

**REPONSE DE L'APDC A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LES
PROGRAMMES DE CONFORMITE AUX REGLES DE CONCURRENCE**

Le groupe de travail ayant contribué à la rédaction de la réponse de l'**Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence** (APDC) était constitué de : Antoine Choffel, Eric Barbier de la Serre, François Brunet, Julie Catala Marty, Michel Debroux, Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laure Givry, Christophe Lemaire, Marine Nossereau, Léna Sersiron et Faustine Viala.

Les coordinateurs du groupe de travail étaient :

- Julie Catala Marty

BIRD & BIRD AARPI
Centre d'Affaires Edouard VII
3 square Edouard VII
75009 Paris
Tél. : 01 42 68 60 00
julie.catala.marty@twobirds.com

- Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié

JEANTETASSOCIES AARPI
87, avenue Kléber
75784 Paris Cedex 16
Tél. : 01 45 05 80 08
ldvt@jeantet.fr

Propos introductifs : le projet de « document-cadre » réduit la conformité à un simple outil au service des procédures de clémence et de non-contestation de griefs

1. L'APDC tient à saluer sur le principe l'initiative de l'Autorité de la concurrence de publier un document consacré aux programmes de conformité et de permettre aux personnes intéressées de présenter leurs observations sur ce projet.
2. Voilà plus de quatre ans que le Conseil, puis l'Autorité, de la concurrence ont engagé une réflexion sur ce sujet et ont choisi de « *s'investir dans la conformité* »¹, jugeant notamment que la conformité présentait des « *atouts* »² pour les autorités de concurrence et constituait un « *pari gagnant* »³ pour les entreprises qui s'inscrivaient dans ce mouvement.
3. Les quatre années qui viennent de s'écouler avaient donc eu le mérite de permettre un approfondissement de la réflexion sur ce sujet, de montrer que l'heure était venue de compléter l'action répressive de l'Autorité en envisageant le déploiement d'outils de promotion de la culture de concurrence et de confiance dans les règles du marché (ce qui n'est que plus nécessaire encore en cette période de crise financière et économique). Cette démarche impliquait bien entendu un nouveau partage de responsabilités entre les autorités et les acteurs économiques, les premières devant favoriser le développement de nouvelles actions pédagogiques et les seconds, ayant acquis la maturité nécessaire, devaient, par une forme d'auto-régulation, contribuer à la promotion de la culture de concurrence et au respect des règles qui la gouvernent.
4. Le mouvement est incontestablement lancé et nombre d'entreprises se sont depuis engagées dans une démarche de conformité en mettant en place diverses mesures que l'on regroupe le plus souvent sous le vocable de programme de conformité. Comme l'Autorité le relève elle-même au point 10 de son projet de document-cadre, ce mouvement n'est d'ailleurs pas propre au droit de la concurrence et le développement des programmes de conformité a d'abord concerné d'autres matières. Ils s'étendent aujourd'hui au droit de la concurrence.

¹ V. les actes du colloque du 15 septembre 2008, *La culture de conformité, nouvel horizon du droit de la concurrence ?*, RLC, avril/juin 2009, p. 141 et s., et en particulier, Bruno Lasserre, *Pourquoi s'investir dans la conformité ?*, *ibid.* p. 144.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

5. L'ensemble de ces initiatives et les signaux positifs lancés par l'Autorité avaient fait naître un grand espoir au sein de la communauté des affaires, et en particulier chez les membres de l'APDC. Disons-le d'emblée, dans ce contexte, le projet de document-cadre publié par l'Autorité a surpris et déçu. Si ce projet suscite logiquement des remarques précises sur les différents points qui le composent (celles-ci seront développées de manière détaillée dans la présente contribution), il appelle aussi un certain nombre d'observations tenant à son orientation générale. Ces observations sont reprises dans l'introduction ci-dessous.
6. L'orientation générale contestable (lien mécanique entre l'existence d'un programme de conformité et la clémence / contenu contraignant et strict) (3) qui se dégage du projet de document-cadre s'éloigne des initiatives nationales antérieures (1) et de l'approche d'autres autorités à travers le monde (2). La publication de ce projet suscite également des interrogations quant à son articulation avec d'autres autorités (4).

1) Un projet à rebours des initiatives antérieures

7. La conformité, c'est la mise en place d'« *une forme d'auto-régulation* » des entreprises qui, prenant « *en main leur avenir concurrentiel* », décident de « *construire une culture de la concurrence* » dictant leur conduite sur le marché⁴.
8. Promouvoir la conformité, c'est donc, *in fine*, reconnaître la maturité des entreprises.
9. La conformité, ainsi définie, repose sur deux piliers : d'une part, une appropriation par les entreprises de la conformité de leur conduite aux règles de concurrence et, d'autre part, une adaptation de cette conformité à chaque entreprise.
10. Madame la Ministre de l'économie Christine Lagarde l'a clairement exposé : « *Le mécanisme d'appropriation et celui d'adaptation aux circonstances et à la culture de l'entreprise sont les deux fondamentaux du succès d'une politique de compliance* »⁵.
11. L'appropriation signifie que l'entreprise adhère à la culture de concurrence et met en place l'outil le mieux adapté à la prévention du risque anticoncurrentiel.
12. L'adaptation passe par la création, par chaque entreprise, d'un programme de conformité « sur-mesure », correspondant à sa situation particulière, sa culture et son risque anticoncurrentiel propre. Cette acception de la conformité était pleinement intégrée dans l'Etude sur la conformité en droit de la concurrence réalisée pour le Conseil de la concurrence en 2008⁶ :

- s'agissant tant du mécanisme d'appropriation :

⁴ Bruno Lasserre, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II)*, Concurrences N° 4-2010, § 50 ; V. également Communiqué du 14 octobre 2011 : Programmes de conformité et non-contestation des griefs et Communiqué du 15 septembre 2008 : Le Conseil de la concurrence s'engage en faveur de la conformité.

⁵ Cité in Communiqué du 15 septembre 2008 du Conseil de la concurrence : Le Conseil de la concurrence s'engage en faveur de la conformité.

⁶ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudecompliance_oct08.pdf

« dans certains cas, un programme peut mener à l'identification interne et à la gestion de la non-conformité. Une société pourrait ainsi souligner le fait que son programme de conformité a, par exemple, permis d'identifier au cours de la dernière année quatre cas de non-conformité, qui auraient pu ou non être signalés aux autorités mais qui ont tous été traités en interne. Le programme a porté ses fruits dans la mesure où il a permis de relever les cas de non-conformité (même s'il a échoué à les prévenir) ». (§2.23, p. 6)⁷

- que celui d'adaptation :

« Compte tenu des particularités de chaque entreprise et de la diversité des risques (de non-conformité) auxquels elles sont confrontées, il semble que la forme et le contenu d'un programme optimal doivent nécessairement varier d'une société à l'autre » (§9, p. ii)⁸ ;

13. A l'occasion de cette publication, le Conseil de la concurrence avait affirmé que *« cette initiative s'inscrit au cœur de la mission pédagogique du Conseil, mission qui a vocation à monter en puissance, aux côtés de la répression des pratiques anticoncurrentielles et de la mise en œuvre des procédures négociées. Elle peut contribuer, dans nombre de cas, à faire des entreprises des alliées de l'autorité chargée de veiller au fonctionnement concurrentiel des marchés et au bien-être des consommateurs ».*
14. En d'autres termes, la promotion de la conformité ne se confond pas avec la répression des pratiques anticoncurrentielles et la mise en œuvre des procédures négociées (*« aux côtés »*). Elle ne saurait devenir un outil de détection pour l'Autorité de la concurrence mais doit être un outil de correction à disposition des entreprises. Celles-ci doivent être pleinement reconnues dans leur rôle d'acteurs à part entière chargés de faire assurer le respect du droit de la concurrence en leur sein.
15. L'APDC regrette que le projet de document-cadre, publié trois ans plus tard par l'Autorité de la concurrence, ne repose plus du tout sur la même conception de la conformité.

⁷ V. également : *« Si l'objectif d'un programme de conformité est la détection et la prévention des infractions aux lois antitrust, l'occurrence d'une telle infraction ne saurait automatiquement constituer en elle-même une preuve de l'inefficacité du programme de conformité concerné. Dans la pratique en effet, il est possible que ce programme de conformité ait fourni les connaissances et l'impulsion qui ont finalement conduit à la détection de la violation ; il est également possible qu'il ait eu une influence effective sur le comportement de l'entreprise dans d'autres domaines » (§ 15, p. iv).*

⁸ V. également : *« En général, on peut supposer qu'il n'existe pas de modèle unique de programme de conformité. Certains aspects de la mise en œuvre de ces programmes peuvent varier en fonction de la société, de sa structure interne et sa culture » (§2.9, p. 4).*

16. Celle-ci se voit réduite, en effet, au rang d'outil au service de la procédure de clémence (i.e. outil d'identification des cartels déclenchant nécessairement le passage en clémence)⁹ ou de la procédure de non-contestation de griefs (i.e. élément constitutif du choix de la non-contestation de griefs)¹⁰ et enfermée dans un carcan extrêmement précis et serré¹¹.
17. Le projet de document-cadre refusant de consacrer une vie aux programmes de conformité en dehors de ces deux procédures, refuse du même coup, et à rebours de l'Etude de 2008 et de la mission FOLZ-SCHAUB-RAYSSEGUIER, de prendre en compte, dans la détermination de la sanction, l'existence d'un programme efficace de conformité (§§24-25).
18. La « *mise en conformité spontanée* »¹², en ce qu'elle caractérise le choix de l'entreprise de s'engager fermement en faveur du respect du droit de la concurrence et démontre que l'entreprise « *a cherché à se réinsérer* », devrait, pourtant, être prise en compte dans la détermination de la sanction.
19. A rebours de l'Etude de 2008, tout d'abord.
20. L'Etude de 2008 recommandait, en effet, que les autorités de la concurrence se focalisent « *sur la nécessité de déterminer si l'entreprise a fait tout ce qui était raisonnablement en son pouvoir pour prévenir une telle violation [au droit de la concurrence]. L'un des éléments à rechercher pourrait être l'existence d'un programme de conformité efficace sous une forme ou une autre, même si l'accent doit être mis sur les efforts consentis pour prévenir les violations du droit de la concurrence, et non pas sur l'existence d'un programme de conformité en soi. Cela devrait permettre de réduire l'incitation pour les entreprises à introduire des programmes de conformité uniquement dans le but de bénéficier de réductions de sanctions si elles sont jugées coupables* » (§10.13, p. 165).
21. A rebours de la proposition de la mission FOLZ-SCHAUB-RAYSSEGUIER de 2010, « *sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles* », ensuite.
22. Elle préconisait, en effet, « *de prendre en compte l'existence ou non de programmes de conformité réels et sérieux (state of the art) de l'entreprise et leur mise en œuvre efficace comme circonstance atténuante ou aggravante* » (p. 35).

⁹ §§23-24.

¹⁰ §§27-30.

¹¹ §19.

¹² Professeur Bernard Bouloc, *Pour une prise en considération de la mise en conformité spontanée en droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, 2010-23.

2) Un projet à rebours des initiatives d'autorités étrangères auxquelles l'Autorité se réfère

23. Le projet de document-cadre est aussi à rebours du choix consacré dans d'autres systèmes étrangers.
24. L'APDC constate, à cet égard, que pour l'instant seul un tableau succinct d'une page¹³ cite l'expérience étrangère, sans toutefois en tirer les conséquences dans le corps du projet de document-cadre, alors même que sont cités dans le tableau des pays (USA, Canada, Royaume-Uni), qui n'excluent pas la prise en compte, dans la détermination de la sanction, de l'existence d'un programme de conformité au moment de l'infraction.
25. L'APDC relève ainsi que, sur les quatre pays étrangers cités, dans trois pays, les autorités ont adopté un document indiquant expressément, et sans aucune ambiguïté, que l'existence d'un programme de conformité au moment de l'infraction pouvait être prise en compte dans la détermination de la sanction.
26. L'Etude de 2008 indiquait bien, à cet égard, que « *les analyses comparatives menées montrent que d'autres autorités ou juridictions nationales intègrent les programmes de conformité dans leur approche, et prévoient certaines mesures de réduction des sanctions pour les entreprises capables de démontrer qu'elles disposent d'un programme de conformité efficace en place et que la violation constatée est le résultat d'une action imputable à un ou plusieurs individus, et non à l'entreprise dans son ensemble. Cette approche (selon laquelle le niveau des amendes peut être réduit et une certaine atténuation de peine peut être accordée si l'existence, ou la mise en place, d'un programme de conformité est avérée) a été utilisée, à des degrés divers, en Australie, au Canada, aux Etats-Unis et au Royaume-Uni* » (§30, p. ix)¹⁴.
27. Il est donc pour le moins paradoxal que l'Autorité de la concurrence décide de prendre le contre-pied de l'expérience étrangère qu'elle cite, en publiant un document qui prévoit, à l'opposé, que « *dans le cas où une infraction est commise et où l'entreprise ou l'organisme en cause ne présente pas de demande de clémence, ou que les conditions permettant de bénéficier de cette procédure ne sont pas remplies, l'Autorité considère qu'il n'est pas justifié de tenir compte de l'existence de son programme de conformité dans le cadre de la détermination de sa sanction pécuniaire* » (§24).
28. L'APDC constate également que les observations figurant dans le tableau publié par l'Autorité de la concurrence sur les systèmes étrangers sont soit incomplètes, soit inexacts.

¹³ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/tableau_experiences_etrangeres.pdf

¹⁴ V. également : « *dans certains pays, un programme de conformité bien développé pourra (...) permettre à l'entreprise de bénéficier de certaines réductions de sanctions en cas d'infraction avérée* » (§10.1, p. 160) ; « *Dans chacun de ces pays, les autorités chargées soit des poursuites (Etats-Unis, Canada), soit de l'application des règles de concurrence (Etats-Unis, Royaume-Uni) ont adopté des lignes directrices (...) déterminant les conditions dans lesquelles un programme de conformité pouvait être pris en compte au stade des poursuites ou comme circonstance atténuante influant sur le quantum de la sanction prononcée (Australie, Etats-Unis, Royaume-Uni, Canada)* » (§ 8.2, p. 120).

29. Pour le Royaume-Uni, le tableau indique : « *si le PC respecte les critères posés par l'OFT, circonstance atténuante possible (jusqu'à -10 %). Si le PC a servi à dissimuler la pratique anticoncurrentielle, circonstance aggravante possible (jusqu'à +10%)* ».
30. L'OFT affirmait ainsi, dès 2000, dans ses Lignes directrices sur le montant approprié des amendes, que « *les circonstances atténuantes incluent (...) les démarches adéquates ayant été mises en œuvre par les entreprises dans le but d'assurer la conformité avec les interdictions des articles 81 et 82 [du Traité CE] et les Chapitres I et II [du Competition Act de 1998]* »¹⁵.
31. Cette position a été confirmée en juin 2011, par la publication d'une nouvelle version du Guide « *How your business can achieve compliance with competition law* ». L'OFT y indique que, si l'existence de programmes de conformité ne donnera pas automatiquement lieu à des réductions ou des augmentations du montant de l'amende infligée aux entreprises reconnues coupables de pratiques anticoncurrentielles, une analyse au cas par cas permettra à l'OFT, le cas échéant, de réduire le niveau de cette amende de 10% au maximum¹⁶. La pratique décisionnelle de l'OFT le confirme¹⁷.
32. Pour le Canada, le tableau indique que l'existence d'un programme de conformité n'a « *aucune incidence en principe* » dans la détermination de la sanction. Il constituerait une « *circonstance atténuante si le PC est crédible et efficace, et a été effectivement mis en œuvre (« due diligence »)* » et une « *circonstance aggravante si le PC a servi à dissimuler la pratique anticoncurrentielle* ».
33. Le Bulletin d'information sur « *les programmes de conformité d'entreprises* » publié le 27 septembre 2010 prévoit, dans sa partie consacrée à la détermination de la peine, que « *l'existence d'un programme crédible et efficace peut aider l'entreprise à établir des circonstances atténuantes, notamment que l'activité anticoncurrentielle est contraire à ses politiques ainsi qu'aux actions et aux déclarations de la haute direction, et que l'activité a pris fin dès que la haute direction en a eu connaissance. Selon le cas, l'existence d'un programme crédible et efficace peut influencer positivement l'ampleur des mesures correctives demandées par le commissaire et donner lieu à des mesures correctives atténuées. Par exemple, le montant de la sanction administrative pécuniaire envisagé par le commissaire pourrait être réduit dans un cas de pratiques commerciales trompeuses* »¹⁸.

¹⁵ Office of Fair Trading, Guidance as to the appropriate amount of a penalty, 2000 : « *Mitigating factors include (...) adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance with Articles 81 and 82 and the Chapter I and Chapter II prohibitions* ». V. également Office of Fair Trading, Guidance as to the appropriate amount of a penalty, 2004, §2.16.

¹⁶ Office of Fair Trading, Guidance : « *How your business can achieve compliance with competition law* », juin 2011, Chapitre 7. Le guide de l'OFT « *How your business can achieve compliance with competition law* » de 2005 n'apportait aucune information sur le montant de la réduction qui pouvait être accordée aux entreprises au titre de la mise en œuvre d'un programme de conformité.

¹⁷ V. par ex., Décision de l'Office of Fair Trading n°CA98/02/2011 en date du 12 avril 2011, Abuse of a dominant position by Reckitt Beckiser Healthcare (UK) Limited and Reckitt Benckiser Group plc, § 8.51 ; décision de l'Office of Fair Trading n° CE/2596-03 en date du 15 avril 2010, Tobacco ; §§ 8.101 à 8.103.

¹⁸ Voir 2) La détermination de la peine et les mesures correctives civiles in Partie V, Poids accordé à un programme de conformité d'entreprise, voir le lien <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02732.html>

34. Aux Etats-Unis, le chapitre 8 des *Federal Sentencing Guidelines*¹⁹ prend clairement en compte les programmes de conformité, sous réserve de leur effectivité, dans la détermination du montant de la sanction.
35. Il conviendrait également d'ajouter l'exemple Australien, non mentionné dans le tableau, où l'existence de programmes de conformité est également prise en compte au titre des circonstances atténuantes²⁰. L'autorité australienne de concurrence (*Australian Competition & Consumer Commission*) a ainsi, dans plusieurs décisions²¹, pris en considération des programmes de conformité dans la détermination de la sanction²².

3) Une orientation générale contestable

36. L'orientation générale qui se dégage du projet de document-cadre s'éloigne donc des initiatives nationales antérieures et de l'approche d'autres autorités à travers le monde. Parmi les points les plus marquants, deux au moins méritent d'être soulignés dès l'introduction, même s'ils feront l'objet de développements plus détaillés ci-après.
37. Tout d'abord, l'approche de l'Autorité qui consiste à faire un lien mécanique entre l'existence d'un programme de conformité et la clémence est très contestable. La clémence est une procédure facultative que les entreprises peuvent choisir d'utiliser mais elles n'en ont pas l'obligation et parfois pas même la faculté, faute d'en remplir les conditions. Par ailleurs, cette approche est contraire à la pratique décisionnelle de l'Autorité (la quasi-totalité des décisions où les entreprises ont pris des engagements de conformité étaient dans des cas d'ententes horizontales entrant par nature dans le cadre du programme de clémence).

¹⁹ U.S. Sentencing Commission, 2011 Federal Sentences Guidelines Manual: « *The two factors that mitigate the ultimate punishment of an organization are: (i) the existence of an effective compliance and ethics program; and (ii) self-reporting, cooperation, or acceptance of responsibility* », voir le lien http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_guidelines/index.cfm

²⁰ Autorité de la concurrence australienne, Cartels : What you need to know – a Guide for business, 15 octobre 2009 et site de l'autorité de concurrence australienne : « *If the ACCC institutes proceedings, the verifiable presence of a compliance culture, as demonstrated by a substantial and successfully implemented compliance program, can be scrutinised by the courts when the quantum of penalty is determined* », disponible sur le lien <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54418>

²¹ Voir Trade Practice Commission v. CSR Ltd (1991) ATPR 41-076 en date du 20 décembre 1990, où pour la première fois la présence d'une culture de conformité est évoquée comme un facteur à prendre en compte au titre de la détermination de la sanction : « *Whether the company has a corporate culture conducive to compliance with the Act, as evidenced by educational programs and disciplinary or other corrective measures in response to an acknowledged contravention* » (cité par le guide Cartels : What you need to know) ; NW Frozen Foods Proprietary Ltd v. Australian Competition & Consumer Commission (1996) FCA 1134 du 20 décembre 1996, ACCC v. Rural Press Ltd (2001) FCA 1065 du 7 août 2001.

²² Pour bénéficier de telles réductions, l'entreprise doit faire la preuve de l'efficacité de son programme mis en place avant ou immédiatement après la découverte de l'infraction. Christine Parker et Olivia Conolly, Is there a duty to implement a Corporate Compliance System in Australian Law?, Australian Business law review- Volume 30, août 2002, p 285.

38. A cela s'ajoute le résultat tout à fait paradoxal auquel conduirait l'adoption du projet de document-cadre en l'état :

- Pour les infractions autres que les ententes horizontales (à savoir les ententes verticales et les abus de position dominante), les entreprises qui n'ont pas de programme de conformité pourront espérer une faible réduction d'amende si elles acceptent d'entrer en voie de non-contestation des griefs et d'adopter un engagement visant la mise en place d'un tel programme. Si elles en ont déjà un, peut être parviendront-elles à convaincre l'Autorité que son amélioration doit être récompensée (à supposer qu'il soit améliorable), mais en revanche son existence même n'aura aucun effet en faveur de l'entreprise.

Pour les ententes horizontales en revanche, tout dépendra de la situation des entreprises. Si elles disposent déjà d'un programme de conformité qui répond aux conditions du point 19 du document-cadre, elles ne pourront *de facto* jamais mettre cet élément en avant. En effet, l'Autorité leur impose de présenter dans ce cas une demande de clémence. Si elles le font, elles ne peuvent plus se prévaloir de leur programme de conformité, les deux procédures de clémence et de non-contestation des griefs étant (d'après le projet de communiqué de l'Autorité sur cette dernière procédure) non cumulables²³. Si elles ne le font pas (parce que par exemple elles ne disposent pas d'informations supplémentaires à apporter), elles peuvent toujours choisir la voie de la non-contestation des griefs mais se retrouveront dans l'impossibilité de faire évoluer leur programme de conformité à cette occasion, qui se serait révélé inefficace bien que répondant aux conditions du point 19 (v. *infra*, § 321). Autrement-dit, il pourrait s'avérer plus intéressant pour les entreprises de ne pas adopter, tout de suite et d'elles-mêmes un programme de conformité dont le contenu serait « dicté » par le point 19, et qu'elles n'auraient plus aucune chance d'améliorer. Les entreprises qui auront fait les efforts les plus importants en matière de conformité en adoptant avant toute procédure un programme, répondant aux conditions fixées dans le document-cadre, se voient donc pénalisées par rapport à celles qui n'en auront pas développé. Elles sont encore pénalisées par le fait que leur coopération avec l'Autorité leur interdira de se prévaloir ensuite de leur programme au titre de la non-contestation des griefs.

²³ Point 49 du Projet de Communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs : « *L'Autorité estime que, compte tenu des objectifs auxquels elles répondent, des conditions auxquelles elles sont subordonnées et de leurs modalités procédurales, la mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, au bénéfice d'un même organisme ou d'une même entreprise, n'est pas justifiée. En effet, l'organisme ou l'entreprise qui contribue à établir la réalité d'une pratique à laquelle il a participé, dans le cadre de la procédure de clémence, reconnaît nécessairement l'existence de cette pratique, la qualification que proposent d'en donner les services d'instruction et sa responsabilité individuelle, de sorte qu'une renonciation ultérieure à contester les griefs notifiés à cet égard ne présente pas de réelle valeur ajoutée* ». L'APDC relève à cet égard que la position exprimée par le Projet de Communiqué au § 49 ne reflète pas celle de l'Autorité de la concurrence qui a admis dans sa décision « Lessives » du 8 décembre 2011 la possibilité, en droit, d'une mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs au bénéfice d'une même entreprise (Décision n°11-D-17 de l'Autorité de la concurrence du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, § 763).

En revanche, de manière paradoxale, et sans que l'Autorité n'explique de manière convaincante ce choix, l'entreprise qui n'a pas de programme de conformité, ou qui a un programme de conformité susceptible d'être « amélioré » (sans *whistleblowing* ou *compliance officer* par exemple), et qui décide de ne pas coopérer avec l'Autorité au titre de la clémence, est la seule à pouvoir éventuellement bénéficier d'une réduction d'amende en s'engageant pour le futur à mettre en place un tel programme conforme aux conditions fixées au point 19.

39. La seconde remarque porte sur le contenu des programmes de conformité. Le cadre contraignant et strict proposé par l'Autorité suscite bien des interrogations. D'abord, il va au-delà de la pratique décisionnelle de l'Autorité. En effet, à la connaissance de l'APDC, l'Autorité n'a jamais imposé l'ensemble des exigences minimales listées dans le projet de document-cadre à une entreprise pour lui accorder une réduction d'amende au titre de la procédure de non-contestation des griefs (*annexe*). Ensuite, poser un tel cadre, c'est faire abstraction de la complexité et de la variété des situations auxquelles les entreprises sont confrontées. Plutôt que dresser une liste contraignante d'exigences, l'Autorité devrait donner des orientations sur ce que pourrait être le contenu d'un programme de conformité efficace et laisser ensuite aux entreprises le soin de mettre en place les procédures qui sont les plus appropriées à leur situation.
40. L'APDC est donc d'avis que le projet de document-cadre devrait être profondément modifié, en revenant à « l'esprit de 2008 », c'est-à-dire aux fondamentaux d'une politique de conformité « à succès » :
 - laisser les entreprises s'approprier la conformité, en les laissant libres du choix du traitement des situations de non-conformité (en interne ou en clémence) et en récompensant la mise en place de programmes de conformité hors procédures de non-contestation de griefs et de clémence.
 - laisser les entreprises adapter la conformité à leurs situations particulières, sans leur imposer un *corpus* strict et obligatoire de règles devant nécessairement figurer dans leurs programmes.

4) Une question en suspens : l'articulation avec d'autres autorités

41. La publication du projet de document-cadre suscite encore des interrogations quant à son articulation principalement avec la Commission européenne et accessoirement avec la DGCCRF.
42. S'agissant tout d'abord de la Commission européenne, celle-ci a publié au milieu de la période de consultation un document intitulé « *compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* »²⁴. L'APDC n'entend pas ici commenter ce document. Elle souhaite toutefois formuler quelques brèves remarques dans la mesure où elles ont un lien avec la consultation française.

²⁴ Disponible en ligne depuis le 23 novembre 2011 à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf

- (i) En premier lieu, l'APDC observe que, à l'instar d'autres autorités de concurrence dans le monde, mais contrairement à l'Autorité de la concurrence, la Commission ne crée pas de lien automatique entre conformité et clémence. elle laisse les entreprises libres dans la gestion des conséquences de la détection d'une situation de non-conformité (même si elle rappelle que parmi les options disponibles, les entreprises ont toujours la possibilité de formuler une demande de clémence)²⁵.
- (ii) En deuxième lieu, la Commission fait preuve d'une approche plus ouverte quant au contenu des programmes de conformité. Celle-ci considère en effet que ces programmes doivent être « sur-mesure » pour chaque entreprise, aucun modèle unique ou standard n'étant par nature adéquat²⁶.
- (iii) En troisième lieu, l'APDC regrette que dans ce document la Commission ne tire pas les leçons de l'appel du Parlement européen²⁷ et reste hermétique à toute idée de prendre en considération les programmes de conformité dans la mise en œuvre de sa politique de concurrence, notamment en envisageant l'octroi d'une réduction d'amende.
- (iv) En quatrième lieu, l'APDC ne peut que regretter l'existence d'initiatives concomitantes et divergentes entre la Commission européenne d'une part, et les autorités nationales d'autre part. A l'heure de la décentralisation, où les autorités nationales sont tenues d'appliquer le droit européen chaque fois que celui-ci est applicable, l'APDC préconise, sinon que les autorités membres de l'ICN, à tout le moins que les autorités membres du réseau européen de concurrence se coordonnent et décident ensemble, comme elles l'ont fait en 2006 pour les programmes de clémence en publiant un programme modèle, d'une véritable politique coordonnée en faveur de la promotion et de la reconnaissance des programmes de conformité.

²⁵ « (...) *the existence of a compliance strategy – on condition that it incorporates appropriate reporting mechanisms – will allow mishaps to be nipped in the bud. It will enable the company to take appropriate measures without delay, so that any potential infringement is swiftly brought to an end. This will contribute to limiting damage to competition and minimising the company's exposure (...) The detection mechanisms provided by an effective compliance strategy can also help to get the best out of the Commission's leniency programme (...) Therefore, if you believe your company is or has been involved in a cartel, you might consider filing an application under the Commission's leniency programme and seeking legal advice in that respect* » (p. 18-19 –soulignements ajoutés par nous).

²⁶ « *In order to ensure effective compliance with EU competition rules, companies should think ahead, develop an approach tailor-made for their particular situation (...)* » (p. 15); « **Compliance programmes need to be tailor-made to the company concerned.** The range of situations that a compliance programme may need to address is wide. Equally the type, size and resources of companies which may find it useful to adopt a compliance programme vary considerably. Consequently, there is **no 'one size fits all' model**: an exhaustive all encompassing model would not be adequate. It is for each company to reflect on its needs to ensure compliance and develop its own strategy. Further legal advice can be sought if considered appropriate » (p. 19).

²⁷ Résolution du 20 janvier 2011: « *The European Parliament (...) "Believes that the use of ever higher fines as the sole antitrust instrument may be too blunt (...) and calls for the development of a wider range of more sophisticated instruments covering such issues as (...) corporate compliance programmes and the development of European standards; favours a 'carrot-and-stick' approach with penalties that serve as an effective deterrent, in particular for repeat offenders, while encouraging compliance ».* V. *infra*, § 229.

43. L'APDC souhaite enfin formuler une dernière observation s'agissant de la DGCCRF. Bien qu'il s'agisse en l'espèce d'un document-cadre de l'Autorité et bien que celle-ci détienne le rôle principal en matière de détection et de répression des pratiques anticoncurrentielles, la loi de modernisation de l'économie a laissé au ministre de l'économie et à ses services un certain rôle en la matière. En effet, la DGCCRF dispose, sous le contrôle de l'Autorité, du pouvoir de lancer des enquêtes et, sous certaines conditions, d'enjoindre aux entreprises de mettre fin à une pratique anticoncurrentielle ou de transiger avec elle.
44. Or, si l'on examine de près l'expérience des autorités étrangères de concurrence qui ont une expérience en matière de conformité, force est de constater que les programmes de conformité peuvent être pris en considération quand sont mis en œuvre des pouvoirs d'injonction ou de transaction.
45. L'APDC est donc favorable à ce que la DGCCRF prenne aussi en considération les programmes de conformité lorsqu'elle met en œuvre ses pouvoirs d'injonction et de transaction. Dans un souci de sécurité juridique, il importe donc que l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF puissent développer une approche coordonnée sur ce sujet. Ceci est d'autant plus important que les entreprises concernées sont par nature des PME (les pouvoirs de la DGCCRF sont en effet limités aux affaires de dimension locale et pour lesquelles les entreprises impliquées ont un chiffre d'affaires limité²⁸).

* * *

²⁸ Article L. 464-9 du Code de commerce : « *Le ministre chargé de l'économie peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 dont elles sont les auteurs lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros. Le ministre chargé de l'économie peut également, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger. Le montant de la transaction ne peut excéder 75 000 € ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible (...)* ».

46. C'est dans ce contexte que les observations et suggestions de l'APDC porteront sur :
- les objectifs et la nature juridique du « document-cadre » (**Chapitre 1**) ;
 - le contenu du programme de conformité (**Chapitre 2**) ;
 - les conséquences attachées aux programmes de conformité (**Chapitre 3**) ;
 - les programmes de conformité et la non-contestation des griefs (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 1. LES OBJECTIFS ET LA NATURE JURIDIQUE DU « DOCUMENT-CADRE »

47. Si, de façon générale, la publication de lignes directrices guidant l'action de l'Autorité contribue à améliorer la transparence de son action, on peut craindre que, dans le cas du document-cadre, une telle démarche constitue davantage un élément de trouble que de clarification. L'utilité pratique et juridique de ce texte est en effet réduite par les incertitudes qui affectent les objectifs et le statut que l'Autorité entend lui assigner.
48. En outre, la publication par la Commission européenne d'une brochure sur la question de la conformité au droit communautaire de la concurrence²⁹, moins de deux semaines après le lancement de la consultation publique sur le document-cadre de l'Autorité, est susceptible d'affaiblir le statut et la force de ce dernier, en raison notamment des divergences qui existent entre le projet de texte français et le document de la Commission³⁰.
49. A la lecture du document-cadre, il semble que celui-ci ait un objet double :
- d'une part, le document-cadre est supposé faire œuvre de synthèse ; il est ainsi supposé « *présente[r] l'approche de l'Autorité à l'égard des programmes de conformité* » et « *synthétise[r] les lignes directrices de sa pratique décisionnelle en la matière, tout en les complétant et en les précisant pour intégrer le fruit de sa réflexion plus générale à ce sujet* » (point 6)³¹ ;
 - d'autre part, dès lors que le document-cadre « *engage l'Autorité et lui est opposable* » (point 6), on doit en déduire qu'il est supposé créer ou, à tout le moins, formaliser et consolider des règles contraignantes pour l'Autorité.

²⁹ Voir le document précité intitulé « *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules* ».

³⁰ En particulier, on notera qu'à la différence du texte de la Commission, qui a exprimé son souhait de ne pas fixer de prescriptions en la matière, le document-cadre de l'Autorité contient une liste très détaillée des conditions minimales que l'Autorité entend fixer pour considérer qu'un programme de conformité est efficace. En outre, la Commission a confirmé que, contrairement à l'Autorité, elle n'accorderait aucune réduction d'amende en cas de mise en place d'un programme de conformité efficace ou d'amélioration d'un programme existant.

³¹ De même, selon le communiqué de presse du 14 octobre 2011 accompagnant le projet de document-cadre, ce dernier « *insiste sur l'intérêt que peuvent présenter les programmes de conformité, à condition d'être bien construits et effectivement mis en œuvre. (...) [II] explique aussi comment construire un programme de conformité crédible et efficace, du point de vue de l'Autorité, et décrit la façon dont l'Autorité de la concurrence peut les prendre en considération dans le cadre du traitement des affaires d'entente ou d'abus de position dominante* ».

50. On peut toutefois se demander si, dans son état actuel, le document-cadre est réellement de nature à remplir chacun de ces deux objectifs. En effet, le document-cadre ne réalise pas la synthèse qu'il annonce (A). Par ailleurs, on peut se demander si, à défaut de fixer des règles réellement opposables pour l'Autorité, le document-cadre ne crée pas plutôt en réalité un cadre contraignant pour les entreprises elles-mêmes (B).

A) Une absence de synthèse

51. L'APDC s'étonne que le projet de document-cadre, contrairement à ce qu'il indique en son point 6, ne synthétise pas la pratique décisionnelle antérieure. Au contraire, il s'en éloigne fortement.

52. A cet égard, l'APDC relève que le document-cadre détaille parfois de façon très précise les conditions minimales que l'Autorité entend fixer pour considérer qu'un programme de conformité est efficace. Or, à la connaissance de l'APDC, aucune décision adoptée au terme d'une procédure de non-contestation des griefs et comportant l'engagement de mettre en place un programme de conformité n'a jamais imposé l'ensemble des conditions minimales prévues par le document-cadre.

53. En outre, l'APDC s'inquiète de ce que le niveau de réduction de la sanction pécuniaire, qui, selon le point 29 du projet de document-cadre, peut « *aller jusqu'à 10%* » pour la mise en place ou l'amélioration d'un programme de conformité, est inférieur à celui qui a déjà été accordé par le passé à des entreprises s'étant engagées, dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs, à mettre en place un programme de conformité³². L'APDC est d'avis que ce taux de 10 % doit constituer un minimum contraignant pour l'Autorité (cf. §§ 323 et s. *infra*).

54. Dans ces conditions, l'APDC a réalisé un tableau exhaustif des décisions rendues en matière de programmes de conformité mis en œuvre à l'occasion des procédures de non-contestation des griefs (*annexe*). L'APDC relève qu'aucun des programmes de conformité figurant dans ce tableau ne rassemblerait toutes les « *composantes minimales permettant d'estimer ex ante (...) qu(e le programme) peut être efficace* » (point 18). Il n'est bien-entendu pas question de remettre aujourd'hui en cause, notamment dans le cadre du suivi des engagements, ces programmes à la lumière du document-cadre. L'APDC relève donc, sur ce point, le manque de cohérence entre la pratique décisionnelle et le document-cadre.

³² Voir, par exemple, la décision n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, au terme de laquelle les sociétés Adecco France, Adia et VediorBis ont bénéficié de réductions d'amendes comprises entre 25% et 30%. Certes, ces taux de réductions comprenaient également la réduction accordée au titre de la non-contestation des griefs. Il ressort toutefois de la pratique décisionnelle de l'Autorité que « *la simple renonciation à contester les griefs (...) ne peut conduire à accorder aux entreprises en cause qu'une réduction forfaitaire et relativement limitée de la sanction encourue* » et que « *c'est la qualité des engagements qui peut permettre d'accorder des contreparties plus substantielles dans le cadre de cette procédure* » (voir, par exemple, décision n° 08-D-13). Or, dans l'affaire du travail temporaire, les engagements pris par Adecco France, Adia et VediorBis étaient essentiellement des engagements de conformité au sens du document-cadre de l'Autorité. L'Autorité est d'ailleurs allée jusqu'à accorder, certes dans des circonstances qu'elle a jugées particulières, une réduction de 35 % de la sanction normalement applicable (voir décision n° 07-D-40 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics de collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges, pts 64 s.).

55. En outre, dès lors que le document-cadre de l'Autorité s'apparente plus à l'exposé d'une méthodologie nouvelle qu'à une réelle synthèse de la pratique passée, par souci de transparence l'APDC demande que la synthèse de la pratique existante à ce jour soit faite dans le document-cadre, que les points de différence entre ce document-cadre et la pratique existante soient identifiés, et que les raisons qui ont conduit l'Autorité à s'éloigner de sa pratique antérieure soient exposées. Il s'agit d'un minimum pour un document qui poursuit des visées « pédagogiques ».

B. Quelles dispositions contraignantes – et pour qui ?

56. Selon le point 6 du projet, le document-cadre « engage l'Autorité et lui est opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ».
57. L'APDC est d'avis que la possibilité pour les entreprises d'opposer utilement le document-cadre à l'Autorité constitue une condition essentielle pour inciter les entreprises à la mise en place des programmes de conformité que l'Autorité appelle de ses vœux.
58. Or, en l'état actuel du projet de document-cadre, la capacité de ce dernier à créer des règles contraignantes pour l'Autorité apparaît sérieusement limitée. D'une part, la nature et la force juridique du document-cadre restent incertaines (1). D'autre part et surtout, on peut craindre que le document-cadre crée, à tout le moins de façon induite, de nouvelles obligations à la charge des entreprises (2). L'Autorité devrait donc préciser de façon expresse que ce texte ne saurait constituer par lui-même une injonction de faire à l'attention des entreprises.

1) La nature juridique du « document-cadre »

59. Dans son projet, l'Autorité de la concurrence ne précise ni la nature juridique du « document-cadre », ni les conséquences qui pourraient devoir être tirées de son intitulé.
60. A la connaissance de l'APDC, c'est pourtant la première fois que l'appellation de « document-cadre » est utilisée par l'Autorité, dont les précédents documents d'orientation sont dénommés « communiqué de procédure »³³, « communiqué »³⁴ et « lignes directrices »³⁵. L'absence de précision sur les raisons de cet intitulé inédit est d'autant plus surprenante que, le jour même de la publication de son projet de document-cadre, l'Autorité a rendu public un nouveau projet de « communiqué de procédure » relatif à la non-contestation des griefs, tout en présentant les deux textes comme deux nouveaux projets de « lignes directrices »³⁶.

³³ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français ; Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

³⁴ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

³⁵ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations du 16 décembre 2009.

³⁶ Voir le communiqué de presse du 14 octobre 2011 accompagnant les projets de « document-cadre » et de « communiqué de procédure », qui est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=388&id_article=1712

61. L'APDC s'interroge donc sur les conséquences qui, aux yeux de l'Autorité, pourraient devoir être tirées de ces variations de dénomination.
62. Au-delà des questions théoriques de classification, cette question importe pour l'étude des effets juridiques du document-cadre. La question de sa nature juridique revêt une importance certaine, puisque c'est elle qui va déterminer les limites de son contenu, sa force obligatoire et son caractère opposable, ainsi que la nature du contrôle qu'exercera la Cour d'appel de Paris sur les conditions de sa mise en œuvre.
63. Compte tenu des termes utilisés par le projet de document-cadre (« *Il engage l'Autorité et lui est opposable* », point 6), l'Autorité de la concurrence semble indiquer qu'il doit être qualifié de directive, au sens du droit administratif français et, plus particulièrement, des principes posés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France contre Gaupillat et Ader* (ci-après « l'arrêt CFF »).
64. De ce fait, le document-cadre appelle, de la part de l'APDC, des remarques, qui, sur certains points, sont similaires à celles qu'elle a déjà présentées à propos du projet de communiqué de l'Autorité sur les sanctions pécuniaires³⁷.
65. En premier lieu, en vue d'assurer le respect du principe d'égalité, une autorité administrative doit toujours conserver la faculté de déroger aux principes édictés par la directive, soit en raison de la situation particulière de l'administré, soit pour des motifs d'intérêt général.
66. Ce principe est respecté par le document-cadre, qui indique, à son point 6, que l'Autorité de la concurrence conservera la faculté de s'en écarter en cas de « *circonstances particulières* » ou de « *raisons d'intérêt général* ». De même, l'Autorité s'engage-t-elle, au point 27 du projet, à considérer que l'engagement de mise en place d'un programme de conformité est substantiel, crédible et vérifiable s'il répond aux exigences décrites dans le document-cadre, « *sous réserve de l'examen individualisé auquel elle doit procéder dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci* ». Une réserve similaire est prévue au point 28 pour l'hypothèse dans laquelle une entreprise dispose déjà d'un programme de conformité et s'engage à l'améliorer.
67. En deuxième lieu, si une autorité administrative peut encadrer sa pratique au moyen d'une directive, une telle directive ne peut cependant pas priver cette autorité de son pouvoir d'appréciation. Une autorité administrative doit en effet toujours être en mesure de procéder à un examen individuel de la situation d'un administré, sans être contrainte dans son appréciation par le contenu de la directive.

³⁷ Observations de l'APDC sur le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

68. Or, sur ce point, l'APDC considère que certains aspects de la méthodologie que l'Autorité de la concurrence entend mettre en œuvre sont rédigés de telle manière qu'ils ne lui laissent plus de marge d'appréciation. Tel est le cas du point 29 du projet, qui prévoit un plafond de 10 % applicable à la réduction d'amende résultant, dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs, de la création ou de l'amélioration d'un programme de conformité. L'APDC considère, au vu du régime juridique applicable aux directives, que l'Autorité de la concurrence ne peut pas valablement lier ainsi son pouvoir d'appréciation en s'interdisant d'appliquer une réduction supérieure à 10 %.
69. L'Autorité devrait par conséquent supprimer, au point 29 du document-cadre, la précision « *pouvant aller jusqu'à 10%* » (et prévoir au contraire un niveau de réduction minimal ; cf. §§ 323 et s. *infra*).
70. En troisième lieu, une directive ne doit pas modifier par elle-même la situation juridique des administrés, c'est-à-dire notamment qu'elle ne doit pas apporter de conditions nouvelles par rapport aux dispositions applicables. C'est la raison pour laquelle les directives proprement dites, c'est-à-dire celles qui se contentent de définir des orientations pour faciliter l'exercice du pouvoir de décision dont dispose l'administration, ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. Toutefois, l'illégalité éventuelle d'une directive peut être soulevée devant le juge administratif par les opérateurs auxquels ses dispositions sont opposées. Tel pourrait être le cas, par exemple, s'il était constaté que la directive méconnaît le but des dispositions applicables, viole certains principes en vigueur, ou encore ajoute directement à l'ordonnement juridique en créant des obligations nouvelles par rapport à l'état du droit.
71. A cet égard, l'APDC s'inquiète de la longue liste de « *composantes minimales* » (points 18-19) que l'Autorité entend examiner pour déterminer si un programme de conformité répond à ses exigences, dans la mesure où, à la connaissance de l'APDC, aucune décision adoptée au terme d'une procédure de non-contestation des griefs et comportant l'engagement d'établir un programme de conformité, n'a jamais imposé l'ensemble de ces conditions à une entreprise.
72. L'Autorité devrait par conséquent remplacer, au point 18 du document-cadre, la formule « *composantes minimales* » par « *indications* ».
73. En outre, l'ADPC s'interroge sur le contenu du programme de conformité tel qu'il est décrit dans le projet de document-cadre, par exemple sur la mise en place d'un « *dispositif effectif de suivi comprenant (...) l'existence d'une échelle de sanctions* » pour les salariés et cadres de l'entreprise (point 19, 5), b)). En effet, certaines des orientations proposées par l'Autorité dans cette partie du projet pourraient ne pas être conformes aux dispositions applicables en matière de droit du travail et de protection des données (cf. §§ 121 et s. *infra*).

74. En quatrième lieu, une directive est naturellement opposable à l'autorité administrative qui l'a édictée. Les justiciables sont donc en droit de se prévaloir d'une directive pour contester une décision prise sur son fondement, notamment s'ils considèrent qu'une directive n'a pas été ou a été mal appliquée, par exemple dans le cas où l'autorité en cause n'aurait pas tenu compte des circonstances particulières de l'espèce, justifiant qu'il soit dérogé à la ligne de conduite générale exposée dans la directive, ou au contraire, s'il y était dérogé, en l'absence de circonstances particulières le justifiant.
75. La Cour d'appel de Paris pourra donc contrôler les conditions de mise en œuvre du document-cadre par l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle sera saisie d'un recours à l'encontre d'une décision relative à la mise en place d'un programme de conformité.
76. En revanche, sa propre appréciation des faits et son interprétation du droit ne seront en aucun cas liés par l'encadrement que l'Autorité aura mis en place pour sa propre pratique. La Cour d'appel pourra donc librement s'écarter du document-cadre, dès lors qu'elle considèrera que les circonstances de l'espèce justifient une autre appréciation du niveau de la sanction.
77. Afin de rappeler ce point essentiel, l'APDC estime que l'Autorité devrait préciser de façon expresse, comme le fait souvent la Commission européenne lorsqu'elle se dote de lignes directrices³⁸, que le contenu du document-cadre est sans préjudice de l'interprétation des juridictions de contrôle, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

2) Une autolimitation des pouvoirs de l'Autorité ou de nouvelles obligations pour les entreprises ?

78. Si les directives, au sens de l'arrêt *CFF*, permettent aux autorités administratives d'acter certaines orientations générales afin de faciliter l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, elles ne les autorisent pas, en revanche, à ajouter des dispositions nouvelles par rapport à l'état du droit.
79. Or, en l'espèce, non seulement le document-cadre semble n'encadrer que faiblement les pouvoirs de l'Autorité, mais on peut craindre en outre qu'il ait finalement pour effet de créer par lui-même des obligations à la charge des entreprises.
80. Ainsi, le document-cadre lui-même présente peu de dispositions de nature à contraindre l'Autorité.

³⁸ Voir, par exemple, paragraphe 7 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOCE n° C 101 du 27 avril 2004, pages 97-118.

81. Les trois seules dispositions du document-cadre qui semblent pouvoir être opposées à l'Autorité sont les suivantes :
- selon le point 26 du projet de document-cadre, « *l'Autorité ne considérera pas (...) l'existence d'un programme de conformité comme une circonstance aggravante, même s'il s'avère que ce sont des mandataires sociaux ou des dirigeants qui ont participé à l'infraction en dépit de leur engagement de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme de conformité mis en place par l'entreprise ou l'organisme en cause* » ;
 - selon le point 27 du projet, lorsqu'une entreprise s'engage à mettre en place un programme de conformité et que le rapporteur général estime pertinent de proposer à l'Autorité de tenir compte de cette absence de contestation, d'une part, et de cet engagement, d'autre part, « *l'Autorité s'engage à considérer que l'engagement est substantiel, crédible et vérifiable s'il répond aux exigences décrites par le présent document-cadre [...] sous réserve de l'examen individualisé auquel elle doit procéder dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci* » ;
 - enfin, au point 28 du projet, l'Autorité prend l'engagement, « *sous la même réserve* », de tenir compte des améliorations à un programme déjà existant proposé par une entreprise.
82. Si la réserve d'une appréciation des circonstances de l'espèce est nécessaire pour garantir la légalité du document-cadre, l'Autorité devrait toutefois préciser, à supposer qu'elle entende bien être liée par ce texte et lui conférer ainsi un caractère suffisamment incitatif, que toute adaptation selon les circonstances de l'espèce ne peut avoir lieu qu'au bénéfice des entreprises. En d'autres termes, l'Autorité devrait préciser que les conditions qui sont fixées dans le document-cadre sont les conditions les plus contraignantes dont peut dépendre le bénéfice d'une réduction au titre de la mise en place ou de l'amélioration d'un programme de conformité. Une telle précision permettrait de donner du sens au caractère « opposable » (point 6) que l'Autorité a souhaité conférer à ce document-cadre, tout en laissant à cette dernière une marge d'appréciation suffisante, au regard des nombreuses conditions qui sont détaillées au point 19 du texte.
83. Il est en outre surprenant que l'Autorité ne s'engage pas même à appliquer un niveau de réduction minimal dans l'hypothèse où toutes les conditions fixées par le document-cadre seraient satisfaites, mais simplement à accorder une réduction de sanction « *pouvant aller jusqu'à 10 %* » (point 29), ce qui est d'ailleurs problématique au regard du régime juridique applicable aux directives (cf. § 63 *supra*). Si l'Autorité ne saurait renoncer à son pouvoir d'appréciation, l'absence d'engagement concret de sa part sur ce point est de nature à affecter très sérieusement le caractère incitatif – et donc l'utilité pratique – du document-cadre. Selon l'APDC, l'Autorité devrait s'engager à appliquer un niveau de réduction de 10 % au minimum.
84. À l'inverse, le document-cadre semble, sur certains points, vouloir créer des obligations à la charge des entreprises.

85. Alors que la Commission européenne précise bien dans sa brochure sur la conformité qu'elle ne souhaite pas fixer de prescriptions en la matière³⁹, à l'instar par exemple de l'Office of Fair Trading britannique⁴⁰, certaines formulations contenues dans le document-cadre de l'Autorité pourraient paraître indirectement prescriptives, par exemple celles par lesquelles l'Autorité :
- « invite les acteurs économiques disposant d'ores et déjà d'un programme de conformité à s'assurer qu'il inclut un ensemble complet de mesures concernant les règles de concurrence » (point 14) ;
 - indique les éléments au regard desquels elle analysera les programmes au cas par cas lorsqu'elle « peut avoir à connaître de programmes de conformité existants ou envisagés dans le cadre des affaires de pratiques anticoncurrentielles sur lesquelles elle est amenée à statuer » (point 18) ;
 - indique que plusieurs éléments clairement identifiés « devront être rassemblés dans un document unique de l'entreprise » (point 19) ;
 - précise que les audits des programmes de conformité sont « impératifs » (point 19(4), sous c)) ;
 - ajoute que la mise en œuvre de sanctions « devra être effective et proportionnée à la situation individuelle et au comportement de l'intéressé » (point 19(5), sous b)).
86. L'usage de telles formules, combiné à la volonté affichée de l'Autorité de voir se diffuser très largement les programmes de conformité (points 13-14), peut faire craindre qu'en pratique l'existence d'un programme de conformité soit perçue comme la norme et l'absence d'un tel programme comme justifiant des conséquences juridiques négatives pour les entreprises.
87. L'APDC s'interroge notamment sur le risque que le document-cadre finisse par conduire l'Autorité à considérer que l'absence de programme de conformité constitue, dans certaines conditions, une circonstance aggravante. Il s'agirait d'une conséquence totalement injustifiable au regard des règles de détermination de la sanction. L'APDC invite donc l'Autorité à préciser de façon expresse qu'elle ne considèrera en aucun cas l'absence de programme de conformité comme une circonstance aggravante.

³⁹ Voir page 16 du document intitulé « *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition rules* ».

⁴⁰ Voir point 1.14 du document intitulé « *How your business can achieve compliance with competition law* » (OFT1341) : « (...) *the OFT does not wish to mandate any specific compliance measures. (...) None of the illustrative examples discussed in this guidance (...) should be seen as an absolute requirement (...)* ».

88. Le caractère indirectement prescriptif du document-cadre paraît plus problématique encore lorsque l’Autorité exprime l’avis selon lequel « *il est de [la] responsabilité* » de l’entreprise découvrant une entente de présenter une demande de clémence (point 23). Au-delà du caractère infondé de cette position (cf. §§ 240 et s. *infra*), l’APDC s’inquiète qu’elle puisse entraîner des effets induits négatifs pour les entreprises. En particulier, il serait injustifié, de la part de l’Autorité, de s’appuyer sur cette prise de position officielle pour ensuite en tirer des conséquences négatives – par exemple sous la forme de circonstances aggravantes – à l’encontre des entreprises qui disposent d’un programme de conformité mais n’auraient pas informé l’Autorité d’une infraction qu’elles auraient découverte.
89. L’APDC invite par conséquent l’Autorité – à supposer que celle-ci souhaite maintenir cette position dans la version finale du document-cadre –, à préciser que l’absence de demande de clémence, en cas d’infraction supposée au droit de la concurrence par une entreprise disposant d’un programme de conformité, ne saurait en tout état de cause constituer une circonstance aggravante.
90. Est également de nature à créer une certaine inquiétude la précision de l’Autorité selon laquelle elle « *ne dispos[e] d’aucune base légale lui permettant de rendre obligatoire un engagement de mise en place d’un tel programme, **postérieurement à la notification des griefs**, en dehors de la procédure de non-contestation des griefs* » (note de bas de page n° 8 ; gras ajouté).
91. L’Autorité ne disposant d’aucun pouvoir pour imposer de tels programmes avant la notification des griefs, elle devrait supprimer la précision « *postérieurement à la notification des griefs* ».
92. Enfin, afin de lever toute équivoque sur l’absence de création de règles nouvelles contraignantes pour les entreprises, l’APDC estime que l’Autorité devrait préciser de façon expresse que le document-cadre ne saurait modifier par lui-même directement la situation juridique individuelle des entreprises et ne saurait en tout état de cause se substituer à la prise d’une décision par l’Autorité sur la base de l’article L. 464-2 du Code de commerce, qui suppose une appréciation circonstanciée des faits et la prise en compte de la situation individuelle de chaque entreprise concernée.

CHAPITRE 2. LE CONTENU DU PROGRAMME DE CONFORMITE

93. Le projet de document-cadre expose les « *éléments structurants* » que doit contenir un programme de conformité et précise que ces éléments ne doivent « *pas se comprendre comme un ensemble de conditions formelles qu'il serait suffisant de respecter pour qu'un programme de conformité puisse être jugé acceptable ou sérieux, mais comme des composantes minimales permettant d'estimer ex ante (...) qu'il peut être efficace* »⁴¹.
94. L'APDC reviendra dans cette partie sur chacune de ces conditions et montrera que l'approche retenue par l'Autorité, en raison de sa rigidité et de l'absence de prise en compte de plusieurs obstacles sérieux (confidentialité, relations mères-filiales), n'est pas viable et pourrait même s'avérer, en pratique, contre-productive et non-incitative.
95. En premier lieu, le cadre défini est trop strict et ne laisse pas la place à une adaptation des critères retenus par l'entreprise. Or, la forme optimale d'un programme de conformité doit nécessairement varier d'une société à l'autre, en fonction de ses particularités et de sa nature. En l'état actuel, le projet de document-cadre paraît avoir été rédigé pour les sociétés de grande envergure, seules à même de déployer les moyens requis, tant financiers qu'humains, pour la mise en place des différentes composantes du programme de conformité. Les contraintes pesant sur les petites et moyennes entreprises (PME) ne sont évoquées que de manière très générale et imprécise au point 21 du projet de document-cadre, qui admet l'efficacité d'un programme de conformité simplifié, mais ne donne aucune indication sur la notion même de PME autorisée à se prévaloir d'une telle disposition.
96. Ensuite, le contenu du programme décrit par l'Autorité ne peut être considéré comme un programme standard minimum.
97. En effet, l'Autorité considère qu'un programme de conformité ne peut être jugé sérieux ou acceptable que s'il comporte, *a minima* et de manière cumulative, un certain nombre d'éléments définis au point 19. L'APDC s'interroge sur le bien fondé du caractère obligatoire de l'ensemble des éléments dans le cadre d'un programme de conformité. L'APDC rejoint en cela la Commission Européenne qui a publié en novembre 2011 une brochure intitulée « *Compliance matters - What companies can do better to respect EU competition rules* » dans laquelle elle estime que les programmes de conformité doivent être adaptés à chaque entreprise et qu'il n'existe pas un modèle de programme unique pour toutes les entreprises (selon cette brochure, il n'y a pas de modèle « *one size fits all* »). L'APDC estime donc qu'il n'est pas possible d'imposer un type unique et contraignant de programme de *compliance* à toutes les entreprises, mais que celles-ci doivent rester libres de mettre en place le programme qui leur semble le plus adapté.

⁴¹ Point 18 du document-cadre.

98. A cet égard, l'APDC relève une contradiction entre l'affirmation de principe énoncée au point 20 du projet de document-cadre, selon laquelle il n'y a pas de « programme de conformité type », et la rédaction du point 19, dont la tonalité est singulièrement contraignante et impérative.
99. Le document-cadre devrait donc affirmer, sans ambiguïté, qu'il ne constitue qu'une *boîte à outils* pour les entreprises ayant pour objet de leur permettre de définir elle-même leur stratégie en matière de conformité.
100. L'APDC relève par ailleurs que le projet de document-cadre passe sous silence de nombreuses questions juridiques liées à la mise en œuvre d'un programme de conformité, comme par exemple leur interaction avec le droit social, la gestion des données personnelles et le droit pénal. Ces questions seront soulevées ci-après.

A) Commentaires et propositions sur la première composante retenue par l'Autorité : « l'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux »

101. Le premier critère retenu par l'Autorité est : *« l'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux :*
- a) *soulignant que le respect des règles interdisant les cartels, les autres ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante ou de dépendance économique est non seulement une obligation légale, mais aussi un élément central de la responsabilité économique de l'entreprise ou de l'organisme compte tenu des conséquences négatives que ces infractions peuvent avoir pour l'économie et les consommateurs ;*
 - b) *prenant l'engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place dans le but d'inciter l'ensemble des dirigeants, des cadres et des autres employés ou agents à se conformer à ces règles, de prévenir les infractions, de les détecter et d'y remédier aussi rapidement que possible compte tenu des risques juridiques, financiers, commerciaux et de réputation qu'elles sont de nature à entraîner ».*
102. L'APDC ne peut tout d'abord qu'être d'accord avec l'Autorité quant à la nécessité d'une prise de position claire, ferme et publique des dirigeants de l'entreprise. Il est en effet essentiel que la direction de l'entreprise s'implique et soutienne le programme de conformité. Il s'agit d'une des conditions *sine qua non* à la réussite du programme puisqu'elle permet de faire entrer la conformité dans la culture et la mentalité de l'entreprise. Pour que les valeurs éthiques puissent être acceptées par les salariés concernés, il faut sans conteste que les cadres dirigeants exposent clairement l'importance qu'ils accordent à ces valeurs. Ce soutien doit être visible, actif et régulièrement rappelé⁴².

⁴² Etude 2008 sur les programmes de conformité.

103. Si sur le plan des principes, ce premier critère rencontre l'approbation pleine et entière de l'APDC, il appelle néanmoins trois séries de commentaires :

1) En premier lieu, le projet de document-cadre manque de précision quant à la notion d'organe de direction visée par le premier critère.

104. On peut en effet, se demander, à la lecture du projet de document-cadre, ce qu'il faut entendre par « organe de direction » lorsqu'on est en présence d'un groupe de sociétés. Plus précisément, la question est de savoir si les dirigeants visés sont ceux de la société mère ou de la filiale.

105. Ces questions se posent en présence de groupes de dimension internationale, de groupes ayant des activités diversifiées et/ou fortement décentralisées.

106. Le fait que la société mère s'engage au côté de sa filiale à mettre en place le programme de conformité a dans certaines espèces été considéré comme un gage de crédibilité du programme⁴³.

107. L'engagement de la société mère ne doit pas pour autant être exigé comme une condition *sine qua non* d'efficacité du programme de conformité.

108. L'opportunité de délocaliser la mise en place d'un programme de conformité peut par exemple être envisagée lorsque le groupe a des filiales dans des juridictions diverses dès lors notamment que les législations nationales sur la concurrence mais également sur le droit du travail ou encore la gestion des données personnelles diffèrent d'un pays à l'autre.

109. En pareilles circonstances, l'entreprise doit avoir le choix de délocaliser la mise en place du programme de conformité, de centraliser la gestion du programme ou bien de trouver une voie médiane adaptée à son organisation.

110. Dans le cas de groupes ayant des activités diversifiées, il peut paraître judicieux d'insister sur l'implication des dirigeants de branches d'activité plus que de ceux des filiales. L'APDC reprendra ici l'exemple de la société Total, groupe intégré aux activités diversifiées, tel qu'exposé par Monsieur Chalot, Directeur juridique de Total SA, lors du colloque « *Compliance et organisation interne de l'entreprise*⁴⁴ ».

⁴³ Voir notamment la décision 07-D-02 du 23 janvier 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime.

⁴⁴ Atelier de la concurrence du 12 décembre 2007, actes publiés dans la revue concurrence et consommation n°158, « *Compliance et organisation interne de l'entreprise* », intervention de Georges Chalot, directeur juridique de Total SA.

111. Dans cette société, l'accent est mis sur l'implication des « responsables de branche d'activités » qui « peuvent, par exemple, adresser un message solennel visible en permanence sur l'intranet de la branche, à l'attention des salariés des filiales qui en dépendent et/ou réserver une partie de leur intervention dans les séminaires et réunions qu'ils animent au rappel de la volonté du groupe dans ce domaine ». En outre, « chaque branche d'activité décline le programme sous diverses formes en tenant compte de son degré d'exposition au risque et selon des modalités qui lui sont propres ».
112. L'APDC estime que la question de savoir à quel niveau l'entreprise doit placer le curseur en matière de gestion du risque concurrence n'appelle pas de réponse type et que l'entreprise doit demeurer libre de déterminer quelle est l'entité la plus à même de mettre en place le programme de conformité. Différents paramètres entrent en ligne de compte dans cette prise de décision et notamment les particularités de l'organisation de l'entreprise, le caractère diversifié ou non de ses activités, les coûts que l'entreprise est prête à consacrer à la conformité. Le seul impératif étant que la direction de l'entité qui met en place le programme le soutienne ostensiblement.
- 2) En deuxième lieu, l'implication des organes de direction ne doit pas avoir pour corolaire la mise en cause de la responsabilité de l'entreprise ou des dirigeants en cas de non-conformité.**
- a) Tout d'abord, le projet de document-cadre pose des questions quant à l'appréciation qui sera faite des programmes de conformité en matière d'imputabilité.
113. L'Autorité a estimé dans plusieurs décisions récentes qu'elle était fondée dans le cas où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, à présumer l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale⁴⁵. Ce faisant, l'Autorité ferait application de la présomption d'imputabilité dérogée par les autorités communautaires⁴⁶ alors même que seul le droit français serait applicable.
114. En principe, la présomption d'imputabilité est réfragable. Mais le standard de preuve pour la renverser est tel que l'Autorité a rarement été amenée à y procéder effectivement.

⁴⁵ Décision n°11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, Décision n°11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes.

⁴⁶ Affaire C-97/08, 10 Septembre 2009, étendu par l'affaire T-189/06 du 14 juillet 2011 aux cas où la détention capitaliste est quasi entière ou encore dans l'affaire C-90/09 du 20 janvier 2011 aux cas de détention capitaliste indirecte, du fait l'existence d'une filiale interposée.

115. Dans ce contexte, l'APDC souhaiterait que le document-cadre indique clairement que la mise en place d'un programme de conformité par une société mère ne constitue pas un indice d'absence d'autonomie des filiales. Comme il a été exposé, différents paramètres entrent en ligne de compte dans la politique de l'entreprise de gestion du risque concurrence. Dans ce contexte, la mise en place d'un programme de conformité au niveau de la société mère ne peut constituer *a priori*, c'est-à-dire hors de toute analyse, un indice d'absence d'autonomie. Toute autre solution reviendrait *in fine* à renforcer le caractère quasi-irréfragable de la présomption.
- b) Ensuite, le document-cadre ne peut avoir pour effet d'imposer une obligation de résultat aux dirigeants de l'entreprise.
116. Le projet de document-cadre semble partir du postulat que le programme de conformité doit nécessairement conduire à la détection des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre au sein de l'entreprise.
117. L'APDC estime pour sa part que l'efficacité du programme de conformité ne peut dépendre uniquement de la détection des infractions.
118. Le projet de document-cadre passe ainsi notamment sous silence la problématique des infractions isolées mises en œuvre par des salariés. Ce cas de figure est pourtant fréquent. Deux types de facteurs peuvent conduire à de telles pratiques :
- En premier lieu, il est dans certains cas difficile de contrôler l'activité des salariés. Tel est notamment le cas, dans les entreprises fortement décentralisées.
 - Ensuite, les salariés peuvent dans certaines hypothèses, retirer un certain bénéfice à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. Tel est notamment le cas lorsque la rémunération est liée à leurs résultats.
119. On ne peut inférer de la mise en œuvre d'une telle pratique isolée que le programme de conformité est inefficace.
120. Le même raisonnement doit être suivi s'agissant des infractions mises en œuvre par une filiale en dehors de toute politique de groupe, c'est-à-dire sans que sa société-mère soit l'instigatrice d'un tel comportement. Ce comportement isolé ne signifie nullement que le programme de conformité mis en place par sa société-mère est inefficace. En pareilles circonstances, si l'infraction devait être imputée à la société-mère, il faudrait alors considérer qu'elle a été commise de manière non-délibérée, par des négligences, et en tenir compte dans la détermination de la sanction pécuniaire encourue.

3) En troisième lieu, le point 1b) du projet de document-cadre soulève de nombreuses questions sur l’articulation des prescriptions retenues par l’Autorité de la concurrence et le droit du travail.

121. Pour mémoire, le point 1b) prévoit

1) L’existence d’une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction, et plus généralement de l’ensemble des mandataires sociaux

*b) Prenant l’engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place dans le but **d’inciter l’ensemble des dirigeants, des cadres et des autres employés ou agents à se conformer à ces règles, de prévenir les infractions, de les détecter et d’y remédier** aussi rapidement que possible compte tenu des risques juridiques, financiers, commerciaux et de réputation qu’elles sont de nature à entraîner.*

122. Le droit de la concurrence s’impose non seulement à l’entreprise mais également à ses salariés. Toutefois, le but même de l’adoption d’un programme de conformité est de faire entrer le droit de la concurrence dans les obligations intérieures de l’entreprise. Il s’agit de sensibiliser les salariés sur le fait que l’entreprise y accorde une importance significative et qu’elle entend faire respecter les règles par tous.

123. L’intégration de règles dans le corpus des obligations intérieures de l’entreprise peut se réaliser de différentes manières, selon que la règle crée des obligations contraignantes ou non. Bien qu’il y ait eu des discussions sur la nécessité d’intégrer un programme de conformité au règlement intérieur⁴⁷, l’APDC considère qu’un programme de conformité répondant aux exigences du document-cadre (sanctions disciplinaires, système d’alerte, etc.) s’insérera nécessairement au règlement intérieur.

124. Cette intégration donne donc lieu à l’information et la consultation du comité d’entreprise (ou, à défaut, des représentants du personnel) et du Comité d’Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (ci-après CHSCT)⁴⁸.

125. En pratique, ces procédures nécessitent de procéder à une concertation dans l’entreprise. Jusqu’à présent, la mise en place de certains programmes a suscité chez les salariés, et de la part des syndicats, des réserves importantes, nourrissant la jurisprudence d’exemples de programme suspendus ou annulés grâce aux actions menées par les syndicats⁴⁹.

⁴⁷ Voir en particulier P-H. Antonmattei et P. Vivien, « *Chartes d’éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives* », La documentation française, janvier 2007 ; Europe Economics, « *Etat des lieux et perspectives de programmes de conformité – Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence* », Septembre 2008, en particulier p. 44 à 66 ; Caroline André-Hesse, Mickaël d’Allende, « *Chartes éthiques, codes de conduite et dispositifs d’alerte professionnelle : aspects pratiques* », JCP Soc, Juin 2010.

⁴⁸ Bien qu’un doute subsiste sur le caractère obligatoire de la consultation du CHSCT, il est peu probable qu’on puisse faire l’économie d’une telle consultation dans l’hypothèse de la mise en œuvre d’un programme répondant aux exigences du document-cadre ; Voir par exemple : TGI Nanterre (référé), 6 oct 2004, Novartis, revue de Jurisprudence sociale 2004, n° 1244, CA Caen 23 sept 2011, Benoist Girard, http://legalis.net/spip.php?page=imprimer-eco&id_article=3236

⁴⁹ Voir par exemple <http://forceouvriere-ch-chauny.e-monsite.com>, rubrique « archive », page « éthique et système d’alerte ».

126. Par ailleurs, dès lors que le programme de conformité est intégré au règlement intérieur, la modification de ce dernier entraîne sa communication à l'inspection du travail.
127. Seules les règles générales, s'appliquant à tous les salariés, figurent dans le règlement intérieur. On y trouvera donc l'engagement général de respect des obligations de droit de la concurrence, l'existence du système d'alerte professionnelle ainsi que la mention des sanctions disciplinaires encourues.
128. Les obligations spécifiques qui peuvent s'appliquer aux salariés particulièrement exposés figureront quant à elles dans des recommandations particulières, dans le contrat de travail ou tout autre mode d'individualisation des règles destinées à des catégories de personnel. Il n'est en effet pas possible d'imposer à tous les salariés des contraintes qui s'avèreraient disproportionnées au regard de la définition de poste de certaines catégories de personnel. Ainsi, aucune conséquence négative ne devrait être attachée au fait que certaines catégories de personnel ne soient pas destinataires d'une information individualisée. L'entreprise qui a, de manière générale, fait la démonstration de sa détermination à promouvoir le respect des règles de concurrence doit pouvoir adapter les mesures individuelles aux risques réellement encourus sans être suspectée de ne pas promouvoir ces principes de bonne foi ou à suffisance de conviction.
129. Enfin, les salariés doivent également être individuellement informés, dans le cas où une alerte professionnelle est mise en place, puisque aucune information ne peut être collectée sur un salarié par un dispositif d'alerte sans que ce dispositif n'ait été préalablement porté à sa connaissance.
130. L'APDC estime que le document-cadre, poursuivant son objectif pédagogique, devrait expressément spécifier que la mise en place d'un programme de conformité au sein d'une entreprise ne peut se réaliser que dans le strict respect des règles applicables en la matière en droit social, en particulier à la consultation des salariés (collective - CE et CHSCT – et individuelle).

B) Commentaires et propositions sur la deuxième composante retenue par le projet de document-cadre : « l'engagement de désigner une ou plusieurs personne(s) spécialement chargée(s), au sein de l'entreprise ou de l'organisme, de la mise en place et du fonctionnement du programme de conformité dans tous ses aspects ; ces personnes devront impérativement :

- a) être désignées par les organes de direction ou de contrôle ;
 - b) consacrer leur activité au sein de l'entreprise ou de l'organisme, à titre exclusif ou pour une part significative, à la gestion du programme de conformité ;
 - c) avoir la capacité d'accéder directement aux organes de contrôle (conseil d'administration ou de surveillance, etc.), notamment pour leur faire rapport sur la bonne mise en œuvre du programme de conformité, que ce soit à intervalle régulier ou en cas d'événement particulier (par exemple, en cas de découverte d'une infraction) ;
 - d) disposer des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective du programme de conformité, et notamment pour agir en cas d'infraction avérée ou possible, ainsi que d'une légitimité et d'une autorité incontestables au sein de l'entreprise ou de l'organisme ;
 - e) bénéficier de moyens humains et financiers suffisants, en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'organisme en cause, pour que le programme de conformité puisse être mis en œuvre de façon effective ;
131. Là encore, le principe posé par l'Autorité de la concurrence, présenté en termes impératifs, soulève des questions sous l'angle du droit du travail ainsi que de l'organisation interne de l'entreprise.
132. En relation avec les points a) et c), l'APDC souligne que s'il est en effet indispensable que le responsable de conformité (ou « *compliance officer* ») soit désigné par la direction de l'entreprise afin de disposer de l'autorité et de la légitimité interne indispensables à l'exercice de sa mission, la référence aux « *organes de contrôle* » n'est pas, ici, appropriée : le conseil d'administration et ses différents comités spécialisés (comité d'audit, notamment) sont des organes non permanents et, *in fine*, seule la direction générale est responsable de la gestion de l'entreprise devant les organes de contrôle.
133. Le point 2.b impose aux entreprises de créer « *au sein de l'entreprise ou de l'organisme* » un poste dédié à la conformité. Ce poste sera en pratique assumé par le directeur juridique, ou, dans les entreprises qui n'ont pas une taille suffisante et où la fonction de *compliance officer* représenterait une charge démesurée, par un mandataire social. Il est alors peu probable qu'il s'y consacre « *à titre exclusif* » et on ignore à partir de quelle charge de travail la gestion du programme de conformité représentera « *une part significative* » de son temps.
134. Il convient en effet de prendre la mesure de la charge reposant sur les entreprises et de s'interroger sur sa proportionnalité. Le fait d'exiger qu'une personne soit dédiée à plein temps à la conformité (du moins pour que ce programme soit considéré comme efficace par l'Autorité de la concurrence) représente une immixtion dans la politique salariale des entreprises d'autant plus grande que les entreprises concernées seront de taille moyenne.

135. Concernant les groupes, la question se posera de savoir à quel niveau de direction la personne dédiée devrait être recrutée. En effet, un programme de conformité mis en place au niveau de la seule maison mère – en plus des questions d'imputabilité étudiées – pourrait être considéré comme insuffisamment adapté à l'activité des filiales et au pays dans lequel elles sont établies. Toutefois, si la mise en place d'un tel programme au niveau de chaque filiale implique de créer un responsable devant consacrer toute son activité à la conformité au droit de la concurrence, les entreprises risquent de considérer qu'il s'agit d'une multiplication disproportionnée des coûts induits par le programme de conformité.
136. Il semble que le document-cadre ne devrait pas imposer de standard (emploi à titre exclusif) et devrait laisser l'entreprise adapter le ou les postes de *compliance officer* aux circonstances de fait et, en toute hypothèse, le rattacher à la direction juridique quand elle existe.
137. Par ailleurs, au titre du point 2.d, il est mentionné que le responsable du programme de conformité dispose des pouvoirs nécessaires pour « *agir en cas d'infraction avérée ou possible* ».
138. Dans la mesure où ce point renvoie aux dispositions relatives aux sanctions, les commentaires suscités par cette disposition seront présentés ci-dessous. On notera ici qu'il existe une forte interrogation sur le contenu de l'action qui doit être entreprise par le responsable de la conformité (déclenchement d'une sanction disciplinaire et/ou clémence).
139. Enfin, il est recommandé, au point e), que le responsable de conformité dispose des « *moyens humains et financiers suffisants, en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'organisme en cause, pour que le programme de conformité puisse être mis en œuvre de façon effective* ».
140. Si l'APDC peut naturellement souscrire en termes généraux à l'objectif d'effectivité énoncé ici, il faut à nouveau souligner que cette recommandation ne peut être évaluée que de façon souple et pragmatique. Cette évaluation doit nécessairement tenir compte non seulement de la taille de l'entreprise, mais encore du fréquent regroupement des fonctions de conformité « concurrence » avec d'autres conformités, au sein du même département, voire dans les mains d'une seule et même personne.
141. Quant à l'objectif d'effectivité, il ne doit pas être confondu avec une obligation de résultat, l'entreprise ne pouvant en toute hypothèse, en matière de programmes de conformité, être tenue qu'à une obligation de moyens, cette dernière devant être appréciée au cas par cas.
142. Enfin et surtout, le projet de document-cadre énonce le principe des « moyens humains et matériels », mais passe sous silence l'un des principaux obstacles à la mission du responsable de conformité, à savoir l'absence de confidentialité attachée aux documents recueillis ou rédigés par ce dernier, en l'absence aujourd'hui du « privilège de confidentialité » des juristes d'entreprise préconisé par le rapport PRADA, « *sur certains facteurs susceptibles de renforcer l'attractivité de la place de Paris* », de mars 2010. Cette difficulté majeure et récurrente est développée *infra* (§§303 et s.).

C) Commentaires et propositions sur la troisième composante retenue par l'Autorité : « l'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et sensibilisation comportant :

- a) *la conception et la diffusion régulière aux mandataires sociaux, aux dirigeants, aux cadres et aux autres employés ou agents concernés de l'entreprise ou de l'organisme de documents ou d'autres supports :*
 - *leur expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence ;*
 - *les sensibilisant à l'importance et à l'intérêt, pour l'entreprise ou l'organisme ainsi que pour chacun d'entre eux, à titre personnel, de se conformer à ces règles dans le cadre de leur activité professionnelle ;*
 - *les informant des mécanismes internes leur permettant d'obtenir des conseils ou d'alerter sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles ;*
 - b) *des mesures de communication interne générale sur l'existence et la raison d'être du programme de conformité ;*
 - c) *la réalisation régulière de formations obligatoires aux règles de concurrence et à leurs implications concrètes pour l'entreprise ou l'organisme, ainsi que, en tant que de besoin, de formations spécifiques pour les dirigeants, les cadres et les autres employés ou agents présentant des profils de risque particuliers (par exemple, ceux responsables des prix ou des ventes, ou encore ceux participant aux travaux d'associations professionnelles) et de formations ponctuelles en cas d'événement particulier (par exemple, en cas d'embauche d'un nouveau salarié ou de découverte d'une infraction) ;*
 - d) *l'envoi d'une information relative à l'existence et à la raison d'être du programme de conformité, à bref délai après son adoption, aux principaux partenaires commerciaux réguliers de l'entreprise ou de l'organisme (par exemple, ses fournisseurs ou ses distributeurs, en particulier lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises), ainsi qu'à l'ensemble de ses actionnaires, pourrait également être envisagé ;*
143. La formation est un pilier fondamental d'un programme de conformité. En cela, l'APDC rejoint le projet de document-cadre de l'Autorité et notamment son point 19 3) (c).
144. La formation présente deux atouts majeurs :
- une dimension pédagogique indéniable qui permet d'infuser une culture de concurrence au sein de l'entreprise,
 - une facilitation de la remontée d'informations informelles grâce à l'émulation collective générée par les formations en personne (par opposition aux trainings informatiques qui peuvent utilement compléter les formations en personne mais ne présentent pas cet atout d'émulation collective).

145. Par ailleurs, la formation arrive au premier rang (avec 53,5 %) des moyens utilisés par les directions juridiques en France pour veiller au respect des règles de gouvernance et de prévention des risques juridiques, selon l'édition 2008 de l'Observatoire des directions juridiques⁵⁰.
146. L'APDC regrette toutefois qu'au point 11 du projet de document-cadre, l'Autorité traite l'aspect formation avec un certain mépris alors qu'il s'agit d'un élément fondamental.
147. A ce titre, l'APDC constate le caractère globalement répressif du projet de document-cadre et s'interroge sur la réalité de l'objectif pédagogique des programmes de conformité tel qu'annoncé par l'Autorité (cf. notamment le § 14 du projet de document-cadre). L'APDC soutient qu'une meilleure valorisation de la formation dans le document-cadre participerait à cet objectif pédagogique et serait conforme à la politique dessinée par l'Autorité dans ses dernières décisions⁵¹, à savoir la prise en considération des engagements de formation des entreprises poursuivies comme élément de réduction des sanctions.
148. Le projet de document-cadre semble envisager que des formations générales soient dispensées à tous les salariés et qu'en tant que de besoin, certaines populations « *présentant des profils particuliers* », bénéficient de formations spécifiques.
149. Concernant les formations obligatoires, on rappellera que l'employeur ne peut imposer aux salariés que des formations effectuées dans l'intérêt de l'entreprise, réalisées pendant les horaires de travail, et qui présentent un lien avec la fonction du salarié. Ainsi, les formations devront être adaptées aux catégories de salariés et on ne peut imaginer de formations générales à destination de tous les salariés. Tout au plus, une information générale peut-elle être proposée à tous, mais les formations à proprement parler devront être ciblées. L'entreprise procédant à une telle adaptation, plus efficace, ne saurait se voir reprocher de ne pas produire un effort généralisé, imposant des dépenses lourdes et affectées de manière non optimale.
150. L'APDC considère que les vertus pédagogiques du document-cadre seraient renforcées par une mention explicite au fait que les formations seront imposées aux salariés dans le respect du droit du travail.

⁵⁰ Christophe Collard et Christophe Roquilly, « *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise* », LGDJ, 2011 ; §113

⁵¹ Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, paragraphe 421 ; Décision n° 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

151. Par ailleurs, l'APDC émet des réserves sur la pertinence de « l'envoi d'une information relative à l'existence et à la raison d'être du programme de conformité, à bref délai après son adoption, aux principaux partenaires commerciaux réguliers de l'entreprise ou de l'organisme, [...] ainsi qu'à l'ensemble des actionnaires » (§ 19 3) (d)). Si la mise en ligne sur le site internet de l'entreprise ou de l'organisme concerné du programme de conformité peut être utilement envisagée, l'envoi formel (par courrier ?) d'une information est contestable. A cet égard, l'APDC considère que l'entreprise doit demeurer libre d'informer ou non ses partenaires commerciaux et de déterminer le cas échéant la forme que prendra cette information.

D) Commentaires et propositions sur la quatrième composante retenue par l'Autorité : « l'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alertes »

152. Le quatrième élément retenu par l'Autorité est « l'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte » :

a) la mise en place de mesures visant à assurer et à évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise ou de l'organisme (de telles mesures pouvant, par exemple, prendre la forme de dispositions intégrées au règlement intérieur, de clauses insérées dans les contrats de travail, de vérifications lors des entretiens d'embauche ou d'évaluation, ou encore d'attestations régulières de conformité) ;

b) la mise en place d'un dispositif permettant à tout employé ou agent de l'entreprise ou de l'organisme ne souhaitant pas que celle-ci ou celui-ci se mette en situation de violer les règles de concurrence :

- de demander un conseil, y compris de manière urgente, au(x) personne(s) chargée(s) du programme de conformité ou à leurs correspondants locaux sur la conduite à tenir à propos d'une question relative au respect des règles de concurrence ;
- de les alerter de bonne foi, au besoin de façon confidentielle, et en étant assuré de bénéficier de mesures de protection contre toutes représailles, sur le fait qu'il a connaissance d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence ; pour autant que ce dispositif d'alerte professionnelle implique un traitement automatisé de données à caractère personnel, il devra être mis en place dans les conditions prévues par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

c) la réalisation d'évaluations régulières des différents aspects du programme de conformité, ainsi que d'audits juridiques et commerciaux (« due diligence »), notamment lors d'événements susceptibles de créer de nouveaux risques pour l'entreprise ou l'organisme en cause (par exemple, l'acquisition d'une nouvelle entreprise ou le développement d'un nouveau métier) ; ces évaluations et ces audits, qui doivent être documentés, sont impératifs pour aider l'entreprise ou l'organisme à évaluer l'effectivité et l'efficacité de son programme de conformité, et à l'améliorer si besoin est ; le fait de les confier à des tiers indépendants peut être nécessaire pour en garantir l'objectivité » ;

153. L'APDC reviendra sur chacun de ces points.

1) S'agissant du point 4 (a)

154. La question de la vérification du comportement individuel d'un salarié et de son évaluation au regard du programme de conformité (point 4.a) est une question importante dans le cadre des relations sociales de l'entreprise.
155. En pratique, on ne saurait procéder à des vérifications, à proprement parler, au cours de l'entretien d'embauche tant on imagine mal quelles vérifications pourraient être menées avant d'embaucher le salarié.
156. On peut douter de l'efficacité liée au fait de demander une attestation de conformité.
157. En premier lieu, l'APDC s'interroge sur l'auteur de cette attestation. Si la mesure conduit le salarié lui-même à attester sur l'honneur avoir toujours respecté les dispositions du droit de la concurrence, cela ne saurait avoir une valeur autre que psychologique. On peut même s'interroger sur la légalité d'une telle demande au regard du droit du travail et des conséquences attachées à la découverte ultérieure du caractère mensonger de l'attestation⁵². Compte tenu de l'appréciation de la faute par les juridictions prud'homales, il n'est pas certain que cette mesure serait efficace.
158. En dehors du salarié lui-même, quel organisme pourrait avoir qualité pour fournir une telle attestation ? Quand bien même un précédent employeur accepterait de fournir une telle attestation, quelle valeur aurait-elle ? Quelle serait l'appréciation portée par les juges prud'homaux sur un tel « suivi » du salarié ? Il convient de rappeler qu'après l'interdiction du « carnet d'ouvrier », caractéristique du XIX^e siècle, il a été formellement interdit de demander à un salarié, lors de son embauche, d'autres renseignements sur son précédent poste que ceux portés sur son certificat de travail. Bien sûr, il reste possible de lui demander de justifier de la possession de certains documents (permis de conduire, diplômes) mais ces documents doivent toujours être en relation étroite avec les fonctions qu'il sera amené à exercer. En l'occurrence, il est difficile d'imaginer quel justificatif pourrait être exigé (certificat délivré par le précédent employeur attestant de l'assiduité à des formations en droit de la concurrence ?).

⁵² On renverra, de manière indicative, à la jurisprudence de la Cour de cassation sur les fausses déclarations sur les diplômes : « *Attendu que pour décider que le licenciement de Mme M. était fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt relève que la salariée a manqué à son obligation de loyauté en ne fournissant pas à la société X lors de son engagement en 1991, des informations exactes concernant ses diplômes ; Attendu cependant que la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol ; qu'elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, sans caractériser le dol, et sans relever l'incompétence de Mme X qui occupait depuis trois ans les fonctions pour lesquelles elle avait été recrutée, la cour d'appel a violé les textes susvisés* », ch. Soc. 9 février 1999.

159. Quand bien même cet obstacle pourrait être surmonté, l'APDC s'interroge, en deuxième lieu, sur la valeur de ces attestations. Que se passerait-il au cas où une infraction serait découverte dans la première entreprise, alors qu'aurait déjà été fournie une attestation de conformité à un salarié impliqué dans une infraction au droit de la concurrence ?
160. En troisième lieu, que pourrait viser l'attestation demandée ? Soit elle viserait la commission – ou la non commission – d'une infraction au droit de la concurrence, et elle ne saurait avoir une grande force car elle ne pourrait viser que des infractions constatées par l'Autorité. Soit l'attestation devrait faire mention des infractions au droit de la concurrence ayant fait l'objet de sanctions disciplinaires, et elle serait simplement illégale parce que les sanctions disciplinaires prises à l'encontre d'un salarié sont absolument confidentielles au sein de l'entreprise. De plus, elles se prescrivent en trois ans, dans l'entreprise, ce qui s'opposerait que cette dernière en fasse état dans une quelconque attestation au-delà de cette durée.
161. Ne semblent donc réalisables au titre du point 4.a que des vérifications au cours de l'entretien d'évaluation et non lors de l'embauche. Ces vérifications se confondent en pratique avec les mesures d'audit prévues au point 4.c car au cours de l'entretien d'évaluation proprement dit, seule une conversation relative au comportement individuel préalablement audité pourrait être envisagée.

2) S'agissant du point 4 (b) : l'institutionnalisation des systèmes d'alerte

162. Outre les mesures de contrôle et d'audit, le quatrième critère prévoit la mise en place d'un dispositif d'alerte dans les termes rappelés ci-dessus.
163. La mise en place d'un dispositif d'alerte (ou « *whistleblowing* ») est donc considérée par l'Autorité comme une des « *composantes minimales* » d'un programme de conformité.
164. L'APDC formulera à cet égard plusieurs commentaires critiques.

a) En premier lieu, la mise en place d'un dispositif d'alerte ne peut qu'être volontaire et ne saurait être imposée

165. Tout d'abord il paraît utile de rappeler que les dispositifs d'alertes ont fait l'objet de critiques, tant dans leur principe que dans leur application. Des études soulignent la relative inefficacité de ces mécanismes importés des Etats-Unis⁵³, notamment pour des raisons culturelles⁵⁴, leur rejet par tout ou partie des acteurs de l'entreprise⁵⁵ et les difficultés rencontrées par les *whistleblowers* tant dans leur entreprise⁵⁶ qu'auprès de potentiels employeurs⁵⁷.
166. L'APDC relève également l'inefficacité des dispositifs automatisés de *whistleblowing*, via des hotlines ou l'intranet des entreprises. L'expérience des membres de l'APDC démontre que, en pratique, les dénonciations de pratiques anticoncurrentielles se font soit de façon informelle en direction du management ou du service juridique des entreprises, soit, le plus souvent, à l'occasion de formations en droit de la concurrence dispensées au sein des entreprises.
167. En outre, si le *whistleblowing* semble adapté aux filiales de sociétés américaines ayant intégré cette pratique dans leurs plus hautes instances dirigeantes compte tenu des impératifs de la loi Sarbanes Oxley, cette pratique semble difficilement miscible avec le droit continental.
168. Si le système d'alerte était maintenu au titre des composantes minimales des programmes de conformité, cela pourrait décourager certaines entreprises d'adopter de tels programmes contrairement à l'objectif pédagogique poursuivi par l'Autorité (cf. notamment le § 14 du projet de document-cadre).
169. L'APDC estime donc que la mise en place d'un dispositif du *whistleblowing* n'est pas une composante indispensable d'un programme de conformité au droit de la concurrence et ne saurait donc être imposée par l'Autorité. Sa mise en place doit être laissée à la discrétion des entreprises.
170. Ce caractère optionnel est d'autant plus légitime que de nombreuses questions juridiques restent irrésolues concernant la mise en œuvre effective des dispositifs d'alerte.

⁵³ Caroline Manville, Tessa Melkonian et Thierry Nadisic, « Pourquoi un cadre dirigeant ne recrutera-t-il pas un lanceur d'alerte qui a dénoncé une entente anticoncurrentielle ? Une approche par la théorie de justice organisationnelle », Revue Lamy de la Concurrence, Janvier/Mars 2010 ; Christophe Collard et Christophe Roquilly, « La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise », LGDJ, 2011.

⁵⁴ François Barrière, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée », JCP E n°27, 1527 ; Alain-Marc Irissou, « Les programmes de conformité : comment assurer leur succès ? », Revue Lamy de la concurrence, Avril/Juin 2009.

⁵⁵ Voir *supra* 1 ; Christophe Collard et Christophe Roquilly, « La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise », LGDJ, 2011 ; Emmanuelle Claudel, « Procédure de non-contestation de griefs : le « whistleblowing » fait son entrée en droit de la concurrence », RTD com. 2008, p. 57 ; Europe Economics, « Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité », 5 septembre 2008, paragraphes 27 et 3.77 et suivants.

⁵⁶ Jean-Michel Daunizeau et Martine Leimbach, « Contrôle des risques – Mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité », RB Edition, 2011.

⁵⁷ Voir *supra* 1.

b) Sur la protection insuffisante du *whistleblower* en droit de la concurrence au regard du droit du travail

171. En premier lieu, la protection du salarié ayant déclenché le dispositif d'alerte (« *whistleblower* ») contre les mesures de représailles paraît en l'état insuffisamment encadrée.
172. Le projet de document-cadre de l'Autorité indique que l'entreprise devra garantir que le *whistleblower* bénéficiera « de mesures de protection contre toutes représailles ».
173. Sur le plan des principes cette affirmation rencontre l'approbation pleine et entière de l'APDC. En effet, le *whistleblower* doit être protégé.
174. Toutefois cette disposition est illusoire dans la mesure où les dispositifs de *whistleblowing* en droit de la concurrence ne sont pas réglementés par le Code du travail. En théorie et sauf preuve contraire, toute dénonciation de pratiques anticoncurrentielles pourrait être considérée comme une violation de l'obligation de loyauté du salarié envers son entreprise, et à ce titre entraîner une sanction du salarié, sauf à ce que l'employeur ait pris l'engagement formel de ne pas sanctionner le salarié dans ce cas de figure.
175. Cette absence de protection légale entraîne une crainte de représailles des salariés et nuit à l'efficacité du mécanisme de *whistleblowing*. Par ailleurs, même en l'absence de sanction de la direction, les *whistleblowers* sont souvent considérés et traités comme des « parias » par l'entreprise et leurs collègues et finissent par être obligés de démissionner⁵⁸.
176. La mise en place d'un mécanisme « effectif » d'alerte tel que visé par l'Autorité nécessite une protection renforcée des droits du *whistleblower* passant par la modification du Code du travail telle que cela a été fait en matière de dénonciations de harcèlement ou de corruption au travail (cf. articles 1153-3 et 1161-1 du Code du travail). L'APDC souligne que cela faisait partie des préconisations d'Europe Economics dans son rapport de 2008⁵⁹.
177. En second lieu, le projet de document-cadre comporte une contradiction quant aux possibles sanctions contre les salariés.
178. D'une part, il est fait état de « mesures de protection contre toutes représailles » ce qui militerait pour une protection totale du *whistleblower* contre les sanctions disciplinaires.

⁵⁸ Article précité Caroline Manville, Tessa Melkonian et Thierry Nadisic, « Pourquoi un cadre dirigeant ne recrutera-t-il pas un lanceur d'alerte qui a dénoncé une entente anticoncurrentielle ? Une approche par la théorie de justice organisationnelle », Revue Lamy de la Concurrence, Janvier/Mars 2010.

⁵⁹ Europe Economics, « Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité », 5 septembre 2008, paragraphes 31 et 32(iv).

179. D'autre part, le projet de document-cadre indique au § 19 5) b) :

« la mise en place d'un système transparent, [...] permettant à ceux d'entre eux qui dénoncent une infraction à laquelle ils ont participé et qui contribuent à son examen par la ou les personne(s) chargée(s) du programme de conformité, ainsi qu'aux suites données à cet examen, de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction disciplinaire, pourrait également être étudiée »
(soulignement ajouté par nos soins).

180. Ainsi les *whistleblowers* ayant participé à l'infraction pourraient bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction disciplinaire, ce qui sous-entendrait que les entreprises pourraient les sanctionner. Il existe donc une contradiction entre les dispositions des § 19 4) b) et 19 5) b).

181. L'APDC estime qu'il est indispensable de clarifier ce point et que le seul engagement que l'Autorité peut imposer aux entreprises est de ne pas sanctionner l'acte consistant à dénoncer une pratique anticoncurrentielle (sauf en cas de dénonciation calomnieuse). Par contre, l'APDC souhaite que chaque entreprise demeure libre de décider de sa politique de sanction à l'égard de ses salariés, y compris à l'égard des *whistleblowers* ayant participé à une pratique anticoncurrentielle.

c) Sur la référence aux conditions prévues par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

182. Le projet de document-cadre de l'Autorité indique que la dénonciation d'une pratique anticoncurrentielle pourra se faire « *au besoin de façon confidentielle* » et que le dispositif de *whistleblowing* « *devra être mis en place dans les conditions prévues par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* » si ce dispositif implique un traitement automatisé des données.

183. L'APDC approuve la référence de l'Autorité aux critères posés par la CNIL en cas de mise en place d'un dispositif de *whistleblowing* impliquant un traitement automatisé des données.

184. En revanche, l'APDC estime que la simple référence aux conditions prévues par la CNIL est insuffisante. Il conviendrait de faire explicitement référence aux principales obligations de l'entreprise afin d'encourager la réussite du *whistleblowing*, et notamment :

- l'obligation d'identification du *whistleblower* au moment de l'alerte,
- l'obligation renforcée de la personne chargée de la gestion des alertes de conserver l'identité du *whistleblower* confidentielle,
- ainsi que le caractère facultatif de l'utilisation du dispositif d'alerte par les salariés, ce dernier ne pouvant en aucun cas se substituer à la voie hiérarchique, voie naturelle en droit du travail, voire la voie syndicale.

185. L'APDC estime en outre que ces conditions devraient être généralisées à toute procédure de *whistleblowing*, y compris en l'absence de traitement automatisé des données.
186. En particulier, la confidentialité de l'identité du *whistleblower* doit être garantie dans toute procédure d'alerte afin d'assurer l'efficacité du dispositif. C'est ce que relevait déjà le rapport d'Europe Economics en 2008⁶⁰. L'expression « *au besoin de façon confidentielle* » est donc insuffisante, la confidentialité étant impérative.
187. Enfin, l'APDC s'interroge sur la possibilité effective de conserver la confidentialité du *whistleblower* ayant participé à la pratique anticoncurrentielle dénoncée si celui-ci n'est pas sanctionné par l'entreprise (cf. développements *supra*), dès lors que les autres salariés ayant participé à la pratique seraient, quant à eux, sanctionnés.

d) Sur les conséquences du whistleblowing dans les procédures de concurrence

188. Si les personnes chargées de la mise en place et du fonctionnement du programme de conformité font partie de l'entreprise, les informations révélées dans le cadre d'un dispositif de *whistleblowing* ne bénéficieront pas du secret des correspondances.
189. La mise en place d'un dispositif de whistleblowing dans ces conditions constitue donc un risque important pour l'entreprise en cas de perquisition de l'Autorité et apparaît comme un facteur susceptible d'affecter l'efficacité du dispositif, ainsi que le relevait le rapport d'Europe Economics en 2008⁶¹.
190. Dans un souci de transparence, l'APDC estime qu'il conviendrait de rappeler dans le document-cadre que les échanges internes à l'entreprise ne bénéficient pas de la confidentialité des correspondances. A ce titre et afin de garantir l'efficacité d'un dispositif de *whistleblowing*, l'APDC recommande de permettre aux entreprises de désigner un tiers indépendant bénéficiant du *legal privilege* en qualité de destinataires des alertes (notamment un avocat).

e) Sur les conséquences du whistleblowing dans les procédures pénales

191. Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, seules les entreprises bénéficient de l'exonération ou de la réduction de sanction en cas de procédure de clémence. Le *whistleblower* qui a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée mais qui a participé à la pratique anticoncurrentielle peut donc toujours être sanctionné pénalement.
192. Afin de garantir l'efficacité du *whistleblowing*, l'APDC estime donc que l'Autorité devrait saisir l'opportunité de ce document-cadre pour s'engager formellement à ne pas dénoncer les *whistleblowers* au Procureur de la République.

⁶⁰ Voir *supra* 6, paragraphe 3.57.

⁶¹ Voir *supra* 6, paragraphe 3.80.

193. Dans un souci de transparence, l'APDC estime également qu'il conviendrait de rappeler dans le document-cadre que le Procureur de la République demeure libre de s'autosaisir, ou qu'il peut être saisi par un autre canal, et de poursuivre pénalement les *whistleblowers* qui auraient participé à l'entente.

3) S'agissant du point 4 (c) : les audits

194. Comme le souligne à juste titre l'Autorité de la concurrence, les audits sont une composante essentielle de tout programme de conformité.

195. Ces audits ont des finalités multiples, non limitées à la seule détection de possibles infractions : ils participent également de la dimension « pédagogique » de tout programme de conformité, dont ils sont la traduction la plus concrète et la plus visible, et ils matérialisent concrètement l'engagement de l'entreprise en faveur de la diffusion d'une culture de conformité.

196. L'Autorité insiste sur l'obligation de documenter les audits et suggère qu'ils peuvent être confiés à des tiers indépendants. On touche ici à l'une des principales difficultés en matière d'audits de concurrence, déjà affirmée.

197. En effet, depuis l'arrêt *Akzo* du 14 septembre 2010, le refus de reconnaître une forme de secret professionnel aux juristes internes constitue un frein important au développement des audits de concurrence. Ce facteur, conjugué à la pratique hautement contestable de l'Autorité en matière de saisies informatiques, risque bien d'obérer sérieusement l'effectivité d'audits que l'Autorité appelle pourtant de ses vœux.

198. Quelle incitation l'entreprise peut-elle avoir, en effet, à rassembler et soigneusement consigner des pratiques potentiellement dangereuses dans un rapport, si ce dernier peut être accessible sans restriction aux enquêteurs ?

199. L'APDC considère que ces questions de secret professionnel sont cruciales pour la promotion et l'efficacité des programmes de conformité.

200. Les audits posent également la question, de manière générale, de la garantie des droits des salariés. En effet, effectuer des investigations conduit nécessairement à mener des vérifications de l'activité des salariés.

201. L'APDC ne saurait revenir sur la nécessité de procéder à des audits. Elle souhaite toutefois attirer l'attention sur le fait que le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'employeur est limité par les droits de l'employé (droit à l'intimité de la vie privée, à une vie familiale normale, liberté d'opinion, droit syndical, etc.) et l'Autorité ne saurait, dans le document-cadre, exiger plus de l'entreprise que ce que l'employeur ne peut donner.

202. Un point récurrent et particulièrement sensible reste l'investigation des messageries électroniques, mais on peut également signaler les vérifications portant sur des agendas ou des cahiers de travail.
203. Pour mémoire, le droit du travail n'a pas considéré comme fautive l'utilisation des messageries électroniques professionnelles à des fins privées et a donc protégé le salarié de toute immixtion de l'employeur dans sa vie privée en posant une présomption selon laquelle les mails contenus dans la messagerie électronique professionnelle sont réputés avoir un caractère professionnel, à l'exception de ceux étant identifiés comme personnels.
204. En France, la règle permet donc de réaliser des audits sous réserve de mettre en œuvre une information du salarié, ainsi que de lui garantir qu'aucun accès ne sera recherché à ses courriels personnels, à moins qu'il ne donne son accord exprès et en sa présence.
205. On relève d'ores et déjà en pratique que les audits en droit de la concurrence peuvent se heurter à des réglementations plus protectrices des salariés dans des pays voisins (l'Allemagne et l'Ukraine ont été identifiés, à ce stade, comme des Etats imposant des règles contraignantes concernant l'audit d'éléments susceptibles de porter atteinte aux libertés du salarié).
206. Ainsi, l'Autorité de la concurrence pourrait devoir tenir compte du fait que certains programmes, s'appliquant par exemple dans une filiale étrangère d'un groupe français, ne peuvent pas mettre aisément en place des audits permettant d'évaluer le comportement individuel des salariés et en tout état de cause, sans que cela ne nécessite l'accord exprès et éclairé du salarié (ou expose à son refus).

E) Commentaires et propositions sur la cinquième composante retenue par l'Autorité : « l'engagement de mettre en place un dispositif effectif de suivi comprenant :

- f) *une procédure de traitement des demandes de conseil, d'examen des alertes et d'analyse des suites à donner ;*
- g) *l'existence d'une échelle de sanctions, en particulier disciplinaires, pouvant aller jusqu'au licenciement de l'intéressé et/ou à la révocation de son mandat social dans l'hypothèse d'une violation grave de la politique de l'entreprise ou de l'organisme en matière de conformité aux règles de concurrence ; la mise en œuvre de ces sanctions devra être effective et proportionnée à la situation individuelle et au comportement de l'intéressé ; la mise en place d'un système transparent, accessible dans les mêmes conditions à tout employé ou agent de l'entreprise ou de l'organisme, et permettant à ceux d'entre eux qui dénoncent une infraction à laquelle ils ont participé et qui contribuent à son examen par la ou les personne(s) chargée(s) du programme de conformité, ainsi qu'aux suites données à cet examen, de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction disciplinaire, pourrait également être étudiée.*

207. L'APDC souhaite voir dans la formulation générale du point 5.a la reconnaissance par l'Autorité d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité des mesures à adopter face à un comportement litigieux.
208. L'APDC relève que le fait de placer les entreprises en situation de police de l'ordre public concurrentiel ne serait pas compatible avec le fait de leur refuser toute marge de liberté pour appliquer les sanctions consécutives aux manquements constatés. Dans sa rédaction générale, le point 5.a semble reconnaître cette liberté, mais l'articulation avec le point 5.b, aux termes duquel tout manquement constaté doit entraîner une sanction proportionnée, crée une incertitude à cet égard.
209. En pratique, tous les comportements susceptibles d'être identifiés grâce au fonctionnement d'un programme de conformité ne sont pas tous des comportements graves et caractérisés qui feraient encourir une sanction par l'Autorité elle-même. Son pouvoir souverain d'appréciation des faits lui permet de prononcer un non-lieu, si l'infraction est insuffisamment caractérisée, ou accepter des engagements qui rétablissent la concurrence sans entraîner de condamnation.
210. L'APDC souhaiterait que soit expressément reconnu aux entreprises ce pouvoir de mettre fin à une situation problématique, en contrepartie d'une absence de poursuite. Sans doute l'Autorité pourrait-elle réserver les cas extrêmes de cartels caractérisés, que les programmes de conformité n'ont pas vocation à masquer, mais il n'en reste pas moins que la visée pédagogique des programmes de conformité, gage de leur acceptation par les salariés, gagnerait à ce que l'entreprise se voie reconnaître, dans une certaine mesure, un pouvoir d'opportunité des poursuites.
211. En dépit de la formulation générale du point 5.a, qui semble permettre cette interprétation, l'approche de l'Autorité, essentiellement répressive, est contenue dans le point 5.b, qui met les différentes formes de sanctions en avant, au point d'en faire une condition à égalité avec la formation (point 3) ou le suivi au sens du contrôle de l'effectivité (point 4).
212. Concernant les sanctions disciplinaires, plusieurs remarques peuvent être présentées.
- a) Remarque générale sur les prescriptions en droit du travail
213. De manière générale, on rappellera que les sanctions disciplinaires, en droit du travail, connaissent des prescriptions particulières, qui peuvent en pratique mettre les entreprises dans une situation délicate au regard de leur programme de conformité.
214. D'une part, la procédure de sanction disciplinaire doit être mise en œuvre dans un délai maximum « *de deux mois à compter du jour où l'employeur [...] a eu connaissance [du fait fautif], à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* »⁶².
215. D'autre part, « *aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* »⁶³.

⁶² Article L 1332-4 du Code du travail.

⁶³ Article L 1332-5 du Code du travail.

216. La prescription de trois ans doit être signalée comme une contrainte au pouvoir de sanction disciplinaire de l'employeur envisagé par le programme de conformité. La prescription de deux mois pose quant à elle un véritable problème pratique aux entreprises confrontées à un comportement problématique révélé par un programme de conformité.
217. En effet, une fois que des faits ont été révélés grâce au fonctionnement du programme de conformité, l'entreprise concernée dispose d'un délai deux mois pour prendre la décision de sanctionner son salarié. Au-delà de ce délai aucune mesure ne pourra plus être prise.
218. Que l'Autorité soit saisie ou non, il convient de rappeler que l'appréciation que le Conseil des Prud'hommes compétent portera sur le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement est indépendante de l'analyse qui pourrait être portée par l'Autorité de la concurrence sur les mêmes faits. Les juridictions consulaires portent sur le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement une appréciation *in concreto*, prenant en considération la conscience du salarié de commettre un manquement, la contrainte financière qu'il pouvait ressentir, etc. Dès lors, quand bien même il pourrait être démontré que le salarié ne pouvait ignorer la gravité de son comportement en raison des actions de sensibilisation et formation menées dans le cadre du programme de conformité, rien ne garantit la reconnaissance de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement consécutif à une infraction au droit de la concurrence.
219. Si l'Autorité est saisie, l'entreprise concernée peut choisir de se défendre, et il peut lui être indispensable de garder en son sein les protagonistes impliqués dans la commission de l'infraction. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'entreprise s'engage dans une procédure de clémence impliquant une obligation très forte de coopérer. Sanctionner son salarié est une façon peu efficace de s'assurer de sa coopération.
220. Elle peut également décider de ne pas se défendre, comme l'y incite le document-cadre (soit qu'elle soit demandeur de clémence, soit qu'elle ne conteste pas les griefs).
221. En tout état de cause, quelle que soit l'option choisie, la prescription des faits en droit du travail oblige l'employeur à licencier son salarié, si cela doit être la mesure appropriée, avant que l'Autorité ne se soit prononcée sur les faits. Ainsi, si le salarié licencié pour faute consistant en une violation du programme de conformité, conteste la cause réelle et sérieuse de son licenciement, le Conseil des Prud'hommes statuera sur la cause réelle et sérieuse sans disposer de l'analyse de l'Autorité, que rien ne l'oblige à attendre. En effet, le droit de la concurrence n'étant pas du droit pénal, on ne peut invoquer l'adage selon lequel le pénal tient le civil en l'état. Quand bien même le Conseil sursoirait à statuer en attendant la décision de l'Autorité, il ne saurait être lié par l'analyse de cette dernière.

222. Enfin, si la durée des procédures en droit du travail permettait de se retrouver dans une situation dans laquelle le litige social ne serait pas réglé par une décision définitive à la date de l'adoption de la décision de l'Autorité de la concurrence, la question ne serait pas réglée. En effet, l'APDC constate que seules de très rares décisions désignent au sein des entreprises une personne responsable – en dehors des cas dans lesquels il y a transmission d'un dossier au parquet en application de l'article L 420-6 du Code de commerce. Dès lors, la condamnation de l'entreprise par l'Autorité de la concurrence n'épuiserait pas la discussion sur la responsabilité personnelle du salarié et l'appréciation de sa faute.
223. Devant l'incertitude créée par le licenciement consécutif à une probable infraction anticoncurrentielle, la sanction ne saurait être préconisée par le document-cadre, qui devrait laisser l'employeur libre de choisir la réaction la plus adaptée pour son entreprise⁶⁴.
- b) L'échelle des sanctions du programme de conformité
224. La préconisation de l'Autorité de créer dans le programme de conformité une « *échelle des sanctions [...] disciplinaires, pouvant aller jusqu'au licenciement* » n'est que difficilement compatible avec le droit social.
225. Le contenu du règlement intérieur est fixé par la loi. Il n'est donc pas nécessaire de fixer dans le règlement intérieur un tableau de correspondance entre une faute et une sanction. Si un tel choix était fait, le tableau de correspondance lierait l'employeur⁶⁵, l'exposant, s'il y dérogeait, à des sanctions pour discrimination.
226. La mise en œuvre du pouvoir disciplinaire s'exerce toujours sous le contrôle du juge prud'homal, qui ne saurait être lié par la définition d'une échelle de gravité des sanctions fixée unilatéralement par l'employeur.
227. Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsqu'un programme de conformité met en œuvre des sanctions disciplinaires, il est déconseillé en pratique de définir par avance l'échelle des sanctions applicables aux violations du droit de la concurrence.
228. Les entreprises ont donc intérêt à renvoyer aux définitions générales du droit du travail et à appliquer ces sanctions au cas par cas, en fonction des circonstances et des faits découverts.

⁶⁴ Voir par exemple pour une recommandation moins dirigiste : « *Recommendation of the Council for further combating bribery of foreign public officials in international business transactions, 26 November 2009 with amendments adopted by Council 18 February 2010 to reflect the inclusion of Annex II, Good practice guidance on internal controls, ethics and compliance, Annex II, § 10 : "appropriate disciplinary procedures..."* ».

⁶⁵ Voir P.-H. Antonmattei et P Vivien, précité p.22.

229. L'APDC considère que ces considérations devraient conduire l'Autorité de la concurrence à ne pas imposer que le programme de conformité prévoie des sanctions disciplinaires spécifiques au droit de la concurrence, de sorte que le pouvoir disciplinaire de l'entreprise puisse s'appliquer de manière adaptée aux comportements contraires au droit de la concurrence, dans le respect du droit social et n'expose pas l'entreprise à un risque nouveau.

c) La sanction disciplinaire

230. Si une procédure de sanction disciplinaire est mise en œuvre, l'APDC rappelle que le salarié a le droit de se faire accompagner par un membre du personnel dès l'entretien préalable⁶⁶, et que ses droits de la défense sont organisés et garantis par le droit du travail.

231. Il convient de rappeler que le licenciement est la sanction disciplinaire la plus grave, qu'elle devrait être, dans l'esprit du document-cadre, réservée aux cas les plus graves. En pratique, cela signifie que, si l'on suit l'esprit du document-cadre, l'application de sanctions disciplinaires qui ne conduisent pas nécessairement à l'exclusion du salarié de l'entreprise, peut être envisagée. La mise en œuvre de ces sanctions est extrêmement mal ressentie par les salariés.

232. Compte tenu de l'implication, dans certains groupes, de syndicats hostiles à la mise en place d'un système de dénonciation, il est peu probable que la confidentialité des débats soit assurée. Des risques de conflits sociaux peuvent découler directement de ces dispositions.

233. Là encore, ces contraintes, si elles ne rendent pas inapplicable le document-cadre, devraient toutefois être considérées comme constituant des freins à l'adoption d'un programme qui comporte un système de suivi aussi répressif que celui décrit dans le projet de document-cadre.

d) La protection du salarié ayant émis l'alerte

234. Enfin, il est renvoyé aux développements relatifs au point 4.b sur la protection de l'auteur de l'alerte. Il est en effet peu probable que le système d'alerte remporte l'adhésion des salariés (déjà peu enclins culturellement à utiliser ce procédé) s'ils ne se sentent pas protégés de toutes représailles, émanant soit de la hiérarchie, soit de l'Autorité elle-même.

⁶⁶ Article L 232-4 du Code du travail.

CHAPITRE 3. LES CONSEQUENCES ATTACHEES AUX PROGRAMMES DE CONFORMITE

235. Alors que les programmes de conformité font florès et que les entreprises investissent toujours plus en temps, en moyens et en ressources dans la réalisation de ce type de programmes, l'annonce de la consultation publique lancée par l'Autorité le 13 octobre 2011 a suscité beaucoup d'espoir, dans le sens d'un encouragement donné à ce type d'initiative et donc de leur meilleure prise en compte à l'occasion d'une affaire contentieuse.
236. Le contenu du projet de document-cadre de l'Autorité est donc à cet égard décevant. Dans une certaine mesure, ce projet pourrait même être vu par les entreprises comme revêtant un aspect dissuasif tant la préexistence de ce type de programme, non seulement ne ferait l'objet d'aucune prise en considération, mais s'avèrerait même créatrice d'obligations nouvelles pour ceux qui les ont mis en place.
237. S'agissant des conséquences attachées aux programmes de conformité, les commentaires de l'APDC porteront d'abord sur le lien automatique que l'Autorité semble vouloir instituer entre l'appréciation de l'efficacité d'un programme et l'engagement d'une procédure de clémence, alors que ces deux outils répondent à des objectifs très différents (A.).
238. L'APDC critiquera ensuite la quasi obligation de résultat que le projet de document-cadre voudrait faire peser sur les entreprises quant à l'efficacité des programmes qu'elles mettent en œuvre (B.).
239. Enfin, l'APDC formulera quelques suggestions de modifications du projet de document-cadre, dans le sens d'une meilleure prise en considération de ces programmes, ne serait-ce qu'en considération du développement de politiques et de cultures de respect des règles de concurrence au sein des entreprises et, par voie de conséquence, de l'outil de prévention qu'ils constituent indéniablement (C.).

A) Un lien automatique non justifié et regrettable entre conformité et clémence

240. Au point 23 du projet de document-cadre, l'Autorité indique que, dans l'hypothèse où un programme de conformité conduirait une entreprise à détecter une infraction, il serait de sa « *responsabilité de présenter aussi rapidement que possible (...) une demande de clémence* », en précisant que cette démarche serait la seule qui soit « *cohérente* » avec l'engagement éthique inhérent à la mise en place d'un programme de conformité.
241. L'Autorité poursuit au point 24 en précisant que si une pratique infractionnelle est commise et que l'entreprise n'a pas engagé de procédure de clémence, « *l'Autorité considère qu'il n'est pas justifié de tenir compte de l'existence de son programme de conformité dans le cadre de la détermination de sa sanction pécuniaire* ».

242. Cette précision apparaît d'ailleurs quelque peu inutile, puisque hormis le cas d'une procédure contentieuse visant une entreprise ne disposant pas encore d'un programme de conformité et qui s'engagerait à en mettre un en œuvre dans le cadre d'une procédure de non-contestation de griefs, la préexistence d'un programme de conformité n'est jamais prise en considération, dans le projet de l'Autorité, comme susceptible de constituer une circonstance atténuante.
243. A cet égard, l'APDC constate avec regret que l'Autorité ne reprend pas la proposition de la mission FOLZ-SCHAUB-RAYSSEGUIER de « *prendre en compte l'existence (...) de programmes réels et sérieux (state of art) de l'entreprise et leur mise en œuvre efficace comme circonstance atténuante* »⁶⁷.
244. Pour l'Autorité, la seule compensation liée à l'existence de ces programmes devrait donc résider dans un lien automatique avec la présentation d'une demande de clémence et la possibilité d'immunité d'amende totale ou partielle qu'elle offre.
245. La position de l'Autorité se rapproche certes de celle très récemment exprimée par la Commission dans une brochure « *compliance matters* » publiée le 23 novembre 2011 sur son site internet et qui écarte également toute idée de circonstance atténuante à raison de la mise en place d'un programme de conformité.
246. D'autres instances européennes ne partagent pour autant pas cette position. En effet, le Parlement Européen a, au début de cette année, encouragé la prise en considération des programmes de conformité dans le cadre de la politique de sanctions. Dans une résolution du 20 janvier 2011⁶⁸, le Parlement a en effet indiqué : « *The European Parliament (...) "Believes that the use of ever higher fines as the sole antitrust instrument may be too blunt (...) and calls for the development of a wider range of more sophisticated instruments covering such issues as (...) corporate compliance programmes and the development of European standards; favours a 'carrot-and-stick' approach with penalties that serve as an effective deterrent, in particular for repeat offenders, while encouraging compliance ».*
247. Cette position du Parlement européen constitue clairement un appel en faveur de la reconnaissance par les autorités de concurrence des mérites propres des programmes de conformité, indépendamment de la décision, dont l'entreprise doit rester libre, d'engager ou non une procédure de clémence.
248. En écartant par avance et par principe toute prise en compte d'un programme de conformité préexistant au sein d'une entreprise, la position exprimée par l'Autorité va donc à l'encontre du mouvement d'encouragement souhaité en la matière.

⁶⁷ Rapport Folz-Schaub-Raysseguier du 20 septembre 2010, page 35.

⁶⁸ Résolution du Parlement Européen du 20 janvier 2011 concernant le rapport sur la politique de concurrence de 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0023+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

249. Ce faisant, le message que l'Autorité adresse aux entreprises apparaît tout à la fois confondre les missions respectives des autorités régulatrices et des entreprises et ignorer la différence fondamentale d'objectif entre un programme de conformité et une demande de clémence.
250. Le lien qui est opéré dans le projet de document-cadre avec l'engagement d'une demande de clémence pour juger de l'efficacité d'un programme de conformité, semble opérer une sorte de renversement des rôles entre les autorités et les entreprises.
251. Nul ne peut en effet contester que les missions de détection, de cessation et, le cas échéant, de sanction d'une infraction au droit de la concurrence, appartiennent d'abord et avant tout aux autorités nationales et européennes. Elles disposent d'ailleurs des pouvoirs d'investigations et des outils procéduraux adaptés pour ce faire.
252. Or, en ajoutant aux contraintes des programmes de conformité (dont la lourdeur est illustrée par la liste des éléments minimum devant les composer⁶⁹), une « *responsabilité* » dans l'engagement de procédures de clémence, on aboutirait à transférer aux entreprises une charge qui ne serait plus limitée au périmètre de leur seul comportement, mais qui s'étendrait bel et bien à la détection, la cessation et la sanction des comportements d'autres entreprises.
253. Conformité et clémence répondent pourtant à des objectifs éminemment différents. La procédure de clémence reste avant tout un outil de répression par l'Autorité des comportements d'un ensemble d'entreprises ayant participé à une même pratique, tandis que la conformité est au premier chef un outil de prévention, interne à une seule entreprise.
254. On ne doit évidemment pas exclure la possibilité pour une entreprise de présenter une demande de clémence sur la base des agissements que son programme de conformité aurait permis d'identifier. Mais chaque entreprise doit conserver en la matière une liberté de choix totale quant au point de savoir si, au-delà des mesures internes qu'elle va prendre pour faire cesser sa participation à un comportement infractionnel, elle décide également de révéler le comportement d'autres opérateurs dans le cadre d'une procédure de répression.
255. L'APDC considère, contrairement à ce qu'indique le projet de document-cadre, non seulement que l'engagement d'une procédure de clémence n'est pas la seule issue « *cohérente* » d'un programme de conformité, mais aussi que l'absence d'une telle initiative ne prive pas pour autant ledit programme de vertu ou d'efficacité. Pour l'APDC, ce sont donc bien les mérites propres de ces programmes internes qui doivent être regardés, indépendamment de tout choix procédural que les entreprises peuvent ou non être amenées à faire.

⁶⁹ Projet de document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, point 19.

256. La vertu première d'un programme de conformité est, par l'instauration d'une culture du respect du droit de la concurrence au sein de l'entreprise, la prévention. En contribuant à empêcher efficacement les entreprises d'entrer dans des comportements infractionnels, les programmes de conformité contribuent déjà à l'objectif de préservation d'une concurrence saine, loyale et par les mérites.
257. Cet aspect, qui vise certes des comportements futurs, n'est pas suffisamment pris en considération par le projet de document-cadre. Il s'agit pourtant là d'un des objectifs principaux poursuivis par les entreprises qui s'engagent dans cette démarche. La pratique montre également l'effet d'entraînement et de responsabilisation que cela peut avoir sur les autres opérateurs d'un même secteur.
258. Ils sont en cela le reflet d'une conscience et d'une politique d'entreprise en faveur de la concurrence et devraient donc, sous réserve de l'examen de leur efficacité intrinsèque, être pris en considération à l'occasion d'une procédure contentieuse et de la détermination d'une éventuelle sanction.
259. S'agissant des comportements passés ou en cours, les programmes de conformité restent également vertueux en l'absence de demande de clémence, dès lors qu'ils conduisent l'entreprise concernée à faire cesser sa propre participation à une infraction.
260. De surcroît, on le sait, le fait pour une entreprise de cesser sa participation à une pratique conduit généralement tout ou partie des autres participants à s'interroger sur les causes de ce retrait et, pour certains, à engager une procédure de clémence.
261. Il peut donc exister des situations où l'origine première d'une procédure de clémence est l'existence d'un programme de conformité efficace au sein d'une entreprise, sans que celle-ci ne fasse le choix d'initier la demande de clémence et ne puisse donc bénéficier d'une immunité totale d'amende. Dans ces cas de figure, l'existence du programme de conformité devrait aussi être prise en considération au moment de la détermination d'une sanction.
262. L'APDC regrette par conséquent le lien créé par l'Autorité de la concurrence entre conformité et clémence, qui selon elle, procède d'une confusion entre un outil privé à usage préventif et un outil public dont la finalité est répressive.
263. En outre, le raisonnement suivi par l'Autorité revient à faire peser sur les entreprises une véritable obligation de résultat.

B) Une obligation de résultat à la charge des entreprises ?

264. En considérant que l'efficacité d'un programme de clémence obligerait l'entreprise qui le met en œuvre à s'engager dans la voie de la clémence, l'Autorité prend comme postulat qu'un tel programme devrait nécessairement conduire l'entreprise à détecter toutes les infractions susceptibles d'avoir été ou d'être commises en son sein.

265. La Commission européenne part du même postulat dans sa brochure « Compliance matters »⁷⁰ citée *supra* puisqu'elle fait un lien direct entre la qualité du programme de conformité et son efficacité : « *The quality of a compliance programme stands or falls by its effectiveness* », et ajoute qu'un programme de conformité digne de ce nom doit empêcher les entreprises de violer les règles du droit de la concurrence : « *a compliance programme must ensure that companies do not infringe competition law* ».
266. Il est intéressant de relire sur ce point l'étude d'octobre 2008 sur la conformité en droit de la concurrence demandée par le Conseil de la concurrence à un cabinet indépendant. Il y est notamment indiqué que :
- « si l'objectif d'un programme de conformité est la détection et la prévention des infractions aux lois antitrust, l'occurrence d'une telle infraction ne saurait automatiquement constituer en elle-même une preuve de l'inefficacité du programme de conformité concerné. Dans la pratique en effet, il est possible que ce programme de conformité ait fourni les connaissances et l'impulsion qui ont finalement conduit à la détection de la violation ; il est également possible qu'il ait eu une influence effective sur le comportement de l'entreprise dans d'autres domaines »*⁷¹.
267. La simple constatation de la participation d'une entreprise à une pratique infractionnelle ne peut donc à elle seule donner la mesure de l'efficacité du programme de conformité mis en place par cette même entreprise. Cette évaluation doit résulter, toujours selon l'étude précitée, d'une combinaison de facteurs, qui doivent être adaptés en fonction de l'entreprise⁷².
268. En effet, il serait illusoire de penser qu'un programme de conformité devrait permettre de détecter toutes les infractions au droit de la concurrence commises au sein d'une multinationale de plusieurs milliers d'employés répartis dans plusieurs pays, filiales et sous-filiales alors que le comportement d'un seul individu, un simple échange d'emails, ou la participation isolée à une réunion peut potentiellement déjà constituer une infraction aux règles sur les ententes.
269. Tout d'abord, un programme de conformité aura très bien pu empêcher la réalisation d'autres infractions ou révéler des pratiques auxquelles l'entreprise aura mis fin. En cela, le programme aura donc fait la démonstration de son efficacité.
270. Ensuite, même dotée d'un programme de conformité efficace, aucune entreprise ne peut exclure que l'un de ses employés adopte intentionnellement des comportements anticoncurrentiels ou que, au contraire, de bonne foi, un autre employé, pensant agir en conformité avec le droit de la concurrence, se trouve dans l'illégalité.

⁷⁰ Brochure « Compliance matters », point 4.6, page 19.

⁷¹ *Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité, Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence*, 5 septembre 2008, Europe Economics, p.iv.

⁷² *Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité, Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence*, 5 septembre 2008, Europe Economics, p.iv, paragraphes 16 et 17, p.5 et 6, p. 38 et 39.

271. On ne peut en effet ignorer que les infractions au droit de la concurrence nécessitent bien souvent des analyses économiques liées à la situation du ou des marché(s) en cause qui rendent difficile l'évaluation *ex ante* de l'illégalité d'un comportement.
272. En outre, la réussite des programmes de conformité dans la détection de pratiques passées ou en cours, repose en grande partie sur la révélation de ces comportements par les individus qui, au sein de l'entreprise, y participent ou en ont connaissance. Cette coopération peut certes être encouragée par l'entreprise (notamment par la mise en place d'une exonération de sanctions disciplinaires comme évoqué au point 21 du projet de document-cadre), mais elle reste tout de même dépendante de décisions et d'initiatives individuelles qu'une entreprise ne peut pas totalement maîtriser.
273. Il n'est donc pas possible de considérer que la mise en place d'un programme de conformité, quel que soit son degré de sophistication, doivent nécessairement permettre de révéler toutes les infractions commises au sein d'une entreprise. Ce constat ne signifie pas pour autant que le programme en question serait inefficace, ou que les dirigeants de l'entreprise en cause n'auraient pas réellement cherché de bonne foi à développer une culture de la concurrence au sein de l'entreprise.
274. L'APDC considère donc que l'Autorité ne peut pas faire peser sur les entreprises une telle obligation de résultat. Il s'agirait d'une obligation impossible à atteindre, et qui, de surcroît, emporterait probablement un effet de dissuasion à l'égard des entreprises quant à l'adoption ou au maintien de ce type de programme.
275. Si l'Autorité entend inciter efficacement la mise en place de programmes de conformité, ça n'est sûrement pas en exigeant une obligation de résultat de la part des entreprises mais davantage en tenant compte dans sa politique de sanction de l'existence d'un programme de conformité hors procédures de non-contestation de griefs et de clémence. En particulier, lorsqu'une société mère qui a mis en œuvre un tel programme et que l'une de ses filiales l'enfreint, il serait tout à fait juste de considérer que l'infraction, imputée à la société mère, a été commise par négligence et non délibérément, ce qui pourrait constituer une circonstance atténuante.
276. L'instauration d'une telle obligation de résultat, cumulée avec une absence de prise en compte de ces programmes au moment de la détermination de la sanction, conduit en réalité à un paradoxe : une entreprise pourrait être encouragée à ne pas mettre en œuvre spontanément un programme de conformité efficace, afin de préserver la possibilité de bénéficier de la seule opportunité de réduction d'amende acceptée par l'Autorité en cas d'ouverture d'une procédure contentieuse, c'est-à-dire de ne pas contester les griefs notifiés et de proposer comme engagement, soit la mise en place d'un programme, soit son amélioration pour le rendre plus efficace. Ce constat nous amène à formuler quelques suggestions afin que l'Autorité tienne mieux compte de l'existence d'un programme de conformité dans sa politique de sanctions.

C) **Propositions pour une meilleure prise en considération des programmes de conformité**

277. Afin d'inciter les entreprises à s'engager dans une démarche de conformité, à la maintenir et la développer dans la durée, l'APDC considère que l'Autorité devrait récompenser l'existence de ce type de programme lors de la détermination de la sanction, dès lors qu'il apparaît que l'entreprise en cause a fait tous ses meilleurs efforts pour prévenir et détecter d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, notamment en se dotant d'un programme qui répond à des critères d'efficacité raisonnable et adapté aux caractéristiques de l'entreprise.
278. Dans cet objectif, l'APDC formule les suggestions suivantes.
279. **En premier lieu**, l'APDC considère que l'Autorité ne peut pas exclure *a priori* toute hypothèse de prise en compte d'un programme de conformité comme circonstance atténuante.
280. L'APDC ne partage pas l'argument mentionné au point 25 du projet de document-cadre selon lequel cette position ressortirait de la jurisprudence communautaire. En effet, dans l'arrêt auquel il est fait référence la Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré que le Tribunal n'avait commis aucune erreur en jugeant que :
- « s'il est certes important que LR A/S ait pris des mesures pour empêcher que de nouvelles infractions au droit communautaire de la concurrence soient commises à l'avenir par des membres de son personnel, ce fait ne change rien à la réalité de l'infraction qui a été constatée en l'espèce. Le Tribunal a jugé à bon droit que, en soi, cette circonstance n'obligeait pas la Commission à réduire, à titre de circonstance atténuante, le montant de l'amende de cette requérante⁷³ ».*
281. La Cour se limite donc uniquement à dire que la Commission européenne n'a pas l'obligation de retenir l'existence d'un programme de conformité à titre de circonstance atténuante. Elle ne pose en revanche aucun principe selon lequel ce type de programme ne pourrait jamais l'être.
282. D'ailleurs, la Commission européenne a déjà tenu compte, à plusieurs reprises, de l'existence d'un programme de conformité dans la détermination du montant de l'amende⁷⁴.

⁷³ Cour de Justice des Communautés Européennes, 28 juin 2005, C-189/02 P et affaires jointes, affaire des conduites précalorifugées, paragraphe 373. Voir également l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE), 20 mars 2002, affaire T-23/99, paragraphe 345.

⁷⁴ Commission européenne, 7 décembre 1982, IV/30.070 - National Panasonic, JOCE du 16.12.82 n°L 354/28, paragraphes 67 et 68 ; 18 décembre 1987, IV/31.017, Fisher-Price/Quaker Oats Ltd, JOCE du 23.2.88 n°L49/19, paragraphe 27 ; 18 juillet 1988, IV/30.178, Napier Brown - British Sugar, paragraphe 85 ; 5 juin 1991, IV/32.879, Viho/Toshiba, JOCE du 17.10.91 n°L 287/39, paragraphes 28 et s.

283. En tout état de cause, il n'existe aucun obstacle juridique à la prise en compte de l'existence d'un programme de conformité à titre de circonstance atténuante. L'Autorité pourrait donc choisir de procéder ainsi dès lors qu'il est démontré que l'entreprise a mis en œuvre un programme de conformité efficace⁷⁵, et ce à l'instar de nombreuses autres autorités de concurrence (v. *supra*, §§ 25-35).
284. L'*Office of Fair Trading* au Royaume-Uni, conformément à ses Lignes Directrices sur les sanctions de 2000 puis de 2004⁷⁶, se montre favorable à la prise en compte dans la détermination de la sanction de la mise en place de programmes de conformité.

Par ailleurs, au Canada, le Bulletin d'information sur « les programmes de conformité d'entreprises » prévoit dans sa partie consacrée à la détermination de la peine que « *la préexistence d'un programme crédible et efficace peut aider l'entreprise à établir des circonstances atténuantes, notamment que l'activité anticoncurrentielle est contraire à ses politiques ainsi qu'aux actions et aux déclarations de la haute direction, et que l'activité a pris fin dès que la haute direction en a eu connaissance. Selon le cas, la préexistence d'un programme crédible et efficace peut avoir pour effet d'atténuer les mesures correctives demandées par le commissaire. Par exemple, la sanction administrative pécuniaire ou les mesures correctives envisagées par le commissaire pourraient être atténuées dans un cas de pratiques commerciales trompeuses* »⁷⁷.

285. On notera également que l'amende infligée à une entreprise qui n'a pas voulu enfreindre les règles de concurrence et a commis une infraction sous la contrainte, peut être réduite par l'Autorité au titre des circonstances atténuantes⁷⁸. Dans ces cas, l'entreprise est consciente du caractère infractionnel du comportement, mais l'existence d'une contrainte, c'est-à-dire d'une absence de volonté d'entrer dans ce type de pratique permet aux yeux de l'Autorité d'envisager une réduction de l'amende.
286. L'APDC considère que l'entreprise qui a mis en place un programme efficace de conformité se trouve dans une situation comparable, dans la mesure où la commission de l'infraction ne provient pas de la volonté des structures dirigeantes de l'entreprise qui, non seulement n'ont pas conscience de l'infraction, mais ont au contraire tout mis en œuvre pour empêcher sa survenance, celle-ci ne provenant que d'un comportement isolé au sein de l'entreprise. Il va de soi qu'*a contrario*, s'il était établi que l'un des dirigeants était impliqué dans l'infraction, l'entreprise ne pourrait bénéficier d'une réduction d'amende du fait de l'existence d'un programme de conformité.

⁷⁵ En faveur de cette solution, voir « *The EU Competition law fining system : a reassessment* », Damien Gérardin, Octobre 2011, p.23 et s., disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1937582>

⁷⁶ *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, 2004 : « *The basic amount of the financial penalty (...) may be increased where there are other aggravating factors, or decreased where there are mitigating factors. (...) Mitigating factors include: (...) adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance with Articles 81 and 82 and the Chapter I and Chapter II prohibitions* ».

⁷⁷ « *La détermination de la peine et les mesures correctives civiles* » in Partie 5, *Poids accordé à un programme de conformité d'entreprise*, voir le lien [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf/\\$FILE/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf/$FILE/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf)

⁷⁸ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, para.45.

287. Il résulte des observations qui précèdent que l'APDC considère que l'Autorité devrait tenir compte de l'existence d'un programme de conformité à titre de circonstance atténuante dans la détermination de la sanction et, partant, modifier en ce sens le Communiqué de la détermination des sanctions pécuniaires en cas d'infraction aux règles de concurrence (para.45).
288. **En deuxième lieu**, l'existence d'un programme de conformité devrait figurer parmi les éléments d'individualisation de la sanction que l'Autorité peut examiner pour adapter à la baisse le montant de base de l'amende. L'Autorité indique, en effet, dans son Communiqué sur la méthode de détermination des sanctions, qu'afin d'assurer un caractère proportionné à l'amende, « *elle peut (...) adapter (...) le montant de base en considération d'autres éléments objectifs propres à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné*⁷⁹ ».
289. Là encore, aucune règle n'empêche l'Autorité de tenir compte d'un programme de conformité au stade de l'individualisation de la sanction. D'ailleurs, l'Autorité reconnaît elle-même au point 25 du projet de document-cadre que « *l'existence d'un programme de conformité peut être de nature à différencier l'entreprise (...) par rapport à d'autres participants à l'infraction* ». Selon l'APDC, l'Autorité devrait en tirer les conséquences juridiques qui en découlent quant à l'obligation d'individualiser la sanction applicable, aux termes de l'article L.464-2 du Code de commerce.
290. On relèvera à cet égard qu'en droit pénal, selon les termes de l'article 132-24 du Code pénal, le juge prononce les peines en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. L'alinéa 2 du même article précise en outre que le quantum de la peine doit être fixé en tenant compte de « *la nécessité de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». En s'inspirant de ce texte, l'Autorité pourrait prendre en considération, lors du calcul de l'amende, l'effet préventif d'un programme de conformité, en particulier si l'entreprise réussit à démontrer que le programme qu'elle a mis en œuvre a permis d'éviter la commission d'autres infractions⁸⁰.
291. **En troisième lieu**, l'existence d'un programme de conformité pourrait également être prise en compte lors de l'examen de l'imputabilité de l'infraction dans les groupes de sociétés.
292. Ainsi, une société mère qui n'a pas participé directement à une infraction, mais qui exerce une influence déterminante sur le comportement de ses filiales, devrait être tenue pour responsable des infractions commises par ces dernières uniquement lorsqu'elle a échoué à mettre en œuvre un programme de conformité efficace⁸¹.

⁷⁹ Voir le Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, point 2, paragraphe 47.

⁸⁰ Voir Bernard Bouloc et Loraine Donnedieu De Vabres- Tranié, « *Pour une prise en considération de la mise en conformité spontanée en droit de la concurrence* », Revue Lamy de la Concurrence, Avril/Juin 2010, n°23, page 65.

⁸¹ Sur ce point, voir Karl Hofstetter et Melanie Ludescher, « *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law : Setting Incentives for 'Best Practice Compliance* », (2010, World Competition 33, n°1, 55 ; *The EU Competition law fining system : a reassessment*, Damien Gérardin, Octobre 2011, p.27, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1937582>

293. Lorsqu'elle a pu démontrer qu'elle avait mis en œuvre un programme de conformité efficace, sa responsabilité ne devrait donc pas être recherchée, seule la filiale ayant adopté un comportement anticoncurrentiel devant être sanctionnée.
294. Si l'Autorité souhaite retenir la responsabilité de la société mère en dépit de la mise en œuvre d'un programme de conformité efficace, elle devrait à tout le moins considérer le caractère alors involontaire de l'infraction et la circonstance atténuante que cela constitue pour la société tête du groupe.
295. **En quatrième lieu**, l'Autorité pourrait tenir compte de l'existence d'un programme de conformité lors de l'appréciation de la gravité de l'infraction, contrairement à ce qu'elle indique dans son projet de document-cadre⁸².
296. En effet, comme le soutient Monsieur le Professeur Gérardin, l'infraction commise par une entreprise qui s'est dotée d'un programme de conformité efficace, et qui a donc tout mis en œuvre pour éviter la commission d'infractions, devrait être qualifiée de moins grave que celle commise par une entreprise qui n'a rien fait pour l'empêcher, en particulier en se dotant d'un programme de conformité⁸³.
297. **En cinquième lieu**, l'Autorité de la concurrence pourrait récompenser le fait qu'un programme de conformité ait conduit une entreprise à mettre fin à sa participation à une infraction, preuve de son efficacité et de la volonté réelle de l'entreprise de s'engager dans une démarche de conformité.
298. De même, lorsqu'une entreprise ayant mis fin à sa participation à une infraction grâce à son programme de conformité, incite, par un effet d'entraînement, d'autres participants à l'infraction à cesser de participer à cette même infraction, l'efficacité du programme de conformité devrait être reconnue et prise en compte.
299. Enfin, quid si le programme de conformité révèle l'existence d'une infraction qui ne peut faire l'objet d'une demande de clémence ? Cela pourrait être le cas par exemple d'un abus de position dominante. Les efforts de l'entreprise pour mettre en œuvre un programme de conformité efficace ne devraient-ils pas être récompensés, et ce, d'autant que la voie de la clémence est fermée ?
300. **En sixième lieu**, l'Autorité pourrait prendre en considération un programme de conformité pour récompenser la coopération dont l'entreprise a fait preuve pendant la phase d'enquête grâce à la mise en œuvre de ce programme.
301. Force est de constater que la ou les personne(s), chargée(s) de la mise en place d'un programme de conformité efficace aura(ont) collecté au fil du temps nombre de documents pouvant révéler l'existence d'infractions au sein de l'entreprise, grâce notamment aux mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte qui auront été mis en œuvre. On peut dès lors légitimement penser que le travail de conformité ainsi effectué facilitera l'instruction.

⁸² Projet de document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, paragraphe 25.

⁸³ Sur ce point, voir *The EU Competition law fining system : a reassessment*, Damien Gérardin, Octobre 2011, p.25, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1937582>

302. A cet égard, on relèvera que la Commission européenne envisage expressément, dans ses lignes directrices, de tenir compte à titre de circonstance atténuante du fait que « *l'entreprise concernée coopère effectivement avec la Commission, en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de ses obligations juridiques de coopérer*⁸⁴ ».
303. **En septième et dernier lieu**, l'APDC estime que l'Autorité devrait aborder dans son document-cadre la question du statut de la personne en charge de la conformité et celle de la protection et du statut des documents et informations recueillis dans le cadre d'un programme de conformité.
304. L'APDC considère qu'il est clef, pour la réussite des programmes de conformité, que le *compliance officer* soit doté des moyens d'assurer sa fonction. Or, le projet de document-cadre ne prévoit rien à ce sujet, et notamment ne se prononce pas sur la préconisation du rapport PRADA visant à reconnaître, par une réforme législative, un « privilège de confidentialité » aux juristes d'entreprises.
305. De même, l'APDC considère que le principe de non auto-incrimination, consacré à l'article 14-3, g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸⁵ et reconnu par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne⁸⁶, s'oppose à ce que les documents et informations recueillis dans le cadre d'un programme de conformité soient accessibles aux enquêteurs et utilisés contre les entreprises.
306. L'APDC préconise que les services d'instruction de l'Autorité prennent la mesure de ce point crucial pour la réussite des programmes de conformité et, avant même de déclencher des enquêtes, identifient les entreprises qui ont mis en œuvre des programmes de conformité afin de ne pas accéder aux documents et informations recueillis dans ce cadre et de les utiliser contre elles.
307. A cet égard, pourrait être créée au sein de l'Autorité une nouvelle fonction dédiée spécifiquement aux problématiques liées à la conformité, ce représentant pouvant être consulté par les entreprises même en dehors de toute procédure de clémence ou de non-contestation des griefs.

⁸⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement n°1/2003, JOUE du 1.9.2006, n° C 210, p.2 et s., paragraphe 29.

⁸⁵ L'article 14-3, g) de ce pacte prévoit que « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* ». La Cour européenne des droits de l'homme a également admis que ce droit était protégé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, même s'il n'est pas expressément visé dans la Convention.

⁸⁶ Voir notamment, CJCE, 18 octobre 1989, affaire 374/87, Orkem c/ Commission.

308. Dans le même ordre d'idées, l'APDC considère que le document-cadre devrait également s'intéresser aux situations d'entreprises qui, à l'occasion d'une procédure, voulant démontrer l'efficacité de leur programme à l'Autorité, révéleraient, pièces à l'appui, que ce programme a permis d'empêcher ou de faire cesser leur participation à d'autres infractions que celle poursuivie. L'entreprise recevra-t-elle l'assurance de l'Autorité qu'elle ne sera pas poursuivie pour les faits concernés, même en l'absence d'une demande de clémence ? A défaut, l'entreprise serait mise, dans de nombreux cas, dans l'impossibilité de démontrer que son programme de conformité a été efficace.

* * *

309. Au final, l'APDC considère que l'Autorité de la concurrence devrait modifier son projet de document-cadre dans le sens d'une meilleure prise en considération de l'existence d'un programme de conformité dans le cadre de la détermination de la sanction. A défaut, compte tenu des investissements et du coût liés à la mise en place d'un tel programme, d'une part, et, de l'aide à l'établissement d'une infraction que peut représenter un tel programme, d'autre part, on peut se demander si la seule prise en compte d'un programme de conformité dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs aura un effet incitatif suffisant pour encourager les opérateurs à investir dans une vraie démarche de conformité.

CHAPITRE 4. PROGRAMMES DE CONFORMITE ET NON-CONTESTATION DES GRIEFS

310. Les points 27 à 29 du projet de document-cadre définissent les conditions dans lesquelles la mise en place de programmes de conformité, ou leur amélioration, est susceptible d'être prise en compte au titre d'engagements dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs prévue à l'article L.464-2-III du code de commerce.
311. Les observations de l'APDC porteront d'abord sur la nécessaire prise en compte des caractéristiques des entreprises dans l'appréciation du contenu des programmes de conformité acceptables (A), ainsi que sur les améliorations susceptibles d'être apportées aux programmes de conformité existants (B). L'APDC formulera ensuite des commentaires sur le taux de réduction, dont elle estime qu'il devrait être taux minimum et non maximum, et son articulation avec le mécanisme global prévu par le projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation (C). L'APDC formulera enfin des observations sur la vérification des engagements de conformité pris dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs (D).

A) La nécessaire prise en compte des caractéristiques des entreprises dans la détermination du contenu des programmes de conformité

312. L'Autorité indique, au point 27, qu'un engagement de mise en place d'un programme de conformité sera considéré « *substantiel, crédible et vérifiable s'il répond aux exigences décrites par le présent document-cadre, et notamment à celles figurant au point 19* », ce dernier exposant les cinq « *composantes minimales* » que doit comporter un programme de conformité « *efficace* » (point 18 du projet de document-cadre).
313. Il semble résulter de cette formulation qu'un programme de conformité qui ne comporterait pas ces cinq composantes, telles que détaillées au point 19, ne pourrait être accepté à titre d'engagement et ce, quelle que soit la structure de l'entreprise en cause, groupe international ou PME.
314. Il est certes ensuite précisé que l'Autorité examinera cet engagement « *sous réserve de l'examen individualisé auquel elle doit procéder dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci* ». Il peut être présumé que cette réserve doit être lue en combinaison avec les dispositions des points 20 et 21 du projet de document-cadre, envisageant la simplification des programmes de conformité mis en œuvre par des petites ou moyennes entreprises.
315. Néanmoins, l'APDC considère que la formulation retenue par le projet de document-cadre paraît insuffisante à garantir que la situation individuelle de l'entreprise, et notamment ses moyens humains et économiques, sera effectivement prise en compte dans l'appréciation du contenu du programme de conformité et partant de son efficacité.
316. L'APDC réitère ici, ses réserves quant au caractère inadapté du contenu minimum décrit au point 19 aux structures des PME, voire des entreprises de taille intermédiaire, ainsi qu'à l'imprécision de la notion de programme simplifié (cf. *supra* §95 – renvoi au Chapitre III).

317. L'APDC estime, pour cette raison, indispensable qu'un principe d'individualisation du contenu des programmes de conformité aux caractéristiques des entreprises les mettant en œuvre dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs soit clairement affirmé.
318. A défaut, l'incertitude dans laquelle se trouveraient nombre d'entreprises quant à leur capacité à mettre en place un programme de conformité acceptable dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs constituerait un obstacle certain au recours à ces programmes, dont l'Autorité reconnaît par ailleurs le mérite.
319. L'affirmation claire d'un tel principe permettrait également que ne soient pas refusés, dès la négociation des engagements avec le Rapporteur Général, les programmes de conformité ne comportant pas la totalité des composantes minimales du fait de leur inadéquation aux caractéristiques de l'entreprise et qu'un débat s'instaure, le cas échéant, devant le Collège, ce que le projet de document-cadre ne semble pas permettre en l'état.

B) Une regrettable exclusion a priori des améliorations portant sur des programmes de conformité complets

320. Le point 28 du projet de document-cadre envisage la proposition d'engagements consistant à améliorer des programmes de conformité existants « *ne répondant pas aux exigences en question* ».
321. L'amélioration récompensée semble ainsi restreinte à la seule hypothèse de programmes de conformité ne comportant pas les cinq composantes minimales. Il apparaît arbitraire de nier *a priori* toute possibilité de récompense des entreprises prenant l'engagement de remédier aux insuffisances ou dysfonctionnements constatés d'un programme de conformité existant, même comportant les cinq composantes minimales requises.
322. L'APDC suggère dès lors un assouplissement de la formulation de ce paragraphe en ce sens.

C) Le taux de réduction de la sanction devrait constituer un minimum et non un maximum

323. Le point 29 du projet de document-cadre prévoit, dans l'hypothèse où l'Autorité accepterait un engagement de mise en place ou d'amélioration d'un programme de conformité, que soit accordée « *une réduction de sanction pécuniaire, pouvant aller jusqu'à 10%, à l'entreprise ou à l'organisme concerné, indépendamment de la réduction accordée pour tenir compte, par ailleurs, de l'absence de contestation de griefs ou de l'adoption d'engagements autres que de conformité* ». Ces dispositions s'insèrent dans le dispositif global de réduction prévu par le point 34 du projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs limitant la réduction de sanction susceptible d'être octroyée au titre d'engagements à 15%.

324. L'APDC renvoie à ses observations sur le projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs quant à la validité de tels barèmes mécaniques, qui constituent en outre des plafonds de réduction. Ceux-ci paraissent tout à la fois ajouter à la loi, l'article L.464-2-III ne prévoyant pas de telles limitations, et contraire au principe d'individualisation des sanctions, posé par l'article L. 464-2-I et réaffirmé par la jurisprudence (cf. Observations de l'APDC sur le projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs). L'APDC rappelle donc dans les présentes observations, sa proposition de considérer les taux de réduction globaux non comme des maxima, mais des minima.
325. L'APDC souligne par ailleurs l'effet dissuasif résultant de la définition de ces différents taux et plafonds, qui conduiraient inéluctablement à ne pas apprécier la valeur des engagements de manière individualisée en particulier lorsque plusieurs types d'engagements sont proposés, dont un programme de conformité. Ainsi, en présence d'un programme de conformité répondant à la totalité des exigences posées au point 19 du projet de document-cadre qui devrait conduire au taux de réduction maximum de 10%, les autres engagements pris ne pourraient être récompensés, quelle que soit leur valeur et leur portée, au-delà d'une réduction de 5%. Pour mémoire, il sera rappelé que l'Autorité a accordé une réduction de sanction égale à 30% dans le cadre d'une procédure de non-contestation de griefs en contrepartie de l'engagement de mise en place de programme de conformité, incluant un mécanisme d'alerte, et de mesures visant à fluidifier le marché, ces engagements étant salué comme novateurs⁸⁷. Une telle réduction ne pourrait être accordée selon le projet de document-cadre. Il en résulterait manifestement un désintérêt des entreprises à proposer des engagements multiples.
326. Si l'APDC voit un intérêt à définir spécifiquement un taux de réduction applicable à la mise en œuvre d'un programme de conformité, ou son amélioration, ce taux ne devrait pas constituer un maximum et s'insérer dans un dispositif global de réduction fondé sur des taux de réduction minimum.

D) La vérification des engagements de conformité pris dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs

327. Le point 30 du projet de document-cadre prévoit que « *Lorsqu'elle a accepté un engagement de mise en place d'un programme de conformité et l'a rendu obligatoire, l'Autorité sera ultérieurement conduite à en vérifier la mise en œuvre effective. A sa demande, l'entreprise ou l'organisme concerné doit se tenir prêt à mettre à sa disposition un rapport complet et précis lui permettant de s'assurer du respect de cet engagement, ainsi qu'à répondre à toute demande ou question à cet égard* ».
328. L'APDC préconise que les entreprises puissent, dans le cadre de la vérification de l'exécution de l'engagement de conformité, proposer la nomination d'un mandataire qui attesterait auprès de l'Autorité de la bonne exécution dudit engagement.

⁸⁷ Décision 07-D-21 du 26 juin 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge et communiqué de presse du 26 juin 2007.