

Droit de la concurrence, mieux vaut prévenir que guérir:

## L'intérêt des programmes de compliance

Même si l'actualité du droit de la concurrence bat son plein et est susceptible d'affecter le Grand-Duché de Luxembourg avec la sanction du cartel des intégrateurs/transitaires<sup>(1)</sup>,<sup>(2)</sup> (DHL, Schenker, Panalpina...) ou l'ouverture d'une procédure d'enquête approfondie en matière d'aides d'État concernant les conditions de rachat de Dexia BIL, l'objet de la présente chronique sera autre. Nous privilégions aujourd'hui une problématique plus en amont, sur laquelle la Commission européenne s'est également exprimée<sup>(3)</sup> récemment, à savoir comment une entreprise peut prévenir les infractions au droit de la concurrence par la mise en place de mesures organisationnelles telles que des programmes de «compliance»?



entreprise ne saurait être perçue comme une circonstance atténuante. Toutefois, un programme de compliance présentera un avantage indirect dans la mesure où il résulte de la pratique de la Commission que son absence, notamment dans les sociétés cotées, peut être retenue comme une circonstance aggravante (déficit de culture de corporate governance) aux fins de calcul des amendes encourues.

### II. Les points clés des programmes de compliance

En quoi consiste exactement un programme de compliance? La section qui suit a pour objet de présenter les grandes lignes nécessaires à la mise en place d'un tel programme, en se fondant notamment sur les quelques conseils prodigués par la Commission européenne dans sa brochure «Compliance matters».

#### A. Identifier l'exposition aux risques de l'entreprise

Il n'existe pas de modèle de programme de compliance «one size fits all», les programmes «sur mesure» sont donc de rigueur. Afin de mettre en place un tel programme, qui ne peut se limiter à un simple rappel général des règles applicables, une entreprise doit en premier lieu établir son exposition aux risques liés au droit de la concurrence.

Une telle évaluation se fait principalement sur la base de trois facteurs.

(i) Les activités de l'entreprise: chaque entreprise doit être au fait du traitement dont a fait l'objet son secteur d'activité par les autorités de concurrence, ce qui lui permettra d'avoir une première idée des comportements répréhensibles. Il s'agira également d'apprécier si certains pans de l'activité exercée par l'entreprise sont exemptés de l'application du droit de la concurrence (ce qui est rare) ou si au contraire l'entreprise est soumise à des exigences plus strictes lors de la fourniture de certains biens ou de certains services (notamment en matière d'obligations de service public).

(ii) Les contacts avec les concurrents: il s'agit d'identifier les situations à risques en prenant en compte la fréquence et le niveau des contacts avec les concurrents. En effet, de tels contacts peuvent intervenir fréquemment au sein des associations d'entreprises ou au cours de négociations relatives à la mise en place de partenariats (accords de recherche et développement, de production, d'achat, de standardisation, de code-share, etc...).

(iii) La position sur le marché: la position d'une entreprise sur ses marchés est le point central du droit de la concurrence. À cet égard, le «marché pertinent» sur lequel évolue une entreprise est souvent bien plus étroit que ce qu'elle s'imagine, tant du point de vue des produits ou services couverts que sur le plan géographique. La position d'une entreprise sur son ou ses marchés d'activité va ainsi déterminer les règles qui lui sont applicables. À titre d'exemple, lorsqu'une entreprise est en «position dominante» sur un marché, une responsabilité particulière lui incombe: elle ne peut s'adonner à des pratiques commerciales qui seraient pourtant admises si elles étaient réalisées par une entreprise qui n'est pas dans une telle position dominante (refus de vendre à un client donné sans justifications objectives, prix excessivement hauts ou prix excessivement bas destinés à exclure les autres concurrents, rabais fidélisants, tarifs discriminatoires...).

#### I. Utilité des programmes de compliance en matière de droit de la concurrence

Trois raisons majeures peuvent inciter une entreprise à mettre en place un programme de compliance dans ce domaine.

##### A. Prévenir les infractions

En sensibilisant son personnel aux règles de concurrence, et plus particulièrement son personnel commercial, une entreprise peut éviter de futures violations de droit de la concurrence, lesquelles peuvent lui être fortement préjudiciables. En effet, celles-ci peuvent entraîner, aussi bien en droit luxembourgeois qu'en droit européen, l'imposition d'amendes pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise, le cas échéant, calculé sur une base consolidée. Comme cela sera exposé sous le point II, l'organisation de formations ainsi que la mise en place de procédures de compliance adaptées à la situation de l'entreprise sont autant d'actions qui permettront au personnel d'intégrer la dimension droit de la concurrence au quotidien.

##### B. Déceler les pratiques passées et/ou actuelles pouvant constituer une infraction au droit de la concurrence

La sensibilisation du personnel aux règles de concurrence peut également permettre à l'entreprise de prendre conscience de cas potentiels d'infractions aux règles de concurrence et de les traiter de façon adéquate. À titre d'exemple, dans l'affaire du cartel des lessiviers<sup>(5)</sup>, c'est à la suite d'un programme de compliance qu'un des agents commerciaux s'est rendu compte des erreurs qui avaient été commises. De la sorte, l'entreprise Henkel a pu mettre fin à l'infraction dans son chef, dénoncer le cartel auprès de l'Autorité de la concurrence française et obtenir une immunité d'amende au titre du programme de clémence qui, tant au niveau européen que national, encourage la dénonciation des ententes et pratiques concertées. On soulignera au passage que l'entreprise ayant dénoncé le cartel auprès de l'Autorité de la concurrence a vu, en outre, ses compagnons de cartel sanctionnés à hauteur de près de 370 millions d'Euros...

##### C. Les effets sur les amendes encourues

Alors que le Conseil de la concurrence luxembourgeois n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question, la mise en place de programmes de compliance peut justifier, sous certaines conditions, une réduction de l'amende encourue en cas de violation constatée du droit de la concurrence, selon l'autorité de concurrence compétente et en fonction du type d'entreprise concernée. Cela est particulièrement le cas en France où l'Autorité de la concurrence a publié le 10 février 2012 un document cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Elle y précise que «les entreprises ou organismes qui s'engagent à mettre en place un programme de conformité répondant à ces bonnes pratiques ou à améliorer un programme de conformité préexistant dans la mesure nécessaire à cet effet, dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, pourront se voir accorder, à ce titre une réduction de la sanction encourue susceptible de s'élever jusqu'à 10%».

La Commission européenne est toutefois moins généreuse. Dans sa brochure «Compliance matters», publiée en novembre 2011, la DG Concurrence souligne en effet que de tels programmes sont de bons éléments de «corporate governance»<sup>(6)</sup>, mais qu'en tout état de cause la seule existence d'un tel programme au sein d'une

#### B. Adopter une stratégie explicite et visible

Afin d'être clair et accessible à l'ensemble du personnel, un programme de compliance prend de préférence la forme d'un document écrit (sous forme d'un manuel de compliance par exemple comprenant notamment un exposé des règles applicables, la manière de les mettre en application, le coût de leur non respect par l'entreprise) et traduit dans toutes les langues de travail de l'entreprise afin qu'il soit compris de tous. Ce document doit idéalement contenir une liste de «DON'TS» et «RED FLAGS» mentionnant des situations à éviter et des comportements à risques.

En complément des formations, certaines entreprises prévoient des questionnaires informatiques auxquels les employés doivent répondre afin de s'assurer que la sensibilisation aura été comprise. Au delà de ces aspects pratiques, le soutien apporté par la direction à une culture de compliance est nécessaire. Enfin, pour mettre en place un programme de compliance crédible, une entreprise doit y consacrer les ressources suffisantes compte tenu notamment de sa taille.

#### C. Prendre en compte les efforts des employés en matière de compliance avec le droit de la concurrence

Au-delà de l'aspect formel consistant à demander au salarié de signer un accusé de réception lors de la réception du manuel de compliance ou à l'issue de sessions de formations, d'autres mesures de soutien au programme de compliance peuvent consister à:

- (ii) Inciter les employés à respecter les principes énoncés dans les manuels via la mise en place de récompenses;
- (iii) Imposer des sanctions, dans le respect du droit du travail applicable, en cas de violation des règles internes de compliance. Toutefois, on soulignera que de telles sanctions n'ont aucun effet d'exonération de la responsabilité de l'entreprise dans le cadre d'une infraction au droit de la concurrence devant les autorités;
- (iv) Mettre en place en interne un mécanisme de reporting efficace permettant de faire remonter au plus vite vers les instances décisionnelles de l'entreprise toute atteinte ou risque d'atteinte aux règles de compliance. Ce mécanisme peut passer notamment par le compliance officer ou le service juridique de l'entreprise.

#### D. Mettre à jour le programme de compliance et revoir régulièrement des sessions de formations

La mise en place d'un programme de compliance, à une époque donnée est inutile si ce programme n'est pas régulièrement mis à jour en fonction de l'évolution d'une part des règles de concurrence applicables à l'entreprise et, d'autre part, de la position de l'entreprise sur ses marchés et des exigences correspondantes des autorités de concurrence compétentes.

Dès lors, la Commission européenne voit d'un bon œil la prise de plusieurs mesures:

- (i) Une actualisation du manuel dès lors que la situation de l'entreprise l'exige (nouveau brevet, nouveau marché, nouveau partenariat...) ou au moins annuellement;
- (ii) Des formations tant pour les nouveaux arrivés dans l'entreprise que pour le personnel déjà en place, avec une attention particulière pour le personnel le plus exposé aux contacts avec les concurrents et/ou les clients. À cet égard, des formations externes, assurées par des personnes non impliquées dans l'entreprise, peuvent permettre d'échanger les expériences et éventuellement les difficultés au sein de l'entreprise;
- (iii) Enfin, la nomination de personnes de contact au sein de l'entreprise qui soient à même de répondre aux questions en matière de droit de la concurrence. Ce rôle peut être rempli par des juristes internes ou le compliance officer.

#### E. Auditer/Monitorer régulièrement

Des audits réguliers, internes ou préférablement externes et indépendants, des pratiques commerciales de l'entreprise au vu de sa position sur le marché sont recommandés. En ce qui concerne les audits externes, les audits menés par un avocat externe sont fortement conseillés puisqu'en cas de perquisition par des autorités de concurrence, les documents établis par un avocat externe inscrit à un barreau dans l'Union Européenne sont les seuls documents qui ne peuvent être saisis par les autorités de concurrence nationales ou européennes.

En conclusion, auparavant considérés comme optionnels voire superflus, les programmes de compliance en matière de droit de la concurrence apparaissent désormais comme des «must have» dans la panoplie d'outils de gestion des risques qu'une entreprise se doit de mettre en place (au même titre que les programmes concernant la sécurité dans l'entreprise ou encore les obligations anti-blanchiment notamment) afin de minimiser les risques de violation du droit de la concurrence mais également de préserver la réputation de l'entreprise, dont l'atteinte peut s'avérer tout aussi dommageable que l'imposition d'une sanction financière par les autorités de concurrence.

Les entreprises actives au Grand-duché de Luxembourg ne s'astreignant pas rapidement à cette discipline encourront deux risques majeurs. Le premier étant que, lorsqu'elles seront confrontées à une enquête par une autorité de concurrence, l'absence de tels programmes leur sera de plus en plus reprochée et sera graduellement retenue comme une circonstance aggravante. À cet égard, l'amélioration des pratiques aboutira à court ou moyen terme à ce que chaque entreprise bien gérée soit pourvue d'un tel programme. Quelle voiture est aujourd'hui vendue sans ABS ou airbags?

Le second risque, encore plus important, est que hors de nos frontières, des entreprises concurrentes sont, du fait de l'activité des autorités de concurrence nationale notamment, beaucoup plus sensibilisées au droit de la concurrence et qu'elles sont ainsi plus à même de dénoncer d'éventuelles pratiques existantes, le cas échéant, de leurs filiales luxembourgeoises ou affectant celles-ci, afin de bénéficier d'une immunité d'amendes et de voir, dans le même temps, leurs concurrents condamnés à de lourdes amendes.

Philippe-Emmanuel PARTSCH (cf. portrait)  
EU Competition & Financial Law Partner  
Arendt & Medernach  
Professeur à l'Université de Liège

Elie RAIMOND  
Associé  
EU Competition & Financial Law  
Arendt & Medernach

- 1) Un transitaire ou intégrateur (plus connu sous le vocable anglais de «freight forwarder») est une personne ou une entreprise mandatée par l'expéditeur ou le destinataire d'une marchandise qui doit subir plusieurs transports successifs. Sa mission est d'organiser la liaison entre les différents transporteurs et d'assurer ainsi la continuité du transport, ainsi que toutes les opérations administratives connexes s'y rapportant.
- 2) Décision de la Commission du 28 mars 2012 infligeant des amendes des amendes pour un montant total de 169 millions d'euros à des transitaires ayant participé à quatre ententes sur les prix.
- 3) Voir sa brochure «Compliance matters - What companies can do better to respect EU competition rules», publiée en novembre 2011.
- 4) La notion d'entreprise est particulièrement large en ce qu'elle couvre tant l'industrie classique que certaines autorités publiques actives sur des marchés concurrentiels ou les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif.
- 5) Voir notre chronique de janvier 2012.
- 6) Voir p.19.

3 5 2 4 8 1 8 2 8 3 6 0 9

MORE THAN NUMBERS.  
OUR BUSINESS IS BASED ON TRUST.

alterdomus.com

- ↑ Fund Administration
- ↑ Corporate Management
- ↑ Financial Reporting

Multi-jurisdictional outsourced tailored solutions to alternative investment structures and multinationals

ALTER DOMUS