



*Préparé avec le soutien du cabinet d'avocats*

**ashurst**

**Observations du Cercle Montesquieu en réponse à la  
consultation publique de l'Autorité de la concurrence  
sur les programmes de conformité aux règles de  
concurrence**

**13 décembre 2021**

**Le 11 octobre 2021, l'Autorité de la concurrence (ci-après "l'Autorité") a publié un projet de document-cadre sur les programmes de conformité en droit de la concurrence. L'Autorité a soumis ce projet à consultation publique pour recueillir les observations des acteurs intéressés. Le Cercle Montesquieu a souhaité contribuer à cette initiative et formuler les observations qui suivent.**

Le Cercle Montesquieu se réjouit que l'Autorité ait pris l'initiative de publier un nouveau projet de document-cadre consacré aux programmes de conformité et qu'elle permette aux acteurs de la société de participer à cette consultation publique.

Cette initiative doit être saluée tant le "retrait" du premier document-cadre daté du 10 février 2012 annoncé par un communiqué de presse de l'Autorité le 19 octobre 2017 avait pu laisser la communauté des entreprises dans l'incertitude quant à la position de l'Autorité face à la démarche de conformité et aux programmes qui l'accompagnent. L'appui des autorités publiques en charge de la surveillance des marchés dans cette démarche de conformité constitue en effet un atout important pour la mise en place, le développement et la pérennité au sein des entreprises des programmes de conformité.

Le Cercle Montesquieu souhaite formuler un certain nombre d'observations sur le projet soumis à consultation publique en suivant l'ordre de ses sections.

**Sur le "POURQUOI" des programmes de conformité**

Si le projet de document-cadre de l'Autorité reconnaît que les programmes de conformité expriment l'attachement des entreprises à certaines règles ainsi qu'aux valeurs ou aux objectifs qui les fondent, celui-ci met essentiellement l'accent sur la prévention des risques financiers

(illustré principalement par le risque de sanction pécuniaire), et sur le signalement des infractions (illustré par le recours à la procédure de clémence).

Si ces dimensions existent et ne sauraient être niées, le Cercle Montesquieu considère que la démarche de conformité poursuit un objectif bien plus large et s'insère dans une dynamique plus générale de diffusion des comportements et pratiques vertueuses au sein de l'entreprise. Au travers des programmes de conformité les entreprises valorisent des préoccupations juridiques mais également sociales et environnementales en lien avec leurs activités. C'est une véritable démarche éthique, de positionnement sur le marché qui les anime. Le programme de conformité reflète et porte les valeurs de la société. Ces éléments dépassent l'appareil répressif et sanctionnateur et sont davantage fondés sur une prise de conscience, une diffusion de valeurs essentielles de la société et une démarche inclusive et participative fondée sur le dialogue, qui devraient être davantage mis en avant par l'Autorité dans son document-cadre.

### **Sur le "COMMENT" des programmes de conformité**

Dans sa section consacrée à la question "Comment", l'Autorité fait le choix de limiter ses développements aux éléments essentiels à l'efficacité des programmes de conformité qui sont présentés sous une forme synthétique.

Si les entreprises qui disposent déjà de programmes de conformité plus ou moins élaborés peuvent se retrouver dans les points-clés listés par l'Autorité, il n'est pas certain que cette présentation soit suffisante pour les entreprises qui n'en disposent pas encore, en particulier les plus petites d'entre elles. La terminologie retenue par l'Autorité pour décrire les éléments clés d'un dispositif de conformité n'apparaît par ailleurs pas suffisamment harmonisée avec les termes et concepts retenus par d'autres autorités administratives indépendantes ou agences françaises, ce qui, selon le Cercle Montesquieu, est susceptible d'engendrer des confusions auprès des entreprises.

La démarche de l'Autorité mériterait d'être complétée par la production de documents annexes comme des guides pratiques accompagnés d'illustrations et d'exemples ou d'une liste de bonnes pratiques. L'Autorité pourrait aussi renvoyer à des guides existants et qu'elle considère pertinents. Elle pourrait pour cela s'inspirer de la pratique suivie par bon nombre d'autres autorités de concurrence<sup>1</sup>.

Ainsi, tout en laissant une marge de discrétion aux entreprises sur les mesures exactes à instaurer, ces guides pratiques leur permettraient de disposer d'une feuille de route dans le cadre de l'élaboration et la mise en place de leur programme de conformité concurrence.

Ensuite, le Cercle Montesquieu relève que, bien que ce projet de document-cadre ait pour objectif de guider les entreprises sur les bonnes pratiques et mesures à mettre en œuvre dans le cadre de la conformité aux règles de concurrence, il n'est fait pas mention des mécanismes déjà employés par les entreprises dans le cadre de la gestion des risques en matière d'anticorruption,

---

<sup>1</sup> Cf. [lignes directrices publiées par la division antitrust du US Department of Justice \(DoJ\)](#) qui renvoient au ICC Antitrust Compliance Toolkit. Le document publié par la Chambre International de Commerce est un véritable guide pratique pour les entreprises et contient des exemples sur lesquels ces dernières peuvent s'appuyer dans l'élaboration et l'amélioration de leurs programmes de conformité concurrence. Document disponible en téléchargement sur [cette page](#).

Cf. [lignes directrices publiées par l'autorité de concurrence espagnole \(CNMC\)](#), et notamment le document qui se trouve en annexe et qui liste l'ensemble des indicateurs communément acceptés pour examiner l'efficacité d'un programme de conformité.

de lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme, ou de protection des données et leur potentielle utilisation dans le cadre du programme de conformité concurrence. Ainsi, par exemple, ne figurent pas explicitement dans les points clés du programme de conformité, la nécessité d'intégrer les risques concurrence dans la cartographie des risques.

Le Cercle Montesquieu considère que si chaque domaine de conformité peut avoir ses spécificités et répondre à des exigences propres, il est important que les différentes composantes d'un programme de conformité reposent sur un socle commun. Une appréhension plus transverse des mécanismes de prévention des risques de conformité, tant en matière de droit de la concurrence que pour d'autres infractions économiques, permettrait, selon le Cercle Montesquieu, un meilleur engagement des équipes de conformité et de l'ensemble des opérationnels mobilisés au titre de la définition et du déploiement des programmes de conformité. Cette approche transversale est notamment celle suivie par le DoJ américain au travers de ses lignes directrices relatives à l'évaluation des programmes de conformité<sup>2</sup>. Ce document recueille l'ensemble des bonnes pratiques applicables en matière de conformité au sein des entreprises.

Le Cercle Montesquieu note enfin que le projet de document-cadre ne mentionne pas et ne prend pas position sur les problématiques liées à la digitalisation des processus de conformité au sein des entreprises<sup>3</sup>. Or, le Cercle Montesquieu relève que ces processus permettent notamment de garantir l'efficacité des mesures de conformité ainsi que la sécurisation des données collectées à l'occasion de reporting<sup>4</sup>.

Par ailleurs, s'agissant de ces processus, le Cercle Montesquieu invite l'Autorité à préciser le type de processus qu'elle considère comme pertinents. L'Autorité pourrait également à cette occasion faire connaître sa position sur les conditions d'appréhension des données collectées au travers de ces processus dans le cadre des procédures engagées devant elle. En effet, l'analyse de données brutes peut conduire les entreprises à identifier les insuffisances et points d'amélioration de leurs programmes de conformité et potentiellement à la détection anticipée de comportements non conformes. La confidentialité des données générées par ces processus constitue une réelle préoccupation des entreprises et leur protection contribuerait à renforcer l'efficacité des programmes de conformité.

### **Sur le "QUI" des programmes de conformité**

Tout d'abord, l'Autorité mentionne le rôle des entreprises et des responsables de conformité. Les responsables de conformité, et plus généralement les équipes de conformité, jouent en effet un rôle essentiel dans la mise en place et l'animation des démarches de conformité. Pour se développer, ce rôle doit être valorisé, ce que le document-cadre contribue à faire.

Le Cercle Montesquieu signale toutefois une difficulté – déjà abordée quand il était question de la digitalisation des processus de conformité – à laquelle les entreprises sont confrontées en

---

<sup>2</sup> Cf. [US. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs \(updated in June 2020\)](#).

<sup>3</sup> Cf. sur le sujet le Livre Blanc, [La Digitalisation des processus de compliance au sein des entreprises](#), Cercle Montesquieu et AFJE, 2021.

<sup>4</sup> Sur ce point le DoJ dans ses lignes directrices relatives à l'[évaluation des programmes de conformité](#) corporate, précise que l'accès aux données ("*data resources*") consiste en un indicateur permettant d'apprécier l'efficacité du programme de conformité.

France (contrairement à ce qui se passe dans certains des pays voisins) en raison de l'absence de protection des correspondances des juristes en entreprises. Cette situation est particulièrement problématique dans les entreprises présentes dans plusieurs pays, certains offrant une protection aux écrits des juristes internes d'autres non. Cette absence de protection en France rend difficile la tâche des équipes de conformité notamment dans la mise en place de mécanisme de contrôle et d'alerte. Si l'Autorité ne peut juridiquement changer cette situation, elle pourrait adapter sa pratique, en particulier en matière d'opérations de visite et saisie, pour assurer un niveau minimal de protection aux écrits des responsables de la conformité au sein de l'entreprise.

Ensuite, l'Autorité rappelle le rôle central des avocats dans le cadre de la mise en place des programmes de conformité. Le Cercle Montesquieu partage ce constat de l'Autorité. Ce rôle central doit par conséquent s'accompagner d'un strict respect, en particulier dans le cadre des opérations de visite et saisie, de la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client. Si l'avocat peut accompagner l'entreprise dans la détection et la correction des problèmes de concurrence, ce rôle ne peut être exercé de manière pertinente que si les échanges entre l'avocat et son client demeurent strictement protégés. C'est une exigence inhérente au respect des droits de la défense.

Enfin, l'Autorité mentionne à la fois son rôle et celui de la DGCCRF. L'Autorité rappelle que la DGCCRF agit pour la promotion des démarches de conformité au plus près des territoires, en particulier auprès des acteurs de la commande publique et des PME. Le Cercle Montesquieu considère que la conformité est une problématique transversale et verrait favorablement le développement d'initiatives communes aux deux autorités dans ce domaine.

### **Sur l'incitation au développement des programmes de conformité**

Le Cercle Montesquieu s'interroge également sur les conséquences que l'Autorité est susceptible de tirer de l'existence d'un programme de conformité dans le cadre d'une procédure engagée devant elle.

Certes, au point 5 du projet de document-cadre, évoquant la transaction, l'Autorité indique que *"l'entreprise mise en cause peut, en sollicitant le bénéficiaire, mettre en avant son attitude constructive et s'engager plus rapidement dans la voie d'une mise en conformité de ses pratiques avec le droit de la concurrence"*. Le texte ne précise toutefois pas si l'existence d'un programme de conformité, sa mise en place ou son renforcement sont susceptibles d'être pris en compte positivement par l'Autorité au moment des discussions qui interviennent entre elle et l'entreprise qui fait le choix de rentrer en voie de transaction.

Plus largement, l'Autorité ne reprend pas ce qui avait été perçu comme une avancée par les entreprises dans son document-cadre de 2012, à savoir le fait que l'Autorité pouvait tenir compte de l'existence, de la mise en place ou du renforcement des programmes de conformité au moment du calcul de la sanction en vue de la réduire.

Ce silence est d'autant plus étonnant que l'Autorité vient très récemment de modifier ses lignes directrices sur le calcul des sanctions conduisant notamment à leur renforcement. En outre, cette approche singularise l'Autorité par rapport à celle retenue par nombre de ses homologues qui ont emprunté une voie différente.

En effet, de nombreuses autorités à travers le monde (on pense notamment aux autorités de concurrence américaine<sup>5</sup>, canadienne<sup>6</sup> ou britannique<sup>7</sup>) ou au sein de l'Union européenne (on pense en particulier aux autorités espagnoles<sup>8</sup>, italiennes<sup>9</sup>, néerlandaises<sup>10</sup> ou encore plus récemment allemandes<sup>11</sup>), pour ne prendre que quelques exemples significatifs, ont fait le choix politique de prendre en compte les programmes de conformité au stade notamment du calcul de la sanction<sup>12</sup>.

Cette prise en compte paraît essentielle pour le Cercle Montesquieu. Elle favorise à bien des égards le développement des programmes de conformité. En effet, ces programmes représentent un coût élevé pour les entreprises. En outre, les infractions auxquelles les entreprises peuvent être associées ne résultent le plus souvent pas d'une démarche ou d'une volonté de l'entreprise mais d'initiatives plus isolées.

Selon le Cercle Montesquieu, cette prise en compte pourrait se manifester de différentes manières. Elle pourrait, d'une part, comme ce fut le cas entre 2012 et 2017 et comme c'est le cas devant d'autres autorités, être prise en compte au moment du calcul de la sanction (que ce soit dans l'application de la méthodologie traditionnelle issue des lignes directrices ou au moment de déterminer la fourchette de la sanction dans le cadre de la procédure de transaction). Elle pourrait ensuite être prise en considération pour apprécier l'opportunité ou faciliter l'entrée dans les procédures négociées (engagement et transaction).

\*

\*

\*

---

<sup>5</sup> Cf. [United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021](#), Articles §8B2.A. et §8C2.5.

<sup>6</sup> Cf. [Corporate Compliance Programs](#), du Bureau de la Concurrence Canada, préface §4.

<sup>7</sup> Cf. [CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty](#), pt. 2.19. Cette disposition précise que les mesures de conformité peuvent constituer une circonstance atténuante aboutissant à une réduction de la sanction allant jusqu'à 10%.

<sup>8</sup> Cf. [CNMC Antitrust Compliance Programmes Guidelines](#), June 2020, p. 12 à 14.

<sup>9</sup> Cf. [Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato](#), p. 6 à 8.

<sup>10</sup> Cf. ACM Paper, [Compliance Culture, Compliance, behavior, and culture at businesses in regulated sectors](#), May 2021.

<sup>11</sup> Cf. [German Act against Restraints of Competition \(Competition Act- GWB\)](#), Section 81d.

<sup>12</sup> Cf. Rapport de l'OCDE sur les programmes de conformité concurrence (<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>) soulignant l'augmentation du nombre d'Etats octroyant une réduction de sanction sur la base des programmes de conformité au droit de la concurrence.