

Préface

FREDERIC JENNY

*Professeur d'Économie, ESSEC Business School
Co-directeur du Centre Européen de Droit et d'Économie
Président du Comité de la concurrence de l'OCDE*

Ce livre explore les relations entre la stratégie d'entreprise, et plus particulièrement la stratégie concurrentielle de marché, et la stratégie juridique des entreprises. Il s'inscrit donc dans l'approche « Law & Management » qui est elle-même voisine des approches « Law & Economics » et « Law & Business » développées outre-Atlantique.

L'objet de ce livre n'est pas de convaincre les lecteurs des mérites de ces approches « anglo-saxonnes » du droit qui sont, chez nous, souvent considérées comme étrangères à, voire contradictoire avec, notre tradition juridique. L'objet de ce livre est tout à la fois moins dogmatique et plus ambitieux. Il part de la réalité de la vie des entreprises plutôt que de principes abstraits et essaie d'identifier les domaines dans lesquels la stratégie juridique peut utilement préserver ou compléter ou renforcer la stratégie de marché des entreprises.

La vie des entreprises a été profondément modifiée dans les dernières décennies par plusieurs événements complémentaires. En premier lieu, la libéralisation du commerce international qui a contribué, d'une part, à unifier les marchés économiques et, d'autre part, à fragmenter le paysage juridique auquel les entreprises bénéficiant de cette libéralisation commerciale étaient confrontées. En effet, la libéralisation commerciale a permis à un grand nombre de nouveaux pays d'émerger (le nombre de pays dans le monde a doublé depuis la seconde guerre mondiale) et de se doter, chacun, d'un système juridique autonome. En deuxième lieu, les trente dernières années ont été caractérisées par une dérégulation économique (cohérente avec la libéralisation des échanges internationaux) de grande ampleur. Cette dérégulation a eu pour effet d'éliminer les contraintes administratives qui pesaient sur un grand nombre de secteurs et d'ouvrir à la concurrence des activités qui, antérieurement, étaient contrôlées par des monopoles d'état. Par voie de conséquence, la résolution des conflits entre partenaires économiques s'opère de nos jours plus fréquemment dans les prétoires et moins souvent dans les bureaux des administrations que ce n'était le cas dans le passé. En troisième lieu, l'émergence ou la montée

en puissance de droits destinés à garantir le surplus des consommateurs, la loyauté des échanges et de la concurrence ou la liberté d'entreprendre ont eu pour effet de contraindre les entreprises dans leurs choix de stratégies individuelles et de leur interdire juridiquement l'utilisation des stratégies qui ne sont pas compatibles avec l'ordre public économique.

Ainsi progressivement une partie importante de la régulation économique a été transférée à l'ordre judiciaire, cependant que par ailleurs, le champ et l'importance de l'« économique » et du « commercial » s'étendaient sous l'effet d'une croissance soutenue de l'économie de marché et que les législations visant à préserver l'ordre public économique prenaient une nouvelle importance.

De même l'interpénétration et, pourrait-on dire, la concurrence entre les droits économiques nationaux se sont faites plus intense. En effet, les mêmes acteurs économiques ont été conduits à opérer sur différents marchés nationaux soumis à des règles de substance ou de procédure différentes. Ces acteurs internationaux ont rapidement compris qu'ils pouvaient avoir intérêt à porter leur contentieux dans tel pays plutôt que dans tel autre. Ainsi, par exemple, nombre de grands opérateurs économiques Européens ont préféré engager leur contentieux en matière de brevet en Allemagne en raison de l'efficacité supposé des juridictions allemandes dans ce domaine ; de même les victimes de pratiques anticoncurrentielles transnationales ont pu préférer engager des actions contentieuses au Royaume-Uni ou aux États-Unis plutôt que dans d'autres pays afin de profiter de règles de procédure plus favorables aux plaignants, ou d'une appréciation des préjudices plus conforme à la réalité économique, ou encore de l'existence de dommages punitifs. À cet égard, le chapitre de ce livre traitant précisément du conflit AMD/Intel sur le marché des composants électroniques et de la stratégie d'AMD quant à la sélection des pays dans lesquels cette entreprise a déclenché ses actions contentieuses est particulièrement intéressant.

Ces développements ont eu pour conséquence de faire évoluer la fonction juridique dans les entreprises européennes. Cette fonction, qui avait été longtemps conçue comme une fonction technique secondaire (le juriste d'entreprise n'intervenant pour l'essentiel que pour la rédaction de contrats, lorsque qu'un dommage nécessitait l'introduction d'une instance contentieuse ou lorsque l'entreprise devait se défendre étant elle-même attaquée) s'est assez profondément transformée.

La nécessité de déployer une stratégie juridique (tant vis à vis des juridictions ou des autorités indépendantes que vis-à-vis des partenaires économiques que sont les concurrents, les distributeurs, les fournisseurs) et le fait que la stratégie juridique pouvait aider l'entreprise à atteindre ses objectifs de développement, d'une part, en lui permettant de lutter contre les pratiques agressives de ses concurrents (on songe par exemple aux actions contre les prix considérés comme « prédateurs »), d'autre part, en lui permettant de défendre son

pré carré (on songe, par exemple, à l'utilisation de la propriété intellectuelle comme moyen de défense ou l'utilisation par un fournisseur de clauses rendant difficile pour son distributeur exclusif de rompre son engagement ou même de contracter avec un concurrent à l'expiration du contrat de distribution) se sont progressivement imposés.

Le juriste d'entreprise qui pendant trop longtemps n'était qu'un exécutant, certes hautement qualifié, mais éloigné du pouvoir économique au sein de l'entreprise, est devenu l'un de ceux qui contribuent à définir la stratégie de l'entreprise et à assurer son succès.

Ce livre a le grand mérite d'explorer de façon extrêmement pédagogique différentes facettes de l'interface entre la stratégie juridique et la stratégie de marché des entreprises (ou encore la stratégie concurrentielle).

Une première dimension de cette interface consiste à agir pour faire en sorte que le contexte juridique dans lequel évolue l'entreprise lui soit le plus favorable possible. Le lobbying, qu'il soit fait directement par les entreprises, ou qu'il soit fait par l'intermédiaire de leurs syndicats professionnels constitue un élément important de la stratégie juridique. On en a d'ailleurs eu une illustration frappante dans les mois récents à l'occasion du vote de la loi sur la sécurisation de l'emploi publiée en juin 2013. Au titre de l'accord interprofessionnel entre le patronat et les syndicats qui a précédé le vote de la loi, il était prévu que les entreprises offriraient désormais des contrats collectifs d'assurance complémentaire santé à tous les salariés, permettant ainsi la généralisation de la complémentaire santé pour tous les Français d'ici à 2017. Les assureurs, qui voyaient dans cette mesure la possibilité de développer leurs activités dans le secteur de l'assurance complémentaire santé individuelle, ont à cette occasion milité pour une modification du code de la santé qui permet aux partenaires sociaux d'une branche d'imposer à toutes les entreprises de la branche l'organisme d'assurance complémentaire (clause dite de « désignation » qui jouait fréquemment en faveur des instituts de prévoyance, concurrents des assureurs et gérés par les partenaires sociaux qui les désignaient). Ils appelaient de leurs vœux l'organisation d'appels d'offres ouverts. S'ils ont perdu au parlement, les assureurs ont gagné devant le Conseil Constitutionnel qui a jugé que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale qui permettait jusqu'à présent aux partenaires sociaux des branches professionnelles d'imposer un assureur santé pour l'ensemble des entreprises de la branche portait à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques. Ainsi ont-ils désormais de meilleures perspectives de développer une nouvelle activité et d'accéder à un marché qui leur était, jusqu'à présent, largement fermé.

Une seconde dimension de l'interface entre stratégie juridique et stratégie de marché prend la forme de stratégies judiciaires visant à affaiblir un concurrent sur un marché. Dans ce cas, comme le révèle l'analyse du combat

entre Apple et Samsung sur le marché des appareils de téléphonie mobile et des systèmes d'exploitation pour ces appareils, la mobilisation (considérable) des ressources juridiques par chacun des combattants a le même objet que, par exemple, la mobilisation de ressources en matière de recherche et développement afin de mettre sur le marché un meilleur appareil que celui du concurrent ou, encore, la mobilisation des ressources sous forme de baisse des prix aux clients qui pourrait également permettre à un acteur économique de développer sa part de marché au détriment de celle de ses concurrents. Si le droit de propriété intellectuelle peut clairement être utilisé par une entreprise pour restreindre le champ d'action d'un concurrent particulièrement agressif, le droit de la concurrence peut non seulement servir à cet usage mais également servir à promouvoir les intérêts de l'entreprise dans la négociation commerciale avec ses fournisseurs ou ses distributeurs en lui permettant de choisir, entre différentes formes d'association, celles qui lui permettent de poursuivre avec le minimum de contraintes ses objectifs stratégiques. Il faut d'ailleurs noter que comme le démontre de façon extrêmement convaincante et illustrative un chapitre de ce livre, le droit de la concurrence déloyale peut lui aussi être utilisé stratégiquement par un plaideur pour neutraliser certains de ses concurrents.

Une troisième dimension de l'interface entre stratégie juridique et stratégie de marché vise à concevoir des moyens permettant de surmonter les obstacles mis par le droit de la concurrence à la stratégie des entreprises. Il s'agit là de la mise en œuvre de techniques de contournement afin de permettre à l'entreprise de réaliser ses objectifs stratégiques en dépit des contraintes que pourrait lui imposer le droit économique concerné. Les techniques de « division » dans la propriété intellectuelle, qui permettent au détenteur d'un brevet de prolonger la durée de la protection dont il bénéficie, constitue des une technique de contournement du droit de la propriété intellectuelle bien connue. Moins fréquemment commentées sont les techniques de contournement du droit de la concurrence qui sont analysées dans plusieurs des chapitres de cet ouvrage. On notera à cet égard que ces méthodes de contournement du droit de la concurrence peuvent s'appuyer sur la mise en œuvre d'autres droits et, en particulier comme cela est expliqué dans l'un des chapitres de ce livre, sur la mobilisation des droits de l'homme.

Finalement une dernière dimension de l'interface entre stratégie juridique et stratégie de marché évoquée dans cet ouvrage porte sur la stratégie que les entreprises peuvent adopter vis-à-vis des autorités ou des juges de concurrence lorsqu'elles sont (ou pourraient être) recherchées pour des pratiques contestables au regard du droit de la concurrence. La question n'est pas sans importance, en premier lieu, compte tenu de l'importance des sanctions que depuis le début des années 2000 les autorités de concurrence imposent, sanctions fréquemment confirmées en appel. La question est également importante, en second lieu, dans la mesure où les autorités de concurrence, elles-mêmes soucieuses d'efficacité économique tendent (au plan européen en

tous cas) à faire un usage beaucoup plus important que par le passé de mécanismes plus ou moins informels de négociations avec les entreprises objets de leurs investigations (prise en compte de l'existence ou de la non existence d'un programme de conformité au sein de l'entreprise, réduction de sanctions en cas de demande de clémence, possibilité de réduction de sanction en cas de non contestation des griefs, négociation d'engagements, etc.). L'utilisation de ces méthodes suppose que l'entreprise fasse des choix avant et pendant l'instruction, or ces choix sont particulièrement complexes en raison de l'incertitude qui pèse sur leurs conséquences. Sont particulièrement examinés dans ce livre les enjeux stratégiques du choix que les entreprises ont à faire en matière d'adoption ou de non adoption de programmes de conformité et en matière de proposition d'engagements.

Au total, ce livre d'une lecture facile et agréable introduit une ère nouvelle dans la vie des entreprises européennes : celle dans laquelle la stratégie juridique de ces entreprises est en train de devenir une partie intégrante de leur stratégie économique et de marché.

Tous ceux qui, de longue date, ont été convaincus de l'importance de l'interpénétration du droit et de l'économie ne pourront que se réjouir de la parution de cet ouvrage et le lire avec attention.