

**UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS
INSTITUT DE DROIT COMPARE**

-----***-----



**UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -**

*Master II Recherche Droit Européen Comparé
2014-2015*

**LA SOCIETE CONDAMNEE POUR PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES: ETUDE DE LA
RESPONSABILITE DU DIRIGEANT EN FRANCE ET AUX
ETATS-UNIS**

Séjour De Recherche A l'Université d'Harvard



**HARVARD
LAW SCHOOL**

*Mémoire rédigé sous la direction du
Professeur Laurent CONVERT*

Thi-Hong-Hanh PHAM

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à remercier chaleureusement Monsieur le Professeur Laurent Convert pour ses conseils avisés et pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire.

Je voudrais également remercier Monsieur le Professeur Louis Vogel pour m'avoir permis de passer une année formidable à l'Institut du droit comparé et pour m'avoir donné l'occasion extraordinaire de réaliser mes recherches au sein de l'université d'Harvard.

Je voudrais aussi remercier Madame Christine Le Saux et Monsieur Jean-Michel Corbellini pour leur disposition et soutien.

J'aimerais remercier Monsieur Timothy McAllister – bibliothécaire à l'université d'Harvard pour ses aides précieuses durant mes recherches en droit américain.

J'adresse mes remerciements les plus sincères à mes camarades pour cette année formidable. Mes remerciements vont également à l'endroit des personnes avec qui j'ai passé trois mois absolument fabuleux aux Etats-Unis et surtout de mes trois colocataires et demi.

J'aimerais également remercier mes colocataires en France (Quang, Nga, My), et mes amis Vietnamiens, tant en France qu'au Vietnam, qui ont été un soutien moral solide durant mes péripéties internationales.

Je souhaiterais remercier mes amis en France pour m'avoir aidée à m'intégrer dans la société française. J'aimerais remercier particulièrement Aurélie, Eddy, Hasan, Nathalie, Pauline et Robin qui ont contribué à la relecture de ce mémoire.

J'exprime mes vives reconnaissances à tous les membres de ma famille, pour leur amour et leur soutien inconditionnel malgré la distance.

RÉSUMÉ

L'étude de la responsabilité du dirigeant dans le cas où la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles est au croisement du droit des sociétés et du droit de la concurrence. Afin de mener à bien les missions qui lui sont confiées, le dirigeant dispose d'une liberté d'entreprendre et d'investir. Néanmoins, cette liberté se heurte à la liberté de la concurrence.

Quand des pratiques anticoncurrentielles sont évoquées, nous avons tendance à faire directement le lien avec les sanctions écopées par les entreprises, la responsabilité des dirigeants étant peu mentionnée dans ce cas. Sans que l'entreprise ne soit en rien exonérée de sa responsabilité, il peut paraître inéquitable de condamner seule une entreprise pour les agissements isolés et autonomes d'un de ses employés, et *a fortiori* d'un dirigeant. En outre, le rôle du dirigeant dans la violation est souvent non négligeable car ce dernier est à la société ce qu'est le cerveau au système nerveux, celui qui oriente toutes les activités. Dans quelles mesures le fait pour un dirigeant d'avoir participé de manière active ou passive aux pratiques anticoncurrentielles au titre desquelles son entreprise est condamnée pourrait-il légitimer une sanction à son encontre et, dans l'affirmative celle-ci peut revêtir quelle nature ? La moralisation est censée discipliner la liberté de gestion du dirigeant au profit de l'équilibre concurrentiel et non l'éliminer en emportant au passage la concurrence.

Si les modèles français et communautaire de la concurrence ont été largement influencés par le modèle américain, dans la pratique, l'incorporation d'outils américains se fait dans un milieu voisin mais différent de celui-ci pour constater de quelle manière l'outil s'est acclimaté au système de droit civil. Néanmoins, l'ensemble des sanctions – pénales, civiles, disciplinaires - dans les systèmes français et américain s'avère insatisfaisant, le fossé béant s'étant ouvert entre la théorie et la pratique. Par conséquent, il s'agit de rechercher un juste milieu entre les condamnations excessives et l'impunité des entreprises. Cette étude permettrait en outre de clarifier la différence subtile entre l'auteur de la faute et le destinataire de la sanction. Ainsi, afin de rendre les sanctions dissuasives, au lieu de viser les entreprises, les autorités américaines et françaises devraient se focaliser davantage sur les dirigeants et essayer de trouver les mesures coercitives permettant d'engager efficacement leurs responsabilités personnelles.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	1
TABLE DES MATIÈRES	2
PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS	6
INTRODUCTION	9
§1 La condamnation de l'entreprise pour pratiques anticoncurrentielles	12
A) L'émergence du droit de la concurrence aux Etats-Unis et en France	12
1) Les Etats-Unis – les précurseurs du droit de la concurrence	12
2) La France – l'héritière de l'influence américaine	15
B) Les contours de la notion « pratiques anticoncurrentielles » en droit français, communautaire et américain	17
§2 L'identification des acteurs dans le cadre du recours contre le dirigeant de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles.....	20
A) Les personnes pouvant intenter le recours – de la souplesse du droit américain à l'assouplissement des conditions d'ouverture en droit français	20
B) L'identification des dirigeants de l'entreprise dans les législations française et américaine – Conditions liées aux personnes visées.	23
1) Le dirigeant de droit en droits français et américain	23
2) Le dirigeant de fait.....	25
3) Le mandat social en tant que justification de l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant.....	26
PARTIE 1 : LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DU DIRIGEANT EN TANT QUE PARTICIPANT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : L'AFFRANCHISSEMENT DU DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE DE SA FILIATION AMERICAINE	29

Chapitre 1 : La responsabilité pénale du dirigeant – De la sévérité théorique à une application pratique encore timide en France et aux Etats-Unis	30
I) La mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant – acteur des pratiques anticoncurrentielles.....	30
A) Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant participant des pratiques anticoncurrentielles.....	30
1) Les Etats-Unis – pionnier dans le mouvement de pénalisation du droit de la concurrence.....	31
2) La France – héritière réticente	34
B) Les conditions atténuantes ou exonératoires de la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant en matière des pratiques anticoncurrentielles	37
II) Les limites dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant.....	40
A) L’entrave à la vie des affaires	42
B) L’insuffisance du degré de turpitude morale dans les violations des lois antitrust	43
C) La détermination complexe des responsables.....	44
Chapitre 2 : La responsabilité civile du dirigeant dans le cadre de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles	45
I) Les actions intentées par l’entreprise et les tiers.....	45
A) L’action intentée par l’entreprise.....	47
B) L’action intentée par les tiers.....	49
II) La réparation des préjudices et les indemnisations : De la générosité américaine à la tendance progressiste française.....	51
A) La réparation des préjudices	51
B) Les nouveaux enjeux dans la réparation des préjudices	54
Titre 2 : La mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant au sein de son entreprise	58
Chapitre 1 : La remise en cause du statut du dirigeant au sein de son entreprise.....	58

I)	La révocation du dirigeant.....	58
II)	La remise en cause du contrat de travail.....	61
	Chapitre 2 : La relation dirigeant – société : entre solidarité et dualité.....	64
	PARTIE 2 : LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DU DIRIGEANT DUE AUX MANQUEMENTS A SES DEVOIRS FIDUCIAIRES DANS LA PREVENTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN DROITS FRANÇAIS ET AMERICAIN .	67
	Titre 1 : L’engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant avant la condamnation définitive de son entreprise.....	68
	Chapitre 1 : Les sanctions à l’encontre du dirigeant dans le cadre de la procédure de concurrence.....	68
I)	Les moyens mis à disposition des autorités d’enquêtes françaises et américaines.....	68
A)	Le droit américain – un modèle d’efficacité en matière d’enquêtes de concurrence ...	69
B)	Les pouvoirs d’enquêtes renforcés en droit français	70
II)	Les risques pesant sur le dirigeant durant la procédure de concurrence.....	72
A)	Le refus de coopérer	72
B)	La destruction des documents en cours d’enquête.....	74
C)	L’inexactitude des réponses aux autorités de concurrence.....	75
	Chapitre 2 : La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles par le biais des dénonciations .	77
I)	La dénonciation interne : l’importation du droit américain en droit français.....	77
II)	La dénonciation externe.....	80
	Titre 2 : A la recherche d’un équilibre entre les condamnations excessives et l’impunité des entreprises.....	82
	Chapitre 1 : La sévérité des textes mise à mal par des contournements autorisés, voire encouragés	83
I)	Les procédures de négociation de la sanction.....	83
II)	L’intérêt social de la société et <i>la business judgment rule</i>	91
A)	L’intérêt social et la business judgment rule en droit américain	91

B)	L'intérêt social en droit français	93
	Chapitre 2 : La lutte contre les abus de la liberté de gestion au travers de la <i>corporate governance</i>	95
I)	L'émergence de la théorie de la gouvernance d'entreprise aux Etats-Unis et en France	95
II)	La dynamique de la responsabilisation des conduites du dirigeant en droit de la concurrence : Nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux.....	99
	Chapitre 3 : La responsabilité personnelle du dirigeant en tant que moyen de dissuasion le plus efficace contre les comportements anticoncurrentiels.....	102
	CONCLUSION.....	108
	BIBLIOGRAPHIE.....	112

PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS

ABBREVIATIONS	SIGNIFICATION
ABA	American Bar Association
ADLC	Autorité de la concurrence
BOCCRF	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de La Répression des Fraudes
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambre criminelle
C.	Cour
C.civ	Code civil
C.com	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass	Cassation
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CE	Conseil d'Etat
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CID	Civil Investigating Demands
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation

CPI	Competition Policy International
D.	Dalloz
DGCCRF	La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
DoJ	Department of Justice
DPA	Deferred prosecution agreement
Éd	Edition
FBI	Federal Bureau of Investigation
FTC	Federal Trade Commission
JCPE	La semaine juridique – Entreprise et affaires
JLD	Juge des libertés et de la détention
JORF	Journal officiel (Lois et décrets)
LPA	Petites affiches (les)
MBCA	Model Business Corporation Act
N°	Numéro
Nasdaq	National Association of Securities Dealers Automated Quotations
NRE	Nouvelles réglementations économiques
NYSE	New York Stock Exchange
Obs.	Observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	Page

Par.	Paragraphe
Pp	Pages
RDC	Revue des contrats
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
SEC	Securities and Exchange Commission
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
U.S.C	United States Code
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Le modèle libéral et la théorie économique nous ont appris à concevoir idéalement les entrepreneurs sous les traits de *l'homo oeconomicus*, c'est-à-dire d'un être égoïste et rationnel, qui ne se soucie que de lui-même et des moyens efficaces en vue de réaliser un profit personnel maximal, sans courir de risques inutiles et en limitant autant que faire se peut sa responsabilité »¹

« De quelle tyrannie voulons-nous libérer la concurrence ? De la puissance gouvernementale ? Ou de la puissance économique privée ? »²

La responsabilisation des dirigeants et le renforcement du droit de la concurrence s'inscrivent tous les deux dans le processus de modernisation du droit des affaires.

A titre préliminaire, dans le cadre de ce mémoire, par « *pratiques anticoncurrentielles* », nous viserons uniquement des ententes et des abus de la position dominante. Et concernant le champ d'application personnel, notre regard se portera sur les dirigeants des grandes entreprises car la responsabilité du dirigeant y est plus encadrée que dans les entreprises de taille inférieure. Nous avons conscience que les décisions prises au sein des grands groupes sont le résultat d'une démarche collégiale validée aussi bien par le comité exécutif et le conseil d'administration ou de surveillance. Néanmoins, la responsabilité des échecs ou la récompense des bons résultats sont dans la plupart des cas, à tort ou à raison, imputables au dirigeant. Par conséquent, notre réflexion se portera sur cette figure, considérée comme la plus influente de l'entreprise.

Aux Etats-Unis, en 2008, La *Division Antitrust* a engagé des poursuites pénales contre 59 personnes physiques et 25 compagnies. Ce constat montre que le droit de la concurrence n'a pas pour seul objectif de sanctionner des comportements des entreprises, mais ses règles trouvent également à s'appliquer aux personnes physiques, suite à la condamnation de la société pour avoir commis des pratiques anticoncurrentielles. Cette idée est peu courante, mais

¹ Berns T., Docquir P-F, Frydman B, Hennebel L., Lewkowicz G.(2007). *Responsabilité des entreprises et corégulation*. Bruylant Bruxelles

² Peritz R. (5 avril 2001). "Competition Policy in America". *History, Rhetoric, Law*. (From what tyranny do we want to free competition ? From government power? Or from private economic power?)

elle n'est pas nouvelle.

A titre d'exemple, le *Department of Justice* (DOJ) a annoncé par un communiqué de presse publié le 4 avril 2004³ la première extradition d'un cadre dirigeant d'entreprise accusé d'avoir participé à une conspiration destinée à supprimer la concurrence par des ententes de soumission dans des marchés publics entre tankers et installations de stockage à terre aux Etats-Unis et ailleurs. Le chef de la *Division Antitrust* au DOJ, William Baer, a souligné que cette extradition par l'Allemagne vers les Etats-Unis d'un citoyen italien, Romano Piscioti, est en fait « *la première opération de ce genre sur la base de charges pour infraction aux règles de concurrence caractérisée par une entente de prix* »⁴. Elle « *marque une étape significative dans nos efforts pour travailler avec nos collègues antitrust internationaux pour s'assurer que ceux qui s'efforcent de subvertir les lois américaines sont traduits en justice* ». Jusqu'ici, les extraditions intervenues pour des pratiques anticoncurrentielles alléguées avaient été rattachées à des lois sécuritaires adoptées pour faire face à des menaces terroristes ou des activités criminelles classiques⁵. En l'espèce, la personne physique en cause, M. Piscioti, est un ancien cadre dirigeant de la société Parker ITR SRL, un producteur italien de tuyaux flexibles de marine établi en Italie à Veniano. Ce dernier est passible d'une peine maximale de 10 ans de prison et d'un million de dollars d'amendes criminelles.

L'engagement de la responsabilité du dirigeant dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles n'est pas propre au Nouveau Continent. Concernant la France, un cadre de la société française *Trelleborg Industries SA* a été arrêté pour participation de son entreprise à un cartel international⁶.

En effet, quand nous parlons des pratiques anticoncurrentielles, nous avons tendance à faire directement le lien avec les sanctions écopées par les entreprises, la responsabilité des dirigeants étant peu mentionnée dans ce cas. Sans que l'entreprise ne soit en rien exonérée de sa responsabilité, il peut paraître inéquitable de condamner seule une entreprise pour les agissements isolés et autonomes d'un de ses employés, et a fortiori d'un dirigeant. En outre, le rôle du dirigeant dans la violation est souvent non négligeable car ce dernier est à la société ce

³ DOJ, 4 avril 2004, Communiqué de presse: *La première extradition pour allégations de pratiques anticoncurrentielles*

⁴ Concurrences N°2-2014 – Chroniques des jurisprudences européennes et étrangères, p.220

⁵ Concurrences N°2-2014 – Chroniques des jurisprudences européennes et étrangères, p.221

⁶ Communiqué de presse du Department of Justice, 2 mai 2007

qu'est le cerveau au système nerveux, celui qui oriente toutes les activités. Ainsi le but est de pouvoir atteindre personnellement le dirigeant sans remettre en cause la théorie de la personnalité morale.

Afin de mener à bien les missions qui lui sont confiées, le dirigeant dispose d'une liberté d'entreprendre et d'investir mais cette liberté comporte de nombreux risques. De ce fait, dans le but de promouvoir l'esprit d'initiative et d'entreprise, il faut protéger les dirigeants contre les dérives d'une qualification abusive. En principe, le dirigeant peut entreprendre en prenant des risques nécessaires à la pérennité de l'entreprise, en innovant, en définissant la stratégie commerciale. Néanmoins, cette liberté se heurte à la liberté de la concurrence. Selon Xavier A. De Mello, « la liberté de la concurrence dont les politiciens se gargarisent n'est pas une liberté accordée ou reconnue aux chefs d'entreprise, comme sont accordées et reconnues les libertés fondamentales, y compris celle d'entreprendre »⁷. Cependant, l'une n'est pas totalement en opposition avec l'autre : Un marché est un système d'échange qui renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition entre eux, de liberté des demandeurs d'acquérir, l'ensemble supposant la liberté d'entreprendre et d'investir.

Ainsi, l'étude de la responsabilité du dirigeant dans le cas où la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles est au croisement du droit des sociétés et du droit de la concurrence. A priori, les obligations du dirigeant découlant de ces deux droits sont bien distinctes. En effet, les obligations fiduciaires du dirigeant en droit des sociétés déterminent les obligations du dirigeant vis-à-vis de son entreprise alors que le droit de la concurrence détermine les obligations du dirigeant envers le public. Il ne fait aucun doute que ces deux types d'obligations se distinguent nettement. Néanmoins, le rapprochement de ces dernières avec l'exigence des bénéfices⁸ aura des répercussions juridiques et éthiques sur les dirigeants⁹. Sur le plan juridique, cela se traduit par la volonté du législateur qui va vers plus de transparence dans les affaires, traduisant incontestablement un besoin de moralisation des activités économiques.

⁷ De Mello X. A. (1er semestre 1993). "Libre jeu de la concurrence ou libre gestion des entreprises". *Revue d'économie industrielle*, N° 63, p.105.

⁸ requirement for benefits

⁹ Forte W. (1965). "Liabilities of corporate officers for violations of fiduciary duties concerning the antitrust laws". *Indiana Law Journal*, Volume 40, Issue 3

Sur ce point, il faut s'interroger tant sur la proportionnalité de la réglementation des pratiques du dirigeant de la société au but recherché que sur son efficacité. La moralisation est censée discipliner la liberté de gestion du dirigeant au profit de l'équilibre concurrentiel et non l'éliminer en emportant au passage la concurrence.

Ainsi, nous ne saurons aller plus loin dans nos développements sans préciser les contours de la notion de « pratiques anticoncurrentielles » (§1). Fort de cette base et dans le but de mettre en place un système palliant les éventuels écarts des dirigeants, il importe d'identifier des acteurs dans le cadre des recours quand la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles (§2)

§1 La condamnation de l'entreprise pour pratiques anticoncurrentielles

« Une des utilisations de l'histoire est pour nous libérer d'un passé faussement imaginé. Moins nous savons de la façon dont les idées ont effectivement pris racine et ont grandi, plus nous sommes enclins à les accepter sans se poser des questions »¹⁰ : D'où l'importance de connaître l'évolution du droit de la concurrence aux Etats-Unis et en Europe pour pouvoir comprendre l'état de droit actuel

C'est en Amérique du Nord que sont adoptées à la fin du XIX^e siècle les premières législations complètes de concurrence (A). Leur influence sur l'apparition du droit européen de la concurrence est indéniable (B).

A) L'émergence du droit de la concurrence aux Etats-Unis et en France

1) Les Etats-Unis – les précurseurs du droit de la concurrence

La législation antitrust des Etats-Unis est une des créations juridiques américaines les plus originales dont le but est de combattre certains abus de la liberté du commerce et d'industrie¹¹. En effet, les pères fondateurs de la Constitution américaine n'avaient pas pu prédire les excès auxquels se livreraient certains de leurs compatriotes dans la poursuite du rêve américain.

¹⁰ Bork R. (1993). *The Antitrust Paradox*, 1993, p.15 (« One of the uses of history is to free us of a falsely imagined past. The less we know of how ideas actually took root and grew, the more apt we are to accept them unquestioningly »)

¹¹ Wolf E. (1950). "La législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux". *Revue internationale de droit comparé*, volume 2, numéro 3, pp.440-477

La raison pour laquelle le droit de la concurrence américain s'appelle le droit *antitrust* est que les associations de producteurs en *trusts* ont été la norme de fonctionnement dans la plupart des industries aux Etats-Unis dans les années 1850-1880. La question centrale durant cette période aux Etats-Unis consistait à savoir si la concentration des moyens de production et la coordination des décisions par les *trustees* étaient les solutions les plus appropriées pour exploiter les économies d'échelle.

Les excès des trusts combinés à un Congrès et une Cour suprême désireux d'asseoir leurs pouvoirs respectifs ont donné naissance au *Sherman Act*¹² de 1890 désignée comme an *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*¹³ mais appelée conformément à la coutume américaine du sénateur républicain de l'Ohio qui en a pris l'initiative, John Sherman. Cette loi avait pour ambition de transformer des cadres législatifs et judiciaires dispersés entre plusieurs Etats en un cadre fédéral unifié. Elle consistait également à donner un statut de loi fédérale à l'antitrust.

Etant une fédération, certains Etats fédérés ont mis en place leurs propres législations *antitrust*, dans la mesure où leur compétence en matière de pratiques anticoncurrentielles, prévue par la Constitution, était source d'incertitudes et de conflits. Aujourd'hui, la quasi-totalité des Etats fédérés disposent de lois particulières, coexistantes avec le droit fédéral et fondées sur une base jurisprudentielle, en vertu de la *Common law*.

Ainsi, le domaine des législations propres à ces Etats couvre les activités affectant leur commerce interne. En cas de conflit entre la loi fédérale et la loi d'un Etat fédéré, la Constitution des Etats-Unis donne la préférence aux lois fédérales¹⁴. Ainsi, si une activité est considérée comme régulière par les lois fédérales, une loi d'un Etat ne peut s'appliquer pour déclarer cette activité illégale.

Le *Sherman Act* édicte deux interdictions, formulées vaguement alors que le style législatif américain se caractérise par sa précision. La première application du *Sherman Act* concerne la *Standard Oil*¹⁵: En l'espèce, à l'image du *Standard Oil Trust* de J. Rockefeller, les propriétaires de firmes rivales s'entendent pour transférer leurs titres de propriété sous le

¹² Sherman Act, 26 Stat. 209, 15 U.S.C §§1- 7

¹³ Loi visant à protéger le commerce contre les restrictions et les monopoles illégaux

¹⁴ La clause de suprématie – article VI de la Constitution américaine

¹⁵ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)

contrôle unifié d'un *trust*. Sous l'influence de magnats de la finance comme J.P. Morgan, d'importantes opérations de concentration sont engagées dans la sidérurgie ou les télécommunications pour réduire les surcapacités. Par conséquent, les agriculteurs et petites entreprises souffrent de l'élévation du prix des intrants commercialisés par les *trusts* et la monopolisation de l'industrie pétrolière américaine par J. Rockfeller inquiète les pouvoirs publics. Dans cette affaire, la Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré *Standard Oil* coupable d'avoir abusivement monopolisé l'industrie pétrolière américaine à travers une série d'agissements anticoncurrentiels. *Standard Oil* a été sévèrement sanctionnée et démantelée en plusieurs entreprises concurrentes.

Cependant, au fil du temps, il s'est avéré que le *Sherman Act* posait problème quant à son application. C'est pourquoi et en vue de contrer le pouvoir discrétionnaire des juges qu'a été voté le *Clayton Act* en 1914 par le Congrès. Cette loi précise les conditions d'application du *Sherman Act* et interdit certaines pratiques additionnelles qui sont susceptibles d'avoir un effet restrictif sur la concurrence. Le point le plus intéressant est que le *Clayton Act* clarifie l'engagement de la responsabilité pénale des dirigeants d'entreprises pour pratiques anticoncurrentielles.

Dans la même année, une deuxième loi *Federal Trade Commission Act* a été créée et elle représente l'acte de naissance d'un organe administratif indépendant *The Federal Trade Commission* – la commission fédérale du commerce qui a pour mission de veiller au respect des règles assurant la liberté de la concurrence et qui est dotée de pouvoir d'enquêtes, de poursuites et d'injonctions. Sa naissance a mis fin au monopole public de la mise en œuvre du droit de la concurrence aux Etats-Unis, jusqu'alors réservée à la Division antitrust du DoJ.

La mesure de la portée des lois antitrust est rendue difficile de par l'incertitude de la jurisprudence dans ce domaine. Dans le cadre du système américain dit des *checks and balances*, la Cour Suprême ne se borne pas uniquement à appliquer et interpréter la loi mais elle a également le pouvoir de déclarer nulles les lois fédérales qu'elles considèrent comme inconstitutionnelles. C'est la fonction de la Cour Suprême de mettre un frein au zèle du législateur si des libertés garanties aux citoyens par la Constitution sont empiétées.

Si le droit antitrust américain a vu le jour dès la fin du XIX^e siècle, il a fallu attendre

plus d'un demi-siècle plus tard, au lendemain de la seconde guerre mondiale pour que le droit de la concurrence apparaisse en Europe.

2) *La France – l'héritière de l'influence américaine*

Comme aux Etats-Unis avant le *Sherman Act* de 1890, les cartels étaient un mode habituel d'organisation et de coordination des activités économiques en Allemagne. Greffées en Europe à l'occasion des ordonnances de décartellisation imposées à l'Allemagne, les règles de la concurrence devaient se révéler être l'une des principales bases de la construction européenne puisqu'elles sont devenues par la suite des règles communes au sein du traité CECA¹⁶ créé par le traité de Paris du 18 avril 1951. Les grands cartels de l'acier étaient considérés comme en partie responsables des deux guerres mondiales : il s'agissait donc, au delà d'une ambition de nature purement économique, d'instaurer une paix durable en Europe.

Depuis le 23 juillet 2002, ce sont des règles de droit commun de la concurrence qui s'appliquent¹⁷.

En France, nous avons deux corps de règles pour le droit de la concurrence : le droit de la concurrence français et le droit de la concurrence communautaire. En effet, parallèlement aux efforts d'harmonisation dans les domaines fiscaux et sociaux, la politique de concurrence contribue toujours activement au développement du commerce intracommunautaire. Nous constatons la communautarisation du droit de l'antitrust : les normes sont généralisées et l'application est décentralisée.

En droit français, les premières bases du droit moderne de la concurrence ont été posées par l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative au prix et à la répression des infractions à la législation économique. Le décret du 9 août 1953, intégré à l'ordonnance du 30 juin 1945, prohibe les mauvaises ententes tout en validant les ententes réglementaires et celles contribuant au progrès économique. Dix ans plus tard, l'abus de position dominante commencera à être sanctionné¹⁸. Après plusieurs modifications de l'ordonnance de 1945, une nouvelle ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence a été promulguée le 1^{er}

¹⁶ Communauté européenne du charbon et de l'acier

¹⁷ Comm. CE, Communication sur certains aspects du traitement des affaires de concurrence résultant de l'expiration du traité CECA : JOCE n° C 152, 26 juin 2002 ; Europe 2002, comm. N° 290, obs. L. Idot

¹⁸ Loi n° 63-628 rectificative pour 1963.

décembre 1985. Le texte, désormais intégré dans le Code de commerce¹⁹ et modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques (NRE)²⁰ conférait au Conseil de la concurrence, la mission de veiller au respect des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes illicites et abus de position dominante.

L'influence du droit communautaire sur le droit interne s'est manifestée dans la loi NRE du 15 mai 2001, loi reprenant de nombreuses notions existantes en droit communautaire pour intégrer dans l'ordre interne.

L'application du droit français de la concurrence est indissociable de celle du droit communautaire de la concurrence. En cas d'inapplicabilité du droit européen de la concurrence, le droit communautaire peut être utilisé comme une grille de lecture pour l'application du droit français. En outre, l'Autorité de la concurrence cite désormais à la fois la jurisprudence européenne et la jurisprudence française dans ses exposés des règles générales. L'application cumulative du droit communautaire et du droit national est autorisée : rien n'interdit une double sanction. Cependant, cette application cumulative comporte un risque de conflit qu'il convient de régler éventuellement par la primauté du droit communautaire²¹. Cette primauté du droit communautaire a été affirmée pour la première fois dans l'arrêt *Costa*²². En France, ce principe a été confirmé dans l'arrêt *Jacques Vabres*²³ rendu en 1975 par la cour de Cassation et dans l'arrêt *Nicolo*²⁴ rendu en 1989 par le Conseil d'Etat.

La France et l'Europe ont hérité la politique de concurrence venant des Etats-Unis. En édictant le *Sherman Act* de 1890, les Etats-Unis cherchaient avant tout à intégrer les différents Etats derrière un même droit fédéral puissant. De la même manière, les rédacteurs du Traité de Rome en Europe en 1957 ont voulu établir des règles de concurrence communes, dans le but d'aboutir à un marché unique.

Le rayonnement de la législation antitrust américaine en Europe met l'étude de cette législation au premier plan pour les juristes européens. Le droit de la concurrence

¹⁹ Articles L.410-1 et suivants du Code de commerce.

²⁰ JO n° 113, 16 mai 2001, p.7776

²¹ Principe découlant de la jurisprudence Comm. De CJUE, 13 février 1969 *Walt Wilhem e. a. c/ Bundeskartellamt*, aff. 14/68, Rec., 1969, p. 1. 124

²² CEJ 15 juillet 1964 *Costa c/ E.N.E.L*

²³ Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*

²⁴ CE. Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*

communautaire est mis en œuvre par la Commission européenne alors qu'outre-Atlantique, le DoJ et la FTC sont chargés de l'enquête, mais la décision est l'aboutissement d'une phase judiciaire durant laquelle les parties confrontent leurs arguments devant une cour.

Si les modèles français et communautaire de la concurrence ont été largement influencés par le modèle américain, dans la pratique, on pourra observer l'incorporation d'outils américains dans un milieu voisin mais différent de celui-ci pour constater de quelle manière l'outil s'est acclimaté au système de droit civil (B).

B) Les contours de la notion « pratiques anticoncurrentielles » en droit français, communautaire et américain

Le droit de la concurrence déloyale et le droit des pratiques restrictives de concurrence ne seront pas compris dans le champ de cette étude. Les pratiques anticoncurrentielles se distinguent des pratiques restrictives en ce que les premières ne concernent pas des relations individuelles, mais sont appréhendées à partir de la notion de marché.

Dans le cadre de ce mémoire, nous nous intéresserons uniquement aux ententes et aux abus de la position dominante.

Les objectifs fondamentaux de la législation continentale et ceux de la législation américaine ne sont pas les mêmes. En effet, en Europe, la protection des consommateurs est privilégiée dans la politique de concurrence alors qu'aux Etats-Unis, ce qui est mis en avant, est la protection des différents acteurs du marché. Par conséquent, la qualification des différentes pratiques anticoncurrentielles diffère. Le droit français se distingue également du droit communautaire : En raison de la spécificité du droit français, notre système interne réprime certains comportements que le droit européen ne réprime pas ou du moins pas de manière autonome. La superposition des règles communautaires et internes d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles oblige à rechercher un critère de répartition des compétences et ce dernier consiste en l'affectation du commerce entre Etats membres. La Cour de justice a précisé que « pour remplir cette condition, l'accord, la décision ou la pratique doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager qu'il est en mesure d'exercer éventuellement une influence directe ou indirecte sur les courants d'échange

entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché et de rendre plus difficile l'interprétation économique voulue par le Traité»²⁵. La Commission a donné son interprétation de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres dans une communication du 27 avril 2004²⁶.

Les ententes – Les ententes sont prohibées en droit communautaire et interne respectivement à l'article 101§1 TFUE²⁷ (ancien 81 TCE) et L.420-1 du Code de commerce. Nous avons deux droits qui s'expriment en parallèle avec en plus des compétences parallèles. Le droit communautaire doit la naissance de ces articles à la section 1 du *Sherman Act* qui interdit tout contrat, toute association ou toute entente restreignant le fonctionnement normal du commerce entre les Etats de l'Union ou avec les pays étrangers.

Les ententes engendrant des effets favorables à l'économie peuvent bénéficier d'une exemption, dans la mesure où « les accords qui restreignent la concurrence peuvent en même temps avoir des effets proconcurrentiels sous forme de gains d'efficacité, lesquels peuvent créer un surcroît de valeur en abaissant le coût de fabrication d'une production, en améliorant la qualité du produit ou en permettant la création d'un nouveau produit »²⁸. Ce système d'exemption²⁹ vient de la règle de raison américaine. Cependant, les Américains n'ont pas de système d'exemption, contrairement à la façon de penser continentale qui ne permet pas de penser simultanément interdiction et autorisation.

Tandis que le droit américain dispose d'un panel de mesures qui sont interdites d'office sans qu'il ne soit nécessaire de vérifier si elles affectent de manière effective la concurrence (les interdictions *per se*³⁰ ou *de facto* des ententes horizontales ; le droit communautaire et le droit français reposent sur un système probatoire classique : c'est-à-dire qu'il revient au demandeur de prouver le caractère néfaste de la pratique à l'égard de la concurrence pour en obtenir l'interdiction.

²⁵ CJUE, 12 décembre 1967, *Brasseries de Haecht*

²⁶ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité : JOUE 27 avril 2004, n°C-101, p.81

²⁷ « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous les accords entre entreprises, toute décision d'association d'entreprises et toute pratique concertée susceptible d'affecter le marché »

²⁸ Communication de la Commission: "Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité": JOUE 27 avril 2004, n° C-101, p.97, point 33.

²⁹ C. com. L.420-4

³⁰ *Toys "R" Us, Inc. v. FTC*, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000)

L'abus de la position dominante - la pratique est interdite aux articles 102 TFUE³¹ (ancien 82 TCE) et L.420-2 du Code de commerce. Le droit continental de la concurrence ne sanctionne pas les positions dominantes, qui, en soi, ne sont pas néfastes en elles-mêmes mais sanctionne plutôt l'abus d'une telle position dominante. Ces dispositions ont été inspirées par la section 2 du *Sherman Act*³² qui prohibe toute situation de monopole, toute tentative de création d'un monopole et tout accord ou entente tendant à monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers. De plus, le droit antitrust américain qualifie de crime tout monopole ou tentative d'en constituer un alors que cette tentative est de nature civile dans l'ordre communautaire³³. Ainsi, contrairement à la vision en Europe en général et en France en particulier, aux Etats-Unis, la « potentialité de l'infraction » est sanctionnée, toute tentative pour acquérir le monopole est prohibée³⁴.

Sauf que nous nous rendons compte qu'en pratique, les autorités de concurrence américaines, dans un Etat où le risque de condamner à tort des pratiques proconcurrentielles d'entreprises ayant un fort pouvoir de marché est perçu comme une menace majeure impliquant un coût important de subversion de la concurrence, seront amenées à suivre une politique relativement clémente en matière de monopolisation ou d'abus de position dominante. Alors qu'en Europe, région où les pratiques anticoncurrentielles des anciens monopoles légaux dans les secteurs récemment ouverts à la concurrence sont perçues comme un obstacle important au développement de la concurrence, la mise en œuvre du droit à l'encontre des pratiques abusives d'entreprises ayant une position dominante sera plus agressive.

La différence réside également dans la nature des infractions. Aux Etats-Unis, les ententes portant sur les prix sont criminelles. A part cette catégorie, seule l'infraction de monopole ou de tentative de monopole de l'article 2 du *Sherman Act* est considérée comme un crime. Au contraire, toutes les pratiques anticoncurrentielles en France sont des infractions de

³¹ « est incompatible avec le marché commun et donc interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante »

³² 15 U.S. Code §2 "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony..."

³³ Article 2 Sherman Act et *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1910)

³⁴ *American Tobacco v. United States*, 328 US- 751-851 (1946)

nature civile.

§2 L'identification des acteurs dans le cadre du recours contre le dirigeant de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles

A) Les personnes pouvant intenter le recours – de la souplesse du droit américain à l'assouplissement des conditions d'ouverture en droit français

Intérêt à agir - L'exigence d'un préjudice personnel du demandeur correspond à l'intérêt à agir exigé par l'article 31 du Code de procédure civile et à la notion de *standing to sue* en droit américain. Or, en droit de la concurrence, le législateur n'a pas hésité à prendre en compte l'intérêt général économique pour mettre en place des mécanismes originaux.

L'intérêt à agir désigne le point de savoir si « une partie a un intérêt suffisant dans un litige, qui réunit par ailleurs toutes les autres conditions de recevabilité, pour engager une action devant un tribunal en vue d'obtenir une décision judiciaire »³⁵. En droit américain, l'intérêt à agir est démontré par : un préjudice réel (*injury in fact*), son imputabilité à l'action contestée (*causation*) et le fait que la personne peut s'attendre à être réparée par un acte juridique (*redressability*). Pour le juge, la clé de l'affaire consiste en l'implication *personnelle* et *sérieuse* du justiciable. De ce fait, les victimes directes de la pratique anticoncurrentielle peuvent intenter une action contre les dirigeants. Par victime de pratiques anticoncurrentielles, on inclut également l'entreprise dans laquelle travaillait le dirigeant fautif comme cela a été le cas pour des abus de biens sociaux commis par la gérance de la société³⁶. En outre, dans la plupart des cas, il y aura baisse de la consommation qui impactera directement sur la production : les fournisseurs directs du cartel peuvent également être affectés.

S'il est certain que l'action est ouverte aux victimes directes d'une pratique anticoncurrentielle, la question se pose quant aux possibilités d'intenter une action concernant les consommateurs et partenaires économiques des entreprises victimes directes. L'article L.470-7 du Code de commerce dispose que « *les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles*

³⁵ Garapon A., Papadopoulos I. (novembre 2003). *Juger en Amérique et en France*. Odile Jacob.

³⁶ Cass. Crim. 27 février 2002, n° 01-82.594 : Juris-Data n° 2002-013699 ; Bull. crim. 2002, n°52

représentent, ou à la loyauté de concurrence ». Ainsi, on considère que les associations de consommateurs ne peuvent pas exercer une telle action, faute d'intérêt à agir car leurs préjudices ne sont pas personnels et directs. Cela résulte de la considération selon laquelle les préjudices par ricochet ne sont pas autonomes. Néanmoins, un arrêt de la Cour de cassation³⁷ montre qu'une action pénale est possible pour une association de consommateurs : Encore faut-il que soient démontrés le préjudice pour les consommateurs et le lien de causalité entre ce dernier et l'infraction avérée.

Private enforcement – L'amende administrative constitue l'action publique – *public enforcement*. L'action privée réside dans les dommages – intérêts accordés aux victimes – *private enforcement*. Aux Etats-Unis, 90% des actions en réparation du préjudice issu des agissements anticoncurrentiels sont intentées par des personnes privées, appelées *private enforcement*. Les 10% restant relève de l'action menée par les autorités publiques, dit *public enforcement*. En 1914 le *Clayton Act* est venu permettre aux victimes de violation du droit « antitrust » d'agir contre les auteurs de ces atteintes au marché par la voie judiciaire, en obtenant notamment le triplement de l'indemnité réclamée.

Contrairement à ce qui se passe aux Etats-Unis, les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas appelées à jouer un rôle dans les droits de la concurrence français et européen. Toutefois, la violation d'une règle légale étant constitutive d'une faute sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil français, le préjudice subi par les victimes devrait être en principe réparable, dans la mesure où la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est une faute civile. Tout comme en droit de l'environnement, le droit de la concurrence est aussi concerné par le phénomène de collectivisation du préjudice³⁸. L'action privée concurrentielle représente une action de réparation pour des consommateurs ou des entreprises victimes des pratiques anticoncurrentielles violant leurs droits personnels.

Question des *class actions* – La loi Hamon du 17 mars 2014³⁹ a mis en place un système de *class action* à la française, en s'inspirant du modèle américain. En effet, le premier exemple d'action de groupe a vu le jour aux Etats-Unis suite à l'explosion particulièrement

³⁷ Cass. Crim. 21 novembre 1991 n° 91-81.064 : Juris-Data n° 1991-003579 ; Bull. crim. 1991, n°427

³⁸ Valérie Lasserre-Kiesow (2007). "La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles". *D.2007.2116, au par. 3*

³⁹ JORF n°0065 du 18 mars 2014 p. 5400, Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

dramatique du navire cargo SS Grandcamp en 1947. La base de la class action américaine se trouve dans la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* adoptées par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1938. La *class action* se présente aux deux paliers de compétence aux Etats-Unis, soit au niveau fédéral, soit au niveau des Etats fédérés. Ainsi, au niveau fédéré, par exemple la version définitive a été codifiée en 1975 aux articles 901 à 909 des *New-York Civil Practice Law and Rules*. Par définition, il s'agit d'une « action par laquelle une personne habilitée à représenter en justice un groupe de personnes sans avoir obtenu préalablement leur accord exprès »⁴⁰. Dans la pratique, de nombreuses dérives sont issues du système de la class action américain, en raison de l'appât du gain que représente des dommages triples, des *fishing expeditions*⁴¹ permises par le *discovery*.

Malgré ses points faibles, cette procédure a deux intérêts majeurs : Le premier est un intérêt temporel car un seul avocat est préconisé pour plaider en faveur de l'ensemble des plaignants et le second est un intérêt économique car les frais d'avocats sont divisés par le nombre de plaignants. Cependant, le législateur français a restreint la *class action* française au champ de la consommation⁴². Son domaine d'application est également limité par la nature des préjudices subis, sur le fondement de l'article L.423-1 du Code de la consommation qui exclut du champ l'application la réparation des préjudices moraux, ainsi que l'ensemble des dommages extrapatrimoniaux. Si le consommateur n'adhère pas, il conserve le droit d'action individuel. Souhaitant éviter les dérives d'outre-Atlantique, le législateur n'habilite que 16 associations de consommateurs agréées à pouvoir agir en justice.

Les actions internes - Outre les actions offertes aux entreprises victimes et aux consommateurs, cette action peut également être intentée par un salarié de l'entreprise ou par un comité d'entreprise dont un dirigeant a mis en œuvre une pratique anticoncurrentielle. Cependant, l'aboutissement de l'action dépend de l'existence d'un préjudice personnel et d'un lien de causalité direct entre le préjudice et l'infraction. Concernant les actionnaires, ces derniers n'ont pas de recours direct contre les administrateurs mais ils peuvent exercer leur recours obliquement via la compagnie.

⁴⁰ Magnier V. (10 juin 2005). «La class action, un remède efficace?». *Dossier la gouvernance d'entreprise. Petites affiches n°115, p. 42*

⁴¹ Ce système de collecte de la preuve permet à l'avocat d'obtenir une multitude de documents de son adversaire, même les moins pertinents, sur simple demande, sans désigner clairement ce qu'il cherche, pour cette raison, les anglophones parlent de «pêche à la preuve»

⁴² Art. L.423-1 et suivants du Code de la consommation

Les syndicats - L'article 6 du *Clayton Act*⁴³ exclut les syndicats. En droit français, l'article L.2132-3 du Code du travail dispose que « les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Il peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Cependant, nous voyons mal comment une infraction au droit de la concurrence saura porter atteinte à l'intérêt collectif d'une profession, sauf des cas particuliers. A titre d'exemple, pour un syndicat de professions réglementées, l'entente entre des entreprises de ce secteur pourrait détériorer l'image de la profession, portant ainsi préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

B) L'identification des dirigeants de l'entreprise dans les législations française et américaine – Conditions liées aux personnes visées.

La société, en tant qu'entité abstraite, doit impérativement, et pour l'exercice de ses droits, être représentée par des personnes physiques. Dans le cadre de ce mémoire, en droit français, nous nous attarderons exclusivement sur les sociétés anonymes. L'identification du dirigeant responsable est indispensable à la recherche d'un répondant physique dans le cas où la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles.

1) Le dirigeant de droit en droits français et américain

Le dirigeant de droit – *De jure director* – est celui qui est désigné par les statuts de la société pour diriger celle-ci. Dans la décision *Fabbrica Pisana*⁴⁴, la Commission européenne a considéré qu' « il n'appartient nullement aux inspecteurs de la Commission d'apprécier ou de contester la compétence ou l'étendue des connaissances des représentants des sociétés faisant l'objet de ces vérifications (...) la désignation de ces représentants est du seul ressort des entreprises concernées ».

La société anonyme de type classique est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins et de douze au plus⁴⁵, devant être obligatoirement actionnaires⁴⁶. Leur désignation est fixée à l'article 611 du Code de commerce. Les

⁴³ Art. 15 U.S.C §17

⁴⁴ Commission CE, 20 décembre 1979, *Fabbrica Pisana* : JOCE n° L 75, 21 mars 1980

⁴⁵ Art. 610 du C. com. Leur nombre total peut aller jusqu'à vingt quatre membres en cas de fusion.

⁴⁶ Art. 619 du C. com.

administrateurs constituent des organes sociaux, ils n'ont pas la qualité de salarié. Leur mission est collégiale, elle consiste à gérer la société et ils ne sont pas des mandataires de celle-ci car pris individuellement, ils ne peuvent pas représenter la société. Ce privilège est dévolu au président du conseil d'administration⁴⁷. Ainsi, ils ne disposent individuellement d'aucun pouvoir au sein de la société.

Dans les sociétés anonymes, une dissociation de la présidence du conseil d'administration et de la direction générale est possible depuis la loi N.R.E du 15 mai 2001, sous réserve de modification statutaire. Cette possibilité ne se retrouve pas en droit américain. Dans les sociétés anonymes françaises à direction dissociée, sont considérés comme dirigeants les administrateurs, le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeurs généraux délégués⁴⁸. Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, les membres du directoire sont dirigeants⁴⁹. Alors qu'il ne fait qu'exécuter les décisions du dirigeant de fait, le dirigeant de droit peut se voir reprocher des fautes de gestion graves et lourdes de conséquences.

Aux Etats-Unis, il revient au *board of directors*⁵⁰ de surveiller et de ratifier les agissements de la direction au nom des actionnaires – les *shareholders*. Contrairement à la rigidité française, la présence d'un tel conseil n'est pas exigée. Les *articles of incorporation* ou les *corporate bylaws* – les statuts en français – déterminent le nombre d'administrateurs ou de directeurs et la durée de leurs mandats⁵¹. Les lois de chaque Etat fédéré prescrivent les pouvoirs de base des dirigeants. De nombreux Etats ont adopté les dispositions de *American Bar Association*, appelées *Model Business Corporation Act* ou les lois sur les sociétés de l'Etat de Delaware. D'autres Etats ont adopté leurs propres lois. En général, si la loi de l'Etat fédéré n'impose pas une exigence relative à des dirigeants, il revient aux statuts de la société d'établir les conditions nécessaires.

Les directeurs peuvent gérer directement les affaires de la société lorsque la taille de la société est moindre. A contrario, quand la société est grande, les directeurs surveillent les affaires de la société et délèguent les activités aux dirigeants administratifs – appelées les

⁴⁷ Art. 638 al. 1er in fine du C. com.

⁴⁸ C.com. L.225-53 et L.225-56-II

⁴⁹ C.com. L.225-256

⁵⁰ Conseil des directeurs

⁵¹ MBCA, §8.40 (a)

corporate officers en anglais. Les rôles de ces derniers – notamment celui du président, du vice-président, du trésorier et du secrétaire, sont déterminés par les statuts. Le président agit comme l'agent de première responsabilité et est souvent appelé the *chief executive officer* ou *CEO* (PDG en français). Même si un dirigeant ou un administrateur prend ce qui se révèle être une mauvaise décision d'affaires, sa responsabilité ne sera pas engagée, à moins que sa décision viole un droit spécifique imposé au dirigeant ou à l'administrateur.

Ainsi, l'organisation de la direction en France est beaucoup plus rigide et plus encadrée par les lois qu'aux Etats-Unis.

2) *Le dirigeant de fait*

La notion d'entreprise et celle de dirigeant de fait – *de facto director* - ont un point commun : « Elles permettent de faire abstraction des données juridiques pour tenir compte de la réalité économique »⁵². En l'absence de définition légale du dirigeant de fait, la doctrine les présente comme « les personnes qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celle qui, en toute souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction »⁵³. La direction de fait engendre des responsabilités mais ne crée pas de droits.

En appliquant cette définition doctrinale, est rejetée la qualité de dirigeant de fait au seul motif que l'associé est majoritaire, voire détenteur de la quasi-totalité du capital social. La démonstration de « l'existence d'autres éléments positifs de gestion et de direction »⁵⁴ est exigée. Le but d'une mise en cause éventuelle du dirigeant de fait est de soumettre la personne usurpatrice des pouvoirs du dirigeant de droit aux mêmes conséquences que si elle avait été régulièrement désignée, sans pour autant que le dirigeant de droit ne soit exonéré. Ainsi, il a été jugé qu'un gérant de droit ne pouvait invoquer comme circonstance atténuante son effacement derrière le dirigeant de fait, tout au contraire, l'acceptation de fonctions de complaisance constitue une faute d'une particulière gravité⁵⁵.

En matière de responsabilité pénale des entreprises, lorsque le dirigeant de droit n'est

⁵² Ballot-Léna A. (2008). "La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun". *LGDJ*, p.455

⁵³ Rives-Lange J-L. (1975). "La notion de dirigeants de faits". *D. chrno*.p.41

⁵⁴ C.A. Paris, 3ème ch. A, 16 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p.369, Rev. soc., 1998, p.159, obs. Y. GUYON

⁵⁵ Cass. Crim. 12 sept. 2000, 99-88.011, Bull. Crim. 2000 n° 268 P.791

qu'un homme de paille, le juge répressif doit rechercher qui est l'auteur véritable de l'infraction constatée et punir ainsi le dirigeant de fait⁵⁶.

Aux Etats-Unis, le principe est très similaire et l'utilisation du principe de *de facto director* dans la jurisprudence s'est avérée extrêmement rare. En pratique, les individus ou les entreprises ne peuvent être nommés comme *shadow* ou *de facto directors* que lorsqu'un actionnaire minoritaire engage des poursuites au nom de la société ou lorsque l'entreprise a été mise en liquidation et le liquidateur cherche à récupérer des fonds pour le compte des créanciers. A ce stade, le *de facto director* peut se trouver face à une plainte liées à ses transactions illicites, ses fautes commises, ou ses manquements à une obligation à l'égard de l'entreprise ou d'autres revendications visant à le forcer personnellement à contribuer aux actifs de l'entreprise ou à compenser les créanciers. Jusqu'à présent, tant en droit français qu'en droit américain, nous ne trouvons aucune décision dans laquelle la responsabilité du dirigeant de fait a été recherchée quand la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles.

3) Le mandat social en tant que justification de l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant

Le terme « mandat social » doit être distingué ici du mandat de droit civil au sens des articles 571 et suivants du Code civil dans la mesure où le recours au dirigeant en France est imposée par la loi, contrairement à la liberté confiée au mandant de choisir un mandataire. Il y a une théorie institutionnelle et une théorie contractuelle du mandat social⁵⁷ en droit français, de la manière qu'il y a une *concession theory* et l'influence des *articles of incorporations* outre-Atlantique. D'un côté, la théorie contractuelle est préférée dans la mesure où les dirigeants ont été choisis par les associés pour représenter la société, ils disposent ainsi d'un mandat conformément à la théorie de la représentation.

De l'autre côté, l'approche institutionnelle semble plus pertinente quand on considère que les dirigeants représentent plus la société que les associés, de sorte qu'ils peuvent faire corps avec elle. Pour concilier les deux principes, la responsabilité interne des dirigeants,

⁵⁶ C.com. art. L.241-9, L.245-16, L.246-2.

⁵⁷ Nemedeu R. (2003). "Le contrôle des dirigeants de la société anonyme". *Atelier national de reproduction des thèses, coll. Thèse à la carte.*

c'est-à-dire celle envers la société et les associés, a une dimension contractuelle alors que la responsabilité externe, envers les tiers, a une dimension institutionnelle. De ce fait, la faute détachable des fonctions est une construction jurisprudentielle, tant française⁵⁸ qu'américaine, visant à protéger les dirigeants des actions en responsabilité des tiers derrière l'écran de la personne morale de la société qu'ils représentent.

Ainsi, en vertu du devoir d'agir personnellement et dans les limites de leurs pouvoirs, les dirigeants sont susceptibles d'être reconnus comme fautifs s'ils n'exercent pas eux-mêmes le mandat qui leur a été confié ou s'ils exercent leurs pouvoirs de telle manière que la compagnie agisse de façon illégale ou en contravention de sa propre constitution et de ses statuts.

Aux Etats-Unis, les *officers* sont les agents soumis aux principes du droit de la représentation⁵⁹. Contrairement aux officiers, les directeurs ne sont pas des agents de la société et ils sont dotés de devoirs fiduciaires. La théorie institutionnelle aux Etats-Unis laisse de plus en plus de place à la théorie contractuelle, considérant la souplesse dans la création des sociétés américaines. Dotés d'un *mandat social* pour agir pour le compte de la société et pour la représenter vis-à-vis des tiers, le dirigeant tient sa mission des associés qui le nomment. En acceptant et exerçant de tels pouvoirs, il s'engage à en assumer la responsabilité.

Influence américaine omniprésente - Le droit de la concurrence connaît une expansion internationale, l'implication d'éléments soumis à différents droits nationaux devenant la norme. De nombreuses voix se regroupent pour défendre l'idée que le droit des pays de *Common Law* est plus propice au développement économique d'un pays que celui des pays de droit civil⁶⁰. Les Etats-Unis étant un Etat fédéral, son système représente un modèle de conciliation des intérêts nationaux avec des préoccupations fédérales. Comme nous l'avons vu, les Américains ont joué un rôle important dans l'introduction du droit de la concurrence en France, leurs manières d'appliquer les textes juridiques dans la pratique ont été une source d'inspiration pour les juges français. Ils ont été des précurseurs de nombreuses tendances juridiques, notamment dans la recherche des responsabilités des dirigeants en cas de

⁵⁸ ie Cass. Com. 18 mai 2010, n° 09-66172 (JCPE n°37 Septembre 2010)

⁵⁹ Agency law

⁶⁰ Il s'agit notamment de la Banque Mondiale qui depuis 2004, dans les rapports annuels "Doing Business" compare les droits des affaires de 188 pays et s'efforce d'encourager l'influence des droits des pays de Common Law, R.W. Vishny (1998). *Law and Finance*. Journal of Political Economy, pp.1113-1155

condamnation de la société pour pratiques anticoncurrentielles. De nouveaux concepts issus du droit *antitrust* américain ont été intégrés dans l'environnement juridique français et les dernières réformes du droit de la concurrence français sont toutes influencées par le droit américain. Néanmoins, en raison des contextes historique, culturel et politique différents, reprendre le droit américain à la lettre n'est pas une solution pour le droit français.

Intérêt des études comparées - La globalisation désigne l'exploitation de la mobilité internationale, à travers l'internationalisation des échanges et les déplacements des personnes, des biens et des capitaux. La dimension géographique de l'étude qui s'intéresse d'abord à deux grands acteurs commerciaux à l'échelle de la planète que sont l'Union Européenne dont la France fait partie et les Etats-Unis, système de *Common Law*. Malgré de nombreuses divergences qui les séparent, le droit de la concurrence français et le droit antitrust américain se dotent tous les deux des textes leur assurant une compétence extraterritoriale⁶¹. La compétence de l'UE⁶² repose sur le lieu de mise en œuvre du comportement peu importe qu'il soit l'œuvre de simple filiale étrangère. Ainsi, la question a une dimension multi territoriale et mondiale.

Concernant la responsabilité du dirigeant dans l'hypothèse où sa société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, outre la connaissance du droit américain, la réalisation de convergences est un but de la comparaison. Il s'agit de rapprocher les législations, de consolider et d'approfondir la structure juridique concurrentielle pour éviter les fluctuations imprévisibles dans la sévérité de la politique de la concurrence.

Problématique : *Dans quelles mesures le fait pour un dirigeant d'avoir participé de manière active ou passive aux pratiques anticoncurrentielles au titre desquelles son entreprise est condamnée pourrait-il légitimer une sanction à son encontre et, dans l'affirmative celle-ci peut revêtir quelle nature ?*

Le but est de trouver un équilibre entre immunité et responsabilisation excessive. Cette étude permettrait en outre de clarifier la différence subtile entre l'auteur de la faute et le destinataire de la sanction. En théorie, la personne du destinataire de la sanction est censée se

⁶¹ la section 7 prévoit l'application extra territoriale du Sherman Act qui peut frapper toute entreprise étrangère, passible de poursuites devant les juridictions américaines, ainsi que toute restriction ou commerce pratiqué en dehors de Etats-Unis mais ayant des effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles sur le commerce américain.

⁶² CJUE, 14 juill. 1972 *Matières colorantes*, Aff. 48/69 à 57/69

confondre avec celle de l'auteur de la faute. Néanmoins, dans le cadre du droit de la concurrence, il s'avère plus délicat d'atteindre personnellement les dirigeants responsables d'avoir conduit l'entreprise à des politiques concurrentielles illégales.

Plan d'étude – Les cadres législatifs américains et français visent à ajouter un effet dissuasif supplémentaire aux dirigeants qui tentent de commettre des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de mettre en place des systèmes efficaces permettant une indemnisation intégrale aux victimes de ce type d'agissements. Ainsi, un nombre considérable d'infractions, tant en droit français qu'en droit américain, ont été prévues lorsque le dirigeant participe aux pratiques anticoncurrentielles (Partie 1). Néanmoins, même en l'absence de toute participation personnelle, le dirigeant risquerait quand même de voir sa responsabilité engagée due aux manquements à ses devoirs fiduciaires dans la prévention des pratiques anticoncurrentielles (Partie 2)

PARTIE 1 : LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DU DIRIGEANT EN TANT QUE PARTICIPANT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : L'AFFRANCHISSEMENT DU DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE DE SA FILIATION AMERICAINE

Rechercher la responsabilité personnelle des dirigeants en tant que participants aux pratiques anticoncurrentielles, c'est chercher un équilibre en prenant en compte tout à la fois la gravité des transgressions, la nature des intérêts à protéger, et la fiabilité du contrôle de ses dirigeants. En effet, les dirigeants, parce qu'ils ont en charge la gestion, l'administration et la direction de la société sont au premier chef les plus exposés à voir leur responsabilité engagée. Outre la responsabilité attachée à la commission personnelle d'infraction devant le juge étatique (Titre 1), les dirigeants doivent également assumer la responsabilité au sein de leurs propres entreprises (Titre 2)

Titre 1 : La mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant devant le juge français et américain

Le dirigeant de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles peut voir sa

responsabilité engagée tant sur le plan pénal (Chapitre 1) que sur le plan civil (Chapitre 2)

Chapitre 1: La responsabilité pénale du dirigeant – De la sévérité théorique à une application pratique encore timide en France et aux Etats-Unis

Les principes du droit pénal commun, tels que le principe de prévisibilité du droit pénal ou celui selon lequel chacun doit répondre de sa propre faute, s'appliquent dans le cadre de l'entreprise. Ainsi, la responsabilité pénale a un champ d'application beaucoup plus restreint que la responsabilité civile car elle doit être préalablement prévue par un texte qui détermine avec précision les actes et les personnes incriminées. Cette exigence est liée au fait qu'une pénalisation excessive de la vie économique produit des effets pervers. Selon M. Haschke-Dournaux, « le droit pénal des sociétés est une véritable épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête des dirigeants. Comme dans l'antique légende, la ténuité du crin de cheval qui la retient suffit à en paralyser la plupart »⁶³. Ainsi, la mise en place des sanctions pénales contre le dirigeant quand la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles ne devrait pas être considérée à la légère. De ce fait, il convient dans un premier temps d'étudier la mise en œuvre théorique de la responsabilité pénale du dirigeant (I) pour ensuite examiner les limites de son application en pratique (II).

I) La mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant – acteur des pratiques anticoncurrentielles

Il convient d'étudier les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité pénale (A) dans ce cas. Cette étude amène par conséquent à se pencher sur les conditions atténuantes ou exonératoires de cette mise en œuvre (B)

A) Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant participant des pratiques anticoncurrentielles

Les sanctions-types du droit pénal de la concurrence sont les peines privatives de liberté et les amendes. Néanmoins, les sanctions pécuniaires peuvent être imposées en même temps par les autorités administratives et par les autorités pénales. Ainsi, cette dualité de compétence risquerait de mettre à mal le principe de *non bis in idem*. Cependant, le Conseil

⁶³ Haschke-Dournaux M. (2005). "Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés". *Coll. Thèses, L.G.D.J.*

Constitutionnel a considéré que ce principe ne se trouve pas à s'appliquer en cas de cumul des sanctions pénales et administratives⁶⁴

Par exemple, dans le cartel du transport maritime entre les Etats-Unis et Porto Rico entre mai 2002 et avril 2008, un dirigeant de Sea Star, Peter Baci, a accepté de plaider coupable et de purger une peine de 48 mois de prison, assortie d'une amende de 20 000 \$⁶⁵. L'aboutissement à ces sanctions nécessite la présence des conditions imposées par la loi et par la jurisprudence.

1) Les Etats-Unis – pionnier dans le mouvement de pénalisation du droit de la concurrence

Une des questions les plus violemment débattues en droit antitrust américain est de savoir si les sanctions pénales devraient être imposées contre la société et contre ses dirigeants. Certains plaidaient pour une croisade contre des sanctions pénales, considérées comme fauteurs de «communisme»⁶⁶; d'autres se sont plaints que les entreprises privées aux États-Unis violent régulièrement les lois antitrust avec l'impunité des criminels endurcis⁶⁷. En effet, l'utilisation des sanctions pénales contre les dirigeants pour punir et dissuader ce genre de comportements n'est pas un développement juridique récent. Au cinquième siècle, l'Empereur Zénon a émis un édit pour le préfet du prétoire de Constantinople qui interdisait les monopoles, la fixation des prix, et les contrats illégaux sous peine de l'exil perpétuel ou d'une amende de quarante livres d'or⁶⁸.

Etant donné que la compétence fédérale et la compétence des Etats fédérés se chevauchent en matière du droit de la concurrence⁶⁹, et 32 Etats prévoient des peines de prison pour différents types de violation des lois antitrust, la possibilité de doubles poursuites est indéniable. Cette possibilité est renforcée par les décisions de la Cour Suprême, selon laquelle une poursuite pénale fédérale et celle d'un Etat fédéré de la même personne pour le même acte

⁶⁴ Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, §15

⁶⁵ Florida Federal District Court, *United States v. Baci*, 30 janvier 2009, Case n° 3:08-cr-350-J-32TEM

⁶⁶ Cahill (1952). "Must We Brand American Business by Indictment as Criminals?". *ABA ANTITRUST SECTION 26*

⁶⁷ Kadish (1963). "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations". *30 U. CHI. L. REV.* 423 ; Rashid (1960). "What is Right With Antitrust". *5 ANTITRUST BULL.* 5

⁶⁸ Code 4.59.1, traduit à .13.S.P. SCOTT, *Le code civil 120* (1932)

⁶⁹ *Commonwealth v. McHugh*, 326 Mass. 429, 93 N.E.2d 751 (1950)

ne viole pas l'interdiction de la double condamnation inscrite dans la Constitution⁷⁰.

En matière des pratiques anticoncurrentielles, la Division Antitrust du DoJ créée en 1903 se consacre essentiellement à la poursuite pénale des cartels, sans toutefois négliger de poursuivre au civil quelques cas très médiatisés. Elle n'est qu'une autorité poursuivante dont le rôle principal est de chercher à obtenir la condamnation des auteurs d'infractions aux règles de concurrence en faisant valoir ses arguments devant les juridictions fédérales. Il est important de noter que la menace de poursuites pénales aux Etats-Unis a dissuadé un grand nombre de cartels mondiaux d'étendre leur complot aux Etats-Unis. A titre d'exemple, dans l'affaire *Infineon*, quatre dirigeants allemands de cette société ont été condamnés à une amende de 250 000\$ chacun et ont dû accepter de subir une peine de prison de six mois aux Etats-Unis pour une entente sur les prix⁷¹.

Ainsi, l'arme principale de la législation antitrust fédérale consiste en des sanctions pénales adoptées dans le cadre du *Sherman Act*⁷².

En outre, sur le fondement de la section 14 du *Clayton Act*⁷³, les administrateurs, les dirigeants ou les agents qui ont autorisé, ordonné ou fait un quelconque acte constituant en tout ou en partie la violation de la société des dispositions pénales des lois antitrust⁷⁴ verront leur responsabilité engagée. Dans la décision *United States v. Wise*⁷⁵, la responsabilité pénale en vertu des sections 1 et 2 de *Sherman Act* sur les mandataires sociaux agissant en qualité de représentants a été engagée. En l'espèce, les dirigeants sont tenus de payer une amende allant jusqu'à 50 000\$ au lieu de la limite de 5000\$ prévue à la section 14 de *Clayton Act* et les standards de preuve sont ceux prévus à la section §1-3 de *Sherman Act*.

Ainsi, les dirigeants seront pénalement responsables en vertu du *Sherman Act* s'ils s'engagent dans des comportements illégaux pour leur propre compte ou pour le compte de l'entreprise. Ils seront également soumis aux sanctions pénales de la section 14 du *Clayton Act* pour avoir violé les dispositions de ladite section. La section 14 de *Clayton Act* exige des preuves hors de tout doute raisonnable et cela serait particulièrement difficile, voire

⁷⁰ *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959) (conviction by a state court not a bar to subsequent federal prosecution);

⁷¹ Communiqué de presse du Department of Justice, 2 déc. 2004: www.usdoj.com

⁷² *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7, 15 (1964)

⁷³ 15 USCA §24 (1964)

⁷⁴ "authorized, ordered or done any of the acts constituting in whole or in part"

⁷⁵ *United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962)

impossible, dans les cas où un dirigeant aurait toléré ou indirectement induit les subordonnées à violer des règles concurrentielles.

La Cour suprême exige par ailleurs que l'intention criminelle des défendeurs soit prouvée, c'est-à-dire la connaissance par ces derniers que leur comportement était anticoncurrentiel ou violait la loi⁷⁶. Cette exigence de *mens rea* constituait un revirement jurisprudentiel, comparé à la décision *United States v. Wise*⁷⁷ rendue en 1962. La détermination du degré de l'intention criminelle du dirigeant est délicate, dans la mesure où la frontière entre une pratique anticoncurrentielle et une concurrence ardente légitime est mince.

En 2010, 76% des coupables ont été condamnés à une peine de prison contre 37% dans les années 1990. En cas de violation des règles de la concurrence, dans plusieurs Etats, la durée de la peine de prison dépasse de loin celle prévue en vertu de la loi fédérale. A titre d'exemple, en Floride, il s'agit d'une peine de prison allant d'un an jusqu'à dix ans par violation, et chaque jour de violation constitue une violation distincte⁷⁸. Un autre exemple est la Louisiane qui impose un emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans pour les restrictions illégales de commerce, les monopoles et les fusions⁷⁹.

La tendance libérale américaine est une réalité fermement établie : chaque Etat est libre de définir seul les règles relatives aux sociétés. C'est un fait que les législations de nombreux Etats ne comportent pas de dispositions pénales spécifiques aux sociétés. Cette hostilité se justifie par le fait que le libéralisme économique ne se conçoit pas sans libéralisme juridique.

Sanctions pécuniaires pénales - Le contrevenant d'entreprise ordinaire a, à de rares exceptions, été sanctionné par une simple amende pénale. En effet, la violation des principales lois fédérales antitrust peut entraîner l'imposition d'une amende pouvant aller jusqu'à 50 000\$ pour chaque violation⁸⁰. Néanmoins, pour évaluer le montant de l'amende dans une affaire antitrust pénale fédérale, le tribunal peut imposer une amende distincte pour les violations de différentes sections des lois antitrust, ainsi que des amendes distinctes pour un complot, une tentative de violer des règles du droit de la concurrence et la violation elle-même. Ainsi, le

⁷⁶ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 US 422 (1978)

⁷⁷ *United States v. Wise*, 370 U.S. 450, 409 (1962)

⁷⁸ FLA. Stat. Ann. §542.05 (1962)

⁷⁹ LA. Rev. Stat. Ann. §§51.122-23, 51.126 (1965)

⁸⁰ 15 U.S.C. § 1 (1964)

montant de l'amende fédérale pourrait largement dépasser 50 000\$ puisqu'un seul motif factuel peut révéler plusieurs actes criminels. Le *Criminal Fines Improvement Act*⁸¹ énonce que la sanction maximale peut atteindre jusqu'à deux fois le surprofit réalisé par la firme ou la perte du surplus par les consommateurs.

L'utilisation d'amendes pénales comme un remède antitrust a largement été un processus pragmatique au niveau fédéral. Une des raisons pour lesquelles les Etats fédérés imposent moins souvent des amendes pénales que les autres sanctions tient à la disponibilité des confiscations civiles monétaires - *monetary civil forfeitures*. En effet, il s'agit d'une somme d'argent à payer quotidiennement pour chaque jour d'infraction, et, en raison de sa nature civile, elle a pour avantages d'éviter la stigmatisation de la criminalité, de substituer les procédures et les normes de preuve utilisées dans la procédure civile à des normes plus strictes de procédure et de preuve utilisées en matière pénale ainsi que de permettre à l'Etat de faire appel.

Au niveau des Etats fédérés, 38 Etats prévoient des amendes pénales pour toute une gamme de violations des lois antitrust. De nombreuses lois antitrust des Etats fédérés⁸² sanctionnent expressément des dirigeants agissant en qualité de représentant mais plusieurs n'ont jamais été interprétées par les tribunaux.

Au niveau local, certaines lois des Etats fédérés prévoient expressément la responsabilité des dirigeants pour violation par des entreprises des lois antitrust⁸³. En outre, les infractions au niveau fédéré sont souvent des flagrantes violations par les petites entreprises, les syndicats locaux ou des associations commerciales locales. Ce facteur rend non seulement la recherche des preuves plus simple mais il facilite également une évaluation correcte de la responsabilité personnelle au sein de la structure interne de l'entité en cause.

2) *La France – héritière réticente*

Pendant longtemps, le droit français de la concurrence a été présenté comme « la sous-

⁸¹ Criminal Fines Improvement Act, 18 USC 3571 (1984)

⁸² Ill. Rev. State. ch. 38, § 60-6 (Supp. 1966); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 93, §1 (1958)

⁸³ Cal. Bus. & prof. Code § 16755; Mass. Gen. Laws ch. 93, § 10 (1958); Rev. code mont. § 94-1104 (1947)

branche d'un droit pénal économique d'inspiration majoritaire dirigiste»⁸⁴. La doctrine pénaliste et commercialiste a critiqué cette pénalisation excessive. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence supprime la plupart des infractions pénales en la matière. Dans la même ligne de pensée, depuis 2001, le législateur semble avoir déclaré l'urgence d'une dépénalisation et ne manque pas l'occasion d'une nouvelle loi ou ordonnance relatives au droit des sociétés pour appliquer le nouveau dogme : loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit, ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières. Néanmoins, la responsabilité du chef d'entreprise a toujours été le principe du droit pénal des affaires, bien avant que la loi Perben II⁸⁵ du 9 mars 2004 n'étende la responsabilité pénale aux personnes morales.

Quand la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, aucune disposition en droit communautaire ne permet de sanctionner le dirigeant de la société. Cependant, en droit français, cela peut tomber sous le coup de l'article L.420-6 du Code de commerce. En effet, l'alinéa premier de cet article dispose que : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros 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.420-1⁸⁶ et L.420-2⁸⁷ ».

⁸⁴ Decocq A. et Decocq G. (2004). "Droit de la concurrence interne et communautaire". *LGDJ, coll. "Manuel", 2^e édition, n° 11*

⁸⁵ Loi n° 2004-204

⁸⁶ «Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

⁸⁷ «Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve

D'abord, concernant la procédure, cet article peut être mis en œuvre sur poursuite initiée par le Procureur de la République ou à la suite d'une constitution de partie civile par une entreprise victime de la pratique anticoncurrentielle. Mais le cas le plus fréquent est à la suite de la transmission du dossier au Parquet par l'Autorité de la concurrence. Ainsi, une action au pénal n'est pas nécessairement précédée d'une saisine de l'Autorité de la concurrence pour sanction des pratiques anticoncurrentielles présumées. Il appartiendra dans ce cas aux parties civiles de prouver l'existence de pratiques anticoncurrentielles avec des moyens limités faute de pouvoir s'appuyer sur l'instruction menée par les services de l'Autorité de la concurrence.

Ensuite, concernant les conditions de l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant, trois conditions sont posées à l'article L.420-6 du Code de commerce. Néanmoins, cet article sous-entend un quatrième critère préalable à la démonstration des trois autres : il s'agit de la démonstration de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Dans le cadre de ce mémoire qui étudie la responsabilité du dirigeant quand la société a déjà été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, cette condition est d'emblée remplie.

Ainsi, sur le fondement de l'article L.420-6 du Code de commerce, la responsabilité personnelle du dirigeant sera engagée si le dirigeant a pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante » dans les pratiques anticoncurrentielles condamnées. En effet, une implication personnelle en connaissance de cause est exigée, l'engagement de la responsabilité du dirigeant est très encadré. Du fait de cette exigence, il n'existe pas de présomption de responsabilité pesant sur le dirigeant, dès lors que la responsabilité de celui-ci ne peut être retenue « à raison de ses seules fonctions de dirigeant social »⁸⁸. Nous y voyons un *mens rea* – l'intention criminelle implicite posée dans les conditions de l'article L.420-6. Ainsi, pour voir sa responsabilité engagée, le dirigeant doit manifester son intention de commettre la pratique anticoncurrentielle.

Une affaire très médiatisée a été rendue sur le fondement de cet article : L'affaire *des Lycées d'Ile-de-France*. Il s'agit d'une « affaire monstrueuse, qui révèle un pacte clandestin et

à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme.”

⁸⁸ T. corr. Nanterre 9 avril 1991

frauduleux entre les plus grands partis politiques pour qu'ils se partagent les majorations indues des marchés publics »⁸⁹. Par un arrêt du 27 février 2007, la Cour d'appel de Paris⁹⁰ a donné valeur définitive aux condamnations pénales prononcées le 26 octobre 2005 par le tribunal de grande instance à l'encontre de dirigeants des sociétés Bouygues Bâtiment, CBC Ile-de-France, Dumez Ile-de-France, Fougerolle, GTM, Nord France, SAEP, SCGPM et SPIE. L'Autorité de la concurrence a souligné l'extrême gravité du comportement des entreprises qui ont délibérément violé les règles de concurrence et qui ont pu réaliser indûment des marges bien supérieures aux marges habituellement constatées dans le secteur. Compte tenu du dommage particulièrement grave à l'économie, des sanctions exemplaires ont été prononcées mais il n'y a qu'une seule peine de prison ferme : trois ans d'emprisonnement dont un ferme à l'encontre de l'ex-conseiller régional écologiste François Donzel.

B) Les conditions atténuantes ou exonératoires de la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant en matière des pratiques anticoncurrentielles

Il s'agit de savoir si les conditions posées sont remplies, le dirigeant incriminé pourra tout de même se dégager de sa responsabilité ou voir sa responsabilité réduite grâce aux conditions atténuantes.

La délégation de pouvoirs – En droit français, en matière pénale, lorsque le chef d'entreprise a délégué une partie de ses pouvoirs à un subordonné, la responsabilité relative à ses pouvoirs est également déléguée et pèse sur le délégataire, libérant le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale. Néanmoins, dans la pratique, la Cour de cassation s'est toujours montrée stricte sur les conditions de la délégation. Elle exige notamment pour cela que le délégataire qui reçoit les pouvoirs soit pourvu de la compétence nécessaire et investi de l'autorité suffisante pour assumer cette délégation de pouvoirs, notamment, pour pouvoir veiller de manière efficace à l'observation des règles en vigueur. Finalement, la pratique rend rare l'admission par le juge de la délégation de pouvoirs, puisqu'elle est naturellement contraire à toute logique de management.

Outre cette difficulté pratique, une autre condition d'efficacité de la délégation vient

⁸⁹ Les propos de Gérard Peybernès, ancien directeur de l'Association de financement du PS, recueillis par Renaud Lecadre dans l'article intitulé « *“Lycées d'Ile-de-France” : la sale affaire de tous les partis* », Libération, 21 mars 2005

⁹⁰ CA de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 27 février 2007

s'opposer à son application en droit de la concurrence : Il est requis que le délégant n'ait pas pris part personnellement à la réalisation de l'infraction. Or, si les conditions de l'article L.420-6 sont satisfaites, cela signifie que la personne incriminée aura précisément pris une part personnelle à la commission de l'infraction et donc qu'elle ne pourra pas valablement invoquer une délégation qu'elle aurait donnée pour échapper à une sanction. Par conséquent, le fait que le dirigeant soit intervenu directement l'empêche d'invoquer la délégation qu'il aurait consentie.

En droit américain, le dirigeant et les employés abritent souvent sous le principe « *we're all in this together* »⁹¹. Cette notion romantique doit néanmoins être défaite dans certains cas. Le principe de délégation des pouvoirs est encadré à la section 1104 du chapitre 11 de la deuxième partie du titre 4 de l'USC. Le *District Court* de l'Etat de Kentucky a fait une application de la section 14 du Clayton Act dans la décision *Kentucky-Tennessee Light v. Nashville Coal Co.* pour condamner un dirigeant bien qu'il ait délégué ses pouvoirs⁹². En l'espèce, le défendeur a violé la section 2 (v) de *Robinson-Patman Act* relatif aux paiements de courtages illégaux. Cette section est une infraction concurrentielle *per se*, indépendamment de l'effet concurrentiel et elle est avérée en faisant le paiement proscrit. Le tribunal a rejeté l'argument selon lequel la section 14 du *Clayton Act* vise à assujettir les dirigeants uniquement à la responsabilité pénale et non à la responsabilité personnelle pour violations des lois antitrust autorisées par eux ou effectuées par ses délégataires de pouvoirs.

Ainsi, tant en droit français qu'en droit américain, il semble difficile que la délégation de pouvoirs soit admise en tant que condition exonératoire ou atténuante de la responsabilité pénale du dirigeant de la société quand la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles.

La direction effective – En droit français et en droit américain, la responsabilité du dirigeant de fait ne supprime pas celle du dirigeant de droit mais, le cas échéant, s'y ajoute. Ainsi, il a été jugé qu'un gérant de droit ne pouvait invoquer comme circonstance atténuante son effacement derrière le dirigeant de fait, tout au contraire, l'acceptation de fonctions de

⁹¹ nous sommes tous dans le même bateau

⁹² *Kentucky-Tennessee Light & Power Co. v. Nashville Coal Co.*, 37 F. Supp. 728, 738 (W.D. Ky. 1941)

complaisance constitue une faute d'une particulière gravité⁹³. Les dirigeants de droit ne peuvent se soustraire à leur responsabilité en invoquant l'intervention d'autres dirigeants, qu'ils soient de droit⁹⁴ ou de fait⁹⁵.

Une limitation de risque peut être relevée, conséquence directe du régime de clémence instauré en 2001. Cette question fera l'objet d'une partie distincte que nous examinerons plus tard dans ce mémoire.

Ainsi, il convient de ne pas sous-estimer le risque pénal. En effet, pour les pratiques à dimension mondiale ou affectant le commerce outre-Manche, il existe un risque d'extradition à destination des États-Unis. Ainsi, lors de la décision *Norris*⁹⁶ rendu par la Chambre des Lords du Royaume-Uni, les États-Unis ont obtenu l'extradition de l'ancien PDG de la société Morgan Crucible, poursuivi aux États-Unis pour son implication dans une entente d'envergure mondiale. Le risque pénal apparaît alors bien réel, d'autant que la révision du Sherman Act en 2004 a fait passer les peines d'emprisonnements de 3 à 10 ans et les amendes de 250 000\$ à 1 000 000\$.

Dans une communication récente au Comité de la concurrence de l'OCDE, le département de la Justice, section *Antitrust*, des États-Unis écrivait : « ... pour ce qui est des sanctions en matière de cartels, le gouvernement des États-Unis considère que l'incarcération des auteurs de ces pratiques est critique et il est fier du nombre d'individus incarcérés et du temps moyen de leur détention ». En effet, sur la période 2000-2009, les autorités antitrust américaines ont imposé un total de 127 708 jours soit 348 ans de prison ferme à ces cadres d'entreprises ayant participé à des cartels⁹⁷

En outre, aux États-Unis, la peine de prison moyenne pour les particuliers ne cesse d'augmenter depuis 1990 :

- De 1990 à 1999 : 8 mois

⁹³ Crim.12 novembre 1991

⁹⁴ Cass. Com. 8 janvier 2002, Bull. Joly 2002, §103 « un administrateur ne peut prétendre se soustraire à l'application de (...) l'article L.624-3 (devenu L.651-2) du Code de commerce en invoquant l'attitude d'un autre administrateur »

⁹⁵ Cass. Com. 6 février 2001

⁹⁶ *Norris v Government of United States of America* (2010), UKSC 9, 24 février 2010

⁹⁷ Jenny F. (2012). "L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique". La colloque *Les sanctions du droit de la concurrence* du 31 octobre 2012, *Revue des droits de la concurrence Concurrences* N°1-2013, p.9

- De 2000 à 2009 : 19 mois
- De 2010 à 2011 : 24 mois⁹⁸

La moyenne des peines de prison pour les ressortissants étrangers dont la responsabilité a été engagée par la Division Antitrust de DoJ est, elle de : 10 mois

La peine de prison présente un caractère stigmatisant pour l'individu dans la mesure où elle induit un jugement d'immoralité du comportement incriminé. Les Américains, bien que fervents défenseurs des sanctions pénales, émettent des doutes quant à l'efficacité des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques.

Cela se manifeste dans le fossé entre les possibilités offertes par les textes et la mise en pratique par les juges. Son efficacité doit être questionnée quand la probabilité de condamnation des personnes physiques pour avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles est nettement plus faible que la probabilité que les personnes morales auxquelles elles appartiennent fassent l'objet d'une sanction administrative. En effet, la responsabilité pénale personnelle du dirigeant rencontre de nombreuses difficultés dans sa mise en œuvre (II)

II) Les limites dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant

En droit français, le risque pesant sur les personnes physiques est quasi-nul. Même les Etats-Unis ont opté pour la limitation des peines privatives de liberté à l'encontre des seules personnes physiques ayant participé à des cartels. Le juge pénal français reste très timide lorsqu'il s'agit d'envoyer un dirigeant en prison. Le Tribunal Correctionnel du Havre, en janvier 2001, a prononcé une peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis et une amende de 20 000 francs à l'encontre du dirigeant à l'origine de l'entente⁹⁹.

Aux Etats-Unis, au niveau fédéral, sur les 729 affaires pénales antitrust intentées par des agents des forces fédérales de 1890 à 1959, seuls 486 cas ont été poursuivis à l'étape

⁹⁸ Walker G. (1987). « The Personal Liability of Corporate Officers in Private Actions under the Sherman Act : Murphy Tugboat in Distress ». *Fordham Law Review*, Volume 55, p 915

⁹⁹ Affaire de l'entretien et la rénovation partielle de l'éclairage public de la ville du Havre, confirmée par la chambre correctionnelle de la Cour de cassation, 9 novembre 1995, n°94-84204

d'imposer une sanction. Parmi ces 486 cas criminels poursuivis jusqu'à la sanction, seulement 48 ont donné lieu à l'imposition des peines de prison. Et dans la plupart de ces cas, la peine a été suspendue et les individus ont été placés en probation. Par exemple, sur 62 peines imposées de 1950 à 1959, seulement 12 ont été servies¹⁰⁰. En outre, durant les cinquante premières années du *Sherman Act*, les 24 cas ayant donné lieu à des peines de prison : treize peines d'emprisonnement ont été imposées à des hommes d'affaires, et onze à des dirigeants syndicaux. De 1940 à 1961, des peines de prison allant de 30 à 90 jours chacune ont été imposées à 20 hommes d'affaires. Avec l'exception notable des affaires du cartel de matériels électriques en 1961, des peines d'emprisonnement ont été imposées principalement dans les cas de racket économique¹⁰¹ ou aux membres de petites sociétés fermées ou de petites associations commerciales¹⁰². En fait, les tentatives visant à imposer des sanctions pénales sur les dirigeants des grandes sociétés ont généralement été vaines, en particulier lorsque les individus et la société ont été jugés ensemble. Bien qu'il soit illogique de condamner la société et d'exonérer ceux qui contrôlent la société ou agissent en son nom, les défenseurs individuels et les jurys ont souvent transféré la responsabilité à la société. En fin de compte, l'emprisonnement est une sanction rarement demandée et rarement infligée pour violation des lois antitrust.

Au niveau des Etats fédérés, tout comme dans les affaires antitrust fédérales, il y a une certaine réticence à l'égard des demandes des peines de prison de la part des forces fédérales - *federal enforcement officials* - et des tribunaux fédéraux pour les imposer. En outre, le manque de « state enforcement » rend difficile toute enquête.

En France et aux Etats-Unis, les poursuites pénales contre les dirigeants en matière des pratiques anticoncurrentielles connaissent trois limites majeures : Les sanctions pénales sont considérées comme une entrave à la vie des affaires (a), le degré de turpitude morale dans les lois antitrust est jugé insuffisant afin de justifier les sanctions pénales (b), et enfin la détermination des responsables peut s'avérer délicate à mettre en œuvre (c).

¹⁰⁰ Dep't of Justice Case Nos. 1055, 1062, 1063, 1070, 1113, 1158, 1173, 1192, 1247, 1263, 1429, 1447, 1454, 1461, 1462, 1478, Les lois fondamentales antitrust avec résumé des affaires introduites par les Etats-Unis 1890-1951 (CCH 1952)

¹⁰¹ *United States v. Shapiro*, 103 F.2d 775 (2d Cir. 1939)

¹⁰² *Las Vegas Merchant Plumbers Ass'n v. United States*, 210 F.2d 732 (9th Cir. 1954)

A) L'entrave à la vie des affaires

Au niveau économique, l'emprisonnement, outre le coût tenant à la vie dans la prison elle-même, engendre également des coûts sociaux quand des dirigeants n'assurent plus la gestion de l'entreprise mise en cause. Cela concerne également les futurs dirigeants qui seront plus réticents à l'idée de prendre des risques. Ainsi, la menace répressive peut paralyser la création et le développement de PME et cela affectera la concurrence et l'innovation. En outre, cela poussera les entreprises à s'implanter sur d'autres territoires où la législation est plus favorable aux entreprises. Aux Etats-Unis, la plupart des grandes sociétés se situent à l'Etat de *Delaware* en raison de son régime très favorable à la direction et à la qualité des juges. Les sociétés sont encadrées par le *Delaware code* au titre 8 *corporations* au chapitre I *General Corporation Law*. On n'y trouve aucune véritable disposition pénale. Quelques règles applicables spécifiquement aux sociétés sont bien prévues dans le code criminel mais elles ne posent que le principe d'une responsabilité pénale des sociétés et n'établissent aucun délit spécifique. Ainsi, dans la course à la permissivité le Delaware demeure largement en tête.

Le même problème se pose au Vieux Continent. En France, la répression pénale ne fait pas partie de la culture du Parquet. L'échec d'appliquer des lois antitrust est donc souvent attribué en partie à la sévérité générale des sanctions. Le droit français doit également faire attention à sa compatibilité avec les garanties de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui oblige le législateur comme le juge à examiner la nécessité de chaque incrimination et la proportionnalité de la sanction.

Par ailleurs, le standard de preuve pour les infractions pénales est plus élevé que pour les infractions administratives : En effet, le standard de preuve élevé a pour but d'éviter d'envoyer des innocents en prison. Cela est la cause principale de la lenteur de la procédure pénale et la rend inadaptée aux contentieux de la concurrence. Cette lenteur peut être évitée quand l'Autorité de concurrence intervient pour effectuer des enquêtes. Cependant, même cette intervention connaît un empêchement: la procédure de clémence. Ainsi, l'application des principes pénaux à la vie des affaires s'avère très délicate.

B) L'insuffisance du degré de turpitude morale dans les violations des lois antitrust

Les violations du droit de la concurrence sont classifiées davantage comme des crimes *malum prohibitum* que les crimes *mala in se*¹⁰³. Cette distinction est pertinente quand il s'agit de savoir si la panoplie de la procédure pénale avec sa stigmatisation auxiliaire et son effet humiliant personnel doivent être appliqués aux délinquants antitrust.

Selon John J. Flynn¹⁰⁴, il est clair que les violations antitrust vont à l'encontre des mœurs de la philosophie économique et politique dominante des citoyens des Etats-Unis. Ainsi les lois antitrust peuvent être déclarées comme contraires aux mœurs fortement enracinées aux Etats-Unis.

En France, il n'y a pas de consensus social quant à l'immoralité des pratiques anticoncurrentielles. Or, la norme pénale est réservée à la protection des seules valeurs jugées fondamentales et dont la violation heurte le sentiment collectif¹⁰⁵. De ce fait, considérant que les pratiques anticoncurrentielles ne font pas l'objet d'une condamnation morale forte en France, il paraît illégitime de condamner les auteurs de ces actes aux sanctions pénales, de les cataloguer comme des criminels, notamment à l'emprisonnement.

Si cette question se pose quand il s'agit des peines privatives de liberté, cela ne concerne pas les amendes pénales. Elles peuvent empêcher le potentiel contrevenant de commettre le crime si les chances de détection et de la perte d'un gain illicite emportent sur les bénéfices qui seraient gagnés par une violation réussie de la loi. Néanmoins, vu les expériences, les amendes pénales s'avèrent inefficaces car le dirigeant a tendance à se cacher derrière la personne morale et à laisser à ce dernier payer les pots cassés. Elles peuvent également être passées sur le consommateur, le montant est généralement insignifiant en comparaison de la valeur de l'entreprise et le profit, et la sanction reçoit relativement peu de publicités. Ainsi, si la répression pénale en droit des sociétés est partout présente et partout légitime, elle doit demeurer mesurée et se concentrer sur les comportements les plus frauduleux et malhonnêtes.

¹⁰³ Newman (1958). White-Collar Crime, 23 LAW & CONTEMP. PROB. 735, 738-39.

¹⁰⁴ J. Flynn J. (1967). "Criminal sanctions under state and federal antitrust laws". *Texas Law Review*, 45 *Tex. L. Rev.* 1301, p.6

¹⁰⁵ Muller Y. (2008). "La dépénalisation de la vie des affaires... ou de la métamorphose du droit pénal". *AJ Pénal*.

C) La détermination complexe des responsables

Cette limite est liée tout d'abord au souci de trouver le répondant de la justice en terme procédural et non seulement celui qui a commis une faute au sein de l'entreprise. En France, E. Combe affirme qu'au regard du risque pénal, les dirigeants sont plus à même de se décharger de leur responsabilité sur des employés moins importants hiérarchiquement¹⁰⁶. Ainsi, les employés risqueront d'être désignés comme les responsables quand la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, étant donné qu'il ne saurait y avoir aucune présomption quant à la responsabilité du chef d'entreprise dans la manœuvre illicite.

L'évaluation de la responsabilité individuelle se complique notamment dans les grandes sociétés décentralisées. Aux Etats-Unis, certains auteurs¹⁰⁷ plaident pour une réforme de la section 14 du *Clayton Act* afin de décourager la décentralisation des entreprises et d'affaiblir l'indépendance de gestion des échelons inférieurs. En outre, John J. Flynn précise que « l'efficacité de l'application des lois antitrust fédérales reposera sur les forces fédérales – federal enforcement officials – qui doivent maintenir leur détermination afin d'imposer la responsabilité pénale sur le mandataire social responsable de la violation ».

Néanmoins, au niveau des Etats fédérés, le problème est beaucoup moins gênant. Premièrement, certaines lois¹⁰⁸ au niveau local prévoient expressément la responsabilité des dirigeants quand la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles. Deuxièmement, et aussi le facteur le plus important, les violations commises à ce niveau-là sont souvent des violations flagrantes commises dans le cadre des petites entreprises ou des associations commerciales locales. Ainsi, cela facilite une évaluation correcte de la responsabilité personnelle au sein de la structure interne de l'entreprise en cause.

La responsabilité pénale a un champ d'application beaucoup plus restreint, car elle doit être préalablement prévue par un texte qui détermine avec précision les actes et les personnes incriminées. Mais il reste le principe selon lequel ce qui est perdu en pénal est de toute façon repris en civil. De ce fait, afin de parvenir à l'observation des règles sociétaires édictées par le législateur, la responsabilité civile du dirigeant semble être une option plus intéressante pour

¹⁰⁶ Combe E. (2006). "L'efficacité des sanctions contre les cartels: une perspective économique". *Concurrences* n°4-2006

¹⁰⁷ J. Flynn J. (1967). "Criminal sanctions under state and federal antitrust laws". *45 Tex. L. Rev. 1301, Texas Law Review*, p.9

¹⁰⁸ Mass. Gen. Laws ch. 93, § 10 (1958); Rev. Code Mont. § 94-1104 (1947)

les victimes (Chapitre 2).

Chapitre 2 : La responsabilité civile du dirigeant dans le cadre de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles

Aux Etats-Unis, le FTC n'a pas le pouvoir de poursuivre pénalement des pratiques anticoncurrentielles et ne peut déclencher que des poursuites civiles. En France, la décision préalable de l'autorité de la concurrence exerce « une autorité morale de fait »¹⁰⁹ qui pourrait justifier la saisine des juridictions en vue d'engager la responsabilité civile personnelle du dirigeant. En outre, même en l'absence d'une procédure administrative préalable, sur le fondement de l'article L.462-3 du Code de commerce, les juridictions peuvent saisir cette autorité pour avis.

Sur le fond, en principe, la mise en œuvre de l'action en réparation suppose que les trois conditions de la responsabilité civile soient réunies : Une faute, un préjudice et un lien de causalité entre ces deux éléments.

Son application pratique passe par les actions intentées par l'entreprise condamnée et par les tiers (I). Suite à ces actions, le dirigeant responsable est tenu de réparer les préjudices causés ainsi que d'indemniser les victimes (II)

I) Les actions intentées par l'entreprise et les tiers

La faute – Dans la recherche de la responsabilité civile du dirigeant dans le cas où la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, la faute réside dans la pratique anticoncurrentielle.

En France, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « la violation (...) des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation engagée par la société S... sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹¹⁰. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une jurisprudence constante car dans un arrêt rendu le 24 juin 2004, la Cour d'appel de Versailles a pris soin de vérifier que le

¹⁰⁹ Benabent A. (2005). La mise en jeu de la responsabilité civile. *LPA*, p.32

¹¹⁰ CA Paris, 28 juin 2002

comportement considéré constituait en plus une faute civile¹¹¹. Il est tout à fait compréhensible que la question se pose, étant donné qu'une telle pratique suppose un impact sur le marché pertinent qui n'a pas lieu d'être dans le cadre de rapports individuels¹¹². Par souci de sécurité juridique, cette question a été tranchée dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2005¹¹³ : Dans cet arrêt, considérant qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'a été caractérisée et qu'aucun fait distinct de concurrence déloyale n'a été démontré par le demandeur, le juge ne pouvait pas donner suite à la demande de dommages intérêts. Ainsi, l'application d'une conception unique de la faute semble raisonnable et suivie par le juge. Et la violation des pratiques anticoncurrentielles est caractérisée en tant que faute permettant d'engager une action de recherche de responsabilité civile.

Aux Etats-Unis, les tribunaux ont combiné les principes de la responsabilité délictuelle – *tort* - et les règles du mandat pour former la base de la responsabilité civile d'un dirigeant dans le cadre d'une société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles. Le simple fait que l'auteur du délit est un dirigeant de la société ne suffit pas pour lui imputer la faute : Il doit avoir agi dans le cadre de ses pouvoirs ou il doit être le directeur général de la société et avoir agi en son nom¹¹⁴. Ainsi, le fait que la société ait été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles laisse entendre une certaine implication du dirigeant, soit à travers sa participation personnelle, soit à travers son manque de diligence dans la gestion et dans la surveillance des employés. Cela a été clarifié dans la décision *Knopfler v. Bohem*¹¹⁵ : Dans cette décision, au point 610, la seule faute des dirigeants était leur prétendue violation des lois antitrust. Contrairement à la décision *Clayton v. Farish*¹¹⁶, le juge a décidé que les violations des lois antitrust sont pertinentes dans un procès contre le dirigeant pour violation des obligations fiduciaires.

Dans le cadre de ce mémoire, le problème de la preuve de la faute ne se pose pas car il s'agit de la recherche de la responsabilité personnelle du dirigeant quand la violation de l'entreprise des normes concurrentielles est déjà avérée. Les deux autres conditions, à savoir le préjudice et le lien de causalité, seront examinées selon que l'action est intentée par

¹¹¹ CA Versailles, 24 juin 2004

¹¹² Pasquelle D. (1998). "La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles". *RTD com.*, p.768

¹¹³ Cass. Com. 6 décembre 2005

¹¹⁴ *Guarantee Veterinary Co. v. Federal Trade Commission*, 285 F. 853, 860 (2d Cir. 1922)

¹¹⁵ *Knopfler v. Bohem*, 15 App. Div.2d 922, 225 N.Y.S.2d 609. (2d Dep't 1962)

¹¹⁶ *Clayton v. Farish*, 73 N.Y.S.2d 727 (Sup. Ct. 1947)

l'entreprise (A) ou par les tiers (B).

A) L'action intentée par l'entreprise

Il a commis une faute et doit en répondre, même s'il n'en a tiré aucun bénéfice. Il serait trop réducteur de subordonner l'action en responsabilité civile à la preuve de la poursuite d'un quelconque intérêt pour l'auteur du dommage. En droit commun, tout comportement fautif, dès lors qu'il a causé un dommage, peut être sanctionné. Son application supposerait que « l'agent qui s'est volontairement mis dans une situation inconfortable, ou qui aurait dû en avoir conscience, doit en subir les conséquences »¹¹⁷

En France, s'agissant de la responsabilité civile du dirigeant, l'article L.225-256 du Code de commerce dispose qu' « outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement », les associés peuvent exercer l'action sociale. Ainsi, il en découle que les associés ne peuvent pas agir individuellement en responsabilité civile contre le dirigeant lorsque le préjudice évoqué n'est que le « corollaire »¹¹⁸ de celui subi par la société.

Si l'existence d'une faute lourde est exigée dans le cadre de l'action de l'entreprise contre un salarié, selon la jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁹, cela n'en va pas de même s'agissant des dirigeants. En effet, la responsabilité personnelle du dirigeant est susceptible d'être engagée dès lors qu'il a commis un acte contraire aux intérêts de la société. Dans le long terme, on doute qu'une pratique anticoncurrentielle puisse être profitable pour la société.

L'action peut être intentée par la société elle-même. En cas d'inaction de cette dernière, l'action peut aussi être intentée par les actionnaires ou les associés dans le cadre de l'action *ut singuli*. La survenance de cette action est la plus fréquente dans « les cas de cession d'entreprise et de changement de direction » quand les nouveaux dirigeants refusent d'assumer la situation passée de la société.

Outre-Atlantique, au niveau procédural, si l'action a été intentée sur le fondement de la violation du dirigeant de ses obligations fiduciaires, les cours fédérées possèdent la

¹¹⁷ Ballot-Léna A. (2008). «La responsabilité civile en droit des affaires – des régimes spéciaux vers un droit commun». *LGDJ, p.457*

¹¹⁸ Cass. Com. 13 décembre 2000

¹¹⁹ Cass. Soc. , 22 mai 1975, n° 74-40.454 : Bull. civ. 1975, V, n°265, p.233

compétence juridictionnelle, à moins que cette cause d'action soit jointe à une réclamation liée à une loi fédérale. En effet, les juridictions au niveau fédéré n'ont pas la compétence juridictionnelle quand il y a une réclamation de triples dommages - intérêts en vertu des lois antitrust fédérales ou quand il y a une diversité de nationalité et une réclamation de plus de 10 000 \$¹²⁰.

La loi de l'Etat d'incorporation régirait l'affaire puisque la réclamation concerne les affaires internes de la société¹²¹.

L'entreprise a un droit d'action contre les dirigeants pour les indemnités monétaires, pour des dommages survenus et pour des dépenses engagées par l'entreprise en raison des violations du droit de la concurrence. Ce principe a été confirmé dans l'arrêt *Wilshire Oil Co. of Texas v. Riffe*¹²² dans lequel le droit de l'Etat de Delaware a été appliqué pour une entreprise de l'Etat de Delaware devant une cour fédérale à Kansas. Cependant, s'il s'avère que le dirigeant n'a eu aucune part dans la formation de l'entente et qu'il n'a aucune connexion avec l'entente à part l'attestation des documents exécutés par la société, l'action sera écartée¹²³.

Concernant les actions des actionnaires, même quand les dirigeants ont conduit la société à enfreindre les lois antitrust, résultant en une condamnation pénale de la société et de ses dirigeants, l'action d'un actionnaire n'est pas recevable pour les dommages causés à la société quand les dirigeants ne savaient pas que leurs actions étaient illégales. Ce principe a été confirmé par la décision *Simon v. Socony-Vacuum Oil Co.*¹²⁴ dans laquelle la Cour Suprême a décidé que « les dirigeants ne sont pas responsables des dommages causés à moins qu'il puisse être démontré qu'ils ont agi frauduleusement, par négligence, par corruption ou de mauvaise foi ».

Notamment dans le cas où les dirigeants se sont appuyés sur l'opinion de l'avocat ou du conseil juridique quant à la légalité d'un cours de l'action, les dirigeants ne seront pas

¹²⁰ 28 USC §1332 (1958)

¹²¹ Restatement, conflict of laws §183 (1934)

¹²² *Wilshire Oil Co. of Texas v. Riffe*, 409 F2d 1277

¹²³ *United States v. Standard Sanitary Mfg. Co.*, 191 F 172

¹²⁴ *Simon v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 38 N.Y.S.2d 270, 272-73 (Sup. Ct. 1942)

responsables pour les dommages causés à la société¹²⁵, sauf si cette dépendance sur l'opinion émise par les professionnels du droit était déraisonnable.

Pour les actionnaires, les décisions sont nombreuses et unanimes qu'un actionnaire ne peut pas poursuivre en vertu des lois antitrust pour une diminution de la valeur de ses actions, en raison d'une conspiration qui a porté préjudice aux affaires de la société¹²⁶. Ainsi, les conditions relatives au préjudice dans une action civile sont difficiles à remplir d'action intentée par les actionnaires car « un préjudice prétendu à un actionnaire résultant d'un préjudice à l'entreprise est éloigné, indirect, ou consécutif et par conséquent, il n'est pas reconnu en vertu des dispositions remédiables des lois antitrust »¹²⁷.

B) L'action intentée par les tiers

La Cour de cassation a à plusieurs reprises affirmé que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹²⁸

Ainsi, en principe, un dirigeant qui agit dans ses fonctions engage la société. Cependant, même si la société peut être responsable civilement en vertu du principe de l'écran de la personnalité morale des fautes commises par ses organes, ce principe n'en est pas pour autant absolu. En effet, ce principe cède devant une faute détachable de la fonction de l'organe, lorsque celui-ci abuse de son pouvoir ou lorsqu'il le détourne à des fins personnelles.

Cette action de la part des tiers peut se fonder sur l'article 1382 du Code civil en droit commun et sur l'article L.225-251 du Code du commerce en droit spécial relatif aux sociétés anonymes. Il n'est néanmoins pas certain que les pratiques anticoncurrentielles remplissent les deux critères imposés par les textes : à savoir une « faute séparable de ses fonctions » et qu'elle « lui soit imputable personnellement »¹²⁹. Ainsi, dans un arrêt du 20 mai 2003, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait faute séparable de ses fonctions « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal

¹²⁵ *Spirt v. Bechtel*, 232 F.2d 241, 246-48 (2d Cir. 1956)

¹²⁶ Bergstrom (1962). "The private litigant's standing to sue". 7 *Antitrust Bull.* 3, 17

¹²⁷ 2. CCH Trade Regular Reporter, au point 9042

¹²⁸ Cass. Com, 20 mai 2003, n°99-17.092: Juris-Data n°2003-019081; Bull.civ. 2003, IV, n°84

¹²⁹ Cass.Com., 9 mai 2001, n°98-10.260, inédit : Juris-Data n°2001-009596

des fonctions sociales »¹³⁰

Aux Etats-Unis, les décisions en matière civile adoptaient une approche fondée sur le *tort* – la responsabilité délictuelle. La responsabilité ne sera pas imputée au dirigeant uniquement en raison de sa position dans la société ou parce que ses collègues ont commis des fautes dans lesquelles il n'avait aucune part¹³¹. Au-delà du consensus que le dirigeant doit être personnellement impliqué dans la violation¹³², jusqu'à récemment, les tribunaux ont échoué à se mettre d'accord sur les circonstances qui déclenchent la responsabilité, notamment sur le degré d'intention du dirigeant. Comme en témoignent deux approches contradictoires quant à cette question dans deux décisions : *Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co.*¹³³ et *Monarch Marking Sys. v. Duncan Parking Meter Maintenance Co.*¹³⁴.

Dans l'affaire *Murphy Tugboat*, le *district court* pour le district nord de la Californie a jugé, contrairement à la jurisprudence qui prévalait jusque-là, que le dirigeant n'est personnellement et civilement responsable de violation des lois antitrust que si le dirigeant s'engage sciemment ou ratifie les actes qui sont « intrinsèquement illicites ». Cette exigence de la qualité « intrinsèquement illicite » des actes a pour but de réduire l'incertitude causée par la généralité de *Sherman Act*. Sur ce point, les deux décisions sont d'accord. Ce qui les différencie réside dans l'évaluation de l'intention du dirigeant. D'un côté, cette décision impose une intention certaine et déterminante du dirigeant dans la violation. De l'autre, dans la décision *Monarch*, le juge a adopté une approche de la responsabilité sans faute – *strict liability*. La doctrine a considéré que l'exigence de *mens rea* dans la décision *Murphy Tugboat* dépasse même le niveau de culpabilité nécessaire afin d'engager la responsabilité pénale en vertu de la décision *Gypsum*.

Dans les deux droits, l'infraction est formelle et non matérielle. Par conséquent, peu importe que l'auteur se soit personnellement enrichi ou que son comportement ait permis à l'entreprise de réaliser un gain illicite, sa responsabilité personnelle sera engagée quand même.

¹³⁰ Cass. Com. 20 mai 2003, n°99-17.092: Juris-Data n° 2003-019081

¹³¹ *Martin v. Wood*, 400 F.3d 310, 313 (3d. Cir. 1968)

¹³² *Tillamook Cheese & Dairy Ass'n v. Tillamook County Creamery Ass'n*, 358 F.2d 115, 118 (9th Cir. 1966)

¹³³ *Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co.* 467 F. Supp. 841 (N.D. Cal. 1979)

¹³⁴ *Monarch Marking Sys. v. Duncan Parking Meter Maintenance Co.*, n°82 C 2599 (N.D. Ill. 12 mars 1986)

Ainsi, tant en droit français qu'en droit américain, l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant par le biais de l'action civile est peu susceptible d'aboutir. Les deux conditions imposées en droit français sont peu présentes pour le dirigeant dans le cas où la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, notamment la condition relative à la faute séparable des fonctions. Néanmoins, en droit américain, la problématique du débat relatif à l'action des tiers dans la recherche de la responsabilité personnelle du dirigeant en matière de droit antitrust se situe à un niveau différent : En effet, la question qui fait couler beaucoup d'encre chez les juges américains réside dans le degré d'intention requis s'agissant du dirigeant.

Dans les deux cas, le dirigeant peut facilement se cacher derrière la personne morale pour ne pas voir sa propre responsabilité engagée. Notamment au niveau des sanctions, en matière civile, le risque qu'ils encourent est beaucoup moins important qu'en matière pénale.

La responsabilité civile reste néanmoins une alternative intéressante pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles car elle sanctionne la faute d'une personne qui cause un préjudice à autrui. Pourvu que les conditions soient réunies, elle peut toucher toute personne et elle a un caractère continu. Elle trouve sa sanction dans la réparation du préjudice, au profit des victimes (II)

II) La réparation des préjudices et les indemnisations : De la générosité américaine à la tendance progressiste française

En droit français et en droit américain, le but de l'engagement de la responsabilité civile est d'obtenir la réparation des préjudices (A). Néanmoins, fort est de constater que de nombreux problèmes se soulèvent dans ce domaine en raison de l'influence grandissante du droit américain en droit français (B).

A) La réparation des préjudices

La CJUE a considéré que « *la pleine efficacité de l'article 81 du TCE (101 TFUE) et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat*

ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »¹³⁵. Cela signifie donc que les individus ne sont pas seulement tenus de respecter les dispositions du droit européen de la concurrence, ils peuvent également s'en prévaloir devant les autorités nationales afin de demander les réparations. Récemment, la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, à son article 2 a également retenu le principe de la réparation intégrale¹³⁶.

Il n'existe pas de régime particulier de réparation aux préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle. Par conséquent, on applique le droit commun.

Le principe de la réparation intégrale, inspiré de l'adage latin *restitutio in integrum*, est un principe clé en droit français. La France est très attachée au principe, en nette opposition avec le détachement pragmatique observable en Amérique du Nord.

En effet, en France, l'action en réparation remplit une fonction exclusivement réparatrice. Cela consiste dans le fait de remettre la victime dans la situation où elle se trouvait antérieurement à la survenance du préjudice. La réparation ne peut pas avoir pour effet d'enrichir indûment la victime. Donc il faut indemniser tout le préjudice subi, mais seulement ce préjudice. Ainsi, dans un arrêt rendu le 28 octobre 1954 par la Cour de cassation¹³⁷, il a été jugé que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ». Concernant les dommages en cause, cette question a été clarifiée dans l'arrêt *Manfredi*¹³⁸ de la Cour de justice qui a énoncé que « la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*) mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*), ainsi que le paiement d'intérêts ». Récemment, le considérant 5 de la nouvelle directive du 26 décembre 2014 rappelle le lien établi par le législateur communautaire entre sanction et réparation. La définition du préjudice qui figure dans la directive ne diffère pas de celle qui existe en droit interne : elle comprend le *damnum emergens*, le *lucrum cessans* ainsi que les intérêts découlant de l'écoulement du temps entre la survenance du dommage et le versement effectif

¹³⁵ CJCE 20 septembre 2001 *Courage v. Crehan*, C-453/99, Recueil 2001, I 6297

¹³⁶ « replacer une personne ayant subi un tel préjudice dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise »

¹³⁷ Cass. Civ. 2, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, en matière délictuelle

¹³⁸ CJUE, *Vincenzo Manfredi e. a contre Lloyd Adriatico Assicurazino SpA e.a.*, Affaires jointes C-295/04 à C-298/04

de l'indemnisation¹³⁹. La perte de chance est également visée¹⁴⁰. La directive exige que le droit interne permette au juge d'évaluer exactement le préjudice subi notamment en tenant compte du surcoût que la victime directe a pu récupérer sur les victimes indirectes : Ce surcoût ne doit pas être indemnisé deux fois¹⁴¹. La directive impose la règle de la responsabilité solidaire entre coauteurs. La directive pose plusieurs limites aux effets de la solidarité passive¹⁴², notamment au bénéfice de certaines PME.

Cependant, force est de constater que les victimes des pratiques anticoncurrentielles ne peuvent pas effectivement être replacées dans la situation où elles se trouvaient si le dommage ne s'était pas produit. Il convient de conclure que la réparation intégrale est rarement assurée en cas de préjudice économique issu de la violation du droit de la concurrence.

Le même problème se pose en droit américain. Aux Etats-Unis, la règle générale a été retirée de la décision *Clayton v. Farish*¹⁴³ dans laquelle les dommages consistent en le manque à gagner en raison de l'incapacité de concurrencer les partenaires de l'entente, les paiements illégaux aux partenaires du cartel et une perte de redevances résultant d'une décision judiciaire exigeant l'octroi de licences de brevets de la société libre de toutes les redevances. Le principe de la réparation intégrale est également confirmé dans cette décision au point 744-75 : « Une fois que la responsabilité a été établie, l'évaluation des dommages consiste en la totalité de la perte subie par le standard, qui devrait inclure tous les préjudices ou les pénalités payées en se fondant sur le standard comme le résultat des actes illégaux ».

La prééminence de la sphère publique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence est une caractéristique propre à l'Europe, et donc à la France. Le modèle européen est couramment opposé au modèle américain dans lequel le contentieux de *private enforcement* est bien plus développé que celui du *public enforcement*. En effet, outre-Atlantique, 90% des actions sont de nature civile et seulement 10% sont engagées par les autorités publiques. Ce contraste s'explique par le fait que le système américain est plus propice aux actions civiles en réparation. Des mécanismes tels que les *class actions* ou l'octroi des dommages - intérêts punitifs incitent les demandes en réparation par victimes privées. La

¹³⁹ Considérant 12 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014

¹⁴⁰ Considérant 13

¹⁴¹ Considérant 12 et s.

¹⁴² Considérant 11.1

¹⁴³ *Clayton v. Farish* (Sup. Ct. 1947)

réticence française tient aussi à l'état du droit applicable, qui multiplie les obstacles à l'action en responsabilité. Les principaux sont: La prescription triennale, l'irrecevabilité de l'action du tiers pour faute non détachable des fonctions, l'irrecevabilité de l'action engagée par un actionnaire qui se plaint de la dépréciation de ses actions en raison de fautes de gestion, l'irrecevabilité de l'action intentée par l'actionnaire d'une société contre le dirigeant de la société-mère ou d'une filiale de cette société, les mirages de l'action sociale en responsabilité engagée par un actionnaire au nom de la société (cet actionnaire étant assuré de supporter le coût du procès et de ne pas en percevoir les fruits en cas de succès et devant se battre contre un dirigeant supporté par les services juridiques et les finances de la société), la rétention de l'information par les dirigeants qui empêche l'administration de la preuve.

Néanmoins, malgré ces différences, la France ne peut pas rester indifférente à ce qui se passe outre-Atlantique, ce qui soulève des nouveaux enjeux dans la réparation des préjudices (B)

B) Les nouveaux enjeux dans la réparation des préjudices

Pour encourager les particuliers à assumer le risque d'un procès, coûteux en Amérique, le *Sherman Act* et le *Clayton Act* disposent que le demandeur qui l'emporte dans un procès en dommages intérêts a droit aux dommages - intérêts triples effectifs et en outre – chose rare en Amérique – a une indemnité pour frais d'avocat. Ainsi, le législateur transforme les dommages-intérêts en une sorte de peine privée comparable à une peine conventionnelle. Cependant, en pratique, les tribunaux ont adopté un critère très sévère pour la preuve du dommage.

Cette tendance américaine semble envahir de plus en plus le paysage juridique français. D'où la nécessité de s'interroger sur la position actuelle de la France sur les questions relatives au *private enforcement* et aux dommages-intérêts punitifs.

Question du *private enforcement* – Aux Etats-Unis, l'ampleur des actions de nature civile montre le choix très net d'opérer la régulation du droit des sociétés non pas au moyen de la sanction pénale mais par la responsabilité civile qui peut alors être employée comme une véritable sanction. Nous retrouvons là une conception libérale selon laquelle l'individu doit

faire valoir personnellement ses droits, l'action des pouvoirs publics devant être exceptionnelle dans la sphère des intérêts privés. La responsabilité civile prend appui sur la violation des obligations fiduciaires imposées aux dirigeants. Beaucoup considèrent que le système américain n'optimise pas la réparation des dommages causés à la collectivité, puisqu'il s'adresse essentiellement aux pertes privées et n'est guidé que par ces pertes privées. Néanmoins, le succès de l'exemple américaine fait s'interroger les autorités européennes.

Ainsi, l'influence américaine a donné naissance au dernier acte majeur de la Commission européenne avec la publication au Journal officiel de l'Union Européenne de sa Directive « action privée » dont le nom complet est *Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne*¹⁴⁴. Sa date limite de transposition est fixée au 27 décembre 2016. Elle n'est que l'aboutissement de tout un travail en amont et est particulièrement proche du Livre blanc de la Commission.

Cette directive est une avancée majeure du droit de la concurrence européenne en donnant force au *private enforcement* du droit de la concurrence, au moyen notamment de règles de procédure visant à simplifier leur indemnisation. Elle a pour but de renforcer les possibilités d'actions pour les acteurs privés.

En France, il est observé que « la question des conséquences civiles d'une faute concurrentielle fait partie de celles que le droit du marché laisse sans réponse satisfaisante au début du III^e millénaire »¹⁴⁵. Ce problème est dû à l'inadaptation des règles du droit actuel de la réparation face à l'identification et à l'évaluation délicate du préjudice concurrentiel. La *class action* française mise en place depuis la loi Hamon de 2014, comme nous l'avons étudié précédemment, témoigne la volonté du législateur français de pallier l'insuffisance du droit français dans la réparation des dommages de masse.

Or, l'attractivité de la responsabilité civile pour les justiciables et son efficacité en tant qu'instrument de police du marché dépendent de la fixation adéquate du montant de l'indemnisation allouée. D'où la question des dommages - intérêts punitifs.

¹⁴⁴ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_349_R_0001&from=FR

¹⁴⁵ Lucas de Leyssac Cl. et Parléani G. *Droit du marché*. PUF, coll. Thémis, 2002, p.974

Question de dommages - intérêts punitifs – Aux Etats-Unis, la jurisprudence a estimé que le dommage ne peut pas être calculé avec précision exacte, et cela a justifié la création du système de *treble damages* : Ainsi, en donnant trois fois le montant estimé du préjudice subi, il est certain que la victime sera effectivement indemnisée. Les *treble damages* ont été intégrés à la section 7 du *Sherman Act*, depuis supplantée par la section 4 du *Clayton Act* au profit de la victime d'une violation du droit de la concurrence. Ce type de dommages – intérêts poursuit deux objectifs, à savoir la réparation des préjudices et la dissuasion du profit illicite. C'est le juge civil qui, lors du procès ordonne des dommages – intérêts punitifs lorsque les dommages – intérêts compensatoires sont estimés insuffisants.

En droit américain, les dommages – intérêts punitifs sont principalement attribués en vue de dissuader et de sanctionner une conduite intentionnelle, imprudente ou malveillante. Si un agent de la société a agi dans le cadre de ses pouvoirs, alors les dommages – intérêts compensatoires sont imposés contre le dirigeant et cet agent tandis que les dommages – intérêts punitifs sont imposés contre l'agent qui a agi malicieusement. Par conséquent, il n'est pas certain que le dirigeant, dans ce cas, soit tenu de payer des dommages – intérêts punitifs, sauf s'il a participé, autorisé, ratifié ou a sciemment omis de prévenir la conduite délictuelle de l'agent¹⁴⁶.

La pratique américaine renforce de plus en plus son influence au Vieux Continent. Ainsi, dans son livre vert de 2005¹⁴⁷, la Commission semble raisonner dans une logique tant punitive que réparatrice.

Récemment, le considérant 2 de la directive du 26 novembre 2014 exclut le recours aux dommages - intérêts punitifs. Le principe des dommages intérêts punitifs dans le droit français est contesté du fait de l'atteinte au principe de réparation intégrale. La doctrine continentale craint que ce type d'indemnisation ne porte le risque de certaines dérives spéculatives, sous la forme notamment d'un détournement du contentieux par des plaideurs en quête de profits. En outre, ces pratiques sont soustraites à tout contrôle¹⁴⁸ : Etant à la discrétion de la juridiction saisie, elles ne peuvent pas influencer efficacement le

¹⁴⁶ *Gardella v. Log Cabin Products Co.*, 89 F. 2d 891, 34 U.S.P.Q (BNA) 145 (2d Cir. 1937)

¹⁴⁷ Livre vert de la Commission, du 22 juin 2005, sur l'efficacité énergétique ou Comment consommer mieux avec moins

¹⁴⁸ Viney G. (2000). "Rapport de synthèse dans La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle". *colloque Chambéry*, p.82, n°32

comportement des contrevenants potentiels.

Malgré la grande réticence de la part du législateur français, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 1^{er} décembre 2010, a apporté une réponse en demi-teinte en jugeant que « si le principe d'une condamnation à des dommages - intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». La question de droit qui se posait en l'espèce est relative à la reconnaissance d'une décision étrangère allouant des dommages – intérêts punitifs. Avec cette décision, si nous pouvons nous réjouir que la Cour de cassation juge enfin que les dommages – intérêts punitifs sont non contraires à l'ordre public dans leur principe, cet enthousiasme doit être tempéré puisqu'elle considère, en l'occurrence, que les dommages – intérêts punitifs sont contraires à l'ordre public dans leur montant.

Sans constituer la mesure idéale, l'institution des dommages – intérêts punitifs permettrait d'améliorer le résultat de l'action en responsabilité civile. Ainsi, là où l'amende civile est sans incidence sur le comportement des victimes, les dommages - intérêts punitifs encouragent celles-ci à agir et peuvent entraîner une progression des procès civils en matière de concurrence¹⁴⁹.

Mais l'efficacité de dommages – intérêts triples en tant que moyen de dissuasion est limitée par leur déductibilité fiscale et par le fait qu'ils puissent être répercutés sur les consommateurs, les employés et les actionnaires.

Au vu de l'expérience américaine, il ne semble pas opportun d'envisager l'introduction des dommages – intérêts punitifs. Ce ne sont pas les dommages – intérêts punitifs qui ont le plus contribué au développement du *private enforcement* aux Etats-Unis. En effet, c'est les modalités de preuve qui constitueraient l'élément déterminant pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles à agir par la voie privée tandis que les obstacles à l'administration de la preuve en France sont trop importants pour inciter les victimes à engager les actions civiles.

Dans le cadre de l'action en recherche de la responsabilité civile du dirigeant lorsque la

¹⁴⁹ Behar – Touchais M. (20 novembre 2002). "L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs? ", dans Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage? ". *Colloque Paris V: LPA* p.36

société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, ces progrès ne renforcent pas nécessairement la probabilité pour le dirigeant de voir sa responsabilité engagée, car ce dernier est toujours protégé par la personne morale et nous doutons que ces mesures atteignent personnellement le dirigeant. Cependant, en dehors des actions devant le juge, le dirigeant risque également de voir sa responsabilité personnelle engagée au sein de son entreprise (Titre 2).

Titre 2: La mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant au sein de son entreprise

La violation de règles légales telles que celles relatives au droit de la concurrence pourrait incontestablement donner lieu à des sanctions disciplinaires. La nature de la sanction à adopter est difficile à établir. Les entreprises disposent d'une certaine latitude pour apprécier l'importance, en termes de conséquences disciplinaires, d'une violation du droit de la concurrence. Le niveau de la sanction pourra en pratique varier en fonction notamment de la position du salarié en cause. Si un salarié peut être licencié pour non-respect du droit de la concurrence, a fortiori, la révocation d'un dirigeant mandataire social pour ce même motif sera encore moins contestable (Chapitre 1). Cela traduit une relation complexe entre la société et son dirigeant : Une relation oscille entre solidarité et dualité (Chapitre 2).

Chapitre 1: La remise en cause du statut du dirigeant au sein de son entreprise

Les deux sanctions disciplinaires possibles à l'encontre du dirigeant au sein de son entreprise consistent en la révocation de son statut de dirigeant (I) et en la remise en cause de son contrat de travail (II).

I) La révocation du dirigeant

Si un salarié peut être licencié pour non-respect du droit de la concurrence, de plus fort la révocation d'un dirigeant mandataire social pour ce même motif sera encore moins contestable et ce, a fortiori, dans certaines formes de sociétés où le dirigeant est révocable *ad nutum*.

La révocation du dirigeant pourrait avoir une importance particulière en Europe car il

n'y a pas de sanctions pénales au niveau européen. Pour mettre en œuvre cette sanction, il faut d'abord que la personne en cause soit bien le dirigeant de la société qui est sanctionnée pour pratiques anticoncurrentielles. Ensuite, cela doit le rendre inapte à être concerné dans la gestion d'une entreprise.

Dans la décision du Conseil de la concurrence rendue le 26 juin 2007 *Secteur de la location-entretien du linge*, le dispositif mis en place par l'entreprise afin d'engager directement ses personnels consiste en la remise d'une note annuelle nominative à chaque salarié et dirigeant concerné qui devra en retourner un exemplaire signé, accompagnée de l'indication selon laquelle le non-respect du droit de la concurrence entraînera des sanctions disciplinaires.

Même avant que la société ne soit condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, si le dirigeant fait à ses obligations durant les enquêtes, la révocation et la recherche en responsabilité du dirigeant semblent légitimes. *A fortiori*, la responsabilité collatérale du dirigeant de filiale pourrait être engagée pour ne pas avoir géré correctement l'enquête de concurrence.

Outre-Atlantique, les mandataires sociaux, les gestionnaires et les administrateurs responsables de violation des lois antitrust des entreprises pourraient être pénalisés et se voir dépossédés de leurs charges, de la même manière que la loi *Landrum-Griffin* pénalise les responsables syndicaux¹⁵⁰. En pratique, dans la décision *United States v. Grinnell Corp.*¹⁵¹, après la cession de trois sociétés d'affiliation de Grinnell Corporation en vue de remédier à la monopolisation des systèmes d'alarme d'incendie automatique, le juge Wyzanski enjoint les sociétés affiliées d'embaucher le dirigeant de la société Grinnell qui pendant 15 ans était le chef d'orchestre de la conduite illégale.

Les dirigeants d'entreprises peuvent subir la procédure de la *disqualification*, c'est-à-dire qu'ils peuvent se voir interdire l'exercice de fonctions de direction pour une période plus ou moins longue. Certes, la révocation du dirigeant n'est pas aussi punitive qu'une peine privative de liberté mais les implications financières personnelles de cette sanction peuvent potentiellement avoir une influence fortement dissuasive sur les dirigeants tentés par une

¹⁵⁰ 29 U.S.C. § 504 (Supp. 1965)

¹⁵¹ *United States v. Grinnell Corp.*, 236 F. Supp. 244 (D.R.I. 1964)

pratique anticoncurrentielle. En effet, cette sanction pourra nuire à sa réputation, à sa carrière et à ses salaires potentiels. La révocation du dirigeant a en outre l'avantage d'être moins coûteuse à appliquer que les sanctions pénales (qui comprennent le coût de l'incarcération) et d'être plus difficiles pour l'employeur d'indemniser, par rapport à des amendes personnelles.

A côté de cela, l'importance potentielle de cette sanction à la dissuasion efficace a été renforcée ces dernières années par deux facteurs : D'une part, la prise de conscience que les amendes à l'encontre des sociétés ne punissent pas directement les dirigeants et d'autre part, l'échec des infractions pénales nationales pour compléter les sanctions prévues au niveau européen¹⁵².

La révocation du dirigeant semble également bénéficier d'un soutien public plus important que pour les sanctions pénales. Dans une enquête publique menée au Royaume-Uni par le *Centre pour la politique de concurrence* en 2007, la question était de savoir quelle est la sanction jugée la plus appropriée pour engager la responsabilité personnelle des personnes physiques impliquées quand leur société a été condamnée pour avoir violé des règles concurrentielles. 48% des personnes interrogées soutenaient « une interdiction d'occuper des postes de cadres supérieurs dans les entreprises » alors que seulement 11% des personnes interrogées étaient en faveur de l'emprisonnement¹⁵³. Effectivement, cette sanction contourne la plupart des problèmes et des coûts associés à une sanction pénale.

Néanmoins, malgré ses avantages, il y a certains facteurs qui peuvent atténuer les effets escomptés de la révocation du dirigeant.

Premièrement, cette sanction ne peut pas être utilisée contre les non-dirigeants qui ont été directement impliqués dans la pratique anticoncurrentielle, de sorte que les dirigeants risquent d'être indirectement responsables des mauvaises conduites de leurs employés.

Deuxièmement, l'effet dissuasif de la révocation du dirigeant dépend du temps qu'il lui reste avant la retraite. En effet, il faut considérer le nombre d'années qui se sont écoulées entre la formation des pratiques anticoncurrentielles et le moment de la révocation. Il peut également exister un décalage entre le moment où la pratique anticoncurrentielle a été

¹⁵² Stephan A. "Disqualification Orders for Directos Involved in Cartels". *Centre for Competition Policy Working Paper 11-8*

¹⁵³ Stephan A. (2008). "Survey of Public Attitude to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain". *Comp. L. R.* 5(1) p.123-145

découverte et celui où la révocation est devenue effective.

Troisièmement, l'entreprise dédommage généralement le dirigeant pour la perte de son emploi ou met en place un système informel lui permettant de poursuivre son activité¹⁵⁴. Dans l'affaire de l'entente entre les compagnies aériennes¹⁵⁵, l'un des directeurs responsables du cartel a été promu alors qu'il était impliqué dans une nouvelle affaire d'entente illicite.

L'efficacité de la répression interne est mise à mal. Ainsi, une étude menée en 1997 a suggéré que la révocation voire la disqualification n'était pas en soi un obstacle majeur pour retrouver du travail. La volonté des entreprises à embaucher des cadres, qui ont purgé des peines de prison pour les infractions antitrust aux Etats-Unis, montre la valeur retenue de leur expertise et de leurs compétences sur le marché du travail¹⁵⁶. Le risque de la révocation réside dans l'enlèvement des personnes physiques très compétentes du paysage économique. Cependant, sans une sanction contre les individus, des amendes imposées par la Commission seront sujettes à des critiques croissantes et à une légitimité décroissante¹⁵⁷.

Au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de dirigeant n'a pas pour effet de résilier ce contrat. Mais il peut arriver qu'une même faute constitue un motif légitime à la fois de révocation et de remise en cause du contrat de travail (II)

II) La remise en cause du contrat de travail

Le droit américain et le droit français¹⁵⁸ autorisent tous les deux le cumul d'un contrat de salarié et d'un mandat social.

Aux Etats-Unis, en matière de rupture de la relation de travail, les règles sont bien plus flexibles que la France. En effet, le droit laisse une grande liberté à l'employeur et au salarié américain : aucune procédure légale de licenciement, aucun délai de préavis légal n'est exigé et il n'est pas besoin de justifier d'une raison pour congédier un salarié. C'est le principe de la

¹⁵⁴ Combe E. (2006). A la recherche de la sanction optimale. *Concurrences* n° 4-2006

¹⁵⁵ Evening Standard, *The most senior executive involved in the British Airways price-fixing scandal has landed a job at Bupa*, Londres, 2 Décembre 2008

¹⁵⁶ Stephan A. (2008). "The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba?". *CCP Working Paper 08-19*, p.30

¹⁵⁷ Powell M. et McKelvey G. (Decembre 2010) "Director Disqualification as a Complement to EU Antitrust Fines: Towards a More Balanced Sanctions Policy". *CPI Antitrust Journal* 1

¹⁵⁸ Cass. soc., 16 mai 1990, n° 86-42.681

libre rupture du contrat, à tout moment et sans raison. Il s'agit de la théorie de l'*employment at will* (la théorie de l'emploi discrétionnaire). En effet, elle assure à l'employeur le droit de sanctionner toute atteinte jugée contraire à ses intérêts. Il est libre de mettre fin à la relation salariée, à tout moment avec ou sans justification, voire même pour un motif condamnable. A part les lois contre la discrimination, il n'existe aucune loi de portée générale modifiant la doctrine de l'*employment at will* au niveau fédéral. Certes, il ne faut pas non plus que le licenciement se fasse sans motif, sur le fondement de la théorie *good faith and fair dealing*¹⁵⁹ (relations commerciales exécutées de bonne foi et de façon juste). L'implication du salarié dans la pratique anticoncurrentielle pour laquelle la société a été condamnée semble pouvoir fonder une décision de licenciement en droit américain. Cela représente une sanction en plus pour le dirigeant de la société, renforçant la punition à son encontre.

Or, la loi française en matière sociale régule énormément la question de la rupture du contrat de travail, surtout en comparaison de la grande liberté contractuelle établie outre – Atlantique. En droit français, la notion de sanction disciplinaire en droit de travail se trouve à l'article L.122-40 du Code du travail qui dispose que “*constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération*”.

En outre, l'article L.122-23 du Code du travail précise que la nature et l'échelle des sanctions doivent figurer dans le règlement intérieur lorsque celui-ci est obligatoire. Ainsi, en cas de violation des règles relatives au droit de la concurrence, indirectement le dirigeant de la société a violé des règles disciplinaires au sein de la société. Les entreprises disposent d'une certaine latitude pour apprécier l'importance, en termes de conséquences disciplinaires.

Il n'est pourtant pas certain qu'une violation du droit de la concurrence soit qualifiée de faute lourde. Par définition, dans un arrêt rendu le 6 juillet 1999 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, “la faute lourde s'entend d'une faute intentionnelle du salarié ou, plus précisément, d'une intention de nuire du salarié vis-à-vis de son employeur”¹⁶⁰. Nous nous

¹⁵⁹ *K-Mart Corporation v. Ponsock*, 103 Nev. 39, (1987)

¹⁶⁰ Cass. soc. 6 juillet 1999, n° 97-42.815: Juris-Data n° 1999-002812; Bull. civ. 1999, V, n°326

posons la question de savoir si la condamnation de la société pour avoir enfreint des règles du droit de la concurrence correspond à une faute lourde. Cela dépend de l'appréciation souveraine du juge du fond, il n'est pas acquis qu'une violation du droit de la concurrence puisse systématiquement être qualifiée de faute lourde. Mais une sanction trop légère n'enverra pas un bon signal tant aux salariés qu'aux autorités de la concurrence en cas de contentieux. En outre, dans le cadre d'une enquête de concurrence, le salarié est interrogé nécessairement dans le cadre de sa relation de travail avec son employeur auquel son refus de coopérer peut causer un préjudice certain.

Un salarié peut être licencié pour avoir commis un acte pénalement répréhensible quand bien même celui-ci lui aurait été demandé par la direction de l'entreprise et son dirigeant pourra être condamné pour complicité. Cela ressort nettement d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2004¹⁶¹: « *Attendu que pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse (...), l'arrêt énonce que la salariée n'avait fait qu'obéir aux ordres de la hiérarchie à laquelle elle était soumise et que si elle a pu avoir des doutes sur la régularité des opérations qu'elle a ainsi effectuées, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait lui être reproché, en qualité de simple personnel d'exécution qui n'apparaît pas avoir suivi une formation très pointue, de ne pas s'être opposée à accomplir cette tâche ; Attendu, cependant, que sauf contrainte irrésistible, le fait qu'une infraction ait été commise par un salarié à l'instigation d'un supérieur hiérarchique ne retire pas aux agissements du salarié leur caractère fautif* ».

Ainsi, lorsque la société a été condamnée pour avoir violé le droit de la concurrence, la remise en cause de la relation de travail semble plus facile à mettre en œuvre en droit américain qu'en droit français. Cette différence est due à la grande flexibilité du droit américain en ce qui concerne les règles encadrant la rupture de la relation de travail.

L'ensemble des sanctions à l'encontre du dirigeant au sein de la société traduit une réalité complexe de la relation entre le dirigeant et la société. Entre la personne morale et la personne physique ayant le pouvoir de la diriger et la représenter, la relation oscille entre la solidarité et la dualité (Chapitre 2)

¹⁶¹ Cass. Soc. 21 janvier 2004, n° 01-46820, inédit: Juris-Data n° 2004-021960

Chapitre 2 : La relation dirigeant – société : entre solidarité et dualité

«*Le leader doit être suffisamment semblable à son groupe pour être compris, quoique suffisamment différent pour justifier sa fonction unique en tant que leader*»¹⁶². Vu sa double casquette, il a le droit, voire l'obligation d'être différent de la masse car la volonté de diriger implique l'intention de maintenir son autonomie. Cependant il n'est pas exempté de toute responsabilité et cette dernière se prolonge au-delà de la société.

De la solidarité - Aux termes de l'article L.470-1 du Code de commerce, une société peut être condamnée solidairement au paiement des amendes prononcées contre ses dirigeants en cas des pratiques anticoncurrentielles.

De façon générale la société tenue pour civilement responsable des fautes commises par ses dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions. La relation dirigeant – société se montre solidaire en cas de paiement par l'entreprise des frais de justice et des amendes infligées au dirigeant. Ainsi, ces dernières sont intégralement prises en charge par l'entreprise. Par conséquent, le dirigeant est exempté de toute sanction financière et peut être assuré que son patrimoine reste intact. Une telle attitude solidariste se justifie notamment par le fait que les avocats mis à disposition des dirigeants sont souvent les avocats des entreprises elles-mêmes et dans ce cas de figure, la question relative aux valeurs déontologiques des avocats se pose. Cependant, ce problème ne pèse pas trop de poids étant donné que dans la majorité des cas, les intérêts des entreprises et ceux des dirigeants sont convergents, sauf en cas de solution négociée de la peine. Ainsi, nous pouvons considérer que la condamnation de l'entreprise entraîne une punition solidaire de fait à défaut d'une solidarité juridique, y compris lorsque les dirigeants n'ont joué aucun rôle dans la commission de l'infraction.

En outre, nous pouvons légitimement douter de l'efficacité des sanctions pécuniaires pénales en tant que moyen pour atteindre personnellement le dirigeant de la société condamnée pour pratiques anticoncurrentielles. En effet, l'entreprise peut très bien rembourser le dirigeant de son amende, soit par des plans de remboursement, soit par le versement d'une prime, soit par une augmentation de salaire. L'entreprise peut donc se dresser comme un rempart que représente la personne morale à la sanction du dirigeant personne physique. Cela

¹⁶² EL-Meligi M. (2007). « Une vision humaniste du leadership ». *Les presses de l'Université Laval*.

anéantit en grande partie les effets des sanctions pécuniaires de nature pénale à l'encontre du dirigeant.

Par ailleurs, l'identification du dirigeant responsable est entravée par cette solidarité au sein de l'entreprise. Ainsi, certains subordonnés acceptent d'assumer la responsabilité des décisions prises en haut lieu avec l'assurance qu'un tel service ne restera pas lettre morte.

La mise en place du programme de clémence renforce la solidarité entre le dirigeant et l'entreprise. Aux Etats-Unis, le programme de clémence - *US Leniency Program* - a été créé en 1978 : une approche *the winner takes it all*¹⁶³. En France, l'article L.464-2 du Code de commerce est le fondement du programme de clémence. Selon cette mesure, l'entreprise qui coopère avec les autorités de concurrence protège tous ses employés, directeurs et salariés de poursuites pénales. L'étude approfondie de ce programme fera l'objet de la partie ultérieure de ce mémoire.

Il faut garder en tête qu'aux Etats-Unis, en plus de son programme de clémence pour les entreprises, la *Division Antitrust* maintient un programme parallèle pour les particuliers¹⁶⁴. Tant que la personne est la première à dénoncer l'entente, qu'elle coopère pleinement avec l'enquête du gouvernement, qu'elle n'a pas été le chef de l'entente et qu'elle n'a pas forcé les autres à s'engager dans la pratique anticoncurrentielle, elle peut bénéficier de l'amnistie de ce programme. Néanmoins, force est de constater que le programme de clémence pour les individus est rarement utilisé, surtout en comparaison avec le programme de clémence pour les entreprises. Cela est particulièrement surprenant dans la mesure où en ne coopérant pas, les personnels de l'entreprise, y compris les dirigeants, ont plus à perdre que l'entreprise. Cela peut expliquer par le fait qu'ils ne croient pas que les avantages de la confession emportent sur les coûts à payer une fois la pratique anticoncurrentielle détectée. Les personnels privilégient le programme de clémence pour les entreprises car ils se considèrent comme une partie intégrante de la personne morale.

Cette solidarité a été l'objet de nombreuses critiques car elle a causé beaucoup de situations choquantes. A titre d'exemple, il arrive que les dirigeants de second plan qui ne sont pas concernés par les décisions illicites subissent les conséquences de fortes amendes

¹⁶³ le gagnant prend tout

¹⁶⁴ Antitrust Div., U.S. DoJ, *Leniency Policy for Individuals* (1994)

imposées à leur entreprise. Cela est d'autant plus frappant si les dirigeants responsables des actes illicites ont pris la précaution préalable de sortir de l'entreprise ou du capital social avant que des déboires judiciaires ne surviennent.

A la dualité - La solidarité au sein de l'entreprise n'est pas extensible à l'infini. La désolidarisation peut intervenir quand le dirigeant se trouve confronté à l'appareil répressif une fois l'infraction dénoncée, notamment sous la pression qu'une telle peine se rapproche. Cette rupture se manifeste particulièrement en cas d'emprisonnement et d'inscription au casier judiciaire.

En effet, la désolidarisation peut intervenir quand le dirigeant se trouve confronté à l'appareil répressif une fois l'infraction dénoncée, notamment lorsque l'hypothèse d'une telle peine se confirme.

La combinaison du programme de clémence de l'entreprise avec celui des individus peut s'avérer délicate. Si l'un des employés, ou l'un des dirigeants dénonce la pratique anticoncurrentielle, la société sera en grand danger. Or, si l'entreprise se dénonce sous le régime de la procédure de clémence, la société et l'ensemble de ses cadres évitent des poursuites pénales. Toutefois, si l'entreprise hésite ou décide de ne pas se dénoncer, elle se met dans une course à la clémence avec ses propres employés. A titre d'exemple, si l'entreprise ne dénonce pas sa propre pratique anticoncurrentielle, il arrive que le dirigeant la dénonce sur son propre compte et qu'il laisse la société dans le froid¹⁶⁵.

Ainsi, les politiques antitrust tentent de dégénérer une course à la clémence au sein de chaque entreprise. Selon Christopher R. Leslie¹⁶⁶, les autorités antitrust devraient envisager d'exempter de l'emprisonnement la première personne de chaque entreprise qui avoue avoir participé à l'entente, si elle présente des preuves contre les autres participants au sein de son entreprise. Cela créerait une incitation *ex ante* pour les personnels de conserver les fichiers clandestins sur les ententes afin qu'ils puissent assister de manière significative les autorités lorsqu'ils craignent que l'entente ne soit sur le point d'être découverte par exemple. Et cette

¹⁶⁵ Hammond S.D. (22-23 novembre 2004), *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, présentation à un atelier consacré au programme de clémence (Sydney), disponible à www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf, point 12-14

¹⁶⁶ R. Leslie C. (Avril 2008). "Cartels, agency costs, and finding virtue in faithless agents". *49 Wm. & Mary L. Rev.* 1621, *William and Mary Law Review*, p. 16

amnistie individuelle devrait être disponible même après que d'autres sociétés à l'entente aient coopéré avec le gouvernement. Ainsi, cela incite les partenaires de l'entente au sein d'une même entreprise à se méfier les uns des autres. Et cette forme de méfiance peut conduire à des aveux, comme en témoigne la décision *Tex. Indus., Inc. V. Radcliff Material, Inc.*¹⁶⁷.

Néanmoins, cette proposition de réforme comporte un risque majeur. Cela pourrait aider à stabiliser les ententes en leur apportant un frein sur les aveux rapides. En effet, le personnel en cause aurait non seulement une forte incitation à être le tout premier confesseur dans toute entente, mais aussi s'il perd cette course, il conserve encore la possibilité d'être le premier confesseur de sa propre entreprise.

Cette oscillation entre la solidarité et la dualité au sein d'une même entreprise rend particulièrement délicate l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant lorsque la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles. Elle représente également la raison principale pour laquelle le droit de la concurrence est plus associé à la personne morale qu'aux personnes physiques ayant le contrôle de la direction de la société.

Néanmoins, si la société peut protéger le dirigeant quand ce dernier est participant des pratiques anticoncurrentielles, cette tâche s'avère plus difficile à mettre en œuvre dans la prévention des pratiques anticoncurrentielles (Partie 2)

<p>PARTIE 2 : LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DU DIRIGEANT DUE AUX MANQUEMENTS A SES DEVOIRS FIDUCIAIRES DANS LA PREVENTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN DROITS FRANÇAIS ET AMERICAIN</p>

A la tête de la société, le dirigeant devrait attacher une attention particulière à l'interdiction et à la prévention des pratiques anticoncurrentielles. En effet, les principes stricts dans la conduite des affaires devront être respectés. Le dirigeant est tenu d'être une figure exemplaire au sein de la société en matière d'éthique, de gestion de risques et de respect des parties prenantes. Par conséquent, avant même la condamnation définitive de son entreprise, le dirigeant doit veiller à remplir ses obligations en contribuant aux enquêtes des autorités, faute

¹⁶⁷ *Tex. Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630, 639-40 (1981)

de quoi il verra sa responsabilité engagée (Titre 1). Ainsi, le droit ne devrait plus être déconnecté de sa dimension morale et être présenté comme une simple technique manipulée au gré des volontés¹⁶⁸. Cette nouvelle approche juridique mène à la recherche d'un juste milieu entre les condamnations excessives et l'impunité des entreprises (Titre 2).

Titre 1 : L'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant avant la condamnation définitive de son entreprise

Tirant profit de plus d'un siècle de pratique, la *Division Antitrust* et la *Federal Trade Commission* ont su perfectionner leurs techniques d'investigation et obtenir de multiples renforcements de leurs pouvoirs. Le système américain des enquêtes sert de modèle à de nombreuses autres autorités de concurrence dans le monde, dont la France. Ainsi, l'accès aux locaux, la saisine de tous documents professionnels, l'interrogation de tout le personnel, l'accès aux domiciles privés des personnels de l'entreprise font partie des pouvoirs d'enquêtes des autorités françaises de concurrence¹⁶⁹. Néanmoins, ces mesures pourraient difficilement aboutir sans la coopération des membres de la société, notamment celle du dirigeant, ce qui justifie un panel de sanctions à l'encontre de ce dernier dans le cadre de la procédure de concurrence (Chapitre 1). Mais la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles n'attend pas l'intervention des autorités d'enquêtes pour commencer, elle passe également par le biais des dénonciations (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les sanctions à l'encontre du dirigeant dans le cadre de la procédure de concurrence

Il convient dans un premier temps d'étudier les moyens mis à disposition des autorités d'enquêtes françaises et américaines (I) avant d'examiner les risques pesant sur le dirigeant durant la procédure de concurrence (II)

I) Les moyens mis à disposition des autorités d'enquêtes françaises et américaines

Les atteintes à la concurrence résultent de pratiques complexes, qui ne peuvent être prouvées que par l'utilisation de moyens d'investigation ou d'expertise poussés. Ainsi, pour mener à bien sa mission, à l'instar des procédures initialement développées aux Etats-Unis

¹⁶⁸ Diener P. "Ethique et droit des affaires". *D. 1993, chron. P.18, n°5*

¹⁶⁹ C.com. art. L450-1 et suiv

(A), le législateur français a introduit dans le droit français de la concurrence des procédures facilitant la recherche des preuves (B).

A) Le droit américain – un modèle d’efficacité en matière d’enquêtes de concurrence

Le *public enforcement* fédéral américain est caractérisé par une dualité d’autorités : La *Division Antitrust* du DoJ et la FTC.

Concernant les enquêtes civiles, les moyens d’enquêtes de la *Division Antitrust* et de la FTC consistent essentiellement en des demandes de renseignements. En matière civile, les deux autorités ont traditionnellement recours à des *civil investigative demands* (CID) par lesquelles les enquêteurs peuvent demander à toute personne « susceptibles de détenir des informations utiles » de témoigner, de répondre à des questionnaires ou de produire des documents¹⁷⁰. Souvent, les CID comprennent une demande de réponse à un questionnaire très détaillé et une demande de production de pièces.

Même des entreprises européennes qui ont une activité internationale orientée vers les Etats-Unis ont été confrontées à des enquêtes diligentées par les autorités américaines de concurrence¹⁷¹. En matière de pratiques anticoncurrentielles, les autorités américaines ne peuvent recourir à leurs moyens d’enquêtes traditionnels que sur leur propre territoire. Mais elles peuvent toujours demander des renseignements aux entreprises suspectées.

En matière pénale, les pouvoirs d’investigation de la *Division Antitrust* sont très importants. Les règles habituelles de la procédure pénale américaine s’appliquent. En droit antitrust américain, l’enquête préliminaire¹⁷² est autorisée par la division antitrust du département de la Justice. La procédure d’enquête préliminaire vise à obtenir l’autorisation de la FTC appelée *PI request memo mailbox*. En outre, s’il existe des raisons de croire qu’une infraction antitrust est sur le point d’être commise et que les procédures normales d’enquêtes ont échoué, les interceptions électroniques peuvent avoir lieu¹⁷³

¹⁷⁰ ABA, *Antitrust Law Developments*, 4^e éd. 1997, vol. I, Angland J. e.a.ed., p. 664 et s.

¹⁷¹ US DoJ, “British Airways PLC Agrees to Plead Guilty for Fixing Prices on Passenger and Cargo Flights”. *Press Release*, 1^{er} août 2007

¹⁷² Preliminary Inquiry

¹⁷³ 18 U.S.C, §2518

La *Division Antitrust* collabore régulièrement avec le FBI¹⁷⁴. En outre, pour certaines infractions pénales précises, dont les infractions antitrust, la *Division Antitrust* peut avoir recours à des moyens de surveillance électroniques, soit avec l'autorisation préalable d'un juge, soit avec le consentement de l'un des participants à la conversation¹⁷⁵.

Ainsi, les autorités américaines de concurrence font preuve d'une grande efficacité en matière d'enquête et ce modèle est devenu la référence pour de nombreux pays sur le Vieux Continent, dont la France.

B) Les pouvoirs d'enquêtes renforcés en droit français

Les enquêtes, en France, sont effectuées directement par la DGCCRF¹⁷⁶ ou sur demande du rapporteur désigné par l'Autorité de la concurrence (ADLC). Ces rapporteurs disposent des mêmes pouvoirs d'enquête que des enquêteurs de la DGCCRF¹⁷⁷. En fait, les enquêtes concurrentielles sont de deux ordres: des enquêtes dites « simples » sur le fondement de l'article L.450-3 du Code de commerce et les enquêtes dites « lourdes » sur le fondement de l'article L.450-4 du même code, qui doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention (JLD).

D'un côté, en ce qui concerne les enquêtes simples, elles bénéficient d'un cadre très souple. Dans le cadre de l'article L.450-3, les agents habilités peuvent, de manière contraignante, accéder aux locaux, demander la communication des documents d'entreprise et en prendre copie, demander des renseignements et justifications à toute personne de l'entreprise, et procéder à des expertises contradictoires sur désignation de l'ADLC.

De l'autre, pour les enquêtes lourdes, initiées par l'ADLC, elles exigent une requête du Rapporteur général sur proposition du rapporteur désigné pour l'examen de l'affaire, auprès d'un JLD du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter. Les enquêteurs peuvent procéder à des opérations de visite et de saisie. La procédure d'autorisation est effectuée sans mise en cause ou information préalable des entreprises concernées afin de conserver l'effet de surprise. Dans ce cadre procédural, le non-respect du

¹⁷⁴ Federal Bureau of Investigation

¹⁷⁵ Antitrust Criminal Investigative Improvement Act du 25 octobre 2005, art.443

¹⁷⁶ La Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

¹⁷⁷ C. com., art. L.450-1

contradictoire a été déclaré compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme et avec l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁷⁸. L'article L.450-4 permet non seulement d'accéder aux locaux de l'entreprise, mais également de fouiller les meubles, de poser des scellés, et d'emporter les documents originaux. Il vise tant les locaux professionnels que privés ainsi que les véhicules appartenant à l'occupant et se trouvant dans l'enceinte de l'entreprise visitée.

Des changements ont été apportés par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁷⁹. Cette loi est issue du projet de loi Macron qui a été définitivement adopté le 10 juillet 2015 après que le gouvernement ait recouru devant les députés à l'article 49 alinéa 3 de la Constitution. Ce nouveau texte comporte un certain nombre de dispositions en matière de droit de la concurrence et qui tendent à renforcer les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence.

L'autorité de la concurrence bénéficie désormais de pouvoirs d'enquêtes étendus¹⁸⁰ particulièrement utiles dans la recherche de preuves d'échanges d'informations entre concurrents tels que: contrôle sur place et demande de communication de toute information¹⁸¹, accès à tout document détenu par l'Administration sans pouvoir se voir opposer le secret professionnel¹⁸² et audition de tout tiers intéressé ; l'opposition à l'exercice des fonctions de ses agents étant passible de lourdes sanctions¹⁸³.

Cette loi a récemment fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Les Sages ont rendu leur décision le 5 août 2015¹⁸⁴. Dans cette décision, les articles relatifs à la communication de données de connexions auprès des opérateurs de communications électroniques par l'Autorité de la concurrence ont été censurés, aux motifs que ces derniers n'opéraient pas une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions.

Ainsi, la France, fidèle à sa conception étatique du pouvoir, continue pour sa part à

¹⁷⁸ Cass. Com., 9 février 1993, n°91-21.700

¹⁷⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

¹⁸⁰ Nouveau C.com., art L.752-26, III

¹⁸¹ C.Com. art.L.450-3

¹⁸² C.com. art. L.450-7

¹⁸³ C. com. art. L. 450-8

¹⁸⁴ JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13616 texte n°2, décision n°2015-715 DC du 5 août 2015

renforcer les moyens d'investigation de ses agents administratifs, afin d'assurer l'efficacité de son système. Dans la crainte des sanctions, il incombe aux membres de l'entreprise de coopérer avec les autorités et leurs manquements pourront donner lieu à des condamnations (II)

II) Les risques pesant sur le dirigeant durant la procédure de concurrence

Durant la procédure de concurrence, le dirigeant ne collabore pas forcément avec les autorités au cours de leur investigation. Il convient de se pencher sur les risques pesant sur le dirigeant lorsque ce dernier refuse de coopérer (A), ou bien lorsqu'il détruit des documents en cours d'enquête (B) ou encore il donne des réponses inexactes aux autorités de la concurrence (C)

A) Le refus de coopérer

Aux Etats-Unis, une garantie importante est accordée aux destinataires de CID consistant dans la faculté pour ceux-ci de refuser de répondre à la requête des autorités. Les CID ne sont pas immédiatement exécutoires. Pour qu'elles le deviennent, les autorités doivent demander à une Cour fédérale de district d'ordonner au destinataire de se conformer à la demande. Les entreprises ont la possibilité de résister légalement à une CID, si elles en contestent le bien-fondé ou la portée¹⁸⁵. Cette démarche n'aboutissant que rarement, il est parfois plus utile de négocier avec les autorités une réduction du champ de celle-ci. En outre, des CID sont subordonnées à toute une série de conditions¹⁸⁶. Par conséquent, la validité des demandes peut être contestée devant un juge si ces dernières ne comprennent pas un certain nombre d'informations précises. Dans ce cas, le refus est justifié.

Il existe aussi des privilèges qui justifient la non - divulgation de certains documents tel que l'*Attorney-Client Privilege* qui couvre les communications entre un avocat et son client.

En outre, les personnes physiques interrogées peuvent invoquer leur droit à ne pas s'auto-incriminer garanti par le 5^{ème} amendement de la Constitution américaine¹⁸⁷. Il s'agit

¹⁸⁵ ABA, Antitrust Law Developments, préc., p. 668 et s.

¹⁸⁶ Antitrust Civil Process Act: 15 U.S.C §1311 et s.

¹⁸⁷ « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué,

d'un véritable droit au silence que le dirigeant peut utiliser chaque fois que les réponses aux questions conduisent celui-ci à s'auto-incriminer.

Les peines de prison pourront être accordées au cas de refus de se conformer aux ordonnances de la cour pour la production d'éléments de preuve dans une enquête antitrust¹⁸⁸ ou de non-respect d'une injonction émise en raison d'une violation des lois antitrust¹⁸⁹.

Au niveau communautaire, concernant la coopération entre la Commission et les juges nationaux, la coopération est conseillée dans le Livre blanc relatif à la modernisation des articles 81 et 82 du traité CE: « ...*Il est donc envisagé d'inscrire une obligation pour le juge de procéder à une telle information dans le texte du règlement (...) Au nom du principe de coopération loyale, trois procédures ont été instituées: l'obligation de transmission des décisions, l'obligation de coopération à la demande des juges nationaux, enfin, l'intervention devant les juges nationaux* »¹⁹⁰. Néanmoins, en droit communautaire, aucune sanction n'a été prévue à l'encontre d'un personnel de la société qui refuse de répondre aux questions des représentants de la Commission européenne.

En droit français, sur le fondement de l'article L.450-8 du Code du commerce relatif au délit d'entrave, le dirigeant pourrait voir sa responsabilité engagée. En effet, cet article dispose qu': « *Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L.450-1 sont chargés en application du présent livre* ». En ce qui concerne les sanctions internes, en cas de refus de coopérer dans la procédure de la concurrence, la révocation et la recherche en responsabilité du dirigeant semblent légitimes. Par son refus de coopérer à l'enquête, le dirigeant en cause risque de subir une sanction disciplinaire, notamment si cela manifeste une intention de nuire à la société. Cependant, montrer l'intention de nuire vis-à-vis de l'entreprise est loin d'être chose aisée. En effet, il ne va pas de soi qu'un simple refus de coopérer implique une intention de nuire car le dirigeant

d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité»

¹⁸⁸ *State v. Jack*, 69 Kan. 387, 76 Pac. 911 (1904)

¹⁸⁹ *Henry*, 147 Tex. 315, 215 S.W.2d 588 (1948)

¹⁹⁰ Livre blanc relatif à la modernisation des articles 81 et 82 du traité CE, pt 107

pourrait prétendre qu'il a agi de la sorte dans l'intérêt de la société.

A fortiori, la responsabilité collatérale du dirigeant de filiale pourrait être engagée pour ne pas avoir géré correctement l'enquête de concurrence.

Pour le dirigeant-salarié, si l'entreprise est condamnée pour le refus de coopération de ce dernier, sa responsabilité civile pourrait également être engagée si l'existence de la faute lourde est avérée.

La coopération peut jouer un rôle important, notamment en matière d'entente, dans le cadre de la procédure de clémence qui permet de tenir compte de la collaboration de l'entreprise. L'article L.464-2, III du Code de commerce dispose en effet que si l'entreprise contribue à prouver la pratique ou si elle dénonce d'autres entreprises, elle peut bénéficier d'une exonération totale ou partielle. Cette disposition a été inspirée du modèle américain de la clémence, qui sera traité ultérieurement.

B) La destruction des documents en cours d'enquête

Outre-Atlantique, les Etats-Unis sont beaucoup plus agressifs dans la recherche des preuves et des témoignages se trouvant sur le territoire d'un autre pays avec des lois de blocage¹⁹¹ – *blocking statutes* - et la procédure *discovery*¹⁹². La loi de blocage américaine est excessivement large et bien trop protectrice.

Les inspections – *search and seizures* - sont devenues des moyens communs d'enquête. Elles sont souvent menées par des agents du FBI et peuvent intervenir en tout lieu et donnent lieu à la saisie de nombreux documents. S'agissant des inspections, celles-ci sont soumises aux exigences du 4^{ème} amendement et à la délivrance préalable d'un mandat de perquisition - *search warrant* - par un juge fédéral. Les règles fédérales de la procédure pénale - *Federal Rules of Criminal Procedure* - imposent par ailleurs que les autorités spécifient quels sont les locaux qui vont être visités et quels sont les documents qui vont être saisis. La destruction ou la dissimulation de documents sont considérées comme des entraves à la justice et donc pénalement sanctionnées, sur le fondement de la section 1505 situé au chapitre 74 de la

¹⁹¹ La loi de blocage interdit à toute personne de communiquer des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires étrangères.

¹⁹² La *discovery* impose à l'inverse aux parties de produire tous les documents en relation avec le litige, qu'ils leur soient favorables ou non

partie une du titre 18 de l'USC¹⁹³. En vertu de cet article, le dirigeant responsable sera emprisonné au plus 5 ans. Si l'infraction implique le terrorisme international ou national tel que défini à l'article 2331, la durée d'emprisonnement maximale est prévue à 8 ans.

La destruction des documents en cours d'enquête semble être une cause légitime justifiant le licenciement pour faute lourde pour le dirigeant-salarié et la révocation du dirigeant non salarié. Cependant, comme dans le cas du refus de coopérer, l'intention de nuire à la société pourrait être délicate à prouver.

En droit communautaire, aucune sanction administrative ou pénale n'a été prévue à l'encontre du dirigeant responsable de la destruction des documents en cours d'enquête.

Il n'en est néanmoins pas de même en droit français. En effet, en droit français, l'article L.450-8 du Code du commerce sanctionne tout acte d'opposition à l'enquête. Cet acte pourrait également tomber sous le coup de l'article L.434-4 du Code pénal en ce qu'il s'agirait d'un acte faisant obstacle à la manifestation de la vérité. Si l'entreprise a été condamnée sur le fondement du droit de la concurrence pour la destruction d'éléments portant sur l'infraction commise, il est envisageable que la relation du travail soit mise en cause pour faute lourde ou que soit constitué un juste motif de révocation du dirigeant concerné. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que le dirigeant mis en cause pourrait se dissimuler derrière l'intérêt social prétendu de la société pour éviter la condamnation.

C) L'inexactitude des réponses aux autorités de concurrence

Les pouvoirs d'enquête des autorités de concurrence sont essentiels pour faire établir la vérité. En droit américain, en matière civile, les témoignages doivent être nécessairement être fournis sous serment et retranscrits par écrit ou sur support vidéo. La prestation de serment

¹⁹³ 18 U.S.C §1505 : « *Whoever, with intent to avoid, evade, prevent, or obstruct compliance, in whole or in part, with any civil investigative demand duly and properly made under the Antitrust Civil Process Act, willfully withholds, misrepresents, removes from any place, conceals, covers up, destroys, mutilates, alters, or by other means falsifies any documentary material, answers to written interrogatories, or oral testimony, which is the subject of such demand; or attempts to do so or solicits another to do so; or*
Whoever corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication influences, obstructs, or impedes or endeavors to influence, obstruct, or impede the due and proper administration of the law under which any pending proceeding is being had before any department or agency of the United States, or the due and proper exercise of the power of inquiry under which any inquiry or investigation is being had by either House, or any committee of either House or any joint committee of the Congress—
Shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years or, if the offense involves international or domestic terrorism (as defined in section 2331 imprisoned not more than 8 years, or both »

n'est pas anodine puisque l'auteur des déclarations s'expose à de lourdes poursuites pénales en cas de faux témoignages.

En droit français, le représentant interrogé n'a pas le droit à l'erreur. Il est de jurisprudence constante que l'entreprise ne peut pas arguer de la méconnaissance du dossier par son représentant pour contester une réponse¹⁹⁴. Il est censé connaître les activités de la société, et la société doit assumer son choix. En France, il est évident que la crédibilité des réponses fournies par le dirigeant de la société surpasse celle des réponses données par un autre personnel et la CJUE a rendu des décisions allant dans le même sens¹⁹⁵. Par conséquent, les déclarations allant à l'encontre des intérêts du déclarant sont souvent considérées comme des éléments de preuve fiable. Néanmoins, il s'agit seulement d'une présomption simple de comportement anticoncurrentiel car l'entreprise incriminée peut fournir d'autres preuves pour contester.

Dans la vie des affaires, il est courant que la personne interrogée évite de donner une réponse immédiate et préfère donner une réponse écrite quelques jours plus tard. Ainsi, durant le contrôle, une phase de seconde requête peut s'ouvrir, au cours de laquelle les autorités peuvent demander aux parties des informations complémentaires.

En cas d'erreur commise dans la réponse fournie par le dirigeant aux autorités de concurrence, l'entreprise doit assumer le choix de son représentant et la sanction ne pourra intervenir que dans le cas où ce dernier aurait agi de mauvaise foi. La faute du dirigeant non salarié ayant agi de bonne foi est particulièrement difficile à prouver car il semble improbable que l'entreprise puisse reprocher à quelqu'un d'avoir dit la vérité.

Cependant, concernant sa responsabilité civile vis-à-vis de la société, elle pourrait être engagée si l'erreur du dirigeant a causé un préjudice « anormal » et elle ne sera envisageable qu'envers l'entreprise. Par anormal, on entend un préjudice causé par la fausse réponse, en opposition avec le préjudice normal tel qu'une amende pour la pratique anticoncurrentielle résultant de la réponse apportée par le dirigeant. Cette hypothèse est quasi impossible en réalité, car cela suppose que le représentant de l'entreprise fournit volontairement une réponse erronée pour nuire à la société malgré des informations en sa possession relatives aux enquêtes

¹⁹⁴ CA Paris, 27 oct. 1998; BOCCRF 20 nov. 1998

¹⁹⁵ A titre d'exemple : CJCE, 25 janvier 2007, *Sumitomo Metal Industries Ltd et Nippon Steel Corp. c/ Commission CE*

de concurrence. En outre, aucune équipe d'assistance juridique ne l'aurait conseillé d'agir ainsi.

Aucune sanction disciplinaire ne pourra être prononcée à l'encontre du représentant de bonne foi qui a commis une erreur dans la réponse fournie aux autorités. Ni le droit communautaire ni le droit français ne prévoient de sanctions administratives ou pénales à l'encontre du dirigeant dans ce cas de figure.

Ainsi, des risques pèsent bien sur le dirigeant tant en droit américain qu'en droit français durant la procédure de concurrence. Néanmoins, la probabilité pour que ces risques puissent se traduire en de véritables sanctions reste faible. Ayant conscience de cette limite, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles peut commencer bien avant les enquêtes des autorités, elle passe également par le biais des dénonciations (Chapitre 2)

Chapitre 2: La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles par le biais des dénonciations

Le renforcement de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles réside dans la possibilité de faire de tous les membres de l'entreprise des acteurs actifs dans la prévention de ces comportements. Pour ce faire, il faut encourager les dénonciations internes (I) comme les dénonciations externes (II). Dans les deux types de dénonciation, seule la relation de travail entre la personne physique et l'entreprise est potentiellement en jeu.

I) La dénonciation interne : l'importation du droit américain en droit français

L'engagement de la responsabilité des dirigeants de la société en matière de droit de la concurrence mène à la question des intérêts divergents entre la société et ses dirigeants et à la possibilité pour ceux-ci de se doter d'un conseil distinct de celui de l'entreprise.

La dénonciation interne couvre les situations dans lesquelles un individu soupçonne un risque, une faute professionnelle ou un méfait affectant les membres de la société, notamment dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

Afin d'encourager les dénonciations internes, l'entreprise met souvent en place des dispositifs afin d'encadrer cette pratique. Ainsi, les chartes de bonnes conduites et autres codes

d'éthique françaises, inspirés du mouvement né aux Etats-Unis, fleurissent à une vitesse exponentielle. En effet, à l'heure actuelle nous traversons tant une crise financière qu'une crise de confiance, les consommateurs et les citoyens ne sont pas les seuls demandeurs d'éthique.

C'est au cœur des textes de formalisation de l'éthique en entreprise que sont apparus les dispositifs dits d'alerte professionnelle, principe inspiré du terme *whistleblowing* en anglais. Ce terme en anglais désigne littéralement le fait de « souffler dans le sifflet » pour signaler une faute au football et il a été utilisé aux Etats-Unis à partir des années 1970, à la suite de l'intervention de l'activiste Ralph Nader pour désigner « l'acte d'un homme ou d'une femme qui, pensant que l'intérêt public surpasse les intérêts de l'organisation qu'il sert, tire la sonnette d'alarme pour signaler que l'organisation est impliquée dans une activité corrompue, frauduleuse, illégale ou dangereuse »¹⁹⁶. Par un avis publié au Journal Officiel du 7 septembre 2007, la commission générale de terminologie et de néologie en France a traduit *whistleblowing* par « alerte professionnelle » ou « dénonciation ». L'influence du droit américain en la matière est très nette : En effet, si la loi *Sarbanes-Oxley*, votée par le Congrès américain en 2002, n'est pas toujours la cause directe de la création des procédures d'alerte éthique dans les entreprises françaises, elle a contribué à leur existence, leur évolution et leur publicité.

En droit américain, la loi *Sarbanes-Oxley*, par son article 301-4, impose aux entreprises américaines, leurs filiales et toute société cotée à la bourse de New-York, la mise en place d'une procédure permettant à tout salarié de signaler tout fait délictueux concernant des malversations comptables. Par son article 806, cette loi prévoit l'interdiction d'exercer des mesures de représailles à l'encontre des salariés qui auraient dénoncé des malversations, et en cas de violation de cette interdiction, le droit d'agir en justice contre l'employeur – auteur des représailles. La protection des dénonciateurs est au cœur du dispositif et elle est garantie par l'engagement des entreprises à protéger l'anonymat des dénonciations. Les entreprises américaines sont tenues de se mettre en conformité avec les règles imposées par la *Securities and Exchange Commission* pour mettre en œuvre cette loi. C'est pour cela que des formulaires papier, des lignes téléphoniques et des systèmes accessibles via l'intranet servant à ce but ont été mis en place. Ainsi, l'exemple américain, dans ce contexte, a directement influencé le droit

¹⁹⁶ Nader R., Petkas, Blackwell (1974). *Whistle Blowing*. Penguin Books, p.3-5

français qui n'a pas tardé longtemps pour mettre en place le même système.

En France, au départ, la possibilité laissée aux entreprises d'organiser un système d'alerte n'était pas vu d'un bon œil, comme en témoigne l'article de Sandrine Foulon et Pierre-David Labani dans le magazine *Liaison sociale* intitulé « *Les salariés invités à cafter au nom de l'éthique* »¹⁹⁷.

Cette pratique a fini par franchir l'Atlantique par une autorisation unique (AU-004) émise par la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) le 8 décembre 2005¹⁹⁸. Cette mesure a été modifiée par deux délibérations du 14 octobre 2010¹⁹⁹ et du 30 janvier 2014²⁰⁰. Les entreprises qui respectent en tout point le cadre défini par cette autorisation doivent adresser à la CNIL une déclaration de conformité disponible sur le site de la Commission. Cependant, cette dernière ne porte que sur les alertes dans les domaines financier, comptable, bancaire et celui de la lutte contre la corruption. Concernant les alertes relatives au droit de la concurrence, étant donné qu'elles sortent du cadre fixé par l'AU-004, l'entreprise doit adresser à la CNIL un dossier complet de demande d'autorisation individuelle. Nous pouvons supposer que des alertes relatives au droit de la concurrence doivent respecter les règles exposées dans la délibération pour être autorisées. En novembre 2008, la CNIL n'avait délivré que deux autorisations de procédure d'alerte professionnelle hors du cadre de l'autorisation unique n°004. Ces autorisations ont été délivrées le 22 novembre 2007 à deux entreprises concurrentes *Elis* et *Initial BTB* afin de permettre à leurs salariés de signaler des infractions au droit de la concurrence²⁰¹.

Ont été posées dans « *la délibération portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle* » de nombreuses conditions dont certaines méritent une attention particulière. Son article 2²⁰² impose que « *l'émetteur de l'alerte professionnelle doit*

¹⁹⁷ Foulon S., Labani P-D (2005). «Les salariés invités à cafter au nom de l'éthique». *Magazine Liaisons sociales*, n°62, p.46-48

¹⁹⁸ Délib. N° 2005-305, 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle : Journal Officiel 4 Janvier 2006. – Et communiqué de presse, 8 mars 2007 : www.cnil.fr

¹⁹⁹ La délibération n°2010-369 du 14 octobre 2010

²⁰⁰ La délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014

²⁰¹ CNIL, Délibération du 22 novembre 2007, Conseil de la concurrence, Décision n°07-D-21 du 26 juin 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge*

²⁰² Modifié par la délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014

s'identifier mais son identité est traitée de façon confidentielle par l'organisation chargée de la gestion des alertes » et que « l'organisme ne doit pas inciter les personnes ayant vocation à utiliser le dispositif à le faire de manière anonyme ». Son article 8 précise en outre le caractère facultatif de l'usage du dispositif mis en place et indique que « l'utilisation abusive du dispositif peut exposer son auteur à des sanctions disciplinaires ainsi qu'à des poursuites judiciaires mais qu'à l'inverse, l'utilisation de bonne foi du dispositif, même si les faits s'avèrent par la suite inexacts ou ne donnent lieu à aucune suite, n'exposera son auteur à aucune sanction disciplinaire ».

Même en l'absence de charte, cette pratique devrait être tout de même encouragée et le personnel qui déclenche cette procédure devrait également bénéficier des protections.

Le succès du modèle de dénonciation interne américaine est illustré par la désignation comme personnalités de l'année en 2002, par la rédaction du magazine *Time*²⁰³, de trois dénonciateurs dont Sharron Watkins – ex vice-présidente du développement chez Enron et Cynthia Cooper – ex vice-présidente de l'audit interne chez Worldcom.

Dans les deux systèmes, sauf en cas de mauvaise foi, le salarié ne pourra pas être poursuivi pour ne pas avoir dénoncé en interne une pratique anticoncurrentielle et il ne pourra pas être sanctionné non plus pour l'avoir fait.

Pour assurer l'efficacité des dénonciations au sein de l'entreprise, la dénonciation interne doit aller de pair avec le système de la dénonciation externe (II)

II) La dénonciation externe

La dénonciation externe consiste en la possibilité pour un membre de la société de dénoncer une pratique anticoncurrentielle directement aux autorités compétentes. On est hors des cas visés par l'alinéa 1 de l'article 434-1 et suivants du Code pénal²⁰⁴, ce qui signifie qu'aucun membre ne se trouve dans l'obligation de devoir agir ainsi. En théorie, il ne sera pas sanctionné pour avoir de tels comportements, sur le fondement de l'article L.120-2 du Code

²⁰³ Grossman L. (22 décembre 2002). "Persons of the Year 2002 – people who mattered". Article du magazine *Time*.

²⁰⁴ "Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende"

du travail et conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation²⁰⁵ relative aux dénonciations d'agissements frauduleux à l'Inspection du travail. En outre, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 novembre 2003²⁰⁶, il a été jugé que les stipulations d'un contrat de travail ne sauraient interdire à un salarié d'apporter son concours à la justice en révélant des faits qui n'ont aucun caractère confidentiel. Néanmoins, le salarié ne doit pas avoir agi avec légèreté ou mauvaise foi.

Cependant, en pratique, le risque d'une sanction disciplinaire n'est pas exclu car il semble logique que l'entreprise aurait préféré régler le problème en interne, étant donné le rapport de confiance qui est censé unir l'employeur et le salarié.

Aux Etats-Unis, selon Christopher R. Leslie, l'appellation du « membre de l'entente le plus infidèle de tous les temps » doit être accordée à Mark Whitacre²⁰⁷. En fait, Whitacre a dévoilé au grand jour le cartel international de la lysine impliquant les dirigeants de sa société, deux producteurs japonais et deux producteurs coréens. Ce n'était pas son remords qui motivait son acte mais plutôt parce qu'il craignait que les agents de FBI ne découvrent ses autres crimes, à moins que leur attention soit centrée sur le cartel de la lysine. Les cassettes et les vidéos que Whitacre a enregistrées ont permis la chute de cette entente. Quand les dirigeants de sa société ont plaidé non coupables, les preuves données par Whitacre ont constitué le fondement de l'accusation, menant à la condamnation de ces derniers. Tous les accusés sont allés en prison.

Dans cette affaire, chacun avait promis de mettre en œuvre les accords de l'entente selon les directives de leurs supérieurs. Chacun avait implicitement ou explicitement promis de ne pas parler aux enquêteurs, de ne pas se confesser devant le grand jury, de ne pas prendre des notes et certainement de ne pas filmer lors des réunions de l'entente. Cet exemple illustre comment les agents, en trahissant leurs supérieurs, peuvent renverser les ententes.

Plusieurs niveaux de direction au sein de la société peuvent être impliqués dans une entente. A titre d'exemple, dans le cartel des vitamines²⁰⁸, des cadres supérieurs – *senior*

²⁰⁵ Cass. Soc. 12 juillet 2006, n° 04-41.075 : Juris-Data n° 2006-034602 ; Bull. civ. 2006, V, n°245

²⁰⁶ CA Paris, 26 novembre 2003, n° 02/30497

²⁰⁷ R. Leslie C. (avril 2008). "Cartels, agency costs, and finding virtue in faithless agents". *49 Wm. & Mary L. Rev.* 1621, *William and Mary Law Review*, p.8

²⁰⁸ Labaton S. (21 mai 1999). "U.S. Outlines How Makers of Vitamins Fixed Global Prices". *N.Y. Times*, à 11

executives - de chaque entreprise ont tenu des réunions de haut niveau pour définir le prix et les quotas de production. A côté de cela, des cadres de niveau intermédiaire – *midlevel executives* – ont supervisé les opérations de l’entente et ont opéré des ajustements nécessaires.

Ainsi, chaque individu est capable d’exposer l’entente, chacun est un maillot faible potentiel de la chaîne.

Cependant, les juges américains restent vigilants quand un salarié divulgue les faits qui lui paraissent anormaux. En effet, la dénonciation externe peut être motivée par des raisons néfastes pouvant servir à des fins personnelles. A titre d’exemple, dans le cartel des appareils de plomberie, le secrétaire exécutif de l’Association des fabricants de plomberie a enregistré en secret lors des réunions de l’entente afin qu’il puisse détourner des fonds de l’association et faire du chantage aux autres membres de l’association²⁰⁹.

La dénonciation joue un rôle important dans la mesure où elle permet d’attirer l’attention sur des actions illicites. Nous remarquons qu’il y a plus de réticences du côté français qu’outre-Atlantique. En effet, les Américains ont une tradition ancienne de dénonciation alors qu’en France, les traces profondes laissées par les incitations à la dénonciation ayant eu lieu lors de l’Occupation rendent cela moins acceptable.

Malgré plusieurs tentatives dans les deux pays afin de renforcer cette pratique, celle-ci entraîne plusieurs effets pervers de la dénonciation sur le dénonciateur, les actionnaires, les employés et l’entreprise en général. Le dénonciateur peut par exemple subir un licenciement ou les conséquences d’une mauvaise ambiance du travail car il peut être considéré comme un traître; d’où la nécessité d’encadrer ces pratiques par la loi.

Titre 2 : A la recherche d’un équilibre entre les condamnations excessives et l’impunité des entreprises

Les normes contraignantes d’initiative gouvernementale et législative et des règles plus souples venant des milieux professionnels contribuent à faire de la moralisation des affaires un sujet d’actualité essentiel. L’objectif ultime de ces démarches consiste à redonner une place plus équilibrée aux acteurs de l’entreprise sans nier leur besoin de rentabilité. Ainsi, de

²⁰⁹ E.Mills D. & Elzinga K. (1978). “Cartel Problems: Comment”. *68 Am. Econ. Rev.* 938, 940 n.5

nombreux moyens de défense ont été accordés aux entreprises et de nouvelles réformes ont été proposées afin d'éviter les empiètements trop importants des autorités dans la vie des affaires. Par conséquent, la sévérité initiale des textes est mise à mal par des contournements autorisés, voire encouragés (Chapitre 1). Face à l'affaiblissement de l'effet dissuasif des textes, le modèle de la *corporate governance* a été mis en place pour lutter contre les abus de la liberté de gestion (Chapitre 2). Résultant de la balance entre les intérêts divergents, le moyen de dissuasion le plus efficace contre les comportements anticoncurrentiels consiste en la responsabilité personnelle du dirigeant (Chapitre 3).

Chapitre 1: La sévérité des textes mise à mal par des contournements autorisés, voire encouragés

Durant la procédure de concurrence ou après que la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, afin que l'aspect contentieux cède la place à la discussion, le dirigeant de la société a tendance à opter pour les procédures négociées (I). L'apparition de ces procédures s'est traduite par un élargissement et une diversification des stratégies de défense pour les entreprises. Ainsi, il arrive également que le dirigeant se serve de l'intérêt social dans le but de justifier la mise en place des pratiques anticoncurrentielles et de laisser la personne morale endosser seule la responsabilité (II).

I) Les procédures de négociation de la sanction

Formant un ensemble cohérent, les procédures négociées comprennent la procédure de clémence, la procédure de non-contestation des griefs et la procédure d'engagement. Recourir aux procédures négociées est utile lorsque le problème est clair et les solutions sont évidentes à concevoir. Environ 80% des affaires antitrust devant le DoJ américain se terminent par les procédures de négociation des sanctions²¹⁰. Cette pratique est encore récente en France et elle ne porte pas sur les sanctions pénales. Ces dernières sont insusceptibles d'être négociées car le plaider-coupable n'est pas conforme au droit pénal français dans la mesure où il repose sur une négociation à huis clos entre le procureur et l'accusé. La procédure de clémence est la seule qui peut être considérée comme une incitation pour l'entreprise à révéler ses pratiques anticoncurrentielles avant le début d'une investigation. Néanmoins, les procédures

²¹⁰ Weiner M. (1995). "Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree". *Antitrust*, p.4

d'engagement et de non-contestation n'ont par nature de sens qu'après l'ouverture d'une enquête. D'un côté, la procédure d'engagement vise essentiellement les comportements unilatéraux qui peuvent être modifiés par leur auteur, de sorte que cela concerne davantage les abus de la position dominante. De l'autre, pour les ententes, seule la sanction, la procédure de clémence et la procédure de non-contestation de griefs sont applicables.

A la lecture des textes français et communautaires il est possible de voir un écart avec les solutions américaines, le but étant de prévenir un certain nombre de reproches adressés classiquement à cette procédure de l'autre côté de l'Atlantique.

Il n'est pas exclu qu'un dirigeant d'entreprise passe par des mécanismes de négociation non pas seulement pour assurer que son entreprise se trouve dans une meilleure situation mais encore pour des intérêts strictement personnels. Ces derniers peuvent être le non-paiement des amendes personnelles avant de quitter l'entreprise ou alors l'impossibilité d'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant.

La procédure de clémence – Il s'agit d'un des outils de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie. La procédure de clémence est efficace à deux titres : D'un côté, elle permet de réduire les coûts de l'action administrative et de l'autre, elle permet d'exploiter la principale faille des ententes, à savoir leur instabilité structurelle. En effet, elle peut briser la loi du silence entre les membres d'une entente. Cette procédure permet à l'administration d'accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires à l'entreprise qui contribue à établir la réalité d'une entente illicite à laquelle elle a participé et à identifier ses acteurs en apportant des éléments d'information dont les autorités ne disposaient pas antérieurement.

L'adoption de programmes de clémence aux Etats-Unis n'a pas suscité de critiques puisqu'il existe depuis longtemps en droit pénal américain des mécanismes visant à obtenir des informations de la part de délinquants en échange de traitement plus favorable - *leniency deals*.

La Division Antitrust a mis en œuvre un programme de clémence en 1978 et elle l'a révisé avec la mise en place de deux politiques de clémence : Une pour les entreprises –

Corporate Leniency Policy - en 1993 et une pour les particuliers – *Leniency Policy for Individuals* – en 1994.

Dans le cadre de cette procédure, la clémence est accordée à la première société qui signale l'activité illégale. Avant 1993, la clémence était discrétionnaire. La DoJ est tenue d'examiner si la confession est intervenue à un stade relativement avancée ou non de la procédure, et aussi du degré de participation de l'entreprise à l'infraction en question. Depuis 1994, il est permis aux dirigeants et employés d'une entreprise de bénéficier individuellement d'une telle mansuétude. En effet, tous les membres de l'entreprise qui admettent avoir participé à la pratique incriminée, sans mauvaise foi, et qui aident par la suite la Division antitrust dans son enquête, peuvent bénéficier d'une telle amnistie. En général, la procédure de clémence pour les particuliers peut s'appliquer aux personnes faisant partie d'une entreprise non admissible à la *Corporate Leniency Policy* ou aux personnes ne pouvant pas bénéficier de la clémence accordée à leur entreprise. Trois conditions sont posées dans le cadre du programme de clémence pour les particuliers : Premièrement, au moment où la personne se présente pour signaler l'activité illégale, la Division n'a pas reçu d'informations sur l'activité illégale signalée de toute autre source ; Deuxièmement, l'individu doit signaler la faute avec franchise et coopère avec la Division tout au long de l'enquête ; Et troisièmement, l'individu n'a pas contraint une autre partie à participer à l'activité illégale et il n'a manifestement pas été le meneur de l'activité²¹¹. Ainsi, si l'individu remplit toutes les conditions requises, il sera exonéré de toute sanction pénale à son encontre dans le cadre de l'entente dénoncée.

Les modèles européen et français s'inspirent directement du modèle américain de 1993²¹², comme a confirmé l'ancien commissaire à la concurrence Mario Monti : « *La Commission avait étudié avec beaucoup d'attention le succès du programme de clémence américain de 1993. La possibilité de bénéficier d'une immunité, le renforcement de la transparence et de la sécurité au sein de notre avant-projet suivent les principaux principes du programme américain* »²¹³.

²¹¹ Antitrust Division, U.S. Department Of Justice, Individual Leniency Policy (1994), disponible sur <http://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>

²¹² Antitrust Division, U.S. Department Of Justice, Corporate Leniency Policy (1993), disponible sur <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

²¹³ Monti M. (2001). "Antitrust in the US and in Europe: A History of Convergence". *Address to the General Counsel Roundtable of the ABA, Washington D.C.*

Au niveau communautaire, l'immunité ne peut être accordée à une entreprise que si, cumulativement²¹⁴ :

- (i) elle est la première²¹⁵
- (ii) à fournir des renseignements et des éléments de preuve à charge contemporaine de l'entente présumée, ainsi qu'une déclaration contenant un certain nombre de renseignements énumérés dans la communication
- (iii) qui de l'avis de la commission lui permettront d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée ou de constater une infraction à l'article 101 TFUE en rapport avec l'entente présumée.

En prenant modèle sur les modèles américain et communautaire, le régime français de clémence résulte de l'article L.464-2 IV du Code de commerce précisé par l'article 44 du décret du 30 avril 2002 tel que modifié par le décret du 27 décembre 2005. Les entreprises qui ont joué le jeu de la procédure de clémence et ainsi bénéficié de l'immunité, sont déchargées de cette solidarité et ne seront pas tenues à l'indemnisation que dans la stricte mesure du préjudice qu'elles ont effectivement causé. Une telle faveur reçoit deux justifications : l'entreprise coopérant ainsi avec les autorités de la concurrence est supposée avoir contribué à atténuer le préjudice subi par les victimes ; il faut également envisager l'effet incitatif de cette mesure.

La loi Macron²¹⁶ vient aussi simplifier la procédure de clémence en permettant à l'Autorité de la concurrence de statuer sur l'exonération sans établissement préalable d'un rapport, à l'issue simplement d'une audition du commissaire du Gouvernement et de l'entreprise concernée²¹⁷.

En droit français, concernant la responsabilité du dirigeant en matière des pratiques anticoncurrentielles, les exonérations de sanctions que l'Autorité de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence ne garantissent pas aux personnes

²¹⁴ Louis Vogel (2012). *Droit européen des affaires*, Dalloz.

²¹⁵ TPICE 15 mars 2006, *Daiichi Pharmaceutical*

²¹⁶ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537

²¹⁷ art. L. 464-2, IV modifié C. Com.

physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. Or, dans la pratique, il est peu probable que le président de l'Autorité de la concurrence transmette au procureur de la République les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence sont susceptibles de faire l'objet de sanctions pénales. En effet, l'Autorité de la concurrence a officiellement indiqué 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 aussi l'objet de telles poursuites*"²¹⁸. Néanmoins, cette déclaration n'engage que l'Autorité de la concurrence; et une condamnation par un tribunal n'est donc pas écartée

Cela peut s'expliquer par le fait que l'article L.420-6 du code de commerce ne peut être mis en place, en pratique, que lorsque l'instigateur de l'entente avait exercé une contrainte ou avait fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les y maintenir. Or, ce cas est précisément l'un de ceux pour lesquels la clémence ne peut être accordée.

Les mécanismes de clémence en droit français permettent d'obtenir des réductions importantes des sanctions pécuniaires, mais aucun mécanisme similaire ne s'applique à la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, « *peut-on raisonnablement imaginer qu'un manager dénonce un comportement anticoncurrentiel, obtenant ainsi la réduction voire l'exemption de l'amende de son entreprise tout en encourant une sanction pénale à titre personnel ?* »²¹⁹ L'autorité de la concurrence en est parfaitement consciente puisqu'elle ne transmet pratiquement jamais aucun dossier au Parquet près la cour d'appel de Paris, comme l'y autorise le code de commerce. La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles ne fait pas partie de la culture du Parquet – la matière étant complexe, technique et empreinte de théorie économique. Le rapport Coulon, datant de février 2008, proposait de lier le juge pénal à une décision de clémence de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit d'une proposition difficile à accepter pour un juge, qui n'a jamais été mise en œuvre.

La procédure d'engagements– Aux Etats-Unis, les engagements dits *settlements* ou *consent decrees* sont négociés entre l'entreprise concernée et la *Division Antitrust* du DoJ.

²¹⁸ Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français, § 47

²¹⁹ Debroux M. (11 avril 2011). "La sanction en droit de la concurrence". *Le petit juriste*.

Dans un premier temps, les parties se mettent d'accord sur les aspects matériels de l'engagement. Dans un second temps, un projet de texte sera élaboré et ce dernier sera commenté et modifié par les agents supérieurs du DoJ. Enfin, *l'Assistant Attorney General* récupère le projet et son consentement est indispensable pour la continuation de la procédure. La loi *American Antitrust Procedures and Penalties Act* de 1974 a autorisé les cours fédérales à exercer un vrai contrôle sur les engagements proposés afin de déterminer s'ils sont dans l'intérêt public.

Le droit américain prévoit également la possibilité pour les entreprises de proposer l'engagement dans une procédure se déroulant devant FTC. Ces engagements dits *consent orders* peuvent être proposés même avant même l'ouverture formelle d'une procédure par la Commission. Le projet d'engagement est publié au *Federal Register* et les tiers disposent d'un délai de 60 jours pour présenter leurs observations.

En effet, les procédures de transaction se développent, limitant d'autant le recours au contentieux. En outre, les entreprises, quand elles sont les victimes de pratiques anticoncurrentielles, peuvent obtenir une réparation cachée par le biais des négociations commerciales ultérieures. Il y a donc plus de transactions civiles que ce qu'on observe devant les tribunaux.

S'inspirant de ce modèle, en France, cette procédure est issue de la transposition de l'article 5 du règlement 1/2003²²⁰. Elle a été introduite en droit français par l'ordonnance n°2004-1173 du 4 novembre 2004, codifié au I de l'article L.464-2 du Code de commerce. Pour compléter cet arsenal législatif, le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a repris le *Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence* en l'adaptant aux dispositions de l'ordonnance n°2008-1161 portant sur la modernisation de la régulation de la concurrence.

Le succès de la procédure d'engagements en France s'explique par le fait qu'elle permet à l'Autorité de la concurrence de rétablir rapidement une situation normale de concurrence et qu'elle permet aux entreprises d'éviter la reconnaissance d'une infraction ainsi que le prononcé d'une amende ou d'une injonction. Cela peut servir comme moyen de défense

²²⁰ Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE.

pour les dirigeants pour pouvoir remédier à la situation illégale actuelle sans les inconvénients liés aux procès devant le juge. Ainsi, les propositions d'engagements de l'entreprise permettent de mettre fin à la procédure avant tout constat d'infraction. La responsabilité personnelle du dirigeant peut être préservée dans ce cas.

La procédure de non-contestation des griefs – Il s'agit de la procédure américaine *plea of nolo contendere*. Si la sanction pécuniaire à l'encontre de la société est réduite, la responsabilité personnelle du dirigeant au sein de son entreprise sera allégée et l'image et la réputation de son entreprise seront moins ternies. En outre, en coopérant avec les autorités, la personne physique poursuivie bénéficiera également des immunités ou des réductions de peine.

Le *plea bargaining* s'applique aux pratiques anticoncurrentielles du moment qu'elles sont pénalement poursuivies. Les sanctions étant infligées par les cours fédérales, grâce au *plea bargaining* avec le DoJ, les parties évitent le procès – *trial*. Le DoJ va négocier un accord avec l'entreprise dans lequel il peut décider d'abandonner la plupart des charges ou de requalifier les faits en une infraction moins grave²²¹. Face à cela, l'entreprise ou la personne physique poursuivie devra, soit reconnaître les faits et plaider coupable – *guilty plea* soit ne pas contester les griefs – *plea of nolo contendere*.

Cette procédure, prévue à l'article L.464-2 III du Code de commerce, permet aux entreprises de renoncer volontairement à contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, en contrepartie d'une réduction de la sanction encourue si la mise en œuvre de cette procédure est jugée opportune par le rapporteur général de l'Autorité. Elle accélère le traitement des dossiers d'entente et d'abus de position dominante, permet aux entreprises de voir leur exposition financière réduite et à l'Autorité d'économiser ses ressources.

La procédure de non-contestation des griefs encourrait la critique de ne pas offrir aux entreprises de visibilité réelle quant au montant de l'allègement des sanctions pécuniaires dont elles pourront bénéficier en renonçant à contester la réalité des griefs qui leur sont notifiés²²². La loi Macron est intervenue en donnant la possibilité au rapporteur général de soumettre à

²²¹ Garner B. (2000). "A Handbook of Criminal Law Terms". *West Group*, p.518

²²² C. Com. Ancien art. L.464-2, III

l'entreprise concernée « une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée ». Si l'entreprise accepte la transaction, l'Autorité de la concurrence prononcera une sanction pécuniaire dans la limite maximale proposée et acceptée²²³. La possibilité de faire porter la transaction sur une partie seulement des griefs, envisagée un temps par le Sénat, n'a pas été retenue dans le texte définitif.

La justice négociée – Le *deferred prosecution agreement* (DPA) tire son origine d'une loi de 1974 autorisant les procureurs à différer les poursuites avec l'autorisation du tribunal afin de permettre au défendeur de démontrer sa bonne conduite²²⁴. Son régime résulte des *Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*²²⁵. Il constitue avec le *Non-Prosecution Agreement* l'une des principales mesures alternatives aux poursuites permettant d'éviter une mise en accusation formelle²²⁶ et une condamnation pénale. Si le premier DPA a été signé aux Etats-Unis en 1993, il ne s'est véritablement développé que dans les années 2000, en particulier dans le sillage des scandales Enron et WorldCom. Le DoJ l'utilise pour régler les affaires de pratiques commerciales illicites commises par les personnes morales. En 2012, les DPAs ont représenté près de 4 milliards de dollars de sanctions financières versées au Trésor américain avec un maximum de 1,9 milliards de dollars et une moyenne de plus de 200 millions par accord²²⁷. Il permet d'accroître significativement la répression de celles-ci sans subir la lourdeur d'une procédure longue et coûteuse débouchant sur un procès à l'issue incertaine. Il présente aussi l'avantage de faciliter la mise en place dans l'entreprise d'une politique préventive, en adoptant un corps de mesures destinées à éviter la réitération de l'infraction commise.

La *Division antitrust* peut voir le DPA comme un complément du programme de clémence avec les mêmes effets bénéfiques que ce dernier. Néanmoins, il n'y a pas d'équivalence dans le système français mais son importation en France soulève de nombreuses questions tant dans sa mise en œuvre qu'au regard des garanties dont bénéficient les sociétés.

²²³ C. Com. Art. L.464-2, III modifié

²²⁴ Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C §3161 (h) (2)

²²⁵ United States Attorney's Manual, US Department of Justice Publication, Principles of Federal Prosecution of Business Organisations, p.3-4 (Principes de poursuites fédérales applicables aux entreprises)

²²⁶ Indictment

²²⁷ Mignon Colombet A. et Buthiau F. (25 mars 2013). « Le deferred prosecution agreement (accord de poursuites différées – DPA) américain, une forme inédite de justice négociée ; Punir, surveiller, prévenir ? ». *La semaine juridique – édition générale* n° 13.

Les procédures négociées aux Etats-Unis sont beaucoup plus poussées qu'en France et cette différence résulte d'une divergence culturelle entre les deux pays et au fait que leur apparition en France soit beaucoup plus récente. L'emploi de ces procédures par le dirigeant permet à ce dernier de protéger son entreprise ainsi que sa propre peau. Il s'agit des procédures vivement encouragées dans la pratique, étant donné que la culture des procès n'est pas très présente dans la vie des affaires.

Outre cet outil, le dirigeant peut également se justifier par le biais du jeu de l'intérêt social et de la *business judgment rule* (II), en matière des pratiques anticoncurrentielles.

II) L'intérêt social de la société et la *business judgment rule*

Il convient d'étudier en premier la notion d'intérêt social en droit américain (A) pour ensuite examiner son influence celle en droit français (B)

A) L'intérêt social et la *business judgment rule* en droit américain

En droit américain, le devoir d'agir dans l'intérêt de la société a été interprété comme signifiant que les dirigeants devaient agir dans l'intérêt des actionnaires. Dans la décision *Ebay*²²⁸, la *Court of Chancery* du Delaware a défini l'intérêt social en fonction des intérêts des actionnaires : « *Ayant choisi une forme d'entreprise à but lucratif, les dirigeants de Craigslist sont liés par les obligations fiduciaires et les normes qui accompagnent cette forme. Ces normes comprennent le devoir d'agir en vue de promouvoir la valeur de la société pour le bénéfice de ses actionnaires* »²²⁹. L'intérêt des actionnaires constitue une finalité devant guider les décisions des dirigeants. Dans cette perspective, les dirigeants ont toute latitude pour prendre des décisions qui ne maximisent pas les profits de la société à court terme dans la mesure où ces décisions profitent aux actionnaires à long terme. La doctrine américaine relative à cette question se divise entre deux camps. D'un côté, traditionnellement, selon Milton Friedman, le but de l'entreprise est d'amasser du profit pour le redistribuer ensuite aux actionnaires - *shareholders*. De l'autre, Ed Freeman considère que le but de l'entreprise est de répondre aux besoins des parties prenantes - *stakeholders*, c'est-à-dire toute personne concernée par les décisions prises par l'entreprise ; ce qui permettra de réaliser ensuite du

²²⁸ *Ebay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A. 3d 1 (Del. Ch. 2010)

²²⁹ "Having chosen a for-profit corporate form, the Craigslist directors are bound by the fiduciary duties and standards that accompany that form. Those standards include acting to promote the value of the corporation for the benefit of its stockholders"

profit²³⁰.

La *business judgment rule* – Dans le cadre d’une défense de diligence raisonnable, un administrateur ou un dirigeant peut s’exonérer personnellement s’il peut établir qu’il avait participé à la mise en place de contrôles et de mécanismes de surveillance appropriés pour veiller à la mise en œuvre des politiques pertinentes, à la présentation et à la révision dans les règles de rapports périodiques et à l’instauration de mesures appropriées lorsqu’un problème était porté à son attention.

Un principe bien établi en droit américain permet de déterminer si la responsabilité du dirigeant sera engagée ou non, il s’agit de la *Business Judgment Rule* - règle de l’appréciation commerciale. D’après ce principe, si les administrateurs prennent une décision qui n’est discutable que du strict point de vue des affaires ou si la situation découlant de cette décision tourne mal, les tribunaux n’en tiendront pas les administrateurs personnellement responsables. Ainsi, les tribunaux tiennent compte du processus adopté par le conseil d’administration plutôt que du résultat. Les administrateurs doivent s’acquitter de leurs devoirs avec le même degré de diligence qu’une personne raisonnablement prudente exercerait dans des circonstances comparables. Il s’agit plus une obligation de moyens qu’une obligation de résultat.

La règle de l’appréciation commerciale offre une protection aux dirigeants dans le cadre d’un recours en responsabilité destinés à sanctionner des manquements au devoir de prudence et diligence²³¹. L’appréciation de cette règle dépend de deux conditions. La première condition concerne la qualité du processus décisionnel : Cela exige que les dirigeants aient suivi un processus raisonnablement prudent et diligent pour prendre la décision. La deuxième condition concerne un examen de la substance de la décision prise : le caractère raisonnable de la décision prise par des dirigeants. Ainsi, la révision judiciaire consiste à déterminer si les dirigeants ont pris une décision raisonnable et non pas la meilleure décision. Par conséquent, la *business judgment rule* confère une discrétion aux dirigeants pour préciser l’intérêt de la société lors d’une décision particulière. Cette règle pourra protéger le dirigeant si ce dernier s’est renseigné quant aux incidences de sa décision sur l’ensemble des parties prenantes et cela

²³⁰ Mitchell R. K., Agle B. R., Wood D. J. (1997) “Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining who and what really counts”, *Academy of Management Review*, 22(4), p. 853-886.

²³¹ §8.30 (a) de the Model Business Corporation Act (MBCA)

lui a permis de conclure que les avantages que la société acquerra seront supérieurs aux conséquences défavorables pour cette dernière.

Ainsi, le dirigeant peut se cacher derrière cette notion afin de prendre des décisions ayant pour but de maximiser la rentabilité de la société. En outre, il pourra prétendre qu'il a le devoir de promouvoir le succès de la société. De ce fait, si la pratique anticoncurrentielle commise était essentielle à l'expansion de la société, sa responsabilité ne sera pas engagée au sein de sa société. Néanmoins, concernant l'application de la *business judgment rule*, seules les décisions d'affaires des dirigeants prises légalement, de bonne foi et en-deçà de leurs pouvoirs ne sont pas sujettes à un examen microscopique par les juges. Or, dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, nous pouvons douter que les dirigeants ne savaient pas que leur décision était illégale. Ils pourront difficilement invoquer leur bonne foi. Mais en interne, les dirigeants pourront invoquer cela afin de ne pas indemniser la société pour leurs fautes de gestion commises sans conflit d'intérêts.

B) L'intérêt social en droit français

En droit français, l'intérêt commun est un concept légal, édicté par l'article 1833 du Code civil²³². L'intérêt social ne procède d'aucune loi ni d'un texte réglementaire. L'invocation d'un intérêt social distinct de l'intérêt commun participe de l'œuvre de création prétorienne du droit. La doctrine considère que l'intérêt social constitue "un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale, qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel"²³³.

L'intérêt social se compose de deux éléments : L'intérêt des actionnaires et la communauté d'intérêts existant entre eux²³⁴. Le premier élément exprime le but poursuivi par le groupement sociétaire : l'enrichissement des actionnaires résultant de l'enrichissement du patrimoine social. Le second élément exprime le lien unissant les actionnaires, chacun ayant droit à sa juste part de l'enrichissement social. Si l'un de ces deux éléments fait défaut, l'intérêt social n'est pas réalisé.

²³² "Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés

²³³ Cozian, Viandier, *Droit des sociétés*, 6ème édition

²³⁴ Vézinet A. (avril 1997). "La position des juges sur l'intérêt social". *Droit & Patrimoine*, p.50

La consécration de la personne morale permet de considérer cette dernière responsable des agissements commis par son dirigeant dans son intérêt. La loi de la majorité a pour objet de permettre aux majoritaires de dicter la politique sociale et en conséquence de déterminer l'intérêt social. Le dirigeant a l'obligation d'agir dans le respect de l'intérêt social. En la matière, la jurisprudence est caractérisée par une absence de délimitation des contours du concept, ce qui n'est pas sans soulever de difficultés puisqu'il appartient au juge de la définir²³⁵. Cela a été vivement critiqué par la doctrine : « Il faut alors se résoudre à considérer que l'intérêt social ne fait que refléter, à un moment donné, la volonté d'un magistrat, et est de ces standards qui permettent au juge de statuer en équité en donnant l'impression de faire du droit »²³⁶. Le rôle de la justice n'est ni de définir une politique sociale, ni d'en apprécier la pertinence ou l'efficacité au regard de critères indéfinis.

L'insécurité juridique créée par ce gouvernement judiciaire occasionnel favorise les contestations et affaiblit le pouvoir majoritaire. Or ce pouvoir, qui structure la société anonyme, doit être fort et libre. Apprécier le comportement des associés et des dirigeants à l'aune d'un tel intérêt social indéterminé, et non à l'aune de la communauté d'intérêts des actionnaires, met à mal la loi de la majorité en réduisant le pouvoir majoritaire par l'interposition d'un pouvoir judiciaire.

Ainsi, les pouvoirs des dirigeants et les limitations qui leur sont imposées varient en fonction de l'acception de l'intérêt social. Cette analyse montre que le paysage juridique américain fait une place indéniable à d'autres intérêts que ceux des actionnaires. En outre, cette notion est moins incertaine en droit américain qu'en droit français.

En effet, outre son importance en matière de responsabilité des dirigeants, la notion d'intérêt social est également importante pour la bonne marche de la société. Force est de constater que les dirigeants n'agissent pas toujours dans l'intérêt de la société, ils peuvent adopter un comportement opportuniste ou commettent des fautes de gestion particulièrement préjudiciables à la société.

Dans le souci de responsabiliser la vie des affaires, les Américains ont donné naissance

²³⁵ Dekeuwer A. (1995). « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux ». *J.C.P.*, n°43, p.500

²³⁶ Reinhard Y. (1999). « L'abus de droit dans le contrat de société ». *JCPE 1999. Cahiers de droit de l'entreprise*, p.9

au modèle de la corporate governance (Chapitre 2) afin de lutter contre les abus de la liberté de gestion octroyée aux dirigeants. Novateurs certes, mais américains surtout, ces principes de corporate governance ont connu une fulgurante expansion mondiale.

Chapitre 2 : La lutte contre les abus de la liberté de gestion au travers de la *corporate governance*

Le terme *corporate governance* – gouvernance d’entreprise prend racine lorsque la Banque mondiale reconnaît que le marché ne peut assurer une allocation optimale des ressources et réguler les effets pervers de la mondialisation des marchés, durant la crise dans le Sud-Est asiatique²³⁷. Actuellement, ce thème a pris toute sa pertinence tant dans les préoccupations des politiques que chez les juristes. L’émergence progressive de la théorie de la gouvernance d’entreprise aux Etats-Unis et en France témoigne de cette tendance (I). Notamment en matière des pratiques anticoncurrentielles, dans la nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux, cette théorie prend une certaine dynamique (II). L’ensemble de la démonstration vise à montrer que l’engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant est le moyen de dissuasion le plus efficace face aux comportements anticoncurrentiels (III).

I) L’émergence de la théorie de la gouvernance d’entreprise aux Etats-Unis et en France

Les Etats-Unis – le berceau des principes de la gouvernance d’entreprise - L’idée fondamentale qui permet de définir le champ de la corporate governance réside dans la relation entre la régulation du comportement des principaux dirigeants et l’efficacité des entreprises. L’OCDE²³⁸ définit la corporate governance comme l’ensemble des « *règles et pratiques auxquelles les organisations économiques répondent aux problèmes d’information et d’incitation inhérents à la séparation de la propriété et du contrôle dans les grandes entreprises* ». Selon la doctrine actuelle américaine, la gouvernance d’entreprise est plus que la relation entre l’entreprise et ses fournisseurs de capitaux : « Les relations implicites et explicites entre la société et ses employés, ses créanciers, ses fournisseurs, des clients, ses communautés d’accueil, les relations entre les groupes eux-mêmes tombent dans le cadre

²³⁷ Levine R. (Septembre 2004). “The Corporate Governance of Banks: A concise Discussion of Concepts and Evidence”. *World Bank Policy Research Working Paper 3404*, p.6

²³⁸ Principes de gouvernement d’entreprise de l’OCDE, 2004, sur le site www.oecd.org

d'une définition pertinente de la gouvernance d'entreprise»²³⁹. Sur le plan des finalités, l'entreprise aurait vocation non seulement à réaliser des profits mais également à contribuer par son activité au bien-être collectif et à l'intérêt général, ou du moins devrait avoir le souci de ne pas leur nuire. Cela rejoint la théorie des parties prenantes²⁴⁰ – *Stakeholders theory* de Freeman, qui est devenue une des pierres angulaires de la « responsabilité sociale des entreprises » et qui s'est progressivement affirmée comme un courant théorique majeur pour appréhender l'entreprise.

Elle articule des règles de droit de types *hard law* et des normes de type *soft law*. Il s'agit d'un nouveau mode de gestion, d'un fonctionnement moins hiérarchique de l'entreprise, en se fondant sur le postulat du choix rationnel dans un contexte de libre circulation de l'information et de collaboration. Cela renforce la morale des affaires qui est un ensemble de règles de conduite et de valeurs, agencées pour l'essentiel autour du triptyque bonne foi, loyauté, confiance et considérées comme indispensables dans les relations d'affaires.

Adam Smith notait déjà la nécessité de réglementer le pouvoir de et dans les sociétés de capitaux en 1776²⁴¹. En 1932, trois ans après le crash de 1929, Berle et Means publient « *L'entreprise moderne et la propriété privée* » – ouvrage considéré comme l'origine de la gouvernance d'entreprise. Il devient l'un des piliers intellectuels de la création du *Securities Act* de 1933 et du *Securities Exchange Act* (SEC) de 1934. Dans le chapitre VI du livre I, Berle et Means démontrent qu'il existe un conflit d'intérêts structurel entre actionnaires et managers : Cela a conduit à l'interdiction du délit d'initié et à la mise en place d'obligations de transparence financière.

Les scandales économiques retentissants tels que la faillite d'Enron qui a entraîné dans sa chute le cabinet d'audit Andersen et celles de Worldcom ont révélé les défaillances d'un système de surveillance des directions générales jusque-là considéré comme le plus performant du monde. Il s'agit des malversations comptables rendues possibles par une série de graves défaillances dans le contrôle des dirigeants.

L'entrée dans l'ère post-Enron est marquée par la loi fédérale *Sarbanes-Oxley* du 31

²³⁹ Bradley M., Cindy a. Shipani, K. Sundaram A. et P. Walsh J. (1999). « The purpose and accountability of the corporation in Contemporary Society : Corporate Governance at a Crossroads ». *62 :3 Law & Contemporary Problems* 9, 11

²⁴⁰ Freeman, R. E. (1984), *Strategic management: A stakeholder approach*, Boston: Pitman

²⁴¹ Adam Smith (1776). *The Wealth of Nations*, Ed. Cannan p. 700

juillet 2002, votée par le Congrès américain. Cette loi encadre les avantages particuliers des dirigeants, interdit de nommer des administrateurs non indépendants au comité d'audit du conseil d'administration, oblige la certification personnelle des comptes. Son objectif était de rétablir rapidement la confiance des investisseurs dans les marchés et de prévenir d'autres cas de fraude par des entreprises.

Simultanément, les deux principales places de cotations américaines – NYSE²⁴² et Nasdaq²⁴³ – ont adopté des codes de règles renforçant les obligations de *corporate governance* telles que obligation de réunions fréquentes des membres non-exécutifs du Conseil hors présence du management, soumission à l'assemblée générale des actionnaires de tous les plans de stock-options, exclusion des administrateurs non indépendants des comités d'audit, etc.

L'apparition de la *corporate governance* a pour but de prôner plus de transparence et d'éthique au sein des sociétés afin de délimiter les pouvoirs et responsabilités des dirigeants. Aux Etats-Unis, le meilleur aperçu actuel de ces préceptes résulte du *Final Corporate Governance Rules of the New York Stock Exchange* approuvé par la SEC le 4 novembre 2003. Ces dispositions montrent la persistance foncière des concepts développés aux Etats-Unis depuis 1994. Concrètement il s'agit d'un rééquilibrage du fonctionnement interne destiné à enserrer les dirigeants dans un réseau si dense de règles déontologiques, de procédures formelles et de contrôles indépendants qu'il leur soit impossible de s'y soustraire au préjudice de la société et de ses actionnaires. La *corporate governance* se situe à la frontière entre le droit et l'économie. Elle s'intéresse au bon fonctionnement des sociétés par des moyens tant juridiques qu'économiques ou sociaux. Si des corps professionnels sont soumis à des règles de déontologie, il n'en va pas ainsi en ce qui concerne le dirigeant de la société.

En outre, la loi *Sarbanes-Oxley* est d'application extraterritoriale, donc les entreprises européennes cotées au NYSE ou au Nasdaq doivent en appliquer les dispositions. De ce fait, certaines entreprises françaises sont également affectées par les dispositions législatives de cette loi.

En moins de dix ans les règles du *corporate governance* ont envahi le capitalisme

²⁴² New York Stock Exchange

²⁴³ National Association of Securities Dealers Automated Quotations

anglo-saxon et son expansion mondiale est remarquable.

L'importation des principes de la gouvernance d'entreprise en France - La France ne peut évidemment pas rester à l'abri de cette tendance. Le législateur français a fini par importer cette logique d'évitement des dysfonctionnements et de responsabilité des dirigeants. Les principes de la *corporate governance* tendent à proposer une conception du fonctionnement de la société fondée sur la régulation interne davantage que sur la réglementation impérative externe. Il s'agit de respecter une sorte de code d'honneur ou de déontologie dans la conduite des affaires. Ces principes ont été développés à partir des années 1990 pour contrer l'exercice solitaire du pouvoir par les dirigeants, il introduit une plus grande démocratie dans l'entreprise²⁴⁴

En droit français, ces principes ont été repris dans les rapports « Viénot I²⁴⁵ », « Marini²⁴⁶ », « Viénot II²⁴⁷ », « Bouton²⁴⁸ » et « Clément²⁴⁹ », notamment ceux relatifs à l'indépendance des administrateurs, au fonctionnement effectif de la direction et aux mécanismes de rémunération et de responsabilisation des dirigeants opérationnels.

En ce qui concerne les réponses législatives, l'intégration de ces principes dans la vie des affaires française s'est faite de façon progressive. La tentation d'inclure les règles en matière de gouvernance d'entreprise dans le champ législatif s'illustre par la loi dite « nouvelles régulations économiques » NRE de 2001 et la loi de sécurité financière de 2003. Elles touchent l'organisation du conseil d'administration, la réglementation en matière de transparence et le mode de rémunération des dirigeants. Le code « AFEP-MEDEF », majoritairement utilisé par les sociétés du CAC 40, 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 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* : « Les sociétés cotées qui se réfèrent à ce code de gouvernement d'entreprise doivent faire état de manière précise,

²⁴⁴ Gouvernements (ou gouvernance) d'entreprise, dossier réalisé en 2013 sur le site www.economie.gouv.fr

²⁴⁵ juillet 1995, à l'initiative du CNPF et de l'AFEP

²⁴⁶ 1996

²⁴⁷ juillet 1999, à l'initiative du MEDEF et de l'AFEP

²⁴⁸ septembre 2002

²⁴⁹ décembre 2003

dans leur document de référence ou dans leur rapport annuel, de l'application des présentes recommandations et expliquer, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elles n'auraient pas mis en œuvre certaines d'entre elles ». A côté de cela, le code « Middlenext », élaboré par l'association du même nom, s'adresse aux entreprises cotées moyennes et petites et entend être adapté à leur taille, leur structure de capital et leur histoire. Ces codes sont régulièrement mis à jour par leur rédacteur. Ainsi, une version révisée du code « Afep-Medef » a été publiée en juin 2013 dont l'innovation la plus marquante réside dans l'introduction du *say on pay* à l'article 24.3 qui a trait à l'information et à la consultation des actionnaires sur la rémunération individuelle des dirigeants mandataires sociaux.

Ainsi, la *corporate governance* à la française permet à chaque entreprise de définir son propre système de gouvernance en fonction de la géographie de son capital, de son histoire, de ses caractéristiques financières et stratégiques propres.

Cette moralisation de la vie des affaires s'applique également en matière des pratiques anticoncurrentielles, avec la nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux (II)

II) La dynamique de la responsabilisation des conduites du dirigeant en droit de la concurrence : Nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux

La naissance des *compliance programs* aux Etats-Unis – Cette pratique est née aux Etats-Unis au cours du XX^e siècle²⁵⁰. Si cette pratique a d'abord trouvé un écho particulier en droit des sociétés puis en droit boursier tel que dans le *Securities and Exchange Act* de 1934, elle a pris son véritable envol avec le droit antitrust. En effet, les *U.S. Sentencing Guidelines* de 1991 incitaient les entreprises à faire usage des programmes de conformités. En effet, le caractère pénal du droit antitrust ainsi que l'importance des sanctions prononcées ont contribué à l'attractivité de ces pratiques Outre-Atlantique. Il s'agit d'adopter les bons réflexes au sein de l'entreprise afin de respecter les règles de la concurrence.

En effet, les *compliance programs* sont des procédures internes mises en place par les entreprises. Ces procédures visent à prévenir la commission d'infractions, voire à permettre leur détection rapide afin de limiter les risques subséquents. Elles pourront être considérées

²⁵⁰ Roda (J.-C.) et Ledoux (V.) (2007). "Les « compliance programs » en droit de la concurrence". CCC, étude 14

comme une circonstance atténuante, si l'infraction n'était pas connue des dirigeants²⁵¹. En cas d'inefficacité du programme, ou lorsque l'infraction a été commise intentionnellement, l'existence de ces programmes pourra constituer des circonstances aggravantes, conduisant à des sanctions plus lourdes²⁵². Aux Etats-Unis, plusieurs grandes entreprises ont recours à des logiciels interactifs sous forme de CD-ROM afin de faciliter l'apprentissage du personnel²⁵³.

Des programmes de formation des employés et notamment des directeurs sont de plus en plus mis en œuvre par les entreprises. Ainsi, ces derniers ne pourraient plus prétendre ignorer leurs droits et leurs devoirs en la matière. La bonne foi ou le prétendu agissement en faveur de la société seront plus difficilement admissibles.

Les entreprises ont mis en place des programmes de *compliance*, ayant pour but de prouver la bonne foi des entreprises en cas de constatation d'un manquement y compris en droit de la concurrence. Cela est particulièrement intéressant 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.

L'arrivée progressive des programmes de conformité en France – Il n'a pas fallu longtemps pour que la France adopte également ce système. Cette pratique a fini par s'exporter sur le Vieux Continent avec un document publié par la Commission européenne appelé « *Compliance matter – What companies do better to respect EU competition rules* » dans lequel elle incite les acteurs à recourir aux programmes de conformité. Cependant, la Commission reste réticente à l'idée d'un modèle unique. Son arrivée en France est marquée par la loi NRE du 15 mai 2001²⁵⁴. En effet, cette dernière a introduit l'article L.464-2, III du Code de commerce relatif à la non-contestation des griefs et elle a posé des bases d'« une culture de conformité »²⁵⁵. Cette tendance se voit renforcée avec la publication de l'Autorité de la concurrence d'un document – cadre portant sur les programmes de conformité du 16 mai 2011. S'en suit alors une importante phase de consultation publique qui débouchera sur la publication du document – cadre le 10 février 2012. L'objectif de ce dernier est de « prévenir

²⁵¹ ABA, *Sentencing Guidelines in Antitrust*, R.E. Hauberg et al. ed., 1999, p.69 et suivants

²⁵² Gyselen L. (1994). "The Commission's Fining Policy in Competition Cases". *RD aff. Inter.* 8/1994 p.977

²⁵³ Banks T.-L. (1995). "Using Technology to Teach Effective Antitrust Compliance". *Antitrust summer*, p.37

²⁵⁴ Loi n° 2001-420, 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques

²⁵⁵ Lasserre B. (2012). "Pourquoi s'investir dans la conformité?". Propos introductifs in Colloque : Programmes de conformité, *RLC*, octobre-décembre 2012 n° 33

les risques d'infractions, d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pas pu être évités, d'autre part »²⁵⁶

La gestion des risques se trouve renforcée grâce à ces règles car les entreprises sont obligées de communiquer davantage sur les risques qu'ils encourent et de mettre en place des programmes de gestion de risques. Suite à cet engouement, on trouve un paragraphe sur l'obligation de communication des risques juridiques au sein de la recommandation de l'AMF²⁵⁷

L'objectif de prévention est satisfait par le contrôle de la personne morale sur le comportement déviant de ses employés. Soucieux de préserver l'irresponsabilité du dirigeant, ce dernier sera incité à mettre en place un système de surveillance accrue, notamment des programmes d'informations sur les lois antitrust.

Les *compliance programs*, connus en France sous l'appellation de « programmes de mise en conformité », s'inscrivent dans cette logique. Ils doivent permettre d'éviter les contentieux et à tout le moins d'en limiter les conséquences. Les programmes doivent comprendre à la fois des mesures de sensibilisation aux règles de concurrence et des mesures de détection de la survenance des infractions. Pour qu'ils remplissent ses fonctions, il faut que les dirigeants et les salariés les respectent sérieusement. L'adoption d'un comportement conforme au droit antitrust passe par la diffusion d'une véritable culture de concurrence au sein de l'entreprise. Tous les membres de la société seront équipés des connaissances solides en la matière. La sensibilisation aux règles de concurrence peut notamment passer par l'insertion de sanctions disciplinaires en cas de non-respect des règles de concurrence dans le règlement intérieur. Dans ce cadre, les dirigeants doivent se montrer exemplaires, ils doivent avoir une communication claire sur la politique de l'entreprise en matière du droit de la concurrence. Les entreprises peuvent également se doter des dispositifs de surveillance et d'alerte, comme nous l'avons étudié précédemment.

Ainsi, ces mesures permettront de renforcer la culture de la concurrence en France, à l'image des Etats-Unis. La tendance de moralisation de la vie des affaires par le biais de

²⁵⁶ ADLC Document – cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, pt. 19

²⁵⁷ Recommandation de l'AMF sur les facteurs de risqué – mise à jour du guide d'élaboration des documents de référence, 29 octobre 2009, §2.1 Les risques juridiques

corporate governance permet de gagner en transparence, d'assurer que la gestion de l'entreprise reste dans le cadre autorisé. Cela peut également renforcer la solidarité au sein de l'entreprise, car tous les membres doivent contribuer et investir au succès de ces programmes. D'origine américaine, ces instruments de gestion ont mis du temps à intégrer à la société française néanmoins depuis leur arrivée, les autorités françaises ne cessent d'encourager leurs utilisations. Et nous ne doutons pas que ces procédures prendront une importance de plus en plus croissante au fil du temps.

« Faut-il voir dans la responsabilité sociale des entreprises un simple rideau idéologique destiné à dissimuler quelque peu les effets dévastateurs d'un capitalisme mondialisé rendu à l'état sauvage ?²⁵⁸ » Néanmoins, la prévention va de pair avec la dissuasion. Et le moyen de dissuasion le plus efficace contre les comportements anticoncurrentiels réside dans l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant (Chapitre 3).

Chapitre 3: La responsabilité personnelle du dirigeant en tant que moyen de dissuasion le plus efficace contre les comportements anticoncurrentiels

“L'introduction de la responsabilité personnelle des dirigeants devrait être accueillie dans une perspective de concurrence comme un moyen de sensibiliser des problèmes de droit de la concurrence au niveau des cadres supérieurs – *senior managerial level*”²⁵⁹. L'OCDE rappelle en outre que “sachant que ce sont des agents de sociétés qui commettent des violations du droit de la concurrence, il s'agit de les empêcher de se livrer à une conduite illégale en les menaçant directement de sanctions, de leur infliger des sanctions s'ils violent la loi”²⁶⁰.

Il est nécessaire de faire tomber le rempart que représente la personne morale à la responsabilité du dirigeant physique pour l'atteindre directement. L'objectif est de trouver une sanction optimum. L'analyse économique suggère que l'objectif d'un système répressif est de minimiser le coût social des pratiques prohibées. En matière de droit de la concurrence,

²⁵⁸ Berns T., Docquir P.F., Frydman B., Hennebel L., Lewkowicz G., *Responsabilité des entreprises et corégulation*, ed. Emile Bruylant, coll. Penser le droit, 30 janvier 2007

²⁵⁹ Karolis Kacerauskas, Lina Barauskaitė. “Personal liability for CEOs: do the rules go too far?”. 1 septembre 2011, www.internationallawoffice.com

²⁶⁰ OCDE Competition Committee “*Cartel sanctions against individuals*”, policy roundtables, octobre 2003

l'objectif est de réduire le maximum le coût pour la collectivité des violations de la loi sur la concurrence. Cela implique que la sanction de ces pratiques soit supérieure aux profits illicites retirés par les auteurs de ces infractions multipliés par l'inverse de la probabilité de condamnation²⁶¹. L'objectif d'efficience passe aussi par l'imposition d'une sanction susceptible de dissuader les pratiques anticoncurrentielles sans décourager les pratiques proconcurrentielles.

Le droit de la concurrence doit déchirer le voile corporatif - *corporate veil*. Il faut prendre en compte des particularités inhérentes à ce contexte telles que la diversité des intérêts en cause ou la complexité des échanges économiques.

Néanmoins, la situation actuelle de l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant lorsque la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles, tant en France qu'aux Etats-Unis, n'est pas satisfaisante. Des réformes sont nécessaires afin d'améliorer la situation et de rendre ce principe plus dissuasif. En raison de l'absence de moyens de dissuasion efficaces, les sociétés continuent de commettre des violations après avoir examiné attentivement les rendements possibles et les risques de poursuite et de condamnation.

Il convient tout d'abord d'examiner les raisons qui rendent l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant difficile.

Premièrement, la structure de la société moderne, en particulier les grandes entreprises, complique l'engagement de la responsabilité individuelle pour des transgressions antitrust de la société. En effet, la décentralisation excessive et l'autonomie managériale de l'échelon inférieur rendent plus faible la probabilité de voir la responsabilité de la haute direction engagée.

Deuxièmement, le système français présente des imperfections tenant au faible rôle joué par la régulation privée et à la qualité des personnes sanctionnées. Les droits français et américain privilégient la sanction des entreprises au détriment de la sanction des individus. Or, la sanction des personnes morales peut se révéler contraire à la finalité répressive et dissuasive des sanctions. Il est par conséquent préférable de s'orienter vers la sanction des personnes

²⁶¹ Combe E. (2006). "Quelles sanctions contre les cartels?". *Revue internationale de droit économique*, 2006/1 (t.XX, 1), éd. De Boeck Supérieur, p.11

physiques.

En outre, le renforcement de la responsabilité du dirigeant dans l'arsenal du droit de la concurrence permet de diminuer le montant des sanctions administratives, sauvegardant des industries fragiles ou au bord de la faillite. Outre l'effet de dissuasion mentionné plus haut, les sanctions individuelles ne sont pas transmissibles, par opposition à une sanction sur l'entreprise qui peut être répercutée sur les prix.

Ainsi, l'importance accordée à la sanction pécuniaire présente de sérieuses limites en termes de dissuasion et de rétribution. La dissuasion par la sévérité passe par la détermination du montant optimal de l'amende mais également par le recours plus fréquent à la sanction pénale d'emprisonnement des individus. Le dirigeant peut se cacher derrière la personne morale qui paye à sa place la sanction pécuniaire. L'amende pénale est la seule sanction pénale qui peut être imposée à la personne morale de la société. Au vu de l'écart entre le montant de l'amende et le montant réalisé par les contrevenants antitrust dans de nombreux cas, la principale valeur de l'amende pénale contre une personne morale réside dans son image de marque en tant qu'une société reconnue coupable d'une infraction économique. Cette sanction devrait être plus sévère, dans la mesure où elle devrait dissuader et punir un *corporate violator* et la principale valeur dissuasive réside dans le *branding* du dirigeant en tant qu'un criminel antitrust, ayant détracté la bonne foi des affaires.

En effet, l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant présente de nombreux avantages. Ainsi, il semble logique que de nombreuses personnes préfèrent payer des amendes élevées au lieu de subir une peine de prison. Une personne qui propose d'aller en prison pour éviter de payer une amende semble être un cas absurde. C'est précisément dans ce cas où la personne morale ne peut plus endosser la responsabilité à la place du dirigeant car il lui est impossible de faire de la prison. Cette considération a été envisagée par le sous-procureur général adjoint américain Scott D. Hammond : « *La responsabilité individuelle par l'imposition de peines de prison a le plus grand effet dissuasif* »²⁶².

Il s'agit de lutter contre des « fautes lucratives ». Cette dernière a été définie comme

²⁶² “*individual accountability through the imposition of jail sentences is the single greatest deterrent*” Scott D. Hammond, Deputy Assistant Att’y Gen., Antitrust Div., U.S. Dep’t of Justice, Address Before the Paris Working Party No. 3 Prosecutors Program: Ten Strategies for Winning the Fight Against Hardcore Cartels 3 (Oct. 18, 2005), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/212270.pdf>

« une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »²⁶³ et elle vise à renforcer le caractère disciplinaire de la responsabilité des dirigeants. Cette faute est caractérisée quand le dirigeant tire un bénéfice financier de la violation de la règle et de l'éthique. Par un calcul économique, ce dernier se sert de la règle de droit pour mieux la contourner. En effet, tant en France qu'aux Etats-Unis, il arrive que les dirigeants n'hésitent pas à s'engager dans les ententes soit parce que la probabilité de détection du cartel est faible soit parce que le niveau des amendes infligées n'est pas suffisamment dissuasif pour décourager les entreprises de former une entente. Face aux fautes lucratives, aucune sanction pécuniaire ne pourrait s'avérer efficace. C'est pour cela que la déclaration de l'OCDE en octobre 2003 pourrait paraître surprenante : « Il n'y a pas de données systématiques prouvant les effets dissuasifs des sanctions sur les individus »²⁶⁴. En effet, ces amendes ne sont pas toujours un outil idéal pour dissuader les agissements des dirigeants ou cadres d'entreprises, car elles punissent en fait l'ensemble de l'entreprise y compris ses actionnaires. De plus, on observe que les pratiques anticoncurrentielles perdurent malgré l'inflation des amendes, signe que nous ne pouvons résoudre le problème avec un outil unique. Une injonction à la société ne constitue pas une preuve *prima facie* contre le dirigeant, si ce dernier n'a pas à craindre de pertes personnelles.

Si tous les efforts en matière d'augmentation des sanctions pécuniaires ont été employés, ainsi que de nombreux programmes de prévention ont été mis en place n'aident pas à réduire de façon significative le nombre des infractions antitrust commises par an, il est temps d'envisager l'engagement facilité de la responsabilité du dirigeant car ce dernier détient la clé du fonctionnement de la société et détermine la politique gestionnaire et concurrentielle de la société.

Cet engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant est d'autant plus important que dans la culture française, une condamnation pour entente illégale ou pour abus de position dominante n'aura pas un effet stigmatisant aussi fort qu'aux Etats-Unis. Les condamnations au titre du droit de la concurrence n'ont que rarement un écho public important, en dépit des efforts de publicité déployés par l'Autorité de la concurrence. Il faut

²⁶³ Exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription présenté par la commission présidée par P. Catala

²⁶⁴ "there is no systematic evidence proving the deterrent effects of sanctions on individuals", OCDE, *Cartel sanctions against individuals*, policy roundtables, octobre 2003

des éléments particuliers pour que ces affaires arrivent à retenir l'attention du public, telles que les affaires AZF et l'Erika parce que dans le premier cas il y a eu des morts et dans le second, une dégradation importante de l'environnement²⁶⁵. Néanmoins, l'engagement de la responsabilité du dirigeant dans ces deux affaires n'est pas dans le cadre du droit de la concurrence.

Tout cela souligne la nécessité de rénover et de réformer l'ensemble des sanctions en matière des pratiques anticoncurrentielles. Même aux Etats-Unis, les poursuites civiles du gouvernement ne fournissent aucun moyen de dissuasion indépendant car elles englobent généralement les mêmes actes et les mêmes défendeurs poursuivis que dans les actions pénales. L'impact des amendes imposées aux dirigeants est léger, ne laissant que la menace de la prison. La menace de poursuites pénales contre les personnes est inefficace. Les dirigeants sont plus susceptibles de recevoir la probation que la peine de prison. De 1944 à 1955, sur 11 peines de prison imposées, presque tous ont été suspendus. De 1950 à 1960, 39 dirigeants ont reçu des peines de prison dont douze ont été suspendues²⁶⁶. L'emprisonnement est une peine beaucoup plus lourde que les amendes et les coûts de l'imposer à tort sont d'autant plus grands. Il est conseillé d'imposer des peines privatives de liberté uniquement pour les violations claires et évidentes. Ces peines peuvent être un moyen de dissuasion efficace quand quatre conditions sont remplies : (1) la présence d'un investigateur et d'un procureur dédiés, (2) les pouvoirs suffisants de l'enquête, (3) la volonté de condamner des juges qui exigent (4) un consensus politique et public suffisamment large pour que les pratiques anticoncurrentielles méritent une punition sévère²⁶⁷.

Au niveau communautaire, que ce soit par une instance communautaire ou par une instance française, un individu ne peut pas être sanctionné pénalement pour un comportement ayant débouché à une infraction aux règles du droit communautaire de la concurrence.

Or, il est important de garder en tête que lorsque nous parlons des sanctions personnelles contre les dirigeants, elles n'existent pas seulement en matière pénale. Selon W. Wills, « sans

²⁶⁵ de Moncuit G. (2013). "La faute lucrative en droit de la concurrence: un parasite économique". publié dans le cadre du colloque en ligne organisé par Le *Concurrentialiste* et intitulé "Le droit de la concurrence et l'analyse économique"

²⁶⁶ Elzinga K. & Breit W. (1976). *The Antitrust Penalties: A study in Law and Economics*

²⁶⁷ Wouter P.J. Wils (2005). "Is Criminalization of EU Competition Law the answer?". *World Competition, Volume 28, No. 2, p.117-159*

être une alternative tout aussi efficace que l'emprisonnement, la disqualification serait la deuxième meilleure sanction»²⁶⁸

En outre, la responsabilité civile personnelle peut favoriser les objectifs compensatoires ainsi que les objectifs dissuasifs. L'exemple classique se présente lorsque le demandeur intente un recours contre la société et se tourne vers ses dirigeants lorsque la société a disparu ou si elle est en faillite²⁶⁹. Bien qu'un jugement rendu dans une action préalable puisse aider le demandeur à établir son cas, le demandeur aura du mal à obtenir la condamnation d'un dirigeant qui a depuis quitté la société et qui a laissé la société en faillite. Ainsi, le dirigeant peut sortir indemne du litige alors que le demandeur peut souffrir sans compensation.

Ainsi, afin de rendre les sanctions dissuasives, au lieu de viser les entreprises, les autorités américaines et françaises devraient se focaliser davantage sur les dirigeants et essayer de trouver les mesures coercitives permettant d'engager efficacement leurs responsabilités personnelles.

²⁶⁸ Wills W. (2008). "Efficiency and justice in European Antitrust Enforcement". *Oxford : Hart. Au 583*.

²⁶⁹ Whiting (1965). "The Antitrust Laws and The Corporate Executive's Civil Damage Liability". *18. Vand. L. Rev., 1938, 1940*.

CONCLUSION

Le croisement du droit de sociétés et du droit de la concurrence dans cette étude est intéressant dans la mesure où ces deux droits poursuivent, en théorie, deux buts absolument distincts. Néanmoins, tout au long du mémoire, nous constatons que ces deux domaines ne cessent de se rencontrer, étant tous les deux essentiels à la bonne marche d'une société. Héritière de la tradition concurrentielle américaine, la France a su implanter dans son propre système son propre droit de la concurrence tout en suivant les grandes lignes posées par son prédécesseur.

Keynes en son temps nous expliquait que le capitalisme n'est ni juste ni vertueux²⁷⁰, car il est simplement un système d'organisation de la production de richesse. Il n'est par lui-même ni moral ni immoral, il est simplement amoral. Cette conception keynésienne est, aujourd'hui, sûrement mise à mal où nous assistons à une véritable moralisation de la vie des affaires. Cette étude de la responsabilité personnelle du dirigeant lorsque la société a été condamnée pour pratiques anticoncurrentielles en est la preuve.

Les risques pesant sur le dirigeant dans ce cas comportent deux principales composantes: la composante pénale et la composante privée. Par principe, la sanction pénale n'est pas à écarter, elle s'avère même indispensable pour tous les comportements dont la gravité excède la capacité du droit civil à apporter une solution ou une sanction suffisante. La participation du dirigeant à une pratique anticoncurrentielle peut être sanctionnée par une peine d'emprisonnement en application du *Sherman Act* comme elle peut l'être aux termes de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Si l'on examine les textes applicables aux États-Unis et en France, les pratiques qui peuvent être sanctionnées par des peines de prison sont très proches. La principale différence tient surtout à la façon dont ces textes sont appliqués.

²⁷⁰ J.-M. Keynes (1933). "L'autosuffisance nationale". *Yale Review*.

De plus, il ne faut pas écarter une possible dimension disciplinaire personnelle, à savoir la révocation du poste de dirigeant ou le licenciement pour faute grave à l'encontre du dirigeant – salarié. En outre, l'ensemble de la société sera affecté par l'atteinte à l'image de cette dernière. Avant même la condamnation de la société pour pratiques anticoncurrentielles, la responsabilité du dirigeant risque d'être engagée si ce dernier faillit à ses obligations pendant la procédure de concurrence. Les moyens d'enquête mis à la disposition des autorités américaines sont beaucoup plus importants que ceux en France, ce qui explique l'efficacité du modèle d'outre-Atlantique qui est imité partout dans le monde.

Néanmoins, en pratique, la mise en œuvre de ces sanctions comporte de nombreuses entraves. Une forte dépénalisation à l'encontre des dirigeants en la matière est constatée tant en France qu'aux Etats-Unis. En effet, la conciliation du libre jeu de la concurrence et la liberté de gestion des entreprises s'avère délicate, tout comme la recherche d'un juste équilibre entre une condamnation excessive et une impunité totale, car "la violation constante de la loi habitue des hommes à considérer que ce qui n'est pas respecté n'est pas respectable". Les dirigeants ont du mal à comprendre la raison pour laquelle ils sont sanctionnés alors qu'ils sont trop performants et qu'ils sont les premiers sur le marché. Ils doivent pouvoir jouir de la liberté de définir leur stratégie commerciale. Les autorités, tant françaises qu'américaines, qu'elles soient judiciaires ou administratives, sont confrontées à l'application des règles de concurrence souvent jugées inadaptées à l'exigence du dynamisme. C'est pourquoi la responsabilité, tant civile que pénale, des dirigeants n'est que rarement engagée et les sanctions pour les violations des règles du droit de la concurrence pèsent souvent sur les entreprises.

Les dirigeants peuvent rester à l'abri des poursuites de par les notions d'intérêt social et du *business judgment rule*. Tout cela rend la relation entre les dirigeants et l'entreprise encore plus complexe, oscillant entre solidarité et dualité.

La sévérité des textes est également affaiblie par la mise en place des procédures de négociation des sanctions dont l'utilisation est fortement encouragée par les autorités française et américaine. Le succès de ces dernières s'explique par le fait que les poursuites judiciaires sont longues, coûteuses et incertaines. En outre, les entreprises souhaitent éviter une mauvaise publicité. L'objectif des systèmes communautaire et français tend vers une justice négociée et

vers une sanction contractualisée notamment par l'instauration du plaider coupable. Le véritable débat se situe dans l'articulation entre des objectifs de la sanction et le choix des moyens. Cela ne changera pas tant que ne sera pas instauré un mécanisme de clémence pénale individuelle en France, comme c'est déjà le cas aux Etats-Unis.

L'étude de droit comparé des droits américains et français a démontré un vif intérêt pour les législateurs à s'inspirer des droits voisins même issus d'un système juridique distinct. Le législateur français n'a pas hésité à adopter de nouveaux concepts issus de la *Common Law*, dont les procédures de négociation des sanctions et les principes de la *corporate governance*. Ce rapprochement entre ces deux droits, considérés comme *a priori* inconciliables, n'est pas le fruit d'un accord entre la France et les Etats-Unis mais celui du droit comparé. Cette tendance fait que les dirigeants ne sont plus seulement des maximisateurs de profits pour eux-mêmes et pour l'ensemble de la société. Ils devraient ressentir une responsabilité morale à vivre au sein de la loi, peu importe la probabilité d'être pris, et cet engagement normatif surpasse les calculs d'intérêts. Le ton à l'égard de la conformité aux lois et à l'éthique devrait être donné au sommet de l'organisation et renforcé par le top management. Sans cette direction, l'entreprise est plus susceptible de subir une érosion de ses principes d'éthique et un risque accru de violations.

Face à la nécessité d'une sécurité juridique, l'idée de modifier les droits nationaux de la concurrence pour instaurer une réglementation unique a été avancée. Des tentatives²⁷¹ ont été mises en œuvre telles que la recommandation sur la coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles de l'OCDE du 5 février 1999. Cette recommandation oblige les pays signataires à se tenir mutuellement informés des infractions possibles à leurs lois, de s'avertir mutuellement des cas susceptibles de nuire à leurs intérêts et de coordonner les enquêtes ainsi que les mesures coercitives.

Cependant, malgré de nombreux facteurs encourageant une telle démarche, l'uniformisation du droit se trouve limitée, voire impossible, par l'existence de plusieurs éléments. Ces freins sont principalement d'ordre culturel. Il faut trouver un compromis afin

²⁷¹ Le groupe de Munich a proposé le 19 juillet 1993 l'adoption d'un projet de code antitrust international couvrant les principaux secteurs du droit de la concurrence, les rapports entre le droit de la concurrence et les politiques industrielles, prévoyant également l'établissement d'un organisme international assurant avec les gouvernements nationaux la responsabilité de l'application des règles internationales de la concurrence et s'occupant en outre du règlement des différends.

que « *la règle étrangère n'écrase pas une culture locale* »²⁷². Néanmoins, le droit de la concurrence présente un intérêt économique et l'existence d'un droit unique causerait une perte de contrôle des pouvoirs législatifs nationaux. Ce droit répond également à un besoin économique actuel, or, la France et les Etats-Unis ne connaissent pas un développement économique à la même vitesse. Le droit de la concurrence doit ainsi être adapté à la situation économique nationale. Ensuite, l'idée d'un droit uniforme se heurte, en outre, à la barrière juridique et linguistique.

La responsabilisation des dirigeants lorsque la société est condamnée pour pratiques anticoncurrentielles n'est qu'un segment d'une chaîne plus vaste, celle de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielle. Dans cette chaîne, les logiques de prévention sont aussi importantes que l'organisation des réponses à des situations de conflits.

Il est grand temps de mettre en œuvre des réformes efficaces afin de faciliter l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant en cas de condamnation de la société pour pratiques anticoncurrentielles, notamment lorsque les augmentations des sanctions pécuniaires ainsi que l'engagement de la responsabilité de la société se sont avérés inefficaces et insuffisants.

Le délaissement de la responsabilité personnelle du dirigeant en matière de pratiques anticoncurrentielles est fort dommageable, face aux lacunes du système de sanctions actuel car «entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisouille de l'ineffectivité partielle qui domine »²⁷³

²⁷² "a foreign rule (to be) imposed on a domestic culture" . G. Teubner (1998). *Legal Irritants: Good Faith British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergence*. 61 Modern L.R. 11, p.12

²⁷³ J. Carbonnier. (1958) "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit". *L'année sociologique* vol 7.

<u>BIBLIOGRAPHIE</u>

- **Droit français**

- Code civil 2015 – 114 e éd. Paris: Dalloz.
- Code de commerce 2015 – 110 e éd. Paris : Dalloz.
- Code de consommation – 8 e éd. Lexis Nexis.
- Code de travail 2015. Lexis Nexis.
- Loi n° 2001-420, 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques NRE
- Loi dite Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation
- Loi dite Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

- **Droit européen**

- Livre blanc sur la modernisation des articles 81 et 82 du traité CE, pt 107
- Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE.
- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne

- **Droit américain**

- Sherman Act (1890)
- Clayton Antitrust Act (1914)
- U.S. Code (1926)
- Antitrust Civil Process Act (1962)
- Criminal Fines Improvement Act (1984)
- Antitrust Division, U.S. Department Of Justice, Corporate Leniency Policy (1993)
- Antitrust Division, U.S DoJ, *Leniency Policy for Individuals* (1994)
- Model Business Corporation Act (2000)
- Sarbanes-Oxley Act (2002)

- Antitrust Criminal Investigative Improvement Act (25 octobre 2005)

II) Soft law

• Droit français

- Rapport Viénot I (1995)
- Rapport Viénot II (1999)
- Rapport Bouton (2002)
- Délib. N° 2005-305 (8 décembre 2005) portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle : Journal Officiel 4 Janvier 2006.
- Code Middlenext (2009)
- Recommandation de l'AMF sur les facteurs de risqué (29 octobre 2009)– mise à jour du guide d'élaboration des documents de référence, §2.1 Les risques juridiques
- Recommandation AMF n°2012-02 (9 février 2012) sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés se référant au code AFEP-MEDEF.

• Droit américain

- Recommandations du New York Stock Exchange

III) Ouvrages

• Droits communautaire et français

- Berns, T. (2007). *Responsabilités des entreprises et corégulation*. Bruxelles : Bruylant
- Decocq, A. et Decocq, G. (2004). *Droit de la concurrence interne et communautaire*. Paris : LGDJ.
- El-Meligi, A. (2007). *Diriger*. Québec : Presses de l'Université Laval.
- Garapon, A. et Papadopoulos, I. (2003). *Juger en Amérique et en France*. Paris : O. Jacob.
- Hascheke-Dournaux, M. (2005). *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*. Paris : L.G.D.J.
- Nader, R., Petkas, P. and Blackwell, K. (1972). *Whistle blowing*. New York: Grossman Publishers. P.3-5
- Nemedeu, R. (2003). *Le contrôle des dirigeants de la société anonymes*. Thèse à la carte.
- Vogel L. (2012). *Droit européen des affaires*. Dalloz.

• Droit américain

- Androphy, J. (1992). *White collar crime*. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill.
- Bork, R. (1978). *The antitrust paradox*. New York : Basic Books. P.15
- Elzinga, K. et Breit, W. (1976). *The antitrust penalties*. New Haven (Conn.) : Yale University Press.
- Garner, B. (2000). *A handbook of criminal law terms*. St. Paul, Minn.: West Group.
- Hauberg, R. (1999). *Sentencing guidelines in antitrust*. Chicago, IL: American Bar Association. P. 69 et suivants.

IV) Articles de doctrine

- **En droits communautaire et français**
- Benabent, A. (2005). « La mise en jeu de la responsabilité civile ». *LPA*. P.32.
- Buthiau F. et Mignon Colombet A. (2013). « Le deferred prosecution agreement (accord de poursuites différées – DPA) américain, une forme inédite de justice négociées ; Punir, surveiller, prévenir ? ». *La semaine juridique* n°13.
- Combe, E. (2006). « L’efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique ». *Concurrences*.
- Combe, E. (2006). « A la recherche de la sanction optimale ». *Concurrences*.
- Combe, E. (2006). « Quelles sanctions contre les cartels ? ». *Revue internationale de droit économique*. De Boeck Supérieur. P.11
- Debroux, M. (2011). « La sanction en droit de la concurrence ». *Le petit juriste*.
- Jenny F. (2013). “L’articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique”. La colloque *Les sanctions du droit de la concurrence* du 31 octobre 2012. *Revue des droits de la concurrence Concurrence*. p.9
- Lasserre B. (2012). “Pourquoi s’investir dans la conformité?”. Colloque: Programmes de conformité. *RLC n°33*.
- Lasserre-Kiesow V. (2007). “La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles”. *D.2007.2116*, au par. 3
- Lucas de Leyssac, C. and Parléani, G. (2002). “Droit du marché”. *Paris: PUF*.
- de Moncuit Godefroy, “La faute lucrative en droit de la concurrence: un parasite économique”. *Concurrentialiste*. Colloque “Le droit de la concurrence et l’analyse économique”
- Magnier V. (2005). “La class action, un remède efficace?”. *Dossier la gouvernance d’entreprise*. P.42

- Muller, Y. (2008). "La dépenalisation de la vie des affaires... ou de la métamorphose du droit penal". *AJ Pénal*.
- OCDE (2003). "Cartel sanctions against individual". *Policy roundtables*.
- Pasquelle D. (1998). "La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles". *RTD com*. p.768
- Roda J.-C. et Ledoux V. (2007). "Les *compliance programs* en droit de la concurrence". *Contrats concurrence consommation*. Etude 14.
- Wils, P.J (2005). "Is Criminalization of EU Competition Law the answer?". *World Competition Volume 28 No.2*. P.117-159

- **En droit américain**

- Angland, J. (1997). "Antitrust law developments (fourth)". Chicago, Ill.: ABA Section of Antitrust Law, American Bar Association. P.664 et suivants
- Banks. T.-L. (1995). "Using Technology to Teach Effective Antitrust Compliance". *Antitrust summer*. P.37
- Bergstrom. (1962). "The private litigant's standing to sue". *7 Antitrust Bull*.3.
- Flynn, John J. (1967). "Criminal sanctions under state and federal antitrust laws". *45 Tex. L. Rev. 1301*, p.6.
- Forte, Wesley E. (1965) "Liabilities of Corporate Officers for Violations of Fiduciary Duties Concerning the Antitrust Laws," *Indiana Law Journal: Vol. 40: Iss. 3*, Article 2.
- G. Teubner (1998). "Legal Irritants: Good Faith British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergence". *61 Modern L.R.* 11, p.12
- Hauberg, R. (1999). "Sentencing guidelines in antitrust". Chicago, IL: American Bar Association, p.69 et suivants.
- Leslie C. (2008). "Cartels, agency costs, and finding virtue in faithless agents". *49 Wm. & Mary L. Rev.* 1621. P.8
- Levine R. (2004). "The Corporate Governance of Banks: A concise Discussion of Concepts and Evidence". *World Bank Policy Research Working Paper 3404*. P.6
- Mitchell R. K., Agle B. R., Wood D. J. (1997) "Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining who and what really counts", *Academy of Management Review*, 22(4), p. 853-886.
- Powell M. et Mckelvey G. (2010). "Director Disqualification as a Complement to EU Antitrust Fines: Towards a More Balanced Sanctions Policy". *CPI Antitrust Journal*.
- Rives-Lange J-L. (1975). "La notion de dirigeants de faits". *D. chrno*. P.41

- Stephan A. (2008). “The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba?”. *CCP Working Paper 08-19*. p.30
- Stephen A. (2008). “The Survey of Public Attitude to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain”. *Comp. L. R.* 5(1). P.123-145.
- Vézinet A. (1997). “La position des juges sur l’intérêt social”. *Droit & Patrimoine*. P.50
- Walker, G. (1987). “The Personal Liability of Corporate Officers in Private Actions under the Sherman Act: Murphy Tugboat in Distress”. *Fordham Law Review, Volume 55*, p.915
- Whiting (1965). “The Antitrust Laws and The Corporate Executive’s Civil Damage Liability”. *18. Vand. L. Rev.*
- Wolf, E. (1950). “La législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux”. *Revue internationale de droit comparé. Volume 3*, numéro 3, p.440-477

V) Articles de presse

• Articles de presse français

- Foulon S. et Labani P-D (mai 2005). « Les salariés invités à cafter au nom de l’éthique ». *Liaisons sociales*. P.46-48
- Lecadre R., (21 mars 2005). “Lycées d’Ile-de-France”: la sale affaire de tous les partis. *Libération*.

• Articles de presse étrangers

- Grossman L. (22 décembre 2002). « Persons of the Year 2002 – people who mattered ». *Time*.
- Labaton S. (21 mai 1999). « U.S Outlines How Makers of Vitamins Fixed Global Prices ». *N.Y.Times*.
- Lea R. (2 décembre 2008). « The most senior executive involved in the British Airways price-fixing scandal has landed a job at Bupa ». *Evening Standard*.

VI) Jurisprudence

• Juridictions communautaires

- CEJ 15 juillet 1964 *Costa c/ E.N.E.L*
- CJCE, 12 décembre 1967, *Brasseries de Haecht*
- CJUE, 14 juill. 1972 *Matières colorantes*, Aff. 48/69 à 57/69
- CJUE 20 septembre 2001 *Courage v. Crehan*, C-453/99, Recueil 2001, I 6297

- TPICE 15 mars 2006, *Daiichi Pharmaceutical*
- CJUE 25 janvier 2007 *Sumitomo Metal Industries Ltd et Nippon Steel Corp. c/ Commission CE*
- **Juridictions françaises**
 - Cass. Civ. 2, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765
 - Cass. Crim. 21 novembre 1991 n° 91-81.064 : Juris-Data n° 1991-003579 ; Bull. crim. 1991, n°427
 - Cass. Soc. , 22 mai 1975, n° 74-40.454 : Bull. civ. 1975, V, n°265, p.233
 - Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*
 - Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, §15
 - CE. Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*
 - Cass. soc., 16 mai 1990, n° 86-42.681
 - T. corr. Nanterre 9 avril 1991
 - Cass. Crim.12 novembre 1991
 - Cass. Com., 9 février 1993, n°91-21.700
 - C.A. Paris, 3ème ch. A, 16 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p.369, Rev. soc., 1998, p.159
 - CA Paris, 27 oct. 1998: BOCCRF 20 nov. 1998
 - Cass. soc. 6 juillet 1999, n° 97-42.815: Juris-Data n° 1999-002812; Bull. civ. 1999, V, n°326
 - Cass. Crim. 12 sept. 2000, 99-88.011, Bull. Crim. 2000 n° 268 P.791
 - Cass. Com. 13 décembre 2000
 - Cass. Com. 6 février 2001
 - Cass.Com., 9 mai 2001, n°98-10.260, inédit : Juris-Data n°2001-009596
 - Cass. Com. 8 janvier 2002, Bull. Joly 2002, §103
 - Cass. Crim. 27 février 2002, n° 01-82.594 : Juris-Data n° 2002-013699 ;Bull. crim. 2002, n°52
 - CA Paris, 28 juin 2002
 - Cass. Com, 20 mai 2003, n°99-17.092: Juris-Data n°2003-019081;Bull.civ. 2003, IV, n°84
 - CA Paris, 26 novembre 2003, n° 02/30497
 - Cass. Soc. 21 janvier 2004, n° 01-46820, inédit: Juris-Data n° 2004-021960

- CA Versailles, 24 juin 2004
- Cass. Com. 6 décembre 2005
- Cass. Soc. 12 juillet 2006, n° 04-41.075 : Juris-Data n° 2006-034602 ; Bull. civ. 2006, V, n°245
- Conseil de la concurrence, 26 juin 2007 Décision n°07-D-21 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la location-entretien du linge*
- Cass. Com. 18 mai 2010, n° 09-66172 (JCPE n°37 Septembre 2010)

- **Juridictions étrangères**

- *State v. Jack*, 69 Kan. 387, 76 Pac. 911 (1904)
- *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)
- *Guarantee Veterinary Co. v. Federal Trade Commission*, 285 F. 853, 860 (2d Cir. 1922)
- *Gardella v. Log Cabin Products Co.*, 89 F. 2d 891, 34 U.S.P.Q (BNA) 145 (2d Cir. 1937)
- *United States v. Shapiro*, 103 F.2d 775 (2d Cir. 1939)
- *Kentucky-Tennessee Light & Power Co. v. Nashville Coal Co.*, 37 F. Supp. 728, 738 (W.D. Ky.1941)
- *Simon v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 38 N.Y.S.2d 270, 272-73 (Sup. Ct. 1942)
- *American Tobacco v. United States*, 328 US- 751-851 (1946)
- *Clayton v. Farish*, 73 N.Y.S.2d 727 (Sup. Ct. 1947)
- *Commonwealth v. McHugh*, 326 Mass. 429, 93 N.E.2d 751 (1950)
- *Las Vegas Merchant Plumbers Ass'n v. United States*, 210 F.2d 732 (9th Cir. 1954)
- *Spirit v. Bechtel*, 232 F.2d 241, 246-48 (2d Cir. 1956)
- *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959)
- *Knopfler v. Bohlen*, 15 App. Div.2d 922, 225 N.Y.S.2d 609. (2d Dep't 1962)
- *United States v. Wise*, 370 U.S 405 (1962)
- *United States v. Grinnell Corp.*, 236 F. Supp. 244 (D.R.I. 1964)
- *Tillamook Cheese & Dairy Ass'n v. Tillamook County Creamery Ass'n*, 358 F.2d 115, 118 (9th Cir. 1966)
- *Martin v. Wood*, 400 F.3d 310, 313 (3d. Cir. 1968)
- *United States v. United States Gypsym Co.*, 438 US 422 (1978)

- *Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co.* 467 F. Supp. 841 (N.D. Cal. 1979)
- *Monarch Marking Sys. v. Duncan Parking Meter Maintenance Co.*, n°82 C 2599 (N.D. Ill. 12 mars 1986)
- *K-Mart Corporation v. Ponsock*, 103 Nev. 39, (1987)
- *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000)
- *United States v. Baci*, Case n° 3:08-cr-350-J-32TEM (Florida Federal District Court 30 janvier 2009)
- *Norris v Government of United States of America*, UKSC 9 (2010)
- *Ebay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A. 3d 1 (Del. Ch. 2010)

VII) Sites Internet

- www.cnil.com
- www.concurrences.com
- www.eur-lex.europa.eu/legal-content/FR
- www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy
- www.legifrance.gouv.fr
- www.oecd.org
- www.usdoj.gov