



Le programme de conformité aux règles de concurrence

Fiche pratique publié le 29/04/2020, vu 2277 fois, Auteur : [Maître Mourad MEDJNAH](#)

Le programme de conformité aux règles de concurrence est un dispositif d'anticipation déployé en amont afin d'éviter la commission de toutes infractions aux règles du droit de la concurrence.

Les éminents penseurs du droit français de la concurrence considéraient pendant longtemps que le droit de la concurrence devait avoir pour objet et pour effet de protéger la concurrence, et non pas les concurrents, autrement dit, l'ordre public, et non pas les intérêts privés. Cela a eu pour conséquence négative de priver les acteurs économiques de toute possibilité pédagogique de mettre en place, par eux-mêmes et pour eux-mêmes, des instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence, à l'instar du programme de conformité. Ils ont été privés de toute participation active à l'effort de régulation des marchés concurrentiels, parce que le gendarme de la concurrence refusait toute forme d'autorégulation des marchés de peur que celle-ci rende l'économie libérale anarchique.

Aujourd'hui, et plus précisément depuis plus d'une décennie, la perception de l'Autorité de la concurrence a changé depuis qu'elle a fait sienne l'analyse économique du droit de la concurrence. Celle-ci lui permet de faire preuve désormais de méthodologie, pédagogie, pragmatisme et souplesse dans son analyse concurrentielle des marchés, et de ne plus se contenter d'appliquer mécaniquement et strictement les règles de concurrence selon une logique juridique *stricto sensu*. C'est à partir de ce changement de conception que l'Autorité de la concurrence a estimé que les entreprises devaient avoir un rôle déterminant à jouer dans le fonctionnement concurrentiel des marchés.

Cette évolution est perceptible à l'endroit de nombreuses autorités nationales de concurrence, y compris le régulateur algérien. Ce dernier fait de l'analyse économique comme le prouve la discussion d'aujourd'hui sur le programme de conformité aux règles de la concurrence. Il s'agit d'une problématique nouvelle, en phase expérimentale, qui suscite l'intérêt et l'adhésion de nombreuses entreprises, parce que le régulateur leur fait comprendre que la protection de leurs intérêts privés n'est pas antinomique de celle de l'intérêt public dans un environnement concurrentiel. Sans acteurs économiques, il n'y a pas de marché !

La mise en place d'un programme de conformité dans telle ou telle entreprise (ou organisme) s'inscrit dans une stratégie de régulation volontariste de prévention et de gestion des risques concurrentiels. Les entreprises sont encouragées, quels que soient leur taille ou leur secteur d'activité, à se prémunir contre toute tentation opportuniste, tout comportement abusif, voire anticoncurrentiel, en adoptant en leur sein un programme de conformité adapté à leurs besoins. Il

s'agit donc d'un outil de responsabilisation par rapport à ce que l'on attend d'une entreprise : un comportement éthique dans un marché concurrentiel complexe où la compétition est souvent rude, voire brutale. L'éthique est « l'objectif-phare » de notre discussion d'aujourd'hui.

Une autre caractéristique tient lieu du fait que le programme de conformité aux règles de concurrence est un outil de régulation *ex ante* à la disposition de l'Autorité de la concurrence. En effet, accessoirement aux sanctions pécuniaires, ce type de dispositif produit les mêmes effets que les procédures négociées, telles que la procédure de clémence, la procédure d'acceptation des engagements ou encore la procédure de non contestation des griefs. C'est une forme de contractualisation des relations entre les entreprises et l'autorité générale de concurrence, qui participe à la modernisation du droit de la concurrence. C'est donc la preuve même que l'autorité générale de concurrence n'est pas une simple autorité de sanction *ex post* ou une autorité de police de la concurrence. L'Autorité de la concurrence est pleinement une autorité de régulation en matière de concurrence. Mieux encore, à travers cette orientation, l'autorité de concurrence devient un pilier incontournable de la régulation concurrentielle des marchés.

Je vois trois raisons pour justifier la nécessaire participation des entreprises au fonctionnement et à l'équilibre concurrentiel du marché placé sous le contrôle du régulateur de la concurrence :

1. L'application exclusive des règles de concurrence n'est pas susceptible à elle-seule d'apporter des solutions efficaces dans la lutte contre des pratiques restrictives de concurrence. Je pense en particulier aux règles de concurrence relatives aux ententes illicites et aux abus de position dominante, décrites aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce, ainsi que les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) d'application directe en droit interne.

2. Dans la mesure où la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle sont protégées dans une économie libérale, l'intervention de l'autorité de concurrence n'est légitime que dans le cas où une atteinte au libre jeu de la concurrence est avérée. Le souci est que, dans une politique de concurrence dite efficace, il faut prendre en compte les atteintes potentielles ou possibles au jeu concurrentiel. C'est précisément à ce niveau-là que le rôle des entreprises (et des organismes) dans la mise en place d'un programme de conformité est déterminant pour prévenir tout risque d'atteinte à la concurrence.

3. La participation des entreprises à l'équilibre des marchés concurrentiels, notamment à travers la mise en œuvre de programmes de conformité, permet à l'Autorité de la concurrence, en tant que gardienne de l'ordre public concurrentiel au bénéfice des consommateurs, de concentrer ses efforts sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves, souvent de dimension internationale à l'instar des cartels qui peuvent conduire à une crise économique, comme aux Etats-Unis avec le scandale des affaires *Enron et Wordcom* en 2002 et, plus récemment, avec la crise des *subprimes* en 2008. D'où l'importance de la mise en œuvre d'un programme de conformité au sein de chaque entreprise, et surtout vis-à-vis de celles dont l'activité économique ou commerciale ont un impact direct sur l'équilibre des structures concurrentielles du marché.

Tout l'enjeu pour les entreprises est de savoir comment mettre en place un programme de conformité, applicable de l'intérieur, à tous les niveaux hiérarchiques, du simple salarié jusqu'au PDG. en faveur d'une culture de respect des règles de concurrence en prenant toutes mesures utiles de prévention et d'anticipation contre tout risque d'atteinte au libre jeu de la concurrence, telles que :

- des mesures d'information, de formation et de sensibilisation du personnel (bulletins d'informations internes expliquant le sens et la portée des règles de concurrence, mécanismes internes d'alerte sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles, formation des salariés impliqués dans la stratégie commerciale de l'entreprise) ;

- des mesures de contrôle, d'audit et d'alerte (intégration de clauses relative à la politique de conformité de l'entreprise aux règles de concurrence dans le règlement intérieur ou dans les contrat de travail, mise en place d'un dispositif de traitement des demandes de conseils et des alertes sur l'existence d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence, réalisation d'audits interne sur l'évaluation du programme de conformité).

En somme, toutes ces mesures préventives incitent les entreprises à s'autoréguler parce que cette forme d'autorégulation offre aux entreprises une sécurité juridique non négligeable ; elle permet aussi à l'autorité de concurrence de se concentrer sur les cas d'infractions qui n'ont pas pu être évités.

Cet outil de régulation ex ante de la concurrence présente des avantages autant pour le régulateur (en termes d'accélération du traitement des affaires contentieuses dites mineures, celles qui n'ont pas un réel impact sur l'équilibre structurel des marchés, lui permettant ainsi de se concentrer sur les atteintes à la concurrence les plus graves) que pour les opérateurs économiques (en termes de protection de leur sécurité juridique et de réduction des sanctions pénales pour les entreprises s'engageant à adopter ou à améliorer un programme de conformité pour éviter la réitération de l'infraction qu'elles ont commises).

Afin d'aider les entreprises ou les organismes à mettre en place un programme de conformité et à

les encourager à consacrer les moyens nécessaires pour en assurer le succès, l'Autorité de la concurrence a publié le 10 février 2012 un Document cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Ce document cadre sert de modèle ou de guide destiné à aider les entreprises à assurer l'efficacité des programmes de conformité qu'elles envisagent de mettre en œuvre. Il s'agit d'un recueil de bonnes pratiques que chaque entreprise peut prendre à son compte ou s'en inspirer pour la mise en place de son propre programme de conformité.

En résumé, ce document cadre met en évidence cinq bonnes pratiques que l'Autorité de la concurrence considère comme des « piliers » de l'efficacité et de la crédibilité d'un programme de conformité :

- **pilier 1 : un engagement public de l'entreprise** : L'entreprise doit prendre une position « *claire, ferme et publique* » de respecter de façon permanente les règles de concurrence. Cet engagement pour une véritable culture de la conformité doit concerner tous les échelons de l'entreprise, de la direction aux équipes commerciales en passant par les cadres juridiques.

- **pilier 2 : la désignation d'experts internes** : La direction de l'entreprise doit désigner une ou plusieurs personnes responsables en interne de la gestion du programme de conformité, ce qui implique que cet « organe conformité » soit dotés de moyens nécessaires et de pouvoirs suffisants pour assurer une bonne mise en œuvre d'un programme de conformité.

- **pilier 3 : la mise en œuvre des mesures d'information, de formation et de sensibilisation du personnel dans le respect du droit du travail** : La direction de l'entreprise doit diffuser en interne des bulletins d'information expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence, mettre en place des mécanismes d'alerte sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles, et former le personnel concerné sur les risques d'infractions dans le cadre de leur activité (par exemple, les responsables de vente doivent être formés sur la politique tarifaire de l'entreprise pour éviter tout risque d'atteinte à la concurrence par les prix en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse).

- **pilier 4 : la mise en place de mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte interne** : Pour exercer un contrôle efficace, la direction de l'entreprise peut créer un service ou un département spécialisé (sorte de « guichet unique ») accessible à tout salarié qui souhaiterait solliciter un conseil sur la conduite à tenir ou alerter les dirigeants sociaux sur l'existence d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence. Pour détecter des cas de non-conformité, l'entreprise peut aussi réaliser des audits internes permettant d'évaluer les forces et les faiblesses de son programme de conformité.

- **pilier 5 : le dispositif de suivi** : La création d'un programme de conformité n'a d'intérêt que si l'entreprise assure le suivi de sa mise en œuvre, à travers notamment des procédures de traitement des demandes de conseils, d'examen des alertes et des sanctions disciplinaires à l'encontre des salariés qui ne respecteraient le programme de conformité.

En France, principalement deux points de discussion font régulièrement débat dans la relation entre l'Autorité de la concurrence et les opérateurs économiques :

(1) La question du coût supporté par les entreprises en matière de conformité aux règles de concurrence. Il est vrai que la mise en place d'un programme de conformité peut engendrer, à moyen et long terme, un coût de fonctionnement important pour les entreprises. Mais celles-ci doivent comprendre qu'il est de leur intérêt de se doter d'un programme de conformité aux règles de concurrence, tant les sanctions pécuniaires sont élevées, puisque leur montant peut atteindre 10 % de leur chiffre d'affaires mondial consolidé. Concrètement cela peut représenter quelques centaines de milliers d'euros, voire plusieurs centaines de millions d'euros pour des entreprises de dimension internationale ayant participé à des pratiques anticoncurrentielles les plus graves, comme les cartels par exemple qui portent une atteinte grave et immédiate aux règles de concurrence. Le coût très élevé engendré par une infraction (procédure contentieuse longue et coûteuse, mobilisatrice de ressources, et accrue par le montant élevé de l'amende) constitue en soi une bonne raison de mener à bien les efforts nécessaires à la mise en place d'un programme de conformité. Les entreprises qui seraient quand même tentées de s'engager, en connaissance de cause, dans des pratiques illicites pour en tirer un gain économique qu'elles estimerait ne pas pouvoir atteindre en respectant les règles de concurrence, est une stratégie perdue d'avance. D'abord parce qu'une entreprise participant à une entente illicite, par exemple, n'aura pas le temps d'en récolter les fruits. Ensuite parce qu'elle n'est jamais à l'abri d'une dénonciation à tout moment par un concurrent, un client, un partenaire ou un ancien salarié, y compris à l'occasion d'une enquête de concurrence.

(2) La question de l'efficacité des programmes de conformité au regard des objectifs fixés par le régulateur de la concurrence. Pour que les entreprises puissent mettre en œuvre des programmes de conformité dits efficaces, l'Autorité de la concurrence estime que ces programmes doivent poursuivre deux objectifs : prévenir les risques d'infraction, d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pu être évités, d'autre part.

Les programmes de conformité ne doivent pas être conçus comme de simple outil d'information en direction du personnel de l'entreprise (dirigeants sociaux, cadres et autres salariés). Ce doit être des mesures fortes à l'image des développements précédents.

Cela étant dit, il faut comprendre que la mise en place d'un programme de conformité ne constitue pas une circonstance atténuante, dès lors qu'il n'a pas empêché la survenance de l'infraction. En principe, dans le cadre d'une procédure contentieuse en présence d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence, l'entreprise mise en cause ne pourra demander une réduction

de l'amende sous prétexte qu'elle disposait d'un programme de conformité, parce que visiblement ce programme était inefficace. Une demande de clémence serait plus cohérente.

De façon très exceptionnelle, l'Autorité peut décider de réduire l'amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial lorsqu'il est démontré que l'entreprise avait pris toutes les mesures utiles, par exemple en reprenant à son compte les bonnes pratiques issues du Document-cadre. En effet, le risque zéro n'existe pas. Pour bénéficier d'une telle décision, l'entreprise en cause devra s'engager à mettre en œuvre des mesures complémentaires pour empêcher, à l'avenir, la réitération de l'infraction. A terme, l'entreprise ou l'organisme devra remettre au régulateur un rapport complet et précis en ce sens. A l'inverse, si l'infraction a été commise en dépit de l'existence d'un programme de conformité, cela peut constituer une circonstance aggravante en matière de responsabilité pénale des dirigeants sociaux ».

Notre Cabinet se tient à votre disposition pour étudier votre dossier et accomplir toutes les diligences nécessaires, moyennant une rémunération forfaitaire convenue d'avance.

Maître Mourad MEDJNAH

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Mandataire en transactions immobilières

Cabinet d'avocat Medjnah

5, avenue des Chasseurs 75017 Paris

Tél/Port: 06.62.23.21.48

Mail: m.medjnah@gmail.com