



Gide Loyrette Nouel

Chronique droit de la concurrence

N°91 - 15 décembre 2007/15 janvier 2008

En partenariat avec

DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

Le point sur...

LA PLACE DE LA « COMPLIANCE » DANS L'ÉVALUATION DE LA SANCTION

YANN UTZSCHNEIDER ET AYMERIC GAULTIER

GIDE LOYRETTE NOUEL A.A.R.P.I



YANN UTZSCHNEIDER



AYMERIC GAULTIER

Extrait du magazine
Décideurs N°91 :
15 décembre 2007/
15 janvier 2008

DECIDEURS STRATEGIE FINANCE DROIT	
Corporate Finance	
DEAL DU MOIS	
L' Vivendi : les acquisitions marquent le retour vers le futur	
■ Focus	10
■ La création de valeur immobilière selon Stanwood Capital	10
■ Subprimes : Colony Capital croit à la sortie de la crise	10
■ Tendances	13
■ Baisse des LBO et mondialisation à l'heure du M&A	13
■ Movers and shakers	16
■ Fusions acquisitions	17
■ Marché de capitaux actions	19
■ Marché du crédit	20
■ Tendances	21
■ Le classement des 25 hommes d'affaires les plus influents en 2007	24
■ Rendez-vous : SACF	24
■ Entretien avec Philippe Grousset	25
■ Chronique ingénierie financière et juridique	26
Capital Investissement	
DEAL À LA LOUPE	
L' Wendel reprend Saint-Gobain	
■ Focus	31
■ Agrégator : plus qu'un club	31
■ Tendances	34
■ Les Hedge Funds : de l'anonymat à la célébrité	34
■ Movers and shakers	36
■ LBO	38
■ Capital Venture	42
■ Recrutement	43
■ Rendez-vous : France Angels	44
■ Entretien avec Claude Rameau et Christophe Reynaud	44
Monde du Droit	
FOCUS	
L' Field Fisher Waterhouse, du cabinet londonien au cabinet européen	
■ Movers and shakers	50
■ Vieille internationale	52
■ Grands contentieux	54
■ Schneider Electric vs Chire	54
■ Rendez-vous : ANB	56
■ Une association qui a le vent en poupe	56
■ Chroniques	58
■ Propriété intellectuelle	58
■ Droit fiscal	58
■ Droit social	58
■ Droit de la concurrence	58
■ Droit pharmaceutique	58

LA PLACE DE LA « COMPLIANCE » dans l'évaluation de la sanction

Par plusieurs décisions rendues dans le courant de l'année 2007, le Conseil de la concurrence a tenu compte, pour le calcul de l'amende, d'engagements relatifs à des programmes de compliance. Le Conseil de la concurrence a notamment reconnu comme innovante la mise en place d'un système de « whistleblowing ».

Une entreprise qui, en application des dispositions de l'article L-464-2 III du Code de commerce ne conteste pas la réalité des griefs notifiés, doit prendre des engagements visant à modifier son comportement pour l'avenir. Dans ce cas et si les engagements sont respectés, le montant de l'amende sera modulé jusqu'à 50% de moins par rapport à l'amende encourue. Parmi les engagements proposés figurent de plus en plus souvent l'adoption et la mise en place d'un programme de compliance.

Les programmes doivent être
contraignants et complets

1. La mise en place d'un programme credible et vérifiable

La position du Conseil de la concurrence sur la prise en compte d'un tel programme et ses critères d'éligibilité semble avoir évolué au cours des dernières années.

Ainsi, en 2003, dans une affaire relative à une entente horizontale constatée lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, les entreprises en cause avaient décidé de ne pas contester les griefs et de proposer différents engagements. Parmi ceux-ci figuraient notamment la mise en place de formations des collaborateurs en droit de la concurrence et la diffusion de notes sur le respect du droit de la concurrence.¹

Les entreprises avaient bénéficié d'une réduction de 50 %, compte tenu de l'ensemble des engagements pris. Les décisions rendues par le Conseil de la concurrence en 2007 indiquent que des engagements de ce type ne sont plus suffisants. Le Conseil de la concurrence a en effet estimé, dans une décision du 26 juillet 2007, que des engagements de formation du personnel et de sensibilisation aux règles de concurrence « ne sont pas de nature à apporter des améliorations, substantielles et vérifiables, au fonctionnement concurrentiel

du marché affectés par les pratiques »², impliquant en cela que les programmes de compliance doivent être nettement plus contraignants et complets pour pouvoir prétendre à une réduction de la sanction.

On retrouve ces mêmes critères « d'éligibilité » dans plusieurs décisions rendues par le Conseil en 2007³. Les engagements relatifs à des programmes de compliance doivent, comme le rappelle le Conseil, être crédibles et vérifiables.

Les programmes qui ont été considérés comme crédibles et vérifiables s'articulaient le plus souvent autour des éléments suivants :

- Édition d'un guide de bonne conduite par les entreprises, rappelant les principes essentiels du droit de la concurrence et mis à jour annuellement. Cette mise à jour est primordiale car elle prouve l'implication réelle de la société ;
- Formation obligatoire des salariés au droit de la concurrence avec notamment la mise en place de programmes de « e-learning » permettant à la hiérarchie de contrôler la connaissance des règles par chaque salarié ;
- Rappel à tous des sanctions en cas d'infraction pouvant aller jusqu'à un licenciement. Un tel rappel permet de conforter la sensibilisation au respect des règles, de même que la signature par tous les salariés d'une attestation individuelle de la compréhension et de leur engagement du respect des règles ;
- Un programme de compliance doit être également soutenu de façon claire par la direction générale. Ainsi, les dirigeants peuvent signer annuellement une « lettre de conformité » par laquelle ils déclarent avoir procédé à la vérification que toutes les actions ont bien été menées en conformité avec les règles légales. Le Conseil de la concurrence apprécie que le principal dirigeant d'un groupe vienne en personne rappeler en cours de procédure, son implication personnelle pour le respect d'un programme, gage de crédibilité.
- Mise en place de mécanismes de contrôle, qui peuvent notamment prendre la forme de procédures d'audit.

Il ne s'agit cependant pas d'une liste exhaustive et des entreprises sont allées encore au-delà de tels engage-

ments en 2007. En effet, dans l'affaire dite de la location-entretien du linge en date du 26 juin 2007, les entreprises ont non seulement adopté plusieurs des mesures visées ci-dessus mais se sont engagées à mettre en œuvre un système de « whistleblowing ». Cette procédure est un système d'alerte professionnel qui donne « la faculté aux salariés de signaler toute pratique prohibée dont ils auraient connaissance à la direction des ressources humaines, à une direction d'audit interne ou à un médiateur spécialement nommé à cet effet, en bénéficiant de la confidentialité de leur démarche ».⁴



Yann Utzschneider, Avocat Associé



Aymeric Gaultier, Avocat

Cette initiative a été qualifiée « d'innovation » par le Conseil de la concurrence dans la mesure où elle va au delà des mesures habituellement proposées. Le Conseil de la concurrence indique ainsi que « les engagements comportementaux et les dispositifs de formation et d'alerte se renforcent mutuellement ».

Dans sa décision, le Conseil de la concurrence prend le soin d'indiquer qu'un tel système n'a soulevé aucune objection de principe de la part de la CNIL.

Les entreprises en cause ont obtenu une réduction de 25% et de 30 % de l'amende.

On rappellera que dans toutes ces affaires, les entreprises avaient proposé des engagements dans le cadre de la procédure de non contestation de griefs. Le Conseil reste bien entendu souverain dans l'acceptation ou non de ces engagements, quand bien même les critères d'éligibilité seraient remplis.

2. Quel avenir pour les programmes de compliance ?

Le Conseil de la concurrence a récemment lancé un appel d'offres pour l'élaboration d'une étude portant sur l'état des lieux et les perspectives des programmes de compliance en France.

Si une telle étude démontre l'intérêt du Conseil pour de tels programmes, ce dernier considère que la procédure de non contestation doit rester moins attractive que la procédure de clémence.

Le Conseil a ainsi rappelé dans sa décision du 26 juin 2007 que « le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées dans le cadre

du programme de clémence pour les demandeurs qui ne peuvent bénéficier de l'exonération totale doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non contestation des griefs. L'espérance de gain doit nécessairement rester inférieure dans ce deuxième cas pour que les deux dispositifs soient cohérents et que l'incitation à opter pour la clémence soit préservée. »

L'attitude relativement favorable du Conseil de la concurrence à l'égard de tels programmes ne semble cependant pas partagée par les instances communautaires qui demeurent réservées.

Ainsi, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, confirmant la position de la Commission Européenne, a estimé récemment que « l'adoption d'un programme de mise en conformité par l'entreprise concernée n'oblige pas la Commis-

sion à octroyer une réduction de l'amende en raison de cette circonstance. »⁵

Le Tribunal considère en outre qu'un licenciement reste « une obligation de l'entreprise et ne saurait, dès lors, être regardé comme étant une circonstance atténuante ».

Par ailleurs, si la position du Conseil concernant les programmes de compliance mis en place après les faits critiqués apparaît aujourd'hui assez établie, la situation n'est pas aussi claire dans le cas où ces programmes sont antérieurs aux faits.

La question qui se pose est alors de savoir s'il s'agit d'un facteur aggravant ou atténuant de la sanction.

Une première réponse, tiré d'une décision en date du 26 septembre 2007, laisse à penser qu'il pourrait s'agir d'un facteur aggravant.

Le Conseil a ainsi estimé que « la connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle a commises constitue également un facteur aggravant »⁷.

Cependant, dans cette affaire, la connaissance du caractère illicite provenait de l'expérience de l'entreprise en cause en matière de marchés publics qui, « de ce fait, ne pouvait ignorer le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires » et non d'une diffusion des règles de concurrence dans le cadre d'un programme de compliance.

On suivra donc avec intérêt les travaux menés par le Conseil cette année pour voir comment cette question sera traitée.

¹ Décision 03-D-10, 20 février 2003

² Décision 07-D-26, 26 juillet 2007

³ Décision 07-D-33, 15 octobre 2007; Décision 07-D-02, 23 janvier 2007; Décision 07-D-40, 23 novembre 2007

⁴ Communiqué du Conseil de la Concurrence, 26 juin 2007

⁵ Décision 07-D-21, 26 juin 2007, point 130

⁶ TPICE, aff. T-101/05, 12 décembre 2007

⁷ Décision 07-D-29, 26 septembre 2007

LES POINTS CLÉS

- Le Conseil attend des programmes crédibles et vérifiables.
- Un système de whistleblowing, mis en place pour la première fois en 2007 au titre d'un engagement, est considéré par le Conseil comme une véritable innovation.

SUR LES AUTEURS

Le département Droit Economique et Européen de Gide Loyrette Nouel à Paris est spécialisé en droit communautaire et national de la concurrence. Il a une expérience reconnue dans le domaine du contrôle des concentrations, des ententes et des abus de position dominante ainsi qu'en droit de la distribution.