

Concurrence : les programmes de conformité, remèdes ou effets secondaires ?

Jeudi 13 décembre 2012

Nathalie Pétrignet, Marie-Pierre Schramm, Anne-Laure Villedieu, Denis Redon
CMS Bureau Francis Lefebvre

INTRODUCTION

I/ Le document cadre du 10 février 2012 (1/1)

– Ses objectifs

- Développer une culture de respect des normes
- Prévenir les risques d'infraction
- Détecter et traiter les manquements
- Obtenir une réduction de la sanction pécuniaire

– Son champ d'application

- Entreprises de toutes tailles – organismes
- Entreprises poursuivies ou non
- Ententes horizontales entre concurrents
- Ententes verticales et abus de position dominante

– Sa valeur juridique

I/ Le contenu du programme de conformité 5 éléments essentiels (1/7)

- Selon l'ADLC, des mesures d'informations ou de formation aux règles de concurrence, bien que nécessaires, ne sont pas suffisantes
- L'ADLC souhaite que les programmes de conformité incluent cinq éléments essentiels inscrits dans une «*documentation actualisée facilement accessible à tous, sous format papier ou numérique*»
- Il n'existe pas de modèle-type de programme de conformité
- Une adaptation du programme peut se justifier pour les PME

I/ Le contenu

Premier élément (2/7)

- L'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction selon laquelle :
 - Le respect du droit de la concurrence est non seulement une obligation légale mais aussi un élément central de la responsabilité de l'entreprise
 - Les dirigeants, les cadres et autres salariés concernés se conformeront à ces règles, détecteront les infractions et y remédieront aussi vite que possible

I/ Le contenu

Deuxième élément (3/7)

- L'engagement de désigner un ou plusieurs « *compliance officer* » ou « *correspondants conformité* » qui doivent :
 - Disposer d'une autorité et d'une compétence incontestables au sein de l'entreprise
 - Pouvoir accéder directement aux organes de contrôle si une question en lien avec le programme le justifie
 - Disposer des pouvoirs nécessaires pour se consacrer à la mise en œuvre effective du programme
 - Et bénéficier de moyens humains et financiers suffisants
- Rapprochement avec les délégations de pouvoirs et le CIL

I/ Le contenu

Troisième élément (4/7)

- Mise en place des mesures effectives d'informations ou de formation dans le respect du droit du travail. Ces mesures prendront la forme de :
 - La diffusion au personnel concerné de documents présentant le droit de la concurrence, rappelant l'importance de ces règles et des mécanismes internes pour obtenir des conseils ou alerter en cas d'infractions possibles
 - D'une communication interne sur l'existence du programme de conformité
 - La réalisation régulière de formations obligatoires ciblées sur les salariés les plus exposés en cette matière
 - La communication d'une information relative au programme de conformité aux partenaires commerciaux de l'entreprise ou à ses actionnaires le cas échéant

I/ Le contenu

Troisième élément (5/7)

- Mesures en conformité avec l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation de tout salarié à son poste de travail
- Mesures préalables nécessaires si des sanctions disciplinaires doivent être prises

I/ Le contenu

Quatrième élément (6/7)

- Mise en place de mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte dans le respect du droit du travail
 - Mesures visant à assurer et à évaluer le respect individuel de la politique de conformité par l'insertion de stipulations dans le règlement intérieur, dans les contrats de travail ou encore sous la forme d'attestations « *individuelles régulières* » de conformité
 - Mesures permettant aux salariés de pouvoir
 - Bénéficier d'un conseil pour toute question relative au respect du droit de la concurrence
 - Alerter de bonne foi « *si possible de façon confidentielle* » de la connaissance d'une infraction
 - Réalisation d'évaluations régulières et d'audits juridiques et commerciaux

I/ Le contenu

Cinquième élément (7/7)

- L'engagement de mettre en place un dispositif effectif de suivi comprenant dans le respect du droit du travail
 - Une procédure de traitement des demandes de conseil, d'examen des alertes et d'analyses des suites à donner
 - L'existence d'un ensemble de sanctions, « *en particulier disciplinaires* » applicables en cas de violation des 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

III/ Dans le respect des règles du droit du travail (1/7)

- Les principes généraux du droit du travail : article L. 1121-1 du Code du Travail
 - Finalité : les restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir
 - Proportionnalité : les restrictions doivent également être proportionnées au but recherché et donc ne pas excéder ce qui est strictement nécessaire à une bonne exécution du contrat de travail

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (2/7)

- Les modalités de mise en place de mesures visant, d'une part, à assurer le respect individuel de la politique de conformité (on se situe « en amont ») et d'autre part, à évaluer le respect individuel de cette politique (on se situe « a posteriori »)

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (3/7)

- Le « support » à utiliser
 - Le règlement intérieur : son champ d'application est limitatif (article L. 1321-1 et 2 du Code du Travail)
 - Notion de « règles générales et permanentes relatives à la discipline »
 - Arrêt CHICART du Conseil d'Etat du 11 juin 1999
 - Jurisprudence des TGI (Nanterre 6/10/94, 15/01/05, 27/12/06, 19/10/07)
 - Décision Inspection du Travail
 - Circulaire du Ministère du Travail et des Relations Sociales du 19/11/08 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (4/7)

- Le contrat de travail : pose le problème du caractère évolutif de la politique de conformité
 - Distinction entre modification du contrat de travail et simple changement des conditions de travail
 - Simple renvoi au règlement de conformité (comme renvoi à la convention collective ou au règlement intérieur)
- Autre support ?

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (5/7)

- L'attestation individuelle régulière
 - Identification des personnes concernées
 - Périodicité ?
 - Quid si refus de signer ? Doit s'être engagé préalablement à signer régulièrement ? (cf. jurisprudence sur refus de signer les entretiens annuels)

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (6/7)

– La procédure à suivre

- Consultation du CE (au titre du règlement intérieur ou de l'article L. 2323-32 alinéa 3 du Code du Travail)
- Consultation du CHSCT ?
- Communication à l'Inspecteur du Travail pour contrôle (si RI)
- Arrêt Cass. Soc. 9/5/12 sur non-opposabilité d'un règlement intérieur en cas de non-respect de la procédure de mise en place
- Information individuelle des salariés (article L. 1222-4 du Code du Travail et article 32 de la loi Informatique & Libertés : collecte des informations)
- Dépôt au greffe du Conseil de Prud'hommes (si RI)

II/ Dans le respect des règles du droit du travail (7/7)

- Suivi et mise en œuvre de sanctions, « en particulier disciplinaires »
 - Rappel : les sanctions pécuniaires sont interdites (article L. 1334-1 du Code du Travail)

III/ Conformité des programmes de conformité concurrence à la réglementation « Informatique et Libertés » (1/1)

- Légitimité et proportionnalité des traitements mis en œuvre
- Procédures préalables à la mise en œuvre des traitements

IV/ Quelques exemples (1/7)

- Décision n°12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires
 - Groupe Grain Millers: 20% de réduction totale (au titre de la renonciation à la contestation des griefs et du programme de conformité) dont 10% grâce à son programme de conformité
 - Son contenu :
 - organisation tous les trois ans de formations spécifiques
 - mise en place d'outils de formation e-learning en matière de concurrence avec des exemples adaptés au métier de distribution de farines alimentaires. Les dirigeants et salariés seront requis de suivre cette formation au minimum une fois tous les deux ans
 - organisation de contrôle de connaissances tous les ans pour les dirigeants et salariés du groupe

IV/ Quelques exemples (2/7)

- encadrement des contacts avec les concurrents
- communication en interne sur la gravité de ces pratiques adressée à l'intégralité du personnel du groupe
- attestation signée chaque année par les dirigeants et salariés concernés certifiant avoir respecté par leur comportement le droit de la concurrence
- insertion d'une clause relative au respect du droit de la concurrence dans les contrats de travail et introduction des sanctions encourues en cas de violation
- modification du règlement intérieur pour y insérer une obligation de respect des règles de concurrence et les sanctions encourues en cas de non-respect
- mise en place d'un contrôle interne, placé sous la supervision d'un Responsable Conformité chargé de veiller au respect des engagements et d'alerter les dirigeants le cas-échéant. Tout dirigeant ou salarié aura la possibilité de contacter confidentiellement ce responsable

IV/ Quelques exemples (3/7)

- Décision n°12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats
 - NPPF et Nestlé SA ont obtenu 18% de réduction totale dont 8% de réduction au titre du programme de conformité et d'autres engagements structurels
 - Son contenu :engagement général d'amélioration des programmes de conformité aux règles de concurrence déjà en place dans la division spécialiste (alimentation animale) :
 - mesures d'information, de formation et de sensibilisation de son personnel concerné aux règles de concurrence
 - mise en place de dispositifs de contrôle et d'identification d'équipes de soutien
 - mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle

IV/ Quelques exemples (4/7)

- L'Autorité souligne l'absence de mesure substantielle de responsabilisation des cadres ou des agents, d'une part, et l'absence de mesure de suivi en cas de méconnaissance du programme d'autre part (à l'exception de celles liées au dispositif d'alerte)
- Par ailleurs, ces engagements sont subordonnés à la condition d'obtenir des autorisations dans un délai de six mois à compter de la décision
- L'Autorité conclut au caractère relativement incertain de l'obtention de ces autorisations et donc à un amoindrissement de la crédibilité de l'engagement souscrit

IV/ Quelques exemples (5/7)

- Royal Canin et Mars Incorporated ont obtenu 20% de réduction totale dont la réduction maximale de 10% au titre du programme de conformité.
- Son contenu :
 - mesures d'information, de sensibilisation et de formation des collaborateurs concernés par les règles de concurrence
 - dispositifs de contrôle, de suivi et de responsabilisation individuelle identification d'équipes de soutien
 - mise en place d'un dispositif d'alerte professionnel
 - programme étendu à toutes les activités et toutes les entités du groupe Mars en France
 - L'Autorité relève que la proposition d'engagements comporte des mesures plus substantielles que celles proposées par NPPF, en particulier en matière de suivi de responsabilisation, et s'étend également à l'ensemble des activités du groupe, au-delà du seul secteur de l'alimentation animale

IV/ Quelques exemples (6/7)

- Décision n°11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques
 - La société Grivetto n'a obtenu que 12% de réduction totale dont une réduction de 2% au titre du programme de conformité
- Le contenu :
 - création d'une charte de bonne conduite communiquée à tous les salariés, objet d'un article dans le bulletin interne et affichée dans le service
 - clause relative aux sanctions encourues en cas de manquements aux règles de concurrence insérée dans le règlement intérieur, et dans tous les nouveaux contrats d'embauche

IV/ Quelques exemples (7/7)

- L'Autorité souligne que les engagements souscrits par la société Grivetto « *apparaissent plus succincts* » que les autres entreprises, mais ils sont « *néanmoins adaptés au type d'entreprise concerné et susceptibles d'aider à prévenir la réitération des pratiques litigieuses* »

V/ Les avantages d'un programme de conformité (1/3)

- « *Etre maître de son destin concurrentiel* » (Synthèse rapport annuel ADLC pour 2011)
 - Autoprotection de l'entreprise contre les risques
 - Identification d'éventuelles difficultés déjà existantes
 - Préservation de l'image de l'entreprise
 - Aide pour la procédure de clémence

V/ Les avantages d'un programme de conformité (2/3)

- Deux cas possibles de réduction de la sanction pécuniaire
 - Dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs
 - la réduction pour la mise en place d'un programme de *compliance* peut atteindre **10 %** et se cumule avec celle au titre de la non-contestation des griefs et des autres engagements dans la limite totale de **25 %**
 - Mais la valorisation de la réduction est variable en fonction du contenu du programme ou des situations (cf pratique décisionnelle)
 - Hors procédure de non-contestation des griefs
 - le programme de conformité vaudra circonstance atténuante si l'entreprise découvre d'elle-même l'existence d'une infraction, y met fin et y remédie de sa propre initiative **avant toute ouverture d'enquête**. (**Attention !** valable uniquement pour les infractions non éligibles à la procédure de clémence, c'est-à-dire ententes verticales et abus de position dominante)

V/ Les avantages d'un programme de conformité (2/3)

– MAIS

- Le pourcentage de rabais n'est pas précisé → pouvoir discrétionnaire
- Indépendamment d'un programme de conformité, cette réduction est déjà prévue dans les lignes directrices de la Commission européenne
- Pourquoi ne pas viser le cas des ententes horizontales ?

VI/ Les inconvénients d'un programme de conformité (1/3)

- Le coût de la mise en œuvre d'un tel programme
- L'absence de « *legal privilege* »
 - Les correspondances remises et émises par le « *compliance officer* » (salarié interne de l'entreprise) ne sont protégées par aucune confidentialité.
 - L'absence de secret professionnel interne conduit à exposer gravement la société en cette matière
 - Quid de l'opportunité de collecter des éléments pouvant être librement saisis lors d'une enquête ?

VI/ Les inconvénients d'un programme de conformité (2/3)

- Risque financier encouru dans le cas de la procédure de non-contestation de griefs
 - L'engagement pris par l'entreprise lui est opposable dans les termes même de la décision rendue par l'Autorité qui pourra en vérifier la correcte application
 - Un texte spécifique pour non-respect des engagements est prévu (article 464.3 C.com)

VI/ Les inconvénients d'un programme de conformité (3/3)

- Risque pénal (article L 420-6 C.com)
 - Dans le contexte de ce texte, l'ADLC n'exclut pas que l'implication personnelle d'un dirigeant après mise en place d'un programme de conformité puisse conduire à mettre en jeu sa responsabilité pénale
- La mise en place d'un programme de conformité n'offre pas une garantie absolue pour l'entreprise : il ne peut absolument pas garantir ou prévenir l'entreprise de toute violation aux règles du droit de la concurrence