

CONCURRENCE

29 L'article 59 de la loi *Macron* : une nouvelle ambition pour les programmes de *Compliance* ?



BÉNÉDICTE QUERENET-HAHN
avocat à la Cour,
GGV Grützmacher Gravert Viegener

PHILIPPE POELS
président du cabinet iSope

The bill No. 2447, known as Law Macron, proposes several provisions that will deeply modify the procedure before the Antitrust Authority (hereafter "l'Autorité"). Those relative to procedures of non-contestation or leniency should convince companies to review their compliance programs. They are often seen as "covers" which justify that "something has been done". With the new provisions of Law Macron, this approach will become counterproductive and, in order to be useful, a compliance program will have to be efficient or not to be.

Projet de loi AN n° 2447, 11 déc. 2014, pour la croissance et l'activité, art. 59

1. Propos introductifs

L'article 59 de la loi Macron (sous réserve que l'examen par le Sénat et la navette parlementaire ne modifient pas sa numérotation) apporte deux nouveautés :

- une simplification de la procédure de clémence ;
- la création d'une procédure de transaction dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs.

Les modalités de mise en œuvre de cette procédure nouvelle restent à être précisées mais son principe même va changer la nature des échanges entre l'entreprise et l'Autorité ; elle va créer les conditions d'une négociation, situation nouvelle dans laquelle l'entreprise doit se présenter avec le plus d'atouts possibles.

2. Procédure actuelle

Plaçons-nous par définition dans l'hypothèse où une entreprise découvre qu'elle a commis une infraction aux règles de concurrence.

Aujourd'hui, elle se présente devant l'Autorité dans une situation qui lui laisse peu de marge de manœuvre et qui ne lui permet pas de faire valoir ses efforts en matière de conformité.

Si elle décide de révéler « spontanément » les pratiques illicites dans le cadre de la procédure de clémence (utilisable seulement en matière d'ententes), elle doit non seulement révéler sa « culpabilité » et celles de ses « complices », mais elle doit également pleinement collaborer avec l'Autorité. Si elle décide d'attendre la découverte éventuelle de son comportement dans le cadre d'une notification des griefs, son comportement pour prévenir l'infraction n'a guère d'influence sur son sort, le montant de la réduction d'amende étant, indépendamment de toute démarche de conformité, fixé à :

- 10 % pour la non-contestation des griefs ;
- 10 % pour des engagements au titre desquels figure la mise en place ou l'amélioration d'un programme de conformité existant ;
- 5 % au titre d'un autre engagement.

Soit un maximum de 25 % au total.

Mais l'application de ce système est purement mécanique. Le document-cadre sur les programmes de conformité du 10 février 2012¹ précise dans son point 24 que « lorsqu'une infraction a été commise, l'Autorité considère qu'il n'est en aucun cas justifié de tenir compte de l'existence d'un programme de conformité en tant que telle dans le cadre de la

¹ V. *Aut. conc.*, document-cadre, 10 févr. 2012, sur les programmes de conformité aux règles de concurrence : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf.

détermination d'une sanction pécuniaire ». Le point 26 précise fort heureusement que « L'Autorité ne considèrera pas non plus l'existence d'un programme de conformité comme une circonstance aggravante (...) ».

Seule pourra avoir une influence la portée des engagements pris pour renforcer l'efficacité du programme mais avec une limite presque rédhibitoire : cet engagement autorisera l'Autorité à accorder une réduction de 10 % sur le montant d'une amende qui n'est pas connue.

En bref dans ce contexte, un programme de conformité « préventif » n'est utile que s'il a atteint son objectif : parvenir à éviter une infraction. Hors cette hypothèse, l'Autorité ne prend pas en compte la bonne volonté de l'entreprise. C'est d'ailleurs la philosophie exprimée dans le point 23 lorsqu'elle affirme que « L'existence d'un programme effectif et efficace est utile en ce qu'elle permet (...) d'en gérer les conséquences au mieux des intérêts de l'entreprise (...) ».

Cela revient à soumettre les programmes à une obligation de résultat : un bon programme est celui qui empêche les infractions, un mauvais programme est celui qui n'y parvient pas.

3. Procédure de transaction à venir

La réalité est plus complexe et c'est celle que reconnaît la procédure de transaction à venir.

Dans le cadre d'une transaction, l'Autorité pourra prendre en compte la qualité et le niveau d'exigence du programme en cours ; on peut même espérer qu'elle rentrera dans la logique anglo-saxonne qui fait des efforts déployés pour éviter un mauvais comportement, une condition d'atténuation et même de non-responsabilité dans les cas extrêmes, symétrie du raisonnement qui fait de la négligence à ne pas avoir pris des mesures préventives un facteur de responsabilité supplémentaire.

À l'inverse de la situation actuelle, une entreprise ne sera pas seulement jugée sur l'existence de l'infraction, preuve de la faillite de son programme, mais elle pourra au contraire tirer argument de la qualité de son programme.

De la même manière, l'effectivité d'un programme existant pourra être une base de discussion objective de l'ampleur des engagements que devra prendre l'entreprise pour le futur. Ce point est essentiel pour les entreprises, car il aura une influence directe sur les contraintes qui lui seront imposées dans son fonctionnement. Ira-t-on jusqu'à prévoir la mise en place de *monitors* à l'instar du système anglo-saxon pour contrôler le fonctionnement de l'entreprise ?

Si oui, et de manière plus générale, seul un programme convaincant et qui a déjà fait ses preuves sera de nature à convaincre l'Autorité que les engagements supplémentaires qui sont pris seront efficaces.

Dans le système actuel, une entreprise n'est pas vraiment incitée à bien faire : si une infraction est révélée, elle a tort ; à l'inverse, dans le cadre de la négociation d'une transaction, c'est la totalité de son comportement qui pourra être pris en compte, y compris les efforts déployés pour éviter le comportement fautif.

L'entreprise aura donc tout intérêt à faire de son mieux pour modifier son comportement.

Elle aura tout à gagner, et rien à perdre, à mettre en place les 5 points-clés qui illustreront sa volonté sincère de créer en son sein une culture du respect des règles de concurrence :

- *tone from the top* c'est-à-dire que les dirigeants doivent montrer l'exemple et convaincre tous les collaborateurs que le programme de Compliance est une priorité de management ;
- mettre en place une organisation capable de faire vivre réellement le programme de Compliance, ce qui passe par la désignation de responsables ayant les moyens de leur responsabilité ;
- assurer un déploiement effectif du programme par une formation et une information adaptée des collaborateurs et des partenaires économiques ;
- mettre en place des moyens efficaces de contrôle, d'audit et d'alerte ;
- prévoir des dispositifs de suivi pour traiter les conséquences logiques d'un programme de conformité efficace c'est-à-dire répondre aux demandes et aux interrogations, appliquer des sanctions adaptées lorsque sont révélés des manquements aux règles de fonctionnement clairement établies.

De manière paradoxale, les entreprises se trouveront ainsi dans une situation dans laquelle leur niveau d'incertitude sera réduit car elles pourront, en toute connaissance de cause, agir sur les paramètres qui conditionnent leur niveau de responsabilité.

L'intérêt des programmes de conformité en sera décuplé, pourvu qu'ils ne soient pas conçus comme un exercice formel, mais bien comme un levier qui doit aboutir à une modification effective et pérenne du fonctionnement et du comportement de l'entreprise.

4. Conclusion

On peut imaginer qu'une fois le premier pas fait en introduisant le système de transaction dans son mode de relation avec les entreprises, l'Autorité en viendra à tirer toutes les conséquences sur sa pratique répressive. En 1991, le congrès américain avait mis en place les « Sentencing Guidelines » qui indiquaient les caractéristiques *a minima* requises d'un programme de Compliance pour qu'il soit pris en compte comme facteur d'atténuation de la responsabilité de l'entreprise.

Dans la logique actuelle, l'Autorité a une attitude beaucoup plus neutre. Elle considère que c'est à l'entreprise de prendre ses responsabilités et que son rôle n'est pas de se substituer à elle pour définir ce qu'est un bon programme de Compliance.

La logique de la justice transactionnelle devrait très certainement amener les autorités de concurrence à définir plus clairement ce qu'elles attendent d'un programme de conformité.