



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

“Droit de la concurrence et droit de la compliance”

Editorial | Concurrences N° 4-2018 | pp. 1-4

Marie-Anne Frison-Roche

mafr@mafr.fr

Professeur, Sciences Po, Paris

“Droit de la concurrence et droit de la compliance”

Marie-Anne Frison-Roche*

mafr@mafr.fr

Professeur, Sciences Po, Paris

ABSTRACT

Le droit de la compliance est une branche du droit nouvelle, encore en construction. L'on peut en avoir une "définition restreinte", consistant à la concevoir comme l'obligation qu'ont les entreprises de donner à voir qu'elles se conforment en permanence et d'une façon active au Droit. L'on peut en avoir une définition plus riche, de nature substantielle, la définissant comme l'obligation ou la volonté propre qu'ont certaines entreprises de concrétiser des "buts monumentaux" dépassant la seule performance économique et financière. Le droit de la concurrence intègre en partie ses deux conceptions de la compliance. Précurseur, le droit de la concurrence concrétise avec dynamisme la première conception du droit de la compliance. C'est avec davantage de difficultés mais aussi beaucoup plus d'avenir que le droit de la concurrence peut exprimer en dialectique la seconde conception du droit de la compliance comme internationalisation de "buts monumentaux", notamment dans l'espace numérique.

Compliance Law is a new branch of Law, still under construction. One can have a "narrow definition" of seeing it as the obligation of businesses to show that they are constantly and actively complying with the law. One can have a richer definition, of a substantive nature, defining it as the obligation or the own will of certain companies to achieve "monumental goals" that go beyond economic and financial performance. Competition Law partly integrates its two conceptions of Compliance: Precursor, Competition Law concretizes dynamically the first conception of Compliance Law. It is with more difficulties but also much more future that Competition Law can express in dialectic the second conception of Compliance Law as internationalization of these "monumental goals", especially in the digital space.

Confrontation du droit de la concurrence avec la "définition restrictive" du droit de la compliance comme effectivité accrue de règles inchangées

L'on peut concevoir le droit de la compliance comme un mouvement des dispositifs normatifs de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante*. L'essentiel est alors l'accroissement de l'effectivité des règles dont la nature n'est pas remise en cause dans ce changement de méthode, de mise en oeuvre. Le droit de la concurrence en constitue un terrain privilégié.

La compliance, déplacement de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante* pour une efficacité accrue de dispositifs normativement inchangés

En Europe la compliance est plutôt appelée "conformité". L'idée est en effet qu'il faut que les règles soient respectées. Cela est vrai de toute règle, mais cela est encore plus requis lorsque les règles sont d'ordre public, ce qui est le cas pour le droit de

la concurrence. La présentation classique est donc l'édition d'une règle par une norme publique (la Loi) et son respect par l'assujetti (l'entreprise). C'est d'une façon pathologique que l'entreprise enfreint la prescription et que l'agent public (l'Administration ou le juge) intervient pour la sanctionner. Ce schéma qui situe l'activation de la règle en *Ex Post* par rapport au comportement de l'entreprise semble être intangible dès l'instant que l'on adhère au principe libéral de la libre entreprise qui peut agir sans autorisation préalable de la Loi, principe appartenant au bloc de constitutionnalité et socle du droit de l'Union européenne.

Mais l'idée est venue que le respect de la norme qui prescrit ou interdit un comportement (par exemple obliger à donner accès ou interdire les ententes) n'est pas nécessairement contraire aux intérêts de l'entreprise astreinte. En effet, indépendamment du principe de liberté de son action, l'entreprise a intérêt à respecter les règles, car d'une façon générale elle a intérêt à vivre dans un univers où le Droit est respecté par tous, ce qui lui évite d'être victime des violations que pourraient en faire les autres. En outre, elle nuit à ses intérêts si elle utilise ses forces pour méconnaître le Droit, la Cour de cassation ayant ainsi rappelé qu'il était nécessairement contraire à l'intérêt social d'une société de corrompre pour obtenir un marché public, même si cela l'enrichit.

*Cet article prend appui sur un working paper bilingue, doté de nombreuses références et renvois par liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/droit-de-la-concurrence-et-droit-de-la-compliance-2>.

L'entreprise a donc intérêt à se "conformer" au Droit d'elle-même, à utiliser ses forces en *ex ante* pour s'empêcher elle-même toute violation, ou à les sanctionner en son sein. Cette aptitude à "s'empêcher" montre les points de contact entre la compliance et l'éthique. Pour cela, l'entreprise va émettre des normes complémentaires aux normes publiques, divers documents internes, chartes et programmes où elle reprend à son compte les prescriptions juridiques extérieures. Ces "codes de conduite" sont assortis de programmes d'éducation par lesquels l'entreprise demande à chaque personne qui la représente, ses salariés mais aussi ses fournisseurs – dans une anticipation de ce que sera la loi dite "Vigilance" – de respecter le Droit.

Il s'agit donc de transférer le Droit qui dans le schéma classique n'est activé qu'exceptionnellement en *ex post* et par l'effet d'une violation, vers un *Ex Ante* où l'entreprise prend activement en charge sa "conformité" vis-à-vis d'un Droit dont les prescriptions ne changent pas en substance.

À cette évolution, chacun doit pouvoir trouver des motifs de satisfaction. D'un côté, les autorités publiques, puisque les règles qu'elles ont émises sont efficacement concrétisées, le Droit étant donc plus que jamais "positif", et cela à moindre coût puisque ce sont les entreprises qui prennent en charge la mise en œuvre du Droit, l'abîme de l'asymétrie d'information étant ainsi un peu comblé par ce passage de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante*. Plus encore, lorsqu'il s'agit de normes d'interdiction, cela aboutit au but même recherché par le Droit, à savoir l'absence du fait interdit par la loi (par exemple, pas d'entente), plutôt que la sanction du fait prohibé mais commis (une entente certes punie mais tout de même réalisée).

De l'autre côté, les entreprises peuvent aussi y trouver quelques avantages. Le plus important est de "donner à voir" le souci qu'elles ont du Droit, les efforts qu'elles font pour que chacun le respecte en leur sein et dans leur relation à autrui. Cela est particulièrement vrai pour la lutte contre la corruption et la lutte contre le blanchiment. L'effet réputationnel positif ainsi obtenu compense le coût qu'un tel transfert de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante* par l'internalisation des règles implique pour les entreprises.

Cela explique que les techniques de compliance, dans leur conception même et dans le mécanisme plus particulier des "programmes de conformité", vont se développer en droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence, champ privilégié de la compliance conçue comme méthode d'efficacité accrue de règles inchangées

Comme l'a montré Bruno Lasserre, le droit de la concurrence a dès 1962 activement pris en charge la "conformité" des comportements des entreprises par le jeu des exemptions, mais ce contrôle à la fois direct et *Ex Ante* par les autorités publiques s'est révélé impossible en raison de la masse des cas. Le contrôle *Ex Post* par les autorités publiques allège la charge mais diminue l'effectivité. Les "programmes de compliance" ont permis de sortir de l'aporie puisque c'est l'entreprise elle-même qui en *Ex Ante* contrôle la conformité de son comportement aux règles de la concurrence : c'est pourquoi ils ont reçu un plein soutien des autorités. Ainsi par un programme de conformité l'entreprise décide de devenir "acteur" du droit de la concurrence et d'en faire elle-même la "promotion", les autorités françaises et communautaires, comme le font toutes autres autorités, l'encourageant, puisqu'il s'agit d'une façon alternative d'accroître l'*enforcement* des règles.

Ce souci existe depuis toujours et vaut pour toute règle mais il est aujourd'hui accru et particulièrement vif concernant les comportements de compétition, car les activités des entreprises ne sont plus guère arrêtées par les frontières tandis que les règles du droit de la concurrence demeurent fractionnées et que la perspective d'un droit mondial de la concurrence est toujours reculée. L'internationalisation par la conformité d'une soumission dans les entreprises au droit de la concurrence est donc d'autant plus précieuse. L'efficacité du droit de la concurrence en est servie non seulement parce que l'entreprise renonce à profiter de sa mobilité mais encore parce qu'elle choisit le plus souvent le standard normatif d'exigence le plus élevé pour le généraliser à l'ensemble du groupe.

On peut s'étonner qu'en matière bancaire et financière les entreprises se désespèrent tant que les États-Unis imposent leur droit de la compliance au reste du monde tandis qu'à propos du droit de la concurrence les entreprises se plaignent que les pays économiquement dominants ne limitent pas davantage l'autonomie normative des plus petits, ce qui complique l'établissement de leur programme de conformité. Comme quoi, en Droit comme en toute chose, l'on n'est jamais content...

Toujours est-il que les autorités publiques encouragent fortement et publiquement l'adoption de ces programmes. Ainsi dans son document-cadre du 12 février 2012, l'Autorité de la concurrence les a promus en s'appuyant sur son expérience en matière d'engagement, comme l'a fait le 18 février 2016 l'Autorité de la concurrence

du Brésil, tandis que la Commission européenne en 2013 a publié un document dont il est remarquable que le titre anglais soit *Compliance Matters* tandis que le titre français est *Le respect des règles, ça compte!* Cela signifie que cette discipline des entreprises “compte”; mais compte pour quoi? Et c’est ici que le bât blesse...

En effet, les discussions demeurent vives sur la portée de ces sortes d’engagements souples, dont les entreprises voudraient qu’elles valent fait justificatif en cas de comportement ultérieur reprochable commis par qui elles doivent répondre, la Cour de justice continuant à ne pas vouloir sortir de sa “neutralité”. Suivant son pas, l’Autorité de la concurrence a modifié sa position de 2012 pour adopter à son tour ce principe de neutralité, l’Autorité de la concurrence ayant le 19 octobre 2017 retiré le document-cadre de 2012 en ce qu’il associait compliance et clémence. On a évoqué à juste titre un “dilemme”. Mais si les programmes de compliance ne valent ni fait justificatif ni circonstance aggravante, ils ne vaudraient donc pour rien? Cela n’est sans doute pas tenable à l’avenir, et ce d’autant plus que le Droit a vocation à passer d’une définition restreinte de la compliance à une définition plus riche, c’est-à-dire à construire un véritable droit substantiel de la compliance, plus exigeant encore pour les entreprises. Les rapports entre droit de la concurrence et droit de la compliance en deviendront aussi plus complexes. Plus prometteurs aussi.

Confrontation du droit de la concurrence avec la définition riche et substantielle du droit de la compliance

Le droit de la compliance gagnera à n’être pas qu’une méthode. Cela serait si dommage qu’il ne soit que cela... En effet, par un droit de la compliance substantiel, l’on peut accroître les buts servis par certaines entreprises. Dans cette perspective se produit un enrichissement dialectique du droit de la concurrence.

La définition substantielle du droit de la compliance : Insérer des “buts monumentaux” dans des entreprises cruciales

L’avenir de la compliance est de dépasser une définition qui la réduit à une méthode d’efficacité et d’*enforcement*. Pourra alors se constituer un véritable “droit de la compliance”. Le droit de la compliance consiste à déterminer des buts de nature politique, exprimant des “prétentions” qui dépassent le libre fonctionnement des marchés et le bien-être du consommateur. Il pourra s’agir de la sauvegarde de la planète, de l’éducation des enfants, de la protection des femmes, etc.

Cela est désormais acquis dans ce qu’il est courant d’appeler la “finance verte”, car il n’est pas justifié que les entreprises soient exclues du “cercle” des entités qui en ont souci. Classiquement, ces “buts monumentaux” sont exprimés par les autorités publiques et furent longtemps poursuivis à titre exclusif par celles-ci, les États en premier, au nom de l’intérêt général, notamment par le biais d’autorités publiques. Le droit de la régulation, en ce qui établit un équilibre instable et à long terme entre le principe de la concurrence et d’autres soucis, dépassant les défaillances techniques de marchés, a et demeure un lien naturel entre droit de la concurrence et droit de la compliance.

Pour servir efficacement de tels “buts monumentaux”, les autorités publiques ont internalisé ceux-ci dans les entreprises aptes à les atteindre, ces “entreprises cruciales” étant celles ayant notamment l’information pour ce faire, les banques notamment. Se sont ainsi développés des systèmes de compliance mondiaux à valeur négative (lutter contre... la corruption, le blanchiment, la pollution, etc.) et à valeur positive (lutter pour... la probité, la loyauté, l’éducation des êtres humains).

Le droit de la compliance est ainsi l’internalisation du droit de la régulation, prolongement de ce qui exprimait le service public, avec un *imperium* nouveau, puisque l’entreprise sous une pression accrue et précédemment décrite sert des buts nouveaux : elle peut sortir d’elle-même, dans une définition dont la loi PACTE entend rendre compte, notamment à travers la notion courante dans d’autres systèmes juridiques d’entreprise à “mission”, ce qui a des points de contact avec l’idée française de “mission de service public”. C’est pourquoi les entreprises chargées d’un service public sont des acteurs naturels du droit de la compliance dans un marché concurrentiel. Cette définition riche du droit de la compliance, qui est l’avenir de cette branche du Droit, rend particulièrement compte de l’objet social des “entreprises cruciales” qui soutiennent les secteurs, les infrastructures, les régions, etc., et qui sont au cœur du droit de la régulation, d’où est né le droit de la compliance tel qu’ici conçu.

À cet effet de nature peut s’ajouter un effet de volonté. En effet l’entreprise pourrait intégrer dans sa “raison d’être” son souci d’autrui que cette “définition riche” du droit de la compliance exprime. Les promoteurs de la loi PACTE présentent souvent cela comme une sorte d’opposition entre d’une part l’Entreprise, en ce que celle-ci peut ne pas penser qu’au profit, et d’autre part le Marché, qui ne serait qu’une machine à en produire. Ne pourrait-on pas concevoir plutôt cette définition riche du droit de la compliance comme un enrichissement avéré du droit de la concurrence?

L'adoption d'un droit substantiel de la compliance : enrichissement dialectique du droit de la concurrence

En effet, le droit de la concurrence peut exprimer des "prétentions", c'est-à-dire non seulement viser les actions passées et ordonner la restauration des situations qui n'auraient pas dû être sensiblement affectées par des comportements anticoncurrentiels permis par des pouvoirs de marché mais encore viser l'avenir et l'infléchir.

C'est l'enjeu majeur du droit de la concurrence dans l'avenir de l'économie digitale et les règles qui viendront encadrer et guider de force ou de gré l'usage que les entreprises, dont le premier pouvoir de marché tient dans leur maîtrise de l'information, feront de leur technologie nouvelle.

Il est probable que le seul contrôle des concentrations n'y suffira pas et il est remarquable que la Commission européenne dans sa décision *Google* du 18 juillet 2018 ait imposé une obligation de compliance, obligeant l'entreprise à l'avenir à s'organiser selon des modalités choisies par elle, notamment contractuelles, pour que la concurrence et l'innovation ne soient pas étouffées.

Cela fait écho à des affirmations politiques, notamment faites au sein du Parlement européen, selon lesquelles ce qu'il est convenu d'appeler la "régulation du numérique" se fera non pas d'une façon extérieure en visant les comportements mais en "supervisant" les opérateurs eux-mêmes, c'est-à-dire en intégrant au sein de ceux-ci des soucis qui ne leur sont pas spontanés, comme la protection des êtres humains, devant être toujours considérés comme des personnes et non pas comme des agrégats de données.

Le droit européen de circulation et de protection des données, notamment à caractère personnel, est exemplaire d'une conception opérationnelle qui pourrait être généralisée. Cela peut être fait par contrainte mais cela correspond aussi à des initiatives de ces opérateurs eux-mêmes, au titre de leur

responsabilité *Ex Ante*. Elles prennent forme dans les programmes de compliance adoptés spontanément par les entreprises ; le souci d'une concurrence loyale et de la protection des êtres humains n'y sont pas différenciés.

Parce que le droit commun de la régulation ou les droits sectoriels sont malhabiles à pénétrer (comme dans l'espace numérique, rétif aux qualifications juridiques), le droit de la concurrence ne doit y pénétrer qu'en se chargeant de "buts monumentaux", qu'il doit internaliser de gré ou de force dans les entreprises. Pour cela, il doit s'articuler avec un droit substantiel de la compliance, qui lui était extérieur. On en a déjà de fortes marques et tant mieux. Ainsi, l'émoi causé par cette décision *Google* du 18 juillet 2018 tient surtout dans le fait que la Commission internalise dans l'entreprise un but qui n'est pas forcément le sien et qui concerne l'avenir. Plus encore, si l'on observe l'évolution du contrôle des concentrations dans lequel les économistes mettent beaucoup d'espoir, notamment en matière digitale et de média, c'est surtout de préservation des libertés et de protection des individus qu'il s'agit.

Or, la protection de la personne est le cœur du droit de la compliance, substantiellement défini. Si l'on veut bien considérer qu'en méthode les mécanismes de compliance consistent à internaliser dans l'entreprise les règles en les déplaçant de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante*, que l'on observe qu'en matière numérique la régulation de ce système se fera principalement par la supervision des opérateurs eux-mêmes et que le droit de la concurrence est pour l'instant celui est le mieux manié pour réagir à la puissance nouvelle des opérateurs technologiques, alors l'enrichissement du droit de la concurrence par le droit de la compliance, ainsi richement défini, est une excellence nouvelle.

Le croisement du droit de la concurrence et du droit de la compliance pourrait mettre au centre du Marché ce qui est la seule mesure du Droit : la personne. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehoudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Reuves

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

HT
Without tax

TTC
Tax included

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 785,00 € | 942,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Revue Concurrences | Review Concurrences

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 565,00 € | 678,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 615,00 € | 627,91 € |

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France