



Lutte contre les ententes injustifiables

**EFFETS DOMMAGEABLES,
SANCTIONS EFFICACES ET
PROGRAMMES DE CLÉMENCE**



© OCDE, 2002.

© Logiciel, 1987-1996, Acrobat, marque déposée d'ADOBE.

Tous droits du producteur et du propriétaire de ce produit sont réservés. L'OCDE autorise la reproduction d'un seul exemplaire de ce programme pour usage personnel et non commercial uniquement. Sauf autorisation, la duplication, la location, le prêt, l'utilisation de ce produit pour exécution publique sont interdits. Ce programme, les données y afférentes et d'autres éléments doivent donc être traités comme toute autre documentation sur laquelle s'exerce la protection par le droit d'auteur.

Les demandes sont à adresser au :

Chef du Service des Publications,
Service des Publications de l'OCDE,
2, rue André-Pascal,
75775 Paris Cedex 16, France.

Lutte contre les ententes injustifiables

**EFFETS DOMMAGEABLES,
SANCTIONS EFFICACES
ET PROGRAMMES DE CLÉMENCE**



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title:

Fighting Hard-Core Cartels:

HARM, EFFECTIVE SANCTIONS AND LENIENCY PROGRAMMES

© OCDE 2002

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

Avant-propos

Cette publication comporte deux rapports du Comité de la concurrence de l'OCDE qui constituent des jalons importants du programme de lutte contre les ententes. Ce programme de l'OCDE a démarré en 1998 avec la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, et s'est poursuivi en 2000 avec un rapport du Comité au Conseil sur la mise en œuvre de cette recommandation.

En 2001, le Comité de la Concurrence a adopté un rapport sur les programmes de clémence visant à lutter contre les ententes injustifiables qui traite de la principale difficulté s'agissant de la détection et de la répression des ententes – à savoir le secret qui les entoure. La promesse de clémence qu'ont les membres d'une entente qui avouent et fournissent des preuves contre leurs co-conspirateurs, constitue un instrument de lutte contre les ententes, novateur et susceptible de porter ses fruits. Le rapport sur la clémence passe en revue les principales caractéristiques des programmes actuels. Ces caractéristiques sont notamment la clarté et la priorité donnée à celui qui divulgue l'information pour maximiser l'incitation à faire défaut aux membres de l'entente ; l'intérêt d'accorder la clémence même après le démarrage de l'enquête ; la valeur probatoire de la preuve donnée ; le sérieux des éventuelles sanctions y compris le risque d'inculpation personnelle et une confidentialité assurée.

En 2002, le Comité de la Concurrence a adopté un rapport sur la nature et l'impact des ententes, ainsi que sur les sanctions au titre des législations de la concurrence nationales. Le rapport examine la nature et l'impact des ententes, les sanctions disponibles et leur usage optimal pour rendre dissuasive la pratique des ententes. D'après le rapport, les ententes sont à l'origine de milliards de dollars de préjudices causés aux consommateurs chaque année et il met en lumière la nécessité de mettre en place des sanctions plus lourdes pour dissuader de la constitution de nouvelles ententes et conduire les membres d'une entente en vigueur à participer à des programmes de clémence. Le rapport conclut que les sanctions actuellement imposées sont souvent trop légères comparées aux gains attendus de l'entente.

Table des matières

Partie I. Rapport sur les programmes de clémence visant à lutter contre les ententes injustifiables	7
<i>Annexe A.</i> Programme des États-Unis	39
Politique de clémence de la division antitrust des États-Unis pour les sociétés	39
Politique de clémence de la division antitrust des États-Unis pour les personnes physiques.....	41
Modèle de lettre d'amnistie pour les sociétés.....	43
Modèle de lettre d'amnistie pour les personnes physiques.....	47
<i>Annexe B.</i> Programme du Royaume-Uni	49
Directives relatives au montant des sanctions pecuniaires de l' <i>Office of fair trading</i>	49
Projet de lettre concernant une amnistie totale.....	52
Projet de lettre pour une clémence partielle	55
<i>Annexe C.</i> Programme d'immunité du Canada.....	59
Bulletin d'information du Bureau de la concurrence Programme d'immunité en vertu de la Loi sur la concurrence	59
<i>Annexe D.</i> Programme des communautés Européennes	65
Communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes	65
<i>Appendice I.</i> La note 2002 de clémence de la Commission européenne	69
<i>Appendice II.</i> Le communiqué de presse de la Commission européenne sur la note 2002 concernant la clémence	73
Partie II. Rapport sur la nature et l'impact des ententes ainsi que sur les sanctions au titre des législations de la concurrence nationales	77
<i>Annexe A.</i> Affaires d'ententes	105
<i>Annexe B.</i> Sanctions applicables aux ententes injustifiables	109
<i>Annexe C.</i> Synthèse des poursuites en matière d'ententes présentées par les invités non membres au forum global sur la concurrence de l'OCDE	114
Partie III. Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (adoptée par le Conseil lors de sa 921 ^e session, le 25 mars 1998)	117

Partie I

RAPPORT SUR LES PROGRAMMES DE CLÉMENCE VISANT A LUTTER CONTRE LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

Note de l'éditeur

Le Comité de la concurrence a adopté en 2001 le rapport sur les programmes de clémence visant à lutter contre les ententes injustifiables. Ce rapport décrit et fait de nombreuses références aux programmes de clémence des pays Membres et de la Communauté européenne. Dans la mesure où la Commission européenne a adopté en février 2002 une nouvelle politique en matière de clémence, certaines informations du rapport de 2001, ne sont plus exactes s'agissant de la Communauté européenne. Dans ces conditions, la nouvelle Note de la Commission qui est entrée en vigueur le 14 février 2002 est annexée au rapport ci-joint ainsi que le communiqué de presse correspondant de la Commission.

Note de synthèse

Une table ronde sur les programmes de clémence a été organisée dans le cadre du Comité du droit et de la politique de la concurrence (CLP) de l'OCDE en février 2000. Eu égard aux communications écrites, à la note de référence et aux échanges de vues oraux, les principaux points suivants se dégagent de ces travaux :

L'une des difficultés de la lutte contre les ententes injustifiables est de lever la chape de silence qui les recouvre. Pour encourager un membre d'une entente à avouer les délits et mettre en cause des complices en apportant des témoignages directs sur les réunions et communications clandestines, les autorités chargées de faire appliquer la législation peuvent promettre une amende plus légère, une condamnation plus courte, une injonction moins restrictive, ou même l'amnistie totale.

Les programmes de clémence permettent de mettre à jour des ententes qui resteraient sans cela ignorées et les investigations qui s'ensuivent sont également rendues plus efficaces et plus efficaces. L'expérience montre que ces programmes obtiennent de bons résultats. Depuis que le programme des États-Unis a été modifié en 1993 pour préciser et quelque peu élargir la couverture de l'amnistie, le nombre des demandes est passé à plus de 20 par an, plusieurs dizaines de condamnations ont été prononcées, et les amendes perçues ont largement dépassé 1 milliard de dollars. Dans le cadre de l'enquête menée aux États-Unis sur l'entente concernant les vitamines, la coopération de l'entreprise demandant l'amnistie a directement permis des incriminations et des amendes de 500 millions et 225 millions de dollars à l'encontre de deux autres entreprises.

Plusieurs autres juridictions ont également des programmes de clémence. En 1996, la Commission européenne a annoncé les conditions dans lesquelles la coopération d'une entreprise pouvait entraîner d'importantes réductions ou suppressions d'amendes, et une douzaine d'affaires de clémence ont été examinées jusqu'à présent. Le Canada et le Royaume-Uni ont récemment annoncé des programmes de clémence, qui se fondent à de nombreux égards sur l'expérience des États-Unis. En mai 2000, l'Allemagne a annoncé un programme dans ce domaine, tandis que la France et la Suède examinent la législation qui permettrait d'autoriser de tels programmes. La Corée, où existe un programme de clémence depuis 1997, examine une législation pour l'améliorer encore.

La clémence peut conduire à une réduction de la sanction par rapport à ce qu'elle aurait été en l'absence d'une coopération volontaire intégrale. La forme la plus claire et la plus complète de clémence est l'amnistie. Dans le programme des États-Unis, où les ententes sont considérées comme un délit, la clémence prend la forme d'une immunité contre les poursuites. Dans le programme de l'UE, la clémence est décrite en termes de réductions d'amendes. D'autres décisions qui peuvent être considérées comme un traitement clément prévoient de ne pas saisir la justice d'une affaire, ou de ne pas réclamer de sanctions à l'encontre des personnes.

La certitude, la clarté et la priorité sont essentielles, les entreprises étant vraisemblablement plus incitées à se manifester si elles sont certaines des conditions appliquées et des avantages probables. Pour renforcer le plus possible l'incitation à communiquer des informations et favoriser le démantèlement plus rapide des ententes, il importe non seulement que la première entreprise qui avoue bénéficie du « meilleur » traitement mais aussi que les conditions de ce traitement soient aussi claires que possible dès le départ.

L'offre générale de réduire les sanctions en échange de la fourniture d'informations peut ne pas suffire à encourager les entreprises à contacter les autorités.

Les avantages qu'il y a à demeurer au sein de l'entente peuvent paraître plus importants et plus certains que la récompense imprécise que l'on pourrait escompter d'un aveu. Le programme initial de clémence des États-Unis, qui ne proposait qu'une offre assez générale, n'a donné lieu qu'à plus ou moins une seule demande d'amnistie par an. Les modifications qui lui ont été apportées en 1993 ont accru l'efficacité du dispositif en rendant l'amnistie automatique et complète pour le premier demandeur si certaines conditions bien précises sont réunies.

Le programme de clémence de l'UE fixe un barème pour les réductions potentielles d'amendes, selon le stade de la procédure et en fonction d'autres facteurs. Dans le processus d'application de l'UE, la direction de la concurrence ne peut décider de la plus ou moins grande clémence qui sera accordée lorsqu'une entreprise fait une première offre de coopération, parce que ce sont les Commissaires qui décident au terme du processus s'il faut ou non accorder l'amnistie et faire ou non preuve de clémence, suivant que la partie concernée a fourni des preuves convaincantes et a continué de coopérer.

On constate déjà les effets positifs de la décision d'accorder un traitement précis et avantageux à l'entreprise qui est la première à se manifester. Certaines entreprises sont venues solliciter une amnistie trop tard, simplement parce qu'elles s'étaient manifestées moins d'un jour après leur complice. L'intérêt qu'il y a à être le premier à se manifester est illustré par l'enquête des États-Unis sur l'affaire des électrodes de graphite : l'entreprise qui a demandé l'amnistie n'a subi aucune sanction ; l'entreprise qui s'est manifestée ensuite s'est vue infliger une amende de 32.5 millions de dollars, et les deux dernières ont dû acquitter des amendes de 110 et 135 millions de dollars respectivement.

Une entreprise qui demande à bénéficier de clémence peut fournir des informations que les autorités ne possèdent pas déjà, ou permet de mettre à jour une entente dont les autorités n'auraient pu avoir connaissance autrement. De plus, la clémence peut aussi être accordée à une entreprise dont l'aveu permet aux autorités de réunir plus facilement des éléments de preuve. Ainsi, clémence ou même amnistie pourraient encore être accordées à une entreprise qui se manifeste après l'ouverture d'une enquête.

Autre modification essentielle du programme des États-Unis en 1993, que l'on retrouve dans les programmes de l'UE et d'autres : l'amnistie ou la clémence sont possibles même après l'ouverture d'une enquête. Même si les autorités soupçonnent déjà l'existence d'une violation de la législation, l'enquête peut être grandement facilitée par un aveu s'accompagnant de la fourniture de preuves détaillées de première main. Les conditions imposées pour bénéficier de clémence peuvent toutefois être plus rigoureuses lorsque l'aveu intervient une fois que les autorités ont déjà eu vent de l'infraction. De plus, les entreprises qui coopèrent à l'enquête, même si elles ne sont pas les premières à s'être mani-

festées, peuvent bénéficier d'une certaine clémence. Pour renforcer l'incitation à se manifester en premier auprès des autorités, il faudrait indéniablement que les entreprises qui interviennent plus tardivement bénéficient d'une moindre clémence.

La gravité des sanctions possibles, et donc l'importance des réductions de peines que l'on peut espérer en cas de clémence sont un facteur très important. De plus, le risque de voir sa responsabilité personnelle engagée peut jouer un rôle non négligeable.

Si les sanctions sont trop faibles ou sont trop rarement appliquées, les entreprises peuvent négliger l'offre qui leur est faite de les voir réduire. Les programmes de clémence ne commencent véritablement à porter leurs fruits que lorsque les autorités chargées de faire respecter la législation ont réussi à imposer une lourde sanction à une entente ; néanmoins, l'exemple des sanctions imposées dans des juridictions analogues ou voisines peut inciter les entreprises à se manifester.

La possibilité d'éviter une mise en accusation ou des poursuites pénales à titre individuel peut fortement contribuer à encourager une coopération rapide. L'une des principales modifications apportées au programme des États-Unis a consisté à promettre l'amnistie aux cadres et salariés de l'entreprise demanderesse qui coopèrent à l'enquête. En revanche, l'expérience de l'Union européenne, où seules les entreprises sont assujetties au droit de la concurrence, montre que la menace de mise en accusation à titre personnel n'est pas toujours une condition nécessaire pour qu'un programme de clémence obtienne certains résultats.

L'administration d'un programme de clémence exige l'existence de procédures permettant de vérifier la crédibilité des informations données et obtenir la coopération continue des entreprises ainsi que de leurs dirigeants et de leurs salariés. Pour des raisons d'équité, les autorités peuvent refuser la clémence aux entreprises qui ont été les principales instigatrices de l'entente ou qui ont contraint d'autres entreprises à y participer. Et, pour les mêmes raisons, l'entreprise qui sollicite la clémence doit s'efforcer en toute bonne foi de mettre fin aux agissements répréhensibles et d'y remédier, éventuellement en dédommageant les parties lésées.

Les décisions de clémence sont appliquées à la fin du processus pour avoir la certitude que l'entreprise demandant à en bénéficier coopère jusqu'à la fin de l'enquête, condition qui est habituellement demandée. L'application finale d'un accord de clémence peut dépendre de l'intervention d'une autre instance, telle qu'un tribunal ou un ministère public.

Une question non résolue est celle de la mesure dans laquelle la clémence doit dépendre de la valeur probante des informations fournies pour pouvoir en bénéficier. Les programmes des États-Unis et du Royaume-Uni ne comportent pas les mêmes exigences en matière de fourniture d'éléments probants que le programme de la CE qui prévoit la nécessité de fournir des « éléments

déterminants ». Une raison avancée pour expliquer cette différence d'approche est que la nature de la preuve exigée n'est pas la même dans les différents systèmes juridiques. Lorsque la procédure s'appuie uniquement sur des preuves documentaires, il peut être particulièrement important que le demandeur d'amnistie fournisse des éléments de preuve exploitables, éventuellement des preuves « irréfutables ». En revanche, les États-Unis notent qu'en promettant l'amnistie à un informateur qui peut fournir des éléments documentaires déterminants, ils ont été en mesure de démanteler certaines ententes.

Une objection parfois invoquée à l'encontre de la clémence est que les organismes chargés de faire appliquer la législation devraient toujours sanctionner énergiquement les infractions. Des arbitrages sont cependant inévitables, ne serait-ce que pour déterminer les affaires prioritaires et peser les coûts et avantages de différentes décisions. Il est probable que l'efficacité globale de l'application de la loi et le respect du droit y gagneront si la clémence à l'égard de quelques contrevenants permet d'appliquer plus rigoureusement les textes à d'autres. On peut trouver injuste que l'auteur d'une infraction puisse échapper aux conséquences de son action en avouant et en faisant peser les responsabilités sur les autres, mais pour des manquements à la législation tels que ceux que constitue l'établissement d'ententes, qui implique plusieurs participants, le souci de voir la loi efficacement appliquée peut l'emporter sur cette considération.

Les organismes qui mettent en œuvre des programmes de clémence promettent aux demandeurs d'amnistie qu'ils n'informeront pas sans autorisation d'autres autorités de leur démarche. La coopération avec les autres organismes chargés de faire appliquer la législation concernant le démantèlement des ententes exige que l'on trouve le moyen de faire connaître l'existence de situations exigeant d'être attentivement suivies, sans divulguer les détails de ces sources confidentielles.

La confidentialité est importante pour les demandeurs d'amnistie, dans la mesure où les informateurs peuvent courir de sérieux risques de représailles, et où leur responsabilité personnelle peut être engagée auprès d'autres juridictions. Les entreprises pourraient être moins incitées à se manifester si le risque de voir les informations transmises à d'autres juridictions était trop élevé. En revanche, grâce au développement de la coopération, une entreprise qui cherche à être la première à informer les autorités d'une chose qu'elles ignorent pourrait être déçue de constater que cette information leur est déjà parvenue d'une autre source. Les organismes de la concurrence peuvent préciser qu'ils agissent indépendamment, ce qui devrait avoir pour effet d'amener les entreprises à se manifester rapidement et fréquemment. Des sociétés se manifestent déjà simultanément dans toutes les grandes juridictions où existent des programmes de clémence.

Vue générale

Maintenant qu'il a été établi, dans la recommandation du Conseil de 1998, que les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et sont donc au cœur des préoccupations de la politique de la concurrence et de son application, les pays Membres se trouvent confrontés à la difficulté d'élaborer et de mettre en œuvre des procédures d'application efficaces, assorties de sanctions adéquates contre ces pratiques. Puisque les ententes sont illégales, et constituent même une infraction pénale dans de nombreuses juridictions, les personnes qui s'y livrent prennent des précautions pour les dissimuler, ce qui rend plus difficile pour les autorités d'exécution de découvrir les violations et de prouver leur existence.

Plusieurs juridictions ont élaboré des programmes de clémence afin d'inciter certains contrevenants à révéler ces secrets, à avouer leurs délits et à mettre en cause des complices en apportant des témoignages directs permettant d'établir les pratiques délictueuses que les parties souhaitaient dissimuler. Ces dispositifs consistent à susciter des confessions et à obtenir des preuves directes incriminant les autres participants, ainsi que des pistes pouvant conduire les enquêteurs à d'autres éléments. Les preuves sont ainsi réunies plus rapidement, et à un coût direct moindre que par les autres méthodes d'investigation ; elles conduisent à un dénouement rapide et efficient des affaires. En échange des informations, les parties qui les communiquent reçoivent l'engagement d'amendes plus légères, de peines de prison plus brèves, d'injonctions moins restrictives ou même d'une amnistie totale.

Les pays Membres ont exprimé leur intérêt quant au fonctionnement de ces programmes de clémence et à leurs possibilités d'adaptation à différents contextes juridiques et administratifs. Cette volonté de comparer les expériences, ainsi que la mise au jour d'ententes internationales appelant une réaction dans de nombreux États, rendent l'examen de cette question d'une brûlante actualité. Une table ronde a été consacrée à cette question lors des réunions du Groupe de travail n° 3 en février 2000. S'appuyant sur les délibérations de la table ronde et les notes établies par les pays Membres, le présent document décrit les principales caractéristiques des programmes existants et pose quelques-uns des problèmes pratiques et juridiques que ces dispositifs pourraient soulever. Plusieurs juridictions examinant activement ces questions et modifiant leurs procédures, les descriptions qui suivent ne sont pas nécessairement complètes pas plus qu'elles ne doivent faire autorité. Pour plus de détails sur le programme actuel d'une juridiction donnée, il est souhaitable de prendre directement contact avec l'organisme de la concurrence du pays concerné.

Des définitions claires peuvent aider à mieux comprendre les différents programmes. On utilisera ici le terme « clémence » pour désigner tous les programmes

qui prévoient une réduction plus ou moins importante des sanctions en échange de la fourniture d'informations et de coopération. Le terme « amnistie », plus précis, est utilisé pour désigner les programmes qui prévoient l'absence totale de sanction pour la première partie qui s'adresse à l'organisme chargé de faire appliquer la législation et qui satisfait à ses exigences. Logiquement, l'amnistie est couverte par le concept plus général de clémence. Cette distinction est opérée ici par souci de clarté. Les annonces publiques concernant ces programmes ne font pas toujours clairement ressortir cette diction, et les termes « clémence » et « amnistie » sont parfois utilisés de manière presque interchangeable.

Les programmes de clémence des pays Membres

L'actuel programme « d'amnistie » de la Division antitrust du ministère américain de la Justice date de 1993. Il a contribué de façon déterminante au succès de l'action menée contre les principales ententes pour assurer le respect de la législation. Une société peut échapper à des poursuites pénales pour violations de la loi antitrust en étant la première à avouer le rôle qu'elle a joué dans les activités illégales, en coopérant pleinement à l'enquête de la Division antitrust et en satisfaisant à un certain nombre d'autres conditions. Un programme analogue destiné aux personnes physiques qui dénoncent, à titre individuel, des pratiques antitrust a été annoncé en 1994. Les États-Unis disposaient d'un programme de clémence depuis 1978 mais celui-ci s'est révélé assez inefficace puisqu'il n'a donné lieu qu'à plus ou moins une seule demande par an à en bénéficier. Les modifications qui lui ont été apportées en 1993 ont rendu l'amnistie automatique si aucune enquête n'est en cours avant le dépôt de la demande, possible même après le début d'une enquête et applicable aux dirigeants, administrateurs et employés de la société sollicitant l'amnistie qui coopèrent à l'enquête. Le nombre des demandes est passé à plus de vingt par an après ces changements. Le programme américain a permis de condamner plus de trente accusés et de percevoir largement plus de 1 milliard de dollars d'amendes au cours des deux dernières années.

La Commission européenne a annoncé, en 1996, les conditions dans lesquelles les sociétés participant à une entente et décidant de coopérer avec la Commission peuvent être dispensées d'amendes ou bénéficier de réductions significatives du montant des amendes dont elles sont passibles. La clémence n'est pas automatique dans le système européen. Ce n'est qu'à la fin du processus qu'il est décidé d'accorder ou non l'amnistie ou de faire ou non preuve de clémence, suivant que la partie concernée a fourni des preuves convaincantes et a continué de coopérer. Les considérations sont très voisines de celles utilisées dans le marchandage de peine pratiqué dans d'autres juridictions. Le programme communautaire précise les pourcentages de réduction des amendes possibles en échange d'une coopération à différents stades d'une enquête. En février 2000, une douzaine environ d'affaires de

clémence étaient en cours d'examen et certaines d'entre elles devaient être jugées prochainement.

Le Canada, où les ententes sont considérées comme des infractions pénales, a mis en œuvre pendant dix ans un programme d'immunité pour les « parties coopérant ». En septembre 2000, il a adopté une refonte du programme, qui avait été publiée sous forme de projet pour commentaires en 1999, tout d'abord, puis à nouveau en février 2000. Cette refonte a été élaborée après consultation avec les États-Unis sur leurs constatations. Elle vise à rendre la politique plus transparente pour permettre aux parties de savoir si elles semblent présenter les conditions requises avant d'effectuer une démarche auprès des autorités d'exécution. Bien que les parties qui ne peuvent prétendre à une immunité complète puissent bénéficier d'un traitement favorable, le nouveau programme d'immunité ne prévoit que l'octroi de l'immunité, de sorte qu'un demandeur ayant obtenu gain de cause, qui a été le premier à effectuer une démarche et qui répond à certaines conditions bénéficiera d'une totale immunité, c'est-à-dire de l'amnistie. Il est en outre fait référence au bureau du procureur général du fait que c'est lui qui décide en dernier ressort de l'octroi de l'immunité. Le Bureau de la concurrence s'engage à recommander au procureur général d'accorder l'immunité à toute partie qui se présente à lui avant qu'il ait connaissance du délit ou avant qu'il en sache assez pour engager des poursuites contre la partie concernée. Bien qu'il soit difficile de mesurer l'efficacité du programme, le Bureau de la concurrence est persuadé que celui-ci joue un rôle déterminant dans l'application des mesures de lutte contre les ententes internationales, et même que l'engagement de poursuites pénales serait affaibli sans lui. Même si le Bureau peut être appelé à prendre une décision alors qu'il ne dispose pas de toutes les informations voulues, les mesures de clémence conduisent à se prononcer plus tôt sur une affaire et peuvent donc ainsi permettre de mettre fin plus rapidement à une entente.

Au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading (OFT) prévoit un programme de clémence dans les directives relatives aux sanctions applicables en vertu de la nouvelle loi sur la concurrence qui ont été publiées pour commentaires en août 1999. Le programme de l'OFT s'inspire de l'expérience des programmes de clémence des États-Unis et des Communautés européennes et il tient compte, dans sa formulation, du programme d'amnistie pour les sociétés du ministère américain de la Justice. Une version révisée de ce projet de directives a été approuvée le 29 janvier 2000 en vue d'une entrée en vigueur concomitante de ces directives et de la nouvelle loi le 1^{er} mars 2000. Le directeur général de l'OFT offrira une exemption totale de sanctions pécuniaires, autrement dit une amnistie, au premier participant à une entente prohibée qui se fera connaître avant l'ouverture d'une enquête. L'exemption est automatiquement accordée si des conditions analogues à celles fixées par le ministère américain de la Justice sont remplies. Une exemption peut aussi être offerte au premier participant qui se fait connaître après l'ouverture d'une enquête mais avant que

le directeur général n'ait fait connaître par écrit son intention de conclure à l'existence d'une transgression de l'interdiction.

En Corée, la Korean Fair Trade Commission (KFTC) a mis sur pied un programme de clémence qui est expressément autorisé, depuis, 1997, par la loi sur la concurrence. Les conditions précises à remplir sont exposées dans le règlement d'application. Bien que celui-ci ne spécifie pas le degré d'utilité ou de précision que les informations fournies doivent atteindre, il est probable que la communication d'informations inutiles ou incomplètes ne permettrait pas d'obtenir l'immunité. Les informations ne doivent pas être fournies par l'instigateur de l'infraction. Le degré de sévérité des sanctions varie en fonction du niveau de responsabilité. Dans le seul cas d'application de ces dispositions observé jusqu'à présent, le participant à une entente qui en a signalé l'existence à la KFTC n'a reçu qu'un avertissement et non une injonction de ne pas faire et il n'a été soumis à aucune pénalité financière. Outre l'allègement des sanctions appliquées aux personnes qui dénoncent les autres participants à des accords restrictifs illégaux, la KFTC peut aussi accepter de ne pas déférer ces affaires devant une juridiction pénale. La Corée envisage actuellement une législation qui améliorerait encore ce programme.

D'autres juridictions ont utilisé les incitations qui sont à la base des programmes de clémence sans adopter expressément un tel programme. Par exemple, à l'issue de l'action qu'elle a menée en 1997 contre une entente conclue entre neuf entreprises du secteur des explosifs, l'autorité italienne de la concurrence a infligé des amendes pour un total de 1 406 millions de lires mais elle n'en a infligé aucune à l'entreprise plaignante du fait qu'elle avait joué un rôle décisif dans la découverte de l'entente et qu'elle avait volontairement cessé de violer la loi avant que l'autorité n'intervienne. (OCDE CLP 1998) Le Bundeskartellamt allemand a annoncé un programme de clémence¹, et la France et la Suède envisagent d'adopter une législation qui permettrait l'introduction d'un tel programme.

Les juridictions sanctionnant plus durement les ententes injustifiables caractérisées, l'intérêt qu'une entreprise peut avoir à agir en premier et à bénéficier ainsi d'une clémence devient irrésistible. Des exemples récents observés aux États-Unis montrent ce qu'une entreprise peut épargner en avouant et en dénonçant ses complices. Dans l'enquête sur les vitamines, la coopération du demandeur s'est directement traduite par des admissions de culpabilité et des amendes de 500 et 225 millions de dollars contre deux autres entreprises. Dans l'enquête sur les électrodes de graphite, l'entreprise qui s'est présentée après celle qui a sollicité l'amnistie s'est vu infliger une amende de 32.5 millions de dollars alors que les deux dernières entreprises ont dû acquitter des amendes de 110 et 135 millions de dollars, respectivement. Dans l'enquête sur la construction navale, une entreprise complice a accepté de plaider coupable et de coopérer peu de temps après l'ouverture d'une enquête sur la base des informations fournies par le demandeur d'amnistie. Bien que la société ait très utilement coopéré et qu'elle ait vu, de ce

fait, le montant de son amende réduit, elle n'a pas été la première à agir et elle a tout de même dû acquitter une amende de 49 millions de dollars.

Aspects des informations demandées

Afin de favoriser le démantèlement des ententes, l'amnistie n'est généralement offerte qu'à la première entreprise qui contacte les autorités. Aux États-Unis, si les partenaires d'une entente « conspirant » un aveu collectif, leur demande d'amnistie sera rejetée. Des partenaires ont parfois fait une démarche commune pour plaider coupable et bénéficier d'un traitement plus favorable au titre des directives fixées en matière de sentence mais il ne s'agit pas alors « d'amnistie ». « L'amnistie » totale est réservée à la première entreprise qui avoue seule. Les entreprises qui coopèrent à l'enquête peuvent bénéficier d'une certaine clémence ou leur attitude peut être prise en considération même si elles ne sont pas les premières à contacter les autorités. Pour continuer d'inciter les entreprises à faire défection, il est important que la première entreprise à prendre cette initiative bénéficie nettement du « meilleur traitement ».

Un aspect important des programmes de clémence existants est que la société ou la personne physique sollicitant la clémence communique des informations que les autorités ne possèdent pas déjà. L'un des avantages des programmes est qu'ils permettent de déceler l'existence d'ententes dont les autorités n'auraient pas pu avoir connaissance autrement. Les sociétés qui facilitent la recherche de la preuve peuvent aussi bénéficier d'une certaine clémence. La première condition énoncée pour l'octroi d'une amnistie totale (c'est-à-dire l'exemption de toute sanction) dans les programmes des États-Unis et du Royaume-Uni est que la Division antitrust ou l'OFT n'ait encore reçu, d'aucune autre source, des informations sur l'activité illicite en question. Dans le cadre du programme européen, le plus haut niveau de clémence est accordé à la première entreprise qui fournit des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente en informant la Commission avant que celle-ci ouvre une enquête. Au Canada, le premier critère d'une recommandation d'immunité est que le Bureau de la concurrence n'ait pas été au courant de l'infraction et que la partie concernée ait été la première à l'en informer.

Une société peut encore bénéficier de clémence si elle se manifeste après l'ouverture d'une enquête par les autorités, et peut même se voir accorder une amnistie dans certaines juridictions, comme les États-Unis, le Canada et le Royaume-Uni. Même si celles-ci soupçonnent déjà l'existence d'une violation de la législation, leur enquête peut être grandement facilitée par un aveu s'accompagnant de la fourniture de preuves détaillées de première main. Il peut en outre être mis fin plus rapidement aux infractions si cet aveu conduit au démantèlement de l'entente. Les conditions imposées pour bénéficier d'une clémence peuvent toutefois être plus rigoureuses lorsque l'aveu intervient une fois que les autorités ont

déjà eu vent de l'infraction. Dans le programme des États-Unis, si une société intervient après l'ouverture d'une enquête, il faut pour obtenir l'amnistie, qu'elle communique suffisamment d'éléments de preuve pour conduire à une condamnation. Cependant, même avec cette réserve, la possibilité de bénéficier d'une amnistie après l'ouverture d'une enquête a contribué de façon déterminante à accroître l'efficacité du programme. La moitié environ des demandes d'amnistie formulées aux États-Unis sont déposées après l'entreprise de recherches. Dans l'affaire des vitamines, qui faisait déjà l'objet d'une enquête depuis deux ans et demi de la part notamment des autorités américaines, la coopération de Rhône-Poulenc a été déterminante. L'issue de l'affaire aurait été incertaine en l'absence d'une politique permettant d'accorder une amnistie aux entreprises qui se manifestent après le début d'une enquête.

Il importe non seulement que la société ou la personne physique agisse à un stade précoce mais aussi que l'information fournie soit valable et fiable. Plus la procédure est avancée et plus les informations fournies doivent être détaillées et apporter la preuve de la culpabilité pour justifier la clémence. A ce stade, les autorités ne se contentent pas de simples « indications » sur l'existence d'une entente mais elles veulent que des éléments probants leur soient communiqués. Dans le programme des Communautés européennes, l'octroi de la clémence suppose que la société concernée soit « la première à fournir des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente ». Elle peut également bénéficier d'un traitement favorable si elle se manifeste après le début d'une enquête, à condition qu'elle fournisse suffisamment d'informations pour justifier l'engagement du processus de décision communautaire. Elle peut encore bénéficier d'une réduction de l'amende, même si elle intervient plus tardivement, si elle fournit à la Commission des éléments de preuve qui contribuent substantiellement à confirmer l'existence de l'infraction commise avant l'envoi d'une communication des griefs².

On ne s'accorde peut-être pas encore sur l'importance qui doit être accordée à la valeur probante des informations fournies pour pouvoir bénéficier d'une clémence. Leurs points de vue divergent en effet sur la question de savoir si les informations communiquées doivent être « déterminantes » ou seulement présenter un intérêt particulier. Les exigences en matière de fourniture d'éléments probants des programmes américain et britannique ne se situent pas au même niveau que celles du programme européen qui se distingue par la nécessité de fournir des « éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente ». L'une des raisons avancées pour la différence d'approche adoptée par les autorités est que la nature de la preuve exigée n'est pas la même dans les différents systèmes juridiques. Dans le programme européen, la fourniture « d'éléments déterminants » signifie dans un sens la fourniture d'une preuve « irréfutable » de l'existence de l'infraction. Il est peut-être particulièrement important que le demandeur d'amnistie fournisse des informations qui constitueront un élément probant exploitable, dans le cadre du

processus européen, du fait que celui-ci s'appuie uniquement sur des preuves documentaires qui ne peuvent être contestées ou confirmées à la faveur d'audiences et de dépositions sous serment. Les États-Unis estiment que le fait de pouvoir promettre l'amnistie à une partie dont les informations ne sont pas « déterminantes » a permis de démanteler certaines ententes, en récompensant un membre d'une entente qui avait été un intermédiaire essentiel pour l'obtention d'éléments déterminants. Par exemple, un demandeur d'amnistie qui ne jouait qu'un rôle périphérique dans une entente et qui n'avait de ce fait assisté qu'à quelques réunions, a fourni suffisamment d'éléments concrets pour justifier des mandats de perquisition mais pas assez pour étayer une condamnation. L'enquête sur les informations fournies a finalement abouti à ce qu'un autre membre de l'entente, plus impliqué, plaide coupable.

Autres considérations

Les informations communiquées et leur source doivent être crédibles. Pour se prémunir contre toute fausse déclaration, l'enquête doit confirmer les faits pertinents et la partie qui sollicite la clémence doit rester crédible tant que son témoignage peut être nécessaire pour l'application d'une mesure coercitive ou un appel. Il faut notamment éviter de courir le risque de découvrir tardivement l'existence d'autres infractions non encore exposées qui pourraient compromettre le témoignage de la partie sollicitant la clémence dans une contestation.

Les autorités exigent généralement une coopération totale et continue des sociétés qui cherchent à obtenir la clémence. Une enquête plus poussée doit être menée pour mettre en cause tous les participants et rassembler les pièces nécessaires, et les informateurs doivent être particulièrement bien placés pour contribuer à ce processus. Les autorités veulent en outre éviter que, se ravisant, ceux-ci ne reviennent sur leurs aveux. Le programme du Canada précise quelques modalités pratiques de la coopération totale en exigeant que la société sollicitant la clémence finance ses propres frais de justice, poursuive sa coopération pendant toute la durée de l'action publique et de la procédure judiciaire, y compris sans aucun doute en cas d'appel, et pousse ses cadres et ses collaborateurs à coopérer tout au long de la procédure.

Le rôle que l'informateur a joué et les responsabilités qu'il a assumées dans la conception et la mise en œuvre des activités dénoncées est important. Les autorités peuvent refuser la clémence aux entreprises qui ont été les principales instigatrices ou bénéficiaires de l'infraction ou qui ont contraint d'autres entreprises à y participer. L'une des conditions énoncées par les Communautés européennes est que l'entreprise n'ait pas eu « un rôle d'initiation » et qu'elle n'ait pas contraint une autre entreprise à participer à l'entente. C'est une question de bon sens et de réalisme qui a pour objet d'exclure du programme les auteurs des infractions les plus flagrantes. Au Canada, l'entreprise qui sollicite l'amnistie ne

doit pas avoir été l'instigatrice ou la meneuse de l'activité illégale. Dans le programme des États-Unis, elle ne doit pas avoir « contraint une autre partie à participer à l'activité illégale » et ne doit pas « manifestement [avoir été] la meneuse ou l'instigatrice de l'activité. » Les phrases sont au singulier plutôt qu'au pluriel et elles parlent de « la » meneuse et de « l' » instigatrice et non d'« une » meneuse ou d'« une » instigatrice. La Division antitrust a interprété cette formulation comme signifiant que si les sociétés complices ont joué un rôle égal ou si deux sociétés au moins sont considérées comme les meneuses ou les instigatrices de l'entente, aucune entreprise n'est à l'évidence la seule meneuse ou instigatrice et n'importe laquelle des entreprises participantes, y compris celles qui sont intervenues à égalité ou qui ont codirigé l'entente peut donc bénéficier de l'amnistie. Le Royaume-Uni suit aussi cette approche.

La clémence est généralement accordée si l'entreprise qui la sollicite s'est efforcée en toute bonne foi de mettre fin à ses agissements répréhensibles et de modifier sa conduite une fois l'infraction découverte. Aux termes du programme communautaire, pour bénéficier de la clémence maximum, l'entreprise doit avoir mis un terme à sa participation à l'activité illicite avant de faire ses aveux à la Commission. Le programme américain exige que la société ait pris des mesures promptes et efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale lorsque celle-ci a été découverte. Le programme britannique stipule, quant à lui, que la personne ou la société doit avoir cessé de participer à l'entente lorsqu'elle saisit l'OFT. Au Canada, le demandeur doit prendre des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illicite. La Corée fait toutefois observer qu'exiger la cessation des activités répréhensibles avant le dépôt d'une demande d'amnistie pourrait compromettre une prompt notification, c'est pourquoi elle n'exige pas qu'une entreprise ait mis fin à ses agissements avant de les faire connaître.

Pour déterminer à partir de quel moment on peut considérer qu'une société a « découvert » une activité illégale et à partir de quel moment elle a « cessé » d'y participer, il peut être nécessaire de tenir compte de ses modalités d'organisation. Les États-Unis ont apporté des précisions dans ce domaine qui peuvent être particulièrement importantes pour les petites entreprises ou les entreprises détenues par un petit nombre d'actionnaires. Lorsque les dirigeants, les administrateurs ou les propriétaires d'une société sont impliqués dans la conspiration, il est permis de penser que la société en question a « découvert » l'activité illégale lorsque ces personnes ont accepté d'y participer et il serait donc difficile de dire qu'elle a promptement « cessé » d'y jouer un rôle. Pour la Division antitrust, néanmoins, elle aura découvert l'activité illicite dès que son conseil d'administration ou ses avocats (qu'ils fassent ou non partie de son personnel) auront été mis au courant. Le fait que les dirigeants, les administrateurs ou les propriétaires de la société aient participé à la conspiration n'empêche donc pas nécessairement la société de bénéficier de l'amnistie. Cette interprétation de la législation vise à inciter les représentants autorisés de la société pour les questions juridiques – son conseil

d'administration ou les avocats qui la représentent – à prendre les mesures qui s'imposent pour mettre un terme aux activités illicites dès que celles-ci sont portées à leur connaissance. Une société détenue par un petit nombre d'actionnaires qui n'informe pas officiellement son conseil d'administration de l'activité répréhensible parce que tous les membres de celui-ci sont complices, peut malgré tout bénéficier de l'amnistie si elle met rapidement un terme à l'activité en question après l'avoir portée à la connaissance de son conseiller juridique.

La cessation de la participation à l'activité illicite ne doit pas nécessairement être annoncée publiquement car cela pourrait empêcher de pousser plus loin l'enquête sur les autres participants. Les États-Unis ont précisé la façon dont elle pouvait être opérée. Elle n'implique pas obligatoirement d'informer les autres participants de la décision de se retirer de l'activité (même si ce serait une façon d'y mettre fin). Elle peut aussi être effectuée en informant la Division antitrust de l'activité illégale et en évitant d'y participer davantage si ce n'est avec l'agrément de la Division. Dans l'une des versions proposées pour le programme britannique, l'OFT aurait pu autoriser le demandeur d'amnistie à poursuivre sa participation à l'entente pour réunir des éléments de preuve mais cette disposition n'a pas été retenue. Elle avait été motivée par le fait que l'on craignait que si une société ou une personne physique venait solliciter une amnistie la veille de la réunion des participants à une entente, son absence de la réunion puisse servir de signal et permettre aux autres participants de faire disparaître les éléments probants. Les sanctions n'étant pas pénales au Royaume-Uni, le niveau de preuve requis y est moins élevé et ce risque d'élimination des preuves n'a pas été considéré comme suffisamment important pour justifier que les autorités adoptent une position qui semblait enjoindre aux parties de continuer à violer la loi. Cela aurait pu en outre donner lieu à des accusations d'incitation au délit. Il est néanmoins toujours possible de parer, au cas par cas, au risque de voir la poursuite de l'enquête sur les autres participants compromise par la cessation de participation.

Pour établir la bonne foi du dénonciateur, les autorités peuvent également se fonder sur les efforts qu'il a entrepris pour remédier au tort qu'il a pu causer à d'autres. Aux États-Unis, l'une des conditions nécessaires à l'octroi de la clémence est que, dans la mesure du possible, la société dédommage les parties lésées. Elle n'est dispensée de cette obligation que lorsque le dédommagement s'avère impossible pour des motifs d'ordre pratique. Ce peut-être notamment le cas si elle est en faillite et empêchée par l'injonction d'une juridiction de prendre de nouveaux engagements ou si l'entente n'a fait qu'une victime, de surcroît disparue. Le paiement d'un dédommagement total peut aussi ne pas être exigé s'il est susceptible de compromettre notablement la viabilité de l'organisation concernée. La question du dédommagement est abordée, dans le programme américain, au paragraphe 2(g) du modèle de lettre qui exige que la société qui sollicite la clémence fasse « tous les efforts raisonnables possibles, à la satisfaction de la Division

antitrust » pour payer le dédommagement. Cela suppose qu'à un moment donné avant d'accorder définitivement l'amnistie, la Division antitrust fasse savoir au demandeur qu'il a satisfait, à son avis, à l'obligation d'acquitter un dédommagement. Le Canada demande un dédommagement « si la chose est possible ».

D'autres considérations d'équité peuvent aussi entrer en ligne de compte. Au Canada, l'immunité ne sera pas accordée à une entreprise qui a été la seule bénéficiaire de l'activité illégale dans le pays. Cette disposition est à l'évidence destinée à éviter le risque que les autorités canadiennes ne puissent prendre des mesures de coercition à l'encontre d'aucune partie pour une entente qui a été dommageable au pays. Même si les motivations d'une partie ne sont pas déterminantes dès lors qu'elle satisfait aux conditions d'application d'un programme, les autorités peuvent souhaiter décourager toute manipulation et éviter de devoir arbitrer des litiges autour de « l'honneur des malfrats » – bien que le principe de fonctionnement des programmes d'amnistie soit, bien sûr, d'inviter les « malfrats » à dénoncer leurs complices. Dans certaines circonstances, le système des États-Unis évalue s'il est équitable vis-à-vis des autres parties d'accorder un traitement plus clément à un informateur, en particulier, « compte tenu de la nature des malversations, du rôle joué par la société informatrice et du moment où celle-ci s'est manifestée. » Une société qui a été à l'origine d'une entente, qui l'a dirigée ou qui en a contraint d'autres à y participer, risque une peine plus lourde – et ne pourrait même probablement pas bénéficier de clémence – de même qu'une société qui ne se fait connaître que lorsque la Division antitrust est sur le point de disposer de suffisamment d'éléments pour justifier une condamnation.

Les autorités peuvent aussi tenir compte du fait qu'une entreprise est ou non récidiviste et qu'elle a ou non adopté un programme de respect de la loi. L'existence d'un tel programme peut constituer une circonstance atténuante mais seulement s'il a été suivi ; si les dirigeants de la société en ont fait fi, il peut au contraire constituer une circonstance aggravante. Les Communautés européennes ont eu affaire à des récidivistes et le récidivisme est considéré comme un facteur aggravant pour le calcul des amendes. D'autres juridictions n'ont pas encore rencontré le cas d'une demande d'amnistie formulée par une partie récidiviste. Si la certitude est considérée comme très importante pour l'efficacité d'un programme, l'amnistie sera accordée à une partie récidiviste satisfaisant aux conditions requises, mais à regret.

Éléments de la clémence

En général, la clémence consiste à appliquer une sanction ou une obligation moins sévère que celle qui aurait été infligée en l'absence d'une coopération totale et volontaire. Lorsque les ententes sont passibles de sanctions pénales, la clémence prend souvent la forme générale d'une immunité contre les poursuites. Dans le programme de « clémence » des États-Unis, le principal avantage offert à

la société ou à la personne physique est de ne pas la poursuivre au pénal pour les activités visées, c'est-à-dire de lui accorder une « amnistie ». (Dans la description officielle du programme, les termes « clémence », « amnistie » et « immunité » sont utilisés sans distinction précise.) Au Canada, la mesure de clémence maximum consiste dans l'immunité contre les poursuites.

Une réduction des sanctions peut aussi être considérée comme une mesure de clémence bien que certains programmes fassent une distinction entre l'amnistie (immunité totale) et la clémence. Au Canada, si une entreprise ne peut prétendre à l'immunité, le commissaire peut tout de même recommander au procureur général de faire preuve de clémence à son égard. Aux États-Unis, outre l'amnistie offerte par le programme de « clémence » de la Division antitrust, les principes généraux de la justice pénale permettent d'ajuster les sanctions pécuniaires ou autres en fonction du degré de coopération à l'enquête. Les directives formulées pour les condamnations, le calcul du montant des amendes et des pénalités (qui s'appliquent dans toutes sortes de cas et non pas uniquement pour les affaires antitrust) stipulent qu'une société qui se manifeste tôt et qui apporte une aide substantielle peut voir réduit le montant de l'amende qui lui serait normalement applicable. En Corée, la clémence se traduit par une réduction des sanctions normalement applicables et non pas nécessairement par une amnistie totale à l'égard d'une injonction ou d'une condamnation. La Corée n'a pas fixé à l'avance avec précision les facteurs de la corrélation entre le degré de clémence et le niveau de culpabilité et de coopération. Bien qu'elle reconnaisse l'intérêt de la certitude, elle fait observer que des critères spécifiques peuvent nuire à la flexibilité et à l'équité dans certaines affaires antitrust.

L'importance des réductions possibles d'amendes et de sanctions est précisée dans le programme des Communautés européennes qui établit une corrélation entre les niveaux de clémence accordés et les pourcentages de réduction consentis. Une coopération maximale de la part d'une société qui se manifeste avant le début d'une enquête peut conduire à une « non-imposition » de l'amende ou à une « réduction très importante de son montant », pouvant atteindre 75 pour cent ou plus de l'amende applicable normalement. Une moindre coopération peut conduire à une réduction « importante » de 50 à 75 pour cent du montant de l'amende ; elle pourrait être offerte à la partie qui fournit une preuve flagrante. Une réduction « significative », c'est-à-dire une réduction de 10 à 50 pour cent, peut toujours être accordée aux sociétés qui communiquent des informations critiques contre elles-mêmes et qui ne contestent pas leur responsabilité.

La réduction de la portée des sanctions peut aussi être assimilée à une mesure de clémence. Ceci est particulièrement important lorsque des individus peuvent être mis en accusation à titre personnel et les autorités peuvent donc être très fortement incitées à accorder l'immunité à des personnes physiques. Les États-Unis estiment que le succès de leur programme ne serait pas aussi net

si les personnes physiques ne risquaient pas de faire l'objet de poursuites pénales en application de la loi. Ce risque est bien réel : dans l'affaire ADM, trois cadres supérieurs ont été condamnés à des peines de prison d'au moins deux ans et, dans l'affaire des vitamines, une demi-douzaine de cadres étrangers a dû comparaître devant une juridiction pénale américaine. Des demandes ont été formulées par des sociétés étrangères dont les cadres auraient pu échapper à des poursuites en restant hors du territoire américain. Le risque d'être mis en accusation à titre personnel existe aussi au Canada bien qu'aucune peine de prison n'ait été à vrai dire infligée jusqu'à présent. La menace n'en continue pas moins d'exister malgré tout. Certaines autorités d'exécution estiment que le risque pour les cadres d'être impliqués dans des procès s'étalant sur plusieurs années ou d'être empêchés de voyager librement peut constituer une forte incitation à coopérer. En vertu du programme américain, à partir du moment où une société peut bénéficier de mesures de clémence, ses responsables et ses salariés peuvent jouir d'un traitement analogue à condition qu'ils coopèrent pleinement et qu'ils collaborent à l'enquête. Des particuliers qui se présentent avec leur société pour bénéficier de mesures de clémence peuvent obtenir l'immunité à titre personnel même si la société ne l'obtient pas. Au Canada, une entreprise peut formuler une demande au nom de ses salariés bien qu'elle ne soit pas tenue de le faire. Toutefois, si une société peut bénéficier de l'immunité, ses administrateurs, dirigeants et employés peuvent bénéficier de la même recommandation du moment qu'ils reconnaissent leur participation dans le cadre de l'aveu de la société et qu'ils coopèrent totalement et comme il convient à l'enquête. Les salariés peuvent s'adresser au Bureau à titre personnel et chaque offre de coopération est évaluée au profit de la partie sollicitant l'immunité. Le système européen ne prévoit pas la responsabilité individuelle mais les conséquences de leur action peuvent être importantes pour les personnes privées puisqu'elles peuvent, par exemple, être empêchées d'occuper des postes de direction. Au Royaume-Uni, il existe un programme fixant les conditions que les administrateurs doivent remplir, bien que la participation à une entente ne soit pas encore une cause d'incapacité.

En revanche, les réparations civiles et autres compensations n'entrent généralement pas dans le champ d'application des mesures de clémence. Les autorités n'ont le plus souvent pas compétence pour les accorder, du moins directement³. Le programme des Communautés européennes stipule expressément que la coopération ne saurait protéger une société des conséquences de ses actes au plan civil. Si la Commission prend des sanctions, la société qui aura bénéficié de clémence sera désignée nommément dans sa décision, de même que sera décrit en détail le rôle qu'elle a joué. Cette décision indiquera également que la société a coopéré avec la Commission pour justifier la réduction de l'amende. La Commission est tenue de divulguer les détails de l'affaire et de donner les raisons de la clémence de sorte que cette décision pourrait servir de preuve d'un méfait dans le cadre d'une action

engagée par la suite au civil. Dans le programme américain, les entreprises et les personnes physiques qui bénéficient d'une immunité contre des poursuites pénales peuvent malgré tout être poursuivies au civil. La perspective, ou plutôt la certitude, d'une action en justice aboutissant au paiement de dommages-intérêts d'un montant triple de celui du préjudice est probablement la plus forte contre-impulsion à la formulation d'une demande d'amnistie aux États-Unis. L'obligation de réparation implique le paiement de dommages-intérêts simples sans supprimer le risque d'un procès civil. Les procès civils sont le moyen couramment utilisé pour faire respecter l'obligation de réparation. Les demandeurs d'amnistie contactent souvent les plaignants privés potentiels tout comme ils contactent les autorités d'exécution pour essayer de se mettre d'accord sur une réparation ou un règlement amiable de l'affaire en offrant de coopérer en échange de l'application de conditions plus favorables. Au Royaume-Uni, les parties peuvent courir le risque de l'engagement d'actions en justice pour l'obtention de dommages-intérêts à la fin du processus d'exécution. (Aucune attribution de dommages-intérêts n'a encore été enregistrée mais des accords amiables ont été conclus). Cela souligne la nécessité de prévoir des pénalités importantes dans la législation. Si la responsabilité civile semble plus importante que l'amende, les sociétés ou les individus peuvent être davantage incités à ne pas coopérer. La balance pourrait pencher de l'autre côté dans la mesure où le montant des amendes calculé en fonction de la durée de l'infraction augmente dans le temps depuis mars 2000, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation britannique.

Les programmes américain et britannique comportent une disposition intéressante consistant à accorder des réductions supplémentaires de l'amende aux sociétés qui, après avoir coopéré à une enquête, révèlent l'existence d'une deuxième entente, sur un autre marché. Autrement dit, outre l'amnistie qui pourrait lui être accordée pour avoir mis au jour la deuxième entente, la société peut bénéficier d'allègements supplémentaires sur le montant normal des amendes relatives à la première. Les Communautés européennes offrent aussi une gratification pour des informations sur une deuxième infraction. Aux États-Unis, cette offre d'« amnistie renforcée » s'est révélée être une source fructueuse de renseignements et d'indices sur les autres infractions. Le cas typique est celui d'une société qui, ne pouvant bénéficier d'une amnistie à propos de la première entente, cherche à obtenir une réduction du montant de son amende. (Si toutefois un demandeur dissimule des faits sur sa participation à la deuxième entente et si la Division antitrust s'en aperçoit séparément, cette défaillance peut lui faire perdre le bénéfice de la clémence pour la première entente.) La moitié environ des trente enquêtes actuellement en cours aux États-Unis sur des ententes internationales a été lancée sous l'effet de révélations obtenues dans le cadre de la coopération liée à d'autres enquêtes.

Considérations pratiques

Comme l'organisme chargé de faire respecter la législation n'a pas forcément connaissance de la violation en cause, le processus d'octroi de la clémence commence généralement par un contact extérieur, souvent un coup de téléphone donné à ses services en vue d'évoquer les possibilités d'immunité. La façon dont le processus se déroule habituellement est clairement exposée dans l'annonce du Canada. Ces contacts d'approche se font en termes très généraux et peuvent déboucher sur une rencontre entre les avocats de la société ou de la personne et l'organisme. Les négociations peuvent s'avérer délicates. L'organisme de la concurrence, souhaitant évaluer la qualité de l'information, demandera davantage de détails, mais la société ou la personne, soucieuse de se protéger contre l'utilisation de l'information à son détriment au cas où l'immunité ne lui serait pas accordée, peut refuser de faire des révélations trop précises, trop rapidement. Ces échanges ont lieu « sous réserves », après accord entre les avocats sur les règles du jeu. La demande d'immunité peut être considérée comme une offre hypothétique d'informations qui pourraient être communiquées si l'organisme recommandait ou accordait la clémence.

L'offre de preuves est évaluée au regard de différents critères tels que le délai, l'exhaustivité des informations et la bonne foi. Si certaines des conditions requises ne sont pas satisfaites, l'organisme de la concurrence et l'avocat de la société peuvent poursuivre les négociations, pour envisager les possibilités de clémence n'allant pas jusqu'à l'immunité totale. L'organisme souhaitera confirmer le contenu et la fiabilité de l'offre de preuve, et pour cela interrogera des témoins, examinera les pièces fournies par la partie sollicitant la clémence, et enquêtera par d'autres voies.

Il se peut que plusieurs sociétés ou personnes physiques se présentent à peu près simultanément, chacune souhaitant être la première à avouer. Les États-Unis ont signalé le cas d'entreprises venues solliciter une amnistie trop tard simplement parce qu'elles s'étaient manifestées moins d'un jour après leur complice. C'est pourquoi il est recommandé aux sociétés d'agir promptement. Les organismes de la concurrence peuvent être appelés à assurer les sociétés que l'ordre chronologique des démarches sera strictement respecté et que des demandes de clémence *de bonne foi* ne seront pas retardées pour laisser à leurs services le temps de négocier avec une autre partie dont l'offre serait plus intéressante, ou d'attendre qu'une telle offre se présente.

De nombreuses juridictions attachent de l'importance à la certitude et à la clarté. Les entreprises seront vraisemblablement plus incitées à se manifester si elles sont certaines des conditions appliquées et des issues probables. C'est ce qui s'est passé pour le programme américain qui promet sans réserve une amnistie totale à ceux qui satisfont aux conditions énoncées et qui sont notamment les

premiers à se manifester. Le processus est évidemment conçu de manière à ce que les parties jouent aussi le jeu de leur côté car l'amnistie n'est totalement effective que lorsque l'enquête est close et qu'il n'est plus possible d'engager des poursuites. Toutefois, ce n'est pas parce que les États-Unis s'efforcent de rendre le processus certain dès le départ, que la Division antitrust ne dispose pas de moyens de pression. La lettre que la partie qui sollicite l'amnistie reçoit au départ lui accorde une amnistie conditionnelle, c'est-à-dire dépendant de conditions bien précises, telles qu'une coopération ininterrompue. Au Canada, les consultations menées sur le premier projet de révisions ont fait clairement apparaître que les milieux d'affaires souhaitaient obtenir un niveau de certitude et de transparence suffisant pour que les sociétés soient incitées à faire des révélations. Le Royaume-Uni suit également l'approche américaine, en privilégiant la certitude et en envoyant un courrier accordant une amnistie conditionnelle. Le système des Communautés européennes ne comporte pas de mécanisme précis permettant à une société de se faire rapidement une idée de l'issue probable de sa démarche si elle continue de coopérer à l'enquête de la direction de la concurrence. Il serait de toute façon difficile de faire fonctionner un tel dispositif du fait que la décision finale repose sur l'ensemble de la Commission. On espère qu'avec l'accroissement du nombre de cas, une certaine uniformité sera observée dans les pratiques, ce qui permettra de stabiliser les attentes à un niveau acceptable. La direction générale de la concurrence ne peut toutefois pas vraiment s'engager au départ.

Les exigences de rapidité et d'exhaustivité peuvent parfois être incompatibles. Les sociétés peuvent solliciter une amnistie avant d'avoir mené à terme leur propre enquête interne pour s'assurer la première place. Il peut s'avérer par la suite, dans le courant de l'enquête, que l'activité anticoncurrentielle a été plus importante que le comportement initialement signalé et n'est pas couverte par la protection contre les poursuites liée à l'octroi (conditionnel) de l'amnistie. Aux termes du programme américain, si la société qui se trouve dans ce cas continue de coopérer totalement et si elle satisfait aux critères lui permettant de bénéficier d'une amnistie pour l'activité nouvellement découverte, l'amnistie sera étendue à cette dernière par l'adjonction d'un additif à la lettre initiale.

Les décisions de clémence sont généralement prises au terme de la procédure de sanction. Un éventuel accord entre l'organisme de la concurrence et la société ou la personne physique est généralement subordonné à la poursuite de la coopération pendant toute l'enquête. L'organisme de la concurrence ne peut évidemment pas faire preuve d'arbitraire. Les programmes de clémence qui ont été annoncés et les procédures qui s'y rattachent amènent les sociétés à prendre des décisions fondées sur leurs attentes légitimes quant aux avantages qu'elles peuvent en tirer. Les autorités se réservent toutefois le droit de veiller à ce que, de leur côté, les sociétés ou les personnes tiennent aussi leurs engagements. Par exemple, dans le programme des Communautés européennes si une société

ayant bénéficié d'une réduction d'amende pour n'avoir pas contesté la matérialité des faits, conteste celle-ci pour la première fois dans un recours en annulation devant le Tribunal de première instance, la Commission demandera en principe à celui-ci d'augmenter le montant de l'amende qu'elle a infligée à cette société. Au Canada, les parties peuvent contacter le Bureau en vue d'obtenir une garantie provisoire écrite en matière d'immunité. Après l'avoir obtenue, elles divulguent les informations qu'elles détiennent et concluent une entente finale en matière d'immunité qui peut être révoquée s'il est établi par la suite qu'elles n'ont pas rempli leurs obligations.

La clémence envers une société ne peut être que le résultat d'une démarche entreprise par celle-ci. Dans le cadre du programme américain, l'aveu par une société de sa participation à une entente doit correspondre à un acte officiel de sa part et non pas à la démarche isolée de certains de ses responsables. Les Communautés européennes indiquent aussi clairement que la démarche effectuée auprès de la Commission doit correspondre à un acte officiel de la société et non pas à une initiative individuelle. La valeur de la démarche de la société peut être amoindrie si des personnes clés de son organisation ne coopèrent pas. En effet, si certains de ses dirigeants représentés par des avocats indépendants refusent de coopérer, la société risque de ne pas obtenir une réponse favorable à sa demande d'amnistie parce que son aveu n'est alors plus considéré comme un acte officiel de sa part ou parce que sa coopération n'est ni approfondie ni totale. En vertu du programme américain, pour que l'aveu de l'infraction soit considéré comme un acte de la société et pour que la coopération soit jugée « totale, constante et sans réserve », la société doit, de l'avis de la Division antitrust, prendre toutes les mesures juridiques raisonnables nécessaires pour coopérer à l'enquête. Si elle est incapable de s'assurer la coopération d'une ou de plusieurs personnes, cela n'empêchera pas nécessairement une réponse positive à sa demande d'amnistie, mais celle-ci tient compte du nombre et du poids dans la société des personnes qui refusent de coopérer ainsi que des mesures prises pour s'assurer leur coopération pour déterminer si la coopération offerte par la société est vraiment « totale, constante et sans réserve ».

Les situations et les motivations des personnes physiques peuvent être très différentes de celles des sociétés pour lesquelles elles travaillent. Lorsque les personnes physiques peuvent être aussi juridiquement responsables des violations de la législation, leurs intérêts et ceux de la société peuvent diverger. Dans le programme des États-Unis, la clémence accordée à une personne physique peut découler de celle accordée à la société qui l'emploie mais elle n'est pas subordonnée à elle. Le programme du Canada est même encore plus clair puisqu'il reconnaît la nécessité de traiter les personnes privées distinctement des sociétés pour lesquelles elles travaillent en soulignant que toute personne impliquée dans une violation possible peut offrir de coopérer avec les autorités et que les employés sont libres de contacter le Bureau en leur nom propre. Les personnes qui entreprennent

une telle démarche seront bien avisées de s'attacher les services d'un avocat indépendant et de ne pas compter sur la société pour représenter leurs intérêts. La responsabilité individuelle est exclue du système européen de sorte que les personnes privées sont moins incitées à prendre position contre leur entreprise. Malgré l'absence de responsabilité individuelle, les entreprises ont intérêt à se manifester parce qu'elles sont passibles d'une forte amende et que les amendes sont effectivement perçues.

Les sociétés ou les personnes physiques qui communiquent des informations sur des complices peuvent s'exposer à des risques de représailles commerciales ou même personnelles. Dans plusieurs juridictions, elles peuvent également être passibles de poursuites. Pour encourager la coopération malgré ces risques, les programmes de clémence garantissent généralement aux parties que les informations qu'elles communiquent seront tenues secrètes. Dans le programme des États-Unis, l'identité de l'informateur ainsi que les informations fournies demeurent confidentielles et ne peuvent être communiquées à d'autres organismes, y compris à des organismes étrangers ayant des accords de coopération avec les États-Unis, sans le consentement de l'informateur. Au Canada, le Bureau considère généralement comme confidentielles l'identité de la partie qui requiert l'immunité ainsi que toutes les informations obtenues d'elle. Les organismes d'application de la loi peuvent bien sûr trouver des moyens de se communiquer l'existence d'une situation de nature à intéresser les pouvoirs publics, sans toutefois divulguer les détails de ces sources confidentielles. Les renseignements obtenus d'une autre source dans une enquête en cours, notamment d'autres membres de l'entente, ne sont pas couverts par la confidentialité promise pour les révélations de la personne ou de l'entreprise qui a demandé la clémence. La dénonciation de ses concurrents par une société en échange de la clémence peut devenir manifeste par d'autres biais. Par exemple, le simple fait que la société ne soit pas citée ou qu'il ne lui soit pas infligé d'amende en même temps qu'aux autres sociétés du secteur, lorsque des sanctions sont prises, peut éveiller les soupçons. La législation financière peut également prévoir des impératifs de publicité dans le cadre de la responsabilité civile. Les sociétés font parfois savoir publiquement qu'elles coopèrent avec les autorités. Le fait qu'une société a coopéré avec les autorités communautaires sera finalement révélé si la Commission prend une mesure d'application puisqu'elle doit expliquer sa décision et notamment exposer les raisons pour lesquelles l'amende d'un contrevenant a été réduite.

Il est important que les organismes chargés de faire respecter la loi fassent connaître publiquement l'existence des programmes de clémence, pour encourager les membres réticents d'une entente à dénoncer leurs complices. Au Royaume-Uni, c'est bien avant l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur la concurrence que l'OFT a commencé à faire ouvertement connaître son intention d'accorder l'immunité contre des pénalités alourdies aux sociétés qui seraient les premières à lui commu-

niquer des éléments de preuve contre elles-mêmes et leurs complices. Dès qu'un programme est mis en route, la publicité peut exploiter ses premiers succès pour démontrer les avantages d'une démarche spontanée et les risques encourus si l'on n'est pas le premier à l'effectuer. En attendant de disposer de tels précédents, des exemples parlants empruntés à d'autres juridictions peuvent être très convaincants.

L'application d'un accord de clémence peut dépendre de l'intervention d'une autre instance, telle qu'un tribunal ou un ministère public. L'organisme de la concurrence ne tranche pas toujours en dernier ressort. Si des sanctions doivent prendre la forme d'une décision judiciaire, l'accord du juge peut être nécessaire pour alléger l'amende ou la sanction. Au Canada, la décision d'intenter des poursuites, et, partant, celle d'accorder l'immunité, relève en dernier ressort du procureur général. La mise en œuvre du programme du Bureau repose donc sur la formulation de recommandations adressées au procureur général et le ministère de la Justice a publié son propre programme en matière d'immunité. Il est en conséquence important de coordonner les orientations et les procédures avec les autres instances décisionnelles pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un programme de clémence.

Difficultés ou questions éventuelles

La gravité des peines encourues, et par voie de conséquence l'importance du « cadeau » que représente la clémence, est un élément important. Si les peines sont trop légères ou infligées trop rarement, une société ne sera guère tentée de chercher à les alléger. Si les sociétés ou les personnes physiques sont peu préoccupées par le risque associé à leur culpabilité, elles seront peu incitées à porter tort à des complices en trahissant l'entente injustifiable et en les dénonçant. Une société peut calculer que les avantages dont elle bénéficiera si elle continue d'enfreindre la loi, déduction faite du prix qu'elle devra payer si elle est se fait prendre, restent supérieurs aux avantages que lui procurera le non-paiement de ces pénalités – et elle doit tenir compte non seulement de la perte de profits qui résultera de son retrait de l'entente mais aussi du prix qu'elle aura à payer en termes de représailles de ses complices pour cette défection. Il est toutefois difficile de généraliser. Les raisons poussant à demeurer dans une entente ou à la dénoncer dépendent notamment de la sévérité des pénalités et de la perception que l'on a du risque qu'elles soient appliquées. Les différences de situations entre les participants à l'entente peuvent également jouer un rôle important. Si tous se trouvent dans une situation à peu près équivalente, ils peuvent opter pour une stratégie d'équilibre impliquant qu'ils continuent tous à participer à l'entente. Si, par contre, leurs situations ne sont pas symétriques, l'un d'eux peut être incité à quitter l'entente et si les effets de cette défection sont assez prononcés, d'autres pourront aussi être persuadés de le suivre. L'asymétrie des situations au sein d'une entente peut favoriser la défection même si les peines encourues sont légères. Une

société moins prospère que les autres participants, et qui a donc moins à perdre qu'eux si l'entente est divulguée, peut être tentée de mettre fin à celle-ci, même si la seule sanction encourue est une injonction d'interdiction prononcée contre tous les membres, y compris l'auteur du témoignage. Ce dernier peut estimer que sa rentabilité serait meilleure dans une situation de concurrence, ou il peut simplement vouloir prendre sa revanche contre les autres, dont il considère qu'ils le privent de « sa juste part » des bienfaits de l'entente. Mais si les peines sont si légères que les participants ne craignent aucunement les sanctions, quelle qu'en soit l'origine, c'est-à-dire, qu'ils ne modifieraient pas leur comportement ou qu'ils ne trahiraient pas même s'ils avaient la certitude d'être découverts et d'être sanctionnés, il faut remédier à cette situation avant qu'un programme de clémence efficace puisse être mis en place.

Le risque d'engager sa responsabilité personnelle peut constituer une forte motivation. La possibilité de se soustraire à une condamnation civile ou pénale peut fortement encourager à coopérer à un stade précoce. Un cadre peut se sentir poussé à faire une démarche auprès des autorités pour éviter de se trouver personnellement impliqué alors que la société qui l'emploie n'a pas encore pris la décision d'intervenir ou a, au contraire, décidé de n'en rien faire. (Le risque de voir leur responsabilité personnelle engagée peut aussi inciter d'anciens salariés à coopérer, surtout s'ils travaillent maintenant pour un concurrent). C'est pourquoi, certains organismes de la concurrence ont estimé que des programmes de clémence ne seraient pas efficaces dans des systèmes qui ne prévoient pas la responsabilité personnelle. L'existence de peines ou de sanctions visant les personnes physiques ne constitue cependant pas une condition indispensable à l'introduction d'un programme de clémence. La perspective de réductions d'amendes est un argument auquel une entreprise ne doit pas être insensible. Ses dirigeants effectueront probablement les calculs nécessaires pour déterminer si la société a financièrement intérêt à dénoncer précocement l'entente plutôt qu'à garder le silence en espérant que ses complices en feront autant. Les deux stratégies seront mises en balance d'autant plus soigneusement que les structures du gouvernement d'entreprise permettent aux administrateurs ou aux actionnaires de sanctionner les mauvaises décisions des dirigeants. Là encore, pour que le dispositif soit efficace, il faudra que les pénalités encourues soient suffisamment fortes pour avoir un effet sensible sur les résultats financiers des sociétés.

Une objection soulevée contre la clémence, qui est du même ordre que celle qui est parfois formulée contre la pratique du « marchandage de peine », est que les organismes chargés de faire respecter la loi qui ne sanctionnent pas énergiquement les infractions manquent regrettablement à leurs devoirs. Dans une telle conception de la jurisprudence, l'instance exécutoire n'a aucune latitude pour moduler l'application de la loi. En réalité, rares sont les organismes d'exécution (s'ils existent) qui pourraient fonctionner efficacement dans un tel schéma. Des

arbitrages sont inévitables, ne serait-ce que pour déterminer les affaires prioritaires et peser les coûts et les avantages de différentes décisions. La Commission européenne répond directement à cette objection, en notant que « le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir ces pratiques révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des sociétés qui, en coopérant avec la Commission, lui permettent de découvrir et sanctionner une entente ou qui l'aident dans cette tâche. » On trouve une prise de position analogue dans le programme britannique. Il est probable que l'efficacité globale de l'application de la loi et le respect du droit y gagneront si la clémence à l'égard de quelques contrevenants permet d'appliquer plus rigoureusement la loi à d'autres.

Certains peuvent trouver injuste que l'auteur d'une infraction puisse échapper aux conséquences de son action en avouant et en faisant peser les responsabilités sur les autres mais pour des manquements à la législation tels que ceux que constitue l'établissement d'ententes qui impliquent plusieurs participants, le souci de voir la loi efficacement appliquée peut l'emporter sur cette considération du fait que même si un participant « s'en tire à bon compte », les autres seront poursuivis et ces poursuites auront plus de chances d'aboutir grâce aux preuves obtenues à l'aide de l'offre d'amnistie. Il faut, pour cela, que d'autres parties puissent être poursuivies ; les autorités canadiennes refusent l'amnistie si la partie qui la sollicite est le seul membre de l'entente à avoir bénéficié de celle-ci au Canada.

Certaines juridictions ne jouissent que d'une liberté d'action limitée pour la fixation des sanctions pécuniaires. Une « surtaxe » peut être fixée par une loi ou un règlement et représenter un pourcentage fixe du chiffre d'affaires, des bénéfices ou de l'impact de l'entente. Sa perception peut être considérée comme un acte administratif plutôt que comme une action visant à faire respecter la loi, ce qui peut éviter les retards et les incertitudes attachés à la procédure judiciaire. Cependant, le manque de flexibilité du processus au niveau de la fixation du montant peut constituer un obstacle à la clémence si la réduction ou la suppression du risque financier ne peut être incluse dans l'offre de clémence. Les instances exécutoires peuvent toutefois avoir la possibilité de décider de percevoir ou non la surtaxe même si elles ne sont guère libres d'en fixer le montant. De plus, s'il existe d'autres instruments de coercition, comme des sanctions pénales, la clémence pourrait consister notamment en un engagement à ne pas poursuivre au pénal les contrevenants qui se sont manifestés les premiers. L'efficacité de ce dispositif dépendrait de la crédibilité des risques d'ordre pénal ou autre.

La clémence ayant pour effet immédiat de réduire les pénalités au moins pour quelques participants, certains affirment que ces programmes risquent en fait d'encourager la collusion puisqu'ils reviennent à diminuer le prix à payer pour des agissements illicites. (Motta, 1999) Mais cette diminution n'est possible que pour la première société qui se manifeste. Pour les autres, qui risquent davantage

que leur participation soit découverte, preuves à l'appui, le coût potentiel de la collusion peut être sensiblement plus lourd après la mise en place d'un programme de clémence. En tout état de cause, rien n'indique que l'impact net d'un tel programme puisse être d'inciter les sociétés à pratiquer la collusion plutôt que de les en dissuader. Aucune société ne peut être certaine d'être la première à se manifester. Une stratégie trop « bien calculée » risque en outre de se retourner contre elle, car la bonne foi entre généralement en ligne de compte dans l'octroi de la clémence.

Coopération internationale et coordination entre juridictions

Avec l'augmentation du nombre des actions contre les ententes internationales, il deviendra nécessaire de résoudre des problèmes de coordination internationale et de trouver les moyens de tenir compte des intérêts majeurs des autres juridictions dans l'élaboration et l'application des programmes de clémence. Des accords formels de coopération pour l'application des législations pourraient avoir des incidences sur l'étendue et la nature de la coordination entre les différentes juridictions pour la clémence qu'elles accordent aux participants d'une entente, au moins au niveau du partage d'informations lorsque celui-ci est autorisé. Une certaine coordination est aussi probable là où les domaines de compétence de différentes juridictions se chevauchent comme c'est le cas entre l'UE et ses États membres ou dans certains pays à régime fédéral. Il conviendrait toutefois de ne pas trop faire ressortir la possibilité de collaboration entre juridictions car si elle savait que les informations qu'elle transmet risquent d'être communiquées à d'autres juridictions, une société pourrait être dissuadée de se manifester pour bénéficier d'une clémence⁴. Le renforcement de la coopération peut toutefois aussi impliquer que les organismes de la concurrence obtiendront des informations sur les ententes de leurs homologues étrangers plutôt que par le biais d'aveux ou de plaintes. Les entreprises qui chercheront à être les premières à les informer d'une chose qu'elles pensent ignorée d'eux pourraient être déçues de constater qu'ils ont en fait déjà obtenu cette information d'une autre source.

Les engagements en matière de confidentialité inclus dans les programmes de clémence ne doivent pas, dans l'ensemble, gêner la coopération. Même si les organismes de la concurrence s'engagent à ne pas informer leurs homologues étrangers des demandes d'amnistie qui leur sont adressées, ces derniers en découvrent en fait rapidement l'existence. Les organismes de la concurrence peuvent en effet, par exemple, partager des informations fournies par d'autres aspects de l'enquête entreprise après le dépôt de la demande de clémence. Les États-Unis promettent aux demandeurs d'amnistie qu'ils n'informeront pas les autres autorités de leur démarche mais ils attirent aussi leur attention sur le fait qu'ils ont intérêt à contacter eux-mêmes rapidement ces autorités avant que l'organisme américain obtienne d'autres éléments de preuve qu'il peut partager

en toute impunité. Le programme britannique ne stipule pas qu'il faut obtenir des parties qui sollicitent l'immunité l'autorisation de partager les informations communiquées avec d'autres juridictions mais cette possibilité n'est pas exclue et l'OFT aborde cette question avec les sociétés. Certaines entreprises auraient essayé, dit-on, d'utiliser les accords de coopération pour échapper à leurs responsabilités ou d'exiger des engagements sur la nature des informations qu'un organisme de la concurrence communiquera à d'autres. Les entreprises concluent toutefois, évidemment, qu'elles ne peuvent « jouer » sur les systèmes en essayant de communiquer des informations différentes aux diverses instances exécutoires. Les programmes exigent que ceux qui souhaitent bénéficier de mesures de clémence fassent en toute bonne foi des aveux complets. Si les autorités découvrent par d'autres voies qu'une société ou une personne privée n'a pas été honnête avec elles, elles reviendront sur la décision de lui accorder la clémence. Elles pourront aussi trouver suspect qu'elle refuse de les autoriser à s'assurer de sa bonne foi auprès d'autres organismes officiels après qu'elle aura déposé une demande de clémence auprès d'eux. Les sociétés semblent prêtes à reconnaître que le partage des informations communiquées avec l'ensemble des autorités sera inévitable.

Les autorités de la concurrence peuvent annoncer clairement qu'elles agiront indépendamment les unes des autres, c'est-à-dire qu'une société ne passera pas en tête de liste pour la simple raison qu'elle a obtenu la clémence dans un autre pays en s'y manifestant la première. Ce principe permettra de préserver les options possibles et il devrait inciter les sociétés à se manifester rapidement et fréquemment. Le fait de faire clairement savoir qu'il ne sera pas tenu compte du traitement accordé ailleurs empêchera le recours à une stratégie consistant pour une société à « faire ses aveux » dans une juridiction où le risque de pénalité est de toute façon faible et à faire valoir ensuite dans celles où le risque est plus grand qu'il s'agit d'un précédent qui doit déterminer, ou du moins influencer, le traitement qui leur sera réservé sans avoir en fait formulé de demande de clémence dans la première juridiction, ni même y avoir mis fin à sa participation à l'entente. Si les juridictions refusent de lier leurs décisions de clémence à celles des autres, il est probable que les sociétés se manifesteront aussi rapidement que possible dans toutes les juridictions où elles risquent d'importantes pénalités, une fois qu'elles auront décidé d'agir. Même si la multiplication des démarches peut impliquer un certain manque d'efficacité aussi bien pour les autorités que pour les sociétés, c'est sans doute un faible prix à payer pour l'avantage que représente, en termes d'application de la loi, la « course aux tribunaux » à laquelle se livreront les sociétés. Les raisons d'agir rapidement sont déjà évidentes. Des sociétés se manifestent maintenant simultanément dans toutes les grandes juridictions dotées de programmes de clémence.

Le processus d'octroi de la clémence est utile pour obtenir des informations. Les aveux motivés par lui permettent en effet d'obtenir des informations auxquelles un organisme de la concurrence n'aurait pas accès autrement, au moins sans que cela lui coûte cher et ce n'est peut-être pas le seul avantage qu'il offre. Le programme des États-Unis exige du demandeur d'amnistie qu'il communique les documents et les autres éléments de preuve nécessaires où qu'ils se trouvent. Le demandeur d'amnistie passe en effet avec les autorités américaines un accord qui lève certains des obstacles techniques à l'obtention d'éléments de preuve ne se trouvant pas aux États-Unis.

Notes

1. Notice n°68/2000 du 17 avril 2000 ; www.bundeskartellamt.de/19.04.2000_englisch.html ; site visité le 16 mai 2000.
2. Même si aucune enquête n'est en cours, une demande d'amnistie peut être rejetée si la société dont elle émane offre une information ou un indice qui n'est pas assez déterminant. De plus, à mesure que l'enquête progresse, les entreprises peuvent découvrir de nouvelles informations et être ainsi en mesure de faire une offre de preuves plus complète par la suite. La Commission pourra, elle aussi, en savoir alors davantage de sorte que la question du caractère « déterminant » des éléments d'information fournis aura probablement été soulevée.
3. Aux États-Unis, la résolution d'une affaire pénale par un plaidoyer de *nolo contendere* (non-contestation des faits) peut établir la responsabilité et entraîner l'imposition de sanctions pénales mais elle n'équivaut pas à un aveu et n'implique pas *prima facie* de condamnation à des dommages et intérêts ou d'injonction dans un procès civil. Bien sûr, si la clémence suppose l'immunité contre des poursuites, il n'y aura même pas de déclaration de « non-contestation ». Depuis de nombreuses années, la Division antitrust considère irrecevables les plaidoyers de *nolo contendere* dans les affaires pénales antitrust.
4. Cela pourrait aussi compromettre le recours aux offres de clémence en vue d'obtenir des informations en justifiant le refus de coopérer d'un protagoniste. Une affaire survenue récemment aux États-Unis n'a pas permis d'apporter une réponse à la question de savoir si une société ou une personne physique pouvait refuser de fournir des informations alors qu'elle avait obtenu l'immunité. Les lois en matière d'infractions internationales étaient sensiblement les mêmes aux États-Unis et dans les autres pays concernés et les États-Unis avaient accordé l'immunité contre des poursuites au niveau national afin d'obtenir des éléments de preuve qu'ils communiqueraient aux autres pays dans le cadre d'une infraction qui les concernait aussi. (*États-Unis contre Balsys*, 524, US 777 (1998) (*dictum*).)

Bibliographie

- OCDE CLP (1998),
Comité du droit et de la politique de la concurrence, Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Italie, 1997 [DAFFE/CLP(98)17/12].
- OCDE CLP (2000a),
Working Party No. 3 on International Co-operation, Roundtable on Leniency Programs, Note by the US Department of Justice [DAFFE/CLP/WP3/WD(2000)1].
- OCDE CLP (2000b),
Working Party No. 3 on International Co-operation, Roundtable on Leniency Programs, Note by Korea [DAFFE/CLP/WP3/WD(2000)2].
- OCDE CLP (2000c),
Working Party No. 3 on International Co-operation, Roundtable on Leniency Programs, Note by Canada [DAFFE/CLP/WP3/WD(2000)3].
- Massimo Motta et Michele Polo (1999),
Leniency Programs and Cartel Prosecution, IGIER Document de travail No. 150, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT ID=165688>.

ANNEXES ET APPENDICES

<i>Annexe A.</i>	Programme des États-Unis	39
	Politique de clémence de la division antitrust des États-Unis pour les sociétés	39
	Politique de clémence de la division antitrust des États-Unis pour les personnes physiques.....	41
	Modèle de lettre d'amnistie pour les sociétés.....	43
	Modèle de lettre d'amnistie pour les personnes physiques	47
<i>Annexe B.</i>	Programme du Royaume-Uni	49
	Directives relatives au montant des sanctions pecuniaires de l' <i>Office of fair trading</i>	49
	Projet de lettre concernant une amnistie totale.....	52
	Projet de lettre pour une clémence partielle	55
<i>Annexe C.</i>	Programme d'immunité du Canada.....	59
	Bulletin d'information du Bureau de la concurrence Programme d'immunité en vertu de la Loi sur la concurrence	59
<i>Annexe D.</i>	Programme des communautés Européennes	65
	Communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes	65
<i>Appendice I.</i>	La note 2002 de clémence de la Commission européenne	69
<i>Appendice II.</i>	Le communiqué de presse de la Commission européenne sur la note 2002 concernant la clémence	73

Annexe A

Programme des États-Unis

POLITIQUE DE CLÉMENCE POUR LES SOCIÉTÉS DE LA DIVISION ANTITRUST AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

La Division antitrust applique une politique consistant à accorder la clémence aux sociétés qui font état de leurs activités antitrust illégales à un stade précoce, sous certaines conditions. La « clémence » se traduit par le non-engagement de poursuites pénales contre ces sociétés pour les activités qu'elles révèlent. (Cette politique est aussi connue sous le nom de politique d'amnistie ou de politique d'immunité en faveur des sociétés.)

A. Clémence avant l'ouverture d'une enquête

La clémence sera accordée à une société qui fait état d'une activité illégale avant l'ouverture d'une enquête, si les six conditions suivantes sont remplies :

1. La Division antitrust n'avait pas été informée, par une autre source, de l'activité illégale révélée au moment où la société s'est manifestée.
2. La société a promptement pris des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale dénoncée, dès qu'elle l'a découverte.
3. La société dénonce l'infraction à la loi sincèrement et intégralement et elle apporte à la Division antitrust une coopération totale, constante et sans réserve pendant toute la durée de l'enquête.
4. L'aveu de l'infraction correspond vraiment à un acte officiel de la société et non pas à la démarche isolée de certains cadres ou membres de la direction.
5. Chaque fois que cela est possible, la société dédommage les parties lésées.
6. La société n'a pas contraint une autre partie à participer à l'activité illégale et elle n'a manifestement été ni la meneuse, ni l'instigatrice de l'activité.

B. Autres conditions permettant aussi d'obtenir la clémence

Si une société se manifeste pour faire état d'une activité antitrust illégale mais ne satisfait pas à toutes les conditions exposées dans la partie A ci-dessus, elle peut obtenir la clémence, qu'elle se manifeste avant ou après l'ouverture d'une enquête, si les sept conditions suivantes sont remplies :

1. La société est la première à se manifester et elle remplit les conditions requises pour obtenir la clémence pour l'activité illégale qu'elle dénonce.
2. La Division antitrust ne détient pas encore, au moment où la société se manifeste, des éléments de preuve contre elle qui auraient des chances d'aboutir à sa condamnation ;

3. La société a promptement pris des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale dénoncée, dès qu'elle l'a découverte.
4. La société dénonce l'infraction à la loi sincèrement et intégralement et elle apporte à la Division antitrust une coopération totale, constante et sans réserve qui fait avancer l'enquête de la Division.
5. L'aveu de l'infraction correspond vraiment à un acte officiel de la société et non pas à la démarche isolée de certains cadres ou membres de la direction.
6. Chaque fois que cela est possible, la société dédommage les parties lésées.
7. La Division antitrust estime qu'en accordant la clémence elle ne commettra pas d'injustice envers d'autres, compte tenu de la nature de l'activité illégale, du rôle joué dans celle-ci par la société qui avoue et du moment où cette dernière se manifeste.

Pour la septième condition, les principaux facteurs pris en considération seront la rapidité avec laquelle la société s'est manifestée et le fait qu'elle a ou non contraint une autre partie à participer à l'activité illégale ou qu'elle a ou non été manifestement la meneuse ou l'instigatrice de l'activité. L'obligation de satisfaire à cette dernière condition sera faible si la société se manifeste avant que la Division antitrust ait ouvert une enquête sur l'activité illégale. Plus la Division sera près de détenir des éléments de preuve ayant des chances d'aboutir à une condamnation et plus cette obligation sera forte.

C. Clémence pour les administrateurs, dirigeants et employés de la société

Si une société remplit les conditions requises dans la partie A ci-dessus pour obtenir la clémence, tous ses administrateurs, dirigeants et employés qui admettent leur participation à l'activité antitrust illégale dans le cadre de l'aveu de la société bénéficieront d'une mesure de clémence revêtant la forme d'un non-engagement de poursuites pénales contre eux pour l'activité illégale, s'ils reconnaissent sincèrement et intégralement leur infraction et s'ils continuent de coopérer avec la Division antitrust pendant toute la durée de l'enquête.

Si une société ne remplit pas les conditions requises dans la partie A ci-dessus pour obtenir la clémence, la possibilité d'accorder l'immunité contre des poursuites pénales à ses administrateurs, dirigeants et employés qui se sont manifestés avec elle sera examinée sur la même base que s'ils avaient pris contact avec la Division à titre individuel.

D. Procédure de clémence

Si l'agent qui reçoit la demande de clémence estime que la société remplit les conditions requises et que la clémence doit lui être accordée, il doit adresser au bureau des opérations (Office of Operations) une recommandation favorable exposant les raisons pour lesquelles la clémence doit être octroyée. L'agent ne doit pas attendre, pour formuler cette recommandation, qu'une note explicative recommandant l'engagement de poursuites contre les autres participants soit élaborée. Le directeur des opérations (Director of Operations) examinera la demande et la transmettra au procureur général adjoint (Assistant Attorney General) pour décision finale. Si l'agent recommande de ne pas accorder la clémence, les avocats de la société jugeront peut-être utile de rencontrer le directeur des opérations pour faire connaître leur point de vue. Les avocats n'ont pas automatiquement droit à cette rencontre mais sa possibilité ne sera généralement pas exclue.

POLITIQUE DE CLÉMENCE POUR LES PERSONNES PHYSIQUES DE LA DIVISION ANTITRUST DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Le 10 août 1993, la Division antitrust a annoncé une nouvelle politique de clémence pour les sociétés en vertu de laquelle une société peut échapper à des poursuites pénales pour violations de la loi antitrust en avouant le rôle qu'elle a joué dans les activités illégales, en coopérant pleinement avec la Division antitrust et en satisfaisant aux autres conditions spécifiées. La politique de clémence pour les sociétés fixe aussi les conditions dans lesquelles les administrateurs, les dirigeants et les employés qui se font connaître au moment où la société se manifeste, qui avouent et coopèrent pourront obtenir la clémence à titre individuel. La Division antitrust annonce aujourd'hui une nouvelle politique de clémence pour les personnes physiques qui prend effet immédiatement et s'applique à toutes les personnes qui prennent contact avec la Division, en leur nom propre et non pas dans le cadre d'une offre de preuves ou d'aveux formulés par une société, pour solliciter sa clémence en échange de la dénonciation d'activités antitrust illégales ignorées jusque-là de la Division. Dans le cadre de cette politique, le terme « clémence » signifie le non-engagement de poursuites pénales contre toute personne se trouvant dans ce cas, pour l'activité qu'elle dénonce.

A. Conditions d'octroi de la clémence aux personnes physiques

La clémence sera accordée à une personne physique qui fait état d'une activité antitrust illégale avant l'ouverture d'une enquête, si les trois conditions suivantes sont remplies :

1. La Division antitrust n'avait pas été informée, par une autre source, de l'activité illégale dénoncée au moment où la personne physique s'est manifestée.
2. La personne physique dénonce l'infraction à la loi sincèrement et intégralement et elle apporte à la Division antitrust une coopération totale, constante et sans réserve pendant toute la durée de l'enquête.
3. La personne physique n'a pas contraint une autre partie à participer à l'activité illégale et elle n'a manifestement été ni la meneuse, ni l'instigatrice de l'activité.

B. Applicabilité de la politique

Toute personne physique qui ne remplit pas les conditions requises dans la partie A ci-dessus pour obtenir la clémence, pourra prétendre à une immunité statutaire ou informelle contre des poursuites pénales. Les décisions à cet effet seront prises, au cas par cas, par la Division antitrust en vertu du pouvoir discrétionnaire dont elle jouit en matière de poursuites.

Si une société essaie de remplir les conditions requises pour obtenir la clémence en vertu de la politique de clémence pour les sociétés, ses administrateurs, dirigeants ou employés qui se manifesteront et avoueront avec elle ne pourront obtenir une clémence que sous couvert des dispositions de ladite politique.

C. Procédure de clémence

Si l'agent qui reçoit la demande de clémence estime que la personne physique qui l'a formulée remplit les conditions requises et que la clémence doit lui être accordée, il doit adresser au sous-adjoint du procureur général chargé des actions judiciaires (Deputy Assistant Attorney General for Litigation) une recommandation favorable exposant les raisons pour lesquelles la clémence doit être octroyée. L'agent ne doit pas attendre, pour formuler cette recommandation, qu'une note explicative recommandant l'engagement de poursuites contre les autres participants soit élaborée. Le sous-adjoint du procureur général chargé des actions judiciaires examinera la demande et la transmettra au procureur général adjoint pour décision finale. Si l'agent recommande de ne pas accorder la clémence, la personne concernée et son avocat jugeront peut-être utile de rencontrer le sous-adjoint du procureur général chargé des actions judiciaires pour faire connaître leur point de vue. Les personnes physiques et leurs avocats n'ont pas automatiquement droit à cette rencontre mais sa possibilité ne sera généralement pas exclue.

Texte publié le 10 août 1994.

MODÈLE DE LETTRE D'AMNISTIE POUR LES SOCIÉTÉS

Ministère de la Justice des États-Unis
Division antitrust
Bureau du sous-adjoint du procureur général
Washington, D.C. 20530

[Nom et adresse du destinataire]

Monsieur [ou Madame],

La présente lettre expose les clauses et conditions d'un accord entre la Division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis et la société ABC, Inc., à propos d'un(e) possible [préciser : entente sur les prix, trucage des offres, partage des marchés, par exemple] ou autre comportement contrevenant aux dispositions de la section 1 du Sherman Act (15 USC. § 1), dans le secteur de [préciser] au(x) [préciser la portée géographique : niveau mondial, États-Unis, par exemple]. Cet accord est conditionnel et il ne vaut que si la société ABC, Inc., satisfait aux conditions énumérées ci-dessous. Lorsque toutes ces conditions auront été remplies, la Division avisera, par écrit, la société ABC, Inc. que sa demande a été acceptée. Il est en outre entendu que les révélations faites par l'avocat de la société ABC, Inc. pour appuyer la demande d'amnistie ne constitueront pas une renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat ou du privilège de non-communication de documents établis en vue de la préparation d'un procès.

ACCORD

1. Exposé des faits : la société ABC souhaite informer la Division antitrust d'un(e) possible [entente sur les prix, par exemple] ou autre comportement contrevenant aux dispositions du Sherman Act dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique]. La société ABC déclare à la Division antitrust, à propos de l'activité anticoncurrentielle dont elle fait état :

- a) qu'elle a promptement pris des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à cette activité, dès qu'elle l'a découverte, et
- b) qu'elle n'a contraint aucune autre partie à participer à l'activité et qu'elle n'a été ni la meneuse, ni l'instigatrice de l'activité.

2. Coopération : la société ABC accepte d'apporter à la Division antitrust une coopération totale, constante et sans réserve en ce qui concerne l'activité dénoncée et notamment, mais pas uniquement, de :

- a) exposer intégralement tous les faits relatifs à l'activité dénoncée qui sont connus de la société ABC ;

- b) fournir promptement, et sans exiger d'assignation, tous les documents ou autres éléments en sa possession ou sous sa garde ou son contrôle, où qu'ils se trouvent, que la Division antitrust lui demande et qu'elle n'a pas encore communiqués ;
- c) déployer tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés coopèrent totalement, franchement et honnêtement avec la Division antitrust et encourager ces personnes à fournir d'elles-mêmes à cette dernière toutes les informations concernant d'autres accords [entente sur les prix, par exemple] ou comportements possibles contrevenant aux dispositions de la section 1 du Sherman Act (15 USC. § 1), dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique] ;
- d) faciliter la participation de ses actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés aux entretiens ou dépositions que la Division antitrust pourra solliciter, aux heures et lieux fixés par cette dernière ;
- e) déployer tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations à la Division antitrust répondent totalement, franchement et honnêtement à toutes les questions qui leur seront posées dans les entretiens ainsi que dans les comparutions devant les chambres des mises en accusation et dans les procès ;
- f) déployer tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations à la Division antitrust n'essaient pas de protéger ou d'impliquer à tort une autre personne ou une autre entité ; et
- g) déployer tous les efforts raisonnables possibles, à la satisfaction de la Division antitrust, pour dédommager toute personne ou entité lésée par un accord [entente sur les prix, par exemple] ou un autre comportement contrevenant aux dispositions de la section 1 du Sherman Act (15 USC. § 1), dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique] auquel la société ABC a participé.

3. Clémence à l'égard des sociétés : sous réserve de la vérification des déclarations de la société ABC exposées plus haut au paragraphe 1, et à condition que la société ABC lui apporte la coopération totale, constante et sans réserve décrite au paragraphe 2 ci-dessus, la Division antitrust accepte conditionnellement d'appliquer à la société ABC le programme de clémence pour les sociétés [Partie A/Partie B] exposé par la Division antitrust dans une communication en date du 10 août 1993 (ci-jointe). En application de cette politique, la Division antitrust accepte de ne pas engager de poursuites pénales contre la société ABC pour tout acte délictueux ou toute infraction qu'elle peut avoir commis avant la date de la présente lettre dans le cadre de l'activité anticoncurrentielle dénoncée dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique]. Les engagements pris dans le présent paragraphe n'ont force obligatoire que pour la Division antitrust, bien que celle-ci puisse, à la demande de la société, porter le présent accord à l'attention d'autres instances judiciaires ou organismes administratifs. Si la Division antitrust constate à un moment quelconque que la société ABC a violé les clauses du présent accord, celui-ci sera alors annulé et la Division antitrust pourra revenir sur sa décision conditionnelle d'appliquer à la société ABC le programme de clémence pour les sociétés. Si la Division antitrust revient sur sa décision conditionnelle d'appliquer à la société ABC le programme de clémence pour les sociétés, elle pourra alors engager des poursuites pénales contre la société ABC, sans aucune restriction. Si de telles poursuites sont engagées, tout document ou toute autre information fournis par la société ABC ainsi que toute communication ou toute autre information fournie par n'importe

lequel de ses actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés à la Division antitrust, en vertu du présent accord, pourront être utilisés contre la société ABC dans le cadre de ces poursuites.

4. Non-engagement de poursuites judiciaires contre les administrateurs, dirigeants et employés de la société : à condition que la société ABC lui apporte une coopération totale, constante et sans réserve, la Division antitrust convient que les actuels [et anciens] administrateurs, dirigeants et employés de la société ABC qui reconnaissent qu'ils étaient au courant de l'activité anticoncurrentielle dénoncée ou qu'ils y ont participé et qui coopèrent totalement et honnêtement avec la Division antitrust pour l'enquête que celle-ci mène sur la dite activité, ne feront pas l'objet de poursuites pénales de la part de la Division antitrust pour tout acte délictueux ou toute infraction qu'ils peuvent avoir commis [pendant leur période d'emploi par ABC] avant la date de la présente lettre, dans le cadre de l'activité anticoncurrentielle dénoncée dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique]. Cette totale et honnête coopération impliquera notamment, pour chacune de ces personnes, de :

- a) tenir ses documents et notes personnels pertinents à la disposition des procureurs et agents des États-Unis, sur le territoire des États-Unis ;
- b) se tenir à la disposition des procureurs et agents des États-Unis pour des entretiens organisés sur le territoire des États-Unis ;
- c) répondre totalement et honnêtement à toutes les questions posées par les États-Unis sur [décrire l'infraction dénoncée], sans impliquer faussement quiconque ou retenir intentionnellement des informations ;
- d) permettre autrement aux États-Unis d'avoir accès à des informations en sa possession concernant [décrire l'infraction dénoncée] ; et
- e) témoigner, à la demande des États-Unis et sur le territoire des États-Unis, sans réserve, honnêtement et sous serment, dans un procès, devant une chambre des mises en accusation ou dans le cadre de toute autre action en justice, au sujet de [décrire l'infraction dénoncée], sous peine de se voir infliger les sanctions applicables au parjure (18 USC. § 1621) et aux fausses dépositions ou déclarations effectuées devant une chambre des mises en accusation ou dans le cadre de procédures judiciaires (18 USC. § 1623).

Les engagements pris dans le présent paragraphe n'ont force obligatoire que pour la Division antitrust, bien que celle-ci puisse, à la demande de la société, porter le présent accord à l'attention d'autres instances judiciaires ou organismes administratifs. Si un actuel [ou ancien] administrateur, dirigeant ou employé de la société ABC ne s'acquitte pas entièrement de ses obligations énumérées ci-dessus, le présent accord sera annulé pour cette personne et toute clémence, immunité ou renonciation à l'engagement de poursuites judiciaires dont elle pourra avoir bénéficié en vertu du présent accord, pourra être annulée par la Division antitrust. Si la clémence, l'immunité ou la renonciation à l'engagement de poursuites judiciaires qui ont été consenties sont annulées, la Division antitrust peut alors poursuivre cette personne au pénal et toute communication ou toute autre information fournie par cette dernière à la Division antitrust, en vertu du présent accord, pourra être utilisée contre elle dans le cadre de ces poursuites.

5. Intégralité de l'accord : la présente lettre constitue l'intégralité de l'accord passé entre la Division antitrust et la société ABC et elle remplace tous les arrangements antérieurs éventuels, oraux ou écrits, afférents à la question considérée ici.

6. Pouvoirs et qualité : la Division antitrust et la société ABC déclarent et certifient chacune à l'autre que les signataires du présent accord pour le compte de chacune des parties

à celui-ci disposent de tous les pouvoirs et de la qualité nécessaires pour exécuter le présent accord et lier les parties respectives à celui-ci.

Les signataires suivants déclarent accepter les clauses et conditions qui précèdent.

Veillez agréer, Monsieur (ou Madame), l'assurance de ma considération distinguée.

Date : _____

Gary R. Spratling
Sous-adjoint du procureur général
Division antitrust

[Nom]
Société ABC, Inc.

Date : _____

[Avocat de la société ABC, Inc.]

Date : _____

MODÈLE DE LETTRE D'AMNISTIE POUR LES PERSONNES PHYSIQUES

Ministère de la Justice des États-Unis
Division antitrust
Bureau du sous-adjoint du procureur général
Washington, D.C. 20530

[Nom et adresse du destinataire]

Monsieur [ou Madame],

La présente lettre expose les clauses et conditions d'un accord entre la Division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis et [vous-même/votre client], [nom du « demandeur »], à propos d'un(e) possible [préciser : entente sur les prix, trucage des offres, partage des marchés, par exemple] ou autre comportement contrevenant aux dispositions de la section 1 du Sherman Act (15 USC. § 1), dans le secteur de [préciser] au(x) [préciser la portée géographique : niveau mondial, États-Unis, par exemple]. Cet accord est conditionnel et il ne vaut que si le demandeur satisfait aux conditions énumérées ci-dessous. Lorsque toutes ces conditions auront été remplies, la Division avisera, par écrit, le demandeur que sa demande a été acceptée. [Il est en outre entendu que les révélations faites par l'avocat du demandeur pour appuyer la demande d'amnistie ne constitueront pas une renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat ou du privilège de non-communication de documents établis en vue de la préparation d'un procès].

ACCORD

1. Exposé des faits : le demandeur souhaite informer la Division antitrust d'un(e) possible [entente sur les prix, par exemple] ou autre comportement contrevenant aux dispositions du Sherman Act dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique]. Il déclare à la Division antitrust, à propos de l'activité anticoncurrentielle dont il fait état, qu'il n'a contraint aucune autre partie à participer à l'activité et qu'il n'a été ni le meneur, ni l'instigateur de l'activité.

2. Coopération : le demandeur accepte d'apporter à la Division antitrust une coopération totale, constante et sans réserve en ce qui concerne l'activité dénoncée et notamment, mais non exclusivement, de :

- a) tenir ses documents et notes personnels pertinents à la disposition des procureurs et agents des États-Unis [sur le territoire des États-Unis] ;
- b) se tenir à la disposition des procureurs et agents des États-Unis pour des entretiens organisés [sur le territoire des États-Unis] à la demande des États-Unis ;

- c) répondre totalement et honnêtement à toutes les questions posées par les États-Unis sur [décrire l'infraction dénoncée], sans impliquer faussement quiconque ou retenir intentionnellement des informations ;
- d) permettre autrement aux États-Unis d'avoir accès à des informations en sa possession concernant [décrire l'infraction dénoncée] ; et
- e) témoigner, à la demande des États-Unis [sur le territoire des États-Unis], sans réserve, honnêtement et sous serment, dans un procès, devant une chambre des mises en accusation ou dans le cadre de toute autre action en justice, au sujet de [décrire l'infraction dénoncée], sous peine de se voir infliger les sanctions applicables au parjure (18 USC. § 1621) et aux fausses dépositions ou déclarations effectuées devant une chambre des mises en accusation ou dans le cadre de procédures judiciaires (18 USC. § 1623).

3. Clémence pour les personnes physiques : sous réserve de la vérification des déclarations du demandeur exposées plus haut au paragraphe 1, et à condition que le demandeur lui apporte la coopération totale, constante et sans réserve décrite au paragraphe 2 ci-dessus, la Division antitrust accepte conditionnellement d'appliquer au demandeur le programme de clémence pour les personnes physiques exposé par la Division antitrust dans une communication en date du 10 août 1994 (ci-jointe). En application de cette politique, la Division antitrust accepte de ne pas engager de poursuites pénales contre le demandeur pour tout acte délictueux ou toute infraction qu'il peut avoir commis avant la date de la présente lettre dans le cadre de l'activité anticoncurrentielle dénoncée dans le secteur [préciser] au(x) [préciser la portée géographique]. Si la Division antitrust constate à un moment quelconque que le demandeur a violé les clauses du présent accord, celui-ci sera alors annulé et la Division antitrust pourra revenir sur sa décision conditionnelle d'appliquer au demandeur le programme de clémence pour les personnes physiques. Si la Division antitrust revient sur sa décision conditionnelle d'appliquer au demandeur le programme de clémence pour les personnes physiques, elle pourra alors engager des poursuites pénales contre le demandeur, sans aucune restriction. Si de telles poursuites sont engagées, tous les documents, communications ou autres informations fournis par le demandeur à la Division antitrust, en vertu du présent accord, pourront être utilisés contre lui dans le cadre de ces poursuites.

4. Intégralité de l'accord : la présente lettre constitue l'intégralité de l'accord passé entre la Division antitrust et le demandeur et elle remplace tous les arrangements antérieurs éventuels, oraux ou écrits, afférents à la question considérée ici. Les engagements pris en vertu de ses dispositions n'ont force obligatoire que pour la Division antitrust.

Les signataires suivants déclarent accepter les clauses et conditions qui précèdent.

Veillez agréer, Monsieur (ou Madame) l'assurance de ma considération distinguée.

Date : _____

Gary R. Spratling
Sous-adjoint du procureur général
Division antitrust

[Nom du demandeur]

Date : _____

[Avocat du demandeur]

Date : _____

Annexe B

Programme du Royaume-Uni

**DIRECTIVES RELATIVES AU MONTANT DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES
DE L'OFFICE OF FAIR TRADING**

EXTRAIT

Partie II : Clémence pour les entreprises qui fournissent des informations

**Octroi d'une exemption de sanctions pécuniaires ou d'une réduction de leur montant
aux entreprises qui fournissent des informations sur les ententes**

Des entreprises participant à une entente¹ peuvent souhaiter mettre un terme à leur participation et informer le directeur de l'existence de cette entente mais être dissuadées de le faire par les lourdes sanctions pécuniaires qu'elles risquent d'encourir. Pour les encourager à se manifester, le directeur offrira une exemption totale de sanctions pécuniaires pour une transgression de l'interdiction exposée au chapitre I au premier membre d'une entente qui se fait connaître et qui satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 9.3.2. Il peut aussi offrir une exemption totale de sanctions pécuniaires au premier membre d'une entente qui se fait connaître et qui satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 9.3.4. Une entreprise qui n'est pas la première à se manifester ou qui ne satisfait pas à ces conditions peut bénéficier d'une réduction du montant de la sanction imposée si elle satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 9.4.1 ci-dessous.

Le directeur considère qu'il est dans l'intérêt de l'économie du Royaume-Uni d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui l'informent d'ententes et qui coopèrent ensuite avec lui selon les modalités décrites ci-dessous. C'est le caractère secret des ententes qui justifie cette politique. Le bénéfice que tirent les clients et les consommateurs de l'assurance de voir ces pratiques révélées et interdites est plus important que la poursuite des objectifs visant à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises qui participent à l'entente et qui coopèrent avec le directeur.

Exemption totale de sanctions pécuniaires dans les affaires d'ententes

Une entreprise participant à une entente qui est la **première à se manifester** pour fournir des éléments d'information attestant l'existence et la réalité des activités de cette entente et qui remplit toutes les conditions énoncées au paragraphe 9.3.2, bénéficiera d'une **exemption totale** de sanctions pécuniaires pour cette infraction ; si elle est la première à se

manifester pour fournir ces éléments de preuve et si elle remplit toutes les conditions énoncées au paragraphe 9.3.4 ci-dessous, elle pourra aussi bénéficier d'une **exemption totale** de sanctions pécuniaires pour cette infraction.

Exemption totale pour la première entreprise à se manifester avant l'ouverture d'une enquête : pour bénéficier d'une exemption totale au titre du présent paragraphe, l'entreprise doit être la **première** à fournir au directeur des éléments d'information attestant l'existence et la réalité des activités d'une entente **avant** qu'il n'ait ouvert une enquête² sur les entreprises concernées ; sous réserve que le directeur ne dispose pas déjà de suffisamment d'informations pour établir l'existence de l'entente signalée et que les conditions suivantes soient remplies :

l'entreprise doit :

- fournir au directeur toutes les informations et tous les documents et éléments de preuve dont elle dispose et qui attestent l'existence de l'entente et la réalité de ses activités ;
- apporter une coopération continue et sans réserve pendant toute la durée de l'enquête ;
- ne pas avoir contraint une autre entreprise à participer à l'entente et ne pas avoir été l'instigatrice de l'entente ou joué un rôle de premier plan dans celle-ci ; et
- ne plus participer à l'entente dès qu'elle en révèle l'existence.

Si une entreprise ne remplit **pas** toutes les conditions énoncées au paragraphe 9.3.2 ci-dessous, elle peut tout de même bénéficier de l'exemption totale des sanctions pécuniaires si elle remplit toutes les conditions énoncées au paragraphe 9.3.4 ci-dessous.

Exemption totale pour la première entreprise à se manifester après l'ouverture d'une enquête³ : pour pouvoir bénéficier d'une exemption totale au titre du présent paragraphe :

- l'entreprise qui sollicite l'immunité au titre du présent paragraphe doit être la **première**⁴ à fournir au directeur des éléments d'information attestant l'existence et la réalité des activités d'une entente **avant** que le directeur n'ait fait connaître par écrit son intention de conclure à l'existence d'une transgression de l'interdiction exposée au chapitre I⁵ ; et
- les conditions a) à d) du paragraphe 9.3.2 ci-dessus doivent être remplies.

Dans ces circonstances, l'octroi de l'exemption par le directeur est toutefois **laissé à son appréciation**. Pour qu'il exerce son pouvoir d'appréciation à cet égard, il doit être convaincu que l'exemption doit être accordée à l'entreprise, en tenant compte du stade auquel l'entreprise s'est manifestée et du fait qu'il dispose ou non à ce stade de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure à l'existence d'une transgression de l'interdiction exposée au chapitre I.

Réduction du niveau des sanctions pécuniaires dans les affaires d'ententes

Les entreprises qui fournissent des éléments d'information attestant l'existence et la réalité des activités d'une entente **avant notification par écrit de l'intention de conclure à l'existence d'une transgression** mais qui ne sont pas les premières à se manifester ou qui ne satisfont pas à toutes les conditions énoncées aux paragraphes 9.3.2 ou 9.3.4 ci-dessus bénéficieront d'une **réduction** pouvant atteindre 50 % du montant de la sanction pécuniaire qui leur aurait été autrement appliquée, si les conditions suivantes sont remplies :

les entreprises doivent :

- fournir au directeur toutes les informations et tous les documents et éléments de preuve dont elles disposent et qui attestent l'existence de l'entente et la réalité de ses activités ;

- apporter une coopération continue et sans réserve pendant toute la durée de l'enquête ; et
- ne plus participer à l'entente dès qu'elles en révèlent l'existence.

Procédure à suivre pour demander une exemption ou une réduction du niveau des sanctions

Toute entreprise qui désire bénéficier du traitement favorable décrit dans cette partie doit prendre contact avec le bureau du directeur des enquêtes sur les ententes (Director of Cartel Investigations) à l'Office of Fair Trading ou son équivalent dans l'organisme de contrôle approprié. Cette initiative doit être prise par une personne habilitée à représenter l'entreprise à cette fin.

Réduction supplémentaire des sanctions pécuniaires

Une entreprise coopérant à une enquête menée, en application de la loi, par le directeur sur les activités exercées par une entente sur un marché (le « premier marché ») peut aussi participer à une autre entente sur un autre marché (le « second marché ») qui transgresse aussi l'interdiction exposée au chapitre I.

Si l'entreprise est totalement exemptée de sanctions pécuniaires au titre, soit du paragraphe 9.3.2, soit du paragraphe 9.3.4, pour ses activités sur le second marché, elle bénéficiera aussi d'une réduction des sanctions pécuniaires qui lui sont appliquées venant s'ajouter à celle qui lui aurait été consentie pour sa coopération sur le premier marché uniquement.

Confidentialité

Une entreprise qui fournit des éléments de preuve sur une entente peut redouter d'être identifiée comme l'entreprise ayant pris l'initiative de communiquer des informations. Le directeur s'efforcera donc, dans toute la mesure du possible, de ne pas divulguer l'identité de telles entreprises pendant toute la durée de l'enquête

Notes

1. Voir la définition d'une entente donnée plus haut dans la note 5 en bas de page [non reproduite ici].
2. En exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés par les sections 26 à 28 de la loi.
3. Voir la note [2] ci-dessus.
4. C'est-à-dire qu'une autre entreprise ne doit pas déjà bénéficier d'une exemption totale au titre du paragraphe 9.3.2 pour la même entente.
5. En vertu de la règle 14 du Competition Act de 1998 (« Director's rules » Order 2000 SI 2000 n° 293.

PROJET DE LETTRE CONCERNANT UNE AMNISTIE TOTALE

Monsieur [ou Madame]

Loi sur la concurrence 1998 (« la Loi ») : [] secteur d'activité

1. Correspondance entre [] et le directeur général de la concurrence (« le directeur »)
2. La présente lettre expose les bases sur lesquelles le directeur exemptera [] de toutes les sanctions financières qui pourraient lui être imposées au titre de la section 36 de la Loi conformément au paragraphe [3.4] [3.6] des Directives relatives au montant des sanctions pécuniaires conformément à la section 38 de la Loi (« les Directives de l'Office of Fair Trading », ou « Directives de l'OFT ») dont une copie est jointe en annexe à la présente lettre. Cette exemption sera accordée en liaison avec toute activité d'entente dans le secteur d'activité au Royaume-Uni auquel appartient [], à propos de laquelle [] se manifeste pour demander à bénéficier d'une immunité et qui pourrait transgresser l'interdiction prévue à la section 2 de la Loi (« l'éventuelle infraction signalée »).
3. Pour plus de précision, il est convenu que l'expression « activités de l'entente », telle qu'elle est utilisée dans les Directives de l'OFT peut couvrir des ententes verticales aussi bien qu'horizontales ou des pratiques concertées, et que les accords, décisions d'association ou pratiques concertées qui entraînent la fixation de prix couvrent ceux qui, directement ou indirectement, isolément ou conjointement avec d'autres facteurs relevant du contrôle des parties ont pour objet ou pour effet de réduire la capacité de l'acquéreur de déterminer le prix de vente, sans préjuger de la possibilité du fournisseur d'imposer un prix de vente maximum ou de recommander un prix de vente, sous réserve que ceux-ci n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimum du fait de pressions exercées, ou d'incitations offertes par l'une ou l'autre des parties.
4. Cette exemption est accordée sous réserve que [] satisfasse à chacune des conditions exposées ci-après. Une fois ces conditions remplies, et l'enquête terminée, le directeur en informera [] par écrit.

Conditions

- a) [] fournira au directeur toutes les informations, documents et éléments de preuve dont il dispose concernant l'existence et les activités de l'entente dont relève l'éventuelle infraction signalée.
- b) [] apportera une coopération constante et sans réserve tout au long de l'enquête. Notamment, mais non exclusivement :
 - i) en communiquant au directeur tous les faits connus de [] et toutes les informations, documents et éléments de preuve dont il dispose concernant l'éventuelle infraction signalée en plus des informations de ce type déjà fournies ;

- ii) en communiquant rapidement, et sans que le directeur ait à utiliser les pouvoirs dont il dispose au titre de l'une ou l'autre des sections 26 à 28 de la Loi, toutes les informations, documents, éléments de preuve ou autres éléments en sa possession, garde ou contrôle, quel que soit le lieu où ils se situent au Royaume-Uni, en réponse à la demande qui lui en sera faite par le directeur, pour autant que ces éléments n'ont pas déjà été communiqués ;
 - iii) en déployant tous les efforts possibles pour obtenir la coopération complète et sans réserve de ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés et en encourageant ces personnes à fournir d'elles-mêmes au directeur toutes les informations concernant l'éventuelle infraction signalée à la section 2 de la Loi dans le secteur d'activité de [] au Royaume-Uni ;
 - iv) en facilitant la participation de ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés aux entretiens que le directeur pourra raisonnablement solliciter, aux heures et lieux fixés par lui ;
 - v) en déployant tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations au directeur répondent totalement et franchement à toutes les questions qui leur seront posées lors des entretiens ;
 - vi) en déployant tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations au directeur n'essaient pas de protéger ou d'impliquer à tort une autre entité à une éventuelle infraction à la Loi.
- c) [] confirme qu'il n'a contraint aucune autre partie à participer à l'entente visée par la possible infraction signalée et qu'il n'a été ni le meneur ni l'instigateur de cette entente ; et
- d) [] convient de s'abstenir de toute nouvelle participation aux éventuelles activités d'entente visées par l'éventuelle infraction signalée dès qu'il a découvert l'entente éventuelle.
- e) Sous réserve que [] satisfasse à chacune des conditions exposées dans la présente lettre, le directeur accordera à [] l'exemption de toutes sanctions financières conformément à la politique de clémence exposée dans les Directives de l'OFT au paragraphe [3.4] [3.6]. Cela signifie qu'aucune sanction ne sera imposée à [] du fait de la constatation que l'éventuelle infraction signalée ou une partie de cette infraction constitue une infraction effective à la section 2 de la Loi.

5. A la demande de [], le directeur pourra attirer l'attention des autorités chargées de la réglementation (définies à la section 54 de la Loi) ou de toute autre autorité de la concurrence sur le fait qu'une immunité sera accordée aux conditions définies dans la présente lettre. Le directeur ne portera pas les faits qui lui ont été révélés du fait de l'octroi de l'immunité à l'attention de toute autre autorité de la concurrence, sauf conformément aux dispositions prévues à la section 55 de la Loi.

6. Si le directeur considère qu'à n'importe quel moment avant la conclusion de l'enquête sur l'éventuelle infraction signalée, les conditions fixées dans la présente lettre n'ont pas été intégralement respectées par [], le directeur informera immédiatement par écrit [] de la nature du non-respect en lui signalant qu'il envisage d'annuler l'exemption accordée au titre des sanctions pécuniaires. [] se verra donner une chance raisonnable d'expliquer le non-respect supposé et, si le directeur juge l'explication satisfaisante, d'y remédier dans un délai raisonnable après la fourniture de cette explication.

7. Si le directeur détermine alors que les conditions exposées dans la présente lettre ne sont pas respectées, il peut annuler l'exemption accordée au titre des sanctions pécuniaires et imposer une quelconque sanction conformément à la section 36 de la Loi.

8. La présente lettre définit toutes les conditions en vertu desquelles le directeur accordera une exemption à []. Elle annule et remplace tous les éventuels accords antérieurs, qu'ils soient oraux ou écrits, ayant trait à l'éventuelle infraction signalée.

9. Le directeur et [] déclarent et certifient chacun à l'autre que les signataires de la présente lettre pour le compte de chacune des parties à celui-ci disposent de tous les pouvoirs et de la qualité nécessaires pour signer la présente lettre et lier les parties respectives à celle-ci.

10. Les signataires suivants déclarent accepter les clauses et conditions qui précèdent.

Signé : _____ Date : _____

Pour et pour le compte du directeur

_____ Date : _____

[Nom]

Pour et pour le compte de []

PROJET DE LETTRE POUR UNE CLÉMENCE PARTIELLE

Monsieur [ou Madame]

Loi sur la concurrence 1998 (« la Loi ») : [] secteur d'activité

1. Correspondance entre [] et le directeur général de la concurrence (« le directeur »)

2. La présente lettre expose les bases sur lesquelles le directeur exemptera [] de [] % des éventuelles sanctions financières qui pourraient lui être imposées au titre de la section 36 de la Loi conformément au paragraphe [3.8] des Directives relatives au montant des sanctions pécuniaires conformément à la section 38 de la Loi (« les Directives de l'Office of Fair Trading », ou « Directives de l'OFT ») dont une copie est jointe en annexe à la présente lettre. Cette exemption partielle sera accordée en liaison avec toute activité d'entente dans le secteur d'activité au Royaume-Uni auquel appartient [], à propos de laquelle [] se manifeste pour demander à bénéficier d'une immunité partielle et qui pourrait transgresser l'interdiction prévue à la section 2 de la Loi (« l'éventuelle infraction signalée »).

3. Pour plus de précision, il est convenu que l'expression « activités d'entente », telle qu'elle est utilisée dans les Directives de l'OFT peut couvrir des ententes verticales aussi bien qu'horizontales ou des pratiques concertées, et que les accords, décisions d'association ou pratiques concertées qui entraînent la fixation de prix couvrent ceux qui, directement ou indirectement, isolément ou conjointement avec d'autres facteurs relevant du contrôle des parties ont pour objet ou pour effet de réduire la capacité de l'acquéreur de déterminer le prix de vente, sans préjuger de la possibilité du fournisseur d'imposer un prix de vente maximum ou de recommander un prix de vente, sous réserve que ceux-ci n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimum du fait de pressions exercées, ou d'incitations offertes par l'une ou l'autre des parties.

4. Cette exemption est accordée sous réserve que [] satisfasse à chacune des conditions exposées ci-après. Une fois ces conditions remplies, et l'enquête terminée, le directeur en informera [] par écrit.

Conditions

- a) [] fournira au directeur toutes les informations, documents et éléments de preuve dont il dispose concernant l'existence et les activités de l'entente dont relève l'éventuelle infraction signalée.
- b) [] apportera une coopération constante et sans réserve tout au long de l'enquête. Notamment, mais non exclusivement,
 - i) en communiquant au directeur tous les faits connus de [] et toutes les informations, documents et éléments de preuve dont il dispose concernant l'éventuelle infraction signalée en plus des informations de ce type déjà fournies ;

- ii) en communiquant rapidement, et sans que le directeur ait à utiliser les pouvoirs dont il dispose au titre de l'une ou l'autre des sections 26 à 28 de la Loi, toutes les informations, documents, éléments de preuve ou autres éléments en sa possession, garde ou contrôle, quel que soit le lieu où ils se situent au Royaume-Uni, en réponse à la demande qui lui en sera faite par le directeur, pour autant que ces éléments n'ont pas déjà été communiqués ;
 - iii) en déployant tous les efforts possibles pour obtenir la coopération complète et sans réserve de ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés et en encourageant ces personnes à fournir d'elles-mêmes au directeur toutes les informations concernant l'éventuelle infraction signalée à la section 2 de la Loi dans le secteur d'activité de | | au Royaume-Uni ;
 - iv) en facilitant la participation de ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés aux entretiens que le directeur pourra raisonnablement solliciter, aux heures et lieux fixés par lui ;
 - v) en déployant tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations au directeur répondent totalement et franchement à toutes les questions qui leur seront posées lors des entretiens ;
 - vi) en déployant tous les efforts possibles pour faire en sorte que ses actuels et anciens administrateurs, dirigeants et employés qui fournissent des informations au directeur n'essaient pas de protéger ou d'impliquer à tort une autre entité à une éventuelle infraction à la Loi.
- c) | | convient de s'abstenir de toute nouvelle participation aux éventuelles activités d'entente visées par l'éventuelle infraction signalée dès qu'il a découvert l'entente éventuelle.
- d) Sous réserve que | | satisfasse à chacune des conditions exposées dans la présente lettre, le directeur accordera à | | l'exemption de toutes sanctions financières conformément à la politique de clémence exposée dans les Directives de l'OFT au paragraphe [3.8]. Cela signifie que seulement | | % d'une éventuelle sanction pécuniaire sera imposé à | | du fait de la constatation que l'éventuelle infraction signalée ou une partie de cette infraction constitue une infraction effective à la section 2 de la Loi.

5. A la demande de | |, le directeur pourra attirer l'attention des autorités chargées de la réglementation (définies à la section 54 de la Loi) ou de toute autre autorité de la concurrence sur le fait qu'une exemption partielle sera accordée aux conditions définies dans la présente lettre. Le directeur ne portera pas les faits qui lui ont été révélés du fait de l'octroi de l'exemption partielle à l'attention de toute autre autorité de la concurrence, sauf conformément aux dispositions prévues à la section 55 de la Loi.

6. Si le directeur considère qu'à n'importe quel moment avant la conclusion de l'enquête sur l'éventuelle infraction signalée, les conditions fixées dans la présente lettre n'ont pas été intégralement respectées par | |, le directeur informera immédiatement par écrit | | de la nature du non-respect en lui signalant qu'il envisage d'annuler l'exemption partielle accordée au titre des sanctions pécuniaires. | | se verra donner une chance raisonnable d'expliquer le non-respect supposé et, si le directeur juge l'explication satisfaisante, d'y remédier dans un délai raisonnable après la fourniture de cette explication.

7. Si le directeur détermine alors que les conditions exposées dans la présente lettre ne sont pas respectées, il peut annuler l'exemption partielle accordée au titre des sanctions

pécuniaires et imposer intégralement une quelconque sanction conformément à la section 36 de la Loi.

8. La présente lettre définit toutes les conditions en vertu desquelles le directeur accordera une exemption partielle à []. Elle annule et remplace tous les éventuels accords antérieurs, qu'ils soient oraux ou écrits, ayant trait à l'éventuelle infraction signalée.

9. Le directeur et [] déclarent et certifient chacun à l'autre que les signataires de la présente lettre pour le compte de chacune des parties à celui-ci disposent de tous les pouvoirs et de la qualité nécessaires pour signer la présente lettre et lier les parties respectives à celle-ci.

10. Les signataires suivants déclarent accepter les clauses et conditions qui précèdent.

Signé : _____ Date : _____

Pour et pour le compte du directeur

_____ Date : _____

[Nom]

Pour et pour le compte de []

Annexe C

Programme d'immunité du Canada

BULLETIN D'INFORMATION DU BUREAU DE LA CONCURRENCE

PROGRAMME D'IMMUNITÉ EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

A. Introduction

La *Loi sur la concurrence* (la Loi)¹ est une loi d'application générale qui pose les principes fondamentaux de la conduite des affaires au Canada. La Loi vise à préserver et à favoriser la concurrence dans le but :

- de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne ;
- d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada ;
- d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ;
- d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

La Loi désigne le commissaire de la concurrence (le commissaire) comme l'autorité indépendante chargée d'assurer et de contrôler l'application de la *Loi sur la concurrence*. Le commissaire est à la tête du Bureau de la concurrence (le Bureau), l'organisation qui mène des enquêtes instituée en vertu de la Loi.

La *Loi sur la concurrence* comporte des dispositions d'ordre criminel² qui interdisent certains comportements commerciaux anticoncurrentiels, tels que les complots qui réduisent ou empêchent indûment la concurrence (p. ex., la fixation des prix ou le partage des marchés), le truquage d'offres, le maintien des prix et les pratiques commerciales déloyales. La Loi renferme aussi des dispositions de nature civile concernant les fusions, l'abus de position dominante et la publicité trompeuse. Les dispositions criminelles prévoient l'imposition de lourdes sanctions. Par exemple, la disposition relative au complot prévoit une amende maximale de dix millions de dollars et de cinq années d'emprisonnement par chef d'accusation.

Lorsqu'il y a eu infraction à la Loi, le Bureau cherche à mettre fin aux actes anticoncurrentiels et à faire punir les entreprises et les particuliers concernés. En attachant des sanctions à de tels comportements, le Bureau espère créer un effet dissuasif à l'égard d'infractions similaires. Le Bureau encourage également les entreprises à mettre en place des programmes de conformité interne pour que leurs politiques et pratiques soient conformes à la loi. Le bulletin

intitulé les *Programmes de conformité des entreprises* offre des conseils aux dirigeants d'entreprises en vue de promouvoir des comportements qui n'enfreignent pas la Loi.

Le Bureau, comme d'autres organismes d'application de la loi, reconnaît qu'il est important d'établir des programmes qui contribuent à la détection de crimes graves, ainsi qu'au déroulement des enquêtes et des poursuites y faisant suite. Le présent bulletin d'information décrit l'approche adoptée par le Bureau pour recommander l'immunité lorsqu'il y a eu infraction à la *Loi sur la concurrence*. Il précise et remplace les déclarations publiques antérieures des cadres du Bureau à ce sujet.

Le présent bulletin décrit les attributions et les responsabilités du commissaire et du procureur général du Canada (le procureur général) ainsi que les exigences applicables à l'octroi d'une immunité. Y sont également examinées les questions du moment de l'offre de coopération, de l'immunité accordée aux entreprises par rapport à celle dont peut jouir un particulier et des étapes du processus d'octroi de l'immunité. Il traite de façon particulière des agissements liés à des activités transnationales criminelles, de même que de considérations telles que la confidentialité et le manquement aux exigences d'une entente en matière d'immunité.

Le bulletin ne renferme pas d'avis juridiques. Les lecteurs doivent se reporter au texte de la Loi pour toute question de droit et consulter un avocat si une situation donnée soulève des préoccupations.

Le terme *partie* s'entend d'entités commerciales et de particuliers suivant le cas. Les termes *entreprise*, *compagnie* et *société* sont employés indifféremment pour désigner des entités commerciales

Quiconque s'est livré à une pratique susceptible de constituer une infraction à la *Loi sur la concurrence* peut offrir de coopérer avec le Bureau et demander l'immunité. Une entreprise peut – mais n'est pas tenue de le faire – soumettre une demande pour le compte de ses employés. Ces derniers peuvent également entrer en contact avec le Bureau de leur propre initiative. Chaque offre de coopération sera évaluée par rapport à la partie qui la propose.

Dans ce bulletin, le terme *immunité* désigne l'octroi d'une immunité complète à l'égard de poursuites fondées sur la *Loi sur la concurrence*. Lorsqu'une partie ne satisfait pas aux critères pour que l'immunité lui soit octroyée, le commissaire peut recommander au procureur général d'opter pour une autre mesure de clémence. Lorsqu'une partie croit qu'elle ne satisfait pas aux exigences en matière d'immunité, elle peut tout de même coopérer avec le Bureau et demander une autre mesure de clémence.

B. Attributions du Commissaire de la Concurrence et du Procureur Général du Canada

Les poursuites criminelles intentées en vertu de la *Loi sur la concurrence* relèvent du procureur général. Lorsque les éléments de preuve réunis indiquent qu'une infraction a été commise, le commissaire peut renvoyer une affaire au procureur général pour que celui-ci examine et détermine les mesures à prendre. Le procureur général est seul habilité à octroyer l'immunité à une partie qui a été mêlée à une infraction relative à la *Loi sur la concurrence*. Le Bureau mène une enquête et prépare une recommandation à l'intention du procureur général. Ce dernier détermine ensuite s'il est dans l'intérêt public d'octroyer l'immunité. La politique du procureur général en matière d'immunité est exposée dans un document publié par le ministère de la Justice³.

C. Octroi de l'immunité

Le Bureau encourage quiconque croit avoir été mêlé à une infraction à s'adresser à lui sans délai. Un dossier complet des renseignements exigés lors d'un premier contact avec le Bureau n'est pas nécessaire. Le procureur général et le commissaire effectuent un examen de chaque demande d'immunité.

Sous réserve des exigences exposées ci-dessous, et conformément à l'application juste et impartiale du droit, le commissaire recommandera au procureur général que l'immunité soit octroyée à une partie dans les situations suivantes :

- le Bureau n'est pas au courant de l'infraction, et la partie est la première à la signaler ;
ou
- le Bureau est au courant de l'infraction, et la partie est la première à se manifester avant que suffisamment d'éléments de preuve n'aient été réunis pour justifier le renvoi de l'affaire au procureur général.

Exigences

La partie doit prendre des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale.

La partie ne doit pas avoir été l'instigatrice de l'activité illégale, ni celle qui en a été la principale bénéficiaire au Canada.

Pendant la durée de l'enquête du Bureau et des actions en justice subséquentes, la partie doit coopérer sans réserve et en temps opportun :

- la partie doit révéler toute infraction à laquelle elle peut avoir été mêlée ;
- la partie doit fournir de façon exhaustive et franche tous les éléments de preuve et tous les renseignements⁴, où qu'ils puissent se trouver, qu'elle connaît ou dont elle a le contrôle qui sont reliés aux infractions faisant l'objet de l'enquête. Les faits substantiels ne doivent faire l'objet d'aucune déclaration erronée ; et
- la partie doit apporter son entière coopération, de façon continue et expéditive, pendant toute la durée de l'enquête et des actions en justice subséquentes. Lorsque la partie est une entreprise, ceci est à ses propres frais. Les entreprises doivent prendre toutes les mesures légales nécessaires en vue d'assurer la coopération de leurs administrateurs, dirigeants et employés pendant toute la durée de l'enquête et des actions en justice subséquentes.

Si la chose est possible, la partie doit dédommager les victimes de l'activité illégale.

Si la première partie ne satisfait pas aux exigences, il peut être recommandé d'octroyer l'immunité à une autre partie qui satisfait aux exigences en question.

D. Effet de l'immunité sur les administrateurs, dirigeants et employés d'une entreprise

Si une entreprise satisfait aux exigences applicables à l'octroi de l'immunité, tous les administrateurs, dirigeants et employés actuels qui reconnaissent leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale dans le cadre de l'aveu de l'entreprise et qui coopèrent sans réserve et en temps opportun pourront bénéficier de la même recommandation en matière d'immunité. Les anciens administrateurs, dirigeants et employés qui offrent de coopérer à l'enquête du Bureau peuvent aussi se qualifier en matière d'immunité. Toutefois, cette décision sera prise selon le mérite de chaque cas.

Si une entreprise n'est pas admissible à une recommandation en matière d'immunité, les administrateurs, dirigeants et employés, anciens ou actuels, qui ont souscrit à l'offre de coopération de l'entreprise peuvent être admissibles à un octroi d'immunité, comme s'ils avaient pris personnellement contact avec le Bureau.

E. Le processus d'octroi de l'immunité

Étape 1 : Première prise de contact

N'importe qui peut amorcer les démarches relativement à une demande d'immunité en communiquant avec le sous-commissaire de la concurrence, Affaires criminelles, ou le sous-commissaire de la concurrence, Pratiques loyales des affaires, afin de discuter de la possibilité d'obtenir l'immunité à l'égard d'une poursuite liée à une infraction à la Loi. Certains renseignements à charge devront être divulgués à ce stade, pour que le Bureau puisse déterminer si la partie satisfait aux exigences de la partie C, ci-dessus. En règle générale, la demande est formulée sous la forme d'une divulgation hypothétique de renseignements.

Étape 2 : Garantie provisoire concernant l'octroi de l'immunité

Si une partie décide de soumettre une demande d'immunité, elle devra donner une description de l'activité illégale, habituellement encore en termes hypothétiques. Le Bureau présentera alors tous les renseignements pertinents au procureur général, qui a entière discrétion dans ces affaires, en vue d'obtenir une garantie provisoire écrite concernant l'immunité⁵.

Étape 3 : Divulgation intégrale

Une fois qu'une partie a reçu du procureur général une garantie provisoire écrite en matière d'immunité, le Bureau doit savoir avec suffisamment de détails et certitude quels éléments de preuve ou quelle déposition un témoin potentiel est en mesure de fournir, et il doit connaître la force probante de ces éléments d'information. Une divulgation intégrale est donc essentielle. Le processus de divulgation intégrale se déroulera suivant l'entente que le Bureau ne se servira pas des renseignements fournis au détriment de la partie concernée, à moins qu'il n'y ait manquement aux exigences de l'entente, comme le prévoit la partie F ci-dessous.

Étape 4 : Entente en matière d'immunité

Lorsque le Bureau recommande au procureur général d'accorder l'immunité et si, suite à un examen indépendant, le procureur général accepte la recommandation, le procureur général conclura une entente en matière d'immunité qui comprendra toutes les obligations à caractère continu, comme indiqué au paragraphe 16, ci-dessus.

F. Manquement aux exigences de l'entente

Tout manquement aux exigences de l'entente en matière d'immunité peut entraîner la révocation de l'immunité par le procureur général.

Le Bureau reprendra l'enquête visant la partie s'étant engagée à coopérer mais n'ayant pas respecté les conditions de l'entente, et il déterminera s'il convient de transmettre le

dossier au procureur général. Le Bureau demandera au procureur général de révoquer l'octroi de l'immunité et de prendre les mesures qui s'imposent contre la partie concernée.

Le paragraphe 26 s'applique également à une entreprise qui ne favorise pas complètement la coopération opportune et sans réserve de ses employés, ainsi qu'à une partie qui omet de divulguer une infraction ou qui ne fournit pas avec toute la franchise et l'honnêteté voulues les renseignements et les éléments de preuve que la partie connaît ou dont elle a le contrôle.

G. Activités anticoncurrentielles criminelles transnationales

En pratique, il est possible que plusieurs autorités antitrust aient compétence à l'égard d'agissements anticoncurrentiels internationaux, comme les cartels de fixation des prix et les actes de télémarketing trompeur. Les parties doivent donc s'attendre à ce que tous les pays touchés examinent la situation. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque des accords de fixation des prix ou de partage des marchés ont une portée transfrontière ou lorsque des télévendeurs malhonnêtes profitent de divergences entre les lois pour s'installer dans un pays et conduire leurs affaires dans un autre pays. Dans ces circonstances, les diverses autorités compétentes peuvent décider de mener des enquêtes indépendantes, conjointes ou parallèles.

Comme le moment où le contact est pris avec le Bureau détermine habituellement les mesures de règlement possibles, une partie et son avocat doivent comprendre que lorsque l'affaire concerne d'autres pays, une enquête menée dans une autre juridiction peut avoir pour effet que le Bureau soit mis au courant de l'affaire avant qu'une partie concernée ne communique avec lui.

Dans des situations concernant différentes juridictions, une partie voudra peut-être communiquer avec les autorités compétentes de chaque pays. En particulier, une partie qui se livre à d'importantes activités commerciales avec le Canada devrait envisager de communiquer avec le Bureau soit avant ou immédiatement après avoir approché des autorités étrangères chargées de l'application de la législation sur la concurrence.

Le Bureau n'accordera pas de traitement spécial à une partie uniquement parce qu'elle a obtenu une immunité ou une autre forme de traitement favorable à l'étranger.

Lorsqu'il sera pressenti par une partie cherchant à obtenir l'immunité, le Bureau informera celle-ci de l'existence de programmes d'octroi de l'immunité semblables dans d'autres juridictions.

H. Confidentialité

Le Bureau traite comme des renseignements confidentiels l'identité d'une partie ayant demandé l'immunité ainsi que les renseignements fournis par cette partie. Les seules exceptions à cette politique devraient être :

- lorsqu'il y a eu divulgation publique par la partie ;
- lorsque la partie a accepté et lorsque le but de la divulgation est l'administration et l'application de la Loi ;
- lorsque la divulgation est requise par la Loi ;
- lorsque la divulgation est nécessaire afin de prévenir la perpétuation d'une infraction criminelle grave.

Le Bureau a pour politique, en ce qui concerne les actions privées intentées en vertu de l'article 36 de la Loi, de ne fournir de documents et d'éléments de preuve confidentiels qu'en réponse à une ordonnance judiciaire. Dans le cas de renseignements obtenus dans le cadre du programme d'immunité, le Bureau prendra toutes les mesures raisonnables afin de protéger l'information.

I. Conclusion

Le Bureau encourage le public à se prévaloir des avantages des politiques et des programmes conçus pour faciliter l'observation des dispositions de la *Loi sur la concurrence*.

Quiconque souhaite présenter une demande dans le cadre du programme d'immunité du commissaire peut communiquer avec :

- sous-commissaire, Affaires criminelles (819) 997-1208,
- Johanne D'Auray, sous-commissaire, Pratiques loyales des affaires (819) 997-1231.

Pour plus de renseignements, veuillez visiter le site Web du Bureau, à l'adresse <http://competition.ic.gc.ca> ou communiquer avec le Bureau en composant le numéro sans frais 1-800-348-5358.

Notes

1. Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34.
2. Voir l'annexe I pour connaître les dispositions applicables [non reproduite].
3. Voir le Guide des procureurs de la Couronne, ministère de la Justice, particulièrement la partie 7, chapitre 1, Ententes portant garantie d'immunité.
4. Les mentions qui suivent concernant les éléments de preuve et les renseignements ont trait à l'obligation de coopérer sans réserve avec le Bureau, et ce, pendant toute la durée de l'enquête et des actions en justice subséquentes.
5. Voir la politique d'Ententes portant garantie d'immunité dans le *Guide des procureurs de la Couronne*, ministère de la Justice, partie 7, chapitre 1.

Annexe D
Programme des Communautés européennes*

**COMMUNICATION CONCERNANT LA NON-IMPOSITION D'AMENDES
OU LA RÉDUCTION DE LEUR MONTANT DANS LES AFFAIRES
PORTANT SUR DES ENTENTES**

A. Introduction

Les ententes secrètes entre entreprises pour fixer des prix, des quotas de production ou de vente, se partager les marchés ou interdire les importations ou les exportations sont parmi les plus graves des restrictions de concurrence dont la Commission ait à connaître.

Ces agissements ont pour conséquence ultime une augmentation des prix et une réduction du choix proposé au consommateur. Outre le préjudice qu'elles causent aux consommateurs de la Communauté, ces pratiques sont également néfastes pour l'industrie communautaire. Les entreprises communautaires concernées, en limitant artificiellement la concurrence qu'elles devraient normalement se livrer, échappent précisément au type de pressions qui devraient les pousser à innover, que ce soit au niveau du développement des produits ou à celui de l'introduction de processus de production plus efficaces. Ces pratiques provoquent aussi un renchérissement des matières premières et des composants que les entreprises communautaires achètent aux producteurs qui s'y livrent. A long terme, elles affaiblissent la compétitivité et, sur un marché de plus en plus internationalisé, ont un effet négatif sur l'emploi.

Pour toutes ces raisons, la Commission considère que la lutte contre ces ententes tient une place importante parmi les efforts qu'elle a entrepris pour atteindre les objectifs définis dans son Livre blanc de 1993 sur la croissance, la compétitivité et l'emploi. Ceci explique que la Commission ait renforcé, depuis quelques années, les actions visant à découvrir ces ententes.

La Commission est consciente du fait que certaines entreprises participant à des ententes pourraient souhaiter mettre fin à leur participation et l'informer de l'existence de l'entente, mais qu'elles en sont dissuadées par les amendes élevées qu'elles risquent de se voir infliger.

Pour tenir compte de cette situation, la Commission a décidé d'adopter la présente communication, qui définit les conditions dans lesquelles les entreprises coopérant avec la

* Comme il a été souligné dans la note de l'éditeur, la Notice de 1996 a été remplacée par la Notice de 2002 (voir appendice 2).

Commission au cours de son enquête sur une entente pourront être exemptées d'amende ou bénéficier d'une réduction de l'amende qu'elles auraient dû autrement acquitter. La Commission examinera s'il y a lieu d'apporter des modifications à la présente communication dès qu'une expérience suffisante aura été acquise dans son application.

La Commission estime qu'il est de l'intérêt de la Communauté de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec elle dans les conditions précisées ci-dessous. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir ces pratiques révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui, en coopérant avec la Commission, lui permettent de découvrir et sanctionner une entente ou qui l'aident dans cette tâche.

La coopération d'une entreprise avec elle n'est qu'un élément parmi d'autres dont la Commission tient compte dans la fixation du montant d'une amende. La présente communication ne préjuge pas la possibilité pour la Commission d'accorder une réduction du montant d'une amende pour d'autres raisons.

B. Non-imposition d'amende ou réduction très importante de son montant

L'entreprise qui :

- dénonce l'entente secrète à la Commission avant que celle-ci ait procédé à une vérification sur décision auprès des entreprises parties à l'entente, et sans qu'elle dispose déjà d'informations suffisantes pour prouver l'existence de l'entente dénoncée ;
- est la première à fournir des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente ;
- a mis fin à sa participation à l'activité illicite au plus tard au moment où elle dénonce l'entente ;
- fournit à la Commission toutes les informations utiles, ainsi que tous les documents et éléments de preuve dont elle dispose au sujet de l'entente et maintient une coopération permanente et totale tout au long de l'enquête ;
- n'a pas contraint une autre entreprise à participer à l'entente ni eu un rôle d'initiation ou un rôle déterminant dans l'activité illicite,

bénéficie d'une réduction d'au moins 75 % du montant de l'amende qui lui aurait été infligée en l'absence de coopération, réduction pouvant aller jusqu'à la non-imposition totale d'amende.

C. Réduction importante du montant de l'amende

L'entreprise qui, remplissant les conditions exposées au titre B, points b) à e), dénonce l'entente secrète après que la Commission a procédé à une vérification sur décision auprès des entreprises parties à l'entente, sans que cette vérification ait pu donner une base suffisante pour justifier l'engagement de la procédure en vue de l'adoption d'une décision, bénéficie d'une réduction de 50 à 75 % du montant de l'amende.

D. Réduction significative du montant de l'amende

Lorsqu'une entreprise coopère sans que les conditions exposées aux titres B et C soient toutes réunies, elle bénéficie d'une réduction de 10 à 50 % du montant de l'amende qui lui aurait été infligée en l'absence de coopération.

Tel peut être notamment le cas si :

- avant l'envoi d'une communication des griefs, une entreprise fournit à la Commission des informations, des documents ou d'autres éléments de preuve qui contribuent à confirmer l'existence de l'infraction commise ;
- après avoir reçu la communication des griefs, une entreprise informe la Commission qu'elle ne conteste pas la matérialité des faits sur lesquels la Commission fonde ses accusations.

E. Procédure

Toute entreprise souhaitant bénéficier du traitement favorable prévu par la présente communication doit prendre contact avec la direction générale de la concurrence de la Commission. Cette démarche doit émaner d'une personne habilitée à engager l'entreprise à cet effet. La présente communication ne vise donc pas l'initiative individuelle d'un membre du personnel d'une entreprise.

Ce n'est qu'au moment où la Commission adoptera sa décision qu'elle appréciera si les conditions énoncées aux titres B, C ou D sont remplies, et donc s'il y a lieu de réduire le montant de l'amende, voire de ne pas infliger d'amende. Il ne serait pas approprié que la Commission accorde de telles mesures avant la fin de la procédure administrative, puisque lesdites conditions s'appliquent tout au long de cette procédure.

Néanmoins, dans la mesure où ces conditions seront réunies, la Commission n'infligera pas d'amende ou en réduira le montant. La Commission est consciente du fait que la présente communication crée des attentes légitimes sur lesquelles se fonderont les entreprises souhaitant l'informer de l'existence d'une entente. A cet égard, il y a lieu d'indiquer que si, à un stade quelconque de la procédure administrative, l'une ou l'autre des conditions énumérées aux titres B ou C n'est pas remplie, l'entreprise concernée ne pourra plus bénéficier du traitement favorable prévu par ces sections. Dans ce cas, il n'est cependant pas exclu que l'entreprise puisse encore bénéficier d'une réduction du montant de l'amende si les conditions définies au titre D sont réunies.

Le fait qu'une entreprise bénéficie d'un traitement favorable en matière d'amende ne la protège toutefois pas des conséquences de droit civil de sa participation à une entente injustifiable. A cet égard, si les informations communiquées par l'entreprise amènent la Commission à adopter une décision au titre de l'article 85 paragraphe 1 du traité, l'entreprise à laquelle elle n'aura pas infligé d'amende ou qui aura bénéficié d'une réduction de cette amende sera également citée dans cette décision comme ayant enfreint les dispositions du traité et la décision précisera quel a été son rôle exact dans l'infraction. Cette décision indiquera également que l'entreprise a coopéré avec la Commission, pour expliquer pourquoi l'amende n'a pas été infligée ou a été réduite.

Si une entreprise, ayant bénéficié d'une réduction d'amende pour n'avoir pas contesté la matérialité des faits, conteste celle-ci pour la première fois dans un recours en annulation devant le Tribunal de première instance, la Commission demandera en principe à celui-ci d'augmenter le montant de l'amende qu'elle a infligée à cette entreprise.

Appendice I

La note 2002 de clémence de la Commission européenne

Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes

(2002/C 45/03)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

INTRODUCTION

1. La présente communication concerne les ententes secrètes entre entreprises consistant à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris par le truquage d'appels d'offres, ou encore à restreindre les importations ou les exportations. Ces pratiques sont parmi les plus graves restrictions de concurrence dont la Commission ait à connaître et ont comme conséquence ultime une hausse des prix et une réduction du choix proposé au consommateur. Elles sont également néfastes pour l'industrie européenne.
2. En limitant artificiellement la concurrence qu'elles devraient normalement se livrer, les entreprises échappent précisément au type de pressions qui devraient les pousser à innover, que ce soit au niveau du développement des produits ou à celui de l'adoption de processus de production plus efficaces. Ces pratiques provoquent aussi un renchérissement des matières premières et des composants que les entreprises communautaires achètent aux producteurs qui s'y livrent. À long terme, elles affaiblissent la compétitivité et ont un effet négatif sur l'emploi.
3. La Commission sait que certaines entreprises participant à ce type d'ententes illégales souhaitent mettre fin à leur participation et l'informer de l'existence de ces ententes, mais qu'elles en sont dissuadées par les amendes élevées qu'elles risquent de se voir infliger. Afin de préciser sa position dans ce genre de situation, la Commission a adopté une communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes ⁽¹⁾, ci-après dénommée «la communication de 1996».
4. La Commission estime qu'il est de l'intérêt de la Communauté de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec elle. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui lui permettent de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.
5. Dans la communication de 1996, la Commission annonçait qu'elle examinerait l'opportunité d'apporter des modifications à ladite communication dès qu'une expérience suffisante aurait été acquise dans son application. Après cinq années de mise en œuvre, la Commission dispose de l'expérience nécessaire pour modifier sa politique en la matière. Si la validité des principes à la base de la communication de 1996 a été confirmée, l'expérience a montré que si les réductions du montant de ces amendes étaient octroyées dans des conditions de transparence et de certitude accrues, l'efficacité de cette communication s'en trouverait renforcée. De même, une correspondance plus étroite entre le niveau de réduction du montant des amendes et l'importance de la contribution de l'entreprise

à l'établissement de l'infraction pourrait encore améliorer cette efficacité. La présente communication examine ces questions.

6. La Commission considère que la collaboration d'une entreprise à la découverte d'une entente a une valeur intrinsèque. Une contribution déterminante à l'ouverture d'une enquête peut justifier l'octroi d'une immunité d'amendes à l'entreprise en question, sous réserve que certaines conditions supplémentaires soient réunies.
7. De surcroît, la coopération d'une ou de plusieurs entreprises peut légitimer une réduction du montant de l'amende infligée par la Commission. Toute diminution de ce montant doit refléter la contribution effective de l'entreprise, tant en ce qui concerne sa qualité et sa date, à l'établissement, par la Commission, de la preuve de l'infraction. Ces réductions seront limitées aux entreprises qui fournissent à la Commission des éléments de preuve qui représentent une valeur ajoutée significative par rapport à ceux qui sont déjà en sa possession.

A. IMMUNITÉ D'AMENDES

8. La Commission exemptera une entreprise de toute amende qu'elle aurait à défaut dû acquitter:
 - a) lorsque l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, sont de nature à lui permettre d'adopter une décision ordonnant des vérifications en vertu de l'article 14, paragraphe 3, du règlement 17 ⁽²⁾, concernant une entente présumée affectant la Communauté, ou
 - b) lorsque l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, sont de nature à lui permettre de constater une infraction à l'article 81 du traité CE ⁽³⁾ en rapport avec une entente présumée affectant la Communauté.
9. L'immunité en vertu du point 8 a) ne sera accordée que si la Commission ne disposait pas, au moment de la communication de ces éléments de preuve, d'éléments suffisants pour adopter une décision ordonnant des vérifications en vertu de l'article 14, paragraphe 3, du règlement 17 concernant l'entente présumée.
10. L'immunité en vertu du point 8 b) ne sera accordée que sous réserve des conditions cumulatives que la Commission ne disposait pas, au moment de la communication de ces éléments, de preuves suffisantes pour constater une infraction à l'article 81 CE en rapport avec l'entente présumée et qu'aucune entreprise n'avait obtenu d'immunité conditionnelle d'amendes en vertu du point 8 a) pour l'entente présumée.

⁽²⁾ JO 13 du 21.2.1962, p. 204/62. [Ou les règlements de procédure équivalents: article 21, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil; article 18, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil et article 11, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil].

⁽³⁾ Toute référence du présent texte à l'article 81 CE se rapporte également à l'article 53 EEE lorsqu'il est appliqué par la Commission conformément aux règles établies à l'article 56 de l'accord EEE.

11. Outre les conditions fixées au point 8 a) et au point 9 ou au point 8 b) et au point 10, selon le cas, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies dans tous les cas pour ouvrir droit à une immunité d'amendes:

- a) l'entreprise doit apporter à la Commission une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure administrative et lui fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose au sujet de l'infraction suspectée. Elle doit notamment se tenir à sa disposition pour répondre rapidement à toute demande qui pourrait contribuer à établir les faits en cause;
- b) l'entreprise met fin à sa participation à l'activité illégale présumée au plus tard au moment où elle fournit les éléments de preuve visés au point 8 a) b), selon le cas;
- c) l'entreprise n'a pas pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction.

PROCÉDURE

- 12. Toute entreprise souhaitant solliciter l'immunité d'amendes doit prendre contact avec la direction générale de la concurrence de la Commission. S'il devait apparaître que les conditions fixées aux points 8 à 10, selon le cas, ne sont pas réunies, l'entreprise sera immédiatement informée qu'elle ne peut bénéficier de l'immunité d'amendes pour l'infraction présumée.
- 13. Si l'immunité d'amendes est possible pour une infraction présumée, l'entreprise peut, afin de se conformer aux conditions du point 8 a) b), selon le cas:
 - a) fournir immédiatement à la Commission tous les éléments de preuve dont elle dispose déjà sur l'infraction présumée, ou
 - b) dans un premier temps, présenter ces informations sous forme hypothétique, auquel cas elle doit soumettre une liste descriptive des éléments de preuve qu'elle se propose de divulguer à une date ultérieure convenue. Cette liste doit refléter exactement la nature et la teneur des éléments de preuve, tout en préservant le caractère hypothétique de leur divulgation. Des copies expurgées de documents dont les passages sensibles ont été supprimés peuvent être utilisées pour illustrer la nature et la teneur de ces éléments de preuve.
- 14. La direction générale de la concurrence accuse réception par écrit de la demande d'immunité en matière d'amendes de l'entreprise et confirme la date à laquelle l'entreprise a fourni les éléments de preuve visés au point 13 a) ou remis à la Commission la liste descriptive visée au point 13 b).
- 15. Après avoir reçu de l'entreprise les éléments de preuve conformément au point 13 a) et vérifié si les conditions énoncées aux points 8 a) ou 8 b), selon le cas, sont

remplies, la Commission accorde par écrit à l'entreprise une immunité conditionnelle d'amendes.

- 16. Alternativement, la Commission vérifie si la nature et la teneur des éléments de preuve décrits dans la liste visée au point 13 b) remplissent les conditions énoncées au point 8 a) b), selon le cas, et en informe l'entreprise. Une fois les éléments de preuve divulgués, au plus tard à la date convenue et après avoir vérifié qu'ils correspondent à la description de la liste, la Commission accorde par écrit à l'entreprise une immunité conditionnelle d'amendes.
- 17. Une entreprise qui ne remplit pas les conditions visées au point 8 a) b), selon le cas, peut retirer les éléments de preuve divulgués à l'appui de sa demande d'immunité ou demander à la Commission de les examiner conformément au titre B de la présente communication, sans préjudice du droit de la Commission de faire usage de ses pouvoirs d'enquête normaux pour obtenir lesdites informations.
- 18. La Commission ne prendra pas en considération d'autres demandes d'immunité d'amendes avant d'avoir statué sur une demande existante se rapportant à la même infraction présumée.
- 19. Si, au terme de la procédure administrative, l'entreprise remplit les conditions visées au point 11, la Commission lui accordera l'immunité d'amendes dans la décision correspondante.

B. RÉDUCTION DU MONTANT DE L'AMENDE

- 20. Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues au titre A peuvent toutefois bénéficier d'une réduction de l'amende qui à défaut leur aurait été infligée.
- 21. Afin de pouvoir prétendre à une telle réduction, une entreprise doit fournir à la Commission des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission, et doit mettre fin à sa participation à l'activité illégale présumée au plus tard au moment où elle fournit ces éléments de preuve.
- 22. La notion de «valeur ajoutée» vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir les faits en question. Lors de cette appréciation, la Commission estimera généralement que les éléments de preuve écrits datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments de preuve établis ultérieurement. De même, les éléments de preuve se rattachant directement aux faits en question seront le plus souvent considérés comme qualitativement plus importants que ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec ces derniers.

23. Dans toute décision finale arrêtée au terme de la procédure administrative, la Commission déterminera:

- a) si les éléments de preuve fournis par une entreprise ont représenté une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments déjà en possession de la Commission;
- b) le niveau de réduction dont l'entreprise bénéficiera, qui s'établira comme suit par rapport au montant de l'amende qu'à défaut la Commission aurait infligée:
 - Première entreprise à remplir la condition énoncée au point 21: réduction comprise entre 30 et 50 %;
 - Deuxième entreprise à remplir la condition énoncée au point 21: réduction comprise entre 20 et 30 %;
 - Autres entreprises remplissant la condition énoncée au point 21: réduction maximale de 20 %.

Pour définir le niveau de réduction à l'intérieur de ces fourchettes, la Commission prendra en compte la date à laquelle les éléments de preuve remplissant la condition énoncée au point 21 ont été communiqués et le degré de valeur ajoutée qu'ils ont représenté. Elle pourra également prendre en compte l'étendue et la continuité de la coopération dont l'entreprise a fait preuve à partir de la date de sa contribution.

En outre, si une entreprise fournit des éléments de preuve de faits précédemment ignorés de la Commission qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis.

PROCÉDURE

24. Toute entreprise souhaitant bénéficier d'une réduction d'amende devra fournir à la Commission les éléments de preuve relatifs à l'entente en question.
25. L'entreprise recevra un accusé de réception de la direction générale de la concurrence portant la date à laquelle les éléments en question ont été remis. La Commission ne prendra pas en considération les éléments de preuve remis par une entreprise sollicitant une réduction du montant de l'amende avant d'avoir statué sur une demande d'immunité conditionnelle déjà présentée au sujet de la même infraction présumée.
26. Si la Commission parvient à la conclusion provisoire que les éléments de preuve communiqués par une entreprise

apportent une valeur ajoutée au sens du point 22, elle informe l'entreprise par écrit, au plus tard à la date de notification d'une communication des griefs, de son intention de réduire le montant de l'amende dans une des fourchettes visées au point 23 b).

27. Dans toute décision qu'elle arrêtera au terme de la procédure administrative, la Commission fournira une appréciation de la position finale de chaque entreprise ayant sollicité une réduction du montant de l'amende.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

28. À compter du 14 février 2002, la présente communication remplace la communication de 1996 pour toutes les affaires dans lesquelles aucune entreprise ne s'est prévalue de cette dernière. La Commission examinera s'il y a lieu de modifier la présente communication dès qu'elle aura acquis une expérience suffisante de son application.
29. La Commission est consciente du fait que la présente communication crée des attentes légitimes sur lesquelles se fonderont les entreprises souhaitant l'informer de l'existence d'une entente.
30. Si, à un stade quelconque de la procédure administrative, l'une ou l'autre des conditions énumérées aux titres A ou B n'est pas remplie, l'entreprise concernée est susceptible de ne plus bénéficier du traitement favorable qui y est prévu.
31. Conformément à la pratique de la Commission, le fait qu'une entreprise a coopéré avec elle pendant la procédure administrative sera indiqué dans toute décision, afin d'expliquer la raison de l'immunité d'amende ou la réduction de son montant. Le fait qu'une entreprise bénéficie d'une immunité d'amende ou d'une réduction de son montant ne la protège pas des conséquences en droit civil de sa participation à une infraction à l'article 81 du traité CE.
32. La Commission considère d'une manière générale que la divulgation, à un moment quelconque, de documents reçus conformément à la présente communication porterait atteinte à la protection des objectifs des activités d'inspection et d'enquête au sens de l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1049/2001.
33. Toute déclaration écrite faite à la Commission en rapport avec la présente communication fait partie intégrante de son dossier. Elle ne peut être divulguée ou utilisée à d'autres fins que l'application de l'article 81 du traité CE.

Appendice II

Le communiqué de presse de la Commission européenne sur la note 2002 concernant la clémence

ip/02/247

Bruxelles, le 13 février 2002

LA COMMISSION ADOPTE UNE NOUVELLE POLITIQUE DE CLÉMENCE EN FAVEUR DES ENTREPRISES QUI FOURNISSENT DES RENSEIGNEMENTS SUR LES ENTENTES

La Commission européenne a pris une nouvelle initiative importante mercredi afin de découvrir et de réprimer les accords de fixation des prix et autres ententes caractérisées. Elle a adopté à l'unanimité une nouvelle politique de clémence qui incite davantage les entreprises à dénoncer les violations les plus graves des règles réprimant les ententes illicites. Conformément à ces règles, la Commission accordera une immunité totale d'amendes en faveur de la première entreprise qui fournit des preuves sur une entente dont la Commission n'avait pas connaissance ou qu'elle n'avait pas établie. Cette politique de clémence constitue une mise à jour de son document de 1996. « La détection et la poursuite des ententes est l'une de mes toutes premières priorités », a déclaré Mario Monti, Commissaire européen à la concurrence, précisant que « la politique de clémence de 1996 a joué un rôle important dans la découverte et la répression des ententes secrètes ces cinq dernières années. La nouvelle politique encouragera encore davantage les participants à dénoncer ce fléau de l'économie, qui permet aux entreprises de réaliser des profits illicites au détriment des consommateurs ».

Les ententes secrètes constituent la violation la plus grave des règles de la concurrence parce qu'elles entraînent invariablement une hausse des prix. Qu'elles prennent la forme d'accords de fixation des prix ou de répartition des marchés, d'attribution de quotas de production ou d'appels d'offres truqués, elles nuisent à l'industrie européenne et aux consommateurs. Ce comportement illicite renchérit les matières premières et les composants et, à long terme, porte atteinte à la compétitivité et à l'emploi. C'est la raison pour laquelle ces ententes sont expressément interdites par l'article 81 du traité sur l'Union européenne.

La détection, l'interdiction et la répression des ententes sont au premier rang des priorités de la Commission dans le domaine de la politique de concurrence.

Le principal défi de la lutte contre les ententes caractérisées consiste à en percer le secret et à combattre les moyens de plus en plus complexes dont les entreprises disposent pour dissimuler leur comportement collusoire.

S'inspirant de l'expérience des États-Unis dans ce domaine, la Commission a adopté pour la première fois, en 1996, une communication sur la clémence prévoyant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant en faveur des entreprises qui l'aident à découvrir et à poursuivre ce type d'ententes.

Cette politique a permis l'adoption, en l'an 2001, de dix décisions sur des ententes, dans lesquelles la Commission a infligé à 56 entreprises des amendes d'un montant total de 1.836 milliard d'euros, chiffre record par rapport à n'importe quelle autre année, dépassant même le total des amendes infligées pour l'ensemble de la période précédente, soit entre la création de la Communauté européenne et l'an 2000.

Comme elle l'avait décidé en 1996, la Commission a analysé l'an dernier l'expérience de la mise en œuvre de la communication sur la clémence. Après avoir consulté les autorités chargées de la concurrence des quinze États membres de l'UE, ainsi que les milieux d'affaires et la communauté juridique, elle a conclu qu'il était possible d'améliorer cette politique sur le plan de la transparence et de la sécurité juridique afin de rendre la dénonciation de ces agissements par les entreprises plus intéressante pour elles.

Principaux aspects de la révision

- La Commission accordera une immunité totale :
 - en faveur du *premier* membre de l'entente qui informe la Commission d'une entente *non découverte* en lui fournissant des renseignements suffisants pour lui permettre d'effectuer des vérifications dans les locaux des entreprises concernées ; ou
 - en faveur du *premier* membre d'une entente à fournir à la Commission des renseignements qui lui permettent *d'établir une infraction*, lorsqu'elle est déjà en possession d'informations suffisantes pour ordonner une inspection, mais pas pour établir l'infraction. Ce type d'immunité n'est toutefois possible que dans les cas où aucun autre membre de l'entente ne remplissait les conditions pour bénéficier de l'immunité prévue dans le premier scénario.

Par conséquent, l'immunité d'amendes récompensera les entreprises qui fournissent d'importants renseignements et des preuves de l'intérieur à la Commission, à deux stades cruciaux d'une enquête sur une entente : soit en dévoilant une entente jusqu'alors inconnue, soit en fournissant des preuves cruciales nouvelles qui permettront de poursuivre effectivement les membres de l'entente.

Pour obtenir l'immunité totale, une entreprise doit aussi apporter une *coopération totale et permanente* à la Commission, fournir *toutes les preuves* en sa possession et mettre *fin immédiate-ment* à l'infraction ; elle ne devra pas avoir *contraint* d'autres entreprises à participer à l'entente.

La nouvelle politique diffère de l'ancienne communication sur la clémence de 1996 en ce que cette dernière obligeait une entreprise à fournir des éléments de preuve « déterminants » et excluait de l'immunité totale les entreprises qui avaient été le meneur de l'entente ou qui y avaient joué un rôle déterminant. Ces deux principes laissaient une marge d'interprétation et par conséquent, laissaient subsister une certaine incertitude sur les notions de renseignements « déterminants », de « meneur » ou de « rôle déterminant ».

Dans les cinq années qui ont précédé fin 2001, la Commission a accordé une immunité totale dans trois cas : en faveur de Rhône-Poulenc, pour sa participation à deux des trois ententes sur les vitamines auxquelles elle avait participé, en faveur d'une filiale d'Interbrew dans l'entente des brasseries luxembourgeoises et en faveur de l'entreprise Sappi, d'Afrique du Sud, pour les renseignements très utiles et la coopération qu'elle avait apportés à

propos de l'entente sur le papier autocopiant (voir respectivement IP/01/1625 du 21 novembre 2001, IP /01/1740 du 5 décembre 2001 et IP/01/1892 du 20 décembre 2001).

- Autre innovation, une entreprise qui remplit les conditions de l'immunité recevra rapidement une lettre de la Commission l'informant que l'immunité lui sera accordée si les conditions figurant dans la communication sont respectées.
- Comme en 1996, la nouvelle communication prévoit également *une réduction des amendes* en faveur des entreprises qui, sans remplir les conditions de l'immunité, fournissent des preuves ayant « une valeur ajoutée importante » par rapport à celles qui sont déjà en possession de la Commission et qui mettent fin à leur participation à l'entente.

La première entreprise remplissant ces conditions obtiendra une réduction de 30 à 50 % de l'amende qui lui aurait sinon été infligée, la deuxième, une réduction de 20 à 30 % et les suivantes, une réduction allant jusqu'à 20 %.

A l'intérieur de chacune de ces fourchettes, le montant définitif de toute réduction dépendra du *moment* auquel les éléments de preuve ont été fournis et de leur qualité. Le degré de *coopération* apporté par l'entreprise tout au long de la procédure menée par la Commission sera également pris en considération.

Les entreprises qui ont obtenu une réduction des amendes recevront également une lettre indiquant la fourchette de réduction à laquelle elles auront normalement droit. Cette lettre leur sera adressée au plus tard le jour de la communication des griefs.

La nouvelle politique améliorera non seulement la sécurité juridique en faveur des entreprises, mais également la transparence globale et la prévisibilité du système.

Le Commissaire Monti a également fait la déclaration suivante :

« Cette nouvelle communication ne devrait en aucune façon être considérée comme l'expression d'une politique plus clémente dans la lutte contre les ententes sur les prix et autres pratiques anticoncurrentielles. La nouvelle politique va au contraire renforcer les chances que les ententes soient découvertes, ce qui, avec la détermination de la Commission d'infliger des amendes dissuasives, devrait décourager les entreprises d'adopter dorénavant un comportement collusoire. »

Entrée en vigueur et publication de la nouvelle communication

La nouvelle communication entrera en vigueur demain, le 14 février 2002, et sera applicable aux entreprises qui sollicitent la clémence dans une affaire d'entente, pour autant qu'aucune autre entreprise ne coopère encore avec la Commission dans une enquête sur la même entente.

La « communication concernant l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes » sera publiée au Journal officiel des Communautés européennes dans les jours qui suivent et figure déjà sur internet à l'adresse suivante :

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/leniency>

Demande de clémence

Les entreprises qui souhaitent solliciter de la Commission l'application de la nouvelle communication peuvent le faire directement ou par un intermédiaire, tel qu'un conseil juridique.

Les demandes de clémence doivent d'abord être faites au numéro de télécopieur suivant :

N° de télécopieur spécial : + 322 299 45 85

L'utilisation du télécopieur permet d'enregistrer exactement la date et l'heure de ce premier contact et garantit un traitement strictement confidentiel des informations fournies à la Commission.

Au besoin, ce premier contact peut exceptionnellement être pris par téléphone aux numéros spéciaux suivants :

N° de téléphone : + 322 298 41 90 & 298 41 91

Partie II

RAPPORT SUR LA NATURE ET L'IMPACT DES ENTENTES AINSI QUE SUR LES SANCTIONS AU TITRE DES LÉGISLATIONS DE LA CONCURRENCE NATIONALES

Résumé

Le présent Rapport établi par le Comité de la concurrence de l'OCDE s'inscrit dans le cadre du programme lancé en 1998 avec la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les ententes injustifiables. Cette Recommandation, ainsi qu'un rapport d'étape ultérieurement établi par le Comité soulignent que les ententes injustifiables causent un sérieux préjudice aux consommateurs du monde entier et qu'elles appellent un renforcement des sanctions à l'encontre de leurs participants dans un but dissuasif. Le présent Rapport examine plus précisément 1) la nature et l'impact des ententes, 2) les sanctions prévues pour lutter contre les ententes par les législations nationales en vigueur en matière de concurrence et appliquées par les autorités nationales de la concurrence et 3) le recours optimal aux sanctions pour parvenir à décourager les activités d'entente. Le Rapport met en évidence les points essentiels suivants :

Le préjudice économique causé au niveau mondial par les ententes est sans aucun doute très important, bien qu'il soit difficile de le quantifier avec précision. Il excède plusieurs milliards de dollars américains par an, au bas mot.

Les ententes portent préjudice aux consommateurs et ont des effets néfastes sur l'efficacité économique. Une entente réussie entraîne un relèvement des prix au-dessus du niveau de concurrence et une réduction de la production. Les consommateurs choisissent soit de ne pas payer ce prix plus élevé pour certains voire la totalité des produits relevant de l'entente, délaissant ainsi ces produits, soit de payer le prix d'entente, transférant par la même à leur insu la richesse vers les opérateurs des ententes. Par ailleurs, une entente tient ses membres à l'abri des risques liés aux forces du marché, réduisant l'incitation pour eux à maîtriser les coûts et à innover. Tous ces effets ont une incidence néfaste sur l'efficacité de l'économie de marché.

Il n'est cependant pas facile de quantifier ces effets. Il faudrait pour cela comparer la situation actuelle du marché en présence de l'entente avec celle qui prévaudrait sur un marché supposé concurrentiel. Les autorités de concurrence ne se livrent généralement pas à ce type de comparaison, tant parce que celle-ci est difficile à réaliser que parce que leurs législations ne leur en font pas obligation. Lorsqu'une évaluation du préjudice est nécessaire, toutefois, la plupart des autorités utilisent une variable de substitution, à savoir le gain illicite que procure leur activité aux membres de l'entente. Sous sa forme la plus simple, cette estimation est le produit de la marge bénéficiaire (« mark-up ») de l'entente au-dessus du prix de concurrence et des transactions commerciales affectées (en unités) par l'accord d'entente. Ce calcul peut lui-même se révéler difficile, dans la mesure où il exige une évaluation du montant des « transactions commerciales affectées », d'une part, et de ce qu'aurait été le prix « de concurrence » en l'absence de l'accord.

Pour essayer d'en apprendre davantage sur les préjudices causés par les ententes, le Comité de la Concurrence de l'OCDE a mené une enquête sur les affaires d'ententes que ses membres ont eu à traiter de 1996 à 2000. Les pays qui ont participé à l'enquête ont décrit un nombre total de 119 cas, mais dans bon nombre de ceux-ci il n'a pas été possible d'estimer le préjudice. Toutefois, le volume des transactions commerciales affectées dans seulement 16 grandes affaires d'ententes évoquées dans l'enquête de l'OCDE excédait 55 milliards de USD pour le monde entier. L'enquête a révélé que la marge bénéficiaire des ententes pouvait varier considérablement d'une affaire à l'autre, mais que dans certains cas elle pouvait être très importante, de l'ordre de 50% ou plus. Ainsi, il est clair que l'entité du préjudice résultant des ententes se chiffre à plusieurs milliards de dollars par an.

Les opérateurs des ententes sont prêts à aller très loin pour garder le secret sur leurs accords, ce qui montre qu'ils sont pleinement conscients de l'illégalité et du caractère dommageable de leur comportement. Dans certains cas, ils manifestent ouvertement leur mépris vis-à-vis du processus de concurrence.

Les résultats de l'enquête réalisée par l'OCDE illustrent jusqu'à quel point les auteurs d'ententes sont prêts à aller pour dissimuler leurs agissements. Dans l'un des cas examinés, confrontés à une demande de production de documents émanant de l'autorité de concurrence, les participants à l'entente avaient chargé deux véhicules automobiles de dossiers d'offres et les avaient transportés dans la campagne où il leur avait fallu toute une journée pour les détruire en allumant « quatre énormes feux ». Dans un autre cas, les participants contrôlaient de près la création et la conservation des documents compromettants en procédant, entre autres, à des audits internes afin de s'assurer que ces documents n'existaient plus. Lorsque la nécessité se faisait sentir de conserver certains bordereaux dans lesquels étaient consignées les affaires réparties entre

les participants, les dossiers étaient copiés sur disquettes et cachés dans les combles d'une maison appartenant à la grand-mère d'un salarié. Dans un autre cas, les documents internes obtenus auprès de l'une des personnes poursuivies avaient révélé un slogan officiel de la société : « Nos concurrents sont nos amis, nos clients sont nos ennemis ».

L'objectif principal des sanctions dans les affaires d'ententes est la dissuasion. Dans l'idéal, ces sanctions devraient supprimer toute perspective de gain pour les participants à des ententes. Toutes les ententes n'étant pas découvertes et sanctionnées, de nombreux experts affirment que pour être efficace la dissuasion nécessite l'application aux entreprises participant à une entente d'une amende dont le montant soit un multiple du gain estimé sur les ententes non découvertes. Par ailleurs, les sanctions infligées aux personnes physiques peuvent constituer un instrument de dissuasion complémentaire important.

Il est généralement admis que pour être efficace toute sanction contre une entente devrait prendre en compte non seulement le montant des gains réalisés par cette entente, mais également la probabilité que toute entente soit détectée et poursuivie. Toutes les ententes n'étant pas découvertes, la sanction financière contre celles qui le sont devrait être supérieure au gain effectivement réalisé par l'entente. Certains pensent que pas plus d'une entente sur six ou sept est détectée et poursuivie, ce qui implique un multiple d'au moins six. Un multiple de trois est toutefois plus souvent préconisé. La détermination du gain, nous l'avons dit, peut se révéler difficile. Certains experts recommandent l'utilisation, lorsque le gain ne peut être calculé, d'une variable de substitution telle qu'un pourcentage du chiffre d'affaires total des participants.

Qu'il soit possible ou non de calculer avec précision une sanction financière optimale contre les entreprises, celle-ci n'en reste pas moins difficile à appliquer dans la pratique. Les sanctions contre les personnes physiques, qui font peser sur ces dernières une menace individuelle pour leur comportement, renforcent globalement les mesures de dissuasion. Si un nombre relativement peu important de pays, nous l'avons vu, prévoit actuellement des sanctions pour les personnes physiques participant à des ententes, certains envisagent de renforcer ces sanctions.

De fortes sanctions contre les entreprises et les particuliers accroissent l'efficacité des programmes de clémence s'agissant de la détection des ententes et incitent les participants à ces ententes à coopérer dans le cadre des enquêtes.

Les sanctions infligées au titre des ententes incitent également les participants à ces ententes à rompre le secret des accords et à fournir des renseignements aux enquêteurs. La menace d'amendes importantes contre les entreprises participant aux ententes incite celles-ci à abandonner l'entente et à solliciter le bénéfice des programmes de clémence. De même, la menace de fortes sanctions contre les particuliers incite davantage ces derniers à « vendre la

mèche » et à coopérer avec les enquêteurs en échange d'une réduction ou d'une suppression de peine.

La législation de la plupart des pays en matière de concurrence prévoit l'imposition de fortes amendes contre les entités participant aux ententes. Dans certains cas, cependant, le montant maximum des amendes prévues par ces législations peut ne pas être suffisamment élevé pour prendre en compte les multiples des gains tirés de l'entente, comme le recommandent de nombreux experts. Dans certains pays, les personnes physiques peuvent également se voir infliger des amendes et, dans un petit nombre de pays, des peines d'emprisonnement. Le versement de dommages-intérêts au bénéfice des victimes d'une entente est une autre composante des sanctions financières appliquées aux ententes. Une minorité de pays de l'OCDE prévoit le versement de ces dommages-intérêts.

Le montant maximum des amendes prévues par les législations sur la concurrence est dans la plupart des pays exprimé soit en termes absolus soit en pourcentage du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise contrevenante. A défaut d'expérience en matière d'évaluation des gains illicites réalisés par les ententes, il est difficile de savoir si le montant maximum des amendes est suffisamment élevé pour prendre en compte les multiples de ces gains tels qu'ils sont préconisés. Une référence à cet égard pourrait être la nouvelle législation entrée en vigueur en Nouvelle-Zélande, où a récemment été réalisée une étude approfondie sur les sanctions optimales à appliquer dans les affaires d'ententes. Le montant maximum des amendes prévues par cette législation est un montant équivalant à trois fois les gains illicites, un montant de 10 millions de NZD (équivalant approximativement à 4,8 millions d'euros) ou un montant représentant 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise si ce montant est plus élevé. Dans la plupart des pays dont la législation prévoit des amendes de montant maximum, ce montant est inférieur à l'équivalent de 10 millions de NZD. Dans plusieurs de ces pays toutefois il existe un autre plafond, à savoir 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise en cause, ce qui est conforme à la norme néo-zélandaise.

Dans plusieurs pays de l'OCDE, moins de la moitié toutefois, les personnes physiques peuvent se voir infliger une amende au titre des ententes d'un montant souvent très élevé. Les législations de neuf pays de l'OCDE prévoient des peines d'emprisonnement pour les personnes physiques. Quatorze pays autorisent le versement de dommages-intérêts au bénéfice des victimes d'ententes.

Certains pays imposent actuellement des amendes d'un montant très élevé aux entreprises ayant participé à des ententes, mais plus nombreux sont ceux qui ne le font pas. Quelques pays infligent des sanctions très sévères aux personnes physiques. La tendance est nettement au durcissement des sanctions, ce qui est positif. Plusieurs pays revoient actuellement leur législation et leurs pratiques dans le sens d'un renforcement des sanctions pour les ententes et leurs membres.

L'enquête de l'OCDE a montré que dix pays avaient imposé des amendes d'un montant supérieur à l'équivalent de 1 million de USD sur la période considérée, à savoir 1996-2000. Dans trois pays, les amendes les plus élevées excédaient 100 millions de USD, dans deux pays, elles se situaient entre 10 millions et 100 millions de USD et dans les autres pays, entre 1 et 10 millions. Sur la période couverte par l'enquête, ces montants élevés d'amendes ont augmenté en nombre et en montant au cours des dernières années. Dans les autres pays, toutefois, aucune amende n'a dépassé 1 million de USD et dans certains, les amendes ont été de faible montant voire inexistantes.

Seuls quatre pays ont infligé des amendes à des personnes physiques. Dans trois de ces quatre pays, les amendes les plus importantes ont dépassé un montant équivalant à 100 000 USD. Deux pays seulement, le Canada et les États-Unis, ont infligé des peines d'emprisonnement à des personnes physiques, les États-Unis arrivant de loin en tête en la matière, avec 28 décisions prononcées en ce sens en 1999 et 18 en 2000. La durée moyenne de ces peines était approximativement de 8 mois en 1999 et 10 mois en 2000. Si la possibilité d'accorder des dommages-intérêts aux victimes d'ententes existe dans plusieurs pays, seuls les États-Unis ont couramment recours à cette pratique.

Plusieurs pays ont depuis peu terminé ou sont sur le point d'achever la révision de leurs législations et de leurs pratiques en matière d'ententes. Cette révision va dans le sens d'un renforcement des sanctions dans ce domaine. Parmi ces pays figurent le Brésil, le Canada, le Danemark, la France, Israël, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

Les données disponibles indiquent que les sanctions effectivement appliquées n'ont pas produit le niveau optimal de dissuasion.

L'enquête de l'OCDE n'a permis d'établir une comparaison entre les sanctions financières et les gains tirés des ententes que dans un nombre relativement peu élevé de cas. Les amendes, exprimées en pourcentage des gains, sont très variables, allant de 3% à 189%. Dans quatre cas seulement, deux aux États-Unis, un au Canada et un en Allemagne, les amendes ont dépassé 100% des gains estimés, leur montant ne représentant en aucun cas deux ou trois fois le montant des gains estimés, comme le recommandent certains experts. En conclusion donc, si l'on constate une évolution nette, quoiqu'inégale, vers un durcissement des sanctions dans les affaires d'ententes, les données disponibles indiquent qu'un relèvement du montant des amendes est nécessaire pour obtenir un réel effet de dissuasion.

I. Introduction

La Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (« Recommandation sur les ententes ») de 1998

indique dans ses considérants que « ... les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres ». Et encore que les ententes injustifiables « ... sont source de pouvoir de marché, de gaspillage et d'inefficience dans des pays dont les marchés seraient sinon concurrentiels ». La Recommandation en appelle aux Membres de l'OCDE pour faire en sorte que « ... des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à ces ententes. »

Le Rapport de 2000 sur les ententes souligne qu'une étape importante dans la voie du renforcement des mesures de lutte contre ces ententes est « surmonter le manque de connaissances concernant le préjudice causé par les ententes injustifiables¹ ». Une meilleure connaissance dans le public de la nature de ce comportement et du préjudice qu'il cause renforcerait le soutien en faveur de mesures plus efficaces pour le combattre. Le Rapport préconise également la poursuite des travaux sur les sanctions contre les ententes, reconnaissant que l'objectif principal de ces sanctions est la dissuasion².

Le présent rapport fait suite à ces travaux antérieurs. Il examine les différents types de préjudices qui peuvent résulter de l'activité des ententes et met en évidence les problèmes liés à l'évaluation chiffrée de ces préjudices. Il décrit certaines affaires d'ententes récemment découvertes dans les pays membres à l'occasion desquelles le niveau du préjudice subi a pu être estimé de manière approximative et illustre la nature de ces ententes par des exemples. Il passe en revue les législations des pays membres qui prévoient des sanctions contre les ententes et énumère un certain nombre de sanctions qui ont été appliquées à l'occasion d'affaires récentes. Il aborde enfin le sujet des sanctions optimales et évoque de nouveau certaines affaires récentes ayant trait à cette question.

II. La nature et l'impact des ententes

Les ententes sont généralement reconnues comme le type de comportement le plus dommageable entre tous. Elles ne comportent par ailleurs aucun avantage économique ou social légitime qui puisse justifier les pertes qu'elles occasionnent. Elles sont par conséquent punies par toutes les législations sur la concurrence ; elles sont dans certains pays considérées comme des délits. Les opérateurs d'ententes complexes savent que leur activité est illicite et mènent donc celle-ci en secret, se donnant parfois beaucoup de mal pour ne pas révéler leurs accords au public et aux autorités chargées de faire appliquer la loi.

Il ne fait aucun doute que le préjudice causé par les ententes est important. Il est toutefois difficile de le chiffrer avec précision. Les données recueillies à la

suite d'une enquête récemment menée par l'OCDE fournissent quelques renseignements complémentaires sur l'ampleur des dommages causés par les ententes. L'étude de l'OCDE permet de tirer la conclusion suivante qui, bien que générale et non scientifique, n'en est pas moins importante : Le préjudice causé par les ententes est encore plus important qu'on ne le pensait jusqu'ici et, selon les estimations les plus prudentes, il excéderait l'équivalent de plusieurs milliards de dollars américains par an.

Problèmes d'identification et de calcul

Il n'est pas inutile de rappeler tout d'abord brièvement les bases économiques sur lesquelles se fonde la conclusion largement répandue à savoir que les ententes causent un préjudice considérable.

Les ententes qui réussissent à diminuer la production et à relever les prix au-dessus du niveau de concurrence incitent les consommateurs dans leur ensemble à acheter moins de produits couverts par les ententes et à payer davantage quand ils choisissent quand même d'acheter ces produits. Les points de vue peuvent diverger quant au préjudice réel qui en résulte pour la société. Les économistes s'accordent à dire que la décision collective des consommateurs d'acheter moins de produits au prix de l'entente se traduit par une perte. Une quantité plus faible d'un produit (ou d'un service) donné est produite et les consommateurs sont contraints de se tourner vers un produit qui les attire moins pour remplacer le produit qu'ils ne peuvent plus de permettre d'acheter. Une autre perte, généralement plus importante, pour les consommateurs vient du fait qu'ils doivent payer le prix d'entente plus élevé pour le produit qu'ils décident d'acheter quand même. Sans plus d'informations, toutefois, les économistes n'ont pu conclure que la situation de la société dans son ensemble s'était détériorée du fait de ce « transfert de richesse » des consommateurs vers les producteurs (les opérateurs des ententes).

Naturellement, l'économie n'est pas le seul élément qui permette de déterminer le préjudice causé par les ententes. Les problèmes sociaux et d'équité n'ont pas moins d'importance. Il est difficile de rester indifférent à l'effet global d'une entente sur les consommateurs. Ceux-ci doivent payer à leur corps défendant un prix nettement au-dessus du prix de concurrence qui est le résultat d'un accord, généralement secret, entre des producteurs qui savent, ou devraient savoir, que leur comportement est illicite. Ces circonstances, ajoutées au consensus international qui reconnaît qu'un objectif important des législations sur la concurrence est de protéger les consommateurs, font que pratiquement tous les experts de la concurrence considèrent l'effet de transfert de richesse comme un préjudice causé par les ententes.

Les ententes peuvent avoir d'autres effets économiques dommageables. Outre la mauvaise allocation des ressources décrite plus haut, une entente tient ses membres à l'abri des risques du marché. Il peut en résulter une diminution de la pression exercée en vue de la maîtrise des coûts et de l'innovation³. Ce préjudice à l'efficacité « productive » et « dynamique » n'est pas moins réel que celui causé à l'efficacité de l'allocation des ressources évoquée ci-dessus, même s'il est plus difficile à mesurer.

Il est en effet difficile de mesurer le type de préjudice évoqué ci-dessus. Les experts de la concurrence ont tendance à s'intéresser aux gains illicites obtenus par les opérateurs des ententes parce que cet élément est le plus facile à calculer. Il existe toutefois une autre raison non moins importante de s'attacher plus particulièrement aux gains, à savoir la détermination des sanctions. Il est reconnu que l'objectif des sanctions infligées dans les affaires d'ententes est la dissuasion. Comme nous le verrons plus avant, une sanction optimale devrait garantir que les opérateurs présumés des ententes ne puissent escompter un profit de cette activité. Ce qui signifie qu'ils devraient par le biais des sanctions perdre les gains qu'ils ont éventuellement acquis. La sanction financière optimale devrait par conséquent prendre en compte les gains tirés de l'activité illicite.

Le calcul des gains illicites n'est pas moins difficile. Sous sa forme la plus simple, il peut être réalisé en multipliant l'accroissement de prix résultant de l'accord d'entente (le « surcoût ») par le montant du chiffre d'affaires (en unités) couvert par l'accord⁴. La détermination du prix de concurrence supposé, ou « prix de référence », utilisé pour calculer la marge illicite est elle-même complexe. Elle peut se faire soit en supposant ce que le prix aurait été sur le marché affecté, soit en utilisant un prix de référence déterminé en se fondant sur un ou plusieurs autres marchés comparables au marché concerné et sur lesquels aucune entente n'est présumée⁵.

En résumé, l'évaluation chiffrée du préjudice causé par les ententes est difficile et elle exige de recourir à différentes variables de substitution et hypothèses. Ce chiffrage se justifie toutefois pour plusieurs raisons. La plus évidente est la nécessité d'informer les consommateurs et les décideurs politiques de l'importance de mettre en place un programme sévère contre cette pratique. Il est également nécessaire de calculer le préjudice afin de dédommager les consommateurs qui subissent les effets d'un accord illicite. Une autre raison importante est que ce n'est qu'en appréhendant l'étendue du préjudice causé par les ententes que les gouvernements pourront appliquer des sanctions adaptées contre cette pratique, des sanctions qui aient un réel effet dissuasif.

Estimations du préjudice réel

Le Rapport sur les ententes indique que les poursuites récemment engagées contre les ententes internationales aux États-Unis, ont révélé que dix de ces

ententes avaient « concerné des transactions commerciales aux États-Unis s'élevant à plus de 10 milliards de dollars », et avaient « coûté aux particuliers et aux entreprises plusieurs centaines de millions de dollars par an aux États-Unis seulement ». En tenant compte du fait que ces chiffres concernent les effets provoqués sur une économie (même si elle est la plus importante du monde) par quelques ententes seulement et que d'autres ententes ne sont probablement jamais découvertes ni poursuivies, le rapport en conclut que les effets des ententes injustifiables dans le monde entier sont considérables. Il se fonde sur des estimations selon lesquelles les ententes produisent en moyenne des surcoûts représentant 10% des transactions commerciales concernées et entraînent un préjudice global équivalent à 20% des transactions commerciales concernées.

Le présent rapport s'appuie sur les éléments fournis par le Rapport sur les ententes mais les progrès en la matière sont difficiles à réaliser et ce, pour au moins deux raisons. Premièrement, la plupart des législations sur la concurrence n'exigent pas la preuve d'un préjudice spécifique pour pouvoir entamer une action contre une entente injustifiable. Si la plupart des pays n'ont pas adopté une règle spécifique telle que celle en vigueur aux États-Unis, la preuve d'un niveau de préjudice donné n'est généralement pas exigée pour établir la responsabilité et les autorités de la concurrence ne s'engagent donc pas à apporter cette preuve. Deuxièmement, comme nous l'avons vu plus haut, il est difficile de calculer le préjudice. Ainsi, même lorsque la preuve du préjudice peut être utile pour arriver à une sanction adéquate, elle peut ne pas être apportée.

Au début de 2001, le Groupe de travail n° 3 du Comité de la Concurrence a recueilli des données sur des affaires d'ententes dont avaient eu à connaître 15 pays membres de 1996 à 2000. Les pays membres ont fourni des renseignements sur 119 affaires au total. Ces affaires sont cependant loin de représenter la totalité des affaires d'ententes ayant fait l'objet de poursuites dans les pays concernés (ni dans l'ensemble des pays de l'OCDE) sur cette période. Certains pays n'ont pu fournir de renseignements sur la totalité des affaires les concernant en raison de la charge de travail que représentait cette tâche ou du secret qui entourait les renseignements concernés. Ces 119 cas représentent donc moins de la moitié du nombre total des affaires d'ententes ayant fait l'objet de poursuites dans les pays de l'OCDE pendant la période considérée, et encore n'incluaient-ils pas bon nombre des affaires les plus importantes.

En octobre 2001, le Comité de la Concurrence a tenu son premier « Forum global sur la concurrence ». Des délégations venues de dix-huit pays non membres⁹ ont participé aux côtés des délégués du Comité à cette réunion de deux jours sur les questions de concurrence. Les participants ont été invités à évoquer les affaires d'ententes ayant fait l'objet de poursuites dans leur pays au cours des dernières années. Douze pays ont répondu. Leurs réponses ont également été utilisées pour préparer le présent rapport. Une synthèse des réponses est présentée en annexe C.

Les enquêtes ont fourni des renseignements intéressants sur les caractéristiques générales des ententes dont les autorités de la concurrence ont eu à connaître. Les ententes nationales, à savoir les ententes affectant les marchés qui ne s'étendent pas au-delà des frontières nationales et sont parfois plus limités, sont majoritairement présentes dans les résultats des enquêtes. Les participants à ces ententes sont généralement des entreprises locales ou nationales, et parfois des filiales nationales d'entreprises étrangères ou affiliées à celles-ci. Les ententes nationales sont présentes dans tous les secteurs économiques, mais elles sont relativement moins courantes dans certains secteurs, notamment la construction et les matériaux de construction (ciment, béton, asphalte), les marchés publics, les produits alimentaires en vrac, les équipements électriques et le secteur des services, en particulier les services de transport locaux, les professions libérales et le secteur des soins. Les enquêtes ne font pas ressortir de « profil » unique de marchés soumis à ententes, mais certaines caractéristiques sont récurrentes, telles que la forte concentration (mais pas nécessairement sur certains marchés de services), l'homogénéité des produits et, facteur présent dans de nombreux cas, l'existence d'une association professionnelle donnant la possibilité aux participants de se réunir et de se concerter. Certaines de ces ententes ont existé durant de nombreuses années, voire des décennies, en particulier dans les pays qui ne poursuivent pas les ententes activement depuis très longtemps.

Plus récemment, toutefois, les autorités de la concurrence ont commencé à détecter et à poursuivre des ententes internationales sur une grande échelle dont les participants sont des entreprises multinationales établies dans différents pays. Le nombre des ententes internationales découvertes est relativement faible, ce qui rend difficile la généralisation, mais ces marchés tendent également à être fortement concentrés, à porter sur des produits homogènes et à s'articuler autour d'une association professionnelle. Plusieurs ententes internationales avaient mis au point des dispositifs complexes de fixation des prix, qui étaient renforcés et rendus plus transparents pour leurs membres par des accords de partage des marchés, sous la forme soit de contingents soit d'accords territoriaux. Dans certains cas concernant à la fois des ententes nationales et internationales, les opérateurs des ententes avaient mis au point des mécanismes élaborés pour donner effet à l'accord et sanctionner la fraude.

Dans plusieurs des cas signalés, certains éléments ont révélé que les opérateurs des ententes avaient pleinement conscience que leur conduite était dommageable et illégale, ce qui les incitait parfois à tout faire pour que leur accord demeure secret. On trouvera ci-après quelques exemples :

- Équipement de protection anti-incendie, Australie : Des salariés de l'une des plus grandes entreprises poursuivies ont fourni les preuves détaillées d'une destruction volontaire de documents compromettants à la suite de demandes formulées par l'ACCC en vue d'obtenir ces documents. Deux

hommes avaient, avec l'accord de leur supérieur hiérarchique, chargé deux voitures de dossiers d'offres et les avaient emportés dans la campagne où il leur avait fallu une journée entière pour les brûler en allumant « quatre énormes feux ».

- Écoles de conduite, Danemark : Un participant a fait remarquer : « ... Si la concurrence par les prix se situe à ce niveau, un simple calcul mental suffit à démontrer que chacun d'entre nous abandonnerait 75 000 DKK chaque année à ses clients au lieu de gagner de l'argent. Ce serait idiot ».
- Béton prêt à l'emploi, Allemagne : L'entente conservait des archives détaillées, spécifiant dans certains cas la répartition des ventes à la seconde décimale près. Le système indiquait même les personnes chargées de fournir nourriture et boissons pour les réunions.
- Association hôtelière, Espagne : Le président de l'association hôtelière avait écrit à ses membres : « ... [N]ous devons faire un gros effort pour obtenir un relèvement des prix de deux à quatre points au-dessus du taux d'inflation... » Au moment même où elle appelait à un tel relèvement, l'association faisait valoir au gouvernement espagnol qu'elle ne ferait rien pour provoquer une augmentation des prix afin de contribuer à la maîtrise de l'inflation.
- Lysine, États-Unis : Les enregistrements vidéos désormais largement diffusés des réunions de l'entente révèlent plusieurs exemples de comportement d'entente ouvertement assumés, certains membres plaisantant notamment à l'occasion d'une réunion sur la possibilité d'inviter leurs clients et les autorités de la concurrence à siéger à leur côté. Ils montrent aussi un représentant d'ADM qui, lors d'une réunion, exhorte ses pairs à appuyer l'accord, disant : « Je souhaite être plus proche de vous que de mes clients ... », un sentiment qui correspond au slogan souvent cité de ADM, « Nos concurrents sont nos amis, nos clients sont nos ennemis ».
- Vitamines, États-Unis : Les participants à l'entente ont tout fait pour retrouver et détruire les documents compromettants, notamment en faisant procéder à des audits internes pour vérifier que ces documents n'existaient plus. Lorsque le besoin s'est fait sentir de conserver certains bordereaux sur lesquels était indiquée la répartition des affaires entre les participants, les dossiers ont été copiés sur disquettes et cachés dans les combles d'une maison appartenant à la grand-mère d'un salarié.

Les enquêtes ont également fourni des renseignements sur le préjudice causé par les affaires signalées. L'Annexe A indique quelques éléments concernant certains des cas les plus importants recensés dans ces enquêtes. Les données relatives au montant des transactions commerciales affectées et au préjudice causé ne sont pas complètes, pour les raisons mentionnées plus haut, mais elles permettent

cependant de tirer des conclusions générales. Le montant des transactions commerciales affectées a pu être estimé dans 16 de ces affaires importantes. Bon nombre d'entre elles ont porté sur des centaines de millions ou milliards en monnaie nationale. Le montant total pour ces 16 affaires a excédé 55 milliards de USD. Dans certaines des autres affaires découvertes, il n'a pas été possible d'établir une estimation précise des transactions commerciales affectées, mais les services qui les ont signalées ont indiqué que le montant représentait « plusieurs milliards » en monnaie nationale. Compte tenu des nombreux cas d'ententes, connus ou non, dans lesquels le montant précis de transactions commerciales affectées ne peut être calculé, il semble clair que la somme totale de ces transactions s'élève à des milliards et des milliards de dollars chaque année.

L'Annexe A fournit également des estimations du préjudice, exprimées en pourcentage des transactions commerciales affectées, qui ont pu être établies dans 14 des cas. Ces estimations vont de 3 à 65 %. Pour plus de précision, dans deux cas le pourcentage était inférieur à 5 %, dans cinq cas entre 5 et 15 %, dans quatre cas entre 20 et 30 %, et dans trois cas de 50 % à 65 %. Les données réelles sur le préjudice subi sont toutefois peu nombreuses. Un document important à cet égard, les « United States Sentencing Guidelines », retient certaines hypothèses sur les gains et les pertes dans le cadre des ententes :

On estime que le gain moyen tiré de la fixation des prix équivaut à 10 pour cent du prix de vente. La perte résultant de la fixation des prix excède le gain du fait, entre autres, qu'un préjudice est causé aux consommateurs qui ne peuvent se permettre d'acheter le produit au prix plus élevé ou ne l'achètent pas pour toute autre raison. La perte résultant de la fixation des prix excédant le gain, le paragraphe (d)(1) prévoit qu'à la place de la perte pécuniaire il convient de retenir 20 pour cent du volume des transactions commerciales affectées... [pour calculer l'amende de base]. Le but de cette fixation d'un pourcentage du volume des transactions commerciales est d'éviter la perte de temps et d'argent à laquelle devraient faire face les tribunaux pour déterminer le gain ou la perte réelle. Dans les cas où le surcoût réel résultant du monopole apparaîtrait nettement supérieur ou inférieur à 10 pour cent, ce facteur devrait être pris en compte pour la fixation de l'amende dans les limites prévues par les « Guidelines »⁷.

On ne dispose que de peu de données empiriques à l'appui de ces pourcentages⁸. Il est intéressant de noter que les données, peu fournies (14 cas), recueillies à l'occasion de l'enquête font ressortir un pourcentage médian entre 15 et 20%. Il semble pour le moins évident que les gains tirés des accords d'ententes peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre et peuvent parfois être très élevés. Par ailleurs, la perte réelle pour les consommateurs allant au-delà du simple gain au bénéfice de l'entente, comme nous l'avons vu plus haut, cette perte – le préjudice total causé par les ententes – est véritablement considérable.

En résumé, il est généralement reconnu depuis de nombreuses années que les ententes causent un préjudice substantiel aux consommateurs du monde entier. L'expérience qu'ont faite au cours de ces dernières années les pays de l'OCDE, qui ont renforcé leurs efforts pour découvrir et poursuivre les ententes, a confirmé cette hypothèse. En fait les affaires récentes qui ont impliqué des ententes internationales à grande échelle montrent que les dimensions du problème sont encore plus importantes qu'on ne pouvait le penser. Il demeure difficile de chiffrer le préjudice mais il est certainement très important, de l'ordre de plusieurs milliards de dollars chaque année.

III. Sanctions prévues et appliquées en cas d'ententes

Sanctions prévues par les législations sur la concurrence des pays membres

L'annexe B présente une synthèse des sanctions prévues en cas d'ententes injustifiables par les législations des pays membres.

Amendes infligées aux entreprises

Les législations de la plupart des pays Membres prévoient la possibilité d'appliquer de fortes amendes aux entreprises ayant participé à une entente. Les plafonds des amendes peuvent être exprimés sous la forme soit d'un montant fixe soit d'un pourcentage du chiffre d'affaires, ou les deux à la fois. Dans la première catégorie, on trouve l'Australie (10 millions d'AUD), le Canada (10 millions de CAD par délit en cas d'ententes illicites et montant non fixé en cas d'offres frauduleuses) et le Mexique (375 000 fois le montant du salaire minimum général en vigueur à Mexico, équivalant actuellement à près de 1.5 million d'USD). Dans la deuxième catégorie, à savoir les pays dans lesquels les plafonds des amendes sont exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires, on trouve la France (10 % du chiffre d'affaires mondial), l'Union européenne (10 % du chiffre d'affaires global de l'exercice précédent), la Hongrie (10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent), l'Italie (10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent), la Suède (10 % des recettes annuelles), et le Royaume-Uni (10 % du chiffre d'affaires réalisé au RU pendant la période d'activité de l'entente, dans la limite de trois ans).

Plusieurs pays appliquent deux types de plafonds : la République tchèque (10 millions de CSK ou 10 % du « chiffre d'affaires net » de l'exercice précédent) ; la Finlande (672 752 EUR ou 10 % du chiffre d'affaires global de l'exercice précédent) ; l'Irlande (3 809 214 millions d'EUR ou 10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent) ; le Japon (surtaxe administrative à hauteur de 6 % sur les ventes cumulées des produits couverts par l'accord, dans la limite de trois ans, amende au pénal à hauteur de 100 millions de yens) ; la Corée (surtaxe de 5 % du chiffre d'affaires affecté par l'entente ou 1 milliard de KRW, amende au pénal à hauteur

de 200 millions de KRW) ; les Pays-Bas (450 000 EUR ou 10 % du chiffre d'affaires) ; la Pologne (5 millions d'EUR ou 10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent si le montant équivalent est moins élevé) ; la République slovaque (10 millions de SKK ou 10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent) ; l'Espagne (901 518 EUR ou 10 % du chiffre d'affaires de l'exercice précédent) et la Turquie (200 millions de TRY ou 10 % du bénéfice brut de l'exercice précédent). Deux pays prévoient également d'autres types de sanctions, le plafond n'étant plus exprimé en termes de chiffre d'affaires total mais en termes de gains illicites : l'Allemagne (sanction administrative de 511 292 EUR ou trois fois le montant des bénéfices supplémentaires générés par l'entente) et les États-Unis (10 millions d'USD ou le double du montant des gains pour l'entente ou des pertes pour les victimes). Un amendement récent apporté à la législation de Nouvelle-Zélande prévoit trois possibilités : 10 millions de NZD, le triple du montant des gains illicites ou, si le montant des gains illicites n'est pas connu, 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise, le montant le plus élevé étant retenu. Le Danemark et la Norvège prévoient des amendes dont les plafonds ne sont toutefois pas fixés. En Norvège, un tribunal peut également ordonner la confiscation des gains tirés de l'entente.

Amendes infligées aux personnes physiques

Plusieurs pays, moins de la moitié toutefois, prévoient l'application d'amendes aux personnes physiques impliquées dans les ententes. L'Australie (500 000 AUD), le Canada (10 millions de CAD par délit pour les ententes illicites et montant variable pour les offres frauduleuses), la France (1 524 490 EUR), l'Allemagne (amende administrative à hauteur de 511 292 EUR ou trois fois le montant du bénéfice supplémentaire réalisé par la personne physique (et non l'entreprise) du fait de l'entente ; amendes pénales à hauteur de 1 840 651 EUR pour les soumissions concertées), l'Irlande (3 809 214 EUR), le Japon (5 millions de JPY), la Corée (200 millions de KRW), le Mexique (7 500 fois le salaire minimum général en vigueur à Mexico), la Nouvelle-Zélande (500 000 de NZD), la Norvège (montants d'amendes non précisés), la République slovaque (montants d'amendes non précisés), l'Espagne (30 050 EUR), les États-Unis (350 000 USD ou deux fois le montant des gains pour l'entente ou des pertes subies par les victimes). Dans la plupart des pays qui imposent des amendes aux personnes physiques, le comportement d'entente est considéré comme un délit.

Peine d'emprisonnement pour les personnes physiques

Un nombre encore moins important de pays prévoient la peine pénale de l'emprisonnement pour les personnes physiques : le Canada (5 ans par délit), l'Allemagne (5 ans pour soumissions concertées), l'Irlande (2 ans), le Japon (3 ans),

la Corée (3 ans), le Mexique (sanction décidée par l'autorité judiciaire), la Norvège (6 ans), la République slovaque (5 ans), les États-Unis (3 ans).

Versement de dommages-intérêts aux victimes

Dans les pays suivants, les victimes d'ententes peuvent prétendre à des dommages-intérêts au titre des pertes monétaires subies, soit dans le cadre de l'application de la loi par les autorités de la concurrence soit dans le cadre d'une action au civil : l'Australie, le Canada, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, l'Irlande (dommages-intérêts exemplaires en particulier), le Japon, la Nouvelle-Zélande (dommages-intérêts exemplaires en particulier), la Norvège, l'Espagne, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni, les États-Unis (trois fois les dommages réels).

Sanctions effectivement appliquées dans les cas d'ententes

Amendes infligées aux entreprises

L'Annexe A fournit certains éléments sur les sanctions qui ont été infligées dans plusieurs affaires importantes recensées par l'enquête de l'OCDE sur les ententes. Les sanctions monétaires sont également exprimées en pourcentage des transactions commerciales affectées et du préjudice estimé, lorsque ces deux facteurs ont pu être calculés. Ces données montrent que dans certains pays des amendes sévères punissent couramment les ententes, se chiffrant souvent par dizaines ou centaines de millions en monnaie nationale. Dix pays ont imposé des amendes d'un montant supérieur à l'équivalent de 1 million de USD. Dans trois cas, les amendes les plus élevées dépassaient 100 millions de USD : la Commission européenne, l'Allemagne, et les États-Unis ; dans deux les montants les plus élevés se situaient entre 10 et 100 millions de USD : le Canada et la Corée ; et, pour le reste, les montants représentaient entre 1 et 10 millions de USD : l'Australie, la Finlande, le Japon, la Norvège et l'Espagne. D'autres pays ne se sont pas montrés aussi sévères mais dans plusieurs d'entre eux des efforts sont en cours pour mettre en œuvre des amendes de montants beaucoup plus élevés pour sanctionner les ententes à l'avenir, comme nous le verrons ci-après.

Le relèvement du montant des amendes aux États-Unis a été particulièrement sensible au cours de ces dernières années. Durant la décennie qui a précédé l'année 1997, un montant moyen de 29 millions d'USD d'amendes par an a été appliqué. En 1997, les amendes ont atteint un montant total de 205 millions d'USD et durant la période 1997-2000, le montant total recouvré a été de 1.7 milliard d'USD. Cet accroissement a correspondu au regain d'effort constaté aux États-Unis pour poursuivre les ententes internationales qui portaient préjudice aux consommateurs américains. Plus de 90 % du montant total de 1.7 milliard recouvré durant la période 1997-2000 l'ont été dans le cadre d'affaires d'ententes internationales.

Les amendes ont également augmenté considérablement dans d'autres pays au cours de ces dernières années, notamment en Australie, au Canada, en Allemagne et en Corée, de même qu'au niveau de la Commission européenne.

Amendes infligées aux personnes physiques

Quatre pays seulement – l'Australie, le Canada, l'Allemagne et les États-Unis, ont déclaré dans le cadre de l'enquête avoir infligé des amendes à des personnes physiques. Ces quatre pays ont appliqué une politique visant à sanctionner les particuliers. Le Canada, l'Allemagne et les États-Unis ont cité plusieurs montants d'amendes qui excédaient l'équivalent de 100 000 USD. Les États-Unis avaient pour leur part imposé des amendes de très fort montant à des personnes physiques au cours de la période récente. Dans l'affaire concernant les électrodes en graphite, trois particuliers s'étaient vu infliger des amendes supérieures à 1 million de dollars, la plus importante atteignant 10 millions. Dans une affaire récente concernant des offres frauduleuses dans le secteur des ventes de denrées alimentaires aux écoles de la ville de New York, un particulier a été puni d'une amende de 1 million de dollars et lui-même et sa société ont dû verser 4.2 millions à titre de réparation pour enrichissement illicite.

Peines d'emprisonnement pour les personnes physiques

Deux pays, le Canada et les États-Unis, ont déclaré avoir infligé des peines d'emprisonnement à des particuliers. Le Canada a déclaré trois peines ainsi infligées, la plus longue étant d'un an. D'autres particuliers ont dû accomplir un service d'utilité publique pendant une période donnée. Ce sont les États-Unis qui ont imposé le plus de peines d'emprisonnement dans des affaires d'ententes. Au cours de l'exercice 1999, 28 particuliers ont été condamnés à ce type de peine et 18 en 2000. La durée moyenne de ces peines d'emprisonnement était d'environ 8 mois en 1999 et 10 mois en 2000. Dans les affaires récentes, des peines plus longues ont été appliquées. Dans l'affaire de la lysine, trois particuliers ont été condamnés à des peines de 36, 34 et 30 mois, respectivement. Dans l'affaire évoquée plus haut concernant des offres frauduleuses sur des ventes de produits alimentaires dans la ville de New York, le particulier qui avait été condamné à une sanction de 4.2 millions d'USD à titre de réparation et à une amende de 1 million s'était également vu infliger une peine d'emprisonnement de quatre ans, la peine la plus longue de ce type qui ait jamais été prononcée dans une affaire d'entente⁹.

Sanctions appliquées dans les autres pays

Il ressort clairement de ce qui précède que les pays en sont à un stade différent dans leur manière de traiter les affaires d'ententes. Il existe des disparités importantes entre les pays quant au nombre de poursuites et de sanctions appli-

quées. Plusieurs pays ont tout juste achevé ou sont sur le point d'achever la révision de leur législation et de leurs politiques en matière d'ententes, dans le sens d'un renforcement des sanctions applicables dans ce domaine. Parmi ces pays, le Danemark (nouvelle législation sur la concurrence en 1998), la France (amendement de la législation sur la concurrence en 2001), l'Irlande (priorité absolue donnée à la lutte contre les ententes), les Pays-Bas (nouvelle législation sur la concurrence adoptée en 1998, nouvelles orientations pour la fixation des montants d'amendes en 2002 et poursuite des travaux sur la mise en place d'un programme de clémence), la Nouvelle-Zélande (réalisation récente d'une étude sur les sanctions optimales, comme nous l'avons vu plus haut, et amendements apportés à la législation sur la concurrence en 2001), la Norvège (réalisation récente d'une étude sur les sanctions optimales, comme nous l'avons vu plus haut), la Suède (proposition de faire de la constitution d'ententes un délit), la Suisse (proposition d'introduire des amendes pour les infractions graves à la législation sur la concurrence) et le Royaume-Uni (une nouvelle législation sur la concurrence est entrée en vigueur en 2000 assortie d'un programme énergique contre les ententes). Parmi les pays observateurs non membres du Comité de la Concurrence, le Brésil et Israël ont récemment mis en œuvre de nouveaux programmes contre les ententes.

Conclusion

Les législations sur la concurrence des pays de l'OCDE prévoient un large éventail de sanctions contre les participants à des ententes et leurs dispositions permettent l'application de lourdes pénalités. Une tendance nette se dessine dans plusieurs pays vers un renforcement des sanctions dans les affaires d'ententes et d'autres pays revoient leurs dispositions et leurs politiques pour prévoir un renforcement des sanctions applicables dans ce domaine. Nous examinerons plus avant la question de savoir si les sanctions plus sévères récemment adoptées sont suffisantes pour dissuader les ententes futures.

IV. Sanctions optimales

Le principal objectif des sanctions appliquées dans les affaires d'ententes est la dissuasion. La décision de constituer une entente ou d'y participer est essentiellement une décision d'ordre financier, les ententes pouvant rapidement et considérablement améliorer les bénéfices de leurs participants¹⁰. Pour être efficace, tout élément de dissuasion doit donc viser en général à ôter toute perspective de gains financiers pour les membres de l'entente. Les sanctions ont un autre objectif lié à celui-ci dans le contexte des ententes – celui d'inciter les participants à révéler les accords secrets et à fournir des renseignements aux enquêteurs¹¹. L'approche « de la carotte et du bâton » nécessite que le « bâton » – la sanction éventuelle – soit suffisamment sévère pour rendre efficace la « carotte » – la possibilité d'éviter la

sanction en collaborant. Ainsi, du point de vue tant de la dissuasion que de la collaboration, pour être efficace la sanction potentielle doit être importante¹². La discussion qui suit sera centrée sur la valeur dissuasive des sanctions, des sanctions suffisamment sévères pour constituer un outil de dissuasion efficace étant également susceptibles de fournir l'incitation nécessaire à collaborer.

Amendes infligées aux entreprises

En théorie

Comme nous l'avons vu plus haut, tant la Nouvelle-Zélande que la Norvège se sont récemment penchées sur ce sujet et en sont venues aux mêmes conclusions¹³. Les études réalisées concordent avec l'opinion généralement admise qui veut que pour être efficace une sanction doit prendre en compte à la fois les gains attendus de l'entente et la probabilité que l'entente soit découverte et punie.

Les entreprises tendent d'autant plus à sous-évaluer les coûts attendus des pénalités ou des indemnisations que la probabilité pour elles d'être découvertes et punies est faible... La détection et la répression n'étant pas parfaites, pour être effective la dissuasion exige des pénalités (ou des indemnisations) qui soient plus importantes que l'avantage attendu de l'activité illicite de manière à pallier les lacunes en matière de détection et de poursuites¹⁴.

Le principe essentiel dans l'application des amendes est que les pertes susceptibles de résulter de la violation de la loi doivent excéder les gains attendus¹⁵.

Il est toutefois beaucoup moins évident de déterminer dans quelle mesure la pénalité financière doit excéder les gains. Si, par exemple, une entente sur trois seulement est découverte et punie, pour produire un véritable effet dissuasif les montants des pénalités à appliquer à celles qui sont poursuivies doivent être égaux à au moins trois fois les gains attendus. Il serait toutefois très difficile d'évaluer la probabilité de détection des ententes, qui varie en tout état de cause d'un pays à l'autre. Une étude réalisée à partir d'un échantillon d'affaires traitées aux États-Unis au cours de la période 1961-1988 situe la probabilité de détection et de punition entre 13 % et 17 %, ou entre un cas sur six et un cas sur sept¹⁶. Les autorités américaines ont bien entendu mis au point des méthodes d'investigation plus efficaces depuis 1988, notamment un programme de clémence renforcé, lesquelles ont probablement amélioré le taux de détection dans ce pays. Dans certains autres pays cependant ce taux est probablement inférieur à celui enregistré aux États-Unis.

Quoi qu'il en soit, la détermination du coefficient multiplicateur à appliquer au gain n'est pas le seul problème à surmonter. La quantification du gain elle-même est difficile, comme nous l'avons vu plus haut. La Norvège et la Nouvelle-Zélande ont examiné cette question dans leurs études sur les sanctions optimales. La

Norvège s'est attachée à simplifier ses méthodes de calcul du gain résultant des ententes. Sous sa forme la plus simple, ce calcul peut être présenté ainsi : prix de l'entente moins prix de concurrence ou « prix de référence », multiplié par le chiffre d'affaires (en unités) affecté par l'accord d'entente. La Norvège propose que le prix de référence soit déterminé par « benchmarking », (analyse comparative) en utilisant des données recueillies sur des marchés liés, de préférence concurrentiels.

La Nouvelle-Zélande serait également favorable à une estimation du gain illicite et à une majoration de celle-ci à raison d'un montant tenant compte d'une probabilité de détection inférieure à un mais, reconnaissant les difficultés que pose le calcul du gain réalisé, propose qu'une « variable de substitution » du gain soit utilisée si nécessaire. L'étude de la Nouvelle-Zélande examine certaines formes de peines alternatives utilisées dans d'autres pays, nous l'avons vu, notamment celles qui : 1) sont assorties d'un plafond fixé en monnaie nationale, 2) sont exprimées en pourcentage du chiffre d'affaires annuel, 3) sont exprimées en multiples des gains illicites, ou 4) utilisent une combinaison de ces formules. L'étude propose :

... que les pénalités imposées atteignent jusqu'à trois fois les gains illicites ou 10 % du chiffre d'affaires annuel (modèle suisse)¹⁷. La préférence va à ce modèle qui a l'avantage d'envoyer un signal en direction des tribunaux pour indiquer que les pénalités devraient être de nature punitive en se fondant sur un multiple des gains illicites. Ce modèle reconnaît par ailleurs la difficulté de calculer les gains illicites dans la mesure où il prévoit une variable de substitution – le pourcentage du chiffre d'affaires¹⁸.

En 2001, la législation a été amendée pour tenir compte de cette recommandation et trois options sont désormais proposées : 10 millions de NZD, un montant égal à trois fois les gains illicites ou, si les gains ne sont pas connus, 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, le montant le plus élevé étant retenu.

Au cours de ces dernières années, des ententes internationales de grande envergure touchant plusieurs pays ont été découvertes et poursuivies. L'adoption de mesures efficaces contre ces ententes pose des problèmes particuliers. En théorie, sauf si le participant à une entente multinationale est poursuivi et si une amende lui est appliquée dans la plupart sinon dans tous les pays concernés, l'entente peut néanmoins se révéler profitable après versement des amendes uniquement dans certains des pays concernés. Il est naturellement possible de résoudre ce problème en renforçant la coopération internationale en matière d'enquêtes et de poursuites contre les accords en cause. Par ailleurs, les législations de plusieurs pays permettent, parfois de manière explicite, d'établir les amendes sur la base du chiffre d'affaires mondial. Ainsi, l'effet cumulatif des amendes dans ces pays pourrait expliquer l'absence de poursuites dans les autres pays. Il existe bien sûr une possibilité de double sanction si le chiffre d'affaires étranger

est pris en compte dans plus d'un pays. Ce risque est probablement plus théorique que réel toutefois, d'autant que certaines législations nationales permettent d'asseoir les amendes sur le chiffre d'affaires d'une seule année¹⁹.

Dans la pratique

Deux questions se posent s'agissant de savoir si les amendes sont susceptibles de jouer un rôle de dissuasion : la législation sur la concurrence d'un pays permet-elle d'imposer des amendes de montants suffisamment élevés pour obtenir l'effet souhaité ; et, si les législations ne sont pas adaptées, les amendes effectivement appliquées par les autorités de la concurrence (et les tribunaux, le cas échéant) sont-elles suffisamment élevées ?

En partant du principe que pour être optimale une sanction doit être exprimée sous la forme d'un multiple des gains illicites, seules les législations de trois pays, l'Allemagne, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, sont conçues en ce sens : trois fois le montant des gains en Allemagne et en Nouvelle-Zélande et, pour les États-Unis, deux fois les gains réalisés par l'entente dans son ensemble (et non pas uniquement la personne poursuivie). D'autres pays ont recours soit à un plafond déterminé soit à un pourcentage du chiffre d'affaires annuel, ou encore une combinaison des deux. Il est difficile de déterminer dans l'abstrait si ces mesures sont suffisamment sévères dans un pays donné. Le préjudice causé par une entente – et donc la peine optimale – sont de toute évidence variables en fonction de la taille de l'économie.

La nouvelle législation adoptée en Nouvelle-Zélande pourrait constituer un cadre de référence. Dans cette économie aux dimensions relativement modestes par rapport aux autres économies, une analyse approfondie a récemment été réalisée sur les sanctions optimales à appliquer aux ententes. Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, cette nouvelle législation prévoit l'application aux entreprises d'amendes d'un montant égal au maximum à trois fois les gains illicites, à 1 000 000 de NZD ou à 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Dix millions de NZD équivalent approximativement à 48 millions d'euros. Quinze pays énumérés à l'Annexe B autres que la Nouvelle-Zélande expriment les plafonds des amendes au moins en partie en termes absolus. Dans 11 de ces 15 pays, ce plafond est inférieur à celui de la Nouvelle-Zélande. La plupart de ces pays prévoient toutefois d'autres plafonds exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise contrevenante. Les plafonds d'amendes exprimés en pourcentage du chiffre d'affaires ont tendance à être beaucoup plus élevés. Par exemple, en application du plafond de 10 % du chiffre d'affaires global des entreprises contrevenantes, la Commission européenne a imposé des amendes très élevées (voir annexe A). Dans quelques pays toutefois, le chiffre d'affaires à retenir est défini dans un sens plus étroit, à savoir le chiffre d'affaires affecté par l'entente, ou

le chiffre d'affaires réalisé dans le pays des poursuites. Ces restrictions font que les plafonds d'amendes sont beaucoup moins élevés²⁰.

En résumé, si l'on peut conclure que pour être optimale une amende infligée à une entreprise doit être égale à au moins trois fois le montant des gains illicites, il est difficile de déterminer dans l'abstrait si les plafonds prévus par les législations de la plupart des pays sont suffisamment élevés, dans la mesure où ils ne sont en général pas exprimés sur la base des gains illicites. Il est probable que dans certains cas toutefois les législations en vigueur ne permettent pas l'application aux entreprises d'amendes optimales de montant élevé.

Quoi qu'il en soit, les données limitées dont nous disposons indiquent que, quel que soit le pays, les amendes appliquées n'atteignent pas encore des niveaux optimaux. L'annexe A présente une synthèse de 38 des 119 cas examinés dans l'enquête de l'OCDE. Il s'agit dans l'ensemble des affaires les plus importantes, en termes de transactions commerciales affectées et de montant des sanctions. Il n'a été possible d'exprimer les sanctions financières en pourcentage des transactions commerciales affectées que dans 10 de ces cas, les données disponibles n'ayant pas permis dans la plupart des cas, nous l'avons vu, d'établir des estimations même approximatives de ce lien. Sur ces 10 cas, les montants des sanctions varient considérablement en pourcentage du préjudice subi, allant de 3 % à 189 %. Il est intéressant de noter que quatre se situent au-dessus de 100 %, deux aux États-Unis, un au Canada et un en Allemagne, aucun n'atteignant deux fois le montant des gains alors que l'opinion générale semble préconiser un multiple d'au moins deux ou trois.

Ce sont les États-Unis qui ont le plus d'expérience en matière d'amendes exprimées sous la forme d'un multiple des gains illicites. La législation américaine, il faut le rappeler, prévoit que le plafond de l'amende qui peut être infligée à une entreprise au titre d'une entente est le montant le plus élevé entre 10 millions de USD et deux fois le montant des gains au profit de l'ensemble de l'entente ou des pertes subies par les victimes de cette dernière. En septembre 2001, les tribunaux américains avaient appliqué plus de 30 amendes d'un montant supérieur à 10 millions d'USD dans des affaires d'ententes²¹. Ils avaient également infligé à des personnes physiques au moins cinq amendes de montant supérieur au plafond de 350 000 USD prévu par la loi. Ces amendes supérieures à 10 millions et 350 000 USD avaient été établies, du moins de manière implicite, par application de la formule « deux fois le montant des gains ou des pertes ». Dans les faits toutefois, aucune de ces amendes n'avait été établie après détermination par le tribunal d'un gain ou d'une perte ; toutes avaient fait l'objet d'une réduction de peine après négociation entre le juge et l'avocat de la défense. Le système américain comporte des éléments qui incitent fortement les autorités publiques et les contrevenants à éviter les litiges en matière de gains ou de pertes²². Les autorités américaines déclarent procéder effectivement à une estimation des gains ou des pertes dans le cadre de l'application en interne de la formule prévue par la loi²³,

mais leurs calculs ne sont généralement pas rendus publics et n'ont pas été produits devant les tribunaux.

Dommmages-intérêts compensatoires au profit des victimes

Comme nous l'avons vu plus haut, les législations de plusieurs pays de l'OCDE, moins de la moitié toutefois, prévoient le versement de dommages-intérêts compensatoires pour les victimes des ententes. Ces dommages-intérêts sont à juste titre considérés comme un élément des sanctions financières auxquels les participants à des ententes s'exposent. Si la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts existe dans plusieurs pays, elle est toutefois rarement mise en œuvre. Les procédures civiles en dommages-intérêts sont peu courantes dans la plupart des pays, sauf là encore aux États-Unis où la responsabilité civile en matière de dommages-intérêts permet l'obtention du triple du préjudice subi en matière de droit de la concurrence. L'analyse détaillée de ce type de responsabilité n'entre pas dans le cadre du présent rapport et en tout état de cause les avis sont partagés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays quant à l'utilité de plusieurs de ses aspects. Il s'agit sans conteste d'un élément de dissuasion financière important en matière d'ententes dans le cadre de la législation américaine²⁴.

Dans le cadre de son analyse des sanctions, la Nouvelle-Zélande a étudié la question du renforcement des mesures visant à encourager les actions individuelles en dommages-intérêts²⁵. Le rapport indique :

Les actions individuelles engagées en application de la Loi sur le Commerce de 1986 sont un corollaire nécessaire aux mesures prises par les autorités pour obtenir un effet de dissuasion optimal sur les contrevenants potentiels. Toutefois, les dispositions de cette Loi n'incitent pas suffisamment les acteurs du marché à engager des actions individuelles dans le cadre de la Loi²⁶.

Il conclut que le simple fait que le système néo-zélandais prévoit le versement de dommages-intérêts ne constitue pas une mesure d'incitation suffisante par rapport aux actions individuelles. Le rapport cite comme mesures d'incitation complémentaires les dommages-intérêts au triple et les dommages-intérêts exemplaires (punitifs), et il arrête son choix sur ces derniers, en concluant qu'ils sont susceptibles de fournir des signaux plus précis et d'être plus équitables²⁷.

Sanctions contre les personnes physiques

En théorie

En théorie, il est possible de concevoir un outil de dissuasion suffisant uniquement par le biais des sanctions financières infligées aux entreprises, mais ce régime présente certaines difficultés dans la pratique. Les renseignements permettant de calculer la sanction (notamment le montant des gains pour l'entente et

le multiple à appliquer à celui-ci pour tenir compte de la probabilité de détection et de punition) font nous l'avons vu généralement défaut. Par ailleurs, le montant d'amende optimal peut être trop élevé par rapport à ce que l'entreprise peut supporter et s'il était appliqué il pourrait contraindre celle-ci à sortir du marché, ce qui aurait bien entendu notamment pour effet de diminuer la concurrence. Dans la plupart des cas de ce type, le résultat serait l'application d'un montant d'amende inférieur au montant optimal. Par conséquent, il pourrait être envisagé d'introduire des sanctions complémentaires contre les particuliers qui se livrent à des activités d'ententes²⁸.

C'est la conclusion d'un rapport au Parlement récemment publié au Royaume-Uni par le ministère du Commerce et de l'Industrie²⁹. Ce rapport conclut qu'il ne serait pas envisageable d'infliger à une entreprise des amendes de montant optimal si pour arriver à ce montant optimal le multiple supposé devoir être appliqué aux gains réalisés par l'entente n'était pas moins de six. Pour résoudre ce problème, le rapport recommande de créer un nouveau délit pénal pour les personnes physiques qui participent à des ententes injustifiables. Ce délit serait puni exclusivement d'une peine d'emprisonnement (« custodial sentence », peine privative de liberté). Le rapport déconseille l'application d'amendes aux personnes physiques compte tenu du risque, apparemment inéluctable, de voir l'employeur payer l'amende pour son employé.

La Nouvelle-Zélande a étudié cette question dans le cadre de son analyse des sanctions appropriées. La législation néo-zélandaise prévoit actuellement pour les personnes physiques impliquées dans des ententes des amendes civiles à hauteur de 500 000 NZD (environ 236 000 EUR). Le rapport conclut que ce niveau d'amende est suffisamment élevé, mais il fait observer que cette sanction a été peu utilisée. Il recommande certaines options pour développer l'application des amendes aux personnes physiques, par exemple insister auprès des tribunaux sur la nécessité croissante d'imposer ces amendes et interdire à un employeur d'indemniser la personne physique au titre des amendes ainsi infligées³⁰.

Les sanctions infligées aux personnes physiques ont un autre effet positif. Elles permettent d'inciter celles-ci à proposer leur collaboration dans les enquêtes concernant les ententes, contre les intérêts de leur employeur, et peuvent ainsi améliorer l'efficacité des programmes de clémence et de « dénonciation ». Les sanctions contre les particuliers ont toutefois leur contrepartie. Dans de nombreux pays, elles exigent que les ententes soient considérées comme un délit. Dans ce contexte, les particuliers disposent de droits les protégeant de l'auto-incrimination, ce qui fait qu'il est plus difficile d'obtenir d'eux des preuves sauf s'ils acceptent de collaborer. Dans ce sens, l'incrimination du comportement d'entente pour les particuliers rend davantage possible leur collaboration en raison de la menace de sanctions personnelles mais la rend aussi davantage nécessaire car elle est assortie d'un droit les protégeant de l'auto-incrimination.

Dans la pratique

Comme nous l'avons vu plus haut, si les législations de pas moins de treize pays de l'OCDE prévoient l'application d'amendes contre les personnes physiques et sept prévoient des peines d'emprisonnement pour punir le comportement d'entente, quatre seulement ont effectivement infligé des amendes aux particuliers au cours de ces dernières années et des peines d'emprisonnement ont été prononcées dans deux uniquement. Par conséquent les pays qui ont actuellement recours à cette sanction complémentaire de grande portée sont encore peu nombreux.

Conclusions

S'il n'est actuellement pas possible de chiffrer avec précision le préjudice causé par les ententes injustifiables et ce pour diverses raisons, il ne fait aucun doute que celui-ci est très important, s'élevant à un montant équivalent à plusieurs milliards de dollars américains chaque année. Les pays de l'OCDE sont de plus en plus conscients de l'ampleur du problème et de la nécessité d'imposer des sanctions sévères aux participants aux ententes de manière à les dissuader de se livrer à ces activités. Les sanctions infligées dans des affaires récemment traitées dans plusieurs pays reflètent cette prise de conscience croissante. Les amendes infligées aux entreprises qui excèdent un montant équivalent à 1 million de USD ne sont plus rares dans certains pays. Les sanctions infligées à des personnes physiques ont également considérablement augmenté dans les quelques pays où ces sanctions sont prévues par la loi. D'autres pays ont récemment entrepris d'analyser leur politique de sanctions en vue d'accroître les pénalités applicables aux ententes. Cette évolution vers des sanctions plus rigoureuses dans les affaires d'ententes est inégale – dans certains pays les sanctions continuent d'être minimales – mais elle est indéniable.

Cette évolution amène à poser une autre question qui est de savoir quel niveau de sanctions est suffisant pour produire l'effet de dissuasion nécessaire pour les opérateurs supposés participer à une entente. Il est également difficile de répondre à cette question avec précision. Il ne fait aucun doute que les sanctions doivent être sévères. De nombreux experts sont d'avis que le montant brut des sanctions financières devrait être plus élevé que les gains tirés par l'entente, pour tenir compte du fait que toutes les ententes ne sont pas détectées et punies. Des multiples équivalant à deux ou trois fois les gains pour l'entente sont le plus souvent préconisés à cette fin, mais certaines études privilégient des multiples plus élevés. Des sanctions peuvent être imposées sur trois bases différentes : sous forme d'amendes ou de peines de confiscation infligées à l'entreprise contrevenante ; sous forme d'amendes et, dans quelques pays seulement, de peines d'emprisonnement imposées aux personnes physiques qui participent à une entente, et sous forme

de dommages-intérêts compensatoires et, éventuellement, de nature punitive, prononcés au bénéfice des victimes de l'entente. Les sanctions infligées aux personnes physiques et les dommages-intérêts civils ne sont actuellement utilisés que dans peu de pays mais ces différentes méthodes peuvent compléter de manière substantielle les amendes imposées aux entreprises.

Quoi qu'il en soit, si l'évolution semble nettement se faire en direction de sanctions plus rigoureuses en matière d'ententes, les données disponibles indiquent que les sanctions infligées aux personnes morales et aux personnes physiques n'ont pas encore atteint le niveau optimal de dissuasion.

Notes

1. *Id.* 16.
2. *Id.* 19-20.
3. Les opérateurs des ententes cherchent à optimiser les profits, naturellement, ce qui signifie que chaque entreprise est incitée à maîtriser les coûts même dans le cadre de l'entente, mais l'accord limite les pressions en ce sens exercées de l'extérieur.
4. Cette méthode ne tient pas compte d'autres facteurs pertinents tels que la modification des coûts unitaires résultant de l'entente et les pertes de « bénéfiques » éventuelles résultant d'une diminution des ventes unitaires provoquée par le relèvement des prix de l'entente.
5. La Nouvelle-Zélande et la Norvège ont récemment entrepris une étude ambitieuse sur les sanctions prévues par leurs législations respectives en matière de concurrence. Ces deux études examinent plus en profondeur que le présent rapport les problèmes de détermination et de chiffrage du préjudice pour les consommateurs et des gains pour les producteurs résultant des ententes. Elles proposent également d'excellentes analyses sur le sujet des sanctions optimales, qui est abordé dans la suite de ce rapport. « Review of the Penalties, Remedies and Court Processes under the Commerce Act, » Office of the Minister for Enterprise and Commerce, New Zealand, 1998 ; « Sanctioning Pursuant to the Norwegian Competition Act, » Norwegian Competition Authority, 2001.
6. L'Argentine, la Bulgarie, le Chili, la Chine, le Taipei chinois, l'Égypte, l'Estonie, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, la Lettonie, la Roumanie, la Slovénie, l'Afrique du Sud, la Thaïlande, l'Ukraine, le Venezuela et la Zambie.
7. United States Sentencing Guidelines, §2R1.1 cmt. n. 3.
8. Voir, Klawiter, « After the Deluge : The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment and Other Penalties in the Age of International Cartels », Intervention devant le George Washington Law Review Symposium, 2001, 17.
9. La peine maximum pour une simple infraction est de trois ans, mais cette personne était aussi accusée d'autres délits liés à cette affaire d'entente.
10. Les participants aux ententes bénéficient également d'avantages accessoires. Les ententes offrent une « vie tranquille », ou plus exactement « une vie moins stressante », à leurs membres – loin des rigueurs et des incertitudes d'un marché concurrentiel.
11. Voir en général, Rapport sur les programmes de clémence visant à combattre les ententes injustifiables, Comité du Droit et de la Politique de la Concurrence OCDE, 2001.
12. Les sanctions ne constituent pas la seule mesure de dissuasion des ententes, naturellement. La probabilité de détection d'une entente est un élément important lié au premier. La détection peut être améliorée de diverses manières, notamment en prévoyant des outils d'investigation efficaces, un programme effectif d'amnistie et, dans le

contexte des ententes internationales, une coopération internationale effective entre les services nationaux.

13. Voir note 4 ci-dessus.
14. Nouvelle-Zélande, « Overview Paper », par. 28-29.
15. Norvège, Synthèse du Rapport du Comité.
16. P.G. Bryant et E.W. Eckhard (1991) : Price Fixing : The Probability of Getting Caught, *Review of Economics and Statistics* 531.
17. En fait, comme nous l'avons fait observer plus haut, la Suisse ne dispose actuellement pas de sanctions directes pour les ententes. Ces amendes peuvent être appliquées pour défaut d'exécution d'une décision de la Commission de la concurrence ou d'un règlement à l'amiable. Un amendement a été proposé pour l'adoption de sanctions directes.
18. Nouvelle-Zélande, « Paper 2 – Reforming Penalties and Offences » par. 16.
19. La Commission européenne peut par exemple appliquer une amende de montant maximum équivalant à 10% du chiffre d'affaires mondial réalisé par une entreprise au cours de l'exercice précédent. Règlement 17/62, Article 15(2). Les « United States Sentencing Guidelines » prévoient le calcul des amendes dans les affaires de concurrence sur la base des « transactions commerciales affectées », cette définition n'étant pas limitée au chiffre d'affaires réalisé aux États-Unis. United States Sentencing Guidelines, §2R1.1(d)(1). La position du ministère américain de la Justice est que le chiffre d'affaires étranger peut être pris en compte dans le calcul des amendes infligées. Voir, Spratling, « Are the Recent Titanic Fines in Antitrust Cases Just the Tip of the Iceberg? », intervention devant la Douzième Conférence annuelle du National Institute on White Collar Crime (1998), consultable à l'adresse suivante : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1583.htm>.
20. Un auteur a conclu que même un plafond de 10 % du chiffre d'affaires total risquait dans de nombreux cas de ne pas être suffisamment élevé. En supposant un gain pour l'entente de 5 % du prix de vente (ce qui est peu au regard de la plupart des estimations), une durée de cinq ans pour l'entente et une probabilité de détection de 16 %, l'amende optimale représenterait approximativement 150 % du prix de vente annuel du produit faisant l'objet de l'entente. Dans cette hypothèse, le plafond de 10 % du chiffre d'affaires total ne serait suffisamment élevé que si le chiffre d'affaires du produit concerné ne représentait qu'un quinzième du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Wouter P.J. Wils, « Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment? », 11-14, intervention devant le Sixième atelier sur la politique et le droit de la concurrence de la CE, Institut Universitaire Européen (Florence, 1-2 juin 2001), consultable à l'adresse suivante [http://www.iue.it/RSC/competition2001\(papers\).html](http://www.iue.it/RSC/competition2001(papers).html) et à paraître aux éditions C.D. Ehlermann, *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (Hart Publishing 2002) et dans W.P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law : Essays in Law and Economics* (Kluwer Law International 2002).
21. Pour plus de détails sur les amendes appliquées jusqu'à mars 2001, voir Griffin, « Status Report : Criminal Fines, International Cartel Enforcement, Corporate Leniency Program, » intervention devant l'American Bar Association Section of Antitrust Law, 49th Annual Spring Meeting, March 28, 2001, consultable à l'adresse suivante : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8063.htm>.
22. Voir, Klawiter, note 7.

23. Voir, Spratling, « The Trend Towards Higher Corporate Fines : It's a Whole New Ball Game, » intervention devant la Onzième Conférence annuelle du National Institute on White Collar Crime, New Orleans, Louisiana, 7 mars 1997.
24. Le montant des dommages-intérêts obtenus dans le cadre de l'action individuelle engagée à la suite de l'entente sur les *vitamines* s'est, par exemple, élevé à environ 1 milliard d'USD, et la procédure est toujours en cours sur certains aspects. Les dommages-intérêts obtenus dans les actions individuelles entamées dans l'affaire de la *lysine* ont atteint 45 millions d'USD. Les avis continuent toutefois de diverger sur la question de savoir si ces montants sont soit encore trop faibles pour produire un effet dissuasif suffisant soit de nature trop « punitive » *Comparer*, Adams, Colón and Busman, « License to Steal – The Benefits of Cartel Activity Still Outweigh the Costs, » présentation devant l'American Bar Association Section of Antitrust Law 49th Annual Spring Meeting, March 29, 2001, *et* Denger and Arp, « Does our Multifaceted Enforcement System Promote Sound Competition Policy? » *Antitrust Magazine*, summer 2001, 41-46.
25. Nouvelle-Zélande, « Paper 3- Reforming Remedies. »
26. *Id.* par. 1.
27. Les amendements de 2001 à la législation sur la concurrence ont ajouté le recours en dommages-intérêts exemplaires dans les actions individuelles.
28. Voir Wils, *supra*.
29. Ministère du Commerce et de l'Industrie, « A World Class Competition Regime, » juillet 2001, 37-45.
30. Les amendements apportés en 2001 à la législation sur la concurrence n'ont pas modifié le montant maximum des amendes applicables aux personnes physiques mais ont introduit une clause prévoyant qu'un tribunal doit imposer une amende à une personne physique convaincue de comportement d'entente, sauf s'il existe des motifs valables de ne pas le faire.

Annexe A
Affaires d'ententes

Activités commerciales affectées, estimation du préjudice et sanctions appliquées
Montants monétaires exprimés dans la monnaie du pays – en euros dans les pays de la zone euro

	Affaire	Transactions commerciales affectées	Estimation du préjudice	Sanctions (notamment dommages-intérêts au bénéfice de personnes privées, le cas échéant)	Amendes en % des transactions comm. affectées	Amendes en % du préjudice estimé
Australie	Transformateurs de distribution	320.505.000	n.c.	1,5 million (affaire en cours)	n.c.	n.c.
Australie	Transformateurs de puissance	40 millions	n.c.	5,5 millions (affaire en cours)	n.c.	n.c.
Australie	Vitamines	n.c.	n.c.	26 millions	n.c.	n.c.
Australie	Produits surgelés, Tasmanie	n.c.	10-12 % de hausse des prix	1 245 millions	n.c.	n.c.
Australie	Installation de matériels de protection anti-incendie	Plus de 500 millions	5-15 % de hausse des prix	15 386 millions	3 %	31 %
Canada	Déneigement	16 millions	Jusqu'à 20 %	4 048 millions	25 %	127 %
Canada	Lysine	n.c.	n.c.	3 573 millions	n.c.	n.c.
Canada	Acide citrique	n.c.	n.c.	11,5 millions	n.c.	n.c.
Canada	Sorbates	n.c.	n.c.	25,3 millions	n.c.	n.c.
Canada	Vitamines	706.35 millions	n.c.	91 395 millions (affaire en cours)	13 %	n.c.
Danemark	Services de câblage électrique	n.c. (plusieurs milliards sur « plusieurs décennies »)	20-30 %	(Affaire en cours)	n.c.	n.c.
Commission européenne	Electrodes en graphite	Plus de 2 milliards	Jusqu'à 50 %	218,8 millions	11 %	22 %
Commission européenne	Lysine	n.c.	n.c.	110 millions	n.c.	n.c.
Commission européenne	Sucre britannique	n.c.	n.c.	50,2 millions	n.c.	n.c.
Commission européenne	Tuyaux pré-isolés	Plus de 2 milliards	n.c.	92 210 millions	5 %	
Commission européenne	Vitamines	n.c.	n.c.	855,22 millions	n.c.	n.c.
Finlande	Achat de bois brut	n.c.	n.c.	30 millions	n.c.	n.c.
Allemagne	Béton prêt à l'emploi	1 406 millions (estimation OCDE)	112 millions (8 % des transactions comm. affectées)	153 millions	12 %	136 %

Activités commerciales affectées, estimation du préjudice et sanctions appliquées (suite)

Montants monétaires exprimés dans la monnaie du pays – en euros dans les pays de la zone euro

	Affaire	Transactions commerciales affectées	Estimation du préjudice	Sanctions (notamment dommages-intérêts au bénéfice de personnes privées, le cas échéant)	Amendes en % des transactions comm. affectées	Amendes en % du préjudice estimé
Allemagne	Marquages voirie	Plus de 358 millions (estimation OCDE)	« Des centaines de millions » (plus de 14 % des transactions affectées – estimation OCDE)	13.1 millions	3 %	n.c.
Allemagne	Câbles électriques	Plusieurs milliards	Jusqu'à 50 %	127.6 millions	n.c.	n.c.
Japon	Tuyaux en fonte ductile	n.c.	n.c.	11.1 milliards de surtaxes, 230 millions d'amendes pénales	6 %	n.c.
Corée	Carburant à usage militaire	548.3 millions USD	n.c.	14.6 millions USD	3 %	n.c.
Mexique	Lysine	n.c.	n.c.	1 699 millions	n.c.	n.c.
Norvège	Installations énergie hydroélectrique	1.6 milliard	140 millions (9 % des transactions comm. affectées)	75 millions	5 %	54 %
République slovaque	Farine	n.c.	200-300/tonnes	2.24 millions	n.c.	n.c.
République slovaque	Bière	4 milliards	n.c.	0.1 million	Moins de 1 %	n.c.
Espagne	Association hôtelière	6 milliards	180 millions (3 % des transactions comm. affectées)	6.600	Moins de 1 %	Moins de 1 %
Espagne	Sucre	1.1 milliard	25.2 millions (2 % des transactions comm. affectées)	8.7 millions	Moins de 1 %	35 %
Suisse	Livres sur la langue allemande	Plusieurs milliards	n.c.	Amendes non prévues actuellement ; amendement proposé	n.c.	n.c.
Suisse	Distribution de médicaments, à l'échelle du secteur	n.c.	n.c.	Id.	n.c.	n.c.

Activités commerciales affectées, estimation du préjudice et sanctions appliquées (suite)

Montants monétaires exprimés dans la monnaie du pays – en euros dans les pays de la zone euro

	Affaire	Transactions commerciales affectées	Estimation du préjudice	Sanctions (notamment dommages-intérêts au bénéfice de personnes privées, le cas échéant)	Amendes en % des transactions comm. affectées	Amendes en % du préjudice estimé
États-Unis	Lysine	1.4 milliard à l'échelle mondiale	78 millions USD	147.48 millions ; peine d'emprisonnement pour trois responsables	n.c.	189 %
États-Unis	Acide citrique	4.8 milliards à l'échelle mondiale, 320 millions aux États-Unis	100 millions aux EU (31 % des transactions comm. affectées)	141.89 millions	44 %	142 %
États-Unis	Electrodes en graphite	6 milliards à l'échelle mondiale, 1.7 milliard aux EU	Jusqu'à 65 %	410 millions ; peine d'emprisonnement pour deux responsables	24 %	n.c.
États-Unis	Construction installations eaux usées dans la ville de Cairo	300 millions aux EU	100 millions (33 % des transactions comm. affectées)	87.7 millions	29 %	88 %
États-Unis	Construction maritime	1 milliard à l'échelle mondiale, 107 millions aux EU	n.c.	49.3 millions ; peine de réclusion pour un responsable	46 %	n.c.
États-Unis	Gluconate de sodium	n.c.	n.c.	32.95 millions	n.c.	n.c.
États-Unis	Sorbates	2.2 milliards à l'échelle mondiale,	n.c.	123.2 millions	12 %	n.c.
États-Unis	Vitamines	1 milliards aux EU Jusqu'à 33 milliards à l'échelle mondiale	n.c.	1 milliard d'amendes, 1 milliards de dommages-intérêts ; peine d'emprisonnement pour huit responsables	n.c.	n.c.

Annexe B

Sanctions applicables aux ententes injustifiables

	Sanctions
Allemagne	<ul style="list-style-type: none"> • Violation intentionnelle ou par négligence : amende administrative à hauteur de 511 292 EUR ou de trois fois les bénéfices additionnels tirés de la violation. • Soumissions concertées : délit passible d'amendes pouvant atteindre 1 840 651 EUR ou d'une peine d'emprisonnement de cinq années maximum, ou les deux. • Les accords pris en violation de la loi sont nuls et non avenue. • Dommages-intérêts au civil.
Australie	<ul style="list-style-type: none"> • Sanctions pécuniaires (non pénales) par délit de 10 millions de AUD pour les personnes morales (750 000 AUD pour délit secondaire de boycott) et 500 000 AUD pour les personnes physiques. • Injonctions. • Dommages-intérêts (peuvent seulement être obtenus au moyen d'une action individuelle intentée devant les tribunaux par une personne ayant subi un préjudice du fait d'une infraction). • Ordonnances accessoires de diverses natures en faveur de personnes ayant subi un préjudice ou un dommage du fait d'un comportement d'entente (y compris exécution en nature et annulation et modification de contrats).
Canada	<ul style="list-style-type: none"> • Amendes à hauteur de 10 millions de CAD par délit, peine d'emprisonnement maximum de cinq ans par délit, ou les deux. En ce qui concerne les ententes tramées à l'étranger, c'est le tribunal qui fixe les amendes. En cas d'offres frauduleuses, amendes fixées par le tribunal, peine d'emprisonnement maximum de cinq ans, ou les deux. • Dommages-intérêts
Corée	<ul style="list-style-type: none"> • Amende à hauteur de 5 pour cent du chiffre d'affaires conformément aux dispositions du décret présidentiel ; à défaut de bénéfices, montant maximum de 1 milliard de KRW. • Infraction au pénal : peine d'emprisonnement de trois ans maximum ou amende d'un montant maximum de 200 millions de KRW. • Ordonnance de cessation de l'activité, annonce publique de l'infraction commise par l'entreprise, ou toute autre mesure corrective nécessaire. La non-exécution de ces mesures correctives est passible d'une peine d'emprisonnement maximum de deux ans ou d'une amende d'un montant maximum de 150 millions de KRW.
Danemark	<ul style="list-style-type: none"> • Amende imposée par le tribunal, mais la loi ne prévoit pas de montant maximum. • Ordonnance administrative d'annulation. • Dommages-intérêts au civil.
Espagne	<ul style="list-style-type: none"> • Amende d'un montant maximum de 901 518 EUR (agents économiques, sociétés, associations, syndicats ou groupements) ; elle peut être portée à 10 pour cent du chiffre d'affaires total enregistré pour l'exercice précédant la décision du tribunal. • Astreintes d'un montant de 60 à 3 006 EUR par jour pour obtenir la cessation du comportement illicite ou l'exécution d'ordonnances en réparation • Si le contrevenant est une personne morale, une amende supplémentaire d'un montant maximum de 5 millions de PTAS est infligée au représentant légal ou aux personnes représentant les organes de direction qui ont participé à l'accord. • Injonctions et ordonnances en réparation. • Indemnisation dans le cadre d'une action au civil.

	Sanctions
États-Unis	<ul style="list-style-type: none"> • Infractions pénales : amendes d'un montant maximum égal à : a) 10 millions de USD (grandes entreprises) et 350 000 USD (autres), ou b) deux fois le montant des gains tirés de l'entente ou des pertes subies par les victimes, le montant le plus élevé étant retenu, et peine d'emprisonnement de trois ans maximum. • Les parties privées peuvent demander une injonction aux tribunaux, le triple du préjudice subi et des honoraires d'avocat de montant raisonnable.
Finlande	<ul style="list-style-type: none"> • Remboursement (en général lorsque les dommages-intérêts à titre privé ne peuvent être réclamés). • Pénalité (amende pour atteinte à la concurrence) de 841 à 672 752 EUR ; le montant de l'amende peut être plus élevé, mais ne peut excéder 10 pour cent du chiffre d'affaires de l'exercice précédent. • Les accords pris en violation de la loi sont nuls et non avenue. • Dommages-intérêts au civil.
France	<ul style="list-style-type: none"> • Sanctions pécuniaires à hauteur de 10 pour cent du chiffre d'affaires mondial. • Sanctions pénales (uniquement pour les personnes physiques) : amendes d'un montant maximum de 1 524 490 EUR.
Hongrie	<ul style="list-style-type: none"> • Amende à hauteur de 10 pour cent du chiffre d'affaires net enregistré par l'entreprise au cours de l'exercice précédent. • Ordonnance de cessation d'activité ; injonction.
Irlande	<ul style="list-style-type: none"> • Mise en accusation au pénal : amende d'un montant maximum de 3 809 214 EUR ou équivalent à 10 pour cent du chiffre d'affaires de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu (entreprise) ; même niveau d'amende plus peine d'emprisonnement maximum de 2 années (personne physique). • Jugement déclaratif et ordonnance en réparation • Dommages-intérêts au civil, notamment à titre exemplaire.
Italie	<ul style="list-style-type: none"> • Amende à hauteur de 10 pour cent du chiffre d'affaires enregistré par chaque entreprise ou entité au cours de l'exercice précédent.
Japon	<ul style="list-style-type: none"> • Surtaxe administrative appliquée aux entreprises, équivalent au maximum à 6 pour cent des ventes cumulées des biens et services faisant l'objet de l'accord d'entente pendant la durée de celui-ci, sauf si cette durée dépasse trois ans, cette période étant calculée rétroactivement à compter de la date de cessation du comportement d'entente. • Amende pénale d'un montant maximum de 100 millions de JPY (entreprises) ; peine d'emprisonnement de trois ans maximum ou amende de 5 millions de JPY maximum (personnes physiques). • Des dommages-intérêts peuvent être réclamés devant un tribunal dans le cadre d'une action individuelle par une personne physique, une entreprise ou une administration publique ayant subi un préjudice du fait d'une infraction relevant soit du droit civil soit de la Loi antimonopoles ; en vertu de cette loi, une action individuelle peut faire suite à une décision de la JFTC déclarant qu'un défendeur a violé la Loi et cette décision constitue un commencement de preuve d'infraction pour l'action individuelle.
Mexique	<ul style="list-style-type: none"> • Pour les entreprises : amende d'un montant pouvant atteindre jusqu'à 375 000 fois le salaire minimum général en vigueur à Mexico ; pour les personnes physiques, amendes d'un montant pouvant atteindre jusqu'à 7 500 fois ce même salaire. • Poursuites au pénal pour tout comportement qui constitue une infraction au Code pénal. • Ordonnance de suspension, modification ou élimination des pratiques en cause.

	Sanctions
Norvège	<ul style="list-style-type: none"> • Sanctions pénales (pour les personnes physiques) : amendes et peines d'emprisonnement de six ans maximum. • Titre exécutoire aux fins de renonciation aux gains tirés de l'entente. En vertu du Code pénal (article 34), les tribunaux peuvent ordonner la confiscation de ces gains. • Injonctions.
Nouvelle- Zélande	<ul style="list-style-type: none"> • Pénalités pour les entreprises d'un montant maximum égal à 10 000 000 de NZD, ou à trois fois le montant des gains illicites si ce dernier montant est plus élevé ou, si les gains ne sont pas connus, à 10% du chiffre d'affaires annuel ; pour les personnes physiques, montant maximum de 500 000 NZD. • Injonctions et ordonnances en réparation • Dommages-intérêts au civil, notamment exemplaires (punitifs).
Pays-Bas	<ul style="list-style-type: none"> • Pour les entreprises, amende administrative n'excédant pas 450 000 EUR ou 10 % du chiffres d'affaires de l'entreprise si le montant correspondant est plus élevé ou, si l'infraction est commise par un groupement d'entreprises, du chiffre d'affaires consolidé de ces entreprises au cours de l'exercice financier ayant précédé celui où l'amende est infligée.
Pologne	<ul style="list-style-type: none"> • Ordonnance de cessation des pratiques qui constituent une infraction à la loi. • Amende équivalant à un montant de 1 000 à 5 000 000 EUR mais n'excédant pas 10 % des bénéfices annuels de l'entreprise au cours de l'exercice précédant celui où l'amende a été infligée ; en l'absence de bénéfices (pour les associations professionnelles par exemple), amende allant jusqu'à 50 fois le salaire moyen.
République slovaque	<ul style="list-style-type: none"> • Amende d'un montant maximum de 10 millions de SKK ou égale à 10 % du chiffre d'affaires total enregistré au cours de l'exercice précédent. • Amendes pénales et peines d'emprisonnement de cinq ans au maximum.
République tchèque	<ul style="list-style-type: none"> • Amendes à hauteur de 10 millions de CSK ou de 10 pour cent du chiffre d'affaires net enregistré au cours de la dernière année civile pleine.
Royaume-Uni	<ul style="list-style-type: none"> • Amendes représentant jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé au RU (entreprises), pour la durée de l'infraction et jusqu'à trois ans. • Responsabilité civile pour les dommages-intérêts.
Suède	<ul style="list-style-type: none"> • Infraction intentionnelle ou par négligence : amende d'un montant représentant jusqu'à 10 pour cent du chiffre affaires annuel de l'entreprise concernée. • Injonctions et ordonnances en réparation. • Recours civils, notamment dommages-intérêts en faveur de parties privées.
Suisse	<ul style="list-style-type: none"> • Injonctions. Il n'existe actuellement aucune amende punissant directement les infractions au droit de la concurrence. Un amendement visant à introduire de telles sanctions est à l'examen. • Sanctions administratives (pour les personnes morales) d'un montant représentant jusqu'à trois fois les gains illicites ou jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours de l'exercice précédent pour non-exécution d'une décision de la Commission de la Concurrence ou d'un accord amiable. • Recours civils : a) retrait ou cessation de la restriction ; b) dommages-intérêts et indemnités à titre de réparation ; c) récupération des gains acquis de manière illicite.

	Sanctions
Suisse	<ul style="list-style-type: none">• Injonctions. Il n'existe actuellement aucune amende punissant directement les infractions au droit de la concurrence. Un amendement visant à introduire de telles sanctions est à l'examen.• Sanctions administratives (pour les personnes morales) d'un montant représentant jusqu'à trois fois les gains illicites ou jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours de l'exercice précédent pour non-exécution d'une décision de la Commission de la Concurrence ou d'un accord amiable.• Recours civils : a) retrait ou cessation de la restriction ; b) dommages-intérêts et indemnités à titre de réparation ; c) récupération des gains acquis de manière illicite.
Turquie	<ul style="list-style-type: none">• Amendes d'au moins 200 millions de TRL (entreprises et groupements d'entreprises) et représentant jusqu'à 10 pour cent du bénéfice brut de l'exercice précédent calculé par le Conseil (personnes physiques ou personnes morales ayant le statut d'entreprise ou de groupement d'entreprises et/ou membres de ces groupements)• Dans le cas où les amendes susvisées sont imposées à des personnes morales (entreprises et groupements d'entreprises), une amende représentant jusqu'à 10 pour cent de l'amende principale est imposée aux personnes physiques appartenant aux organes de direction de ces entités.
Union européenne	<ul style="list-style-type: none">• Amende administrative imposée uniquement aux entreprises à hauteur de 10 pour cent du chiffre d'affaires global de l'exercice précédent.

Annexe C

**Synthèse des poursuites en matière d'ententes présentées
par les invités non membres au Forum global
sur la concurrence de l'OCDE**

Bulgarie

Trois cas décrits : fixation des prix des services de transport public à Sofia ; fixation des prix de cartes téléphoniques ; partage du marché dans les services de gazéification. Les contrevenants se sont vu infliger une amende équivalant à 47 000, 9 000 and 25 500 EUR, respectivement. Le montant maximum des amendes pour comportement d'entente prévues par la législation bulgare sont de 150 millions d'EUR pour les entreprises et | | EUR pour les personnes physiques.

Chine

Trois cas décrits : offres frauduleuses dans le cadre d'appels d'offres pour l'exploitation d'une briqueterie et deux cas d'offres frauduleuses sur des contrats de construction. Dans l'un des cas, les contrevenants se sont vu infliger une amende équivalant à 6 500 EUR. Le montant maximum de l'amende prévue par la législation chinoise de 1993 en matière de lutte contre la concurrence déloyale est équivalent à 26 000 EUR.

Estonie

Trois cas décrits : échange de renseignements sur les prix entre industriels et revendeurs du secteur des préparations laitières, fixation du prix des services de taxi ; fixation du prix des transports routiers. Dans le cas concernant les services de taxi, des amendes d'un montant équivalant à 639 EUR ont été infligées à chaque contrevenant. Des amendes d'un montant maximum équivalant à 5% du chiffre d'affaires net enregistré par le contrevenant au cours de l'exercice précédent peuvent être infligées en cas de comportement d'entente.

Indonésie

Un cas décrit, le premier enregistré en Indonésie : offre frauduleuse pour la fourniture de services de canalisation. Aucune amende n'a été appliquée. Des amendes d'un montant maximum équivalant à 2 875 millions d'EUR peuvent être infligées en cas de délits au civil. Des amendes d'un montant maximum équivalant à 11.5 millions d'EUR et des peines d'emprisonnement de six mois maximum peuvent être appliquées en cas de délits au pénal.

Lettonie

Deux cas décrits : fixation des prix entre une compagnie aérienne lettone et une compagnie aérienne russe sur la ligne Riga – Moscou ; accord sur les conditions des contrats signés entre fournisseurs de services d'envois postaux internationaux. Une amende équivalant à 0,7 % du chiffre d'affaires annuel de la compagnie lettone a été imposée dans le cas des services aériens. Aucune amende n'a été infligée dans le cas des services d'envois postaux. Un montant maximum d'amende équivalant à 10 % du chiffre d'affaires total du contrevenant peut être appliqué en cas de comportement d'entente.

Pérou

Trois cas décrits : fixation des prix et échange de renseignements dans le cadre de la vente de poulets vivants ; offres frauduleuses portant sur la construction d'installations de transport de l'électricité ; fixation des prix en matière de services forfaitaires de taxi. Des amendes d'un montant équivalant à 1 800 EUR ont été imposées à chaque contrevenant dans le cas portant sur les offres frauduleuses et une amende de 900 EUR a été infligée à un contrevenant dans le cas des taxis. Le montant maximum des amendes applicables au comportement d'entente équivaut à 900 000 EUR ou 10 % chiffre d'affaires ou du bénéfice brut du contrevenant, si ce montant est inférieur.

Roumanie

Deux cas décrits : fixation des prix dans le secteur des eaux minérales en bouteilles ; partage des marchés dans le domaine de la distribution des produits pharmaceutiques. Des amendes d'un montant non spécifié ont été imposées dans les deux cas. Le montant maximum des amendes infligées en cas de comportement d'entente est équivalent à 10 % du chiffre d'affaires annuel du contrevenant.

Slovénie

Deux cas décrits : fixation des prix dans le secteur de la vente d'électricité et partage des marchés dans le domaine de la production d'événements culturels. Le montant maximum des amendes pour comportement d'entente équivaut à 135 000 EUR pour les entreprises et à 13 500 EUR pour les particuliers.

Afrique du Sud

Un cas décrit : fixation des conditions contractuelles pour l'achat d'agrumes. Le montant maximum des amendes en cas de comportement d'entente est équivalent à 10 % du chiffre d'affaires annuel du contrevenant.

Taipei chinois

Trois cas décrits : partage des marchés par une association de producteurs de farine pour l'achat de blé ; offre frauduleuse dans le cadre d'un contrat pour l'achat de grues mobiles ; fixation de prix et partage des marchés dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié. La pénalité maximum applicable en cas de comportement d'entente est une amende équivalant à 3,1 millions d'EUR et une peine d'emprisonnement de trois ans.

Thaïlande

Pénalité maximum : amendes dont le montant peut atteindre l'équivalent de 144 000 EUR et peine d'emprisonnement de trois ans.

Ukraine

Deux cas décrits : fixation des prix dans le secteur de la fourniture de services pour les distributeurs automatiques ; partage des marchés pour la vente de kaolin. Sanctions non spécifiées.

Zambie

Deux cas décrits : entente entre producteur et acheteur de volailles vivantes pour empêcher l'entrée de nouveaux vendeurs ; fixation des prix dans le secteur des produits pétroliers raffinés. Le montant maximum des amendes en cas de comportement d'entente équivalait à 5 220 EUR et, en cas de délits au pénal, les peines d'emprisonnement peuvent aller jusqu'à cinq ans.

Partie III

Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (adoptée par le Conseil lors de sa 921^e session, le 25 mars 1998)

LE CONSEIL,

Vu l'article 5b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

Vu les Recommandations précédentes du Conseil reconnaissant « que l'application efficace de la politique de la concurrence joue un rôle essentiel pour le développement des échanges internationaux car elle assure un fonctionnement dynamique des marchés à l'échelon national et favorise la diminution ou la réduction des obstacles à l'accès rencontrés par les importations étrangères » ; et « que les pratiques anticoncurrentielles peuvent constituer un obstacle à la croissance économique, à l'expansion des échanges et à d'autres objectifs économiques des pays Membres » ;

Vu la Recommandation du Conseil visant à ce que les exemptions du droit de la concurrence ne soient pas plus larges qu'il est nécessaire et l'accord intervenu dans le Communiqué de la réunion du Conseil au niveau des Ministres de 1997 visant à « combler les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces » ;

Vu la position adoptée de longue date par le Conseil, selon laquelle une coopération plus étroite est nécessaire pour agir efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises situées dans un pays susceptibles d'affecter les intérêts d'autres pays Membres et qui ont des effets préjudiciables sur les échanges internationaux, et la recommandation selon laquelle, si leurs législations les y autorisent et si cela ne va pas à l'encontre de leurs intérêts légitimes, les pays Membres devraient coordonner les enquêtes d'intérêt mutuel et se conformer aux demandes d'autres pays Membres visant à l'échange d'informations figurant dans leurs dossiers et à l'obtention d'informations de tiers ainsi qu'à l'échange de ces informations ;

Reconnaissant les résultats spécifiques dont s'accompagne la possibilité, pour les autorités de la concurrence de certains pays Membres, d'échanger avec une autorité étrangère chargée de la concurrence des informations confidentielles concernant une enquête dans des cas d'intérêt mutuel, en vertu de conventions et d'accords de nature multilatérale et bilatérale, et considérant que la plupart des autorités chargées de la concurrence n'ont

actuellement pas le droit d'échanger avec des autorités étrangères chargées de la concurrence des informations concernant une enquête ;

Reconnaissant en outre que la coopération sous forme de partage d'informations confidentielles suppose préalablement une protection contre toute divulgation ou utilisation abusive de ces informations et peut imposer de résoudre d'autres problèmes, comme les éventuelles difficultés relatives aux différences de champ d'application territoriale du droit de la concurrence ou de nature des sanctions dont sont passibles les infractions au droit de la concurrence ;

Considérant que les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres ; et

Considérant qu'une action efficace contre les ententes injustifiables revêt une importance toute particulière du point de vue international, parce qu'en faussant les échanges internationaux ces ententes sont source de pouvoir de marché, de gaspillage et d'inefficacité dans des pays dont les marchés seraient sinon concurrentiels, et qu'une telle action est tout spécialement tributaire d'une coopération, parce que ces ententes ont généralement un caractère secret et que les éléments de preuve s'y rapportant peuvent être situés dans un grand nombre de pays,

I. RECOMMANDE ce qui suit aux gouvernements des pays Membres :

A. Convergence et efficacité des législations interdisant les ententes injustifiables

1. Les pays Membres devraient faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et aie un effet dissuasif à l'égard de ces ententes. Cette législation devrait en particulier prévoir :
 - a) des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à ces ententes ;
 - b) des procédures et des instances d'exécution dotées de pouvoirs d'enquête suffisants pour déceler les ententes injustifiables et y remédier, y compris les prérogatives nécessaires pour obtenir des documents et des informations et prononcer des sanctions en cas d'inexécution.
2. Aux fins de la présente Recommandation :
 - a) on entend par « entente injustifiable » un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité ;
 - b) la catégorie des ententes injustifiables ne comprend pas les accords qui i) sont raisonnablement liés à la réalisation licite d'éléments d'efficacité par réduction des coûts ou accroissement de la production, ii) sont exclus, directement ou indirectement, du champ d'application des législations de la concurrence d'un pays Membre ou iii) qui sont autorisés conformément à ces législations. Toutefois, toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait sinon une entente injustifiable devrait se faire dans la transparence et être réexaminée périodiquement afin de déterminer si elle est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable

pour réaliser ses objectifs primordiaux. Après la publication de la présente Recommandation, les pays Membres devront notifier chaque année à l'Organisation l'adoption ou la prorogation de telles exclusions ou catégories d'autorisation.

B. Coopération et courtoisie internationales pour l'application des législations interdisant les ententes injustifiables

1. Les pays Membres ont un intérêt commun à empêcher les ententes injustifiables et ils devraient coopérer pour l'application des législations qu'ils ont adoptées contre ces ententes. Ils devraient à cet égard rechercher les moyens susceptibles d'améliorer la coopération en appliquant les principes de courtoisie positive aux demandes visant à ce que l'autre pays remédie à un comportement anticoncurrentiel préjudiciable pour les deux pays et ils devraient exercer leurs propres activités d'exécution conformément aux principes de courtoisie lorsque ces activités affectent des intérêts importants d'autres pays.
2. La coopération entre les pays Membres dans le domaine des ententes injustifiables devrait reposer sur les principes suivants :
 - a) l'intérêt commun à empêcher les ententes injustifiables justifie généralement une coopération, dans la mesure où cette coopération serait compatible avec les lois, la réglementation et les intérêts importants du pays requis ;
 - b) dans la mesure compatible avec les lois, la réglementation et les intérêts importants des pays Membres, et sous réserve de sauvegardes efficaces pour préserver les informations commercialement sensibles et les autres informations confidentielles, l'intérêt mutuel des pays Membres à empêcher les ententes injustifiables appelle une coopération pouvant comprendre l'échange de documents et informations en leur possession avec les autorités étrangères chargées de la concurrence et la collecte de documents et informations pour le compte d'autorités étrangères chargées de la concurrence, sur une base volontaire et si nécessaire par voie de contrainte ;
 - c) un pays Membre peut refuser d'exécuter une demande d'entraide ou limiter sa coopération ou la subordonner à certaines conditions parce qu'il considère que l'exécution de la demande ne serait pas conforme à ses lois ou sa réglementation, ne correspondrait pas à ses intérêts importants ou pour tout autre motif, y compris des contraintes en matière de ressources de son autorité chargée de la concurrence ou l'absence d'un intérêt mutuel dans l'enquête ou l'instruction concernée ;
 - d) les pays Membres devraient convenir de procéder à des consultations sur les questions concernant la coopération.

Afin d'établir un cadre pour leur coopération dans la lutte contre les ententes injustifiables, les pays Membres sont encouragés à envisager de conclure des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conformes à ces principes.

1. Les pays Membres sont encouragés à examiner tous les obstacles à une coopération efficace pour la mise en œuvre des législations contre les ententes injustifiables et à envisager des actions, y compris des législations nationales et/ou des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux, leur permettant d'éliminer ou d'atténuer ces obstacles en conformité avec leur intérêts importants.
2. La coopération envisagée dans la présente Recommandation ne préjuge pas de toute autre coopération pouvant exister conformément aux Recommandations anté-

rieures du Conseil, en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral applicable auquel les pays Membres peuvent être partie ou à tout autre titre.

II. CHARGE le Comité du droit et de la politique de la concurrence :

1. de tenir un registre des exclusions et autorisations notifiées à l'Organisation en vertu du paragraphe I. A 2b) ;
2. de faire office, à la demande des pays Membres concernés, de forum pour les consultations se rapportant à l'application de la Recommandation ;
3. d'examiner l'expérience des pays Membres dans l'application de la présente Recommandation et de faire rapport au Conseil dans les deux ans sur toute autre action nécessaire pour améliorer la coopération dans la mise en œuvre des interdictions des ententes injustifiables édictées par le droit de la concurrence.

III. INVITE les pays non membres à s'associer à cette Recommandation et à la mettre en œuvre.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(24 2002 01 2 P) ISBN 92-64-29735-9 – n° 52502 2002