

Non classifié

Français - Or. Anglais

2 décembre 2021

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

Résumé de la table ronde sur les programmes de conformité au droit de la concurrence

Annexe au compte rendu de la 133e réunion du Groupe de travail n° 3 qui s'est déroulée en ligne le 8 juin 2021

8 juin 2021

Ce document est un résumé de la table ronde sur les programmes de conformité au droit de la concurrence qui s'est tenue lors de la 133e réunion du Groupe de travail n° 3.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes.htm>

Pour toute question concernant ce document, veuillez prendre contact avec Mme Sabine ZIGELSKI
[Courriel : Sabine.Zigelski@oecd.org]

JT03486813

Résumé de la discussion sur les programmes de conformité nau droit de la concurrence

Le 8 juin 2021, le Groupe de travail n° 3 a organisé sous la présidence de M. Frédéric Jenny une discussion sur les programmes de conformité au droit de la concurrence.

Le Président présente le sujet. Il déclare que dix années se sont écoulées depuis les dernières discussions et que les présents échanges porteront essentiellement sur les évolutions qui ont eu lieu depuis et sur l'efficacité des programmes de conformité et des mesures en la matière prises par les autorités de la concurrence. Il présente les experts qui interviendront : **Florence Thépot**, chargée de cours en droit de la concurrence et droit de l'UE, faculté de droit de l'Université de Glasgow, **Susan Ning**, associée principale, King & Wood Mallesons, et **Daniel Sokol**, professeur de droit, Université de Floride. Le Président demande au Secrétariat d'exposer brièvement sa note de référence.

Le Secrétariat explique que la note de référence est centrée sur les caractéristiques et l'efficacité des programmes de conformité et l'influence que peut exercer la conformité sur d'autres domaines intéressant le droit de la concurrence. Elle examine aussi les évolutions qui ont eu lieu ces dix dernières années : les pratiques qui récompensent les programmes de conformité, ainsi que les dispositifs de clémence et d'immunité, restent très importants, mais l'utilisation des programmes de conformité par certaines autorités pour faire appliquer le droit constitue une évolution intéressante. Plusieurs autorités ont par ailleurs entrepris d'évaluer les programmes de conformité en dehors du contexte répressif.

En ce qui concerne l'efficacité, les données disponibles ne permettent pas de tirer des conclusions. La diminution du nombre d'affaires d'ententes et de demandes de clémence peut indiquer une amélioration de l'efficacité de ces programmes, mais peut aussi s'expliquer par d'autres raisons. Pour un certain nombre d'autorités, les éléments tels que l'autodénonciation, l'implication et la coopération des dirigeants, les incitations internes, la conformité des tiers et le contrôle de l'intelligence artificielle sont indispensables à la crédibilité des programmes. L'équilibre entre les femmes et les hommes pourrait aussi jouer un rôle important à l'avenir. Enfin, la note examine les liens existant entre la conformité au droit de la concurrence et d'autres domaines de l'action publique, comme la lutte contre la corruption dans la passation des marchés publics, un domaine sur lequel les autorités de la concurrence pourraient se concentrer à l'avenir.

Le Président prie ensuite les intervenants de prononcer brièvement leur allocution.

Florence Thépot déclare que, premièrement, pour que la conformité puisse renforcer l'exécution du droit, elle doit être bien définie et bien comprise, et les programmes doivent comprendre des mesures pouvant se répercuter sur la culture d'entreprise, à tous les niveaux de l'entreprise. Deuxièmement, autoprévention et sanctions doivent être complémentaires : les entreprises étant les mieux placées pour détecter et prévenir les infractions, elles doivent être encouragées à le faire par les autorités de la concurrence. Troisièmement, les autorités de la concurrence doivent encourager la conformité en récompensant les mesures de conformité internes. On peut à cet égard répondre à la crainte de récompenser des programmes qui n'ont pas porté leurs fruits ou d'encourager des mesures de conformité « cosmétiques » en procédant à des enquêtes sur la crédibilité des programmes, dans lesquelles la charge de la preuve incombe aux entreprises, et en excluant tout traitement favorable dans certaines circonstances (implication des dirigeants ou récidive par exemple). Enfin, les autorités de la concurrence peuvent exiger des entreprises qui bénéficient de l'immunité qu'elles mettent en œuvre des programmes de conformité.

Le Président donne ensuite la parole à Susan Ning.

Susan Ning explique qu'en Chine, la conformité est mise en œuvre depuis la direction de l'entreprise et s'inspire largement des guides pratiques de l'OCDE. Depuis cinq ans, les données sur le non-respect des particuliers et des entreprises des réglementations sur l'environnement, la fiscalité, le travail et l'éducation sont progressivement centralisées dans le cadre du système de « crédit social » et les contrevenants doivent améliorer leur niveau de conformité pour pouvoir accéder à des prêts, des financements, un terrain, etc. Cette évolution favorise une culture de la conformité au droit, mais aussi à la déontologie et aux règles internes des entreprises.

Le Président indique que l'OCDE se montre aussi très sensible aux liens existant entre les différentes formes de conformité, puis passe la parole à Daniel Sokol.

Daniel Sokol déclare que la conformité est aujourd'hui beaucoup plus importante dans d'autres domaines d'action que la concurrence qu'il y a dix ans et que ces évolutions ont entraîné des changements et des innovations dans le domaine de la conformité au droit de la concurrence. Il indique tout d'abord que la conformité pourrait devenir beaucoup plus importante dans la concurrence et qu'il faudra aplanir les contradictions que peuvent véhiculer les messages de conformité provenant d'autres sphères juridiques. Deuxièmement, il est désormais possible de mesurer efficacement la conformité au droit de la concurrence en s'appuyant sur l'expérience acquise dans d'autres domaines. Troisièmement, alors qu'elles visaient initialement uniquement à définir des règles, les discussions sur la conformité portent à présent sur la nécessité de comprendre les comportements qui déterminent la conformité. Quatrièmement, les nouvelles technologies, et en particulier l'intelligence artificielle (IA), offrent de nombreuses possibilités de renforcer les mesures de la conformité. Cinquièmement, les affirmations selon lesquelles la conformité a des conséquences défavorables sur la clémence sont tout simplement fausses. Sixièmement, il est indispensable de travailler en coopération avec le monde des entreprises pour définir des programmes de conformité efficaces. Enfin, il est intéressant de noter que les principales autorités en la matière – Canada, Italie, Taïwan, Chili et États-Unis – sont dispersées géographiquement.

Le Président explique que la première partie du débat portera sur les raisons de modifier les politiques de la conformité, la deuxième sur les éléments fondamentaux des programmes de conformité et les obligations de conformité requises par les autorités, et la troisième sur les innovations et les utilisations créatives des programmes de conformité.

Le Président fait observer qu'un grand nombre de pays récompensent désormais les programmes de conformité (au moyen d'une réduction des amendes par exemple). C'est le cas de l'Italie, qui s'emploie à améliorer sa culture de la concurrence, de la Roumanie, dont la politique en la matière a considérablement évolué et des États-Unis, qui tiennent compte de l'existence de programmes de conformité dès le stade de l'accusation dans les affaires pénales d'ententes. Quelques pays ont pris la direction opposée, en raison de contraintes juridiques (la Corée par exemple) ou parce qu'ils ont estimé que leurs politiques n'étaient pas efficaces.

Depuis 2018, le Canada considère l'existence des programmes de conformité comme une circonstance atténuante, dans l'optique d'inciter les entreprises à mettre en œuvre ces dispositifs. Le Président demande sur quels éléments se fonde l'évaluation du Canada et si ce changement se révèle pleinement efficace.

Le Canada explique qu'un traitement favorable est accordé en contrepartie d'un programme de conformité dans le cadre du dispositif de clémence. Ce changement traduit la reconnaissance de la position défendue depuis longtemps par le Bureau de la concurrence sur l'importance des programmes de conformité pour partager les responsabilités en

matière de conformité, prévenir les infractions de manière proactive et diminuer les coûts supportés par les secteurs privé et public. Ainsi que cela est exposé dans le bulletin du Bureau sur les programmes de conformité des entreprises, un traitement favorable peut être accordé uniquement si des programmes crédibles et efficaces étaient déjà appliqués lorsque l'infraction a été commise. Il est encore trop tôt pour savoir si cette nouvelle politique porte ses fruits, mais l'on constate que plusieurs entreprises qui ont fait l'objet d'une enquête de la part du Bureau ont apporté des modifications à leurs contrôles et protocoles internes et entrepris de les harmoniser avec les lignes directrices établies par le Bureau.

Le Président passe la parole à l'Allemagne, où, malgré la vive opposition du Bundeskartellamt dans le passé, l'existence d'un programme de conformité peut désormais être considérée comme une circonstance atténuante, en vertu des modifications apportées récemment à la loi correspondante. Le Président demande si ces nouvelles dispositions représentent une réelle évolution ou si les obligations juridiques sont si strictes qu'elles ne permettent de diminuer les amendes que dans de très rares cas.

L'**Allemagne** répond que ce changement fait suite à l'évolution du point de vue du législateur. Le Bundeskartellamt est peu disposé à adopter une politique qui récompense des programmes de conformité en place qui ne sont pas efficaces. Il possède toutefois une longue expérience des dispositifs de récompense définis *ex post*, qui sont tournés vers l'avenir. La loi lui impose de rendre compte de l'efficacité des programmes de conformité, une obligation qui peut sembler plutôt ironique étant donné qu'un programme réellement efficace permettrait d'éviter que l'infraction ne soit commise. L'efficacité est par conséquent envisagée dans un sens plus large, qui prend en compte les effets généraux du programme et la manière dont il a contribué à la découverte et au signalement de l'infraction. Le législateur a mis fin à un long débat en Allemagne, qui a agité également les tribunaux, et il semble qu'il était suscité par la volonté d'inciter les entreprises à établir et appuyer des programmes de conformité. Il est trop tôt pour présenter l'expérience de ces nouvelles mesures en Allemagne, mais le Bundeskartellamt a l'intention de suivre la question de très près.

Le Président souligne que d'autres autorités trouvent aussi qu'il est difficile d'évaluer l'efficacité des programmes de conformité. Il passe la parole à la France, qui avait introduit en 2012 un système de traitement favorable pour les entreprises appliquant un programme de conformité *ex post* (c'est-à-dire après la découverte de l'infraction), mais l'a supprimé en 2017 après avoir constaté qu'il dissuadait les entreprises d'adopter un tel programme *ex ante*. Le Président se demande si le point de vue de la France en la matière a évolué et si le pays estime que l'efficacité de ces politiques dépend du degré de maturité de la culture de la concurrence.

La **France** explique que la politique lancée en 2012 visait à inciter les entreprises à adopter des programmes de conformité. En 2017, ces programmes s'étant généralisés, en particulier dans les grandes entreprises, le dispositif de réduction des sanctions n'était plus justifié.

En ce qui concerne la question de la maturité, un groupe de travail sur la conformité constitué de professionnels a été créé en 2020 pour répondre aux demandes du secteur privé. Il a pour objectif de formuler une nouvelle politique relative aux programmes de conformité en tenant compte des difficultés que rencontrent les entreprises lors de leur mise en œuvre. Un nouveau document-cadre est en cours de finalisation et sera prochainement soumis à consultation publique. Enfin, la France élabore actuellement des outils et ressources pour accompagner les entreprises et leur fournir des orientations pour la mise en œuvre des programmes de conformité.

Le Président demande au Chili si le programme de conformité établi en 2012 s'est révélé efficace et l'interroge sur les perspectives des entreprises récompensées en contrepartie de l'application de programmes de conformité, la Cour suprême ayant récemment rejeté le dispositif de traitement favorable accordé aux entreprises qui disposaient déjà d'un programme de conformité.

Le **Chili** répond qu'il a reconduit son approche de la conformité en 2019 et que les récompenses accordées aux entreprises qui appliquaient déjà un programme de conformité restent limitées. L'expérience montre que les orientations apportées par l'autorité ont largement concouru à l'élaboration de programmes de conformité internes. De nature purement formelle, la décision de la Cour suprême est motivée par l'absence de fondement juridique dans la législation actuelle du dispositif de récompense mis en place par l'autorité.

Le Président fait remarquer que dans sa contribution, la Hongrie indique que sa politique de conformité porte ses fruits car aucune des entreprises récompensées n'a commis d'infractions répétées et demande si la récidive constitue sinon un phénomène fréquent dans le pays. Il interroge aussi la Hongrie sur sa décision de diminuer les amendes infligées dans l'affaire de soumission concertée Phillips-Siemens, étant donné l'ampleur et la dimension multinationale des opérations de ces entreprises et la nature de l'infraction au droit de la concurrence.

La **Hongrie** répond que la politique des récompenses adoptée en 2012 et les lignes directrices publiées en 2017 ont été chaleureusement accueillies par les acteurs du marché et les professionnels du secteur juridique et que cette mesure a entraîné une diminution de plus d'un million d'euros des amendes infligées dans 10 affaires depuis 2017. Il n'a été constaté aucun cas de récidive parmi les entreprises récompensées, ni parmi les autres acteurs dont s'est occupée l'autorité. En ce qui concerne l'affaire Phillips-Siemens, la Hongrie estime que, du fait des investissements considérables qu'elles ont réalisés dans leurs dispositifs de conformité internes, les entreprises méritent de bénéficier d'un traitement favorable et ne voit pas de raison de traiter cette affaire différemment de celles dans lesquelles des entreprises ont été récompensées.

S'adressant ensuite à la Commission européenne, **le Président** note que l'UE se montre toujours sceptique à l'égard des politiques qui récompensent les entreprises qui ont défini des programmes de conformité. La Commission pense-t-elle que certains pays, en fonction du degré de maturité de leur culture de la concurrence, pourraient néanmoins en tirer avantage ?

La **Commission européenne** rappelle l'importance des programmes de conformité et explique que son action est déterminée par les caractéristiques du dispositif d'application du droit à l'échelle européenne, à savoir le fait que la Commission européenne compte exclusivement sur les amendes pour dissuader les entreprises, sa longue expérience de l'exécution du droit, la taille des entreprises dépendant de sa juridiction et le fait que celles-ci disposent de services juridiques internes et des ressources nécessaires pour investir dans des programmes de conformité complets. Elle estime qu'il appartient aux entreprises de respecter le droit de la concurrence, qu'elles sont les mieux placées pour prévenir les infractions et que les efforts déployés en faveur de la conformité sont déjà gratifiants en eux-mêmes. Les entreprises qui appliquent des programmes de conformité n'ont donc pas besoin de recevoir d'autres récompenses de la part de la Commission. Aussi celle-ci s'emploie-t-elle à appuyer les efforts de conformité en menant des activités de sensibilisation et en proposant un accompagnement par le biais de publications et d'un dialogue avec les parties prenantes, etc.

En réponse au Président qui demande si la Commission pense que l'évolution en faveur des programmes de conformité associés à des récompenses observée dans plusieurs pays

européens n'est pas judicieuse, la **Commission européenne** déclare que ces nouvelles mesures doivent être évaluées selon le contexte d'application du droit. Les autorités nationales peuvent posséder les ressources nécessaires à l'évaluation de l'adéquation des programmes de conformité et elles traitent souvent avec des PME, qu'il faut peut-être inciter à adopter ces programmes. La Commission a l'intention de suivre avec attention la manière dont évolue cette question.

Le Président passe ensuite à la deuxième partie du débat, qui porte sur les éléments fondamentaux des programmes de conformité. Outre les éléments classiques (évaluation des risques, suivi, formation, etc.), il existe un ensemble d'éléments variables, tels que l'obligation de signaler les infractions dans un délai imparti et le fait que les dirigeants ne doivent pas être impliqués dans l'infraction. Le Président demande aux États-Unis de présenter les obligations liées au signalement en temps voulu et les évolutions de leur politique, qui permet désormais de prendre en compte les programmes de conformité dès le stade de l'accusation, et non plus uniquement au moment de la condamnation.

Les **États-Unis** soulignent l'importance des programmes de conformité dans la répression des ententes. Outre la prévention des infractions, ces programmes peuvent être utiles aux entreprises qui font l'objet d'une enquête et de poursuites pour avoir pris part à une entente. Ils peuvent permettre aux entreprises de détecter les infractions de manière précoce et de se dénoncer en temps voulu, et les conduire à déposer une demande de clémence. Même si elles n'obtiennent pas la clémence, les entreprises qui disposent d'un programme de conformité peuvent coopérer avec les autorités chargées de l'enquête et contribuer à résoudre l'affaire plus rapidement. La dénonciation rapide par l'entreprise de l'infraction est une condition qui doit impérativement figurer dans le programme pour que celui-ci soit pris en considération au stade de l'accusation. La nouvelle politique permet à l'entreprise de bénéficier d'un accord de poursuites différées (*deferred prosecution agreement*), qui reporte les poursuites de quelques années et annule finalement les charges si l'entreprise remplit les obligations prévues au titre de l'accord et coopère avec les autorités. Il convient toutefois de préciser qu'elle reste soumise à des sanctions monétaires élevées et que les dirigeants déclarés coupables sont passibles de poursuites. L'existence d'un programme de conformité solide peut constituer un facteur important au stade de la sanction. Les règles qui déterminent le « degré de culpabilité » en vertu des lignes directrices sur l'application des peines incitent vivement les entreprises à signaler rapidement un comportement illicite auquel elles se sont livrées et à coopérer avec les autorités. Les entreprises qui agissent de la sorte dès les premiers stades de l'enquête peuvent bénéficier de réductions d'amendes supplémentaires. L'autodénonciation représente donc un critère indispensable pour qu'un programme de conformité soit considéré de manière favorable. Les États-Unis estiment que cette démarche incitative encourage les entreprises à adopter des programmes de conformité et renforce leur dispositif de répression des ententes. En réponse à la question posée par le Président, les **États-Unis** expliquent que très peu d'affaires dans lesquelles les entreprises disposaient déjà d'un programme de conformité ont bénéficié d'un traitement favorable au moment de la condamnation (peut-être une dizaine sur les 30 à 40 dernières années), et qu'aucune d'entre elles ne relevait du droit de la concurrence. Depuis les cinq dernières années, on constate une évolution consistant à prendre en compte les programmes de conformité ouverts après le stade de l'enquête, en vertu de la loi qui récompense les mesures correctrices prises par les entreprises.

Le Président constate que, d'après les lignes directrices publiées en 2020, l'Espagne accorde une réduction des amendes aux entreprises qui appliquent déjà un programme de conformité. Il demande pourquoi le pays estime important d'inclure cette mesure incitative dans sa politique et pourquoi l'autodénonciation, la collaboration et la non-implication des dirigeants constituent à ses yeux des éléments fondamentaux des programmes de conformité.

L'**Espagne** a adopté une démarche globale en matière de conformité, qui intègre toutes les actions à même de mieux faire connaître le droit de la concurrence, les conséquences des infractions, etc. L'introduction des règles relatives à l'exclusion des marchés publics nécessite de prendre en compte les programmes de conformité, car les mesures d'exclusion peuvent ne pas être appliquées aux entreprises qui mettent en œuvre des actions correctrices. Les lignes directrices correspondantes publiées en 2020 s'inspirent largement des travaux conduits par Florence Thépot et en reprennent les conditions. La participation des dirigeants aux actions de conformité est indispensable pour favoriser une culture d'entreprise visant à renforcer la concurrence et constitue un préalable à la prise en considération des programmes de conformité. L'Espagne examine surtout la manière dont les dirigeants réagissent après avoir détecté une infraction et détermine si les décisions prises par l'entreprise reflètent une véritable culture de la conformité. Le pays a très récemment accueilli de manière favorable les actions de conformité menées par un cabinet de conseil impliqué dans une entente. L'entreprise a reconnu l'infraction et son caractère illégal, sanctionné les contrevenants (notamment en procédant à des licenciements) et coopéré à l'enquête. Elle a bénéficié d'une réduction de son amende et surtout, a été exemptée des mesures d'exclusion des marchés publics.

Se tournant vers la Russie, **le Président** indique que le pays autorise désormais les entreprises à soumettre pour examen leurs programmes de conformité et que 32 l'ont déjà fait. Il demande à la Russie comment elle évalue les programmes de conformité et pourquoi elle a décidé de ne pas faire de l'autodénonciation une condition indispensable.

La **Russie** répond que la législation en vigueur n'impose pas aux entreprises d'appliquer des dispositifs de conformité internes, mais que celles qui satisfont aux exigences élémentaires peuvent bénéficier d'une réduction d'amende. Les entreprises peuvent soumettre leurs programmes pour examen. Les critères relatifs à l'évaluation des risques, le contrôle du programme et la formation des employés sont alors examinés. Il peut être conseillé aux entreprises de nommer une personne pour superviser l'application du programme ou d'améliorer des processus d'évaluation des risques jugés inadéquats. Si elles déposent leurs programmes de conformité, les entreprises peuvent être classées dans la catégorie des entreprises présentant un faible risque d'infraction, selon le système de classification des risques établi par la Fédération de Russie. Enfin, les actions de conformité menées par les entreprises peuvent conduire à une réduction d'amende, comme cela s'est produit récemment dans une affaire impliquant Apple.

Le Président sollicite la réaction du BIAC sur les différents points abordés jusqu'à présent.

Le **BIAC** reconnaît que des progrès ont été accomplis au cours des dix dernières années, mais estime qu'il reste encore beaucoup à faire. Il salue la publication des guides sur les programmes de conformité étant donné les différences observées dans les approches adoptées par les juridictions. La technologie jouera probablement un rôle croissant dans la conformité et nécessitera des investissements importants, mais ceux-ci comportent des risques et peuvent ne pas rapporter les résultats attendus. Ils seront donc effectués uniquement s'ils sont récompensés par les autorités, qui doivent travailler en collaboration avec les entreprises pour déterminer quelles sont les technologies adaptées à ces objectifs. L'information représente un autre sujet majeur. Elle n'est pas toujours optimale, en particulier parmi les PME. Les autorités devraient fournir des orientations claires sur les obligations juridiques et pratiques par le biais par exemple de publications ou d'une coopération avec les entreprises. Enfin, il revient aux services juridiques des entreprises de mettre en œuvre les mesures de conformité et il faut mener des actions ciblées pour renforcer leur position, en particulier dans les juridictions où ils ne bénéficient d'aucune prérogative juridique. Le BIAC propose de travailler en collaboration avec l'OCDE pour promouvoir la conformité.

Le Président sollicite ensuite les commentaires des experts.

Florence Thépot déclare qu'une meilleure compréhension de la conformité et de sa complexité permet de mieux l'évaluer et que les autorités en ont aujourd'hui davantage conscience, qu'elles connaissent mieux les mesures incitatives pouvant être exercées et sont mieux préparées à résoudre les difficultés. Elle reconnaît qu'il convient d'accompagner les responsables de la conformité et que celle-ci évolue rapidement dans certains secteurs. Elle souligne que les autorités doivent réfléchir à la façon dont cette évolution se répercute sur la motivation des entreprises d'investir dans des ressources de conformité au droit de la concurrence. Une autre question intéressante concerne le risque résiduel des entreprises qui se livrent à un comportement illégal alors qu'elles appliquent un programme de conformité : dans quelle mesure les autorités sont-elles prêtes à accepter l'existence de ce risque et à absoudre ces entreprises ? L'argument qui propose d'allier la conformité à la clémence lui semble convaincant car la conformité accroît l'efficacité des programmes de clémence. Il importe avant tout de ne pas dissuader les entreprises de mener des enquêtes internes par crainte d'augmenter leurs risques de responsabilité.

Daniel Sokol explique que les entreprises ont de nombreuses obligations de conformité et que les responsables de la conformité et les dirigeants doivent optimiser l'affectation de leurs ressources, qui sont limitées. Les autorités de la concurrence doivent s'employer à mieux expliquer l'importance de la conformité au droit de la concurrence et de quelle manière les entreprises sont récompensées de leurs investissements en ce domaine. Il ajoute que les accords de poursuites différées risquent de dissuader les entreprises car ils comprennent généralement la nomination d'un tiers chargé du suivi, qui, s'il peut anticiper les décisions de l'entreprise, est souvent dénué de tout sens des affaires. Si les dirigeants et les conseils d'administration des entreprises connaissent mieux ce type de mesures, ils mettront probablement en œuvre des programmes de conformité nettement moins intrusifs.

Susan Ning rappelle l'importance de la responsabilité individuelle pour inciter les dirigeants à appliquer des mesures de conformité et l'efficacité de récompenses internes. Ces dispositifs ont été mis en œuvre avec succès dans des entreprises publiques chinoises dans le cadre du programme des principaux indicateurs de performance.

Le Président en vient à la partie suivante de la discussion, qui porte sur l'évaluation de l'efficacité des programmes de conformité. Il demande à l'Italie si le processus d'examen est fastidieux et de quelle manière elle détermine si les programmes sont efficaces ou non. Il indique qu'il est intéressant d'entendre le point de vue de l'Italie sur les actions menées pour promouvoir la conformité car les PME ne semblent pas bien connaître les questions de concurrence.

L'**Italie** explique qu'elle a adopté des mesures d'application du droit qui récompensent les programmes de conformité en 2014, bien avant que cette approche ne se généralise. L'expérience acquise depuis lui a permis d'actualiser ses lignes directrices, qui apportent des informations complémentaires sur la manière dont les programmes de conformité sont évalués. Elles soulignent l'importance d'un certain nombre d'éléments, notamment la participation des dirigeants à la mise en œuvre du programme et à l'instauration d'une culture d'entreprise encourageant la concurrence.

L'évaluation des programmes de conformité pose des difficultés. Il arrive toutefois souvent que plusieurs programmes soient examinés conjointement dans le cadre d'une enquête et la connaissance du secteur que possède l'équipe qui s'y consacre facilite la tâche. L'expérience acquise au fil du temps dans les nombreuses affaires traitées permet aussi de relever les caractéristiques d'un programme de conformité efficace.

Bien que l'on puisse considérer l'augmentation du nombre de programmes de conformité comme un critère de réussite, il reste difficile de mesurer les effets de la politique sur la

culture de la concurrence. Certaines données montrent néanmoins une évolution dans la bonne direction. Premièrement, le taux de programme de conformité jugé inefficace diminue au fil des ans, ce qui peut s'expliquer par la publication de la révision des lignes directrices, en 2018. Deuxièmement, les demandes de clémence semblent s'inscrire en hausse depuis l'adoption des mesures qui récompensent les programmes de conformité. Troisièmement, la reconnaissance du caractère correctif des programmes de conformité dans le cadre de la réglementation sur les marchés publics a contribué à faire connaître les lignes directrices établies par l'autorité de la concurrence.

Le Président prie ensuite la Corée d'expliquer le fonctionnement de son dispositif de notation de la conformité, pourquoi elle pense qu'il porte ses fruits alors que le nombre de programmes évalués diminue au fil du temps et quels éléments doivent comprendre les programmes de conformité pour être jugés efficaces.

La **Corée** répond que l'action menée en faveur des programmes de conformité comprenait initialement des mesures incitatives, telles que des réductions d'amende. Le pays a ensuite adopté le dispositif de notation pour prévenir les abus et encourager la mise en œuvre de programmes efficaces. Dans le cadre de ce dispositif, les programmes en vigueur depuis plus d'un an peuvent être évalués et notés en fonction notamment de la participation au programme des dirigeants, de la nomination d'un responsable de la conformité et du degré de formation des employés. Les entreprises qui obtiennent les notes les plus élevées (A ou plus) peuvent être dispensées des enquêtes d'office ou bénéficier de réduction d'amende. Les notes peuvent être revues à la baisse si l'entreprise fait l'objet d'une procédure répressive. Les mesures qui empêchaient les entreprises convaincues d'infractions au droit de la concurrence de présenter leurs programmes pour examen ont été supprimées en raison de la diminution du nombre de programmes qui étaient soumis.

Si cette action a considérablement contribué à faire connaître et promouvoir une culture d'entreprise favorable à la concurrence, l'absence de fondement juridique clair a entraîné de nombreuses difficultés que la KFTC s'efforce de résoudre. La réussite de cette action peut être mise au crédit de la participation volontaire des entreprises et de la mise en place de mesures incitatives allant au-delà des réductions d'amende.

Le Président donne la parole à la Colombie.

La **Colombie** explique qu'elle a publié l'an passé des lignes directrices sans valeur contraignante sur les bonnes pratiques en matière de conformité à la politique et au droit de la concurrence, qui peuvent être adoptées à titre volontaire par les acteurs du marché. De multiples parties prenantes ont contribué à la formulation de ces lignes directrices, qui reposent sur trois éléments principaux : l'engagement des dirigeants envers la conformité, l'examen et l'évaluation périodiques, et l'analyse fondée sur les risques. Des entreprises de différents secteurs prennent des mesures pour faire reconnaître leurs programmes. La Colombie espère que cette politique favorisera l'instauration d'une culture visant à renforcer la concurrence dans tout le pays.

Le Président passe à la partie suivante de la discussion, qui porte sur les exigences des autorités de la concurrence concernant la mise en œuvre des programmes de conformité par les entreprises. Par exemple, au Brésil et en Croatie, les programmes de conformité peuvent parfois faire office de mesures correctrices, tandis qu'à Hong Kong, Chine, les entreprises qui demandent la clémence doivent s'engager à mettre en place, conserver ou améliorer leur programme de conformité. Le Président invite le Brésil à partager son expérience en présentant une affaire résolue avec des mesures de conformité et à indiquer le montant des ressources qu'il consacre au suivi des obligations de conformité.

Le **Brésil** estime que les politiques qui encouragent les mesures de conformité dans les entreprises vont sensibiliser les entreprises et contribuer à l'application du droit de la

concurrence. Des actions de conformité ont été prescrites à titre de mesures correctrices dans neuf affaires de fusion entre 2014 et 2019. Elles recouvrent par exemple l'application de dispositifs conçus pour limiter le partage d'informations sensibles et garantir la formation des employés. La conformité à ces mesures est assurée grâce à l'établissement de rapports périodiques ou la réalisation d'examen de suivi, souvent menés avec l'aide d'un conseiller externe.

Les mesures de conformité peuvent aussi être indiquées dans les affaires d'entente. Cascol a dû par exemple être restructurée après l'implication de l'entreprise dans l'entente du marché brésilien du carburant et l'entité restructurée a à son tour été contrainte d'adopter divers dispositifs de conformité, tels qu'un code de déontologie ou un comité de suivi. Dans l'affaire de soumission concertée Lafarge, la réduction d'amende a été justifiée par l'instauration d'un programme de conformité bien conçu et applicable sur le long terme, assorti de l'obligation de présenter des rapports annuels vérifiés par des professionnels externes.

Le Président demande à Hong Kong, Chine, d'expliquer pourquoi elle impose aux entreprises demandant la clémence de mettre en œuvre un programme de conformité et de donner son avis sur l'efficacité de cette mesure.

Hong Kong, Chine, a revu son dispositif de clémence l'année dernière afin d'encourager les demandes en incitant les entreprises à se dénoncer. Elle a parallèlement introduit l'obligation pour les entreprises demandant la clémence de mettre en œuvre un programme de conformité adapté. Cette obligation s'inscrit dans le droit fil des mesures visant à encourager l'adoption des programmes de conformité, qui comprennent des réductions de sanctions et une campagne de sensibilisation centrée plus particulièrement sur la formation des professionnels du droit locaux. Cette approche pluridimensionnelle semble appropriée dans la nouvelle juridiction, qui n'a adopté le droit de la concurrence que très récemment.

Il a été fourni quelques orientations sur les obligations que doivent respecter les programmes de conformité pour être reconnus comme tels. Les parties doivent notamment faire preuve d'un engagement clair et net en faveur de la conformité et procéder aux investissements nécessaires, en fonction de la taille de leur entreprise. En ce qui concerne l'évaluation, Hong Kong, Chine, s'est rapprochée d'autres autorités, d'entreprises et de conseillers professionnels pour profiter de leur expérience. Elle espère également que son personnel acquerra progressivement de l'expérience pour distinguer les programmes réels des programmes « de façade ». Il est encore trop tôt pour se prononcer sur la réussite de ces mesures, mais il est certain que de nombreux enseignements peuvent être tirés de leur mise en œuvre.

Le Président demande à la Croatie pourquoi elle récompense les entreprises qui ont établi un programme de conformité dans les affaires ne concernant pas des ententes, alors qu'elle refuse de le faire dans les ententes.

La **Croatie** explique qu'il n'est pas approprié d'accorder des récompenses supplémentaires à des entreprises qui commettent des actes limitant fortement la concurrence, en particulier parce qu'elles peuvent bénéficier de réductions d'amende au titre du programme de clémence ou du mécanisme de transaction qui a été récemment adopté. La Croatie a prescrit des mesures de conformité dans de nombreuses affaires. Par exemple, dans l'affaire Coca-Cola, l'entreprise a proposé d'appliquer un programme de conformité comprenant la formation des employés. Des dispositions similaires ont été préconisées dans d'autres affaires. Les entreprises sont parfois tenues d'apporter la preuve qu'elles ont bien mis en œuvre un programme (par exemple, la présentation du programme de formation des employés, la fourniture des noms des participants, etc.). La Croatie estime que les programmes de conformité se sont révélés très efficaces.

Le Président demande s'il était judicieux d'accepter l'engagement de Coca-Cola dans cette affaire, étant donné que l'entreprise semble avoir commis le même type d'agissements dans d'autres endroits du monde.

La **Croatie** reconnaît que Coca-Cola aurait déjà dû disposer d'un programme de conformité, mais précise que son engagement à en mettre un en place s'inscrivait dans un ensemble initiatives plus importantes.

Le Président fait observer que certaines autorités accordent un traitement favorable aux entreprises qui défendent les programmes de conformité. La Hongrie encourage la conformité des tiers, en particulier en cas d'infractions verticales, le Taipei chinois invite les représentants des entreprises condamnées dans des affaires d'ententes à dialoguer avec les entreprises, et en Roumanie, les entreprises peuvent bénéficier d'une réduction d'amende de 10 % si elles font valoir les programmes de conformité auprès de leurs partenaires commerciaux. **Le Président** donne la parole au Taipei chinois.

Le **Taipei chinois** explique s'être employé de plus en plus activement à développer une culture de la concurrence après l'affaire de l'entente internationale sur les écrans LCD. Il a accueilli plusieurs conférences, séminaires et ateliers pour encourager les entreprises à élaborer leurs propres programmes de conformité et publié des lignes directrices qui comprennent des programmes types que peuvent adopter les entreprises. Les témoignages des auteurs d'infraction qui ont été condamnés, notamment ceux qui ont effectué des peines de prison, ainsi que les partages d'expériences de la culture de la concurrence et de l'utilisation des nouvelles technologies pour garantir la conformité semblent susciter beaucoup d'intérêt, sensibiliser au droit de la concurrence, promouvoir une culture de la concurrence et donner la possibilité aux entreprises d'en savoir plus sur les mesures de conformité. Le Taipei chinois continue à élaborer sa politique. Concernant les mesures de sanctions, il examine par exemple la possibilité de considérer comme une circonstance atténuante la mise en œuvre d'un programme de conformité.

Le Président invite Daniel Sokol, qui a étudié la politique de conformité du Taipei chinois, à apporter un commentaire.

Daniel Sokol déclare que d'autres juridictions peuvent s'inspirer du modèle du Taipei chinois, qui repose sur la collecte des données – plus on dispose de données, plus on peut déterminer quelles structures de contrôle et de conformité fonctionnent réellement.

Le Président conclut cette partie de la discussion en rappelant que l'adoption de programmes de conformité peut être particulièrement bénéfique aux entreprises situées dans les juridictions où la participation à des soumissions concertées peut conduire à une exclusion des marchés publics. En Lettonie, Roumanie, Espagne et Allemagne par exemple, la mise en place d'un programme de conformité peut raccourcir la période d'exclusion. Il demande ensuite à Daniel Sokol d'exposer les répercussions possibles de l'IA sur la conformité.

Daniel Sokol déclare que l'idée d'utiliser des « filtres » pour détecter les comportements illicites n'est pas nouvelle. Avec l'accroissement des données à disposition et l'amélioration de leur analyse, il est désormais possible de repérer des éléments suspects en temps réels. La mise en œuvre de ces moyens coûte très cher aux autorités de la concurrence, mais celles-ci peuvent affecter leurs ressources à des essais réalisés avec certains types de données. Elles peuvent aussi profiter de l'expérience de l'IA que possèdent déjà d'autres autorités répressives et coopérer avec les entreprises qui disposent de programmes de conformité, certaines se montrant prêtes à partager les informations sur les mesures qu'elles appliquent.

Le Président invite les États-Unis à donner leur avis sur le recours aux nouvelles technologies dans ce contexte.

Les **États-Unis** se sont engagés à utiliser les nouvelles technologies pour détecter et décourager les ententes au fur et à mesure de leur développement et de l'enrichissement des données et l'IA joue un rôle croissant dans la détermination des prix et d'autres aspects de la concurrence. En 2019, la Division antitrust du ministère de la Justice a initié la création d'un groupe de réflexion interinstitutions consacré à la protection de la passation des marchés publics des infractions au droit de la concurrence et infractions connexes. La Division et ses partenaires s'appuient sur l'analyse des données pour détecter les infractions et rassembler les éléments de preuve nécessaires aux poursuites. Le recours à l'analyse des données par les entreprises peut aussi s'avérer utile lors de l'examen de leurs programmes de conformité. La Division attend par exemple des entreprises qui tirent avantage de l'analyse des données dans leur activité qu'elles l'utilisent également pour garantir leur conformité.

Le Président indique que plusieurs discussions sur l'utilisation de l'IA à des fins d'exécution du droit ont déjà eu lieu à l'OCDE. Il invite ensuite les experts à formuler leurs remarques de conclusion.

Florence Thépot se déclare vivement intéressée par l'approche novatrice des autorités de la concurrence en matière de conformité. Elle pense que des progrès considérables ont été accomplis en ce qui concerne l'évaluation, qui constitue le cœur de la discussion. Dans l'idéal, il devrait être possible de créer des outils qui permettraient aux responsables de la conformité de convaincre leur conseil d'administration d'investir dans la conformité et d'aider les autorités de la concurrence à évaluer les programmes de conformité. Les échanges sur l'utilisation des engagements pris par les entreprises en faveur de la conformité lui paraissent aussi très intéressants car jusque récemment, les autorités hésitaient à tenir compte de ces engagements.

Le Président donne la parole à la Roumanie.

La **Roumanie** constate que la législation relative à la passation des marchés publics permet aux entreprises impliquées dans des soumissions concertées ou d'autres conduites illicites de ne pas être exclues de marchés publics si elles prouvent qu'elles ont mis en place des mesures correctrices. Ces exemptions sont accordées par les autorités contractantes et le Conseil roumain de la concurrence fait à cet égard office de consultant et analyse la crédibilité du programme de conformité de l'entreprise à l'origine de la demande à partir des lignes directrices qu'il a établies.

Le Président donne ensuite la parole à Susan Ning, puis à Daniel Sokol.

Susan Ning rappelle l'importance d'encourager la culture de la conformité en Chine, dans l'optique de dépasser l'approche descendante et d'inciter les entreprises à se forger une « conscience », ce qui est notamment favorisé par un système de récompense. Cette culture pourrait être renforcée par exemple par le biais d'un programme pilote invitant les entreprises à respecter la conformité en contrepartie d'un abandon des poursuites, qui a récemment été promulgué par le Parquet populaire suprême.

Daniel Sokol approuve l'avis des États-Unis selon lequel les entreprises doivent réfléchir à la façon dont elles utilisent l'analyse des données pour garantir leur propre conformité. Les informations concernant la manière dont elles collectent et utilisent les données peuvent aussi présenter un intérêt pour la conformité. Il estime encourageant de constater que les autorités de la concurrence se montrent moins réticentes à mettre l'accent sur les mécanismes internes et sont disposées à abandonner la réglementation traditionnelle centrée sur l'entreprise. Enfin, il faut davantage se concentrer sur le renforcement de la

conformité en communiquant sur son aspect moral et en définissant des sanctions concernant la réputation.

Le Président conclut la discussion en rappelant les évolutions qui se sont produites depuis le précédent débat sur ce sujet, il y a une dizaine d'années. Alors que les programmes de conformité étaient à l'époque entièrement nouveaux, ils font aujourd'hui l'objet d'études et d'analyses sérieuses, et les autorités de la concurrence sont passées du scepticisme à l'adhésion et comprennent mieux comment les dispositifs de conformité et de clémence peuvent se compléter. Ce changement d'attitude, de la passivité à l'activité, transparait incontestablement dans la manière créative dont plusieurs autorités de la concurrence utilisent les programmes de conformité pour résoudre des affaires. Le Brésil les emploie par exemple dans des cas de fusion. Enfin, les nouvelles technologies auront certainement des répercussions sur les activités répressives des autorités et sur l'élaboration des programmes de conformité des entreprises.

Il remercie les experts et les délégués d'avoir participé au débat.