

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

Synthèse 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

Cette synthèse établie par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des débats sur les programmes de conformité au droit de la concurrence qui ont eu lieu pendant 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]

JT03486814

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

Par le Secrétariat

Le Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence de l'OCDE a tenu une table ronde sur les programmes de conformité au droit de la concurrence en juin 2021. Les principales conclusions qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites des délégués et des interventions des experts et délégués qui ont pris part aux débats figurent ci-après.

1. L'adoption des programmes de conformité au droit de la concurrence par les entreprises est devenue un thème essentiel des actions de sensibilisation et des outils élaborés par les autorités de la concurrence et représente également une grande part de leur travail.

On constate une évolution majeure des politiques depuis 2011, date à laquelle le Comité a pour la dernière fois abordé la question des programmes de conformité. Les autorités de la concurrence se contentaient alors d'observer les changements qui s'opéraient dans le monde des entreprises. Les programmes de conformité occupent désormais une place essentielle dans les activités qu'elles mènent pour encourager la conformité. Elles disposent en outre désormais de différents moyens et instruments pour inciter les entreprises à adopter ces dispositifs, tels que des approches pédagogiques novatrices, la prise en considération de la conformité dans les mesures de clémence, de transaction et de sanction, ou encore la promotion des dispositifs associés aux marchés publics, comme les exclusions ou les mesures correctrices dans les affaires de passation des marchés.

2. La pédagogie occupe une place très importante dans les efforts déployés par les autorités de la concurrence pour faire valoir les programmes de conformité dans les entreprises et, outre la multiplication des documents d'orientation sur la conformité, les activités de sensibilisation ciblées et les initiatives novatrices figurent parmi le large éventail d'outils utilisés.

Alors que très peu d'autorités de la concurrence avaient publié un guide de la conformité en 2011, au cours des cinq dernières années, une vingtaine d'orientations au moins ont été publiées par différentes autorités. Ces lignes directrices fournissent généralement une explication générale des obligations en matière de droit de la concurrence et recensent les mesures de conformité à prendre en considération pour établir un programme de conformité crédible. Elles varient souvent selon la taille de l'entreprise, un élément dont tiennent également compte les approches plus ciblées. De plus en plus d'autorités définissent ainsi des orientations destinées particulièrement aux PME ou aux associations professionnelles, ou portant sur les ententes concertées dans les marchés publics.

3. La position des autorités de la concurrence à l'égard des récompenses consenties en contrepartie des programmes de conformité a évolué, mais l'on n'observe pas de consensus. Certaines autorités estiment que les récompenses accordées sous forme de réduction des amendes peuvent fortement inciter les entreprises à mieux respecter la conformité, mais d'autres sont plus sceptiques. Toutes considèrent néanmoins que des programmes de conformité efficaces sont très importants et les favorisent de différentes façons.

Pour certaines autorités, la reconnaissance de l'existence des programmes de conformité constitue une stratégie efficace pour contribuer à la prévention des infractions au droit de

la concurrence. L'évaluation de la réussite de ces stratégies ne repose toutefois pas encore sur beaucoup de données quantifiables car elles ne sont pas mises en œuvre depuis longtemps. D'autres autorités accordent des récompenses en contrepartie de la mise en place future de programmes de conformité. Celles qui n'accordent pas de récompense justifient ce choix en expliquant que dans les régimes matures dans lesquels les entreprises sont bien informées, la conformité va de soi et est gratifiante en soi. Les différentes approches observées dans les juridictions et régions et la maturité du régime, ou sa nature pénale ou administrative, ne paraissent pas constituer un facteur déterminant. Toutes les juridictions semblent néanmoins admettre qu'il est important de promouvoir la conformité et ont engagé diverses initiatives en ce sens.

4. Outre les outils pédagogiques non contraignants et les réductions concrètes d'amende, les autorités associent de plus en plus des exigences de conformité à leurs décisions et imposent aux entreprises des obligations d'introduire des mesures de conformité ou de les renforcer.

Les autorités ne se contentent plus d'inciter passivement les entreprises à adopter des programmes et des mesures de conformité. Elles imposent de plus en plus à celles qui ont commis des infractions ou demandé à bénéficier des procédures de clémence ou de transaction de mettre en place un programme de conformité ou de l'améliorer. Certaines exigent l'établissement d'un programme de conformité dans les affaires de fusion ou en font une condition préalable à la participation aux procédures de passation des marchés publics. Les obligations de conformité vont généralement de pair avec les obligations de suivi et de rapports et les autorités nomment souvent des tiers externes pour assurer le suivi et leur en rendre compte.

5. Il est difficile de démontrer de manière empirique l'efficacité des activités de sensibilisation à la conformité menées par les autorités ou les entreprises. Certains éléments des programmes ou certains comportements peuvent néanmoins attester de la crédibilité d'un dispositif.

Les données empiriques relatives au succès des programmes de conformité et les éléments utilisés par les autorités pour évaluer les efforts déployés pour promouvoir la conformité restent peu nombreux et ne permettent pas de dégager des conclusions fiables. La diminution du nombre de demandes de clémence, de perquisitions et d'enquêtes ouvertes d'office dans les affaires d'entente ces dernières années est probablement davantage attribuable au fait que les entreprises soient plus soumises à des actions privées en dommages et intérêts qu'au renforcement de la conformité. Les publications, les politiques des autorités et les actions de communication sur la conformité conduites par les entreprises mettent en évidence les éléments les plus pertinents pour établir un programme de conformité crédible et donc efficace :

- des mesures solides, dont des dispositifs de formation efficaces, permettant de détecter et de signaler aux autorités de la concurrence les infractions à la concurrence
- la non-implication des dirigeants dans les infractions
- l'adéquation entre la conformité et les structures de rémunération et mécanismes incitatifs en matière de rémunération
- un suivi et un audit interne efficaces et fondés sur les risques des processus de l'entreprise, mobilisant des outils de filtrage numériques, et une obligation de « conformité intrinsèque » des outils issus de l'IA
- une responsabilité au titre de la conformité élargie aux partenaires commerciaux.

Il semble intéressant de souligner plus particulièrement deux points. Premièrement, un meilleur équilibre entre hommes et femmes dans les fonctions de direction pourrait améliorer la conformité. Les recherches en ce domaine sont récentes et se poursuivent. Deuxièmement, plus on disposera de données et d'outils d'analyse, plus les autorités de la concurrence attendront des entreprises qu'elles les utilisent pour suivre leurs processus et communiquent de manière proactive pour détecter rapidement les infractions.

6. Les avancées réalisées dans le domaine de la passation des marchés publics peuvent contribuer à faire progresser les activités de sensibilisation et les mesures incitatives en associant la participation aux appels d'offres à un dispositif de conformité crédible.

La participation aux appels d'offres peut représenter un élément important de la stratégie des entreprises, mais il est notoire que les processus d'appel d'offres sont tout particulièrement sensibles aux soumissions concertées et à la corruption. Un grand nombre de cadres de passation des marchés prévoient l'exclusion des soumissionnaires reconnus coupables de certaines infractions, à la concurrence notamment. Ils comportent souvent la possibilité de lever la mesure d'exclusion si le soumissionnaire peut prouver qu'il a mis en œuvre un programme de conformité crédible, ainsi que d'autres dispositifs, tels que le versement d'une indemnité de réparation du préjudice causé ou la rupture des relations avec les personnes impliquées dans l'infraction. Dans plusieurs juridictions, les autorités de la concurrence participent à l'examen et à la « réhabilitation » de l'entreprise qui a commis l'infraction. Certaines juridictions font également de l'existence d'un programme de conformité une condition requise pour participer aux appels d'offres publics. Enfin, des autorités de la concurrence attendent des entreprises prenant part aux processus de passation des marchés qu'elles concentrent leurs efforts de prévention et de suivi sur les unités concernées lorsqu'elles examinent la crédibilité de leur programme de conformité.