

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Managerial behaviour and competition law

Dossier | Concurrences N° 4-2020

www.concurrences.com

Philippe Coen

philippe.coen@respectzone.org

Head Lawyer

Founding President, French Company Law Ethical committee, Paris

Honorary President

European Company Lawyer association, Brussels

General Secretary

UNIFAB, Paris

Board member

In-House Counsel Worldwide, Paris

Emmanuel Combe

emmanuel.combe@autoritedelaconurrence.fr

Vice-président

Autorité de la concurrence, Paris

Professeur des Universités

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Professeur

Skema Business School, Paris/Lille

Marie-Pascale Heusse

marie-pascale.heusse@bnpparibas.com

Head of Competition Law / In charge of the Competition Law Compliance Programme

BNP Paribas Group, Paris

Chloé Le Coq

chloe.le-coq@u-paris2.fr

Professor of Economics

University of Paris II Panthéon-Assas (CRED)

Research Fellow

Stockholm School of Economics (SITE)

Catarina Marvão

catarina.marvao@tudublin.ie

Assistant Lecturer of Economics

School of Accounting and Finance, Technological University (TU) Dublin – City Campus, and Stockholm School of Economics (SITE)

Constance

Monnier-Schlumberger

constance.monnier@univ-paris1.fr

Maître de conférences

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Andreas Stephan

a.stephan@uea.ac.uk

Professor of Competition Law

UEA Law School, University of East Anglia, Norwich

David Viros

david.viros@curia.europa.eu

Référéndaire

European Court of Justice, Luxembourg

Managerial behaviour and competition law

ABSTRACT

This On-Topic set of articles discusses the role of managers in the commission of competition law infringements. It reviews the tools available to prevent these violations, in particular through compliance programs and individual sanctions. This set brings together contributions from practitioners, researchers and academics identifying advances and new issues on this innovative subject.

Le présent dossier porte sur le rôle des managers dans la commission d'infractions au droit de la concurrence. Il fait le point sur les outils permettant de mieux prévenir ces infractions, notamment au travers des programmes de conformité et des sanctions individuelles. Ce dossier réunit les contributions de praticiens, chercheurs et universitaires identifiant les avancées et les nouveaux enjeux sur ce sujet novateur.

Cartel et comportement des managers : Détecter, sanctionner et... prévenir

Emmanuel Combe

Vice-président

Autorité de la concurrence, Paris

Professeur des Universités

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Professeur

Skema Business School, Paris

Constance Monnier-Schlumberger

Maître de conférences

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Is competition law soluble into managerial behaviorism?

Philippe Coen

Head Lawyer

Founding President

French Company Law Ethical committee, Paris

Honorary President

European Company Lawyer association, Brussels

General Secretary

UNIFAB, Paris

Board member

In-House Counsel Worldwide, Paris

Stratégie de compliance en droit de la concurrence : Un exemple bancaire

Marie-Pascale Heusse

Head of Competition Law / In charge of the Competition Law Compliance

Programme

BNP Paribas Group, Paris

Managerial incentives to repeatedly collude: Frequency, partners and governance rules

Chloé Le Coq

Professor of Economics

University of Paris II Panthéon-Assas (CREDES)

Research Fellow

Stockholm School of Economics (SITE)

Catarina Marvão

Assistant Lecturer of Economics

School of Accounting and Finance, Technological University (TU) Dublin –

City Campus, and Stockholm School of Economics (SITE)

Why managers form cartels and why it is hard to stop them

Andreas Stephan

Professor of Competition Law

UEA Law School, University of East Anglia, Norwich

Staff and management's implication in anticompetitive practices: Lifting the corporate veil

David Viros

Référendaire

European Court of Justice, Luxembourg

Cartel et comportement des managers : Détecter, sanctionner et... prévenir

Emmanuel Combe

emmanuel.combe@autoritedelaconurrence.fr

Vice-président

Autorité de la concurrence, Paris

Professeur des Universités

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Professeur

Skema Business School, Paris

Constance Monnier-Schlumberger

constance.monnier@univ-paris1.fr

Maître de conférences

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1. Quatre ans après l'article fondateur de la revue *Concurrences* sur le rôle des managers dans la commission d'infractions aux règles de concurrence¹ tels que les cartels, ce dossier fait le point sur les différents outils qui permettent de mieux les prévenir, notamment au travers des programmes de conformité et des sanctions individuelles. Nous avons demandé à des praticiens, chercheurs et universitaires d'identifier les avancées et nouveaux enjeux sur ce sujet assez novateur.

2. L'idée selon laquelle les cartels sont des pratiques inefficaces – puisqu'ils conduisent à figer la concurrence sans aucune contrepartie en termes d'efficacité – ne fait pas débat en économie et au niveau des politiques publiques. La question de savoir comment dissuader les entreprises de s'engager dans de telles pratiques anticoncurrentielles demeure en revanche ouverte.

3. À cet égard, la théorie économique fournit un point de départ utile. Nous pouvons partir d'un monde contrefactuel, reposant sur des hypothèses restrictives mais qui permettent de parvenir à un résultat puissant et simple sur un plan théorique. Ce monde contrefactuel peut être explicité en repartant de la théorie des sanctions optimales, inspirée de l'analyse économique du crime (Becker, 1968)². Une entreprise ne s'engage dans une infraction qu'à partir du moment où elle estime *ex ante* que le gain qu'elle en retirera sera supérieur à son coût. Ce principe renvoie à la notion de rationalité des agents économiques, qui les conduit à toujours mettre en balance les gains et les coûts, avant de faire un choix. Dans le cas d'un cartel, le gain retiré de l'infraction est quantifiable : il correspond

à la différence entre le prix de cartel et le prix de concurrence, multiplié par le volume des transactions.

4. Du côté des coûts, le participant à un cartel sait qu'il s'expose à une sanction pécuniaire, si la pratique est détectée par les autorités antitrust. Le coût pour l'entreprise se décompose en deux éléments distincts : la sanction pécuniaire et la probabilité d'être détecté. Supposons que l'entreprise soit "neutre au risque" : lorsqu'elle décide de s'engager ou non dans une pratique de cartel, elle fait son choix en fonction des seules espérances de gain et de coût. Dans ce cas de figure, l'entreprise n'enfreint pas les lois antitrust si le coût espéré est supérieur au gain illicite.

5. Il "suffirait" ainsi pour les autorités antitrust de menacer *ex ante* les entreprises de leur infliger une sanction telle que le coût espéré soit supérieur au gain illicite, pour qu'aucune entreprise n'enfreigne plus la loi. La sanction optimale a ici une fonction dissuasive. L'objectif n'est pas d'abord de punir *ex post* ceux qui se font prendre mais d'envoyer *ex ante* un message crédible de dissuasion générale aux entreprises qui seraient tentées de s'engager dans des pratiques de cartel.

6. Si les entreprises sont parfaitement informées et convaincues que les sanctions optimales seront bien appliquées *ex post*, elles n'ont plus aucune incitation *ex ante* à enfreindre la loi : aucune sanction n'est infligée dans la mesure où il n'y a plus d'infraction.

7. Par effet de ricochet, comme ce sont les actionnaires qui paient la sanction et que l'infraction n'est plus rentable, ils ont une forte incitation à "discipliner" les managers. S'ils les contrôlent parfaitement (aucune asymétrie d'information), les coûts de contrôle sont nuls. La pédagogie de la concurrence menée par les autorités de concurrence est inutile puisqu'il est dans l'intérêt bien compris des entreprises de le faire.

1 Emmanuel Combe, Constance Monnier-Schlumberger, *Lutte contre les cartels et comportement des managers*, novembre 2016, *Concurrences* N° 4-2016, Art. N° 81860, pp. 51-68

2 BECKER G. (1968), Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.

8. On peut même aller plus loin : comme la détection est coûteuse (en termes de finances publiques), les autorités antitrust devraient fixer des probabilités de détection proches de zéro, associées à des sanctions proches... de l'infini. Pour les pouvoirs publics, la dépense serait minimale, puisque la détection serait limitée et les infractions rares, pour ne pas dire inexistantes.

9. Ce monde contrefactuel conduirait alors à un "triple dividende" : zéro infraction, zéro sanction, zéro dépense publique. Ce monde n'existe bien entendu pas, car il repose sur des hypothèses restrictives et discutables.

10. En premier lieu, il est supposé que les entreprises enfreignent les lois antitrust en toute connaissance de cause. Si cette hypothèse est largement vérifiée dans le cas de grandes entreprises qui disposent d'un service juridique interne ou externe, on ne peut toutefois exclure que, dans le cas de PME, des cartels ne soient formés par méconnaissance des sanctions encourues et des risques de détection. Les pouvoirs publics ont ici un rôle essentiel à jouer : s'ils veulent prévenir des "infractions par négligence" ou "méconnaissance", qu'il est coûteux *ex post* de détecter, ils doivent diffuser *ex ante* une information suffisante sur le caractère illicite des cartels, les sanctions et les risques pris, tout particulièrement auprès des PME. La compliance interne pouvant faire défaut dans les PME, c'est aux pouvoirs publics, à travers l'*advocacy*, de prendre le relais, en s'adressant spécifiquement à cette cible (à l'image du guide PME publié en 2020 par l'Autorité de la concurrence). L'*advocacy* doit mettre prioritairement l'accent sur la dimension immorale des cartels : à titre d'exemple, la CMA communique sur l'idée selon laquelle les cartels sont assimilables à un vol.

11. En deuxième lieu, l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs publics peuvent fixer une probabilité de détection proche de zéro (pour minimiser la dépense publique) se heurte à un biais de comportement des agents : si la probabilité de détection est fixée à un niveau trop faible, les agents considéreront qu'elle est nulle et... enfreindront la loi. Il s'agit d'un "biais de disponibilité" bien connu en psychologie : lorsqu'un évènement est rare, les agents ont tendance à considérer qu'il n'existe pas. Il est donc nécessaire que les autorités antitrust maintiennent un certain niveau de détection des cartels, même si cela a un coût. Le "zéro dépense publique" n'est pas une option crédible.

12. En troisième lieu, les autorités antitrust ne peuvent pas appliquer à la lettre la théorie des sanctions optimales. Tout d'abord, parce qu'en pratique les critères juridiques de détermination d'une sanction antitrust font rarement appel à la notion de "gain illicite" ou de "probabilité de détection". À titre d'exemple, en France, la sanction est déterminée à partir de facteurs tels que la gravité de l'infraction ou le dommage à l'économie. Ensuite, pour pouvoir tenir compte de la probabilité de détection, encore faudrait-il que les autorités antitrust en connaissent la valeur exacte, ce qui n'est pas le cas. De même, les autorités antitrust ne peuvent appliquer des sanctions optimales dans la mesure où le montant maximum des sanctions est légalement plafonné, le plus

souvent en pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise : en Europe et en France, ce plafond est fixé à 10 % du chiffre d'affaires mondial. Enfin, si les autorités antitrust imposaient des sanctions optimales, les montants ne seraient potentiellement pas soutenables financièrement pour les entreprises, les acculant ainsi à la faillite. Il serait paradoxal que l'imposition de sanctions antitrust, infligées au nom du maintien de l'ordre public concurrentiel, ait pour conséquence de réduire la concurrence sur le marché.

13. Il résulte de ce qui précède que les sanctions antitrust, même si elles ont fortement augmenté depuis les années 2000, restent probablement en dessous de leur niveau optimal en termes de dissuasion, comme le confirment les études empiriques *a posteriori*. À titre d'exemple, Combe et Monnier (2011)³, sur la base d'un échantillon de 64 cartels condamnés au cours de la période 1969-2009, concluent que la Commission européenne est devenue plus sévère mais n'a pas pour autant franchi la ligne rouge de la "sur-dissuasion".

14. Il existe donc une incitation résiduelle, même avec de fortes sanctions antitrust, à s'engager dans des pratiques de cartel : le "zéro infraction" et, par effet de ricochet, le "zéro sanction" n'existent pas.

15. La question de l'incitation à enfreindre les lois antitrust est complexifiée par le fait qu'en pratique toute entreprise est composée d'agents économiques dont les objectifs sont différents. En particulier, les actionnaires ont pour principal objectif de maximiser le profit, tandis que les managers (et plus généralement les salariés) peuvent avoir comme but leur progression de carrière ou leurs propres rémunérations à court ou moyen terme. Selon les situations, ces intérêts peuvent être convergents ou divergents, en particulier quant au respect des lois antitrust. Deux cas de figure polaires sont particulièrement intéressants à étudier du point de vue des politiques publiques.

16. Un premier cas polaire est celui dans lequel les actionnaires, anticipant que les sanctions seront sous-optimales, souhaitent engager les managers dans des pratiques de cartel, à leur insu ou contre leur volonté (cas 3 sur le tableau 1). Ils peuvent par exemple ne pas mettre en place de programme de conformité, pour que les managers ne soient pas parfaitement informés du caractère illicite de ces pratiques. Ils peuvent aussi tenter de minorer aux yeux des managers la gravité de l'infraction en la présentant comme un "mal nécessaire" pour atteindre un résultat licite, à savoir un profit élevé (Stucke, 2011)⁴. Une solution plus radicale est de développer une forme de "management toxique", en fixant aux managers des objectifs de rentabilité qui ne puissent être atteints par des moyens licites : les managers sont en quelque sorte "contraints" d'enfreindre la règle pour "tenir leurs objectifs".

3 COMBE E., MONNIER C. (2011), Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement, *Antitrust Bulletin*, 56(2), 235-275.

4 STUCKE M. (2011), Am I a Price-Fixer? A Behavioral Economics Analysis of Cartels, in *Criminalizing Cartels: A Critical Interdisciplinary Study of an International Regulatory Movement*, C. Beaton-Wells and A. Ezrachi (eds.), Hart Publishing, Oxford, 472 p.

17. Les pouvoirs publics ont un rôle essentiel à jouer puisque la compliance interne fera défaut : ils doivent diffuser l'information auprès d'un large public sur le caractère illicite des cartels, afin de dissuader les managers de s'y engager. La communication publique doit autant porter sur la dimension illégale et nuisible que sur l'aspect immoral de ces pratiques : si l'on en croit un sondage Ifop⁵ sur la perception des cartels en France, ils font l'objet d'une forte réprobation morale. Les Français considèrent majoritairement qu'il s'agit d'une pratique "malhonnête" et "cachée" (le fait que les clients paient plus cher n'est pas le premier facteur de réprobation). Ce résultat est en ligne avec celui obtenu dans des études similaires sur d'autres pays.

Tableau 1. Comportement des managers et actionnaires en matière de règles antitrust

Managers Actionnaires	Respecter le droit de la concurrence	S'engager dans un cartel
Respecter le droit de la concurrence	Cas 1 Convergence d'intérêts pour respecter les lois antitrust	Cas 2 Divergence d'intérêts ("bad apple")
S'engager dans un cartel	Cas 3 Divergence d'intérêts ("culture d'entreprise toxique")	Cas 4 Convergence d'intérêts pour enfreindre les lois antitrust

18. Un second cas polaire est celui dans lequel les managers ont l'intention d'enfreindre les règles antitrust, à l'encontre et à l'insu de la volonté des actionnaires (cas 2 dans le tableau 1). Ce cas de figure est problématique pour les actionnaires : en cas de poursuites antitrust, ils ne pourront s'exonérer de leur responsabilité, en invoquant le comportement isolé d'un manager, dans la mesure où son action les engage. Les actionnaires ont donc intérêt à dissuader les managers d'enfreindre les règles antitrust, en mobilisant des outils internes tels que la formation, les sanctions disciplinaires (pouvant aller jusqu'à la menace de licenciement ou le remboursement des rémunérations variables en cas d'infraction), la mise en place d'un programme de conformité, l'adoption d'une procédure interne de lanceur d'alerte, etc.

19. On ne peut toutefois exclure qu'en dépit de tous les efforts des actionnaires, des managers particulièrement "preneurs de risque" enfreignent les règles de droit, notamment s'ils sont victimes de biais tels que la "surconfiance". Par exemple, certains programmes de compliance ne permettent de dissuader que les salariés qui sont avertis au risque et aux comportements non éthiques, lorsque la politique de l'entreprise a une visée essentiellement informative et non répressive. De même,

la menace d'un remboursement de la prime ou du bonus si le manager s'est engagé dans une pratique illicite est difficile à mettre en place, tout comme la menace de sanction dans le contrat de travail.

20. Les pouvoirs publics ont à nouveau un rôle à jouer : il ne s'agit pas ici, comme dans le cas précédent, de faire de l'*advocacy* à la place des entreprises. Il s'agit, en complément des programmes de conformité et d'alerte internes, d'engager la responsabilité personnelle des managers, au moyen de sanctions telles que les amendes, la prison ou la disqualification.

21. Entre ces deux cas polaires, nous trouvons la situation qui est sans doute la plus probable en pratique (cas 4 dans le tableau 1) : les managers et les actionnaires, bien qu'ils poursuivent des objectifs différents, peuvent avoir une convergence d'intérêts à enfreindre les règles antitrust. Du côté des actionnaires, comme les sanctions ne sont pas optimales, ils peuvent «laisser faire» les managers pour qu'ils s'engagent dans des cartels. Du côté des managers, ils peuvent vouloir former un cartel pour doper leurs performances, ce qui se traduira par une accélération de leur carrière ou par la perception de rémunérations additionnelles. Cette convergence d'intérêts est d'autant plus probable que les pratiques de cartel, contrairement à d'autres fraudes, profitent mutuellement aux actionnaires et aux managers. À cet égard, une étude PwC⁶ a montré que la compliance en concurrence est souvent le parent pauvre des politiques de conformité au sein des entreprises, comparativement à la lutte contre la corruption ou les détournements de fonds.

22. Dans ce cas de figure, seule une combinaison de sanctions à l'encontre des entreprises et à l'encontre des individus permet de limiter ces incitations convergentes.

23. Nous voyons donc qu'il existe une diversité de situations concrètes qui peuvent conduire les actionnaires et/ou les managers à s'engager dans une pratique de cartel.

24. Contrairement à notre cadre théorique de départ, la politique de lutte contre les cartels ne peut donc se réduire à un arbitrage binaire entre sanction et détection : elle doit également inclure une politique d'*advocacy*, pour prévenir la formation des cartels, en complément de l'action de conformité interne mise en place par les entreprises.

25. De même, la politique publique ne peut se limiter à détecter et sanctionner les personnes morales : elle devrait être élargie, selon des modalités à définir, aux personnes physiques, au travers de sanctions pénales.

5 <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/22-janvier-2018-sondage-ifop-pour-l'autorité-de-la-concurrence>

6 Global economic fraud survey (2018) ; <https://www.pwc.com/us/en/services/forensics/global-economic-crime-fraud-survey-industry-insights.html>

26. À cet égard, on peut constater que pour l’heure – et en dépit de l’existence de législations dans 25 juridictions –, la mise en œuvre de sanctions pénales à l’encontre des personnes physiques reste assez rare, à l’exception du cas américain.

27. En France, si l’article L. 420-6 du code de commerce prévoit depuis 1986 une peine de prison de 4 ans et 75 000 euros d’amende “pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l’organisation ou la mise en œuvre” d’une entente, il reste peu appliqué. David Viros analyse les différentes caractéristiques qui limitent la contribution du dispositif français de sanctions pénales à la dissuasion des cartels, et notamment la question de l’insuffisance des ressources consacrées aux enquêtes.

28. Il est probable que cette réticence – et tout particulièrement le recours à des peines de prison – ne soit que le reflet de la faible stigmatisation des cartels au sein de la société : les cartels ne sont pas considérés comme des pratiques suffisamment graves pour devoir conduire à de telles sanctions. À cet égard, en France, le sondage Ifop mené en 2017 montre que la majorité des répondants (75 %) restent défavorables à l’imposition de peines de prison, bien qu’ils ne soient pas opposés dans son principe à l’idée d’infliger des sanctions aux individus. *A contrario*, si les États-Unis font un usage assez fréquent de l’arme pénale – au cours de la période 2009-2018, pas moins de 524 individus, américains ou non, ont été poursuivis pour avoir participé à un cartel et 264 d’entre eux condamnés à des peines de prison ferme d’une durée moyenne de 19 mois –, c’est parce que les pratiques de cartel, assimilées à un véritable “complot contre le marché”, font l’objet d’une forte réprobation morale au sein de la société américaine.

29. À supposer qu’il faille recourir à l’arme pénale, il reste à savoir quel type de sanctions pourraient être infligées. Si l’on suit un raisonnement purement économique, dès lors qu’une peine de prison peut être transformée en amende, il est plus rentable pour la société d’imposer des amendes aux individus, afin d’éviter des coûts d’incarcération. Selon cette approche, la prison ne peut se justifier qu’à partir du moment où les individus incriminés n’ont plus la capacité financière de s’acquitter de la totalité de l’amende : le recours à la prison apparaît ici comme une mesure résiduelle, intervenant si l’individu est dans l’incapacité de payer l’amende. Cette approche en faveur de la monétisation des peines est discutable :

- en pratique, les amendes sont souvent plafonnées à des niveaux faibles, au regard des revenus des dirigeants d’entreprise. Ainsi, aux États-Unis, sur la période 2008-2017, l’amende moyenne par personne s’est élevée à 84 600 dollars. De plus, il est toujours possible pour une entreprise de compenser financièrement l’amende payée par son employé ;
- il est difficile de déterminer le montant “optimal” d’une amende dans le cas d’un individu (quel a été le gain privatif du cartel pour l’individu ?) et, si tel est le cas, cette amende peut excéder sa capacité financière ;

- une amende repose implicitement sur l’idée selon laquelle il suffit de s’acquitter de la taxe pour que le comportement incriminé soit “blanchi” : son effet stigmatisant est donc faible.

30. À l’inverse, l’imposition d’une peine de prison présente plusieurs caractéristiques du point de vue de l’effet dissuasif de la sanction :

- elle présente à l’évidence un caractère stigmatisant pour l’individu (notamment vis-à-vis de son entourage) dans la mesure où elle induit un jugement d’immoralité du comportement incriminé ;
- la peine de prison envoie un signal fort vis-à-vis de son groupe de référence (en général des “cols blancs” dans le cas des cartels) dans la mesure où elle fait l’objet d’une large publicité ;
- la menace d’une peine de prison renforce l’efficacité des programmes de clémence, dès lors que cette dernière est étendue aux sanctions pénales. En effet, un individu acceptera plus facilement de coopérer avec les autorités antitrust s’il anticipe une immunité pénale.

31. La prison ne se justifie aux yeux de l’opinion publique qu’à partir du moment où les pratiques de cartel font l’objet d’une forte réprobation morale, ce qui n’est pas le cas en Europe. Il est donc utile d’envisager d’autres modalités de sanctions, moins “stigmatisantes” que la prison, telles que des mesures de disqualification : un dirigeant ou un mandataire social qui a contribué directement à violer les règles de concurrence ou qui a “laissé faire” les managers en connaissance de cause peut se voir interdire l’exercice de toute fonction à responsabilité au sein d’une entreprise pendant une certaine période. Ce mécanisme, adopté par exemple au Royaume-Uni au travers du dispositif des “*competition disqualification orders*”, prévoit une période maximale d’incapacité de 15 ans. La disqualification affecte négativement la réputation du dirigeant et ses perspectives de carrière, tout en minimisant les coûts pour la collectivité (absence d’incarcération) : elle a donc un effet dissuasif fort. On notera que la CMA a fait usage de ce dispositif à plusieurs reprises, et notamment dans une affaire d’entente entre agences immobilières : deux dirigeants ont été disqualifiés pour 3 ans et 3,5 ans pour avoir participé directement à l’organisation de l’entente.

32. La solution pénale étant pour l’heure limitée en Europe, il est utile de se tourner vers des politiques de prévention, mises en œuvre par les entreprises elles-mêmes au travers des programmes de conformité.

33. Comme nous l’avons exposé précédemment, l’action “compliance” au sein des entreprises n’est pas antinomique avec le maintien de sanctions antitrust élevées : elle en constitue plutôt le complément. L’enjeu n’est pas d’atténuer la responsabilité des actionnaires, au motif qu’ils ont mis en place un programme de conformité, mais de favoriser en amont un plus grand respect des règles de concurrence par les managers. D’ailleurs, comme le souligne David Viros, la doctrine européenne sur la question de la responsabilité de l’entreprise vis-à-vis de

ses salariés est constante : même si les salariés ont été préalablement formés au droit de la concurrence, l'imputation des actions anticoncurrentielles d'un salarié à son employeur s'apparente à une présomption irréfragable.

34. On peut même considérer que la mise en œuvre d'un programme de conformité sera d'autant plus efficace que le risque de sanctions antitrust sera perçu comme élevé. Marie-Pascale Heusse rappelle à cet égard que l'essor de la conformité en concurrence au sein des grandes entreprises s'explique bien souvent par la prise de conscience de l'ampleur des risques financiers qui y sont associés. Ces risques sont d'une double nature : les sanctions monétaires mais également l'atteinte possible à la réputation de l'entreprise (au travers, par exemple, de l'injonction de publication). De surcroît, l'essor des actions en réparation conduit à accroître le niveau de ces risques financiers, et donc la nécessité d'une véritable politique préventive. Marie-Pascale Heusse plaide ainsi pour un droit à la compliance : droit d'être informé, formé pour les individus, notamment s'ils encourent un risque juridique.

35. Le premier enjeu de la conformité est celui de sa diffusion comme le souligne Andreas Stephan. Une enquête menée en 2018 par l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (CMA) auprès de 1 200 entreprises a révélé à cet égard que seulement 25 % d'entre elles avaient une bonne connaissance des règles de concurrence et 16 % affirmaient n'en avoir jamais entendu parler. Selon Andreas Stephan, tout assouplissement, même temporaire, de l'application des règles antitrust viendrait affaiblir la portée d'une politique de conformité : il donnerait le sentiment aux managers que les règles antitrust ne sont pas intangibles et dépendent des circonstances. Tout assouplissement érode ainsi le sentiment d'illicéité morale associé aux ententes. En outre, Andreas Stephan pointe du doigt le fait que certains individus "arrogants" (les têtes brûlées⁷) restent imperméables à toute culture de respect des règles de droit.

36. Cette diffusion de la conformité peut prendre appui sur le fait que les salariés, en particulier au sein des jeunes générations, sont particulièrement sensibles aux considérations éthiques, aux côtés des sujets environnementaux. Ils s'intéressent davantage à l'impact de leur engagement professionnel sur la société. On peut imaginer par exemple que les écoles de commerce développent davantage la formation à l'éthique dans les cursus des étudiants.

37. Sur un tout autre registre, il peut être également utile de développer la conformité au sein des associations professionnelles, qui peuvent jouer le rôle d'un véritable "support" de l'entente. A cet égard, Chloé Le Coq et Catarina Marvão, étudiant un échantillon de 2 261 cartels "légaux" inscrits sur un registre en Suède au cours de la

période 1947-1993, montrent que dans 48 % des cas le cartel comprend une association professionnelle. Cette présence peut contribuer à renforcer la légitimité de ce type de pratique aux yeux des managers.

38. Le deuxième enjeu de la conformité consiste à y intégrer la complexification croissante des règles de concurrence. En particulier, l'approche par les effets de certaines pratiques anticoncurrentielles (si l'on s'éloigne quelque peu du cartel classique, interdit par objet), le traitement des échanges d'informations et des algorithmes tarifaires, l'importance de l'économie en droit de la concurrence, impliquent d'adopter une approche plus globale de la conformité, qui aille au-delà de la seule connaissance des règles juridiques. Les formations ne devraient pas se limiter à enseigner un ensemble de règles préétablies mais viser aussi à développer chez les managers une véritable compréhension du marché et du rôle concurrentiel de l'entreprise et de ses interactions. À cet égard, la responsabilité de la mise en œuvre des programmes de conformité ne devrait pas se limiter aux seuls juristes ou aux services juridiques, mais devrait également mobiliser des économistes, notamment dans les secteurs en mutation dans lesquels les règles évoluent rapidement (numérique, technologique, etc.).

39. Le troisième enjeu de la conformité porte sur la mise en place d'incitations positives au respect des règles de droit. Philippe Coen rappelle à juste titre que les cadres n'ont pas été récompensés pour leurs compétences en matière de conformité, et que de ce fait la culture juridique a du mal à irriguer les instances dirigeantes. Il n'est pas fréquent, contrairement à ce qui peut se produire aux États-Unis, que les contrats de travail et que les schémas de rémunérations soient conditionnés ou prennent en compte la question du respect de la conformité. De manière plus prospective, Philippe Coen préconise l'adoption de nouveaux outils par les entreprises, sous la forme de "coups de pouce" pour inciter les dirigeants à prévenir la formation des cartels. Selon lui, on pourrait par exemple mettre en place un système de notation antitrust qui figurerait dans les classements des entreprises, à l'instar de ce qui se développe dans le secteur de l'environnement (système de notation avec baromètre de conformité).

40. Au travers des différentes contributions qui le composent, le présent dossier entend participer au débat – naissant en Europe – sur la nécessaire responsabilisation des managers dans la lutte contre les cartels. Entre une approche purement répressive et la seule prévention des comportements anticoncurrentiels, il est probable que la bonne réponse se trouve dans une combinaison des deux types de politique, tant au niveau des entreprises que des pouvoirs publics. ■

7 N. Boulu-Reshef et C. Monnier-Schlumberger, Lutte contre les cartels : comment dissuader les têtes brûlées ?, *Revue économique* 2019/6 (vol. 70), pp. 1187 à 1199.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres : Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

HT Without tax TTC Tax included

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives) Devis sur demande
Quote upon request

Revue Concurrences | Review Concurrences

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives) Devis sur demande
Quote upon request
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
Print version (4 issues for 1 year, no access to archives) 665,00 € 679,00 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site www.concurrences.com ou demandez un devis personnalisé à webmaster@concurrences.com.

To ensure the validity of the prices charged, please visit www.concurrences.com or request a personalised quote from webmaster@concurrences.com.

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
19 avenue Jean Aicard - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France