

Claude Lazarus
Avocat à la Cour de Paris
Membre du Conseil de l'Ordre
claude.lazarus@cliffordchance.com

LES DROITS DE LA CONCURRENCE
ET LA PROTECTION DES PARTIES PRENANTES

*Les cadres dirigeants et les programmes de clémence ;
La protection des actionnaires minoritaires ;
Les « class action » et la protection des consommateurs*

Le droit de la concurrence a pour objet d'assurer le bon fonctionnement du marché, entendu de manière abstraite. C'est ce qu'on a l'habitude de traduire par la phrase : "Le droit de la concurrence protège la concurrence, et non les concurrents".

Et s'il n'a pas pour objet de protéger les concurrents, force est de constater qu'il protège encore moins les autres "parties prenantes" que sont les cadres supérieurs, les actionnaires minoritaires et les consommateurs, qui sont, largement quoiqu'à des degrés divers, les oubliés du droit de la concurrence.

1. LES CADRES SUPÉRIEURS ET LES PROGRAMMES DE CLÉMENCE

Un programme de clémence est généralement mis en œuvre :

- par les repreneurs d'une entreprise, qui découvrent que leur acquisition est membre d'un cartel et veulent en sortir, étant donné les risques importants encourus ;
- ou par les propriétaires de l'entreprise, lorsqu'ils envisagent sa cession, afin d'éviter qu'une procédure postérieure à la cession n'aboutisse à une amende qu'ils supporteraient par le biais de la garantie de passif consentie à l'occasion de la cession ,
- ou encore, cas plus banal, lorsque les dirigeants d'une entreprise prennent peur.

Les cadres supérieurs sont dans une situation ambiguë par rapport aux programmes de clémence.

La majeure partie des ententes, voire des plus graves d'entre elles qu'on appelle les cartels ou ententes inexcusables, est organisée et mise en œuvre par des cadres

supérieurs, dans certains cas avec la complicité active ou passive de la direction générale, ancienne ou actuelle, dans d'autres cas à son insu.

Lorsqu'une entente est mise en œuvre par l'encadrement à l'insu de la direction générale, la découverte de l'implication de l'entreprise dans cette entente passe la plupart du temps par la réalisation d'un "audit concurrence", qui nécessite une participation active des cadres supérieurs.

Un audit concurrence consiste essentiellement en une fouille des bureaux et des dossiers, ainsi qu'en un interrogatoire approfondi des cadres.

Dès lors se pose la question de l'attitude des cadres devant cet audit : coopérer ou non ?

Les réticences à coopérer proviennent essentiellement de deux séries de risques : internes et externes à l'entreprise.

Le risque externe est essentiellement un risque pénal. S'il n'y a pas de sanctions pénales pour les infractions au droit communautaire de la concurrence, la plupart des droits nationaux de la concurrence prévoient de telles sanctions. En droit français, c'est l'article L. 420-6 du Code de commerce qui dispose :

"Est puni d'un emprisonnement de 4 ans et d'une amende de 75.000 € le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2."

Si un cadre révèle, à l'occasion d'un audit, l'existence d'une entente, et si la direction générale décide de s'engager dans un programme de clémence, le cadre risque-t-il de se retrouver *in fine* livré aux juridictions répressives parce que l'autorité de concurrence l'aura dénoncé au Parquet ?

En principe, non : le Conseil de la concurrence, dans son communiqué de procédure du 11 avril 2006, indique que *"la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire l'objet de telles poursuites"*. Une déclaration identique figure dans le communiqué de procédure du 17 avril 2007 du Conseil de la concurrence.

Mais cette déclaration ne lie ni la DGCCRF, ni les concurrents, ni les victimes.

Le cadre supérieur doit aussi réfléchir aux risques internes à l'entreprise. Ceux-ci sont de deux sortes : risque de carrière et risque de licenciement.

Le risque de carrière est lié au fait que l'appréciation des cadres est quasi-systématiquement fondée sur leurs performances. Les cadres ne peuvent donc exclure que, acceptant une démarche conduisant l'entreprise à sortir d'un cartel, ils voient se réduire leurs augmentations ou perspectives de promotions. A cet égard, on ne dira jamais assez à quel point une rémunération comportant une partie variable fondée sur la performance est susceptible de constituer une incitation à l'entente.

En outre, la participation à une entente, surtout à l'insu de la direction générale, est à l'évidence au minimum une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Dans ces conditions, on comprend que l'auto dénonciation soit un risque sérieux pour les cadres supérieurs. Comment y parer ? Probablement, et c'est ce que font de plus en plus les entreprises, en instaurant un programme de clémence interne au bénéfice des cadres qui dénoncent une entente à leur hiérarchie, notamment à l'occasion d'un audit concurrence.

L'instauration d'un tel programme est d'autant plus nécessaire que l'on a pu constater que des cadres astucieux savaient mettre à profit les audits pour apprendre à mieux dissimuler les preuves de leur participation à une entente...

2. LES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

Les actionnaires minoritaires sont très largement pris en compte par cette branche du droit de la concurrence qu'est le contrôle des concentrations. En revanche, ils sont les grands oubliés du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Pourtant, la participation de l'entreprise à une entente n'est pas sans effet sur les minoritaires : soit qu'elle contribue à faire augmenter la valeur de leurs actions, soit au contraire qu'une sanction pécuniaire significative vienne affecter cette valeur.

Examinons ces deux cas.

Il se peut que la participation à une entente, non dénoncée et non découverte, fasse croître la valeur des actions. Dans ce cas, les actionnaires minoritaires profitent de l'entente mais n'encourent aucune responsabilité, notamment s'ils vendent leurs actions.

Le cas où l'entreprise subit une sanction pécuniaire significative est plus intéressant et conduit à poser quatre questions :

1. Les amendes ont-elles une influence sur la valorisation des entreprises ? Il faut sans doute faire ici une distinction entre sociétés cotées et non cotées.

Dans les sociétés cotées, on constate que les plus lourdes amendes sont pratiquement sans effet sur le cours de bourse, qui constitue un (mais pas le seul) indicateur de la valeur de l'entreprise. En revanche, il ne semble pas exister d'étude relative aux conséquences de l'imposition d'une sanction pécuniaire sur la valeur de l'entreprise pour les sociétés non cotées.

2. Les minoritaires pourraient-ils demander une expertise de gestion sur certaines opérations résultant d'une entente à laquelle a participé l'entreprise ?

La réponse est certainement positive, quoiqu'il n'y ait apparemment pas de précédent.

3. Dans le même ordre d'idées, si une nouvelle augmentation des sanctions pécuniaires venait à être mise en œuvre au point d'avoir des effets sur le cours de bourse des actions d'une société cotée, des minoritaires pourraient-ils soutenir, si

l'entente avait été décidée ou était connue par les organes dirigeants de l'entreprise, que ces derniers se sont rendus coupables d'une manipulation de cours ?

En l'absence de précédents, la réponse est incertaine.

4. Enfin, on peut s'interroger sur le montant des provisions à inscrire en comptabilité pour tenir compte du risque d'amende. Ces provisions sont évidemment un élément important d'information des minoritaires sur les risques encourus par la société, et ils seraient probablement fondés à se plaindre d'avoir été mal informés si une sanction pécuniaire encourue pour pratiques anticoncurrentielles n'était pas provisionnée de manière adéquate. Mais peut-on les informer convenablement ? Et, si oui, à quelle date ?

A la première question, le praticien aura tendance à donner une réponse négative. Même si la Commission a publié des Lignes Directrices sur l'imposition des amendes (ce qui n'est pas le cas du Conseil de la concurrence), on ne peut que déplorer que le montant des amendes soit aussi imprévisible, et varie en fonction d'un certain nombre de facteurs irrationnels.

En outre, lorsqu'une entreprise se trouve mise en cause dans une procédure d'infraction au droit de la concurrence, elle ne connaît pas toujours, dès le début de la procédure, les griefs qui seront retenus contre elle. Même si elle a une idée précise de ce qu'on peut lui reprocher, encore faut-il, pour établir un grief, que les enquêteurs aient trouvé de quoi le soutenir. Or les preuves peuvent manquer aux enquêteurs ou au contraire provenir de pièces saisies chez d'autres.

A cause de ces incertitudes, il serait justifié de n'inscrire une provision qu'après réception de la communication ou de la notification des griefs, *i.e.* à un moment où, même si on ne connaît pas le montant de l'amende qui sera éventuellement infligée, on sait au moins ce qui est reproché à l'entreprise et l'on connaît les pièces invoquées à l'appui des griefs.

Néanmoins, la pratique est différente, du fait des exigences des commissaires aux comptes, et l'on inscrit très souvent des provisions dès l'exercice au cours duquel a eu lieu un *dawn raid*. Mais, pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, on peut se demander ce qu'est la valeur informative réelle pour les minoritaires d'une provision définie dans ces conditions.

3. LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Le consommateur est dans une situation étrange par rapport au droit de la concurrence. Il en est à la fois l'alpha et l'oméga, puisqu'il sert à le définir : une pratique est anticoncurrentielle si elle porte atteinte au surplus du consommateur.

En sens inverse, bien qu'il soit sinon l'unique, du moins le principal "bénéficiaire" de la mise en œuvre du droit de la concurrence, le consommateur a les pires difficultés à faire valoir ses droits lorsqu'ils ont été lésés par des pratiques anticoncurrentielles.

Cela n'est pas vraiment surprenant, compte tenu de la doctrine des autorités de concurrence selon laquelle elles n'ont pour mission que de protéger, de manière abstraite, le "fonctionnement du marché".

Mais en pratique, cela n'est pas tout à fait vrai. En enjoignant aux entreprises de mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles, en leur infligeant des amendes dissuasives, une autorité de concurrence protège le consommateur pour l'avenir.

Et si l'on tient compte du fait que, très souvent, les préjudices subis par les consommateurs du fait des pratiques anticoncurrentielles sont modestes, on peut se demander si la véritable action de groupe n'est pas finalement celle qui est menée en vue de la cessation des pratiques anticoncurrentielles, et qui peut être engagée aussi bien devant la Commission européenne (si le droit communautaire peut être invoqué), que devant le Conseil de la concurrence ou les tribunaux judiciaires (TGI et tribunaux de commerce).

Cela est d'autant plus vrai qu'il est très peu probable que l'on introduise en droit français ce qui a fait le succès – voire les excès – de la *class action* aux Etats-Unis.

Il y a de bonnes raisons de penser que l'on n'introduira ni les dommages et intérêts punitifs, ni la procédure de *discovery*, ni le jugement des affaires par des jurys populaires (dont on est revenu, même aux Etats-Unis), et que les avocats ne seront pas autorisés à ne facturer à leurs clients que des honoraires calculés sur la base des résultats qu'ils auront obtenus (*contingency fees*).

Compte tenu de ces obstacles tenant aussi bien à la tradition qu'au système juridique français, on ne sera pas surpris de constater qu'aucun des trois projet et propositions de loi présentés l'an dernier (proposition de Monsieur Luc Chatel, député ; proposition déposée par Madame Bricq et Monsieur Yung, sénateurs, au nom du groupe socialiste du Sénat ; projet de loi Breton en faveur des consommateurs) n'est satisfaisant.

En réalité, on peut même douter qu'à procédure constante il soit possible d'introduire une action collective efficace en droit français.

Mais on peut aussi se demander, et ceci n'est pas une provocation, si action collective et procédure de clémence sont compatibles, et si, en cas de réponse négative à cette question, la procédure de clémence ne devrait pas être favorisée.

Comme on le sait, les programmes de clémence sont considérés comme un instrument privilégié de lutte contre les cartels dans la mesure où ils incitent les participants à les dénoncer, et où le dossier de l'autorité de concurrence fondé sur des preuves apportées par un participant est en général plus solide qu'un dossier fondé sur les seules investigations de l'autorité de concurrence.

Or il est évident que le risque d'avoir à payer, à la suite d'une action collective, des dommages et intérêts qui vont du considérable au colossal est de nature à dissuader les entreprises qui envisagent de demander la clémence.

Ce risque est rappelé tant dans la communication de la Commission européenne sur l'immunité d'amendes du 8 décembre 2006 (comme il l'était dans ses versions précédentes de 1996 et 2002), que dans le communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 17 avril 2007 (comme il l'était dans sa version précédente du 11 avril 2006).

Ce rappel est effectué en termes quasi-identiques (point 39 de la communication et point 46 du communiqué : l'action d'une immunité d'amende est sans effet sur les

conséquences civiles de l'infraction.). En outre, si la Commission peut ne pas communiquer des informations confidentielles recueillies à l'occasion d'une demande de clémence, le Conseil de la concurrence ne dispose pas de cette faculté.

Tout ceci montre bien que action collective et procédure de clémence ne sont guère compatibles.

D'où cette question : a-t-on besoin d'une action collective permettant de réparer les conséquences civiles d'une infraction au droit de la concurrence ?

Naturellement, le Conseil de la concurrence n'est pas allé jusqu'à répondre par la négative à cette question, dans son avis du 21 septembre 2006 *relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*. Mais on sent bien que cela le dérange...

Et de fait, une réponse négative ne doit pas être rejetée d'office, pour les raisons et sous les conditions suivantes :

- l'hypothèse de base est que les programmes de clémence constituent un outil très efficace pour mettre fin aux cartels et les sanctionner ;
- la non-communication à des tiers et aux tribunaux des pièces obtenues à l'occasion d'une demande de clémence est nécessaire, mais pas suffisante, pour inciter les entreprises à dénoncer une entente à laquelle elles participent ;
- si l'on fait la balance des intérêts en présence, il est plus important, du point de vue de l'intérêt général, de mettre fin à une infraction que d'en indemniser les victimes, surtout si elles n'ont subi que des petits préjudices.

Cela sera d'autant plus vrai que la sanction imposée par l'autorité de concurrence tiendra compte de manière plus précise de l'atteinte au surplus du consommateur causée par une pratique anticoncurrentielle, même si cette atteinte ne suffit pas à épuiser l'intégralité du préjudice subi.

En ce sens, il est important de contraindre les autorités de concurrence à motiver sérieusement les sanctions qu'elles imposent, ce qu'elles ne font pas aujourd'hui, afin de permettre de contrôler qu'elles auront au moins, par la voie de la sanction pécuniaire, rendu à la collectivité le profit illicite réalisé.

- enfin, il faut faciliter l'action individuelle en réparation. Après tout, il s'agit d'un droit subjectif, dont l'exercice est à la discrétion des victimes. Ainsi se fera un tri naturel entre les victimes qui désireront agir, et celles qui ne le désireront pas.

Or, à droit constant, pour aider les victimes, toute autorité de concurrence a un moyen à sa disposition : au lieu de se borner à constater qu'une pratique a un objet ou un effet potentiellement anticoncurrentiel, les autorités de concurrence devraient s'attacher à démontrer à chaque fois que c'est possible l'effet réel de cette pratique. Cela fournirait des indications précieuses que les victimes pourraient faire valoir devant les tribunaux à l'appui d'une demande de dommages et intérêts.

En conclusion, on peut sérieusement s'interroger sur les mérites d'une action de groupe en droit de la concurrence : il y a tant de domaines où elle serait plus utile, tels que le droit du travail, le droit fiscal, l'environnement, la discrimination, etc...