

# Pourquoi disposer d'un (véritable) programme de conformité au droit de la concurrence est-il plus important que jamais ?

Coup de tonnerre en matière de conformité concurrence : l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** ») vient, le 11 octobre 2021, de publier un nouveau document-cadre concernant les programmes de conformité en droit de la concurrence (le « **Document-Cadre Conformité** »)<sup>1</sup>. La position qu'y exprime cette autorité, reconnue comme étant l'une des plus sévères au monde<sup>2</sup>, pourrait être résumée comme suit : il est, plus que jamais, impératif pour chaque entreprise active en France de disposer d'un véritable programme de conformité au droit de la concurrence.



**Romain Maulin,**  
associé fondateur

## SUR L'AUTEUR

Romain Maulin est avocat au barreau de Paris depuis 2009. Disposant d'une double formation Sciences Po (Paris) et droit, il est l'associé fondateur du cabinet Maulin Avocats qu'il a créé en 2018, après avoir exercé pendant près de dix ans dans les départements dédiés au droit de la concurrence des meilleurs cabinets anglo-saxons (Herbert Smith Freehills, Allen & Overy et Dechert). Le cabinet Maulin Avocats, comptant trois avocats spécialisés, est reconnu comme étant l'une des références incontournables en matière de droit de la concurrence, en particulier en matière de développement de stratégies de conformité concurrence.

## Contenu du Document-Cadre Conformité

Le Document-Cadre Conformité fournit tout d'abord à l'Autorité l'occasion de rappeler que « *l'objectif de la conformité est, pour une entreprise, de pleinement respecter les règles, notamment de la concurrence, et ce afin d'éviter de lourdes amendes, les contraintes liées aux enquêtes, ainsi que le risque d'atteinte à sa réputation* » et qu'« *il est du devoir, et de l'intérêt, des acteurs économiques de prendre toutes les mesures nécessaires pour conduire leurs activités en conformité avec les règles de la concurrence* »<sup>3</sup>. Le ton, résolument comminatoire, est donné. Rappelons d'emblée que le droit de la concurrence, matière en constante évolution, présente une singularité significative par rapport à d'autres branches du droit. On sait en effet, en particulier depuis la loi Sapin 2<sup>4</sup>, que dans certains domaines (dispositifs anticorruption, lutte anti-blanchiment, etc.),

la mise en place d'un processus interne de conformité approprié constitue une obligation légale. En matière de concurrence, si le législateur n'a pas, à date, formellement consacré cette obligation, selon l'aveu même de l'Autorité, la mise en place d'une stratégie de conformité concurrence appropriée est « *fortement conseillée au vu des enjeux importants en cas d'infractions* »<sup>5</sup>. Il est vrai qu'une infraction au droit de la concurrence peut, entre autres sanctions (notamment pénales, pour les cas les plus sérieux), conduire à une amende administrative pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise en cause.

C'est dans cet esprit que l'Autorité fournit un « *recueil de bonnes pratiques* » permettant à toute entreprise, qu'elle soit un grand groupe industriel ou une PME<sup>6</sup>, de construire et/ou mettre à jour son programme de conformité au droit de la concurrence.

Si cette démarche de conformité a, un temps, été récompensée par une incitation financière directe (sous la forme de réduction d'amende pour toute entreprise pouvant justifier de l'existence et/ou de la conception à venir d'un programme de conformité), l'Autorité a, radicalement, fait évoluer sa position en 2017. Par décision du 18 octobre 2017<sup>7</sup>, dont la portée exacte continue du reste d'être discutée par les spécialistes, l'Autorité a en effet estimé que « *l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente* »<sup>8</sup>. Invitée encore récemment à justifier les raisons de ce revirement, l'Autorité indiquait alors qu'« *en accordant des réductions de sanction, l'Autorité [aurait créé] une forme d'incitation négative à ne pas mettre en œuvre une politique de conformité* » et que, plus encore, « *il n'était plus justifié*

## LES POINTS CLÉS

- Le risque concurrence apparaît actuellement démultiplié par le renforcement des pouvoirs d'enquête et de sanction des autorités de concurrence (il en existe plus de 145 au niveau mondial) et par les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles (concernant en particulier le secteur numérique) qu'a connues cette matière.
- Le développement d'une véritable démarche de conformité au droit de la concurrence constitue, aujourd'hui, un impératif absolu pour toute entreprise active en France et cela, quelle que soit sa taille .
- Cette démarche doit être particulièrement structurée et faire intervenir des personnes qualifiées qui seront, successivement, chargées de concevoir et faire vivre, au quotidien, le programme de conformité au droit de la concurrence.
- Dans un monde où l'éthique des affaires revêt une importance sans cesse grandissante, les stratégies de conformité concurrence permettent de protéger et, dans certains cas (en particulier dans un contexte d'opérations d'acquisition), de renforcer la valeur de l'entreprise.

//

*de réduire une sanction au motif que l'entreprise mettrait en place, pour l'avenir, des outils qu'elle aurait dû mettre en œuvre par le passé »<sup>9</sup>.*

La mise en œuvre d'une véritable politique de conformité au droit de la concurrence n'est donc désormais plus réservée aux seuls grands groupes et/ou entreprises opérant dans des secteurs faisant, régulièrement, l'objet d'enquêtes ou de sanctions par les autorités de concurrence. La conformité concurrence étant désormais devenue l'affaire de tous, il est important que ce sujet figure parmi les priorités d'action de chaque direction juridique/direction conformité et, plus largement, du top management de chaque entreprise.

### Comment construire un programme de conformité concurrence ?

Plus qu'un (simple) sujet juridique, la conformité devient un véritable sujet de gouvernance qui permet, entre autres bénéfices, de: (i) mieux sensibiliser les collaborateurs aux comportements commerciaux qui pourraient exposer l'entreprise, (ii) fournir aux collaborateurs une façon sécurisée d'alerter la direction juridique/conformité de certaines pratiques à risque (auxquelles il pourra, ainsi, être remédié), (iii) limiter les risques que des collaborateurs et/ou top managers de bonne foi puissent voir

leurs responsabilités personnelles engagées et/ou leurs contrats de travail rompus pour faute et (iv) garantir la valeur et pérennité de l'entreprise.

Alors concrètement, comment (correctement) s'y prendre ?

**Premièrement**, il convient d'avoir une vision la plus claire possible des risques concurrence concrets auxquels une entreprise est exposée en fonction de la spécificité de son secteur d'activité, de la nature de ses divers partenaires économiques (fournisseurs et/ou clients) et de son empreinte géographique. Cela passe donc, nécessairement, par une phase d'audit comparable à celle qui, dans le cadre du devoir de vigilance imposée par la loi Sapin 2, permet d'aboutir à une cartographie des risques la plus pertinente possible. Un tel audit peut, en fonction des cas et les difficultés anticipées, être réalisé par la direction juridique (si elle dispose de ressources et d'une expertise en droit de la concurrence suffisantes) ou par un avocat spécialisé en concurrence. En pratique, il est toutefois fortement recommandé que cet audit soit conduit par un avocat externe dans la mesure où cela permettra à l'entreprise de bénéficier de la protection du secret professionnel. Cela permet d'exclure le risque que le rapport d'audit rédigé par les juristes d'entreprise – et ne disposant

pas par définition du secret professionnel – puisse être saisi par une autorité de concurrence.

**Deuxièmement**, sur la base de cette cartographie, il appartiendra à l'avocat de construire, sur mesure, un programme de conformité qui répondra aux risques potentiels de l'entreprise en question. Dans le cas d'un programme de conformité existant, la tâche consistera alors dans la mise à jour de ce dernier sur la base des tout derniers développements législatifs et/ou jurisprudentiels. Le programme de conformité, qu'il s'agisse d'un document nouvellement créé et/ou plus modestement d'une mise à jour d'un document existant devra, en tout état de cause, respecter les exigences minimales rappelées par l'Autorité dans le Document-Cadre Conformité.

Pour rappel, ces exigences (autrement désignées sous le vocable de « piliers » par l'Autorité) peuvent être résumées comme suit: 1. prise de position publique et engageante de l'entreprise quant à sa volonté de se conformer, en tous points, au droit de la concurrence; 2. désignation de responsables internes de la gestion du programme de conformité (responsable conformité ou *compliance officer*); 3. formation et sensibilisation appropriée de chaque collaborateur en fonction de son degré d'exposition au risque; 4. création de

mécanismes de contrôle et d'alerte internes (type loi Sapin 2) et 5. suivi du programme de conformité avec mise en œuvre, dans les cas qui s'y prêtent, de sanctions.

Cette phase de conception, évidemment structurante, donnera lieu à des échanges nourris entre juristes, d'une part, et opérationnels, d'autre part. Il s'agit de la condition *sine qua non* afin que le programme de conformité constitue un outil pertinent et véritablement adapté à la réalité d'affaires de l'entreprise.

**Troisièmement**, et seulement dans les cas les plus sensibles (en particulier lorsque les programmes de conformité sont conçus à la suite d'une condamnation par une autorité de concurrence et/ou dans des secteurs d'activité traditionnellement plus exposés aux enquêtes concurrence), il peut être envisagé de soumettre, de manière informelle, aux services d'instruction de l'Autorité le projet de programme de conformité préalablement à son activation. Cela permettra, dans certains cas, de nouer un dialogue constructif avec l'Autorité et de s'assurer que le projet de programme de conformité (qui, évidemment, devra alors être

suffisamment abouti avant d'être soumis à l'Autorité) répond pleinement aux recommandations figurant dans le Document-Cadre Conformité. Relevons à ce titre, qu'à l'instar de ce qu'ont récemment fait certaines autorités de concurrence majeures, l'Autorité pourrait prochainement souhaiter nommer en son sein un référent conformité qui constituerait, en matière de conformité concurrence, le contact privilégié des entreprises et de leurs conseils.

**Quatrièmement**, l'entreprise devra conduire une réflexion quant à l'automatisation du processus de conformité concurrence. Une fois passée la phase de constitution/mise à jour d'un programme de conformité, l'entreprise devra en effet réfléchir à la meilleure façon d'automatiser, autant que possible, son dispositif de conformité concurrence afin d'en faire bénéficier, en temps réel, l'ensemble de ses collaborateurs. Cette réflexion, reposant sur l'expertise et les solutions proposées par des prestataires dédiés (sauf à ce que l'entreprise dispose de ressources significatives en termes d'édition de logiciels et de *legal design*), permettra également d'embarquer, entre autres, les aspects anticorruption et anti-blanchiment.

<sup>1</sup> Autorité, document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 11 octobre 2021.

<sup>2</sup> Pour rappel, en 2020, l'Autorité, qui dispose actuellement d'une dizaine d'enquêteurs (et qui s'appuie également sur les nombreux enquêteurs dont dispose la DGCCRF), a imposé 1,8 milliard d'euros d'amende et a condamné 64 entreprises au total pour infraction au droit de la concurrence. À cet égard, elle indique, dans son rapport annuel pour 2020 qu'elle « est l'autorité nationale la plus active [au sein du Réseau européen des autorités de concurrence] (en nombre d'enquêtes ouvertes et de décisions adoptées sur le fondement du droit européen) ».

<sup>3</sup> Document-Cadre Conformité, page 1.

<sup>4</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

<sup>5</sup> Autorité, site internet, page intitulée « La conformité pour prévenir les risques ».

<sup>6</sup> L'Autorité concédant toutefois qu'« [i]l est évident qu'une démarche de conformité ne saurait être identique dans une grande ou dans une petite entreprise (...) Les PME n'ont pas forcément les moyens de mettre en place des politiques de conformité sophistiquées. Mais elles peuvent néanmoins concentrer leurs efforts et leur dispositif sur les risques les plus importants, notamment en matière d'entente et d'échange d'informations »; Autorité, site internet, page intitulée « Programme de conformité, ma PME est-elle concernée ? ».

<sup>7</sup> Autorité, décision 17-D-20.

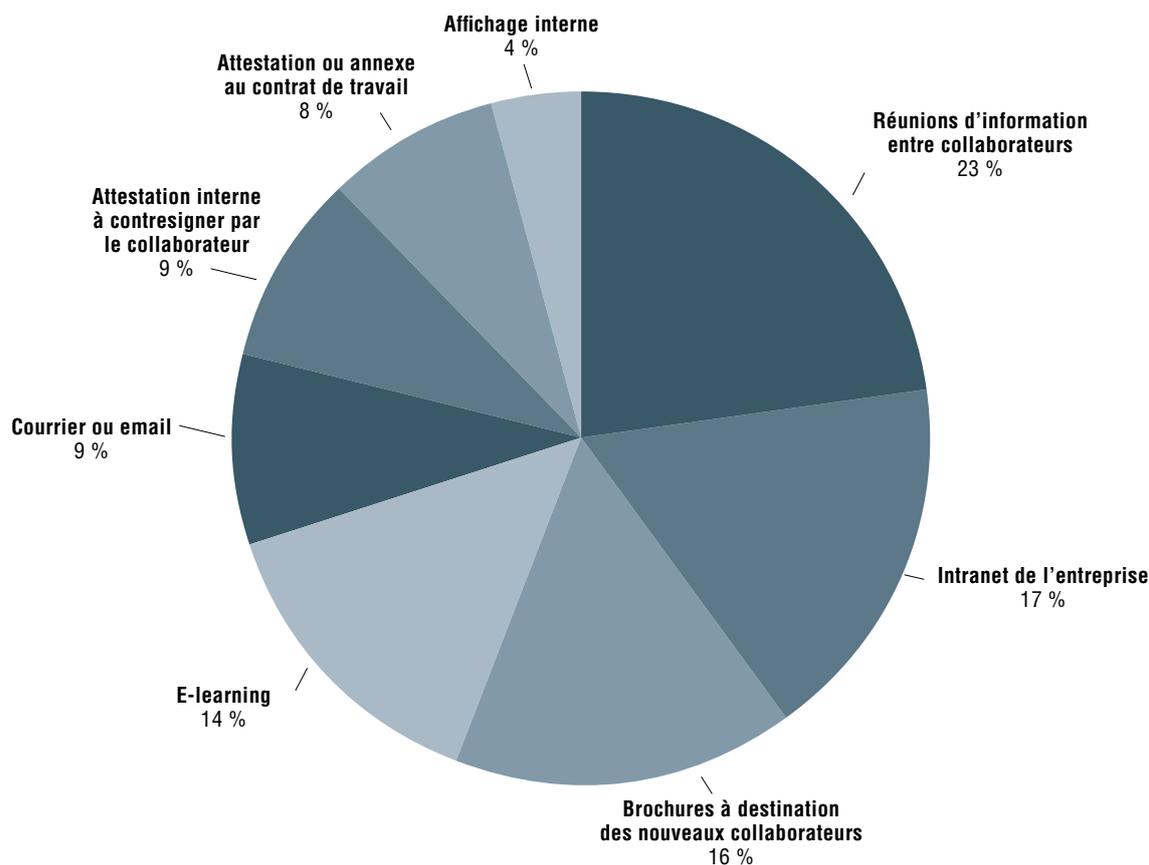
<sup>8</sup> Autorité, décision 17-D-20, § 464.

<sup>9</sup> Contribution de l'Autorité à l'OCDE, Programmes de conformité en matière de concurrence, 8 juin 2021, § 20, page 4.

<sup>10</sup> C'est, en particulier, le cas des autorités de concurrence américaine, canadienne et allemande. Isabelle de Silva, en tant que présidente de l'Autorité, indiquait, à cet égard, au cours du Webinar @Echelle : Les organismes professionnels face au droit de la concurrence du 7 septembre 2021, « Nous travaillons également à la structuration du suivi de la conformité au sein de l'Autorité donc nous allons prochainement désigner un correspondant conformité au sein de l'Autorité qui pourra animer un réseau conformité » (1 :29, surlignement ajouté).

<sup>11</sup> Par exemple, certaines PME actives dans le secteur du BTP peuvent être sanctionnées pour des soumissions concertées en matière de réponses à des appels d'offres.

MOYENS DE DIFFUSION DES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ



Source : Europe Economics