

*Corruption et ententes :
quels risques encourus
au regard des
réglementations
applicables ?*

**Pierre-François Wéry,
Partner
PwC Luxembourg**

Agenda

- Définitions
- Contexte juridique lié à la corruption
- Contexte juridique lié aux ententes
- Les risques
- La prévention : mise en place d'une fonction Compliance
- Conclusion

Définitions

Corruption

- Le fait pour une personne de solliciter ou de recevoir, sans droit, directement ou indirectement, pour elle-même ou pour autrui, des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction.

La corruption peut être privée ou publique

La corruption peut être active ou passive

Ententes

- Les "ententes" sont des actions **concertées** entre plusieurs entreprises.

Ce type de convention est **prohibée** lorsqu'elle a pour finalité de **fausser le jeu de la concurrence et la détermination des prix** par le mécanisme de l'offre et de la demande.

- Les ententes peuvent avoir pour effet de limiter ou de contrôler la production, les investissements, le progrès technique ou la répartition des marchés entre les entreprises formant l'entente.

La corruption, le contexte juridique

Contexte juridique global

- **Convention des Nations Unies contre la corruption**
 - Entrée en vigueur le 14 décembre 2005 ;
 - Signée par le Luxembourg le 10 décembre 2003, appliqué le 6 novembre 2007.
- **Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption**
 - Actuellement la plus pertinente pour le Luxembourg: retranscrite dans la Loi Luxembourgeoise et réexaminée régulièrement par les agents de l'OCDE.
- **Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) (USA)**
 - S'applique à toutes les sociétés inscrites sur une bourse américaine, à toutes les entités et individus américains ainsi qu'à quiconque aux USA et aux filiales des sociétés sujettes à la FCPA où qu'elles se situent.
- **UK Bribery Act 2010 (UK)**
 - Portée extra-territoriale comme pour le FCPA ;
 - Délit pénal pour « défaut de prévention de la corruption ».
- **Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil (EU)**
 - « Conseils » aux Etats membres ;
 - Discussion sur des améliorations en cours.

Contexte Luxembourgeois

- **Loi du 13 Février 2011 renforçant les moyens de lutte contre la corruption**
- **IMPORTANT:** Toute personne « qui aura commis à l'étranger » une infraction de corruption « pourra être poursuivi et jugé au Grand-Duché, bien que le fait ne soit pas puni par la législation du pays où il a été commis »...(Art 5-1 du Code d'Instruction Criminelle).
- Articles 246 à 250, 310 et 310-1 du Code Pénal: emprisonnement jusqu'à 5, 10 ou 15 ans de prison et amende jusqu'à 30.000, 187.500 ou 250.000 EUR.

La corruption est une infraction primaire de blanchiment d'argent

Cas Avon, Février 2012

- Exemple de la portée extraterritoriale du FCPA ;
- Conclusions d'un rapport d'Audit Interne concluant que des employés d'Avon en Chine auraient violé le FCPA en versant des pots-de-vin à des fonctionnaires afin d'obtenir des licences de ventes en « porte-à-porte » ;
- Les cadres ayant obtenu le rapport d'audit n'ont pas informé le Conseil d'Administration ni le Comité d'Audit et leurs membres l'ont découvert après une enquête interne lancée par Avon en 2008;
- Les dirigeants peuvent être tenus responsables en cas de corruption à l'étranger, même s'ils n'ont pas autorisés de paiements illégaux ou tentés de cacher les preuves de pots-de-vin.

Les ententes, le contexte juridique

Contexte juridique européen

- Le but du Droit de la Concurrence :
 - promouvoir un marché libre, équitable et concurrentiel ;
 - protéger les consommateurs des conséquences économiques du comportement anticoncurrentiel.
- Les Lois AntiTrust dans l'UE ont commencé avec le Traité d'établissement de la Communauté Européenne. Ces mesures ont été reprises dans les Articles 53 et 54 du traité de l'Espace Economique Européen (EEA) et sont applicables à tous les pays membres de l'EEA ;
- Ces mesures ont été mises à jour dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) 30/03/2010 C83/47. Il s'agit du Traité le plus récent au regard de la concurrence ;
- Récemment publication des « Compliance Matters » sur le thème «Qu'est ce que les entreprises peuvent faire pour un meilleur respect des règles européennes de concurrence?» (novembre 2011).

Contexte européen

Article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne:

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits, tout accord entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Contexte européen

Article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».

Contexte Luxembourgeois

- Loi du 17 Mai 2004 réformée substantiellement et mise à jour par la Loi du 23 Octobre 2011 relative à la concurrence ;
- Entrée en vigueur le 1er Fevrier 2012 ;
- Création du Conseil de la concurrence : autorité de Concurrence au Grand-Duché. Il a repris les anciennes missions d'enquête et d'instruction de l'Inspection de la concurrence qui a été supprimée par la nouvelle loi.

www.concurrence.public.lu

Illustration

- L'industrie du transport aérien:
En 2010, la Commission européenne a sanctionné 11 compagnies aériennes pour un montant total de 800 millions d'euros. Le chef d'inculpation est l'entente sur les prix du fret cargo entre 1999 et 2006 ;
- British Airways a été condamnée à 104 millions euros, Air France-KLM 340 millions euros et Cargolux Airlines à 79.9 millions euros ;
- *The airlines formed a cargo cartel between each other, by fixing flat rate surcharges per kilogram .*

www.bbc.co.uk/news/

Les risques

Les risques en matière de corruption

- Risque de litige: management time, coûts de procédures ;
- Risque de sanctions pénales: peines de prison et amendes ;
- Risque de réputation: très important en la matière;
- et, en conséquences, risque de pertes financières importantes.

Les risques en matière d'ententes

- Risque de litige: Management time, coûts de procédures ;
- Risque de sanction: amendes jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial! ;
- Demande en dommage et intérêts émanent de concurrents lésés;
- Risque de réputation ;
- et, en conséquences, risque de pertes financières importantes.

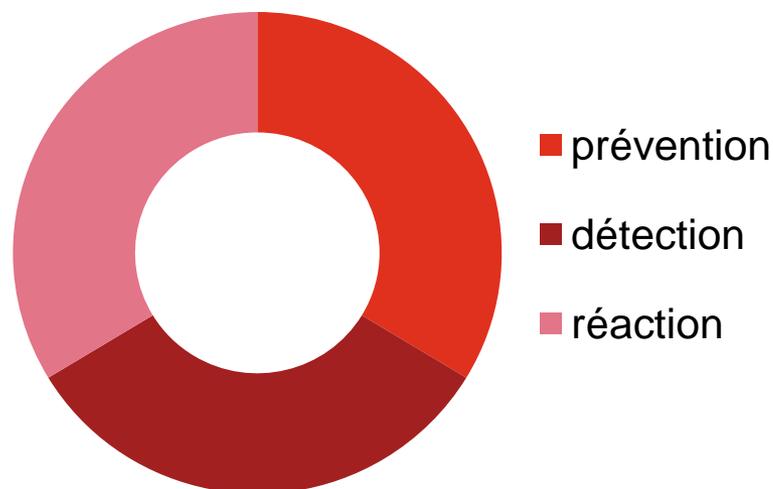
La prévention : mise en place d'une fonction Compliance

Comment se prémunir?

**La mise en place d'une fonction Compliance
et
d'un programme de Compliance**

Définitions

- La **Compliance** regroupe l'ensemble des dispositifs à mettre en oeuvre pour agir en conformité avec la réglementation applicable :
 - Par la prévention : empêcher les violations de manière préventive ;
 - Par la détection : détecter aussi rapidement que possible les éventuelles violations en dépit des mesures de prévention ;
 - Par une réaction appropriée : mettre fin de manière immédiate et efficace aux violations détectées.



Définitions

Le **Compliance Officer** est un conseiller et un contrôleur :

Conseiller	Contrôleur
Promouvoir l'adoption d'une culture Compliance et le rôle de la fonction Compliance	Assurer le contrôle avec les règles applicables
Monitoring des attentes des régulateurs	Prendre les mesures correctrices
Prendre des mesures préventives	Rendre compte aux dirigeants
Participer au processus d'acceptation des nouveaux produits, marchés, partenaires	
Former et éduquer les lignes de métiers opérationnelles	
Interface avec les superviseurs	

Le **programme de Compliance** est l'outil permettant aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter des infractions aux normes juridiques qui s'appliquent à eux notamment en matière de concurrence et de corruption.

Définitions

Les objectifs finaux de la mise en place d'une fonction Compliance sont :

- Minimiser les risques d'infractions ;
- Et donc, d'éviter l'imposition de sanctions financières ;
- Démontrer sa volonté de respecter la réglementation.

Etapas

- Impulsion de la Direction : discours clair, ferme et public des organes de direction et de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux ; la Compliance doit être une partie intégrante de l'entreprise ;
- Désignation d'un responsable de la fonction Compliance au sein du top-management ;
- Désignation d'un Compliance Officer indépendant ;
- Implémenter les ressources matérielles et humaines nécessaires à l'accomplissement de la fonction ;
- Rédaction d'une Charte de Compliance.

Champ d'application

- En fonction des activités de l'entreprise,
- En fonction des marchés sur lesquels l'entreprise intervient,
- En fonction de la structure de l'entreprise (filiale, succursale à l'étranger),
- *Comprendre le contexte économique et juridique pour :*
 - *définir la cartographie des risques ;*
 - *adapter la Compliance.*

Les moyens

- Corporate gouvernance ;
- Rédaction d'un code de conduite :
 - En interne pour les employés : cadeaux, repas d'affaires, invitations à des manifestations... acceptation formelle obligatoire ;
 - En externe : comité d'acceptation des partenaires, des fournisseurs, rédaction des contrats... ;
 - Détecter et éviter les conflits d'intérêts.
- Programme de formation régulier, obligatoire et avec des exemples concrets ;
- Programme d'information (Newletters, email...) et mise en place d'une culture Compliance ;
- Mise en place d'un système d'alerte, le whistleblowing ;
- Mise en place d'un Help desk Compliance ;
- La gestion des réclamations.

Les moyens

- Choix des partenaires ;
- Règles à respecter lors de fusion, acquisition ou vente de participations, d'appel d'offres pour des marchés publics.
- S'entourer de conseillers.

Impliquer le Compliance officer dès le début du processus

Les moyens

- Détecter les PEP
 - les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres, ministres délégués et secrétaires d'État ;
 - les parlementaires ;
 - les membres des cours suprêmes, des cours constitutionnelles ou d'autres hautes juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, sauf circonstances exceptionnelles ;
 - les membres des cours des comptes ou des conseils des banques centrales ;
 - les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les officiers supérieurs des forces armées ;
 - les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance des entreprises publiques ;
 - les responsables de partis politiques.
- Contrôler les relations de manière plus étroite et régulière.

Les responsabilités

- Responsabilité du Conseil d'administration ;
- Responsabilité de la Direction ;
- Responsabilité de tous les employés.

Contrôles

- Compliance Monitoring plan ;
- Auditeur interne ;
- Interaction entre les différentes fonctions de contrôle ;
- Reporting.

En cas de problème

Il faut savoir réagir :

- Analyse des causes ;
- Résolution du problème ;
- Sanctions internes éventuelles ;
- Plan de communication interne et externe;
- Lesson learned.

Conclusion

Il vaut mieux prévenir que guérir...

**Néanmoins, pour prévenir, il faut avoir
conscience du mal potentiel...**

Merci pour votre attention !

Lignes utiles

www.oecd.org

<http://www.unodc.org/>

<http://www.fcpa.us/>

<http://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>

<http://eur-lex.europa.eu/>

www.cssf.lu

www.concurrence.public.lu