensuite contrôler son application, afin de parer à l'éventualité de la survenance d'une enquête..

B) Les outils de contrôle

- Le cadre de référence : COSO II

Ce cadre de référence identifie pour les membres du management les risques juridiques :

- « - aligner l'appétence pour le risque avec la stratégie de l'organisation ;
- développer les modalités de traitement des risques ;
- diminuer les déconvenues et les pertes opérationnelles ;
- identifier et gérer les risques multiples et transverses ;
- saisir les opportunités ;
- améliorer l'utilisation du capital »³³.

C'est désormais le cadre de référence de la majorité des grandes entreprises dans le cadre des obligations relatives aux facteurs de risques évoquées dans notre première partie.

- Le legal reporting

Le principal outil de contrôle du respect de la politique de prévention des risques juridiques en interne est le legal reporting. Il s'agit, par le biais d'un logiciel spécifique destiné à cet usage, de répertorier les différentes opérations présentant des risques pour le Groupe et ce, pour chaque société membre dans le monde.

Il convient de nommer un responsable du reporting juridique pour chaque BU (business unit). Il doit s'agir de l'un des juristes en charge des affaires de cette BU. La coordination doit être assurée par un responsable reporting juridique à l'échelle du groupe.

Les juristes en charge du reporting doivent signaler toutes les opérations d'un certain montant ainsi que les litiges en cours ou probables, y compris en matière de concurrence. Le reporting

³³ Le management des risques de l'entreprise – cadre de référence, synthèse
http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_french.pdf

doit être fait pour chaque clôture comptable de la maison mère. Il est recommandé d'opérer un reporting deux à quatre fois par an en fonction de la situation de l'entreprise.

Un résumé des informations rapportées doit être rédigé par le responsable du reporting à l'intention du Groupe, puis transmis au directeur des affaires juridiques qui se chargera de le communiquer à l'équipe dirigeante. Il devrait également être publié sur l'intranet du groupe afin que tous les collaborateurs soient conscients des risques en cours.

Si les juristes manquent parfois d'assiduité dans leur mission de reporting, le directeur des affaires juridiques doit régulièrement communiquer et les relancer pour vérifier que le travail est effectué minutieusement et dans les temps.

- L'audit externe

Le Groupe peut également faire appel à des auditeurs externes pour faire une enquête globale et objective.

Plusieurs cabinets de consultants spécialisés dans l'audit et le management des risques juridiques sont apparus ces dernières années. Leurs clients sont des entreprises qui n'ont pas une taille assez importante pour avoir leur propre système, mais également les grandes entreprises qui ont mis en place un système qui s'avère insuffisant

§2 La mise en œuvre du management des risques liés au droit de la concurrence

Le management des risques liés au droit de la concurrence doit résulter d'un effort déployé à tous les niveaux de l'entreprise. S'il doit d'abord être intégré par l'équipe dirigeante lors de la détermination de la stratégie de l'entreprise (A), il convient par la suite d'assurer sa mise en œuvre au niveau opérationnel (B).

A) La mise en œuvre au niveau stratégique

Il est essentiel de faire participer le directeur des affaires juridiques aux décisions du Comité exécutif de l'entreprise. Si certains dirigeants sont réticents à cette idée, du fait de la réputation de rigidité des positions des juristes, il n'en demeure pas moins essentiel d'intégrer les considérations juridiques dès le départ dans l'élaboration de la stratégie du groupe.

La Direction des affaires juridiques devra réussir à imposer un processus de validation des décisions avec des grilles de contrôle vérifiant la conformité des décisions avec le droit de la concurrence.

Selon Monsieur Frédéric Fréry, la stratégie peut être définie comme une allocation cohérente des ressources (financières, humaines, technologiques, physiques, etc.) qui engage durablement l'entreprise³⁴.

L'analyse de marché, étape cruciale de la préparation du business plan, s'insère dans le processus d'élaboration de la stratégie de l'entreprise, car toute stratégie doit être jugée par rapport à celle des concurrents.

L'avantage concurrentiel peut résulter de trois stratégies génériques :

- la domination par les coûts ;
- la différenciation qui consiste à proposer une offre soit plus chère et plus élaborée, soit moins élaborée et moins chère ;
- la focalisation (ou stratégie de niche) : se concentrer sur un modèle délaissé par les plus puissants concurrents.

Ces trois stratégies peuvent provoquer des situations d'abus de position dominante, si l'on considère le modèle d'entreprise que nous étudions.

Pour identifier les facteurs clés de succès de l'environnement d'une entreprise, l'on a recours au modèle des cinq forces de la concurrence (dit modèle de Porter)³⁵. Il s'agit de hiérarchiser les forces de l'environnement susceptibles de réduire la capacité de l'organisation à obtenir un profit. Les cinq forces sont les suivantes :

- pouvoir de négociation des fournisseurs ;
- pouvoir de négociation des clients ;
- menace des entrants potentiels ;
- menace des produits de substitution ;
- intensité concurrentielle.

Ce modèle a été critiqué car il ne prenait pas en compte un sixième élément fondamental à considérer dans l'élaboration de la politique stratégique de l'entreprise : le rôle des pouvoirs publics. En effet, l'importance des montants des sanctions prononcés par les autorités de la concurrence (pour ne citer que cet exemple) a un impact direct sur la trésorerie de l'entreprise et donc sur sa stratégie.

C'est d'ailleurs pourquoi des auteurs ont par la suite ajouté ce point au modèle de Porter qui compte désormais six forces.

Vu des effets néfastes d'une enquête de concurrence sur l'entreprise, il est nécessaire de mettre en place une politique de management des risques liés au droit de la concurrence.

³⁴FRÉRY F in *MBA, L'essentiel du management par les meilleurs professeurs*, Ed. d'Organisation, 2008, p.116

³⁵ PORTER, M., *L'avantage concurrentiel*, InterÉditions, Paris, 1986

La Direction Générale définit en amont l'appétence pour le risque ainsi que la politique de risque et pilote les démarches puis contrôle la mise en œuvre de sa politique. L'appétence pour les risques est le niveau de risque que l'entreprise est prête à accepter pour atteindre ses objectifs.

Le Conseil d'Administration a un rôle de supervision de la maîtrise des risques. Il est assisté par le Comité d'audit.

L'audit interne rapporte au comité d'audit : il évalue le fonctionnement du dispositif de management des risques

B) Au niveau opérationnel

Le management définit et anime les démarches de gestion des risques : il met en œuvre la politique de prévention et rapporte à la Direction générale.

Les responsables d'activités adoptent les dispositifs appropriés, les mettent en œuvre et assurent un suivi rapproché.

Le « risk manager » doit avoir recours à des démarches d'évaluation quantitative et à l'élaboration de scénarios de risques. Il peut également proposer une politique de management des risques et un processus de pilotage. Enfin, il assure le reporting et anime l'ensemble du dispositif.

Le rôle des juristes est essentiel, ils conseillent l'ensemble des membres de l'entreprise, c'est pourquoi il faut absolument désigner un responsable du droit de la concurrence pour chaque BU.

Enfin, le rôle des collaborateurs est d'être attentifs et sensibles aux risques de concurrence.

L'ensemble de ces moyens est déployé afin de contourner les risques liés au droit de la concurrence. Néanmoins, il faut également pouvoir réagir rationnellement en cas de survenance d'une enquête.

Section III Le management des risques liés au droit de la concurrence suite à la survenance d'une enquête de concurrence

L'entreprise doit être en mesure de sonder la situation dans laquelle elle se trouve pour pouvoir ajuster son comportement en fonction de la gravité des risques qu'elle court. Ainsi, elle devra avoir recours à la procédure de clémence lorsqu'elle sait qu'il y a des preuves à charge (§1). Même lorsqu'il n'y a pas de preuves à charge, l'entreprise devra adopter une démarche proactive et coopérative (§2).

§1 La mise en place de la coopération avec les autorités de la concurrence

L'entreprise qui a adopté un programme de *compliance* a une obligation de coopération vis-à-vis des autorités de la concurrence (A). Il est nécessaire pour l'entreprise de mettre tous les moyens possibles en œuvre pour prévoir les griefs qui lui seront reprochés afin de préparer au plus tôt un système de défense (B).

A) En cas d'absence de preuve à charge

La coopération reste la meilleure stratégie. Il est essentiel de désigner un responsable chargé du dialogue avec les autorités. Ce dernier devra s'exprimer avec calme et diplomatie pour démontrer l'efficacité du programme de compliance du groupe et la transparence des pratiques de l'entreprise.

Cette même personne devra être chargée de donner les informations requises par les autorités car le premier risque auquel s'expose l'entreprise est à notre sens, celui de ne pas pouvoir être en mesure de fournir l'information demandée par les autorités. En effet, les informations sont parfois difficiles à récolter dans la mesure où elles sont parfois dans plusieurs pays avec des BU acquises entre temps avec un prédécesseur qui n'avait pas laissé les informations demandées.

Il est donc nécessaire d'être préparé aux demandes des autorités en disposant des les informations relatives aux ventes..

Le droit de la concurrence est un domaine particulier du droit dans la mesure où il fait appel à de nombreux concepts économiques pour lesquels les juristes ne sont pas suffisamment formés. C'est pourquoi l'on constate un recours fréquent à des consultants en économie.

Enfin, il est conseillé de garder l'information secrète et de ne pas révéler au public l'existence d'une enquête en cours, ce qui pourrait avoir une influence particulièrement négative sur la valorisation boursière des titres de la société.

B) En cas de preuves à charge

Lorsqu'une enquête des autorités ou une notification des griefs semble imminente, il devient inutile de chercher à contester les faits au risque de perdre davantage d'argent dans la préparation de la défense et d'altérer encore l'image de l'entreprise. Il vaut mieux alors coopérer avec les autorités car si l'image peut temporairement en pâtir, l'entreprise fera du moins l'économie des montants très importants des sanctions. Il est alors préférable d'essayer, au mieux, d'alléger les sanctions.

Du point de vue procédural, deux solutions existent. La première consiste à adhérer à un programme de clémence, la deuxième à avoir recours à une « transaction ».

La procédure de clémence permet à une entreprise de révéler une entente à laquelle elle a participé (en principe connue des autorités de la concurrence) en apportant des éléments significatifs. Cette procédure permet à l'entreprise d'obtenir une immunité totale ou partielle concernant l'amende prévue et ce, en fonction de l'importance des éléments soutenus.

L'autre possibilité est la non contestation de griefs (ou transaction). L'entreprise « prise la main dans le sac » a la possibilité de reconnaître les faits reprochés. Sa seule marge de manœuvre consistera alors à tenter de prouver que les effets anticoncurrentiels sont minimales. Cette procédure permet à l'entreprise de voir l'amende réduite de moitié.

Le fait que l'entreprise soit prise dans une enquête de concurrence va créer un climat de tension et d'incertitude qu'il faudra gérer au mieux, afin de ne pas perturber l'efficacité des équipes.

§2 La crise consécutive à l'enquête de concurrence

Avant de proposer un mode de gestion des tensions nées de la survenance de l'enquête de concurrence (B), il est nécessaire de déterminer si cette enquête peut être qualifiée de « crise » au sens managérial du terme (A).

A) La survenance d'une enquête de concurrence peut-elle être qualifiée de crise ?

Selon M. Christophe Roux Dufort, la crise peut être définie comme « un processus qui :

- « active et met en résonance une série de dysfonctionnements préexistants et ignorés ;
- initie un mouvement dans lequel plusieurs parties prenantes et enjeux familiaires et étrangers s'entrechoquent ;
- met en faillite temporairement ou définitivement la capacité de l'organisation à appréhender, traiter et contrôler les événements émergents, dont les conséquences peuvent

affecter la stratégie et la survie de l'entreprise, le comportement et l'existence des membres de l'organisation et des parties prenantes impliquées »³⁶.

Il faut néanmoins rester prudent, dans la mesure où la rationalité limitée de l'individu, en l'occurrence le décideur, affecte l'évaluation de crise.

L'un des facteurs possibles de crise est **la convergence** : les informations et acteurs gravitent autour de l'entreprise de façon inhabituelle, de sorte à réduire « considérablement les marges de manœuvre stratégiques, opérationnelles et temporelles des décideurs ». Cette situation engendre un grand stress pour les dirigeants. Les conséquences comportementales généralement observées étant les suivantes : rejet de responsabilité, recours abusif à des experts, temporisation, déni de réalité, décision de ne pas décider³⁷.

Dans le cadre d'une enquête de concurrence, l'évènement déclencheur sera soit la demande d'informations adressée par les autorités, soit une « descente », c'est-à-dire une perquisition.

B) La gestion même de la crise

Cette première étape de demande d'informations ou de « dawn raid » va inquiéter les collaborateurs, perturber le modèle organisationnel de l'entreprise et mobiliser des ressources financières et humaines. Des personnes devront mettre de côté leurs missions habituelles pour se consacrer à la gestion de cet événement.

De plus, en l'absence d'obligation pour les autorités de communiquer les griefs dans un délai déterminé, cette période d'anxiété et d'incertitude peut se prolonger plusieurs années.

Une attitude proactive est fortement recommandée : il faut prendre les choses en main sans attendre. Il est utile de prévoir la constitution de la cellule de crise avant même la survenance d'une éventuelle enquête, ainsi que l'organisation et l'allocation des moyens humains et financiers pour répondre aux demandes d'informations et dialoguer avec les autorités. La mise en place d'un plan de riposte, anticipé et étudié par des spécialistes nous paraît opportune

Cependant, l'organisation et l'application d'un tel plan doit être à la hauteur des dérèglements. Il ne faut pas se cantonner au diagnostic initial et rester prudent dans la mesure où la situation peut évoluer rapidement ou se reproduire.

³⁶ ROUX-DUFORT Ch. in *MBA, L'essentiel du management par les meilleurs professeurs*, Ed. d'Organisation, 2008, p.505

³⁷ ROUX-DUFORT Ch. *Op. cit.*, , p.508

Cette gestion de crise doit toujours avoir pour objectif principal le retour à « normale » et tenter de minimiser les impacts de l'enquête, au niveau financier, humain ou en termes d'image.

CONCLUSION

L'importance des sanctions et des conséquences en termes d'image de l'entreprise sont telles qu'une réforme en profondeur du droit de la concurrence, dans son application actuelle, nous semble nécessaire pour assurer aux parties les garanties procédurales de tout procès équitable.

Malgré la diligence des entreprises à se pourvoir d'un système de management des risques liés au droit de la concurrence, les enquêtes persistent comme en témoigne l'augmentation du nombre d'affaires traitées et du montant des sanctions prononcées.

A titre d'exemple, la Commission Européenne a condamné plusieurs entreprises pour entente sur le marché des ascenseurs et des escaliers mécaniques alors que certains (en l'occurrence la société OTIS) s'était pourvue d'un programme de compliance censé la protéger³⁸.

Notre effort de concevoir un modèle de management des risques n'est donc qu'une ébauche que seule la concertation d'un groupe de juristes expérimentés et une stabilisation de la jurisprudence sauront rendre efficace.

³⁸ TPICE, Recours introduit le 7 mai 2007, Affaire T-145/07, (2007/C 155/56, OTIS c/ Commission

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, Broché, 2010

DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence*, Broché, 3 octobre 2008

STASIAK F., *Droit pénal des affaires*, L.G.D.J., 2009

VOGEL L., *Code européen de la concurrence 2010*, LawLex, 2009

VOGEL L., *Droit européen de la concurrence 2010*, LawLex, 2009

Mémento, *Sociétés Commerciales 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2009

Mémento, *Concurrence et consommation 2009-2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2009

Ouvrage collectif, MBA, *L'essentiel du management par les meilleurs professeurs*, Ed. d'Organisation, 2008

OUVRAGES ET THESES

BOUCHET M.H., *Intelligence économique et gestion des risques*, Broché, 2007

BRUNET F., CANIVET G., JENNY F., PRIETO C., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 2008

CENK KESKIN A., *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, éd. L'Harmattan, 2009

GLAIS M., *Concentration des entreprises et droit de la concurrence*, Broché, 2010

LE GOFF J.P., *Economie managériale, marché, soutien à la décision, concurrence*, Presses de l'Université du Québec, 1993

LUTZ G., *Deficiencies in European Community Competition Law*, 2008

PORTER, M., *L'avantage concurrentiel*, InterÉditions, Paris, 1986

PWC, *COSO II Le management des risques de l'entreprise*, Ed. d'Organisation, 2005

SABATHIER S., BLIN M.P., CROUZATIER F., DESBARRATS I., *Guide juridique du risque industriel*, Ed. Ellipses, 2008

TROCHON J.-Y., VINCKE F., *L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques : Stratégies juridiques*, Ed. Broché, 2006

VERDUN, F., *La gestion des risques juridiques*, Ed. Eyrolles, 2006

VOGEL L., *Contrôle européen des concentrations 2009*, LawLex, 2009

VOGEL L., *Droit européen des ententes et des abus de position dominante 2010*, LawLex, 2009

WIRTZ P., *Les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise*, Ed. La Découverte, 2008

ARTICLES ET PARUTIONS

AMF, Rapport 2007 sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, Dalloz actualité, 25 janvier 2008

ANCELIN-MENAIS O., *L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*, JCP E 2008. 1428

DECOCQ G., *La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales* RJ com. 2007, n° 4

GRIMONPRES B., *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Dalloz Revue des sociétés 2009, p.715

LECOURT B., *Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union Européenne*, Dalloz Revue des sociétés, 2010, p.127

TELLER M., *L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, RTD Com. 2007, p.17

SITES INTERNET

Site de la Commission Européenne

http://ec.europa.eu/index_fr.htm

Site de l'OCDE

www.oecd.org

Site de l'Autorité de la Concurrence

www.autoritedelaconcurrence.fr

Site de l'Autorité des Marchés Financiers

<http://www.amf-france.org/>

Recommandation AMF sur les facteurs de risque (29 octobre 2009)

http://www.amf-france.org/documents/general/9145_1.pdf

Site du code AFEP-MEDEF

<http://www.code-afep-medef.com/>

Site du Réseau International de Concurrence
www.internationalcompetitionnetwork.org

Blog du cabinet Frahan Blondé (Bruxelles)
<http://www.legal-management.net>

Site de Practical Law Company
<http://uk.practicallaw.com/>