

De l'intérêt pour une entreprise d'adopter un programme de conformité (PARTIE II)

Le 10 février 2012, l'Autorité française de la concurrence (« ADLC ») a publié son document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence.

Comme le souligne l'ADLC, «les programmes de conformité sont des outils permettant aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter des infractions aux normes juridiques qui s'appliquent à eux, notamment en matière de concurrence.^[1] »

Ces programmes reposent à la fois sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect du droit de la concurrence au sein de l'entreprise (formation, sensibilisation des dirigeants et du personnel) et sur des mécanismes internes d'alerte, de conseil et d'audit destinés à maîtriser le risque d'infractions (prévention, détection, traitement).

Après avoir souligné, dans notre e-newsletter du mois de mars 2012, le caractère contraignant des préconisations de l'Autorité de la concurrence (l'« ADLC ») relatives au contenu du programme de conformité ainsi que ses carences, il est maintenant nécessaire d'analyser les gains effectifs garantis par l'adoption d'un tel programme et de les comparer, en toute objectivité, aux gains qu'une entreprise est en droit d'attendre d'un tel programme (compte tenu des investissements en termes de ressources financières et humaines pour sa mise en place). C'est à l'aulne de ce bilan avantages / coûts que se mesure l'intérêt (relatif) pour une entreprise d'adopter en son sein un programme de conformité.

II Bilan avantages / coûts de la mise en place d'un programme de conformité

a) sur le bénéfice principal attendu des entreprises : la réduction de sanction

L'adoption d'un programme de conformité garantit 10% de réduction de sanction

L'ADLC dispose dans son document-cadre que : *« les entreprises ou organismes qui s'engagent à mettre en place un programme de conformité répondant à ces bonnes pratiques ou à améliorer un programme de conformité préexistant dans la mesure nécessaire à cet effet, dans le cadre de la procédure de non-*

contestation des griefs, pourront se voir accorder, à ce titre, une réduction de la sanction encourue susceptible de s'élever jusqu'à 10% (...) ».

C'est sur ce point essentiellement que réside la divergence des positions de l'ADLC et de la Commission européenne, cette dernière ayant exclu de « monnayer » l'adoption de programmes de conformité^[2]. En cela, le système instauré par l'ADLC est plus incitatif que celui de la Commission européenne.

Il convient néanmoins de relativiser la portée du bénéfice de cette réduction, dans la mesure où ne peut y prétendre qu'une entreprise qui aura, au préalable, opté pour la procédure de non-contestation de griefs prévue à l'article L.464-2 III du Code de commerce, appelée également « transaction ».

Pour mémoire, cette procédure implique de la part de l'entreprise prétendument contrevenante une renonciation totale à toute contestation de (i) la régularité de la procédure et (ii) la réalité des griefs qui lui sont notifiés (elle peut simplement discuter de la gravité des infractions reprochées).

C'est à ce prix seulement que l'entreprise poursuivie peut prétendre bénéficier de la réduction de sanction de 10% précitée. Les entreprises peuvent donc être conduites à ne pas opter pour la procédure de non-contestation du seul fait qu'un des griefs qui leur a été notifié leur paraît infondé – ce qui nuit à l'efficacité du système prôné par l'ADLC.

Le cumul possible des réductions de sanctions

Le projet de document-cadre soumis à consultation publique a fait l'objet d'amendements importants s'agissant des conditions dans lesquelles les programmes de conformité doivent être pris en considération. Dans le projet initial, il était notamment établi un lien automatique entre la révélation d'infractions par les programmes de conformité et la nécessaire demande de clémence.

Devant la levée de boucliers des praticiens de la concurrence arguant du caractère trop restrictif – et partant, peu attractif – des conditions dans lesquelles les entreprises peuvent tirer bénéfice des programmes de conformité, l'Autorité de la concurrence a amendé, en conséquence, son document-cadre.

- le cumul des bénéfices liés à la procédure de non-contestation de griefs : comme nous l'avons vu, l'option en faveur de cette procédure est un préalable nécessaire pour pouvoir prétendre aux 10% de réduction liée à l'adoption du programme de conformité.
A cela, peuvent être également ajoutés les 10% de réduction (récompensant le choix de la non-contestation) et 5% au titre des engagements pris par l'entreprise contrevenante pour remédier aux pratiques prohibées ; le cumul de ces réductions étant plafonné, en tout état de cause, à 25%.
- le cumul des bénéfices liés à la clémence et à la contestation des griefs : tenant compte de sa décision concernant le cartel des lessives^[3], l'ADLC ouvre finalement la possibilité pour les entreprises de prétendre au cumul des réductions prévues dans le cadre des deux procédures, lorsqu'il apparaît que les griefs notifiés à l'entreprise portent sur des faits différents de ceux qui ont été portés par cette même entreprise à la connaissance de l'ADLC, dans sa demande de clémence. A l'évidence, il est

question ici de la réduction de sanction pouvant bénéficier à un demandeur à la clémence « de second rang » (réduction maximale de 50%) – le demandeur de « premier rang » bénéficiant, de facto, de l'exonération totale.

Au sujet de la clémence, il conviendra de noter que, suite à la consultation publique, l'ADLC a supprimé, dans son document-cadre, le lien automatique qui était fait entre programme de conformité et clémence. Dans le texte initial, l'ADLC considérait en effet qu'une entreprise ayant découvert l'existence d'un « cartel » via son programme de conformité, était contrainte de déclencher une procédure de clémence ; une telle démarche étant en effet pour l'ADLC « *la seule qui soit cohérente avec leur engagement éthique en faveur de la conformité* »^[4].

Face aux critiques virulentes formulées, à juste titre, au moment de la consultation publique (et relatives notamment au fait que le recours à la procédure de clémence reste facultatif pour les entreprises), l'ADLC a atténué son propos et supprimé le lien mécanique créé entre « programme de conformité » et « clémence » ; la demande de clémence étant désormais « la démarche la plus cohérente » et non pas « la seule qui soit cohérente ». La clémence n'est plus considérée comme la seule voie possible pour la valorisation des programmes de conformité.

b) Un système qui reste insuffisamment incitatif

1. Le programme de conformité devrait être une « circonstance atténuante »

Si l'ADLC estime que l'adoption d'un programme de conformité peut justifier la réduction de 10% de la sanction prononcée (qui, rappelons-le, n'est applicable que dans le cadre de la procédure de non-contestation de griefs), elle refuse de considérer pour autant qu'un tel programme soit pris en considération au moment de l'appréciation de la sanction encourue au titre d'une quelconque « circonstance atténuante »^[5].

Il est regrettable que la position de l'ADLC ne soit pas, sur ce point, plus proche de celle de certaines autorités nationales de la concurrence telles que l'Office of Fair Trading (OFT) britannique lequel considère parfois comme une circonstance atténuante la mise en place par une entreprise de mesures adéquates pour assurer la conformité des ses pratiques^[6].

Toutefois, il convient de relever que, suite à la consultation publique, l'ADLC concède, dans le document-cadre, la possibilité pour une entreprise de prétendre à ce que le programme de conformité soit considéré comme une circonstance atténuante, dans l'hypothèse où ledit programme aurait permis de détecter et de faire cesser des infractions (hors le cas des cartels) avant l'ouverture d'une enquête ou d'une procédure par l'ADLC^[7].

2. Le caractère peu incitatif des réductions de sanction accordées (même en cas de cumul de

réfactions)

- Sur la réduction plafonnée à 10% concernant le programme de conformité : de par son montant invariable, elle ne permet pas de prendre en considération la qualité de certains programmes de conformité et de récompenser l'effort créatif et l'implication que certaines entreprises peuvent mettre dans la rédaction de leur programme.
- Sur le cumul de réductions plafonnées à 25% :

En plafonnant le cumul à 25%^[8], l'ADLC cherche à ne pas concurrencer la réduction de sanction pouvant être obtenue dans le cadre de la clémence de 2nd rang (50%). Cette crainte paraît peu justifiée et nuit à l'attractivité du système.

En effet, il convient de rappeler que seule peut bénéficier de la réduction de 50% la dénonciation de cartels ; restent toutes les autres infractions (les plus nombreuses) qui ne peuvent faire l'objet de la demande de clémence et pour lesquelles il n'est donc pas légitime, pour cette raison, de plafonner la réduction de sanctions.

Pour justifier ce plafonnement, il est fait référence au communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation de griefs lequel précise pourtant que la réduction complémentaire au titre des engagements souscrits peut être comprise entre 5 et 15%.

En conséquence, le plafond devrait – en cas de programme de conformité et d'engagements dans le cadre de la non-contestation de griefs – être évalué à 35% et non à 25%.^[9]

c) Le programme de conformité devrait permettre de limiter l'imputabilité des infractions aux seules personnes (physiques ou morales) les ayant commises

L'existence d'un programme de conformité « Groupe » ne devrait pas conduire à rendre irréfragable la présomption de responsabilité pesant sur les société-mères en cas d'infraction de ses filiales ou salariés de ces dernières^[10]. Au contraire même, non seulement la présomption devrait rester simple mais l'adoption d'un programme de conformité portée à la connaissance des salariés/filiales via des sessions de formation adaptées devrait même pouvoir être utilisée comme facteur disculpant des sociétés-mères en cas de violations manifestes et isolées du programme de conformité par leurs filiales / salariés.

En conclusion, tout le monde s'accorde à saluer l'initiative de l'ADLC et à voir dans la parution de son document-cadre la volonté louable de donner aux entreprises un instrument permettant de les aider à élaborer ou améliorer leurs programmes de conformité. Pour autant, il est unanimement admis que l'ADLC aurait pu aller plus loin pour mieux prendre en compte les attentes et besoins légitimes des entreprises. Les carences du document-cadre préjudicient en réalité directement à l'attractivité des programmes de conformité. Quel est, en effet, l'intérêt pour une entreprise d'exposer des coûts importants pour la mise en place d'un programme de conformité (coût financier des audits, du « compliance officer », des formations internes....) alors que le

bénéfice en résultant est somme toute assez réduit (10%) et, en tout état de cause, très relatif (sachant qu'il faut, pour pouvoir y prétendre, opter pour la procédure de non-contestation de griefs) ?

Il n'en demeure pas moins que la mobilisation des énergies en interne autour de l'élaboration d'un programme de conformité participe d'une prise de conscience collective des risques d'infractions en droit de la concurrence et constitue, en cela, le meilleur outil de détection et de prévention des infractions au sein des entreprises.

Si l'adoption d'un programme de conformité n'est pas encore appréhendée comme une « circonstance atténuante » pour l'évaluation de la sanction, l'inexistence au sein d'une entreprise d'un programme de conformité, dans un contexte où sa mise en place est de plus en plus encouragée, ne pourrait-elle pas être considérée à terme, en cas d'infraction avérée, comme une « circonstance aggravante » ? Et si, bientôt, les entreprises n'avaient pas d'autre choix que de mettre en place un programme de conformité...

[1] http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

[2] Se reporter au document de la Commission Européenne « *Compliance matters : what companies can do better to respect EU competition rules* ».

[3] Décision n°11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, §773 : « *lorsque le champ des griefs notifiés diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente telle que décrite par le demandeur de clémence (...), la mise en œuvre de la procédure de non-contestation de griefs à son égard peut revêtir un intérêt certain du point de vue du rapporteur général, compte tenu des gains procéduraux qu'elle peut engendrer* ».

[4] Point 24 du projet initial : « *dans le cas où une infraction est commise et où l'entreprise ou l'organisme en cause ne présente pas de demande de clémence, ou que les conditions permettant de bénéficier de cette procédure ne sont pas remplies, l'Autorité considère qu'il n'est pas justifié de tenir compte de l'existence de son programme de conformité dans le cadre de la détermination de sa sanction pécuniaire* ».

[5] Point 25 du document-cadre de l'ADLC : « *(...) il n'y a pas lieu de considérer que le fait d'avoir mis en place un programme de conformité constitue en tant que tel une circonstance atténuante. 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* ».

[6] Office of Fair Trading, n° CA98/02/2009, *Bid rigging in the construction industry in England*, 21 September 2009.

[7] Point 28 du document-cadre.

[8] Ainsi, dans son tableau préalable et au point 31, le document-cadre précise qu'à la réduction de 10% « pourront s'ajouter les autres réductions de sanctions envisageables dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, dans la limite totale de 25% indiquée par le communiqué de procédure de l'Autorité à ce sujet ».

[9] 10% (au titre du programme de conformité) + 10% (au titre du recours à la procédure de non-contestation de griefs) + 15% (limite maximale au titre de la réduction octroyée en contrepartie d'engagements) = 35% de réduction.

[10] Dernière décision de référence en l'espèce : TUE, 13 juillet 2011 - aff. T-141/07

Soulier Bunch est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, visitez soulierbunch.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.