

12 FEVRIER 2019 ENJEUX ET STRATÉGIE DE LA COMPLIANCE CONCURRENCE

Dîner-débat organisé par la Revue Concurrences en partenariat avec Cleary Gottlieb et FTI Consulting en présence d'Emmanuel Combe (Autorité de la concurrence), Jean-Baptiste Carpentier (Veolia), Marie-Pascale Heusse (BNP Paribas) et Jean-Baptiste Siproudhis (Atos).

François-Charles Laprèvote

La *compliance* est une matière en pleine expansion dans de nombreux domaines, notamment la lutte contre la corruption via la loi Sapin II. En droit de la concurrence, l'Autorité avait établi un document cadre le 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Celui-ci a été retiré en 2017, car le régulateur considérait que le respect des règles *antitrust* allait de soi. Ainsi, la mise en place d'un programme de *compliance* n'est plus un élément qui entraînerait une réduction systématique du niveau des sanctions des entreprises.

Emmanuel Combe

De manière large, la conformité peut se définir comme un ensemble d'actions privées et publiques, volontaires ou non, visant à informer et à faire respecter les règles de droit aux différents acteurs de l'entreprise, actionnaires comme managers. La conformité ne se réduit donc pas aux seuls programmes de conformité mais s'ils en constituent un élément important. Dans le cas de l'antitrust, la mise en place d'un programme de *compliance* n'est pas imposée par le régulateur mais résulte d'une démarche volontaire de l'entreprise. Une étude de *PWC* souligne que le risque antitrust ne semble pas constituer une priorité des entreprises dans leur évaluation globale des risques. Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'une pratique anticoncurrentielle comme un cartel, contrairement à d'autres infractions, profite à l'entreprise via notamment une hausse des prix. Dans un monde idéal « à la Gary Becker », des sanctions antitrust dissuasives inciteraient naturellement les actionnaires à contrôler et punir les managers qui voudraient enfreindre les règles *antitrust*. Pour Gary Becker, le but premier d'une sanction antitrust doit être de dissuader les agents d'enfreindre les lois, en confisquant la totalité du gain illicite et en tenant compte de la faible probabilité d'être détecté. En pratique, les managers ne sont, à l'exception des Etats-Unis, pas personnellement sanctionnés par les autorités publiques. En France, l'article L.420-6 du code de commerce n'a jamais été appliqué. Ensuite, il est possible qu'avant les années 2000 et la forte hausse des sanctions en Europe il y ait eu une convergence implicite d'intérêts entre managers et actionnaires pour « *laisser faire* » des infractions antitrust : les actionnaires en tiraient un gain net (gain illicite du cartel - montant de l'amende), tandis que les managers poursuivaient leurs objectifs personnels, notamment en matière de rémunérations conditionnelles (bonus, etc.). Enfin, il ne faut pas exclure qu'il puisse y avoir des infractions par négligence ou méconnaissance du droit, notamment au sein des PME. S'ils veulent réduire l'incitation des managers à former des cartels, les managers disposent de nombreux leviers : par exemple, ils doivent éviter le « management par l'ambiguïté », consistant à fixer aux managers des objectifs exigeants sans expliciter les moyens de les atteindre (licites ou non). De leur côté, les pouvoirs publics peuvent également renforcer l'information des entreprises sur les règles antitrust (fonction préventive) ; la réflexion sur les sanctions possibles à l'encontre des managers mérite également d'être engagée, comme cela a été fait au Royaume-Uni avec la pratique de l'incapacitation (fonction punitive).

Marie-Pascale Heusse

Au début des années 2000, le droit de la concurrence était très confidentiel dans le secteur bancaire et financier malgré de lourdes sanctions infligées aux banques par le Conseil de la concurrence dans le cadre du cartel des crédits-immobiliers. Les banques étaient en effet convaincues qu'elles échappaient au droit de la concurrence. Et sur le terrain du droit des concentrations, force est d'ailleurs de constater que le rapprochement du Crédit Agricole et du Crédit Lyonnais avait été traité non par le Conseil de la concurrence mais par le régulateur sectoriel. C'est donc en s'appuyant sur la conformité, en plein essor dans le secteur bancaire, et plus particulièrement sur l'étude « *État des lieux et perspectives des programmes de conformité* » publiée par le Conseil de la concurrence qu'a pu être lancé, au sein du Groupe BNP Paribas, le programme de conformité aux règles de concurrence et créée une équipe concurrence. L'idée était de sensibiliser les collaborateurs les plus exposés aux risques concurrentiels. En 2015, un état des lieux est réalisé sous l'égide du General Counsel de BNP Paribas. Il apparaît alors que le nombre de collaborateurs formés est insuffisant dans un contexte de forte augmentation des risques (cf. *Euribor, Libor, class actions, dawn raids* au sein d'associations professionnelles etc). Décision est alors prise par le COMEX de renforcer le programme de conformité via un nouvel *e-learning* obligatoire pour tous les collaborateurs du Groupe (les senior managers et *risk takers* pouvant en cas de non réalisation voir leur bonus impacté). Le *e-learning* ainsi que son plan de communication innovant (web-série) ont largement suscité l'intérêt et ont permis de former 95% des collaborateurs du Groupe.

Jean-Baptiste Siproudhis

Au cours des dix dernières années, les autorités de concurrence nationale ont encouragé les entreprises à déployer des programmes de conformité concurrence et élaboré de nombreuses recommandations à cet effet. Parallèlement, d'autres dispositifs de conformité se sont développés ; et plus particulièrement en matière de réglementation financière et de lutte contre la corruption. Ces dispositifs de conformité sont imposés par les textes (UK Bribery Act, loi "Sapin II"), à la différence de la conformité concurrence, qui demeure à ce jour facultative. En conséquence, les dispositifs de conformité obligatoires en matière de lutte contre la corruption deviennent les référentiels d'organisation de conformité dans les entreprises. Dès lors, la conformité concurrence se trouve contrainte de se fondre dans ces référentiels, sous peine de se marginaliser ("*comply or die*"; s'adapter ou disparaître). Toutefois l'intégration du droit de la concurrence à un dispositif de conformité global ne se limite pas à une section dans un code de conduite, ou à quelques séances de formation des employés ; elle suppose de repenser les moyens de créer puis stimuler une culture permettant de prévenir les pratiques anti-concurrentielles au sein des entreprises. Or ces dernières ne disposent pas toujours des moyens humains ou financiers à cet effet (experts en droit de la concurrence, budget dédié...). Les autorités de la concurrence ont donc un rôle crucial à jouer dans ce travail de prévention en appui aux entreprises par la diffusion de formations gratuites en ligne, de vidéos, de notes pédagogiques (etc. cartographie des risques). De nombreux exemples existent à ce titre, comme le travail réalisé par la Competition & Market Authority Britannique (CMA) en matière de droit de la concurrence ou de l'Agence Française Anti-corruption en matière de corruption. Parallèlement, la conformité concurrence pourrait utilement s'enrichir du partage d'expérience et de solutions entre professionnels. Cet effort collectif devrait ainsi permettre de replacer le droit de la concurrence au cœur des dispositifs de conformité des entreprises.

Jean-Baptiste Carpentier

La direction de la conformité de Veolia se veut opérationnelle en travaillant sur les habitudes afin d'établir des processus internes efficaces. La concurrence a cette particularité que l'essentiel des problèmes tiennent aux comportements des individus. Or plus les secteurs économiques sont spécifiques plus le nombre d'intervenants est réduit et les possibilités de rencontres – y compris extra-professionnelles et parfois involontaires – et d'échanges se multiplient. Il y a donc une nécessité d'« éduquer » constamment les managers et les opérationnels afin de renforcer encore leur prise en compte de ce risque.

Thomas Sely

Concernant l'aspect détection des infractions dans un programme de conformité plusieurs questions se posent. Les entreprises doivent faire face à de nombreux défis de nature organisationnelle, pratique et juridique. Quels sont donc les outils à mettre en place afin d'avoir un audit interne efficace ?

Marie-Pascale Heusse

En matière d'audit interne, plusieurs canaux permettent d'avoir des remontées de pratiques potentiellement à risque : les managers, les *compliance officers*, les équipes de surveillance ou l'outil d'alerte interne (*whistleblowing*) qui reste néanmoins peu utilisé en France.

Jean-Baptiste Carpentier

La difficulté de l'audit interne tient au fait que l'entreprise a des moyens limités y compris éthiques et légaux. À titre d'illustration, la question de l'information du salarié quant à l'investigation dont il fait l'objet de la part de son employeur peut poser des problèmes éthiques délicats, de même que celle du respect de sa vie privée.

Frédéric de Bure

Il est marquant de voir que les entreprises sont en demande d'assistance de la part de l'Autorité. Outre le volet préventif, l'Autorité a-t-elle une véritable incitation à faire de la prévention ? Faudrait-il prévoir une section prévention dans le rapport d'activité comme il existe une section sanction ?

Emmanuel Combe

L'Autorité attache beaucoup d'importance à la prévention, au travers d'une meilleure information des entreprises, notamment sur des pratiques nouvelles. Mais la prévention ne serait être un substitut à la sanction : elle en est plutôt le complément. La sanction est un moyen d'inciter les entreprises à faire davantage de *compliance*, dans leur propre intérêt. Parallèlement à la sanction, l'Autorité entend être présente sur le volet pédagogique : par exemple, l'Autorité va publier prochainement un guide sur les règles de concurrence, à destination des PME. La refonte du site internet de l'Autorité sera aussi l'occasion de développer des supports pédagogiques à destination des entreprises. Pour ce qui est des programmes de conformité, deux situations doivent être distinguées. Premier cas : un programme de conformité existe déjà au moment de l'infraction. On peut constater que les autorités réagissent différemment dans ce cas. La DG COMP ne prend pas en compte l'existence d'un tel programme, tout comme la France (au moins pour les pratiques de cartel). Aux États-Unis, cela peut, selon les *sentencing guidelines*, constituer une circonstance atténuante. Au Royaume-Uni, cela peut être retenu à la fois comme une circonstance atténuante à hauteur de 10% mais aussi comme une circonstance aggravante si l'entreprise s'est servie de son programme pour masquer l'infraction. Second cas de figure : l'entreprise a commis une infraction et souhaite obtenir une réduction de sanction en proposant une amélioration de son programme de conformité ou sa mise en place. En France, dans l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, il était possible d'obtenir une réduction jusqu'à 10% du montant de la sanction si l'entreprise s'engageait de manière crédible et vérifiable à adopter et suivre un programme de *compliance* adapté au secteur et à la taille de l'entreprise. Désormais, le communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité énonce que la *compliance* relève de la « gestion courante » de l'entreprise. Ainsi, la présence d'un programme de conformité n'est plus prise en compte pour réduire le montant de la sanction. Mais rien n'exclut que cet élément soit considéré dans des cas très particuliers et à titre exceptionnel, dans le cadre d'une procédure globale de transaction. Ce changement s'explique par l'effet d'apprentissage des entreprises, depuis

2012 : les programmes de conformité ne sont plus une nouveauté. D'autre part, l'Autorité a condamné dans des affaires de cartels des entreprises déjà dotées de programme de *compliance* ; elle s'est retrouvée à « rémunérer » des améliorations de ces dispositifs internes qui avaient manifestement échoué à prévenir ou mettre fin aux infractions. Enfin, la fonction principale des autorités de concurrence n'est pas d'analyser ou de contrôler la mise en place de programmes de conformité, qui relèvent du libre choix des entreprises.