

MEMORANDUM

A : Autorité de la concurrence

De : Cabinet Vogel & Vogel

Ref. : Observations du cabinet suite à la consultation de l'ADLC sur le projet de document-cadre de l'Autorité sur les programmes de conformité.

Date : 2 décembre 2021

Observations du cabinet Vogel & Vogel sur le projet de document-cadre de l'Autorité de la concurrence sur les programmes de conformité

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.

Nous saluons la publication de ce projet et sa soumission à consultation. Ce mode d'adoption des textes est tout à fait opportun et utile et permet de confronter les projets à la pratique et de les enrichir.

Il est indéniable que le projet fournit des préconisations et une trame de programme de conformité très utile que les entreprises peuvent adapter à leur situation spécifique.

Nous pensons que l'efficacité du projet pourrait être améliorée s'il était assorti d'incitations des entreprises à s'inscrire dans une démarche de conformité. Une telle incitation pourrait par exemple passer par une réduction de l'amende de base en cas d'adoption d'un programme et d'une réduction d'amende encore plus importante 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* au bénéfice des 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 très utile pour les entreprises

- 1. Un guide très 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. Il est également suggéré 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.

Nous pensons qu'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 bien entendu 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 position dominante de tiers. L'ADLC indique à juste titre que le programme doit être créé sur mesure.

- 2. Un rappel opportun de l'importance du droit de la concurrence.** L'Autorité de la concurrence 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. On ne peut qu'être d'accord avec elle lorsqu'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.

Plusieurs mesures complémentaires pourraient contribuer à inciter encore davantage les entreprises à recourir à de tels programmes de conformité.

II. Les incitations qui seraient utiles pour développer en pratique la politique de conformité proposée par l'Autorité de la concurrence

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. Aux yeux de l'Autorité, cette détection a pour objet de permettre « le signalement des infractions pour bénéficier de la procédure de clémence ».

Cependant, il existe de nombreux cas dans lesquels les entreprises ne peuvent pas initier une procédure de clémence.

Ainsi, la clémence n'est pas ouverte en cas d'ententes verticales. L'entreprise qui a découvert et mis fin à une entente verticale grâce à un programme de conformité ne dispose d'aucune solution réellement satisfaisante en l'état, sauf à espérer ne pas attirer l'attention des autorités pendant cinq ans.

De même, en cas d'entente horizontale, très souvent un programme de conformité ne permet que de mettre à jour 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 peuvent constituer autant de preuves à charge en cas d'enquête ultérieure.

- 3. L'utilité de la mise en place d'incitations en vue d'encourager de tels programmes par le biais de réductions d'amendes.**

Selon la jurisprudence européenne la plus récente (TUE, 29 sept. 2021, T-342/18, LawLex202100005422JBJ, point 550), 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 : « en effet, 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 pourrait utilement s'inspirer de la théorie des incitations 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 risque de conduire *de facto* à un doublement automatique du montant des amendes, ne serait-il pas envisageable 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 ?

4. L'opportunité de mesures de protection des avis de conformité des juristes d'entreprise et des avocats de concurrence.

Afin d'éviter que les efforts faits par les juristes d'entreprise pour détecter et mettre fin aux infractions ne se retournent contre eux pour en établir la preuve *a posteriori*, le *legal privilege* pour leurs consultations et avis de conformité permettrait d'éviter cet effet pervers.

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 paraît indispensable de garantir la confidentialité absolue des conseils des avocats tendant aux mêmes fins.

Ces mesures d'accompagnement du programme de conformité permettraient certainement d'en développer l'adoption par de nombreuses entreprises et contribueraient ainsi à une mise en œuvre encore plus large du droit de la concurrence.