

Le projet de document-cadre de l'Autorité de la concurrence sur les programmes de conformité répond-il aux attentes des entreprises ?

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a récemment soumis à consultation publique un nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence appelé à remplacer celui du 10 février 2012, devenu obsolète et retiré par l'ADLC à la suite de la réforme de la procédure de non-contestation des griefs et de son remplacement par une procédure de transaction. La consultation publique est ouverte jusqu'au 10 décembre 2021 sur l'adresse : conformite@autoritedelaconcurrence.fr

Le projet publié répond-il aux attentes des entreprises en la matière ? Il est indéniable qu'il fournit des préconisations et une trame de programme de conformité très utile que les entreprises peuvent adapter à leur situation spécifique. En revanche, il demeure encore trop orienté en faveur de la seule politique de répression de l'Autorité et n'incite pas suffisamment les entreprises à s'inscrire dans une démarche de conformité. Une telle incitation devrait passer par une réduction de l'amende de base en cas d'adoption d'un programme et d'une majoration de la réduction d'amende en cas d'arrêt de pratiques anticoncurrentielles à la suite de la mise en œuvre d'un programme de conformité. Par ailleurs, il paraît indispensable d'éviter des auto-incriminations du fait de la mise en œuvre d'un programme en reconnaissant le *legal privilege* aux juristes d'entreprise et le secret professionnel des avocats tant en matière de conseil que de défense en droit de la concurrence.

I. Un modèle de programme de conformité utile pour les entreprises

1. Un guide utile.

L'ADLC recommande d'établir un programme de conformité comportant (i) une prise de position claire, ferme et publique des dirigeants et mandataires sociaux en faveur du respect des règles de concurrence ; (ii) la désignation d'une ou plusieurs personnes chargées du programme, disposant de la compétence et de l'autorité nécessaire et des moyens suffisants ; (iii) des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation ; (iv) des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte et (v) un dispositif effectif de suivi. Le code de conduite devrait être complété par un dispositif d'alerte interne permettant à tout membre de l'entreprise de bénéficier de conseils et de signaler de bonne foi, si possible de manière confidentielle, et en étant assuré de ne pas subir de représailles, des infractions avérées ou possibles au droit de la concurrence. Il est tout à fait possible de s'inspirer de ces principes pour mettre en place un programme de conformité au sein des

entreprises, en les adaptant à la cartographie des risques spécifiques de concurrence du secteur et de l'entreprise. Une entreprise en position dominante devra par exemple développer toute une série de mesures pour traiter des risques de pratiques d'abus qu'une entreprise de droit commun pourra aborder de façon beaucoup plus limitée et plutôt afin d'informer les cadres et les dirigeants sur les recours de leur entreprise au cas où elle serait victime d'abus de la part de tiers. L'ADLC indique que le programme doit être créé sur mesure.

2. Un rappel opportun de l'importance du droit de la concurrence.

L'ADLC rappelle à juste titre l'importance d'une concurrence libre et non faussée en termes d'offre diversifiée de produits et de services et de dynamique des marchés. Elle souligne également l'importance de la prévention des risques financiers et d'atteinte à la réputation des entreprises en cas d'infraction ainsi que le rôle moteur des avocats, des juristes d'entreprise et des syndicats professionnels en vue de mettre en œuvre les programmes de conformité en partenariat avec les autorités de concurrence.

Malheureusement, il manque une série de mesures complémentaires pour que ces bonnes intentions se concrétisent de manière efficiente en pratique.

II. Les limites de la politique de conformité proposée par l'Autorité de la concurrence

3. Un document trop orienté vers l'intérêt de l'ADLC en tant qu'autorité de poursuite.

L'ADLC reconnaît qu'un programme de conformité permet de respecter le droit et de prévenir le risque d'infraction aux règles en détectant de façon précoce des pratiques anticoncurrentielles. Mais pour elle, cette détection a pour objet de permettre « le signalement des infractions pour bénéficier de la procédure de clémence ». Or, une telle solution n'est absolument pas satisfaisante. La clémence n'est pas ouverte en cas d'ententes verticales et, en cas d'entente horizontale, un programme de conformité ne met à jour que des indices d'accords ou de concertation sans permettre la constitution d'un dossier de clémence. Là encore, l'entreprise qui met fin à une dérive se trouve totalement démunie. Dans les deux cas, le programme de conformité pourra même éventuellement se retourner contre elle, car les audits, recommandations et mesures correctrices du *compliance officer* mettant fin à l'infraction constitueront autant de preuves à charge en cas d'enquête ultérieure.

4. Une absence totale d'incitation à la mise en place de tels programmes par le biais de réductions d'amendes.

Selon la jurisprudence européenne la plus récente (TUE, 29 sept. 2021, *LawLex202100005422JBJ*), la mise en place d'un programme de conformité interne à l'entreprise ne change rien au fait que celle-ci a participé à des échanges anticoncurrentiels. L'ADLC adoptait déjà la même position dans son document-cadre du 10 février 2012 : « force est de constater que, lorsqu'une infraction a été commise en dépit de l'existence d'un programme de conformité, cet élément ne change rien à la réalité de l'infraction (...). L'Autorité considère que cet élément ne mérite pas d'être pris en considération dans le cadre de l'individualisation de sa sanction, dès lors qu'il n'a pas empêché l'infraction d'advenir ». Le droit positif ignore ainsi totalement la théorie des incitations pourtant reconnue depuis longtemps par l'analyse économique. En droit américain, l'existence d'un programme de conformité robuste a depuis longtemps été associée à une réduction d'amende. En 2019, le Department of Justice a indiqué prendre en considération les programmes dès le stade des poursuites. Une étude de l'OCDE de 2021 confirme qu'un nombre croissant d'autorités de concurrence dans le monde tient compte au stade des amendes de l'existence de programmes de conformité (Canada, Allemagne, Chine, Hongrie, Pays-Bas et Brésil). Dès lors que le nouveau communiqué Sanctions de l'ADLC va conduire *de facto* à un doublement automatique du montant des amendes. Ne serait-il pas admissible d'accorder au moins 10 % de réduction pour la mise en place d'un programme de conformité même non fructueux, et 50 % de réduction au cas où il aurait permis de mettre fin à une infraction ?

5. L'absolue nécessité de mesures de protection des avis de conformité des juristes d'entreprise et des avocats de concurrence.

Afin d'éviter que les efforts des juristes d'entreprise pour détecter et mettre fin aux infractions ne soient utilisés par les autorités pour en établir la preuve *a posteriori*, le *legal privilege* s'impose pour leurs consultations et avis de conformité. De même, bien que la loi Dupont-Moretti semble avoir restauré partiellement la protection du secret professionnel en matière de conseil au-delà de la simple défense contentieuse, il est indispensable de garantir la confidentialité absolue des conseils des avocats tendant aux mêmes fins.