

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

**Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner  
pour infraction au droit de la concurrence –**

**- Note de référence du Secrétariat -**

29 novembre 2022

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence en vue de la 139<sup>e</sup> réunion du Comité de la concurrence les 29 et 30 novembre 2022.

Les opinions exprimées et les arguments exposés dans la présente note ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :  
[www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm](http://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm)

Pour toute question relative au présent document veuillez contacter M.. Antonio Capobianco  
[Courriel : [Antonio.Capobianco@oecd.org](mailto:Antonio.Capobianco@oecd.org)]

**JT03510240**

# Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence\*

---

L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur désigne une sanction prise à l'encontre d'une personne physique, qui la prive du droit d'agir en qualité d'administrateur d'une entreprise, quelle qu'elle soit, pendant une durée déterminée à la suite d'une violation du droit de la concurrence. L'interdiction de soumissionner est une sanction prise à l'encontre d'une entreprise, qui lui interdit de participer à une procédure de passation de marché public en cours ou de soumissionner dans le cadre de procédures futures ; cette interdiction est applicable aux procédures lancées par une ou plusieurs autorités contractantes et pour une durée déterminée.

Ces deux types de sanction peuvent être très efficaces, sachant l'importance de la lutte contre les ententes et les soumissions concertées, et le débat sur la question de savoir si les sanctions infligées en cas d'entente ne sont pas trop faibles par rapport aux gains générés par l'infraction, sans oublier les difficultés de détection. Toutefois, leur application pose quelques difficultés

---

\* Cette note de référence a été préparée par Cristina A. Volpin de la Division de la concurrence de l'OCDE, et Marina Iskander de l'autorité égyptienne de la concurrence. Elle a bénéficié des commentaires de Ori Schwartz et Antonio Capobianco de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle a été préparée pour servir de note de référence dans le cadre des discussions du Comité de la concurrence consacrées aux sanctions d'exclusion. Les opinions formulées et les arguments exprimés dans la présente note ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

pratiques en ce qui concerne les objectifs poursuivis, le champ d'application (par ex., quelles sont les personnes physiques ou les entreprises qui devraient y être soumises, pour quelle durée et sur quels marchés), le seuil de preuve à atteindre et les conséquences négatives pouvant découler de leur application.

La présente note fait un tour d'horizon des objectifs et du champ d'application des sanctions d'exclusion dans différentes juridictions ; décrit les difficultés pratiques liées à leur application ; et suggère des moyens de maximiser leur efficacité.

---

# Table des matières

Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence	2
1. Introduction et contexte politique des sanctions d'exclusion	6
1.1. Les ententes et les soumissions concertées sont des formes particulièrement graves de violations du droit de la concurrence	6
1.2. Sanctions d'exclusion pour infraction au droit de la concurrence : coup de projecteur sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner	7
2. Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	10
2.1. Les objectifs des sanctions d'interdiction d'exercer	10
2.1.1. Dissuasion	10
2.1.2. Protéger le public contre des comportements illicites des entreprises et améliorer les normes de gestion des entreprises	11
2.2. Types de régimes d'interdiction d'exercice	12
2.2.1. Pouvoir de demander ou d'accepter une interdiction d'exercer	12
2.2.2. Sanction indépendante, automatique, discrétionnaire	13
2.3. Champ d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur	13
2.3.1. À quelles infractions au droit de la concurrence l'interdiction d'exercer s'applique-t-elle ?	14
2.3.2. Quels sont les critères qui déterminent l'applicabilité de l'interdiction d'exercer ?	16
2.3.3. À quelles personnes l'interdiction d'exercer est-elle applicable ?	17
2.3.4. Pendant quelle durée ?	18
2.4. Effets de l'application d'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur	19
2.5. Difficultés pratiques d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur	19
2.5.1. L'enquête et l'évaluation de la responsabilité des administrateurs	19
2.6. Les difficultés d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur	22
2.6.1. L'interdiction peut ne pas avoir d'effet dissuasif si l'administrateur est proche de la retraite ou s'il peut travailler dans la même entreprise en une autre qualité	23
2.6.2. L'interdiction peut n'avoir aucun effet en dehors de la juridiction concernée	23
2.6.3. L'interdiction peut être difficile à coordonner avec des programmes de clémence (et dissuade généralement de coopérer à l'enquête contre l'entreprise)	24
2.6.4. La légitimité de l'interdiction peut être remise en question	25
2.6.5. Identifier la responsabilité individuelle peut être une tâche coûteuse et lourde	26
2.7. L'efficacité et l'application de l'interdiction d'exercer dans la pratique	28
2.7.1. Directions interverrouillées et interdiction d'exercer	28
2.8. Conclusions préliminaires	29

<b>3. Interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence</b>	<b>31</b>
3.1. L'objectif de l'interdiction de soumissionner en tant que sanction	32
3.2. Les différents types d'interdiction de soumissionner	32
3.2.1. L'entité proposant ou appliquant l'interdiction de soumissionner	32
3.2.2. Application automatique ou discrétionnaire	33
3.2.3. Durée et secteurs couverts par l'interdiction	35
3.3. Champ d'application et efficacité de l'interdiction de soumissionner	35
3.3.1. À quelles entreprises l'interdiction est-elle applicable ?	35
3.3.2. À quelles soumissions l'interdiction est-elle applicable ?	35
3.3.3. Pour quelle durée ?	36
3.3.4. Pour quel type de produit et de marché ?	36
3.4. Mesures correctives volontaires ou mécanismes de gestion du risque	37
<b>4. L'efficacité de l'interdiction de soumissionner à un marché public</b>	<b>39</b>
4.1. Difficultés liées à l'appréciation des motifs justifiant la décision d'interdiction de soumissionner	39
4.2. Difficultés liées à l'impact de la décision d'exclusion sur le marché	40
4.3. Difficultés liées à la coordination de l'interdiction de soumissionner avec d'autres outils de détection et de sanction	41
<b>5. Conclusions</b>	<b>44</b>
<b>Notes de fin de document</b>	<b>45</b>
<b>Annexe A. Tableau relatif à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur</b>	<b>52</b>
<b>Annexe B. Tableau relatif à l'interdiction de soumissionner</b>	<b>61</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>80</b>

## Encadrés

No table of figures entries found.

# 1. Introduction et contexte politique des sanctions d'exclusion

## 1.1. Les ententes et les soumissions concertées sont des formes particulièrement graves de violations du droit de la concurrence

1. La communauté des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence s'accorde à reconnaître que les ententes sont l'une des pratiques anticoncurrentielles les plus nuisibles et, dès lors, l'un des domaines sur lesquels de nombreuses autorités de la concurrence se concentrent le plus dans le monde entier (Ginsburg et Wright, 2010<sup>[1]</sup>).

2. Les soumissions concertées et les pratiques collusoires représentent une forme particulièrement grave d'ententes injustifiables, qui puise dans les ressources publiques et, par voie de conséquence, a un impact profond sur la société dans son ensemble. Une allocation inefficace des ressources via des marchés publics entraîne un gaspillage de fonds publics qui pourraient être mieux dépensés afin de poursuivre des objectifs améliorant le bien-être de la population, notamment dans le domaine de la santé, de l'éducation et de la science. Étant donné que les marchés publics peuvent être particulièrement exposés à des systèmes collusoires, la répression des infractions au droit de la concurrence commises dans ce cadre est l'une des pierres angulaires d'un système efficient de passation des marchés publics.

3. Dans le contexte de la crise économique récente consécutive à la pandémie de Covid-19, un grand nombre de gouvernements ont accordé des financements massifs afin d'encourager la reprise économique (par ex., NextGenerationUE pour plus de 800 milliards EUR<sup>1</sup>, Inflation Reduction Act of 2022 aux États-Unis pour 437 milliards USD<sup>2</sup>). Un grand nombre de gouvernements auront ainsi réduit leur espace budgétaire pour les années futures, ce qui impose la nécessité de veiller à ce que les ressources soient allouées à des entreprises opérant sur des marchés concurrentiels. Les mesures d'aide de l'État produisent les effets les plus positifs lorsqu'elles s'appliquent à des marchés concurrentiels, comme en attestent de nombreuses preuves (Aghion et al., 2015<sup>[2]</sup> ; OCDE, 2020<sup>[3]</sup>). Dès lors, il est plus important que jamais d'empêcher des soumissions concertées et autres pratiques collusoires en employant des moyens dissuasifs appropriés. En outre, ces dépenses publiques seront effectuées pour une large part au moyen d'appels d'offres et de marchés publics, ce qui signifie que les juges et les autorités de la concurrence, aux côtés des autorités contractantes, ont la responsabilité particulière de veiller à ce que l'argent du contribuable soit dépensé d'une manière aussi efficace que possible.

4. Bien que les estimations varient très largement, des études montrent que les ententes peuvent généralement augmenter le prix payé par les consommateurs d'un pourcentage compris entre 10% et 20% du prix de l'entente (Boyer et Kotchoni, 2011<sup>[4]</sup> ; De Lima Seixas et De Lucinda, 2019<sup>[5]</sup>), et certains auteurs estiment que les soumissions concertées peuvent entraîner un surcoût encore plus élevé que d'autres types d'ententes (Smuda, 2012<sup>[6]</sup>). Le surcoût médian entraîné par l'entente est estimé à un cinquième du prix de l'entente dans l'Union européenne, et à un peu moins aux États-Unis et au Canada (Connor, 2014<sup>[7]</sup> ; Ivaldi, Jenny et Khimich, 2016<sup>[8]</sup> ; Smuda, 2012<sup>[6]</sup> ; De Lima Seixas et De Lucinda, 2019<sup>[5]</sup>). En outre, les marchés publics représentant plus de 12% du PIB dans les pays de l'OCDE<sup>3</sup>, les soumissions

concertées ont le potentiel d'augmenter jusqu'à 60% les prix payés par les acheteurs publics<sup>4</sup>. Ce surcoût n'inclut pas les effets négatifs sur la qualité, l'innovation et la gamme des produits et services offerts.

## 1.2. Sanctions d'exclusion pour infraction au droit de la concurrence : coup de projecteur sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner

5. L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner sont deux formes de sanctions d'exclusion qui ont en commun la suspension, pendant une durée limitée, d'une personne physique ou d'une entreprise impliquée dans une infraction au droit de la concurrence. La première sanction prive la personne physique concernée du droit de participer aux activités de n'importe quelle entreprise et d'y exercer un rôle de direction, généralement dans une juridiction spécifique et pour une durée déterminée. La seconde sanction prive l'entreprise du droit de participer aux appels d'offres lancés par une autorité contractante particulière ou sur un marché particulier pendant une certaine période.

6. Dans le contexte du droit de la concurrence, l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur désigne une sanction interdisant à l'intéressé d'agir en tant qu'administrateur d'une entreprise pendant une durée déterminée, à la suite d'une violation du droit de la concurrence. Cette sanction est habituellement imposée lorsque la conduite de l'intéressé a conduit à une violation du droit de la concurrence, ou lorsque l'intéressé avait connaissance de la violation mais n'a rien fait pour l'éviter.

7. L'interdiction de soumissionner interdit à l'entreprise de participer à la passation d'un marché public en cours et de soumissionner pour de futurs marchés publics, pendant une période de temps limitée.

8. Ces sanctions d'exclusion peuvent être imposées, en fonction du type de sanction et des juridictions, par des autorités de la concurrence, des instances judiciaires ou des autorités contractantes aux personnes physiques impliquées dans une infraction au droit de la concurrence, qui sont frappées d'une interdiction temporaire d'exercice de leurs fonctions d'administrateur, ou à une ou plusieurs des entreprises impliquées dans une soumission concertée.

9. L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est essentiellement prononcée dans le cas d'ententes injustifiables, et également, dans certaines juridictions, dans des affaires d'abus de position dominante et autres infractions au droit de la concurrence. L'interdiction de soumissionner est associée à des cas de soumissions concertées en vue d'obtenir des marchés publics.

10. La manière dont les sanctions d'exclusion sont appliquées et leurs objectifs peuvent varier d'une juridiction à l'autre, et est différente de celle dont sont appliqués d'autres types de sanctions en droit de la concurrence.

11. En premier lieu, elles peuvent constituer un puissant outil de dissuasion générale (visant à prévenir des infractions au sein de la population en général), sans devoir recourir à des sanctions pénales. Elles peuvent s'ajouter ou se substituer au coût financier et social des pénalités financières que sont les amendes, avec le coût d'opportunité lié à l'exclusion de futures soumissions, ou peuvent affecter directement la réputation de l'entreprise concernée ou les moyens de subsistance de la personne sanctionnée. Dans la lutte contre les ententes et les soumissions concertées, et compte tenu de l'incertitude qui règne autour de la question de savoir si les sanctions réprimant les ententes produisent un effet dissuasif suffisant, les sanctions d'interdiction peuvent compléter très efficacement la boîte à outils d'une autorité de la concurrence.

12. En second lieu, les sanctions d'exclusion renforcent la dissuasion au niveau de ceux auxquels elles sont infligées (et visent ainsi à empêcher qu'une personne sanctionnée récidive). En effet, on observe dans la pratique le phénomène suivant : les ententes ne sont pas seulement présentes dans des juridictions différentes et dans des secteurs spécifiques de l'économie, mais sont également

périodiquement récurrentes dans les mêmes juridictions et entre les mêmes entreprises. Or, bien qu'aucun secteur n'échappe à des pratiques collusoires, il semble que ces pratiques tendent à être plus fréquentes dans certaines industries. Il s'agit souvent d'industries caractérisées par des coûts fixes élevés et homogènes et de faibles coûts de production, notamment le bâtiment, l'acier, le textile, le sucre et les produits chimiques. Ce phénomène touche également parfois des industries où les marchés publics jouent un rôle important, notamment les industries opérant dans le secteur des infrastructures, de la distribution de produits laitiers à l'école et des équipements médicaux et militaires (OCDE, 2015<sup>[9]</sup>).

13. Tous ces éléments suggèrent que, dans certains cas, les avantages liés à la participation à une entente peuvent l'emporter sur les risques encourus par l'entreprise en termes de condamnation à des amendes, de telle sorte que l'entreprise est disposée à payer cet « impôt » pour pouvoir se livrer de nouveau à une activité anticoncurrentielle à l'avenir. Plusieurs commentateurs ont donc souligné que l'indemnisation de la perte financière résultant d'une entente n'est pas l'objectif le plus important d'un système de droit de la concurrence. Comme l'a noté Werden (2015<sup>[10]</sup>),

*L'activité d'une entente n'est jamais efficiente ni autrement socialement souhaitable ; les participants à une entente ne peuvent jamais gagner plus que ce que perd le public. L'activité d'une entente n'est donc pas identique à un fait délictueux, dont les conséquences sont réparées en vertu d'un principe de responsabilité qui se concentre sur le préjudice causé aux victimes et incite son auteur à faire désormais preuve de prudence. Comme d'autres infractions contre les biens, l'activité d'une entente doit être prohibée et non pas simplement taxée.*

14. L'importance de la dissuasion met en relief la puissance et l'efficacité des sanctions d'exclusion. Elles ne font pas que punir les entreprises ou les personnes physiques qui se livrent à des activités anticoncurrentielles (œuvrant ainsi pour prévenir la récurrence), mais éliminent matériellement les auteurs mêmes de ces infractions du marché pendant un certain temps. En plus de punir un comportement anticoncurrentiel, elles empêchent qu'il y en ait d'autres à l'avenir.

15. Ces sanctions peuvent revêtir une importance particulière dans les juridictions qui ne prévoient pas la criminalisation des comportements anticoncurrentiels, ou engagent rarement des poursuites pénales à ce titre. Elles garantissent que l'entreprise ou les dirigeants qui se sont livrés à ces pratiques ne récidivent pas à l'avenir.

16. Bien évidemment, pour que les sanctions d'exclusion atteignent leur pleine efficacité, les entreprises doivent être conscientes du risque de se faire prendre et de l'activité de répression constante des autorités compétentes. Pour cela, il faut non seulement un système de répression efficace mais également des efforts de plaidoyer et de sensibilisation du public de la part des autorités compétentes.

17. Les sanctions d'exclusion présentent une troisième caractéristique : leur efficacité dans la poursuite de l'objectif de préserver l'intérêt public, soit en protégeant l'intégrité de la procédure d'appel d'offres, soit en protégeant le public contre toute conduite illicite de la part d'entreprises. En ce qui concerne l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, la protection de l'intérêt public sauvegarde le respect des normes en matière de gouvernance d'entreprise, et, en ce qui concerne l'interdiction de soumissionner, préserve le bon usage de l'argent public.

18. Étant donné que ces deux types de sanctions d'interdiction présentent des caractéristiques très différentes et sont appliquées très différemment selon les juridictions, les sections suivantes les traiteront séparément. Toutefois, plusieurs traits communs émergent de l'analyse qui suit. En effet, les conclusions suivantes ressortent clairement de la discussion sur les arguments qui plaident pour et contre les sanctions d'exclusion et leurs difficultés d'application :

1. Les sanctions d'exclusion sont particulièrement efficaces pour **atteindre au moins 3 objectifs combinés** : dissuasion générale, dissuasion spécifique et préservation de l'intérêt public en cause. Dans la poursuite de cet ensemble d'objectifs, elles présentent quelques avantages par rapport à d'autres formes de sanctions ou de mesures correctives dans la lutte contre les ententes.

2. Les sanctions d'exclusion peuvent être précieuses, non seulement en elles-mêmes, mais également en tant que **compléments d'autres formes de détection et de dissuasion dans une juridiction spécifique**. En fonction de son application, l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur peut, par exemple, permettre d'appréhender un comportement anticoncurrentiel dans des situations où le niveau de preuve plus élevé généralement exigé dans une procédure pénale n'est pas atteint. Par ailleurs, l'interdiction de soumissionner, si elle est bien ciblée, peut s'avérer plus efficace pour préserver l'intégrité des appels d'offres et restaurer la confiance du public dans la bonne administration et la bonne utilisation des ressources publiques dans ce cadre.
3. **L'efficacité de ces sanctions dans un système spécifique dépend de leur adaptation au comportement anticoncurrentiel en cause et aux caractéristiques du système juridique et du marché.** Le pouvoir dissuasif des deux types de sanction – interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner – peut varier considérablement selon i) la manière dont leur champ d'application et leur durée sont définis, et ii) la manière dont les incitations à déclarer des ententes et autres infractions sont préservées, au moyen d'une coordination avec les outils existants en matière de détection, de dissuasion et de sanction (par exemple, sanctions pénales et programmes de clémence). En outre, l'interdiction de soumissionner peut avoir d'importantes conséquences sur le marché, en éliminant potentiellement une partie de la concurrence pendant une durée déterminée ou en créant des distorsions de la concurrence qui peuvent affecter les résultats de futurs appels d'offres. Ces conséquences doivent être soigneusement pesées avant d'envisager l'application de la sanction.
19. Ces formes d'exclusion peuvent être très efficaces. Toutefois, leur application peut poser quelques difficultés pratiques en ce qui concerne les objectifs poursuivis, le champ d'application (par exemple, quelles personnes physiques ou entreprises doivent y être soumises, pour combien de temps et sur quels marchés), le niveau de preuve exigé et les conséquences négatives pouvant découler de leur application.
20. S'appuyant sur les discussions que le Comité de la concurrence a précédemment consacrées à la répression pénale des ententes et des soumissions concertées (2020<sup>[11]</sup>) ; aux sanctions (2016<sup>[12]</sup> ; 2003<sup>[13]</sup>) et aux ententes injustifiables (2002<sup>[14]</sup>), ainsi que sur la Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (2019<sup>[15]</sup>), la présente note de référence se concentre sur les sanctions d'interdiction d'exercice des fonctions d'administrateur et d'interdiction de soumissionner, en lien avec des infractions au droit de la concurrence.
21. Bien que plusieurs juridictions puissent appliquer ces sanctions dans des domaines autres que le droit de la concurrence, notamment le droit des sociétés, la réglementation financière ou la lutte contre la corruption, cette note se concentrera sur leur application dans le contexte des violations du droit de la concurrence.
22. Le présent document est structuré de la manière suivante :
- La Section 2. examine l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence, en passant en revue les différents types de régimes d'interdiction d'exercer, leur champ d'application, leurs effets, les circonstances dans lesquelles ils s'appliquent et leurs modalités d'application. Elle s'intéresse ensuite aux difficultés pratiques d'application des sanctions d'interdiction d'exercer.
  - La Section 2.5. examine l'interdiction de soumissionner selon la même structure.
  - La Section 3. analyse l'efficacité des sanctions d'interdiction et la manière dont elles s'intègrent dans différents systèmes juridiques, y compris en relevant des facteurs qui plaident potentiellement pour ou contre leur adoption et leur utilisation.
  - La Section 5. est consacrée à la conclusion.

## 2. Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence

### Points clés de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence selon les juridictions

- Il ressort du tableau joint en Annexe A aux présentes que l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence est une sanction prévue dans 23 juridictions, bien que seules une dizaine de juridictions la prévoient spécifiquement dans leur droit de la concurrence. Dans les juridictions où elle est prévue, elle n'a été appliquée que relativement récemment, et généralement uniquement aux violations les plus graves du droit de la concurrence, telles les ententes, y compris si son champ d'application est plus large.
- La sanction est normalement imposée par un tribunal à la demande d'une autorité de la concurrence. Il est également possible, dans certaines juridictions, que les autorités de la concurrence acceptent l'engagement volontaire d'un administrateur de ne pas exercer ces fonctions.
- L'application de la sanction d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est normalement déclenchée par deux éléments au moins : la violation du droit de la concurrence par l'entreprise et un élément de responsabilité de l'administrateur concerné.
- La durée de l'interdiction varie selon les juridictions, l'option la plus courante étant une durée de 5 ans au plus, mais avec des cas dans lesquels la sanction peut atteindre une durée de 10 ou 15 ans et, dans des cas plus rares, une durée illimitée.

#### 2.1. Les objectifs des sanctions d'interdiction d'exercer

23. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, ce type de sanction peut poursuivre de multiples objectifs : une dissuasion générale et spécifique et la protection du public contre des comportements illicites de certaines entreprises<sup>5</sup>.

##### 2.1.1. Dissuasion

24. La dissuasion est généralement l'un des objectifs principaux de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur. Cette dissuasion est à la fois générale et spécifique.

25. Plusieurs commentateurs notent que l'interdiction d'exercer est un puissant outil de dissuasion dans la lutte contre les ententes. Moins sévère qu'une peine d'emprisonnement, cette sanction prive néanmoins celui qui en est frappé de ses moyens de subsistance, nuit à sa réputation et à sa carrière et ne peut pas donner lieu à une indemnisation intégrale et directe de la part de l'entreprise, comme cela pourrait être le cas pour une peine d'amende (Stephan, 2011<sub>[16]</sub>).

26. Une enquête de 2007, réalisée à la demande de l'UK Office of Fair Trading (OFT), prédécesseur de la CMA, a révélé que l'interdiction d'exercer était considérée comme la seconde sanction la plus dissuasive pour les personnes physiques, après l'emprisonnement<sup>6</sup>. Le rapport d'enquête relève que

*la menace d'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est considérée comme grave à la fois par les avocats et les entreprises, et beaucoup estiment qu'un recours accru à cette sanction améliorerait la dissuasion<sup>7</sup>.*

27. Le pouvoir de dissuasion de l'interdiction d'exercer repose sur deux facteurs principaux : i) l'individualisation de la sanction, qui élimine le bouclier protecteur de l'entreprise pour atteindre directement ceux qui sont responsables de sa direction ; et (ii) en fonction de la juridiction, une application plus rapide et généralement plus facile, comparée à des sanctions pénales qui impliquent habituellement une procédure plus lourde et un seuil de preuve plus élevé afin d'établir la responsabilité pénale.

28. Sachant la longueur des délais nécessaires afin de parvenir à ce que des peines d'amende soient infligées à une entreprise et confirmées à l'issue des voies de recours, sans oublier les difficultés liées à l'engagement de procédures pénales, si tant est que la voie pénale soit disponible (procédures caractérisées comme « coûteuses, chronophages et imprévisibles comparées aux procédures administratives »)<sup>8</sup>, l'efficacité des interdictions d'exercer dépend en réalité des critères d'application de ces sanctions. Sans préjudice de la nécessité d'un examen approfondi de la responsabilité de l'intéressé, plus ces critères d'application sont légers comparés à ceux des sanctions pénales, et plus le pouvoir dissuasif de l'interdiction d'exercer est élevé. C'est ce qui en fait un outil complémentaire de dissuasion fiable et intéressant (Stephan, 2011, pp. 530-532<sub>[16]</sub>).

29. Tout comme les programmes de clémence (Volpin et Chokesuwattanaskul, 2022<sub>[17]</sub>), la légitimité et l'effet dissuasif des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur passent par une exigence fondamentale : la publicité autour de leur applicabilité et de leur application. Le Royaume-Uni offre un exemple vertueux à cet égard, puisqu'il a non seulement consulté le public à propos de l'introduction et de l'application de cette sanction, mais diffuse également largement les décisions prononçant cette sanction, qu'elles aient été rendues par un tribunal ou spontanément acceptées par les administrateurs concernés. Les affaires correspondantes font régulièrement l'objet de communications sur le site web de la CMA, et un registre<sup>9</sup> des administrateurs interdits d'exercice est périodiquement mis à jour (Whelan, 2021<sub>[18]</sub>).

### **2.1.2. Protéger le public contre des comportements illicites des entreprises et améliorer les normes de gestion des entreprises**

30. L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur poursuit un autre objectif important, qui est de préserver la confiance des consommateurs dans les entreprises et de protéger le public contre des comportements illicites de certaines entreprises. Cet objectif est directement lié au devoir de vigilance qui caractérise les fonctions de direction et qui vise à dissuader d'autres personnes exerçant la même fonction à se livrer à un comportement illicite analogue.

31. Cet objectif a également pour corollaire la volonté d'améliorer les normes de gestion des entreprises dans l'intérêt de la société dans son ensemble. La confiance du public dans les entreprises suppose fondamentalement « la conviction que les entreprises feront tout pour mener leurs opérations en respectant la loi » (OCDE, 2019, p. 86<sub>[19]</sub>). Cette conviction repose sur les deux paramètres suivants : i) les entreprises investiront les efforts et les ressources nécessaires afin de garantir la conformité ; et ii) s'il se produit un comportement illicite, des mesures seront prises par l'entreprise afin de le signaler, de collaborer à

l'enquête et de remédier à ce comportement (OCDE, 2019, p. 86<sup>[19]</sup>). Un système efficace d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur peut donc contribuer à renforcer cette confiance.

## 2.2. Types de régimes d'interdiction d'exercice

### 2.2.1. Pouvoir de demander ou d'accepter une interdiction d'exercer

32. Plusieurs pays, membres et non-membres de l'OCDE, adoptent ce type de sanction. Il convient de faire ici une première distinction utile entre l'interdiction d'exercer i) imposée à la suite d'une demande de l'autorité de la concurrence, généralement faite à un tribunal ou un organe judiciaire qui prononce la décision (décision judiciaire d'interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence) (*competition disqualification orders* ou CDO), et ii) acceptée par l'autorité de la concurrence à la suite de l'initiative de la personne concernée, qui propose un engagement correspondant (engagement volontaire d'interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence) (*competition disqualification undertaking* ou CDU).

33. À titre d'exemple, en vertu de la loi de 1986 relative à l'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre des dirigeants d'entreprise (Company Directors Disqualification Act) et du Guide sur les interdictions d'exercer pour infraction au droit de la concurrence (*Guidance on Competition Disqualification Orders*) de 2019, la Competition and Markets Authority (CMA) britannique *doit* demander au tribunal de prononcer une décision d'interdiction d'exercice pour infraction au droit de la concurrence, si les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- l'entreprise a commis une infraction au droit de la concurrence ; et
- le comportement de l'administrateur concerné le rend, selon le tribunal, « *inapte à participer à la direction d'une entreprise* »<sup>10</sup>.

34. D'autres autorités de la concurrence apprécient discrétionnairement s'il convient de faire cette demande. Par exemple, l'autorité suisse de la concurrence peut demander à un tribunal de rendre une décision d'interdiction d'exercice à l'encontre de dirigeants d'une entreprise participant à une entente. Dans certains cas, cette demande peut être requise pour des motifs d' « intérêt général », par exemple si le comportement illicite a été systématique, a causé un préjudice important ou visait à en tirer des profits financiers (article 8 du Trading Prohibition Act) (Andersson, 2022<sup>[20]</sup>).

35. Aux États-Unis, la FTC peut demander à un tribunal de prononcer une interdiction d'exercice à l'encontre de personnes ayant commis une violation du droit de la concurrence, même à vie<sup>11</sup>. En Lituanie, la demande sollicitant le prononcé d'une interdiction d'exercer est soumise par le Conseil de la concurrence au tribunal administratif régional de Vilnius ; de la même manière, en Israël, il appartient au tribunal chargé des affaires d'entente de décider s'il y a lieu de prononcer une interdiction d'exercer des fonctions de direction. Ce système, en vertu duquel l'autorité de la concurrence soumet une demande au tribunal, est également en place à Hong Kong – Chine, où la Commission peut présenter cette demande au tribunal en vertu de l'article 101 de l'Ordonnance sur la concurrence (Kwok, 2014<sup>[21]</sup>)<sup>12</sup>.

36. Bien que cela soit beaucoup plus rare, il est possible dans certaines juridictions que des interdictions d'exercer soient imposées directement par l'autorité de la concurrence, dans certaines circonstances particulières. À titre d'exemple, le Président de l'UOKiK en Pologne peut demander à une entreprise qui est partie à une opération de fusion par ailleurs anticoncurrentielle, conduisant à la création d'un monopole, d'interdire à certaines personnes de faire partie de l'organe de direction ou de surveillance de l'entreprise, soit à titre de mesure corrective dans le cadre du contrôle des fusions, soit à titre de sanction pour avoir fourni des informations trompeuses pendant la procédure de fusion<sup>13</sup>.

37. Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, outre le pouvoir de solliciter le prononcé d'une interdiction d'exercer, certaines autorités de la concurrence peuvent également accepter un engagement juridiquement contraignant souscrit par les dirigeants concernés, en vertu duquel ils s'obligent à ne pas

exercer des fonctions d'administrateur pendant une période convenue. Au Royaume-Uni, par exemple, cette procédure n'exige pas l'intervention de l'autorité judiciaire, et la demande de souscription de cet engagement peut également être acceptée après que le prononcé d'une interdiction d'exercer ait été demandé au tribunal. La CMA peut en effet arrêter la procédure engagée devant le tribunal et accepter cet engagement.

38. Au Canada, les administrateurs ou dirigeants d'entreprises peuvent être frappés d'une interdiction d'exercer pour une durée de dix ans au plus, en vertu de l'article 34 de la loi fédérale sur la concurrence. La décision peut être prononcée par un tribunal sur la base d'un accord, mais l'interdiction d'exercer peut également prendre la forme d'un engagement conclu entre la personne concernée et le procureur général du Canada ou le procureur général de la province.

39. À l'heure actuelle, la Commission européenne n'applique ni n'accepte aucune sanction d'interdiction d'exercice des fonctions d'administrateur (Whelan, 2022<sup>[22]</sup>), bien que certains commentateurs aient plaidé pour l'introduction de cette forme de sanction à l'échelle de l'UE, comme un moyen de renforcer le système de répression (Khan, 2012<sup>[23]</sup>).

### **2.2.2. Sanction indépendante, automatique, discrétionnaire**

40. On peut également identifier trois types de régimes d'application des sanctions interdisant d'exercer des fonctions d'administrateur : i) les régimes dans lesquels l'interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence est appliquée comme une sanction indépendante (interdiction d'exercer indépendante) ; ii) les régimes dans lesquels l'interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence est associée à une responsabilité pénale, mais est appliquée de manière discrétionnaire (interdiction d'exercer discrétionnaire à la suite d'une responsabilité pénale) ; et (iii) les régimes dans lesquels l'interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence est appliquée de manière automatique en cas de responsabilité pénale, (même si une décision judiciaire peut être requise afin de déterminer les modalités de son application, par exemple sa durée) (interdiction d'exercer automatique)<sup>14</sup>.

41. Les pays qui appartiennent au premier type (interdiction d'exercer indépendante) comprennent le Brésil, la Nouvelle-Zélande, Hong Kong - Chine, la Suède et le Royaume-Uni.

42. Le second type (interdiction d'exercer discrétionnaire à la suite d'une responsabilité pénale) inclut, par exemple, le Japon où la Japan Fair Trade Commission peut, à la suite d'une violation de la loi anti-monopoles, solliciter cette sanction à l'encontre d'un administrateur qui a été condamné à une peine d'emprisonnement ou à de lourdes sanctions sans bénéficier du sursis. De la même manière, en Estonie, la reconnaissance d'une responsabilité pénale du fait de restrictions anticoncurrentielles ou d'abus de position dominante peut entraîner une interdiction d'exercer au sein d'organes de direction et de surveillance<sup>15</sup>.

43. Le troisième type de régimes (interdiction d'exercer automatique) inclut, par exemple, le Chili et l'Irlande. En Irlande, conformément à l'article 839(1) de la loi sur les sociétés (Companies Act) de 2014, les personnes physiques condamnées pour accords anticoncurrentiels et abus de position dominante sont automatiquement frappées d'une interdiction d'être nommées à des fonctions d'administrateur ou d'exercer ces fonctions pendant 5 ans. Le juge peut ordonner une durée d'interdiction plus courte ou plus longue, à la demande de l'autorité poursuivante ou du défendeur<sup>16</sup>.

## **2.3. Champ d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur**

44. Le champ d'application de ces interdictions d'exercer, - qu'elles résultent de décisions judiciaires ou d'engagements de l'intéressé – est défini par i) les infractions au droit de la concurrence auxquelles

elles s'appliquent ; ii) les critères de leur applicabilité ; iii) les personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ; et iv) leur durée. Ces éléments sont analysés en détail ci-dessous.

### **2.3.1. À quelles infractions au droit de la concurrence l'interdiction d'exercer s'applique-t-elle ?**

45. Dans la plupart des juridictions examinées (voir Annexe A à la fin de cette note), les interdictions d'exercer sont applicables dans des affaires d'ententes. À titre d'exemple, en Suède, et bien que cette sanction n'ait encore jamais été appliquée, une interdiction d'exercer suppose obligatoirement l'existence d'une entente injustifiable, sous la forme de pratiques de fixation des prix, de partage du marché ou d'attribution d'un marché, et n'est pas prévue en principe pour des abus de position dominante. Le Chili suit la même approche, en prévoyant une interdiction d'exercer pour les administrateurs qui concluent, exécutent ou concoctent une entente<sup>17</sup>. Tel est également le cas en République tchèque et en Nouvelle-Zélande.

46. Bien que dans de nombreux régimes l'interdiction d'exercer soit *uniquement* applicable en relation avec des ententes, certaines juridictions étendent cette sanction à un comportement unilatéral. Tel est le cas, par exemple, aux États-Unis, au Brésil, en France, à Hong Kong – Chine et en Irlande. En Irlande, les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction à l'article 4 ou 5 de la loi de 2002 ou à des textes équivalents de l'UE, couvrant ainsi à la fois des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante. Depuis la loi irlandaise de 2012 portant modification du droit de la concurrence, visant à accroître l'efficacité des sanctions (Whelan, 2013<sup>[24]</sup>), l'interdiction d'exercer peut être prononcée à la fois pour des infractions mineures et des infractions majeures au droit de la concurrence<sup>18</sup>.

47. Dans le même esprit, ainsi qu'il a été observé ci-dessus, le Guide sur les interdictions d'exercer pour infraction au droit de la concurrence (*Guidance on Competition Disqualification Orders*), publié en 2019 par la Competition and Markets Authority (CMA) britannique, indique qu'une interdiction d'exercer doit être demandée si une violation du droit de la concurrence a été commise et si l'intéressé est jugé inapte à diriger une entreprise. La CMA peut appliquer cette sanction dans tous les cas d'accords anticoncurrentiels et d'abus de position dominante en vertu du droit britannique et de l'UE (c'est-à-dire, violation des chapitres 1 et 2 de la loi britannique sur la concurrence de 1998, et des articles 101 et 102 du TFUE)<sup>19</sup>.

48. Le choix qui a été fait par ces juridictions est loin d'être anodin. En effet, l'application de cette sanction à un comportement unilatéral, qui exige le plus généralement de rapporter la preuve de ses effets, peut risquer d'introduire un élément d'incertitude, susceptible d'être moins présent dans des affaires classiques d'ententes « injustifiables ».

49. Une enquête réalisée en 2018 par la CMA a montré, par exemple, que les entreprises avaient encore une piètre connaissance de ce qu'il faut faire et ne pas faire, 41% des répondants ignorant que le fait d'assister à une réunion avec des concurrents sur la fixation des prix constitue une infraction au droit de la concurrence, et près de la moitié ne considérant pas qu'une soumission concertée soit illégale<sup>20</sup>.

50. Il est possible que l'entente anticoncurrentielle soit encore insuffisamment connue, mais il semble plus que raisonnable de considérer qu'un administrateur devrait savoir non seulement ce qu'est une entente, mais également qu'elle constitue une infraction au droit de la concurrence. La stigmatisation des comportements d'entente est bien documentée (voir, pour une analyse, (Whelan, 2022<sup>[25]</sup>)). En revanche, il se peut qu'il connaisse moins, par exemple, des théories du préjudice plus rarement appliquées ; des théories du préjudice qui font toujours l'objet d'un débat ou qui sont plus nouvelles, notamment la question de l'auto-préférence sur les marchés numériques.

51. Par ailleurs, un autre élément différent mais lié à ce qui précède tient au fait que d'autres infractions au droit de la concurrence peuvent ne pas avoir la connotation morale négative qui s'attache

aux ententes, ce qui rend plus difficile d'admettre qu'une interdiction d'exercer soit une sanction proportionnée et appropriée. Pour reprendre les mots de Werden (2015<sup>[10]</sup>),

*L'activité d'une entente est à juste titre considérée comme une infraction contre les biens, au même titre qu'un cambriolage ou un vol, alors même que cette activité cause un préjudice économique beaucoup plus important. En effet, l'activité d'une entente vole les consommateurs et d'autres acteurs du marché, en les privant des avantages tangibles de la concurrence.*

52. Cette situation pourrait avoir un certain impact sur l'appréciation des juges (et parfois des jurys)<sup>21</sup> qui doivent décider de l'application d'une interdiction d'exercer. En effet, elle pourrait suggérer que l'application de cette interdiction d'exercer est plus appropriée dans des affaires où l'infraction au droit de la concurrence est constatée objectivement/*en soi* plutôt que dans des affaires où les effets de cette infraction doivent être évalués, et ce pour des raisons de sécurité juridique.

53. Cependant, tous ces arguments perdent un peu de leur poids dans les juridictions où la culture de la concurrence est largement répandue et où les autorités de la concurrence sont mobilisées afin de sensibiliser au droit de la concurrence et d'investir dans des activités de plaidoyer. Même si l'on peut prévoir que la sanction ne sera pas appliquée dans des affaires complexes impliquant de nouvelles théories du préjudice, et qu'un « avertissement » au marché (sous la forme d'une première affaire largement médiatisée, par exemple) pourra être donné par les autorités de la concurrence compétentes, une approche plus stricte, englobant d'autres comportements anticoncurrentiels au-delà des ententes, pourra être positive en ce qu'elle incitera davantage la direction de l'entreprise à avoir une bonne connaissance du droit de la concurrence, à former ses employés et à prioriser la conformité au droit de la concurrence.

54. Il convient également de noter que, bien que la sanction n'ait jamais été appliquée jusqu'à présent au Royaume-Uni dans une affaire d'abus de position dominante, la CMA envisage la possibilité qu'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur puisse être appliquée en cas de violations de la réglementation, par l'Unité chargée des marchés numériques (*Digital Market Unit* (DMU)), en raison de son efficacité pour dissuader de participer à des pratiques anticoncurrentielles<sup>22</sup>.

### Encadré.1. Recours accru à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur au Royaume-Uni

Depuis l'introduction de cette sanction, la CMA a étendu la possibilité de solliciter une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur à toutes les infractions au droit de la concurrence (accords anticoncurrentiels et abus de position dominante). Jusqu'à présent, ces sanctions ont été appliquées dans les affaires d'ententes les plus graves.

À ce jour, la CMA a sollicité et accepté une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur à l'encontre de 25 administrateurs, dont une a été ordonnée par une décision de justice. Parmi les interdictions d'exercer prononcées ou acceptées par la CMA, on citera :

- Décembre 2016, premier CDU (engagement volontaire d'interdiction d'exercer) obtenu par la CMA à l'encontre de M. Daniel Aston, administrateur de Trod Ltd., pour entente sur la fixation des prix dans l'industrie de la vente en ligne d'affiches (5 ans).
- Avril 2018, CDU accepté par la CMA de M. Daniel Baker (3 ans et 6 mois) et M. Julian Frost (3 ans), administrateurs de Abbott and Frost Estate Agents Ltd., pour entente sur la fixation des prix de fourniture de services de vente de biens immobiliers à usage résidentiel dans la région de Burnham-on-Sea, avec 5 autres agences immobilières.
- Juin 2020, CDU accepté par la CMA de M. Amit Patel, administrateur de Auden McKenzie et Amilco Limited, pour des accords affectant la fourniture de nortriptyline (5 ans).

- Juin 2020, CDU accepté par la CMA de M. Stephen Jones, administrateur de Richard Worth Holdings Ltd (6 ans et demi), et de M. Neil Mackenzie, administrateur de Michael Hardy & Co. (6 ans et demi), pour entente sur la fixation des prix de fourniture de services de vente de biens immobiliers à usage résidentiel dans la région du comté de Berkshire, avec 2 autres agences immobilières.
- Juillet 2020, première CDO (décision judiciaire d'interdiction d'exercer) obtenue contre M. Michael Martin, ancien administrateur de Gary Berryman Estate Agents, pour une entente entre agences immobilières dans le comté du Somerset (7 ans).
- Mars 2021, CDU obtenu contre M. Eoin McCann (12 ans) et M. Francis McCann (11 ans), anciens administrateurs de FP McCann Ltd., pour une entente dans la fourniture de produits de drainage en béton préfabriqués.
- Mars 2021, CDU obtenu contre M. Campbell (6 ans et demi), administrateur de BLM British Lead, M. Hudson (4 ans) et M. Sherling (3 ans), administrateurs de Associated Lead Mills Ltd. pour une entente et un échange d'informations commercialement sensibles dans le secteur du plomb laminé destiné à la couverture des toitures.
- Janvier 2022, CDU obtenu contre M. Sonpal, administrateur de Lexon, pour un échange d'informations commercialement sensibles à propos de comprimés de nortriptyline avec deux autres acteurs du marché (4 ans).

Source : [Competition law and cartels](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1097032/Annual_Report_CE.pdf); CMA, Annual Report and Accounts 2021/22, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1097032/Annual\\_Report\\_CE.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1097032/Annual_Report_CE.pdf).

### **2.3.2. Quels sont les critères qui déterminent l'applicabilité de l'interdiction d'exercer ?**

55. Les critères déterminant ce qui doit être prouvé afin qu'une interdiction d'exercer soit applicable varient également largement d'une juridiction à l'autre.

56. Certains pays exigent la preuve d'une contribution matérielle à l'infraction. Ainsi, l'article 62 de la loi chilienne sur la concurrence (Décret-loi n° 211) dispose que « *[Q]uiconque conclut un accord entre deux concurrents ou plus, ordonne sa conclusion, l'exécute ou le planifie [...] est puni d'une interdiction temporaire [...] d'occuper le poste d'administrateur de l'entreprise.* » De la même manière, l'article 80C du Code de commerce néo-zélandais de 1986 permet au tribunal de prononcer une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur ou de dirigeant d'une entreprise à l'encontre de toute personne qui « *a conclu un contrat ou accord, ou est parvenue à un arrangement qui contient une clause d'entente ; ou [...] a donné effet à un contrat, un accord ou un arrangement qui contient une clause d'entente* ».

57. D'autres pays, comme le Mexique, considèrent que l'administrateur est responsable à la fois en cas de contribution directe et indirecte à l'infraction au droit de la concurrence<sup>23</sup>, mais ne punissent pas la responsabilité par omission.

58. Certaines autres juridictions (par ex., la Lituanie, le Royaume-Uni et Hong Kong - Chine) prévoient trois situations dans lesquelles un administrateur peut être reconnu responsable :

- l'administrateur « *a contribué* » par sa conduite à la violation du droit de la concurrence ou a été « *directement impliqué* » dans cette violation ; ou
- l'administrateur n'a pris aucune mesure pour éviter la conduite dont il avait « *des motifs raisonnables de suspecter* » qu'elle constituait une violation du droit de la concurrence ; ou
- l'administrateur « *ne savait pas mais aurait dû savoir* » que le comportement de l'entreprise constituait une infraction au droit de la concurrence<sup>24</sup>.

59. Dans le cadre de l'examen préliminaire auquel elle procède afin de déterminer s'il convient d'ouvrir une enquête et de solliciter une interdiction d'exercer pour infraction au droit de la concurrence, la CMA britannique tiendra compte, par exemple, « *des faits et circonstances de chaque cas particulier, des preuves disponibles et de l'opportunité de prononcer une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur dans l'intérêt public* »<sup>25</sup>. L'autorité de la concurrence jouit d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle enquête sur la conduite d'un administrateur, mais elle peut néanmoins prendre en considération, entre autres, les facteurs décrits dans le Guide sur les interdictions d'exercer pour infraction au droit de la concurrence (*Guidance on Competition Disqualification Orders*). Ces facteurs comprennent :

- la nature et la gravité de l'infraction ;
- la durée de l'infraction ;
- l'impact ou l'impact potentiel de l'infraction sur les consommateurs ;
- le comportement de l'entreprise pendant l'enquête de la CMA ; et
- toutes violations antérieures du droit de la concurrence commises par l'entreprise<sup>26</sup>.

60. D'autres autorités adoptent une approche similaire (voir, par ex., la Lituanie) et peuvent présenter leur demande d'interdiction d'exercer au tribunal, en se fondant sur la gravité et la durée de l'infraction, le degré d'implication de l'administrateur et la coopération de l'administrateur pendant l'enquête<sup>27</sup>. Certaines juridictions tiennent également compte de la récidive de l'administrateur<sup>28</sup>.

61. Le tribunal peut parfois suspendre l'application de l'interdiction d'exercer, en accordant à la personne frappée de cette interdiction une autorisation lui permettant de reprendre l'exercice de ses fonctions précédentes ou d'exercer d'autres fonctions d'administrateur. Au Royaume-Uni, cette demande de suspension a été faite dans l'affaire du Groupe Fourfront, par exemple, et le juge a statué en mettant en balance la nécessité pour l'administrateur concerné de gagner sa vie et pour l'entreprise de bénéficier de ses compétences de dirigeant, d'une part, et la protection de l'intérêt du public concerné, l'amélioration des normes d'intégrité de l'entreprise, le risque de récidive et la gravité du comportement en cause, d'autre part<sup>29</sup>.

### **2.3.3. À quelles personnes l'interdiction d'exercer est-elle applicable ?**

62. L'interdiction d'exercer s'applique en règle générale aux administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs occultes, ou à toute personne exerçant des fonctions analogues dans la pratique<sup>30</sup>. Par « administrateur occulte », il convient généralement d'entendre toute personne qui prend des décisions stratégiques dans l'entreprise, bien qu'elle n'ait pas officiellement le titre correspondant à cette fonction.

63. La question de savoir si un dirigeant ou un conseiller d'une entreprise peut être frappé d'une interdiction d'exercer fait l'objet d'approches divergentes selon les juridictions. À titre d'exemple, l'article 127 de la loi fédérale mexicaine sur la concurrence économique de 2015 prévoit qu'une interdiction d'exercer peut être imposée à toute personne ayant participé directement ou indirectement au comportement anticoncurrentiel, afin de l'empêcher d'agir en tant que « *membre du conseil d'administration, directeur, gérant, cadre, agent, représentant ou représentant légal pendant une durée de cinq ans au plus* »<sup>31</sup>. En revanche, la loi britannique exclut explicitement les consultants qui ont été engagés pour fournir des conseils professionnels sur la base desquels l'administrateur a agi<sup>32</sup>. Dans certains cas, la loi peut s'appliquer à « *toute personne* », et lui interdire d'exercer des fonctions d'administrateur ou de dirigeant pendant une durée déterminée (voir, par exemple, l'article du Code de commerce néo-zélandais de 1986).

64. La notion d' « administrateur » est généralement interprétée selon sa signification en droit des sociétés, et s'inscrit généralement dans une définition large de l'entreprise, conçue comme une entité juridique soumise au droit de la concurrence. Le terme « entreprise » peut donc recouvrir des sociétés qui ne sont pas dotées de la personnalité morale (Buckley, 2021, p. 637). En droit britannique<sup>33</sup>, par exemple, cette notion est jugée inclure les sociétés de crédit immobilier, les sociétés mutuelles dotées de la

personnalité morale, les organisations caritatives dotées de la personnalité morale, les sociétés à cellule protégée et les sociétés en nom collectif à responsabilité limitée (Buckley, 2021, p. 637).

65. Sur la base des paramètres décrits ci-dessus, il est également possible qu'un administrateur soit reconnu responsable du comportement d'une filiale qui forme une seule et même entité économique avec la société mère pour les besoins du droit de la concurrence<sup>34</sup>.

#### 2.3.4. Pendant quelle durée ?

66. L'interdiction d'exercer est une sanction temporaire dans la plupart des juridictions, mais sa durée peut varier dans une mesure significative et peut même être définitive (Australie, États-Unis) (Australia, US) (Frese, 2016, p. 230<sup>[27]</sup>). Cette durée est également souvent fixée en fonction des facteurs pris en considération dans la décision de solliciter l'interdiction, qui comprennent habituellement la gravité et la durée de l'infraction, la récidive de l'entreprise ou de la personne concernée et l'impact du comportement sur les consommateurs<sup>35</sup>.

67. Les durées peuvent être plus longues ou plus courtes, mais le scénario le plus fréquent est une durée d'interdiction de cinq ans au plus. Le Brésil, Israël, le Japon, le Mexique, la Norvège et la Nouvelle-Zélande ont opté pour cette durée maximale. En Irlande et à Hong Kong – Chine, un administrateur peut être frappé d'une interdiction d'exercer pendant cinq ans pour infraction au droit de la concurrence. En Turquie, la sanction peut être prononcée pour une durée de trois à sept ans, et pour une durée de trois à dix ans en Suède. Au Royaume-Uni, cette sanction peut être imposée pour une durée maximale de 15 ans, mais la loi ne prévoit pas de durée minimale. Aux États-Unis, aucune durée particulière n'est prévue, mais la sanction a été prononcée à vie dans une récente affaire<sup>36</sup>.

68. Selon certains commentateurs et à en juger par la pratique à ce jour, l'infraction au droit de la concurrence qui justifie une interdiction d'exercer ne sera généralement pas considérée comme une « *faute mineure ou une erreur 'technique'* »<sup>37</sup> et tendra à être suffisamment grave pour justifier une sanction s'inscrivant dans la fourchette médiane ou supérieure prévue par la juridiction. Comparant l'interdiction d'exercer pour infractions au droit de la concurrence à celle qui s'applique pour d'autres infractions, le Juge Baister, de l'UK Competition Appeals Tribunal a noté que :

*l'interdiction d'exercer prononcée à la suite de soumissions de couverture ou d'autres infractions similaires fait nécessairement suite à une tromperie ; elle implique un comportement malhonnête dont il est pratiquement certain qu'il causera un préjudice financier réel à des tiers. Cette remarque vaut quelle que soit la durée de l'interdiction. Dans des cas banals, la durée la plus courte sera presque toujours imposée en cas de faute mineure ou d'erreur « technique ». Tel n'est pas le cas en l'espèce. C'est pourquoi le tribunal se doit de penser avant tout à la protection du public*<sup>38</sup>.

69. La durée peut être plus courte si, comme cela a été très fréquent au Royaume-Uni jusqu'à présent (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>), l'administrateur propose lui-même de s'engager à ne pas exercer des fonctions d'administrateur (« CDU ») (Buckley, 2021, p. 640<sup>[26]</sup>). Les CDU ont été très fréquents à ce jour par rapport aux décisions judiciaires d'interdiction d'exercer (« CDO »), car ils n'exigent pas l'intervention du juge et fournissent une alternative à l'obtention d'une décision judiciaire, qui est plus légère, moins coûteuse et plus rapide<sup>39</sup>. À la connaissance des auteurs, un CDO n'a été appliqué qu'une seule fois jusqu'à présent au Royaume-Uni, à la suite d'une demande de la CMA.

70. Si elle est prononcée par un tribunal, l'interdiction d'exercer s'applique généralement à compter de la date de son prononcé et pour la durée fixée par le tribunal, mais d'autres dates et durées peuvent s'appliquer si l'interdiction d'exercer résulte d'un engagement volontaire, et peuvent différer selon les juridictions.

## 2.4. Effets de l'application d'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur

71. Une décision judiciaire d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur ou un engagement volontaire de ne pas exercer ces fonctions exige en règle générale de ne pas exercer ces fonctions (ni parfois celles de dirigeant ou de représentant légal) au sein de quelque entreprise que ce soit dans un pays particulier. D'autres effets de cette sanction, et les conséquences de sa transgression, peuvent varier selon les juridictions.

72. À Hong Kong – Chine et au Royaume-Uni, par exemple, l'administrateur frappé d'interdiction ne peut pas, pendant toute la période d'interdiction et sans une autorisation du tribunal, agir en qualité d'administrateur ou de liquidateur d'une entreprise ; recevoir ou gérer des biens ; ni développer, créer ou gérer une entreprise quelconque<sup>40</sup>. En Suède, cette sanction signifie que l'intéressé ne peut pas, de jure ou de facto, exploiter et gérer une entreprise, en être le signataire autorisé ou y détenir la majorité des droits de vote pendant toute la durée de l'interdiction (Andersson, 2022, p. 674<sub>[28]</sub>).

73. En règle générale, l'administrateur frappé d'interdiction peut être condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans au plus s'il ne respecte pas ces obligations ou à une peine d'amende. Certaines juridictions associent une responsabilité financière à la responsabilité pénale, et prévoient que la personne qui participerait à la direction d'une entreprise, en violant une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, sera personnellement responsable de toutes les dettes de l'entreprise résultant de cette violation<sup>41</sup>.

## 2.5. Difficultés pratiques d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur

### 2.5.1. L'enquête et l'évaluation de la responsabilité des administrateurs

74. Bien qu'il soit difficile de généraliser, en raison de la diversité d'approche observée entre les juridictions, deux éléments factuels fondamentaux doivent souvent être prouvés afin de prononcer une interdiction d'exercer : i) la violation du droit de la concurrence ; et (ii) la responsabilité de l'administrateur. L'autorité de la concurrence peut mener une enquête sur ces deux éléments, qui seront ensuite évalués par le même tribunal, généralement saisi à la demande de l'autorité, ou pourront être évalués séparément (c'est-à-dire dans le cadre de deux procédures différentes).

75. Dans les deux cas, les éléments à prouver lors de l'enquête, la charge de la preuve et le niveau de preuve exigé pour leur évaluation peuvent varier. Les paragraphes suivants se concentreront sur les questions de preuve relatives à l'évaluation et à la constatation de la responsabilité de l'administrateur (charge de la preuve et niveau de preuve, lien de causalité et culpabilité), plutôt que sur l'infraction au droit de la concurrence.

#### *Charge de la preuve et niveau de preuve*

76. Lorsqu'une autorité de la concurrence sollicite une décision d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, elle doit, et c'est un aspect clé, établir la responsabilité des administrateurs impliqués dans le comportement anticoncurrentiel. Que ce soit dans le cadre de systèmes de responsabilité pénale ou administrative, la charge de prouver l'implication et la responsabilité de l'administrateur concerné incombe à l'autorité qui demande le prononcé de cette sanction, alors qu'il incombe à l'administrateur de prouver que les conditions requises pour bénéficier d'une suspension de cette sanction sont remplies.

77. Une question plus complexe se pose également, celle de savoir si le niveau de preuve exigé afin de reconnaître la responsabilité de la personne concernée et, dès lors, de prononcer la sanction à son

encontre, repose sur le principe traditionnel en droit civil et administratif de la « balance des probabilités » ou sur celui du droit pénal, plus exigeant, qui impose de disposer de preuves « au-delà de tout doute raisonnable ». Ici encore, la réponse à cette question peut varier considérablement selon le type de régime et la loi de chaque juridiction.

78. Certains commentateurs comme Khan (2012<sup>[23]</sup>) ont fait observer que l'application de la norme de la « balance des probabilités », généralement appliquée dans les systèmes de common law, que l'on peut rapprocher du concept d' « intime conviction » de l'autorité ou du juge au vu des preuves dans les systèmes de civil law, peut être plus appropriée pour l'application de l'interdiction d'exercer. En effet, elle permet d'appliquer la sanction plus facilement que cela ne serait le cas pour une sanction pénale (où la norme exigeant des preuves « au-delà de tout doute raisonnable » s'applique traditionnellement). Afin de satisfaire à cette norme, le juge doit généralement considérer qu'il est plus probable qu'improbable que la réunion des conditions prévues par la loi pour imposer cette sanction est étayée par les preuves collectées, et donc prouvée<sup>42</sup>. Il convient de noter que dans le cas où le niveau de preuve plus exigeant imposé en matière pénale serait adopté, la sanction de l'interdiction d'exercer deviendrait une alternative moins attrayante comparée à une peine d'emprisonnement, si cette peine est prévue, étant donné qu'une peine d'emprisonnement est généralement considérée comme plus dissuasive.

#### *Les éléments de preuve justifiant l'interdiction d'exercer*

79. Dans certains régimes (régimes d'interdiction d'exercer automatique), ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, l'interdiction d'exercer est conditionnée à la reconnaissance d'une responsabilité pénale et le juge peut déterminer la durée de l'interdiction d'exercer. Dans d'autres régimes, l'interdiction d'exercer est soit déclenchée par la responsabilité pénale mais prononcée de manière discrétionnaire (interdiction d'exercer discrétionnaire à la suite d'une responsabilité pénale), soit une sanction totalement indépendante. Dans tous ces cas, la responsabilité de l'administrateur dépend généralement de deux au moins des trois éléments suivants :

- Premièrement, l'entreprise ou le groupe dont l'intéressé est administrateur a commis la violation du droit de la concurrence qui déclenche l'interdiction d'exercer dans la juridiction concernée (violation du droit de la concurrence) ;
- Deuxièmement, il existe un lien de causalité entre l'infraction au droit de la concurrence et la conduite ou la responsabilité de l'administrateur (lien de causalité) ;
- Troisièmement, il existe un élément moral ou un élément de culpabilité de l'administrateur en lien avec la violation (élément de culpabilité).

#### *Le lien de causalité et l'élément de culpabilité*

80. Les juridictions adoptent des approches différentes afin d'établir le lien de causalité entre la violation du droit de la concurrence et la conduite de l'administrateur, d'une part, et en ce qui concerne l'élément de culpabilité, d'autre part. La responsabilité de l'administrateur peut être une responsabilité pratiquement de plein droit, découlant du fait lui-même ou de sa qualité d'administrateur, en l'absence de toute intention ou faute spécifique, ou peut découler d'une contribution matérielle plus importante à la violation, qui justifie de lui infliger la sanction.

81. Lorsqu'il est exigé, l'élément de culpabilité peut être décrit de différentes manières. Ainsi, dans certaines juridictions qui prévoient cet élément (par exemple, Hong Kong, Chine et le Royaume-Uni), il est décrit comme :

- une contribution directe ou indirecte à la violation du droit de la concurrence ; ou
- le fait d'avoir suspecté ou su qu'une violation du droit de la concurrence était commise, sans rien faire pour l'empêcher ; ou

- l'ignorance à propos de cette violation du droit de la concurrence, alors que l'administrateur était censé en avoir connaissance.

82. Bien qu'il soit souvent difficile de distinguer clairement le second élément (lien de causalité) du troisième (élément de culpabilité), le troisième élément met généralement l'accent sur la participation morale à l'infraction ou la culpabilité de l'administrateur. Ce troisième élément n'est pas exigé par la loi dans de nombreuses juridictions, mais plusieurs commentateurs ont souligné l'importance de l'élément moral, afin d'établir un lien entre la violation du droit de la concurrence et la responsabilité de l'administrateur, en vue d'améliorer la conformité sans dissuader pour autant d'occuper des postes d'administrateur et de dirigeant (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>). En effet, il ne faudrait pas décourager les personnes aspirant à occuper ces postes en instaurant des systèmes de responsabilité de plein droit, qui rendraient ces postes moins attrayants ou inciteraient ceux qui les occupent à prendre des décisions excessivement frileuses afin d'éviter tout risque. Cette exigence semble être particulièrement importante dans les juridictions où l'interdiction d'exercer peut être une sanction indépendante, où l'élément moral ne fait donc l'objet d'aucune évaluation dans la procédure pénale parallèle.

83. Selon Whelan (2021<sup>[18]</sup>),

*il faut, pour prononcer une interdiction d'exercer, qu'il existe à tout le moins un certain lien entre la conduite de l'administrateur et la violation du droit de la concurrence – un lien sur lequel l'administrateur a un certain contrôle. C'est là que peut intervenir la notion de négligence, l'interdiction d'exercer n'étant alors prononcée que si l'administrateur a au moins fait preuve de négligence dans ses activités de contrôle, indispensables afin de promouvoir la conformité au sein de l'entreprise. Un principe de responsabilité pour négligence peut également être « invariablement » appliqué pour encourager une application efficace de la loi, étant donné qu'un administrateur évitera toute responsabilité en faisant preuve de la vigilance requise, de telle sorte que les efforts et les ressources supplémentaires qu'il déploiera pour atteindre ce degré de vigilance n'auront jamais pour effet d'accroître la responsabilité pouvant peser sur l'administrateur.*

84. Le lien évoqué ci-dessus est également garant de l'efficacité de la sanction pour maintenir des normes élevées de gestion des entreprises, car il élimine les incitations des administrateurs à ignorer volontairement certaines décisions spécifiques afin de se protéger contre toute responsabilité.

85. Établir un lien approprié entre l'infraction au droit de la concurrence et la conduite de l'administrateur n'augmente pas seulement l'efficacité de la sanction mais assure également sa légitimité (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>). Afin de satisfaire à cette condition, certaines juridictions prévoient que l'administrateur doit avoir contribué à l'infraction ; dans d'autres juridictions, il peut également être responsable de n'avoir pas empêché une infraction qu'il suspectait ; dans d'autres encore, il peut suffire qu'il ait su que le comportement en cause constituait une infraction, même s'il n'a pas eu connaissance de celui-ci. D'autres exigences, notamment celle que la conduite de l'administrateur le « rend inapte à participer à la direction d'une entreprise » (RU)<sup>43</sup>, ou que l'interdiction d'exercer soit « justifiée » (Australie)<sup>44</sup>, semblent fonctionner comme des clauses d'un système de contrôle qui, en attribuant au tribunal une certaine marge d'appréciation, garantit encore plus la légitimité de la sanction.

## Encadré 2. La notion d'« inaptitude » de l'administrateur dans la jurisprudence britannique

Dans le système britannique, l'article 9A du Company Directors Disqualification Act de 1986 impose à la CMA d'établir d'une manière convainquant le tribunal que la conduite de l'administrateur en cause « le rend inapte à participer à la direction d'une entreprise ».

Dans l'affaire Property Group Ltd., la CMA britannique a sollicité le prononcé d'une interdiction d'exercer à l'encontre de M. Martin, en sa qualité d'administrateur de Gary Berryman Estate Agents Limited et de

ses sociétés mères, The Property Group Limited et Warne Investments Limited. Cette demande faisait suite à une enquête pour entente illicite, liée à la fixation de niveaux minimums de commissions pour les ventes immobilières réalisées par des agences de vente et de location à Burnham-on-Sea. Le 3 juillet 2020, la Haute Cour de justice a interdit à M. Martin d'exercer des fonctions d'administrateur pendant une durée de 7 ans.

Dans son évaluation de la responsabilité individuelle de M. Martin, la Cour (High Court (Insolvency and Companies Court), Juge Jones) a considéré, sur la base des preuves, que,

*M. Martin savait que l'accord était en vigueur [...] le sachant, le fait qu'il n'en ait pas informé le conseil d'administration et/ou n'ait pas empêché la conclusion et l'exécution de l'accord constitue une faute. Il a violé ses obligations [...] en tant qu'administrateur ainsi que ses obligations en tant qu'administrateur des trois sociétés en cause. Des administrateurs sachant ce qu'il savait doivent prendre toutes les mesures raisonnables possibles afin de veiller à ce qu'une entreprise ne conclue pas un accord anticoncurrentiel en violation du Competition Act 1998. M. Martin ne l'a pas fait. (paragraphe 98)*

Le tribunal a également noté que

*Bien que M. Martin n'ait pas directement participé à l'activité de l'entente, puisqu'il n'a pas, par exemple, assisté à des réunions ni participé aux activités de vente au jour le jour, il porte une responsabilité en sa qualité d'administrateur [...]. En particulier, il a permis [à un employé] d'assister à la réunion [...]. Cela a permis [à l'entreprise] de conclure un accord avec les agents locaux. Ensuite, informé de cet accord, il a permis [à l'entreprise] d'y participer et de l'exécuter. La conduite de M. Martin en tant qu'administrateur a contribué à la violation du droit de la concurrence. (paragraphe 100)*

La notion d'« inaptitude » de l'administrateur, qui entraîne automatiquement une demande d'interdiction d'exercer par la CMA, a été jugée très difficile à évaluer par certains commentateurs, car elle est relativement sujette à interprétation (Caliskan, 2019<sup>[29]</sup> ; Williams, 2005<sup>[30]</sup>). Les tentatives qui ont été faites pour la qualifier évoquent « des violations de la moralité commerciale, une imprudence et une incompétence » (Williams, 2005<sup>[30]</sup>), ou « un niveau minimal de culpabilité » qui garantit l'usage légitime de cette sanction (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>).

Selon la Haute Cour dans l'affaire Property Group Ltd., la conduite de M. Martin répondait à ce critère d'« inaptitude », car « [elle] était tombée au-dessous des normes de probité et de compétence appropriées pour des personnes aptes à être administrateurs de sociétés » (paragraphe 99).

Source : Re Property Group Ltd, CMA v. Michael Christopher Martin, 3 juillet 2020 [2020] EWHC 1751 (Ch), Case No. CR-2019-001454, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1751.html>. Voir paras. 96 et s.

## 2.6. Les difficultés d'application des interdictions d'exercer des fonctions d'administrateur

86. Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur ne vise pas seulement à protéger l'intégrité publique, mais également à produire un effet dissuasif, puisqu'elle met également en jeu, outre les sanctions financières, la réputation et la liberté de travail de l'intéressé. Elle joue également un rôle important pour punir la récidive, en écartant de leurs fonctions les administrateurs responsables de pratiques anticoncurrentielles.

87. À un moment où l'efficacité des programmes de clémence semble s'essouffler (OCDE, 2022, p. 46<sup>[31]</sup>), particulièrement dans les juridictions qui ont adopté ces programmes de longue date (Volpin et Chokesuwattanaskul, 2022<sup>[17]</sup>), et dans le contexte d'un débat récurrent sur le caractère adéquat du niveau des amendes pour infractions au droit de la concurrence, les sanctions d'exclusion offrent la promesse

d'une plus grande efficacité dissuasive, en raison de leur impact direct sur les moyens de subsistance et la réputation des personnes qui en sont frappées.

88. On pourrait dès lors supposer que ces interdictions d'exercer sont largement appliquées, particulièrement dans les juridictions où des sanctions pénales ne sont pas disponibles ou sont sous-utilisées pour réprimer les violations les plus graves du droit de la concurrence. Toutefois, la diffusion de cette sanction semble très limitée à ce jour. Les informations collectées auprès des pays couverts par la présente étude montrent qu'un peu plus de 20 juridictions prévoient cette sanction spécifiquement pour des violations du droit de la concurrence, et qu'elles sont encore moins nombreuses à l'appliquer de manière régulière.

89. Il importe donc de comprendre les raisons possibles de cette utilisation limitée. Plusieurs commentateurs ont examiné quelques-unes des difficultés d'application de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur. Les difficultés les plus courantes sont explorées ci-dessous.

### ***2.6.1. L'interdiction peut ne pas avoir d'effet dissuasif si l'administrateur est proche de la retraite ou s'il peut travailler dans la même entreprise en une autre qualité***

90. L'une des situations dans lesquelles l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur s'est avérée inefficace est celle où la personne concernée est proche de la retraite ou peut être employée par la même entreprise en une autre qualité (OCDE, 2016, p. 6<sup>[32]</sup>). Bien que la situation personnelle de l'intéressé ait indubitablement un impact sur l'efficacité de la sanction, il convient de noter que la dissuasion spécifique (visant à empêcher qu'une personne commette de futures infractions) et la prévention de la récidive, ne sont pas identifiées comme le seul objectif de cette sanction, et que d'autres objectifs peuvent également justifier son application.

91. Si la dissuasion générale (visant à empêcher des infractions parmi la population générale) et la protection de l'intérêt public sont préservées, l'efficacité de l'interdiction d'exercer ne sera pas nécessairement amoindrie par son absence d'impact subjectif sur des personnes particulières. Dans les régimes qui appliquent ces sanctions, toutefois, les autorités de la concurrence doivent avoir conscience du fait que la dissuasion spécifique de la sanction peut être moins efficace dans certaines situations, et que des moyens illégaux peuvent être imaginés afin d'échapper à la responsabilité. Le champ d'application de la sanction devrait donc, de préférence, s'étendre à certaines personnes agissant par exemple en tant qu'administrateurs sans en avoir le titre officiel (administrateurs « *de facto* »), et permettre d'utiliser cette fonction en combinaison avec d'autres formes de sanctions.

### ***2.6.2. L'interdiction peut n'avoir aucun effet en dehors de la juridiction concernée***

92. Les juridictions qui appliquent régulièrement des sanctions pénales au titre de violations du droit de la concurrence, tels les États-Unis, peuvent considérer que des peines d'emprisonnement sont beaucoup plus efficaces en termes de dissuasion, et n'exigent pas la surveillance coûteuse que les interdictions d'exercer peuvent nécessiter afin de s'assurer de leur respect (OCDE, 2016, p. 5<sup>[33]</sup>).

93. La possibilité que la personne frappée de l'interdiction aille travailler à l'étranger porte un coup sévère à l'efficacité de la sanction, en l'absence de coopération internationale entre les autorités de la concurrence afin de contrôler le respect de ces interdictions, et en raison de la dispersion géographique des contrôles qui seraient nécessaires. Cette difficulté ne compromet pas l'efficacité de la sanction dans la juridiction qui l'applique, où le préjudice économique et l'atteinte à sa réputation sont pleinement ressentis par l'intéressé. La tenue et la consultation régulière de registres publics ou de listes de « mise au pilori » des administrateurs frappés d'interdiction, et la possibilité offerte au public de signaler un administrateur travaillant ou participant à la direction d'une entreprise en violation d'une sanction d'interdiction<sup>45</sup>, pourraient aider les autorités à faire intégralement respecter la sanction imposée.

94. Il s'agit toutefois d'un domaine où l'intensification de la coopération internationale entre les autorités de la concurrence pourrait renforcer l'efficacité du système.

### **2.6.3. L'interdiction peut être difficile à coordonner avec des programmes de clémence (et dissuade généralement de coopérer à l'enquête contre l'entreprise)**

95. La viabilité des programmes d'interdictions d'exercer suscite une préoccupation importante, en raison de la difficulté à les coordonner avec des programmes de clémence, en particulier sur deux aspects. Le premier est l'impact négatif qu'ils ont sur la volonté de certaines personnes de fournir des informations et des preuves dans le contexte de l'enquête ouverte contre l'entreprise, réduisant ainsi les incitations des administrateurs à utiliser des programmes d'immunité et de clémence. Le second est l'incohérence systémique qui peut se produire dans les régimes qui ne prévoient pas de programme de clémence pour les personnes physiques, mais uniquement pour les entreprises, de telle sorte que la révélation d'informations peut ou non être bénéfique pour l'entreprise (en fonction du calendrier d'application) mais ne confère aucun avantage à la personne physique concernée.

96. C'est pour ces raisons qu'il semble préférable de veiller à ce que la personne qui signale une activité anticoncurrentielle à l'autorité de la concurrence ou coopère avec l'autorité dans le contexte d'un programme de clémence ne fasse pas l'objet d'une interdiction d'exercer. Telle est l'approche suivie par la Directive ECN+, par exemple, aujourd'hui transposée dans leur droit national par la plupart des États membres de l'UE<sup>46</sup>. Le législateur de l'UE a noté que :

*L'insécurité juridique autour de la question de savoir si les actuels et anciens directeurs, gérants et autres membres du personnel des entreprises sollicitant l'immunité sont à l'abri de sanctions individuelles, telles que des amendes, la déchéance ou l'emprisonnement, pourrait empêcher les entreprises qui le souhaitent de solliciter la clémence. Compte tenu de leur contribution à la détection d'ententes secrètes et aux enquêtes en la matière, il convient donc, en principe, de protéger ces personnes contre les sanctions, portant sur leur participation à l'entente secrète [...] <sup>47</sup>.*

97. Aux termes de l'article 23 de la Directive ECN+, les conditions permettant de protéger des administrateurs contre une interdiction d'exercer sont notamment les suivantes :

- la demande d'immunité de l'entreprise en cause satisfait aux exigences posées dans le contexte d'un programme de clémence ;
- l'administrateur collabore à l'enquête ; et
- la demande d'immunité est faite avant que l'administrateur ne découvre qu'il est un suspect dans l'enquête ou peut potentiellement faire l'objet d'une interdiction d'exercer<sup>48</sup>.

98. Toutefois, dans les cas où les bénéficiaires d'un programme de clémence ne s'étendent pas à des personnes physiques, il peut être important d'envisager de préserver les incitations de la personne physique concernée à signaler l'infraction au droit de la concurrence. L'immunité dans le cadre d'un programme bénéficiant à l'entreprise peut certes être suffisamment séduisante dans certains cas (par exemple, pour des entreprises familiales), mais il n'en demeure pas moins que les risques liés au signalement d'informations peuvent avoir un impact négatif important sur l'efficacité de la sanction. C'est pourquoi, en l'absence de programmes de clémence ouverts à des personnes physiques, une solution pragmatique consiste à tenir compte de la coopération de l'intéressé afin de déterminer s'il convient d'appliquer l'interdiction d'exercer, d'en fixer la durée, ou d'établir la responsabilité pénale (en tant que circonstance atténuante), si elle existe<sup>49</sup>, y compris dans le contexte des négociations en vue de parvenir à des accords transactionnels.

#### 2.6.4. La légitimité de l'interdiction peut être remise en question

L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur poursuit un objectif reconnu, à savoir la précision avec laquelle elle vise la personne qui a pris la décision de se livrer à une pratique anticoncurrentielle, ou à tout le moins, celle qui est supposée avoir eu connaissance de cette décision et en être responsable. Cette recherche de la responsabilité individuelle, bien qu'elle n'aille pas aussi loin que la recherche de l'élément moral de l'intention ou de l'entente délictueuse, qui peut être exigée dans le cadre d'une procédure pénale (Macculloch, 2012<sup>[34]</sup>), a le mérite d'infliger la sanction à la personne responsable de l'infraction. Comme l'a noté Stephan (2011, p. 531<sup>[16]</sup>), tel n'est pas le cas des amendes infligées à l'entreprise, dont la charge est finalement supportée par des actionnaires et des employés au moment où elles sont imposées, alors que « *[c]eux qui ont été les instigateurs réels de la pratique collusoire peuvent avoir rejoint une autre entreprise ou industrie, peuvent être partis à la retraite ou sont même décédés.* »

Réciproquement, l'alignement entre la personne responsable et la personne sanctionnée peut également contribuer à créer une impression de légitimité et d'équité de la sanction, qui semble effectivement jouir d'une forte popularité auprès du public dans certaines juridictions. Dans une enquête réalisée auprès des citoyens britanniques en 2007, par exemple, l'interdiction d'exercer imposée à des cadres dirigeants a été considérée comme une sanction appropriée en cas d'entente sur les prix pratiquement par 1 personne interrogée sur 2, tandis que seules 11 personnes interrogées sur 100 ont jugé qu'une peine d'emprisonnement était une sanction appropriée (Stephan, 2008, p. 133<sup>[35]</sup>).

99. Afin que l'interdiction d'exercer continue d'être considérée comme une sanction appropriée, et afin d'accroître la probabilité de conformité, certains commentateurs ont noté qu'il peut être important de veiller à ce qu'il reste une marge d'évaluation du lien direct entre l'infraction et la conduite de l'administrateur. Or, soumettre cette sanction à un principe de responsabilité de plein droit romprait probablement ce lien (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>).

100. En outre, étant donné qu'en règle générale, la participation à une pratique anticoncurrentielle profite également à l'entreprise et non pas seulement à l'administrateur concerné, l'application de cette sanction peut, selon certains commentateurs, susciter des préoccupations à propos du déplacement de la responsabilité de l'entreprise vers l'administrateur. Il convient toutefois de noter qu'en premier lieu, il est fréquent que la performance de l'entreprise détermine les primes et la progression de carrière des dirigeants, ce qui contribue à aligner les intérêts des actionnaires et ceux des dirigeants de l'entreprise (Combe et Monnier, 2020<sup>[36]</sup>). En second lieu, la même objection relative au déplacement de la responsabilité pourrait être adressée à l'application de toutes les sanctions pénales à des personnes physiques, étant donné qu'elles impliquent d'identifier la responsabilité personnelle du fait d'un acte illicite de l'entreprise. En troisième lieu, il conviendrait également de noter que, généralement parlant, les sanctions individuelles sont beaucoup plus sévères et ont donc également un pouvoir dissuasif supérieur à celui des sanctions imposées à l'entreprise. En effet, à moins qu'elle ne s'accompagne d'une interdiction de soumissionner, une sanction imposée au titre d'une infraction au droit des ententes n'exclura une entreprise du marché que dans des cas extrêmes. Au contraire, l'interdiction d'exercer peut priver celui qui en est frappé de ses moyens de subsistance.

101. Afin de traiter la question de la légitimité, l'élément le plus important identifié par les commentateurs est le lien entre l'infraction au droit de la concurrence et la conduite de l'administrateur. Un lien robuste entre les deux, même s'il ne repose que sur l'obligation de vigilance de l'administrateur qui aurait dû connaître l'infraction au droit de la concurrence, garantit et sauvegarde la légitimité de la sanction (Whelan, 2021<sup>[18]</sup>).

102. Dans l'affaire *Property Group*<sup>50</sup>, la Cour a également examiné la question de savoir si l'interdiction d'exercer était compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). L'article 8 de la CEDH rappelle le droit au respect de la vie privée et familiale, et dispose ce qui suit, en son second alinéa :

*Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

103. La Cour a noté que l'article 8 de la CEDH est un droit assorti de conditions, permettant d'imposer des restrictions à des personnes conformément à la loi, si ces restrictions sont nécessaires et proportionnées. Elle a jugé, dans cette affaire, que la restriction était justifiée par l'objectif de protéger le public contre un acte illicite, d'assurer une dissuasion générale et spécifique, et de maintenir ou d'améliorer les normes de gestion des entreprises et a considéré que son application respectait le principe de la proportionnalité<sup>51</sup>.

### **2.6.5. Identifier la responsabilité individuelle peut être une tâche coûteuse et lourde**

104. Évaluer et réunir des preuves afin d'établir la responsabilité individuelle de l'administrateur ou de prouver qu'il a contribué à la violation du droit de la concurrence ou aurait dû en avoir connaissance peut être une tâche à la fois lourde et onéreuse pour l'autorité de la concurrence.

105. La remarque vaut en particulier dans deux scénarios. Premier scénario : l'autorité ne se concentre pas habituellement sur la responsabilité individuelle (pénale ou autre), et peut donc être relativement mal équipée pour collecter ces preuves. Si tel est le cas, l'autorité pourra ressentir cette recherche de preuves comme un double effort pour instruire l'affaire à la fois contre l'entreprise et les personnes physiques concernées, bien qu'un grand nombre de pouvoirs de l'autorité serviront aux deux enquêtes (par exemple, le pouvoir de fouiller les ordinateurs ou téléphones mobiles personnels d'administrateurs et de dirigeants).

106. Second scénario : c'est l'autorité qui sollicite une interdiction d'exercer et le niveau de preuve nécessaire afin de convaincre le tribunal est particulièrement élevé ou les preuves sont rares. Dans ce cas, il peut être plus difficile d'identifier la responsabilité individuelle de l'administrateur.

107. Toutefois, dans la mesure où le niveau de preuve requis pour la collecte de ces preuves est la norme civile de la balance des probabilités, l'autorité peut se fonder sur des preuves circonstancielles si elle peuvent être interprétées comme liant la pratique anticoncurrentielle à la responsabilité individuelle. En outre, dans les juridictions qui l'ont appliquée le plus fréquemment, par exemple au Royaume-Uni et à Hong Kong, Chine, cette sanction est également appliquée en cas de responsabilité par omission (l'administrateur « *n'a pris aucune mesure pour empêcher* » l'infraction) ou même automatiquement en cas de manquement à l'obligation de vigilance (l'administrateur « *aurait dû savoir* » que cette conduite constituait une infraction, même s'il n'avait pas connaissance de celle-ci).

108. Bien que cette question de la preuve ait suscité des préoccupations dans certaines juridictions, au moment où elles ont envisagé d'introduire cette sanction (voir Encadré 3 ci-dessous), il semble que la probabilité de prouver l'existence de l'une des conditions requises soit relativement forte, ce qui ne devrait donc pas entraver l'application de cette sanction dans les juridictions où le niveau de preuve exigé n'est pas trop élevé. Il convient également d'ajouter que la procédure est généralement beaucoup moins lourde qu'une enquête pénale.

109. Par ailleurs, l'intéressé propose parfois de s'engager lui-même à ne pas exercer des fonctions d'administrateur, afin de négocier une durée d'interdiction plus courte. Dans ce cas, ou si cette proposition intervient dans le cadre d'une négociation avec l'autorité à la suite d'une demande de clémence, il est manifestement moins difficile de prouver la responsabilité individuelle (mais les difficultés demeurent en ce qui concerne l'identification de la responsabilité individuelle).

### Encadré 3. Raisons potentielles de ne pas appliquer ou adopter l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur

Quelques années après son introduction en 2003, l'Office of Fair Trading (OFT), prédécesseur de la CMA, n'avait pas beaucoup utilisé l'outil de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur dans la pratique. En 2010, à l'occasion d'une consultation publique, l'OFT a constaté qu'il n'avait pas fait usage de ses pouvoirs de prononcer des interdictions d'exercer pour infraction au droit de la concurrence (CDO)

*[...] pour plusieurs raisons – par exemple parce que la conduite en question était antérieure à l'introduction de ce pouvoir, parce que les intéressés bénéficiaient d'une immunité d'interdiction dans le cadre d'un programme de clémence, ou en raison du manque de preuves.*

En 2010, une réforme du système de sanctions a été envisagée en Suisse, y compris l'introduction de sanctions individuelles à l'encontre des personnes physiques ayant commis une infraction au droit de la concurrence. Les nouvelles sanctions proposées comprenaient des mesures administratives, notamment des interdictions partielles ou totales d'exercer une activité professionnelle spécifique pendant une certaine durée au sein de l'entreprise ayant participé à l'entente, ainsi que la confiscation des gains générés par l'entente, à quoi devaient s'ajouter des sanctions pénales, y compris des peines d'emprisonnement.

Le Parlement suisse a finalement rejeté la proposition. Selon la contribution de la Suisse à la Table ronde de l'OCDE sur les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence (2016), les raisons possibles de ce rejet étaient notamment les suivantes :

- Manque d'effet dissuasif, en raison de la complexité, du coût et de la longueur des enquêtes requises pour identifier la responsabilité personnelle, à quoi s'ajoute le manque potentiel de preuves ;
- Difficulté de coordination avec des programmes de clémence ;
- Risque de compromettre l'enquête contre l'entreprise, si l'enquête est menée parallèlement contre un collaborateur, car celui-ci est alors moins disposé à fournir des preuves et des informations ;
- Risque de déplacer les responsabilités, étant donné que ce sont généralement les entreprises qui tirent profit de l'entente, et non pas les collaborateurs ou pas seulement les collaborateurs ;
- Tension sur les ressources, en raison de la nécessité d'augmenter les effectifs des autorités pour mener ces enquêtes.

En Lettonie, la possibilité d'accorder au Conseil de la concurrence le droit de sanctionner des dirigeants d'entreprise a également été envisagée. Toutefois, le ministère de la Justice a rejeté la proposition au motif que ce pouvoir ne serait pas conforme au système juridique national.

Source : Survey answers from the countries; P. Whelan, The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law, in B. Rodger, P. Whelan and A. MacCulloch (eds.), The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective, Oxford University Press (2021); OECD, Contribution by Switzerland (2016), Sanctions in Antitrust Cases, Global Forum on Competition, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)48/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)48/en/pdf).

## 2.7. L'efficacité et l'application de l'interdiction d'exercer dans la pratique

110. Étant préalablement observé que nombre des difficultés décrites dans la section précédente ne semblent pas insurmontables, cette section s'intéressera aux solutions permettant de résoudre les difficultés pratiques liées à l'application de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, et à la manière dont les autorités de la concurrence peuvent utiliser cette sanction au mieux afin de maximiser son efficacité.

111. Il apparaît, dans les juridictions analysées, que l'interdiction d'exercer à la suite d'une infraction au droit de la concurrence a souvent été utilisée, jusqu'à présent, comme une sanction alternative, plus douce et plus rapide que des sanctions pénales, et comme un complément à d'autres sanctions imposées à l'entreprise.

112. Poursuivant le triple objectif de produire un effet dissuasif général, de minimiser le risque de récidive et de protéger l'intérêt public, cette sanction est devenue plus répandue dans les juridictions où des sanctions pénales ne sont pas disponibles ou sont difficiles à appliquer, comme un moyen d'accroître l'efficacité du système de répression des infractions au droit de la concurrence.

113. Le pouvoir de demander une décision d'interdiction d'exercer et d'accepter un engagement volontaire d'interdiction d'exercer a été donné à la CMA en 2003, mais n'a pas été utilisé jusqu'en 2016. Depuis lors, l'autorité britannique de la concurrence a été l'une des utilisatrices les plus actives de ce pouvoir, qu'elle a exercé à l'encontre de 25 administrateurs au moins à ce jour<sup>52</sup>. Il convient de noter que la grande majorité de ces interdictions d'exercer ont été obtenues sous la forme d'engagements juridiquement contraignants, plutôt que par voie de décision judiciaire, ce qui a permis aux administrateurs concernés de bénéficier généralement de durées d'interdiction plus courtes.

114. Hong Kong, Chine, est une autre juridiction très active dans le recours à cet instrument, car elle mise beaucoup sur l'efficacité des sanctions individuelles. La Commission a déjà demandé au Tribunal de prononcer des interdictions d'exercer à plusieurs reprises (Pollard et Gooi, 2020<sup>[37]</sup>).

115. Ces observations suggèrent qu'en plus de leurs autres fonctions, les interdictions d'exercer peuvent également booster les effets des programmes de clémence, en augmentant leur effet de dissuasion, lorsqu'elles sont bien coordonnées avec eux dans une juridiction donnée. Concrètement, elles peuvent inciter les instigateurs d'une pratique anticoncurrentielle à apporter des preuves et à coopérer avec l'autorité pendant l'enquête, en échange d'une durée d'interdiction plus courte, les faisant ainsi « concourir » avec l'entreprise et d'autres administrateurs dans la course afin d'obtenir la négociation d'un traitement favorable avec l'autorité.

116. L'interdiction d'exercer peut être particulièrement utile afin de promouvoir un bon environnement concurrentiel pour une autre raison : le rôle important qu'elle joue afin d'inciter des entreprises à investir des ressources dans la conformité, et à mettre en place des programmes de conformité pour prévenir les risques de responsabilité individuelle des dirigeants sur le fondement du droit de la concurrence (Khan, 2012, p. 99<sup>[23]</sup>). Ces programmes de conformité peuvent inclure, par exemple, l'évaluation du risque, la priorisation, l'atténuation du risque, la transparence, le contrôle, la formation et le signalement (voir, pour une analyse plus complète des programmes de conformité (OCDE, 2021<sup>[38]</sup>).

### 2.7.1. Directions interverrouillées et interdiction d'exercer

117. La caractéristique principale des interdictions d'exercer est leur efficacité pour exclure une personne donnée de sa participation au marché pendant une certaine durée, mais un autre aspect intéressant et largement sous-exploré tient à leur capacité à s'attaquer aux cas dans lesquels la conduite anticoncurrentielle résulte de directions interverrouillées entre concurrents.

118. Cet aspect est encore plus important, sachant que, dans de nombreuses juridictions, le droit de la concurrence n'interdit pas à des entreprises concurrentes d'avoir des membres du conseil en commun, exception faite des cas de conflits d'intérêts et des limitations du nombre de sièges pouvant être détenus par la même personne (généralement en vertu du droit des sociétés). C'est habituellement le cas dans l'UE et ses États membres (Thépot, 2022<sup>[39]</sup>).

119. Exception notable, aux États-Unis, l'article 8 du Clayton Act interdit d'occuper simultanément des fonctions d'administrateur ou de dirigeant de deux entreprises concurrentes dont le capital dépasse un certain seuil<sup>53</sup>.

120. Un peu plus tôt cette année (septembre 2022), le ministère américain de la Justice a adressé plusieurs lettres à des entreprises et des personnes physiques, annonçant des actions en vertu de l'article 8 du Clayton Act<sup>54</sup>, et sept administrateurs ont déjà quitté leurs fonctions d'administrateur de sociétés opérant dans le domaine de la market intelligence, des logiciels et de la technologie afin de dissiper les préoccupations que leur situation pouvait inspirer au regard du droit des ententes<sup>55</sup>. Cette initiative fait suite à l'annonce du Procureur général adjoint Kanter, qui a déclaré, dans un discours en avril 2022, son intention d'examiner plus attentivement cette question des directions interverrouillées, y compris en dehors du contrôle des fusions :

*« Je veux dire ici clairement que nous sommes déterminés à agir en justice en utilisant tout l'arsenal législatif que le Congrès nous a donné afin de promouvoir la concurrence. Dans cet arsenal, je pense que nous pouvons utiliser davantage l'article 8 du Clayton Act. Cet article 8 aide à prévenir la collusion avant qu'elle se produise, en traçant une ligne blanche infranchissable contre les directions interverrouillées. Pendant trop longtemps, notre application de l'article 8 s'est essentiellement limitée aux procédures de contrôle des fusions. Nous intensifions nos efforts afin d'identifier des violations dans tous les secteurs de l'économie, et n'hésiterons pas à engager des actions sur le fondement de l'article 8 afin de démanteler des directions interverrouillées »<sup>56</sup>.*

121. Les effets anticoncurrentiels de ces interverrouillages peuvent découler à la fois d'une capacité accrue à adopter des pratiques collusoires en raison de ces connexions, et d'une incitation réduite à faire concurrence sur des marchés caractérisés par de nombreux liens sociaux et entrepreneuriaux. Ces connexions peuvent être directes ou indirectes (par exemple, si différents administrateurs sont nommés par la même entreprise pour siéger au conseil de concurrents), et peuvent faciliter la coordination entre entreprises concurrentes, ainsi que l'échange d'informations sensibles sur le plan concurrentiel. Dans des économies très concentrées et des pays de petite taille, le pouvoir des réseaux et les liens entre certaines personnes peuvent envahir des secteurs entiers. Ils sont également particulièrement susceptibles de se produire dans des entreprises du numérique et de la tech, en raison de la vitesse à laquelle ces entreprises changent de modèle d'entreprise, de stratégie commerciale et de production<sup>57</sup>.

122. Étant donné que l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est centrée sur le rôle joué par cet administrateur, elle peut être particulièrement utile pour s'attaquer à ces pratiques et éliminer le risque qu'elles se reproduisent pendant la durée de l'interdiction. C'est pourquoi l'application de cette sanction peut être vue d'un œil favorable par les autorités de la concurrence qui opèrent dans des économies plus petites ou plus vulnérables à l'interverrouillage, - même si elles n'interdisent pas les directions interverrouillées -, comme un moyen non seulement d'appréhender ces pratiques *ex post*, mais également de prévenir les risques de récurrence à l'avenir.

## 2.8. Conclusions préliminaires

123. Bien qu'il soit très difficile de mesurer l'impact réel de l'interdiction d'exercer sur la dissuasion, il semble possible de formuler la conclusion préliminaire suivante : l'interdiction d'exercer peut fonctionner particulièrement bien pour assurer une dissuasion générale et spécifique, et pour préserver l'intégrité publique au niveau des entreprises, si les conditions suivantes sont remplies :

124. Les sept conditions de l'efficacité d'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur sont les suivantes :

- L'interdiction d'exercer s'applique aux formes les plus graves d'infractions au droit de la concurrence ou à celles qui ont l'impact négatif le plus élevé (bien que cela ne se limite pas aux ententes) ;
- Son application est considérée comme une sanction indépendante, mais également comme un complément s'ajoutant à des sanctions pénales et à d'autres formes de sanctions ;
- Le niveau de preuve requis afin de démontrer un lien entre l'infraction au droit de la concurrence et la conduite de l'administrateur n'est pas trop difficile à atteindre (standard de la preuve en droit civil) ;
- L'auteur de la décision (autorité de la concurrence ou tribunal) dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'élément de culpabilité de l'administrateur ;
- L'interdiction d'exercer est bien coordonnée avec des programmes de clémence (en accordant l'immunité à l'administrateur de l'entreprise qui sollicite une mesure de clémence en premier), afin de booster son efficacité ;
- L'interdiction d'exercer sert à encourager un environnement de culture de la concurrence et de conformité, où les entreprises sont incitées à prévenir les risques et à traiter sans délai les erreurs, et où l'autorité peut investir des ressources de plaidoyer afin de diffuser des informations à propos des sanctions contre les personnes physiques et les entreprises ;
- Les autorités peuvent tirer le meilleur parti de leur nature préventive, outre leur nature punitive, en exploitant pleinement leur efficacité afin d'écarter une personne donnée des opérations de l'entreprise sur le marché pendant une certaine période (par exemple, si la conduite anticoncurrentielle résulte de directions interverrouillées entre des concurrents, en éliminant le risque futur de collusion en plus de le traiter *ex post*).

# 3. Interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence

125. L'interdiction de soumissionner est le second type de sanctions d'interdiction analysé dans la présente note ; elle s'applique, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, aux entreprises qui ont participé à des pratiques collusoires en matière de marchés publics, ou soumissions concertées. Les soumissions concertées sont généralement considérées comme l'une des violations du droit de la concurrence les plus dommageables, car elles faussent le jeu de la concurrence et font gonfler le prix des produits, avec cette double conséquence de gaspiller l'argent des contribuables et d'offrir une moindre qualité et un moindre choix aux citoyens.

## L'interdiction de soumissionner dans les différentes juridictions, en quelques points clés

- Plus de 25 juridictions appliquent cette sanction, comme le montre l'Annexe B. La sanction est également appliquée par des organisations internationales, notamment la Banque Mondiale et l'UNCHR.
- Le tableau figurant en Annexe B illustre également le fait que la sanction est habituellement appliquée pour des pratiques de soumissions concertées et que la décision d'exclusion incombe plus souvent à l'autorité adjudicatrice ou contractante, plutôt qu'à l'autorité de la concurrence.
- L'option la plus populaire consiste à exclure le soumissionnaire de la participation à toutes les offres lancées par la même autorité contractante, mais, dans certaines juridictions, les entreprises ayant fait des soumissions concertées sont exclues du droit de soumissionner à tous les marchés publics pendant une certaine durée.
- La durée de l'exclusion varie considérablement. Des durées de 3 à 5 ans sont extrêmement courantes, mais peuvent atteindre 8 à 10 ans dans certains cas.
- La possibilité de proposer des mesures correctives volontaires et de gestion du risque est également relativement répandue.

126. Comme le révèle également le tableau figurant en Annexe B, l'étendue et le but de la sanction, et la manière dont elle est appliquée, diffèrent également d'une juridiction à l'autre. Ces éléments seront successivement examinés ci-dessous, et suivis d'une discussion sur les avantages et inconvénients de l'interdiction de soumissionner, comparée à d'autres types de sanctions, et, pour terminer, de l'évocation de certaines difficultés pratiques d'application de l'interdiction de soumissionner.

### 3.1. L'objectif de l'interdiction de soumissionner en tant que sanction

127. En général, les sanctions d'exclusion visent à atteindre le double objectif de produire le maximum de dissuasion et d'effets bénéfiques pour l'intérêt public, tout en minimisant les coûts de procédure et le coût pour la collectivité de l'imposition de la sanction. La définition de l'objectif de l'interdiction de soumissionner suscite différents points de vue, et ne fait donc pas l'unanimité.

128. Certains commentateurs notent que cette sanction a un double objectif de prévention et de répression (Maillo, 2022<sup>[40]</sup> ; Dixon, 2020<sup>[41]</sup>). D'autres considèrent qu'en dépit de certaines divergences entre les juridictions, les objectifs récurrents incluent la dissuasion générale et spécifique (prévenir la récidive), et la préservation de l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics ou la poursuite de certains objectifs d'ordre public.

129. Aux États-Unis, par exemple, l'exclusion d'une entreprise à la suite d'une soumission concertée a été jugée protéger la dépense publique contre les risques de perte de réputation, de performance et de confiance (Yukins et Kania, 2019<sup>[42]</sup>). En effet, les entreprises qui sont inscrites sur liste noire peuvent non seulement subir une perte importante en termes de réputation mais également en termes de valeur actionnariale. Cette situation peut à son tour conduire à un effet d'« activisme actionnarial », où de grands actionnaires et le conseil d'administration d'une entreprise font pression pour respecter le droit de la concurrence (OCDE, 2011, p. 149<sup>[43]</sup>). Cet activisme entraînerait les bénéfices liés aux mesures correctives volontaires, analysées ci-dessous.

130. En outre, une juridiction peut avoir recours à l'interdiction de soumissionner pour envoyer un message général aux investisseurs (actuels ou potentiels) et aux consommateurs, afin de les informer que les procédures de passation des marchés publics sont exemptes de toutes pratiques contraires à l'intérêt public.

131. De la même manière, l'interdiction de soumissionner peut servir simplement à s'assurer que des entreprises éligibles pour soumissionner afin d'obtenir de futurs marchés publics ne participent pas ou ne sont pas suspectées de participer à une entente. Autrement dit, cette interdiction préserve l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics, le développement de cette procédure et, plus simplement, la qualité des produits choisis. S'il est prévu, l'objectif d'« intégrité publique » est interprété comme « *un moyen de garantir la conformité avec les principes d'égalité de traitement et de concurrence dans la procédure d'adjudication, et de garantir l'intégrité et la fiabilité du futur adjudicataire et son aptitude à exécuter le marché* »<sup>58</sup>.

### 3.2. Les différents types d'interdiction de soumissionner

132. L'interdiction de soumissionner est une sanction qui peut prendre de multiples formes.

#### 3.2.1. L'entité proposant ou appliquant l'interdiction de soumissionner

133. Premier élément très important : le cadre juridique dans lequel la sanction est prévue et le pouvoir dont dispose l'autorité de la concurrence dans la procédure. Dans la plupart des juridictions, ce sont les lois sur les marchés publics, plutôt que les lois sur la concurrence, qui prévoient de sanctionner des infractions par une interdiction de soumissionner. C'est pourquoi différentes entités ou autorités peuvent appliquer la sanction : l'autorité de la concurrence, l'autorité responsable des marchés publics (« autorité publique centrale »), l'autorité contractante ou les tribunaux.

134. En Italie, par exemple, c'est l'autorité publique centrale qui impose cette interdiction en cas de soumission concertée. Aux États-Unis, seule l'autorité contractante peut imposer une mesure de suspension ou d'interdiction, tandis que la Procurement Collusion Strike Force (PCSF) (office de lutte contre la collusion dans les marchés publics), composée de la Division Antitrust du ministère de la Justice,

de représentants des parquets et d'autres autorités fédérales, ne peut que donner des avis à l'autorité contractante et coopérer avec elle<sup>59</sup>. Dans d'autres juridictions, seul le tribunal peut prononcer l'interdiction, dont l'application sera ensuite contrôlée par une autorité publique, par exemple l'autorité de la concurrence ou l'autorité publique centrale. Dans d'autres juridictions encore, l'autorité de la concurrence peut déclencher la procédure via une autre autorité compétente, généralement une commission chargée du contrôle des marchés publics. Enfin, dans certaines juridictions comme le Portugal et le Brésil, la procédure est entre les mains de l'autorité de la concurrence. L'ampleur de la coopération entre les différentes autorités concernées peut également avoir une incidence sur l'efficacité de l'interdiction de soumissionner et la question sera évoquée plus loin.

### 3.2.2. Application automatique ou discrétionnaire

135. Second élément important : l'interdiction de soumissionner est-elle appliquée comme une sanction automatique ou comme une sanction discrétionnaire ? Dans le premier cas, elle est automatiquement appliquée par l'autorité responsable, quelles que soient les spécificités de l'affaire ou du marché. Dans le dernier cas, l'autorité responsable évaluera généralement si les conditions justifiant l'interdiction sont remplies et si l'interdiction est dans l'intérêt public.

136. À titre d'exemple, l'autorité publique centrale hongroise ne peut choisir d'exclure une entreprise de la participation à de futurs appels d'offres qu'à condition que cette entreprise soit condamnée à une peine d'amende pour la même pratique. En Allemagne, l'article 6 de la loi sur le registre de la concurrence dispose que les autorités contractantes offrant des marchés d'une valeur de 30 000 EUR ou plus doivent consulter le registre des entreprises blacklistées, tenu par l'Office fédéral des ententes, afin de s'assurer que l'entreprise ayant soumis la meilleure offre ne figure pas sur la liste. Si l'entreprise y figure, l'autorité contractante « décide, sous sa propre responsabilité et conformément aux dispositions de la loi sur les marchés publics, d'exclure l'entreprise de la participation à la procédure de passation du marché public »<sup>60</sup>.

137. Dans d'autres cas, le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'entité compétente est plus limité. L'Office anti-monopoles de la République Slovaque applique automatiquement cette sanction pour une durée de trois ans au plus. En Corée du Sud, les entreprises qui reçoivent cinq « points de pénalité » pour soumission concertée en l'espace de cinq ans sont automatiquement frappées d'une interdiction de soumissionner.

#### Encadré 4. Le système de sanctions du Groupe de la Banque mondiale (GBM)

En vertu de son système de sanctions, le GBM peut interdire à des entreprises privées et à des personnes physiques de participer aux procédures de passation des marchés qu'il organise pour ses activités de prêt et de développement. Le système de sanctions du GBM permet l'exclusion discrétionnaire de personnes ou d'entreprises reconnues coupables de collusion, à l'issue d'une procédure à double degré de juridiction. Ce système est appliqué depuis 1999 au GBM et à ses institutions : la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (IDA), la Société financière internationale (IFC), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA). Cette sanction a pour but de garantir le respect par le GBM de son obligation de veiller à ce que les fonds qui sont attribués servent bien aux utilisations prévues.

Si une entreprise est soupçonnée d'un comportement collusoire, ou de tout autre comportement passible d'une interdiction de soumissionner, la Vice-présidence chargée de l'intégrité du GBM transmettra le dossier en vue de l'ouverture de la procédure. Au premier degré de juridiction, la décision sur les sanctions sera prise par Chief Suspension Officer s'il s'agit des activités de la BIRD et de l'IDA, tandis que la décision sera prise par des responsables chargés de l'évaluation et des mesures de

suspension, au sein de l'institution concernée, s'il s'agit des activités de l'IFC, de la MIGA et des activités du GBM dans le secteur privé. Au second degré de juridiction, l'Office des sanctions du GBM (WBG Sanctions Board) statue sur les appels des décisions du premier degré de juridiction. Les entreprises soupçonnées de violations sont automatiquement suspendues pendant toute la procédure de décision et jusqu'à l'issue de celle-ci.

La durée de l'interdiction peut atteindre trois ans (mais peut varier en fonction de circonstances aggravantes et atténuantes) et couvre tous les marchés avec toute institution du GBM et toute organisation dont les activités sont financées par le GBM. Toutefois, l'interdiction peut être limitée à certaines activités de l'entreprise plutôt que de couvrir toutes ses activités. Elle peut également s'appliquer à des affiliés de l'entreprise et s'étendre aux personnes physiques qui possèdent ou exploitent l'entreprise.

Le GBM héberge une liste publique de fournisseurs exclus. Depuis 1999, plus de 1 000 entreprises et personnes physiques ont été exclues par le GBM (ce chiffre inclut les exclusions pour soumissions concertées et autres infractions passibles de sanctions, telle la corruption).

D'autres organisations internationales, dont le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), emploient des systèmes analogues d'exclusion de fournisseurs. L'UNHCR peut par exemple exclure des fournisseurs pendant trois à cinq ans, à la suite d'une violation du Code de conduite des fournisseurs des Nations Unies.

Source : WBG, Global Suspension and Debarment Directory, 2021. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/office-of-suspension-and-debarment/other-documents/Global%20Suspension%20and%20Debarment%20Directory.pdf>.

138. Dans le système de l'UE, par exemple, l'article 57 de la Directive 2014/24 sur la passation des marchés publics dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure des entreprises qui ont conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. La Communication de la Commission européenne sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif, de mars 2021, clarifie le fait que « *des éléments suffisamment plausibles* », établissant que le soumissionnaire a conclu des accords en vue de fausser la concurrence peuvent inclure « *tous les faits dont il a connaissance et qui pourraient mettre en cause la fiabilité de ce soumissionnaire en tant que futur contractant potentiel* »<sup>61</sup>. Les développements suivants détaillent ces facteurs.

139. Lorsque le soupçon de manque de fiabilité du soumissionnaire est suffisant pour conduire à son exclusion, comme dans l'UE, ou lorsque la procédure d'exclusion est discrétionnaire, comme aux États-Unis, l'entité qui prend la décision dispose généralement d'un vaste pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui est néanmoins encadré par les motifs d'exclusion, les facteurs à prendre en considération dans l'évaluation et les sauvegardes procédurales en matière d'exclusion. Comme le notent Yukins and Kania (2019<sup>[42]</sup>),

*Le fonctionnaire responsable des décisions de suspension et d'exclusion (plus particulièrement au sein des grandes autorités publiques centrales) est fréquemment un fonctionnaire senior et respecté (souvent un avocat) ayant une très grande expérience des procédures de passation des marchés publics. En outre, en raison de la nature compliquée de ces procédures, qui peuvent impliquer des infractions complexes, une enquête approfondie et plusieurs types de mesures correctives, ces fonctionnaires responsables des décisions de suspension et d'exclusion (en fonction de l'autorité concernée) peuvent être assistés par un personnel dédié de fonctionnaires subordonnés, qui sont eux-mêmes souvent des juristes formés au droit des marchés publics. Les fonctionnaires responsables des décisions de suspension et d'exclusion peuvent exercer une autorité énorme, et la fonction est traitée très sérieusement par la communauté des pouvoirs adjudicateurs fédéraux aux États-Unis.*

### 3.2.3. Durée et secteurs couverts par l'interdiction

140. Troisième élément important : la manière dont la sanction sera appliquée, le point de savoir si l'interdiction de soumissionner concernera les futurs appels d'offres de la même entité ou tout le marché, à quels types de marchés publics elle s'appliquera et pour quelle durée.

141. Au Chili, par exemple, les entreprises participant à des accords horizontaux, y compris des soumissions concertées, peuvent être frappées d'une interdiction de soumissionner « auprès d'organes de l'administration centralisée ou décentralisée de l'État, d'organes autonomes ou d'institutions, d'organes, d'entreprises ou de services auxquels l'État fournit des contributions, du Congrès et de l'administration judiciaire, et ne peuvent pas se voir attribuer une concession quelconque de la part de l'État »<sup>62</sup>. D'autres juridictions, comme l'Autriche et la Suède, appliquent la sanction de manière plus étroite, en interdisant à l'entreprise de soumissionner auprès de l'entité à laquelle il est avéré qu'ils ont présenté une soumission concertée.

142. La durée de la sanction d'exclusion varie également beaucoup, comme le montre le tableau figurant en Annexe B, puisqu'elle va de quelques mois (comme cela est le cas d'une mesure de suspension aux États-Unis) à dix ans au maximum (comme au Canada et au Costa Rica).

143. Les facteurs ci-dessous ont des implications importantes, à la fois en ce qui concerne l'efficacité de l'interdiction de soumissionner en tant que sanction, et en ce qui concerne les effets sur le marché (voir infra, pour plus de détails).

## 3.3. Champ d'application et efficacité de l'interdiction de soumissionner

144. L'interdiction de soumissionner n'est une sanction dissuasive qu'à condition que les entreprises estiment que le risque d'être attrapées et interdites de participer à de futurs appels d'offres peut leur coûter cher, en l'occurrence plus cher que ce que peut leur rapporter le marché public pour lequel elles ont fait une soumission concertée. Plusieurs facteurs affectent cette analyse coût-bénéfice, et, l'efficacité de la répression dans une juridiction spécifique n'est pas le moindre de ces facteurs. La sévérité de la sanction est, toutefois, un élément important de son pouvoir de dissuasion. Elle peut dépendre de plusieurs éléments qui sont liés au champ d'application de l'interdiction de soumissionner :

### 3.3.1. À quelles entreprises l'interdiction est-elle applicable ?

145. Autrement dit, il s'agit de savoir quelle est la portée de l'interdiction, c'est-à-dire les opérateurs économiques auxquels elle s'applique. L'interdiction peut couvrir uniquement l'entreprise qui a commis l'infraction, mais elle peut également s'étendre à sa ou ses sociétés mères et filiales. Elle peut également être limitée à une seule ligne d'activité de l'entreprise, ou couvrir toutes ses activités.

146. La portée de l'interdiction est également définie en fonction du rôle de l'acteur économique concerné : l'interdiction peut couvrir toutes les entreprises participant à l'entente de soumission concertée, ou être limitée au meneur ou au récidiviste.

### 3.3.2. À quelles soumissions l'interdiction est-elle applicable ?

147. Si l'entreprise se voit interdire de soumissionner uniquement auprès de l'autorité contractante envers laquelle elle a commis ou est soupçonnée d'avoir commis l'infraction, la sanction est moins lourde. L'étendue de l'interdiction peut donc être définie en termes de pouvoirs adjudicateurs auxquels elle s'applique ainsi qu'en termes de valeur du marché public : l'exclusion peut s'appliquer à tous les marchés publics ou uniquement à ceux qui dépassent une certaine valeur.

### 3.3.3. Pour quelle durée ?

148. Plus la durée de l'interdiction est courte, et plus son impact perturbateur sur le marché sera faible, mais moins nombreuses seront les opportunités que l'entreprise perdra potentiellement. La durée peut également revêtir une importance particulière en termes d'impact de la sanction, particulièrement dans les industries où les appels d'offres sont rares ou n'interviennent qu'après de très longs cycles (voir également infra).

### 3.3.4. Pour quel type de produit et de marché ?

149. L'efficacité de l'interdiction de soumissionner peut dépendre du cycle d'investissement du produit et de la fréquence des appels d'offres lancés dans le secteur en question. Si ces appels d'offres ne sont pas fréquents, ou s'il est raisonnablement prévisible que les soumissions futures seront faites pour des prix supérieurs à ceux de la soumission concertée, la possibilité de remporter cette dernière générera un gain relativement significatif, sans encourir un coût important à l'avenir.

150. L'impact dépend également du nombre de concurrents opérant sur le marché. S'il existe beaucoup de concurrents proches, l'entreprise est moins susceptible de remporter de futures soumissions, et donc plus encline à laisser passer la possibilité d'y participer afin de s'assurer de remporter la soumission en cours.

151. Les activités extra-juridictionnelles de l'entreprise et les effets de l'interdiction sont également importants. Si les effets de l'interdiction sont limités à une seule juridiction, comme cela est généralement le cas, mais si l'entreprise opère à l'étranger, les effets de la sanction peuvent ne pas être aussi graves pour l'entreprise. Les effets de la sanction peuvent également dépendre du produit ou du service offert par l'entreprise. Si l'entreprise peut offrir ce produit ou ce service dans des pays étrangers, par exemple si elle fournit des logiciels, et si l'interdiction concerne uniquement les soumissions dans le pays où elle a été sanctionnée, la sanction peut ne pas être aussi coûteuse puisque l'entreprise va pouvoir soumissionner dans d'autres régions géographiques. De la même manière, la sanction peut être moins sévère pour une entreprise qui propose de multiples produits qu'elle ne l'est pour une entreprise qui ne propose qu'un seul produit.

152. Il convient également de tenir compte du niveau de concurrence et du bon fonctionnement du marché. Par exemple, les sanctions seront moins dissuasives si le marché souffre également de problèmes de corruption, auquel cas les soumissionnaires risquent moins de se faire prendre (Auriol et Søreide, 2017<sup>[44]</sup>).

153. Tout cet ensemble de facteurs doit être pris en compte dans l'introduction ou l'application de l'interdiction de soumissionner (Athayde et Cruvinel, 2022<sup>[45]</sup>). Comme n'importe quelle autre sanction, cette interdiction peut ne pas être le moyen « optimal » de dissuader de commettre les infractions qu'elle réprime, et son efficacité dépendra également de celle des actions répressives en général. En conséquence, certaines entreprises peuvent considérer que l'interdiction de soumissionner, même de longue durée et de grande portée, n'est pas suffisamment dissuasive si elles estiment qu'il est improbable qu'elles se fassent prendre, ou si d'autres facteurs jouent un rôle afin de réduire le préjudice résultant de la sanction. En outre, des interdictions plus longues et de plus grande portée peuvent entraîner une réduction indésirable du nombre d'acteurs de marché, question qui sera traitée ci-dessous.

154. Bien entendu, l'interdiction de soumissionner peut être combinée à d'autres sanctions, notamment des amendes, des peines d'emprisonnement ou l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur. La combinaison de l'interdiction de soumissionner avec l'une ou l'autre de ces sanctions peut accroître la probabilité que la sanction sera efficace afin d'atteindre l'objectif poursuivi. À titre d'exemple, s'il est improbable qu'une interdiction de soumissionner de courte durée sera suffisamment dissuasive, ou que d'autres soumissions interviendront dans un proche avenir, la combinaison de peines d'amende avec une

interdiction de soumissionner devrait produire un plus grand effet de dissuasion sur les auteurs potentiels de violations que la seule interdiction de soumissionner.

### 3.4. Mesures correctives volontaires ou mécanismes de gestion du risque

155. Dans de nombreuses juridictions, tels l'UE et ses États membres, un opérateur économique frappé d'exclusion peut être de nouveau admis sur le marché s'il prend certaines mesures correctives spécifiques, appelées « mesures correctives volontaires ». Ces mesures visent à prouver la « fiabilité » de l'acteur du marché afin de lui permettre d'avoir de nouveau accès au marché. En raison des conséquences importantes qu'elle peut avoir sur le paysage de la passation des marchés publics, l'exclusion doit être utilisée d'une manière ciblée et proportionnelle, qui minimise les effets de distorsion sur le marché. C'est pour ces raisons que les pouvoirs adjudicateurs de l'UE sont appelés à examiner soigneusement s'il existe suffisamment de preuves de collusion pour exclure le soumissionnaire, mais également à prendre en considération les propositions faites afin d'éviter l'exclusion ou de remédier à l'infraction. Ces propositions comprennent :

- La réparation de tout préjudice causé par l'infraction ;
- Une collaboration active suffisante à l'enquête ;
- La prise de mesures concrètes afin de prévenir de nouvelles infractions<sup>63</sup>.

156. Les mesures peuvent être de nature « technique et organisationnelle et en matière de personnel » et doivent être propres à assurer la conformité de l'entreprise à l'avenir<sup>64</sup>.

157. Bien que les mesures correctives volontaires ne soient pas nécessairement formulées pour limiter *ex ante* l'application de l'interdiction de soumissionner, elles peuvent fournir un mécanisme permettant d'utiliser la sanction de manière à ce qu'elle ait un impact minimal sur la distorsion du marché et ne réduise pas le nombre de concurrents. La menace d'exclusion est maintenue, ou son application pour une courte durée, mais l'entreprise change également son comportement afin d'être plus respectueuse du droit de la concurrence.

158. Dans certaines juridictions, comme les États-Unis, et plutôt que de corriger une certaine conduite afin d'éviter ou de raccourcir l'exclusion, comme dans l'UE, les entreprises sont tenues de s'engager dans un effort holistique afin de remédier aux risques que le gouvernement traite avec un partenaire inapproprié. Aux États-Unis, le soumissionnaire ne proposera pas de nouvelles mesures correctives dans le contexte d'une violation spécifique, mais proposera plutôt une refonte sur mesure et une amélioration d'un système de contrôles existant. Cette activité est généralement largement guidée par des fonctionnaires gouvernementaux, dans le contexte de l'enquête et de la négociation qui suit la découverte de l'infraction commise par le soumissionnaire (Yukins et Kania, 2019<sup>[42]</sup>).

159. Dans d'autres juridictions, comme l'Italie, la Grèce et l'Allemagne, les entreprises peuvent inclure l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur dans leurs programmes de conformité ou dans les mesures correctives volontaires qu'elles proposent au pouvoir adjudicateur, dans le contexte de l'évaluation des motifs pouvant conduire à une interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence.

160. Ces mesures ne devraient pas seulement réduire théoriquement la probabilité que l'entreprise participe à des soumissions concertées à l'avenir ; elle peuvent également réduire la probabilité que l'entreprise participe à toute autre violation des règles du droit de la concurrence en matière d'ententes. Elles peuvent contribuer à réaliser les objectifs de dissuasion de l'interdiction de soumissionner, et ceux qui ont trait à l'ordre public et à la préservation de l'intégrité. C'est également pourquoi « *l'exclusion peut favoriser une culture de la conformité en encourageant les entreprises à prendre le contrôle de leur propre gestion du risque et des moyens de remédier à ce risque* » (Dixon, 2020<sup>[41]</sup>).

161. Les mesures correctives volontaires et les mesures de gestion du risque peuvent jouer un rôle majeur afin de réaliser l'objectif de l'interdiction de soumissionner, et de garantir l'efficacité de cette sanction.

# 4. L'efficacité de l'interdiction de soumissionner à un marché public

162. L'application de l'interdiction de soumissionner à des marchés publics pose quelques difficultés pratiques. Certaines ont trait à la procédure et à l'appréciation par l'autorité qui sollicite l'interdiction de l'opportunité d'exclure un acteur, d'autres se rapportent aux effets de l'interdiction sur le marché.

## 4.1. Difficultés liées à l'appréciation des motifs justifiant la décision d'interdiction de soumissionner

163. Il est généralement reconnu que l'appréciation des motifs justifiant la décision d'interdiction de soumissionner passe, comme dans le cas de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, par une analyse des preuves selon la balance des probabilités (la norme du « plus probable qu'improbable » et la « prépondérance de preuves »). Il appartient généralement à l'administration sollicitant l'interdiction de prouver l'existence des motifs d'exclusion (Dixon, 2020<sup>[41]</sup>).

164. Étant donné que cette appréciation préalable à l'exclusion est habituellement une analyse prospective visant à préserver le bon déroulement d'une future procédure de passation d'un marché, sa nature discrétionnaire présente l'avantage de permettre au pouvoir adjudicateur de déterminer les risques potentiels, et le lien entre la conduite ou la conduite suspectée et l'intérêt public. Bien entendu, cette appréciation souveraine n'est pas synonyme d'arbitraire incontrôlé ; en effet :

*le large pouvoir d'appréciation conféré aux fonctionnaires de l'autorité, s'il ne s'accompagne pas de lignes directrices exhaustives, peut conduire à des décisions ad hoc, qui jetteraient le doute sur la légitimité du régime [...]. Afin d'éviter des abus, tout régime d'interdiction discrétionnaire doit donc combiner un ensemble de règles et de lignes directrices incorporant les éléments suivants : une prise en compte appropriée de l'équité procédurale et des circonstances atténuantes en cas de preuve satisfaisante de l'adoption de « mesures correctives volontaires », et des obligations de rendre compte, imposant aux autorités de justifier par écrit des motifs pour lesquels elles ont pris la décision de ne pas imposer une interdiction proposée (Dixon, 2020<sup>[41]</sup>)*

165. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, le droit de l'UE prévoit que les autorités contractantes peuvent frapper des entreprises d'une interdiction de soumissionner sur la base d'« éléments suffisamment plausibles » indiquant qu'elles ont conclu des accords en vue de fausser la concurrence. Cette analyse, bien que discrétionnaire, est encadrée par une série de critères que l'autorité contractante peut prendre en considération lorsqu'elle décide d'exclure un soumissionnaire pendant une procédure d'adjudication. L'autorité contractante a le droit d'examiner tous les éléments qui pourraient jeter un doute sur la « fiabilité » de l'entreprise. Ces éléments peuvent être notamment les suivants :

- le soumissionnaire a agi comme s'il savait que son offre l'emporterait (par exemple, en concluant un contrat de sous-traitance ou en passant des commandes qui aideraient à exécuter le marché une fois celui-ci adjugé) ;
- le comportement des soumissionnaires ;
- des fautes de frappe ou erreurs matérielles similaires dans les offres ;

- une anomalie dans le prix des offres (trop élevé ou trop bas) ;
- des points communs entre les offres (écriture similaire, ou mêmes représentants légaux, etc.)

## 4.2. Difficultés liées à l'impact de la décision d'exclusion sur le marché

166. L'une des plus grandes difficultés a trait aux risques de conséquences négatives sur le marché à moyen et long terme, particulièrement du fait de la réduction du nombre d'acteurs opérant sur le marché et des effets sur le nombre de concurrents qui soumissionneront lors de futures passations de marchés publics. Cette difficulté peut toujours se présenter, mais le problème peut être particulièrement aigu dans de petits pays, où certains marchés sont encore plus susceptibles d'être dominés par un petit nombre d'entreprises. Ce problème peut également se poser dans le cas de directions interverrouillées (voir les développements ci-dessus).

167. En réalité, l'exclusion de soumissionnaires peut être une mesure totalement impraticable dans les marchés oligopolistiques. Des marchés comportant peu d'acteurs, en raison de l'existence de barrières à l'entrée réglementaires, stratégiques ou comportementales, peuvent être lourdement pénalisés par l'exclusion de soumissionnaires. Une concurrence réduite peut, selon les structures et la dynamique du marché, entraîner une augmentation des prix et une baisse de qualité des produits (OCDE, 2016 juin, p. 4<sup>[46]</sup>).

168. Les preuves empiriques enseignent que de nombreux secteurs de l'économie où la passation de marchés publics est monnaie courante, - par exemple, la distribution d'eau, l'assainissement, la construction de routes, l'électricité et d'autres services publics -, se caractérisent par un petit nombre de soumissionnaires en moyenne, qui se limite parfois à deux ou trois. Cela n'indique pas, en soi, que la passation de ces marchés suscite de faibles niveaux de concurrence, mais le fait d'exclure l'un des acteurs concernés de la possibilité de soumissionner pendant une longue période de temps peut néanmoins poser un problème.

169. Il convient également de noter que l'interdiction de soumissionner a un aspect paradoxal, dans la mesure où elle produit des effets significatifs sur les marchés et les procédures de passation des marchés publics où l'intensité de la concurrence est probablement assez faible (puisque autrement, la pratique collusoire aurait été extrêmement instable, ou les entreprises auraient eu des difficultés à s'entendre pour faire des soumissions concertées). Autrement dit, une fois appliquée, cette exclusion peut risquer de contribuer à réduire encore plus la concurrence ou à augmenter davantage la concentration sur le marché.

170. En raison de la nature de cette sanction, le contrôle judiciaire de la décision d'exclusion a également des effets importants sur le marché. Il peut être très difficile d'exercer un recours contre une décision judiciaire qui aurait annulé une mesure d'interdiction de soumissionner, et cette décision judiciaire pourrait avoir des effets durables sur les acteurs du marché et les consommateurs, particulièrement si le tribunal annule la mesure vers la fin ou après l'expiration de la période d'exclusion.

171. C'est pour toutes ces raisons que certaines juridictions peuvent choisir d'appliquer des systèmes de récompense plutôt que des mesures d'exclusion afin de traiter l'infraction (voir, par exemple, l'Italie), ou de recourir à des sanctions individuelles afin de punir les personnes impliquées, y compris l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur. Pour citer (Auriol et Søreide, 2017<sup>[44]</sup>),

*Si les soumissionnaires sont peu nombreux, les gouvernements peuvent considérer qu'ils ne peuvent pas se permettre d'exclure un fournisseur au nom de la promotion de l'intégrité sur des marchés. Ces difficultés ont conduit à en appeler à des règles plus flexibles. Au lieu d'exclure purement et simplement des fournisseurs (nécessaires), il est devenu courant de conclure un accord transactionnel (administratif), une option qui donne aux autorités contractantes le pouvoir d'imposer de lourdes exigences. En échange d'une période d'exclusion plus courte ou même d'une clémence totale, un fournisseur pourrait ainsi s'obliger à licencier des dirigeants, à accepter un contrôle externe ou à effectuer une certaine forme de paiement de restitution.*

172. Étant donné que l'interdiction de soumissionner peut modifier profondément le résultat de futures procédures de passation de marchés publics, un moyen important de minimiser ce risque peut consister à exclure uniquement le meneur ou l'instigateur de l'entente en vue de faire des soumissions concertées, plutôt que tous les participants à celle-ci (voir Encadré X ci-dessous)<sup>65</sup>, ou, alternativement, à punir la direction de l'entreprise plutôt que l'entreprise, par exemple au moyen d'une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur (Auriol et Søreide, 2017<sup>[44]</sup>). Une durée d'interdiction plus courte peut également être envisagée, bien que certaines preuves suggèrent que des sanctions d'exclusion de courte durée peuvent s'accompagner d'une collusion tacite entre les acteurs restants (Cerrone, Hermstrüwer et Robalo, 2021<sup>[47]</sup>).

#### Encadré 5. L'interdiction de soumissionner au Brésil

Le Conseil administratif brésilien de la défense économique (CADE) a le pouvoir d'enquêter sur les soumissions concertées et de les sanctionner, en vertu de la loi fédérale n°12.529/2011 (la loi sur la concurrence) et d'exclure des entreprises coupables de collusion. Toutefois, certaines difficultés ont naturellement surgi à propos de l'application de cette sanction.

Le CADE a envisagé des sanctions d'exclusion dans deux affaires de soumissions concertées : l'affaire de l'entente Metro (procédure administrative n° 08700.004617/2013-41) et l'affaire Hospital Laundry Services (procédure administrative n° 08012.008850/2008-94).

Dans l'affaire Metro, le Conseil a constaté que l'exclusion de toutes les entreprises concernées ou de la majorité d'entre elles produirait l'effet inverse de celui recherché par la sanction : en effet, elle aurait probablement pour effet que les consommateurs, et l'État, bénéficieraient d'un moins bon rapport qualité-prix dans le cadre des futurs marchés. Dans ces conditions, seul le meneur, qui était également récidiviste, a été exclu. Dans l'affaire Hospital Laundry Services, le Conseil est également parvenu à la conclusion que l'exclusion de toutes les entreprises entraînerait une pénurie d'offre, qui perturberait le marché. Il a envisagé de ne prononcer aucune sanction dans cette affaire, mais considéré que cela aurait été inapproprié pour une infraction extrêmement grave comme une soumission concertée. Finalement, la décision a été d'exclure uniquement le meneur (Brasil Sul) pour cinq ans.

Source : OECD, Fighting Bid Rigging in Brazil: A review of federal public procurement, 2021; Casagrande, The New Brazilian Competition Law – Two Years On, 2014.

173. Lorsque les autorités de la concurrence n'ont pas le pouvoir de prendre elles-mêmes la décision, elles peuvent être néanmoins très bien placées pour conseiller le décideur à propos des effets d'une interdiction de soumissionner sur le marché.

### 4.3. Difficultés liées à la coordination de l'interdiction de soumissionner avec d'autres outils de détection et de sanction

174. Il est possible que l'existence d'un motif justifiant une interdiction de soumissionner à la suite d'infractions au droit de la concurrence puisse réduire les incitations des entreprises ou des personnes physiques à fournir des informations et des preuves dans le contexte d'un programme de clémence. Si l'entreprise ou la personne concernée craint que les conséquences de l'exclusion continueront de peser sur elle, étant donné que l'immunité de sanction ne lui sera pas garantie, les bénéfices que l'autorité répressive peut tirer du programme de clémence s'en trouveront fortement réduits.

175. L'efficacité de l'interdiction de soumissionner peut donc dépendre de l'ampleur de la coopération entre les différentes entités étatiques chargées de l'application de cette sanction (autorité de la

concurrence, autorité publique centrale, autorité contractante ou tribunal). Aux États-Unis, par exemple, bien que seule l'autorité fédérale centrale puisse prononcer une sanction d'exclusion ou de suspension, l'autorité de la concurrence peut lui signaler des entreprises pouvant être passibles de cette sanction, et peut informer les autorités contractantes fédérales des accords de plaider coupable qu'elle a obtenus de la part d'entreprises ayant commis des violations (OCDE, 2016, p. 5<sub>[48]</sub>). La Procurement Collusion Strike Force (PCSF), qui réunit le ministère de la Justice (DoJ), le FBI, des parquets et d'autres autorités fédérales, est un exemple de coopération entre entités gouvernementales afin de lutter contre la collusion dans les marchés publics<sup>66</sup>.

176. Des formes plus strictes de coopération entre les juridictions pourraient également accroître l'efficacité des sanctions d'interdiction de soumissionner. Toutefois, il faudrait non seulement de hauts niveaux de coopération internationale et de reconnaissance mutuelle des sanctions, mais également que les juridictions appliquent les interdictions de soumissionner d'une manière similaire et avec le même niveau de respect des sauvegardes procédurales. Il faudrait également des conditions de marché similaires. À titre d'exemple, si une interdiction de soumissionner est une sanction d'application automatique dans une juridiction, une autre juridiction pourra ne pas être disposée à l'appliquer si elle est discrétionnaire dans sa juridiction et si le même marché y est beaucoup plus concentré.

177. L'interdiction de soumissionner est une sanction puissante afin de promouvoir la concurrence et l'intégrité dans les marchés publics. Toutefois, son efficacité peut être minée par certains facteurs, qui devraient donc être pris en considération par les autorités qui appliquent cette sanction ou en contrôlent l'application. L'interdiction de soumissionner présente l'inconvénient principal de réduire le nombre d'acteurs du marché se faisant concurrence pour obtenir des marchés publics, ce qui limite la concurrence.

178. Ce risque peut être évité en concevant avec soin l'interdiction de soumissionner, en termes de durée et de portée, en adaptant attentivement son application aux circonstances du marché, de préférence avec l'aide des autorités de la concurrence, et en portant attention aux facteurs ci-dessous.

### Encadré 6. Liste de vérification pour évaluer l'opportunité de prononcer une interdiction de soumissionner

La liste de vérification suivante peut être adoptée par les autorités contractantes, l'autorité publique centrale ou d'autres entités au moment où elles décident d'appliquer une interdiction de soumissionner, afin de minimiser le dommage pour la concurrence :

- Existe-t-il des sanctions alternatives à l'interdiction de soumissionner, qui puissent être autant ou plus efficaces ? Ces sanctions peuvent inclure :
  - Des sanctions pénales
  - Des amendes infligées à l'entreprise ou à des personnes physiques
  - Une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur
- Dans la négative, le marché est-il oligopolistique ? Ce marché est-il caractérisé par l'un ou l'autre des facteurs suivants ?
  - Un petit nombre de fournisseurs
  - Des barrières élevées à l'entrée (réglementaires, stratégiques, comportementales) ou d'importants effets de réseau
  - Des produits homogènes
  - Des concurrents proches
  - Le comportement parallèle ou interdépendant des acteurs (adaptation intelligente à la stratégie commerciale des concurrents)

- La présence de liens économiques, contractuels et structurels qui permettent un comportement parallèle (y compris un actionnariat croisé et des directions interverrouillées)
- Une grande transparence sur les prix
- Si le marché est oligopolistique, l'une ou l'autre des options suivantes est-elle viable :
  - Est-il possible d'exclure un seul des participants (meneur ou instigateur) au système de soumission concertée ?
  - Est-il possible et efficace de limiter l'interdiction à une filiale, une division particulière ou une succursale de l'entreprise ?
  - Est-il possible et efficace de limiter l'interdiction à une valeur particulière de marché public, un marché spécifique ou une autorité contractante spécifique ?
  - Est-il possible et efficace de raccourcir la durée de l'interdiction ?
  - Quelles mesures correctives volontaires ou autres mesures de gestion du risque permettraient d'autoriser l'opérateur concerné, en toute sécurité, à accéder à de futurs appels d'offres pour des marchés publics ?
  - Est-il possible et efficace d'utiliser des outils alternatifs pour traiter l'infraction (par exemple, des systèmes de récompense) ?

# 5. Conclusions

179. Il ressort de la présente analyse que les sanctions d'exclusion décrites (interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner) diffèrent sensiblement, à la fois dans leur fonctionnement et leurs conséquences. Elles présentent toutefois beaucoup de points communs, en ce qui concerne :

1. **Leurs objectifs.** Ce sont des formes spécifiques de sanctions dont l'objectif est de produire un effet dissuasif général et spécifique, mais également de sauvegarder l'intérêt public. Ce dernier objectif est un trait distinctif important comparé à d'autres sanctions. Il permet à l'autorité chargée de la décision de transcender les circonstances particulières de l'affaire afin de rechercher un motif supérieur justifiant leur application, et confère à leur utilisation une signification particulière en termes d'ordre public, ce qui les rend particulièrement utiles afin de sensibiliser au droit de la concurrence et de promouvoir d'autres activités de plaidoyer.
2. **Leur complémentarité.** Les sanctions d'exclusion présentent quelques caractéristiques qui se chevauchent avec d'autres sanctions pouvant être infligées à des personnes physiques et des entreprises, mais également quelques caractéristiques qui les distinguent de ces autres sanctions. Elles fonctionnent donc bien pour combler les lacunes et combiner les forces d'autres outils disponibles dans une juridiction donnée, et amplifient à la fois les effets de la sanction et son pouvoir de dissuasion.
3. **Leur flexibilité.** L'appréciation discrétionnaire qu'elles impliquent les rend particulièrement efficaces pour améliorer encore les points forts et atténuer les faiblesses d'un système de répression particulier. Elles sont donc utilisées au mieux lorsqu'elles sont adaptées en fonction des conséquences d'une conduite anticoncurrentielle spécifique. Cela suppose non seulement d'adapter leur champ d'application et leur durée aux faits particuliers de l'affaire, mais également de tenir compte de la situation personnelle de l'intéressé (par ex., proximité de la retraite, rôle dans la conduite en cause, interverrouillages éventuels pour l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur), ainsi que de la manière dont elles affecteront le marché (par ex., chances que l'entreprise exclue remporte de futurs marchés publics, élimination d'une concurrence importante sur le marché en raison de l'interdiction de soumissionner). Ces conséquences doivent être soigneusement évaluées avant de décider si et comment appliquer ces sanctions, de préférence avec la contribution ou la consultation de l'autorité de la concurrence compétente.

# Notes de fin de document

<sup>1</sup> Pour plus de détails, voir : [https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en).

<sup>2</sup> Pour plus de détails, voir : [https://www.democrats.senate.gov/imo/media/doc/inflation\\_reduction\\_act\\_one\\_page\\_summary.pdf](https://www.democrats.senate.gov/imo/media/doc/inflation_reduction_act_one_page_summary.pdf).

<sup>3</sup> OCDE, Panorama des administrations publiques : « *Au cours de la dernière décennie, les dépenses au titre des marchés publics en pourcentage du PIB n'avaient que légèrement progressé dans l'ensemble de la zone OCDE, passant de 11,8% du PIB en 2008 à 12,6% du PIB en 2019* ».

<sup>4</sup> Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01) : « *On estime que la collusion peut augmenter jusqu'à 60% les coûts payés par les acheteurs publics par rapport à ce qu'ils paieraient dans des conditions normales de marché* ».

<sup>5</sup> Certains de ces objectifs sont identifiés, par exemple, dans l'affaire Property Group Ltd, CMA c. Michael Christopher Martin, 3 juillet 2020 [2020] EWHC 1751 (Ch), affaire n° CR-2019-001454, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1751.html>, para. 110.

<sup>6</sup> UK Office of Fair Trading, The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT, 2007.

<sup>7</sup> UK Office of Fair Trading, The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT, 2007, également cité par (Stephan, 2011, p. 532<sub>[16]</sub>).

<sup>8</sup> Voir (Stephan, 2011, p. 531<sub>[16]</sub>).

<sup>9</sup> Le registre des administrateurs frappés d'une interdiction d'exercer peut être consulté en suivant ce lien : <https://find-and-update.company-information.service.gov.uk/register-of-disqualifications/A>.

<sup>10</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 February 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 2.1.

<sup>11</sup> FTC v. Shkreli, 581 F. Supp. 3d 579, 637 (S.D.N.Y. 2022).

<sup>12</sup> L'Ordonnance sur la concurrence de Hong Kong, Chine, (Chap. 619) prohibe toute conduite qui entrave, restreint ou fausse la concurrence à Hong Kong, Chine ; prohibe des fusions qui réduisent substantiellement la concurrence à Hong Kong, Chine ; crée une Commission de la concurrence et un

Tribunal de la concurrence ; et régleme[n]te certaines questions incidentes et connexes, 18 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap619!en@2018-04-20T00:00:00>.

<sup>13</sup> Agnieszka Lisiecka, Katarzyna Wójcik, Tomasz Wardynski/ Krzysztof Filinski, National Report to the European Commission, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national\\_reports/poland\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/poland_en.pdf), p. 6.

<sup>14</sup> Norton Rose Fulbright, What are the risks for directors of being disqualified for competition law breaches, juillet 2017, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-gb/knowledge/publications/32b8b414/what-are-the-risks-for-directors-of-being-disqualified-for-competition-law-breaches>.

<sup>15</sup> [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national\\_reports/estonia\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/estonia_en.pdf), p. 5.

<sup>16</sup> A&L Goodbody, Competition law offence - disqualification from acting as a director of an Irish company, <https://www.algoodbody.com/insights-publications/competition-law-offence-disqualification-from-acting-as-a-director-of-an-ir>.

<sup>17</sup> Voir article 62 de la loi sur la concurrence (Décret-loi n° 211).

<sup>18</sup> Dans le régime irlandais, une infraction mineure est habituellement jugée par un seul juge sans jury. Il s'agit donc des infractions les moins graves. En revanche, une infraction majeure peut ou doit être jugée par un juge et un jury et est donc une infraction plus grave.

<sup>19</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 2.5. En raison du Brexit, la possibilité de se fonder sur le droit de la concurrence du RU et de l'UE demeure disponible pour des pratiques qui ont eu lieu avant le 1er janvier 2021. Voir, pour plus de détails, Joanna Christoforou, Frances Murphy, Michael Zymler, The Impact of Brexit on UK Competition Law Cases, Morgan Lewis, 18 mars 2021, <https://www.morganlewis.com/pubs/2021/03/the-impact-of-brexit-on-uk-competition-law-cases>.

<sup>20</sup> ICM, Competition law research 2018, A report by ICM on behalf of the Competition and Markets Authority, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/750149/icm\\_unlimited\\_cma\\_competition\\_law\\_research\\_2018.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750149/icm_unlimited_cma_competition_law_research_2018.pdf), p. 28.

<sup>21</sup> Comme le note (Whelan, 2013, p. 179<sup>[24]</sup>) à propos des peines d'emprisonnement pour participation à une entente, toutefois, « *Il semble, d'après l'expérience acquise en Irlande, que des jurys soient disposés, dans des affaires appropriées, à condamner les participants à l'entente et à leur infliger éventuellement une peine d'emprisonnement* ».

<sup>22</sup> <https://hsfnotes.com/crt/2022/05/10/uk-government-publishes-its-proposals-for-a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets/>; <https://www.techuk.org/resource/dcms-sets-out-its-plans-for-a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets-how-will-it-impact-the-tech-sector.html>.

<sup>23</sup> Voir article 127(X) de la loi fédérale sur la concurrence économique de 2015.

<sup>24</sup> Voir, par exemple, article 103(2) de l'ordonnance sur la concurrence de Hong Kong, Chine, [https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap619?xid=ID\\_1438403534955\\_001](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap619?xid=ID_1438403534955_001); UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102,

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 4.5 ; article 40 de la loi lituanienne sur la concurrence du 23 mars 1999 No. VIII-1099, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=bkaxmycc>.

<sup>25</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), paras. 4.3.

<sup>26</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 4.4.

<sup>27</sup> Article 40 de la loi lituanienne sur la concurrence du 23 mars 1999 No. VIII-1099, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=bkaxmycc>.

<sup>28</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 4.6.

<sup>29</sup> Affaire Fourfront Group, Stamatis and Davies v. CMA [2019] EWHC 3318 (Ch), para. 13, citant le jugement de Sir Andrew Park dans l'affaire Morija plc ; Kluk v Secretary of State for Business and Regulatory Reform [2008] 2 BCLC 313, et paras. 18 et 19.

<sup>30</sup> Voir, par exemple, UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 2.3.

<sup>31</sup> Voir article 127(X) de la loi fédérale sur la concurrence économique de 2015 qui dispose que : « La Commission peut imposer les sanctions suivantes : [...] X. Inéligibilité afin d'agir en qualité de membre du conseil d'administration, dirigeant, gérant, cadre, agent, représentant ou représentant légal pour une durée de cinq ans au plus, ainsi qu'une amende maximale équivalente à deux cent mille fois le salaire minimum journalier en vigueur dans le District fédéral, pour les personnes qui participent directement ou indirectement à des pratiques monopolistiques ou des concentrations illégales, au nom ou pour le compte et sur ordre d'entreprises ». La version anglaise de la loi est disponible à l'adresse suivante : [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/Federal\\_Economic\\_Competition\\_Law.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/Federal_Economic_Competition_Law.pdf).

<sup>32</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), p. 3 note de bas de page 6.

<sup>33</sup> Article 22(2), 1986 UK Company Directors Disqualification Act.

<sup>34</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 4.10.

<sup>35</sup> Voir, par exemple, UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 4.4.

<sup>36</sup> FTC v. Shkreli, 581 F. Supp. 3d 579, 637 (S.D.N.Y. 2022).

<sup>37</sup> Affaire Fourfront Group, Stamatis and Davies v. CMA [2019] EWHC 3318 (Ch), para. 44.

<sup>38</sup> Affaire Fourfront Group, Stamatis and Davies v. CMA [2019] EWHC 3318 (Ch), para. 44.

<sup>39</sup> Linklaters LLP Response to CMA Consultation "Revised Guidance on Competition Disqualification Orders" du 19 septembre 2018, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/776636/180919\\_CDO\\_Consultation\\_Linklaters\\_Response.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/776636/180919_CDO_Consultation_Linklaters_Response.pdf).

<sup>40</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), paras. 2.11 et 2.12.

<sup>41</sup> UK CMA, Guidance on Competition Disqualification Orders, 6 février 2019, CMA102, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/910485/CMA102\\_Guidance\\_on\\_Competition\\_Disqualification\\_Orders\\_FINAL\\_PDF\\_A-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf), para. 2.14.

<sup>42</sup> C'est ce qui est confirmé, par exemple, au Royaume-Uni où, dans la seule affaire où une CDO a été prononcée, dans l'affaire Property Group Ltd., le juge a adopté la norme civiliste de la balance des probabilités. Voir affaire Property Group Ltd, CMA v. Michael Christopher Martin, 3 juillet 2020 [2020] EWHC 1751 (Ch), affaire n° CR-2019-001454, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1751.html>, paras. 96 et s., où le juge a déclaré : « je suis parvenu aux conclusions de fait suivantes en me fondant sur la balance des probabilités, à la lumière des questions ci-dessus, y compris mon appréciation des témoignages [...] » ; « Toujours selon la balance des probabilités, je suis particulièrement influencé par le fait que [M. Martin] aurait dû souhaiter lire [le courriel] afin de savoir ce que couvrirait la réunion organisée par Mme Darby et pourquoi elle était nécessaire » ; « En ce qui concerne la balance des probabilités, [...] » ; « J'envisage l'atténuation de la responsabilité en considérant que lorsque les faits ne sont pas suffisamment probants au regard de la balance des probabilités, je dois accepter les faits sur lesquels M. Martin s'est fondé, à moins que la CMA ne le conteste, auquel cas il serait potentiellement nécessaire de procéder à leur détermination. »

<sup>43</sup> Article 9A de l'UK Company Directors Disqualification Act 1986.

<sup>44</sup> Article 86E, Titre VI du Competition and Consumer Act 2010 (CCA).

<sup>45</sup> Voir, par exemple, au RU, ce lien : <https://www.gov.uk/report-a-disqualified-director>. En Lituanie, la tenue d'une liste des administrateurs frappés d'une interdiction d'exercer est exigée par l'article 40(6) de la loi lituanienne sur la concurrence du 23 mars 1999 No. VIII-1099, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=bkaxmycc>.

<sup>46</sup> Un rapport à jour sur l'avancement du processus de transposition est disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2019.011.01.0003.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.011.01.0003.01.ENG).

<sup>47</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JO L 11, 14 janvier 2019, p. 3–33, considérant 64.

<sup>48</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JO L 11, 14 janvier 2019, p. 3–33, Article 23(1).

<sup>49</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JO L 11, 14 janvier 2019, p. 3–33, Article 23(2).

<sup>50</sup> Affaire Property Group Ltd, CMA v. Michael Christopher Martin, 3 juillet 2020 [2020] EWHC 1751 (Ch), affaire n°CR-2019-001454, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1751.html>.

<sup>51</sup> Affaire Property Group Ltd, CMA v. Michael Christopher Martin, 3 juillet 2020 [2020] EWHC 1751 (Ch), affaire n°CR-2019-001454, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/1751.html>, para. 110.

<sup>52</sup> Clifford Chance, At a Glance: Sanctions for Cartel Activity in United Kingdom, Lexology, 26 novembre 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=38b9fc7c-d0d3-425b-be47-27bc710558dd>; GCR, From the enforcer: Competition and Markets Authority, 27 novembre 2021, <https://globalcompetitionreview.com/insight/enforcer-hub/2021/article/the-enforcer-uk-competition-and-markets-authority>.

<sup>53</sup> Voir le texte intégral sur ce lien <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2020-title15/pdf/USCODE-2020-title15-chap1-sec19.pdf>. Il convient de noter que, bien que l'article 8 se concentre sur les sociétés et prévoit une exception pour le secteur bancaire, l'interprétation des autorités américaines semble aller dans le sens que l'article 5 du FTC Act peut atteindre des directions interverrouillées qui ne sont pas couvertes, strictement parlant, par l'article 8. Sur cette interprétation, voir <https://www.velaw.com/insights/doj-threatens-more-enforcement-of-the-ban-on-interlocks-under-section-8-of-the-clayton-act/>.

<sup>54</sup> Wilson Sonsini, DOJ Launches Enforcement Initiative Against “Interlocking Directorates”, 22 septembre 2022, <https://www.wsgr.com/en/insights/doj-launches-enforcement-initiative-against-interlocking-directorates.html>.

<sup>55</sup> Communiqué de presse du ministère américain de la Justice, bureau des affaires publiques : des administrateurs démissionnent des conseils d'administration de cinq entreprises, en réponse aux préoccupations exprimées par le ministère de la Justice à propos de directions interverrouillées potentiellement illégales, 19 octobre 2022, <https://www.justice.gov/opa/pr/directors-resign-boards-five-companies-response-justice-department-concerns-about-potentially>; Francesca M. Pisano, du ministère américain de la Justice, exige que des administrateurs démissionnent de leurs fonctions au conseil d'administration afin d'apaiser les préoccupations qu'elles suscitent au regard de la législation antitrust, 28 octobre 2022, <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/advisories/2022/10/doj-requires-directors-to-resign-from-boards>.

<sup>56</sup> Remarques du Procureur général adjoint, Jonathan Kanter, en introduction au Spring Enforcers Summit de 2022, Washington, DC, 4 avril 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-opening-remarks-2022-spring-enforcers>.

<sup>57</sup> Maria Raptis, David P. Wales, Interlocking Boards: The Antitrust Risk You May Never Have Heard Of, 16 juin 2021, <https://www.skadden.com/insights/publications/2021/06/the-informed-board/interlocking-boards>.

<sup>58</sup> Voir Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a2458e1-878c-11eb-ac4c-01aa75ed71a1/language-en>, p. 12.

<sup>59</sup> <https://www.justice.gov/procurement-collusion-strike-force>

<sup>60</sup> Article 6 paragraphe 5 de la Loi sur le registre de la concurrence du 18 juillet 2017 (Journal officiel fédéral I p. 2739), tel que modifié par l'article 10 de la loi du 18 janvier 2021 (Journal officiel fédéral I p. 2).

<sup>61</sup> Voir Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a2458e1-878c-11eb-ac4c-01aa75ed71a1/language-en>, p. 14.

<sup>61</sup> Voir Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a2458e1-878c-11eb-ac4c-01aa75ed71a1/language-en>, p. 19.

<sup>62</sup> Article 26(d) du Décret-loi n°211 de 1973 fixant des Règles pour la défense de la libre concurrence.

<sup>63</sup> Article 57(6), Directive 2014/24/UE et Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a2458e1-878c-11eb-ac4c-01aa75ed71a1/language-en>, p. 11.

<sup>64</sup> Article 57(6), Directive 2014/24/UE et Commission européenne, Communication sur les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics et orientations sur la manière d'appliquer le motif d'exclusion y relatif (2021/C 91/01), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a2458e1-878c-11eb-ac4c-01aa75ed71a1/language-en>, p. 11.

<sup>65</sup> Cette approche est conforme aux recommandations de l'OCDE en ce qui concerne les sanctions en matière de soumissions concertées dans plusieurs pays, dont le Brésil (2021) et le Mexique (2016).

<sup>66</sup> <https://www.justice.gov/procurement-collusion-strike-force>



## Annexe A. Tableau relatif à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
<b>Australie</b>	En vertu de la section 86E, partie VI de la loi sur la concurrence et les consommateurs (CCA) de 2010, le tribunal peut rendre une décision interdisant à un individu d'occuper un poste de dirigeant d'une entreprise (décision d'interdiction d'exercer).	Le tribunal peut rendre une décision d'interdiction d'exercer en vertu de la section 86E s'il est convaincu que : (a) la personne a enfreint (entre autres dispositions) la partie IV de la CCA ; et (b) l'interdiction d'exercer est justifiée. La partie IV comprend des interdictions civiles contre les ententes, les accords anticoncurrentiels et l'abus de pouvoir de marché, ainsi que des infractions pénales pour les ententes.	Pour une durée que le tribunal juge appropriée, qui peut aller d'une courte période (un an, par exemple) à l'interdiction d'exercer « à vie ».	Les décisions d'interdiction d'exercer peuvent être rendues par le tribunal à la demande de l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) pour les infractions de la partie IV, ou par le Commonwealth Director of Public Prosecutions (CDPP) pour les ententes criminelles. Si le tribunal rend une décision d'interdiction d'exercer en vertu de la section 86E, l'ACCC ou le CDPP (selon le cas) il doit en informer l'Australian Investment and Securities Commission (ASIC). La loi sur les sociétés de 2001 (Cth) prévoit diverses conséquences pour la personne visée par l'interdiction d'exercer.
<b>Brésil</b>	Article 38, point VI, de la loi 12529/2011.	Accords anticoncurrentiels ou	Jusqu'à 5 ans.	

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
Canada	Section 34 de la loi fédérale sur la concurrence	comportements unilatéraux. Infractions à la partie VI de la loi fédérale sur la concurrence (y compris les ententes)	Jusqu'à 10 ans.	<p>En vertu du paragraphe 34 (2.1) de la loi sur la concurrence, une ordonnance d'interdiction peut exiger qu'une personne « prenne les mesures que le tribunal estime nécessaires pour empêcher que l'infraction ne soit commise, ne se poursuive ou ne se répète » ou « prenne les mesures convenues par cette personne et le procureur général du Canada ou le procureur général de la province ». Il peut s'agir de clauses interdisant aux individus d'occuper des fonctions d'administrateur ou de dirigeant d'entreprise.</p> <p>L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur peut également découler d'un règlement négocié ou d'un jugement dans une procédure contestée.</p> <p>Le Bureau a rarement demandé l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur dans les affaires d'ententes. Dans les cas où il l'a fait, son intention était de démettre de leurs fonctions au sein de la société les personnes clés concernées par l'infraction (plutôt que de leur interdire d'exercer en tant qu'administrateur dans n'importe quelle société). Il</p>

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
				envisage de se doter d'une politique relative à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur.
<b>Chili</b>	Article 62 de la loi sur la concurrence (décret-loi n° 211)	Ententes	7 à 10 ans.	La sanction est prononcée par un tribunal pénal.
<b>République tchèque</b>	Article 248(2) du Code pénal tchèque (loi n° 40/2009)	Ententes	Conformément à l'article 63(1) de la loi n° 90/2012, jusqu'à 3 ans.	
<b>Estonie</b>	Article 49 du code pénal (Karistusseadustik)	Ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante (abus du statut professionnel ou officiel ou violation des devoirs officiels)	Jusqu'à 3 ans	Peut être imposé comme peine supplémentaire
<b>Allemagne</b>	En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la loi sur le registre de la concurrence, les soumissions collusoires au sens de l'article 298 du code pénal allemand doivent être inscrites au registre de la concurrence. Les soumissions collusoires peuvent également constituer une infraction à l'article 1 de la loi allemande sur la concurrence ou à l'article 101 du TFUE, qui doit également être inscrite au registre de la concurrence conformément à l'article 2, paragraphe 2, de la loi sur le registre de la concurrence.	Soumissions concertées	3 ans. Mais il est possible d'adopter des mesures correctives volontaires centralisées ou décentralisées.	Les mesures correctives volontaires prises par l'entreprise en ce qui concerne l'interdiction de soumissionner peuvent conduire à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur.
<b>Hong Kong</b>	En vertu de l'article 101 de l'ordonnance sur la concurrence, le tribunal de la concurrence de Hong Kong peut, à la demande de la commission de la concurrence, imposer une décision d'interdiction d'exercer.	Accords anticoncurrentiels ou abus de position dominante.	Jusqu'à 5 ans.	

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
Hongrie	Si une personne est reconnue coupable lors d'une procédure pénale (par exemple, pour avoir participé à un accord anticoncurrentiel dans le cadre d'un marché public ou d'une procédure de concession, conformément à l'article 420 du code pénal), l'interdiction d'exercer un emploi ou un poste de direction peut être imposée comme peine supplémentaire.			
Irlande	En vertu de l'article 839, paragraphe 1 de la loi sur les sociétés de 2014, lue conjointement avec la réglementation de 2016 relative à la loi sur les sociétés de 2014 (article 839), les personnes condamnées pénalement pour certaines infractions au droit de la concurrence sont automatiquement interdites de nomination ou d'exercice de la fonction d'administrateur et de dirigeant ou de participation de quelque manière à la gestion de la société pendant une période de 5 ans (ou pour toute autre période que le tribunal peut fixer).	Infractions au droit de la concurrence en vertu des articles 4 et 6 (conclusion d'accords, prise de décisions et pratiques concertées anticoncurrentiels) et des articles 5 et 7 (abus de position dominante) de la loi sur la concurrence de 2002 (telle que modifiée).	5 ans (ou pour toute autre période que le tribunal peut fixer).	
Israël	L'article 226 de la loi israélienne sur les sociétés autorise le tribunal à interdire aux administrateurs qui ont été condamnés pour une infraction à la loi sur la concurrence d'exercer des fonctions d'administrateur. Cette interdiction s'ajoute à la condamnation	Violations du droit de la concurrence, selon le texte de l'article 226.	Jusqu'à 5 ans (le tribunal peut fixer une période plus courte)	

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
	et à la sanction pénale. L'ICA envisage actuellement de proposer une réforme législative prévoyant qu'une personne reconnue coupable d'une infraction à la loi sur les ententes sera automatiquement interdite de travailler dans toute autre entreprise faisant partie de l'entente.			
<b>Japon</b>	L'article 331, alinéa 1, point 4, de la loi sur les sociétés dispose qu'une personne qui a été condamnée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus sévère sans sursis ne peut exercer des fonctions d'administrateur d'une société. De telles sanctions pénales peuvent être imposées pour des violations de la loi antimonopole, uniquement si la Commission japonaise du commerce équitable porte une accusation.	Les ententes, y compris les soumissions concertées et le monopole privé	Jusqu'à 5 ans (jusqu'à la fin de l'exécution de la peine)	
<b>Lituanie</b>	Article 40 de la loi sur la concurrence de la République de Lituanie.	En cas de participation d'une entreprise à l'accord interdit conclu entre concurrents ou pour abus de position dominante.	3 à 5 ans	
<b>Mexique</b>	Article 127, clause X. de la loi fédérale sur la concurrence économique (LFCE)	Interdiction allant jusqu'à 5 ans d'exercer des fonctions d'administrateur, de directeur, de gérant, de dirigeant, de cadre, d'agent, de représentant ou de mandataire d'une personne morale, pouvant frapper les personnes qui participent directement ou indirectement à des pratiques anticoncurrentielles ou à des fusions	Jusqu'à 5 ans.	Affaire COFECE IO-001-2016 : en 2021, la Commission fédérale mexicaine de la concurrence économique (COFECE) a infligé des amendes à des entreprises et à des personnes physiques pour collusion sur le marché de la distribution de médicaments. Dix personnes ayant agi au nom des sociétés sanctionnées se

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
		illicites en représentation ou sur ordre de personnes morales (plus une amende pouvant atteindre deux cent mille fois le salaire minimum actuel à Mexico, et des dispositions pour les récidivistes)		sont vu interdire d'exercer des fonctions de conseiller, d'administrateur, de directeur, de gérant, de cadre, d'agent, de représentant ou de mandataire desdites sociétés, pour des durées allant de 6 mois à 4 ans. Plus d'informations à l'adresse : <a href="https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/08/COFECE-022-2021ENG.pdf">https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/08/COFECE-022-2021ENG.pdf</a>
<b>Nouvelle-Zélande</b>	En vertu de l'article 80C de la loi sur le commerce de 1986, une personne physique peut se voir interdire d'occuper le poste d'administrateur ou de gérer une société pour avoir commis une infraction en matière d'entente.	Ententes.	Jusqu'à 5 ans.	La Commission du commerce ou le procureur général (selon le cas) peut proposer d'interdire à un individu d'occuper le poste d'administrateur ou de participer à la gestion d'une société, et le tribunal peut appliquer cette sanction.
<b>Norvège</b>	Article 56 du code pénal (« straffeloven ») sur la perte du droit à une fonction ou à l'exercice d'une activité déterminée.	Conduite criminelle.	Jusqu'à 5 ans.	
<b>Pérou</b>	En 2020, le code pénal péruvien a été amendé afin d'inclure comme délit la participation à un abus de position dominante, à des pratiques restrictives et à des accords anticoncurrentiels. Ce délit est sanctionné par une peine de prison de 2 à 6 ans. En outre, la personne responsable peut se voir interdire une nomination à un poste public ou l'exercice d'une profession.	Accords anticoncurrentiels et abus de position dominante.	Non spécifié.	La modification du code pénal péruvien a eu lieu en 2020, mais la loi n'est toujours pas appliquée.
<b>Pologne</b>	Fournir de fausses informations dans le cadre d'une enquête sur le fondement	Concentration créant un monopole.		

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
	du droit de la concurrence, par exemple une fusion notifiée à l'autorité polonaise, peut entraîner l'interdiction d'exercer.	Fournir de fausses informations concernant une enquête sur le fondement du droit de la concurrence.		
<b>Afrique du Sud</b>	La loi sur la concurrence n° 98 de 1998 (telle que modifiée) ne contient aucune disposition relative à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour une infraction au droit de la concurrence. Toutefois, il est possible en théorie, après avoir constaté une infraction au droit de la concurrence, que les autorités sud-africaines chargées de la concurrence ou toute partie intéressée s'adressent aux tribunaux pour demander l'interdiction d'exercer à l'encontre d'un administrateur en vertu de l'article 69 de la loi 71 de 2008 sur les sociétés.			
<b>Suède</b>	Conformément à la loi sur la concurrence (section 3, article 24) et à la loi sur l'interdiction d'exercer une activité commerciale (articles 2, 3, 7 à 9 et 17), l'autorité suédoise de la concurrence peut demander au tribunal de prononcer une interdiction d'exercer une activité commerciale à l'encontre des personnes qui gèrent une société impliquée dans une entente.	Ententes	3 à 10 ans.	
<b>Turquie</b>	Selon l'article 235 du code pénal turc, « toute personne qui agit frauduleusement au nom d'une institution publique ou d'une société,	Ententes	3 à 7 ans	

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
	<p>dans le cadre d'un appel d'offres portant sur la construction, la location, l'achat ou la vente de biens ou de services, est condamnée à une peine d'emprisonnement de trois à sept ans. Le sous-paragraphe 2 de cet article prévoit que la conclusion d'un accord ouvert ou secret avec d'autres, afin d'influencer les conditions d'une offre, en particulier le prix, pour ceux qui sont prêts à participer à l'appel d'offres ou ceux qui y ont déjà participé, est présumée constituer un acte frauduleux.</p>			
Royaume-Uni	<p>En vertu de l'article 9A de la loi de 1986 sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur au sein de sociétés, un tribunal doit rendre une décision d'interdiction d'exercer à l'encontre d'une personne, si cette dernière est administrateur d'une société qui enfreint le droit de la concurrence et si le tribunal estime que la conduite de cette personne la rend inapte à participer à la direction d'une entreprise. L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur peut être demandée par l'autorité de la concurrence et des marchés ou un par une autorité réglementaire spécifiée. Une personne peut proposer un engagement volontaire d'interdiction d'exercer, qui peut être accepté par l'autorité de la concurrence et des marchés ou une autre autorité</p>	<p>Une infraction au droit de la concurrence inclut la violation de l'interdiction énoncée au chapitre 1 (interdiction des accords et autres instruments qui visent à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence) ou de l'interdiction énoncée au chapitre 2 (interdiction de l'abus de position dominante), au sens de la loi sur la concurrence de 1998.</p>	Jusqu'à 15 ans.	

Juridiction	Référence juridique de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infraction au droit de la concurrence	Type d'infraction	Durée de l'interdiction d'exercer	Informations supplémentaires
	réglementaire spécifiée, au lieu de solliciter une décision d'interdiction d'exercer auprès du tribunal.			
États-Unis	Conformément à la section 13(b) de la loi sur la FTC, la FTC peut chercher à imposer une responsabilité personnelle à des personnes qui ont exercé, dirigé ou participé à une conduite illégale.	Toute violation du droit de la concurrence.	Illimitée.	Tout récemment, un tribunal a déclaré un individu responsable de monopolisation illégale en vertu de la loi sur la FTC et de la loi de l'État et l'a banni à vie de l'industrie pharmaceutique. Le tribunal a déterminé que la « conduite illégale flagrante, délibérée, répétitive, de longue durée et finalement dangereuse » de l'individu justifiait l'interdiction à vie. FTC contre Shkreli, 581 F. Supp. 3d 579, 637 (S.D.N.Y. 2022).

Remarque : La présente analyse porte sur l'existence et l'application de la sanction d'interdiction d'exercer dans le cadre du système de droit de la concurrence d'une juridiction spécifique. Par conséquent, le tableau n'inclut pas les situations où l'infraction à la loi peut être un motif valable de licenciement des administrateurs en vertu du droit des sociétés, du droit pénal ou du droit du travail (notamment, en Autriche, en Finlande, en France, en Italie, en Espagne), à l'exception des cas où

- (a) les règles sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur ont un lien explicite avec le droit de la concurrence ; ou
- (b) l'autorité de la concurrence peut engager une procédure visant à faire prononcer une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur.

Source : Les différentes informations contenues dans le tableau ont été principalement collectées par le biais des réponses à l'enquête menée auprès des pays. Elles sont fournies à titre indicatif et ne visent pas nécessairement à être exhaustives. Les sources complémentaires comprennent : Rowan McMonnies, Global Compliance News, décembre 2014, <https://www.globalcompliancenes.com/2014/12/03/how-much-do-you-value-your-job-disqualification-orders-find-their-way-to-australian-competition-enforcement/>; (Tóth, 2022<sup>[49]</sup>).

## Annexe B. Tableau relatif à l'interdiction de soumissionner

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
<b>Autriche</b>	Selon la loi sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'interdire à une entreprise ayant pratiqué la collusion de participer à des marchés publics. Une condamnation pénale ou une décision de justice n'est pas nécessaire à cet effet.	Il faut toutefois disposer « d'éléments suffisamment plausibles » montrant qu'il y a eu des accords anticoncurrentiels.	3 à 5 ans	
<b>Brésil</b>	Les sociétés impliquées dans des comportements anticoncurrentiels peuvent être exclues de la participation à des marchés publics pour une période minimale de 5 ans, comme le prévoit l'article 38(II) de la loi 12529/2011.	L'autorité de la concurrence, la CADE, rend la décision d'exclusion.	5 ans minimum	L'autorité antitrust est libre d'exclure le chef de file ou tous ceux qui ont pris part à la collusion. Il est également à noter que la période d'exclusion peut être discutée et ajustée en fonction des critères de proportionnalité et de caractère raisonnable.
<b>Bulgarie</b>	L'article 55 (1), p.3 de la loi sur les marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur peut exclure d'une offre particulière les entreprises qui ont conclu avec d'autres opérateurs économiques des accords visant à fausser la concurrence, si l'infraction a été établie par une décision de l'autorité compétente	Le pouvoir adjudicateur prend la décision d'exclure le ou les soumissionnaires de l'offre en question.	Pour la procédure particulière de passation d'un marché public (appel d'offres).	L'article 55 (1), p.3 de la loi sur les marchés publics transpose en droit national bulgare l'article 57 de la directive européenne 2014/24 sur les marchés publics. L'exclusion ne concerne que cette offre spécifique et à condition que le pouvoir adjudicateur ait inclus dans l'avis de marché public cette infraction comme motif légal d'exclusion.

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	(l'autorité de la concurrence).			
<b>Canada</b>	<p>En vertu du régime d'intégrité, un fournisseur ne peut pas conclure de contrat avec le gouvernement canadien s'il a été reconnu coupable de soumissions concertées ou de toute autre infraction à la loi sur la concurrence au cours des trois dernières années. La période d'inéligibilité est de 10 ans, qui peut être ramenée à 5 ans au maximum en vertu d'un accord administratif. Un fournisseur <i>peut</i> être exclu pour une condamnation en vertu d'une législation étrangère similaire. C'est une politique et non une loi. Voir <a href="https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ci-if-eng.html">https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ci-if-eng.html</a>.</p> <p>Certains gouvernements provinciaux ont également des politiques d'exclusion.</p>	<p>Le ministère des Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) administre le régime d'intégrité fédéral et applique la politique de suspension et d'inadmissibilité pour prendre des décisions en matière d'inadmissibilité et de suspension. Voir <a href="https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/politique-policy-eng.html">https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/politique-policy-eng.html</a>.</p>	5 à 10 ans	<p>Un pouvoir adjudicateur peut conclure un contrat avec un fournisseur inéligible ou suspendu si cela présente un intérêt public. Les raisons d'invoquer une exception d'intérêt public sont notamment les suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-en cas d'urgence ;</li> <li>-aucun autre fournisseur n'est en mesure d'exécuter le contrat ;</li> <li>-le contrat est indispensable pour maintenir des stocks de sécurité en quantité suffisante ; et</li> <li>-le fait de ne pas conclure le contrat avec le fournisseur pourrait avoir des répercussions négatives importantes sur la santé, la sécurité nationale, la sécurité publique ou le bien-être économique ou financier de la population du Canada ou sur le fonctionnement de l'administration publique fédérale. Consulter la page : <a href="https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/politique-policy-eng.html">https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/politique-policy-eng.html</a>.</li> </ul> <p>Outre les politiques d'exclusion, les parties peuvent se voir interdire de soumissionner à des marchés publics en application d'un règlement négocié ou d'un jugement dans une procédure contestée.</p>
<b>Chili</b>	<p>En vertu de la loi sur la concurrence, les entreprises qui participent à des accords horizontaux, y compris des soumissions concertées, peuvent se voir interdire de passer des contrats « avec des organismes de l'administration centralisée ou décentralisée de l'État, avec des organismes autonomes ou avec des institutions, organismes, entreprises ou services auxquels l'État apporte</p>	<p>Le tribunal compétent doit rendre une décision.</p>	Jusqu'à 5 ans	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	des contributions, avec le Congrès et l'administration judiciaire, et être frappées d'une interdiction de se voir attribuer toute concession accordée par l'État ».			
<b>Colombie</b>	<p>Une personne physique qui est déclarée coupable dans le cadre d'un procès pénal pour avoir commis un truquage d'offres, peut être exclue par le juge de contracter avec toute entité publique pour une période de 8 ans (article 410A du code pénal).</p> <p>Les entreprises dont les administrateurs sont reconnus coupables par un juge pénal d'avoir commis un truquage d'offres, peuvent faire l'objet d'une action administrative d'où peut découler une sanction correspondant à l'exclusion définitive de contracter avec des entités publiques à l'avenir (article 2 de la loi 2195 de 2022).</p>	Juge pénal et autres entités administratives.	<p>8 ans pour les personnes physiques reconnues coupables dans le cadre d'un procès pénal de truquage d'offres.</p> <p>A titre définitif pour les entreprises dont les administrateurs sont reconnus coupables par un juge pénal d'avoir truqué des offres.</p>	La surintendance de l'industrie et du commerce, en tant qu'autorité nationale de la concurrence, n'a pas le pouvoir d'imposer une sanction correspondant à l'exclusion de la participation aux processus de marchés publics à ceux qui se rendent coupables de truquage des offres. Ce type de sanctions peut être imposé par d'autres autorités.
<b>Costa Rica</b>	En vertu de la loi costaricienne sur la concurrence, les entreprises qui pratiquent des soumissions concertées peuvent être interdites de participation à des marchés publics et sont également passibles d'une amende.	L'autorité de la concurrence rend la décision d'exclusion.	2 à 10 ans.	Le premier candidat au programme de clémence peut être exempté d'une interdiction de soumissionner.
<b>République tchèque</b>	Les entreprises qui ont été impliquées dans des soumissions concertées peuvent être exclues de l'accès aux marchés publics et	L'autorité de la concurrence rend la décision.	Jusqu'à 3 ans.	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	encourent en outre des amendes.			
<b>Danemark</b>	<p>La section 135, (1), 1) de la loi danoise sur les marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur doit exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation à une procédure de passation de marché public, lorsque ce dernier a été condamné ou s'est vu infliger une amende par un jugement définitif pour des actes commis dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008.</p> <p>La section 137, (1), 3) de la loi danoise sur les marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur peut exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation à une procédure de passation de marché public, lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a passé des accords avec d'autres opérateurs économiques dans le but de fausser la concurrence.</p>	Le tribunal compétent doit rendre un jugement définitif, ou des « éléments suffisamment plausibles » sont requis.	3 à 5 ans.	Les sections 135 et 137 de la loi danoise sur les marchés publics transposent l'article 57 de la directive 2014/24 sur les marchés publics.
<b>Égypte</b>	Conformément à l'article 50 de la loi n° 182 de 2018 sur les marchés publics et aux lignes directrices sur les marchés publics de l'Autorité	L'Autorité générale des services publics supprime le nom de l'entreprise de la liste,	La période d'exclusion est indéfinie. L'entreprise doit demander à être réinscrite au registre, après avoir	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	égyptienne de la concurrence (2021), les entreprises reconnues coupables de soumissions concertées sont radiées du registre des entreprises habilitées à passer des contrats avec l'État.	après avoir demandé l'avis du Conseil d'État.	prouvé que le ministère public ou le tribunal compétent l'a acquittée de l'infraction.	
<b>Estonie</b>	Selon la loi sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut exclure de la procédure de passation de marché un soumissionnaire en raison d'un accord de nature à fausser la concurrence. L'exclusion n'est pas automatique.	L'autorité doit prouver par tout moyen l'existence de motifs d'exclusion du soumissionnaire.	3 ans.	
<b>Union européenne</b>	L'article 57 de la directive 2014/24 sur les marchés publics stipule que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure les entreprises qui ont conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques dans le but de fausser la concurrence. Le motif d'exclusion facultatif lié à la collusion se retrouve également à l'article 38, paragraphe 7, point e), de la directive 2014/23/UE sur les concessions et peut s'appliquer aux marchés couverts par la directive 2014/25/UE sur les services d'utilité publique en vertu de son article 80, paragraphe 128.  L'article 136, paragraphe 1, point c) ii), du règlement financier dispose que l'ordonnateur concerné exclut	Des « indices suffisamment plausibles » sont requis.  L'ordonnateur concerné décide de l'exclusion de l'entité de la participation aux procédures d'attribution de l'UE ou	Jusqu'à 3 ans.  Fixé par le jugement définitif/décision administrative, ou en cas d'absence de celle-ci : jusqu'à 3 ans.	Un jugement préliminaire de 2018 de la CJUE mentionne que « la période d'exclusion doit être calculée non pas à partir de la date de participation à l'entente, mais à partir de la date à laquelle le comportement a fait l'objet d'un constat d'infraction par l'autorité compétente » (Affaire C-124/17). Si l'exclusion est prononcée par la CJUE, la directive prévoit que la période d'exclusion commence à la date du jugement définitif du tribunal.

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	<p>l'entité de la participation aux procédures de passation de marchés de l'UE ou de la sélection pour la mise en œuvre des financements de l'Union lorsqu'il a été établi par un jugement définitif ou une décision administrative définitive qu'une entité a commis une faute professionnelle grave notamment la conclusion d'un accord avec d'autres entités dans le but de fausser la concurrence.</p> <p>En l'absence d'un jugement définitif ou, le cas échéant, d'une décision administrative définitive, l'ordonnateur concerné exclut l'entité sur la base d'une qualification juridique préliminaire d'un comportement mentionné dans ces points, compte tenu des faits établis ou d'autres constatations contenues dans la recommandation du panel visé à l'article 143 du règlement financier.</p>	de la sélection pour la mise en œuvre des financements de l'Union.	<p>Le délai de prescription pour exclure l'entité est de 5 ans, calculé à partir de l'un des éléments suivants :</p> <p>(a) la date du comportement donnant lieu à l'exclusion ou, en cas d'actes continus ou répétés, la date à laquelle le comportement cesse, ou encore</p> <p>(b) la date du jugement définitif d'une juridiction nationale ou de la décision administrative définitive.</p>	
<b>Finlande</b>	En vertu de la loi sur les marchés publics et les contrats de concession, le pouvoir adjudicateur est habilité à exclure une entreprise (fournisseur, soumissionnaire) si celle-ci a pris part, notamment, à des soumissions concertées.	En l'absence d'une décision ou d'un jugement final (juridiquement contraignant) relatif à une infraction, le pouvoir adjudicateur doit examiner au cas par cas s'il existe des « preuves suffisantes » de	Un candidat ou un soumissionnaire ne peut être exclu de l'appel d'offres si l'événement date de plus de 3 ans.	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
		<p>l'infraction à la concurrence. L'autorité doit tenir compte du principe de proportionnalité et d'égalité. En cas d'infraction mineure, par exemple, un soumissionnaire ne peut être exclu que dans des circonstances exceptionnelles. De même, l'interdiction de soumissionner ne devrait pas être une sanction automatique pour une entreprise qui a participé à une entente. L'interdiction peut principalement être appliquée lorsque l'autorité considère que l'infraction aura un impact sur le résultat optimal de la passation de marché, ou que le comportement anticoncurrentiel a compromis l'intégrité d'une entreprise de sorte que l'entité adjudicatrice ne peut la désigner comme partenaire contractuel.</p>		

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
<b>Allemagne</b>	La section 124(1) de la loi allemande sur la concurrence dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure les entreprises qui ont conclu des accords avec d'autres entreprises ou se sont livrées à des pratiques concertées dont l'objet ou l'effet est d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.	Des « indices suffisants » sont requis.	3 ans.	Selon la section 2(1) de la loi sur le registre de la concurrence, les entreprises ayant pris part à des soumissions concertées doivent être inscrites dans un registre des entreprises exclues des procédures d'appel d'offres.
<b>Grèce</b>	L'article 73 par. 4 c de la loi nationale sur les travaux publics, les marchés publics et les services publics prévoit qu'un pouvoir adjudicateur public a le droit d'interdire à un opérateur économique de soumissionner pour un appel d'offres spécifique, si cet opérateur s'est livré à des pratiques anticoncurrentielles (un motif non obligatoire d'interdiction). Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas si l'opérateur a adopté des mesures correctives volontaires en vue de prouver sa crédibilité. L'article 74 de la loi nationale précitée prévoit également l'exclusion horizontale d'un opérateur économique des futurs marchés publics.	Indices suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu avec d'autres opérateurs économiques des accords visant à fausser la concurrence, c'est-à-dire qu'une décision judiciaire ou administrative antérieure ayant un effet définitif et contraignant n'est pas nécessaire.	3 ans après le prononcé de la décision de l'autorité compétente.	En vertu de l'article 44 de la loi grecque sur la concurrence, l'opérateur économique qui bénéficie d'un programme de clémence ou/et d'une procédure de règlement transactionnel, n'est pas frappé d'une interdiction de soumissionner et les personnes physiques jouissent d'une immunité totale.  Un opérateur économique peut, à sa discrétion, adopter une interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur comme mesure corrective volontaire afin de prouver sa crédibilité à un pouvoir adjudicateur public.
<b>Hongrie</b>	La loi sur les marchés publics dispose qu'une entreprise impliquée dans une soumission concertée est d'office exclue des futurs marchés publics, étant donné qu'elle est également condamnée à une	Le tribunal ou le GVH doit déclarer l'entreprise coupable et lui imposer une amende.	Jusqu'à 3 ans.	L'interdiction de soumissionner ne peut être appliquée qu'en combinaison avec une amende.  En outre, si le pouvoir adjudicateur peut prouver que les soumissionnaires ont conclu des accords visant à fausser la concurrence, lors d'une procédure de passation de marché public donnée, le pouvoir adjudicateur peut exclure les soumissionnaires en question de

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	amende pour le même motif. En ce qui concerne la procédure relative aux « mesures correctives volontaires », il est à noter que si une entreprise a soumis une demande à l'Autorité des marchés publics pour prouver sa fiabilité, elle peut ne pas être exclue d'une procédure de marché public.			cette procédure.
<b>Inde</b>	Les soumissionnaires potentiels pour les marchés publics signent un « pacte d'intégrité » avec le ministère des Affaires étrangères. Le pacte stipule que la pratique des soumissions concertées peut entraîner l'exclusion de la participation aux futurs appels d'offres du gouvernement pour une période minimale de cinq ans, qui peut être prolongée à la discrétion du pouvoir adjudicateur.	Violation du pacte d'intégrité	Au moins 5 ans	
<b>Italie</b>	En vertu de l'article 80, paragraphe 5, lettre c, du code des marchés publics (CCP), les pouvoirs adjudicateurs excluent de la participation à un appel d'offres un opérateur économique lorsque celui-ci a commis des fautes professionnelles graves susceptibles de compromettre son intégrité ou sa fiabilité (soulignement ajouté). Dans ses lignes directrices, l'autorité anticorruption (responsable de l'application du CCP) a inclus au rang des fautes professionnelles graves,	Dans la plupart des cas, l'exclusion n'est pas automatique : les pouvoirs adjudicateurs doivent produire « des preuves adéquates afin de démontrer les circonstances de l'exclusion » conformément à l'article 80, paragraphe 13 du CCP. Pour cela, ils doivent procéder à une	3 ans à compter de l'adoption de la décision de sanction de l'autorité de la concurrence	Les directives de l'autorité de lutte contre la corruption par rapport à cette disposition du CCP sont en cours de révision (en octobre 2022).

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	les infractions à la concurrence constatées et sanctionnées par l'autorité de la concurrence qui se sont produites sur le même marché que celui de l'appel d'offres en question.	évaluation en tenant compte de tous les facteurs pertinents (notamment, l'ancienneté de l'infraction, tout contrôle judiciaire en cours de la décision de sanction, toutes mesures correctives volontaires), car la simple existence d'une décision de sanction de l'autorité de la concurrence n'est pas suffisante.		
<b>Israël</b>	Selon la jurisprudence israélienne, un pouvoir adjudicateur peut, à sa discrétion, exclure une entreprise si elle a participé à une soumission concertée.	Il incombe au pouvoir adjudicateur de déterminer la responsabilité de l'entreprise. En général, l'ICA aide le pouvoir adjudicateur en lui fournissant des données et, si possible, des preuves. Le soumissionnaire peut être exclu pendant que la procédure pénale est en cours.	Étant donné qu'il n'existe pas de loi ou de règlement spécifique, la période d'exclusion est laissée à la discrétion du pouvoir adjudicateur.	L'ICA a pris une initiative et a convaincu le ministère des Finances d'imposer une « déclaration d'offre sincère » dans chaque appel d'offres public. Cette déclaration permet au pouvoir adjudicateur d'utiliser son pouvoir discrétionnaire et d'exclure les entreprises qui ont participé à un système de soumissions concertées.
<b>Japon</b>	Les entreprises qui ont commis une violation de la loi antimonopole, notamment une entente et des soumissions concertées, sont	Les donneurs d'ordre (par exemple, les pouvoirs adjudicateurs)	De 2 mois à 3 ans.	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	généralement suspendues de toute participation aux appels d'offres publics.	prennent cette décision après que la Commission japonaise du commerce équitable a constaté la violation et émis un ordre ou déposé une accusation, ou que le suspect a été arrêté.		
<b>Corée</b>	Les entreprises qui ont accumulé plus de 5 points de pénalité pour soumissions concertées sur une période de 5 ans seront exclues de la participation aux appels d'offres.	La Commission coréenne du commerce équitable doit trouver des condamnations multiples de l'entreprise pour soumissions concertées.	De 1 mois à 2 ans.	Les modifications apportées aux lignes directrices en matière de soumissions concertées ont élargi le champ d'application de l'exclusion en 2020. Avant les modifications, seules les entreprises qui avaient été reconnues coupables de soumissions concertées et auxquelles on avait imposé des mesures correctives en plus des cinq points de pénalité pouvaient être exclues. Les modifications apportées prévoient toutefois que les entreprises sont exclues du processus d'appel d'offres à partir du moment où leurs points de pénalité sont supérieurs à 5.
<b>Lituanie</b>	L'article 46(4) de la loi sur les marchés publics de la République de Lituanie prévoit que le pouvoir adjudicateur doit exclure un fournisseur de la procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur peut prouver que le fournisseur a commis une faute professionnelle grave, ce qui inclut notamment les infractions au droit de la concurrence.		La période d'exclusion de 3 ans commence à courir à partir du jour où l'accord anticoncurrentiel a pris fin.	
<b>Luxembourg</b>	En vertu de la loi sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure une entreprise qui a conclu des accords avec d'autres	Le pouvoir adjudicateur doit disposer de « preuves suffisamment	Jusqu'à 3 ans, si la période d'exclusion n'a pas été fixée par un jugement définitif.	Loi sur les marchés publics : Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics: <a href="https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/04/08/a243/jo">https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/04/08/a243/jo</a> .

Jurisdiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence (art. 29 (3), d).	plausibles » de l'infraction.		
<b>Mexique</b>	Le ministère de l'Administration publique peut interdire à une entité économique de participer à des marchés publics dans certaines circonstances (voir informations complémentaires).		De 3 mois à 5 ans.	<p>L'article 53, clause IV. de la loi fédérale sur la concurrence économique (LFCE) interdit l'établissement, l'arrangement ou la coordination de positions dans les offres, les soumissions ou les enchères. L'article 127, clause IV. prévoit une sanction pouvant aller jusqu'à 10 % des revenus de l'agent économique, quelle que soit la responsabilité civile et pénale encourue.</p> <p>En outre, conformément au code pénal fédéral, les personnes physiques peuvent être punies d'une peine de prison allant jusqu'à 10 ans pour cette infraction à la LFCE.</p> <p>La commission fédérale mexicaine de la concurrence économique (COFECE) a signé un accord de coopération avec le ministère de l'Administration publique dans lequel les deux parties s'engagent à s'informer mutuellement lorsque des éléments susceptibles de faire l'objet d'une enquête ou d'une sanction par l'autre autorité sont identifiés au cours d'une enquête.</p> <p>Le ministère de l'Administration publique a déjà exclu une entreprise dans ce contexte.</p> <p>Dans le règlement de l'affaire DE-011-2016, en 2020, la COFECE a infligé des amendes à des sociétés et à des personnes physiques pour collusion dans les appels d'offres relatifs à des services d'analyses de laboratoire et de banques de sang lancés par les deux principaux organismes de sécurité sociale (IMSS et ISSSTE). Cependant, selon la loi sur les marchés publics en vigueur, la COFECE n'est pas habilitée à restreindre ou à interdire la participation d'une entreprise qui a été sanctionnée ou qui fait l'objet d'une enquête par cette autorité concernant la passation de marchés publics. Dans cette affaire, étant donné que la COFECE avait prouvé la participation des entreprises à la pratique anticoncurrentielle, le Conseil de la COFECE a ordonné de notifier cette affaire, pour qu'il lui soit donné les effets juridiques correspondants, au ministère de l'Administration publique, ainsi qu'à l'IMSS et l'ISSSTE. En août 2022, le ministère de l'Administration publique a publié au Journal officiel fédéral une déclaration selon laquelle les entreprises étaient exclues pour une période de sept ans, pendant laquelle elles ne pourraient pas participer directement ou indirectement à des procédures de passation de marchés, ni conclure de</p>

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
				<p>contrats avec une institution publique contractante, conformément à la section VII de l'article 3 de la loi fédérale anticorruption sur les marchés publics.</p> <p>Pour plus d'informations sur la décision de la COFECE, voir : <a href="https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/08/COFECE-031-2020_ENG.pdf">https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/08/COFECE-031-2020_ENG.pdf</a></p> <p>Pour plus d'informations sur la sanction administrative du ministère de l'Administration publique, voir : <a href="https://www.dof.gob.mx/index.php?year=2022&amp;month=08&amp;day=25&amp;edicion=MAT#gsc.tab=0">https://www.dof.gob.mx/index.php?year=2022&amp;month=08&amp;day=25&amp;edicion=MAT#gsc.tab=0</a></p>
<b>Nouvelle-Zélande</b>	Selon les règles de passation des marchés publics, un pouvoir adjudicateur peut exclure un fournisseur s'il existe des preuves qu'il a participé une soumission concertée.		Non spécifié.	
<b>Norvège</b>	L'article 24-2 (3) e) du règlement 2016-08-12 n° 974 (« anskaffelsesforskriften ») concerne « l'exclusion en raison de circonstances imputables au fournisseur » et mentionne que le pouvoir adjudicateur peut exclure un fournisseur lorsque des preuves attestent que ce dernier a conclu des accords dans l'intention de fausser la concurrence.	Avant l'exclusion, le fournisseur doit pouvoir justifier que sa participation aux accords n'a en aucun cas faussé la concurrence. Pour les mesures correctives volontaires, voir les informations complémentaires.	Non spécifié.	Le fournisseur peut en outre prendre certaines mesures correctives volontaires afin d'éviter une exclusion. Cette disposition découle de l'article 24-5, qui dispose que le pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure un fournisseur qui peut prouver la mise en œuvre des mesures suivantes : a) paiement d'une indemnisation pour toute perte liée à la violation ou engagement de fournir un tel paiement ; b) coopération active avec les autorités responsables afin de clarifier les faits et les circonstances de l'affaire ; et c) mise en œuvre de mesures techniques, organisationnelles et personnelles appropriées pour prévenir la récidive.
<b>Pérou</b>	Selon la loi péruvienne sur la concurrence, la pratique de soumissions concertées est sanctionnée par des amendes et l'interdiction de participer à des appels d'offres publics pendant un an.	L'INDECOPI doit d'abord déclarer une infraction commise dans un appel d'offres public. Ensuite, l'autorité péruvienne des marchés publics procédera à	1 an.	La modification a été introduite en 2018, mais cette règle n'a pas encore été appliquée.

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
		l'enregistrement de l'interdiction de soumissionner des entreprises concernées.		
<b>Portugal</b>	En vertu de la loi portugaise sur la concurrence (loi n° 19/2012), parallèlement à l'amende infligée, la partie qui a commis l'infraction peut se voir interdire le droit de participer aux procédures de passation de marchés de travaux publics, de concessions de travaux publics, de concessions de services publics, de location ou d'achat de biens ou de services ou aux procédures d'octroi de licences ou d'autorisations.	L'autorité de la concurrence rend la décision d'exclusion. La sanction peut être appliquée : - dans les cas où l'infraction au droit de la concurrence s'est produite au cours ou à cause des procédures de passation de marchés ; et - lorsque la gravité de l'infraction et la faute de la partie concernée le justifient.	Jusqu'à 2 ans.	
<b>République slovaque</b>	Les entreprises qui participent à une soumission concertée (dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés) sont automatiquement interdites de participation aux futurs marchés publics. L'objectif principal de cette sanction est la dissuasion.		Jusqu'à 3 ans (ou moins d'un an en cas de règlement avec l'office anti-monopole).	Les mesures correctives volontaires ne sont pas acceptées.
<b>Slovénie</b>	Un pouvoir adjudicateur peut exclure un fournisseur s'il participe à des activités de soumission concertée. L'exclusion n'est pas automatique. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un droit d'appréciation.	Le pouvoir adjudicateur doit disposer « d'éléments suffisamment plausibles » indiquant que l'entreprise a	Non spécifié.	

Jurisdiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	(Article 75 de la loi sur les marchés publics).	participé à des activités de soumission concertée.		
<b>Espagne</b>	<p>La loi 9/2017, du 8 novembre, sur les contrats du secteur public s'applique aux procédures de passation de marchés et prévoit l'application d'une interdiction de conclure des contrats avec le secteur public, à titre de sanction à l'encontre de toute personne frappée d'une sanction définitive résultant d'une infraction au droit de la concurrence (articles 71 à 73).</p> <p>Le décret royal 1098/2001, du 12 octobre, portant approbation du règlement général d'application de la loi sur les contrats du secteur public (art 19), précise les facteurs à prendre en compte pour déterminer la portée et la durée de l'interdiction de soumissionner.</p> <p>En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent contacter la CNMC afin d'évaluer les indices plausibles d'infractions à la concurrence dans une procédure d'appel d'offres en cours (article 150 de la loi 9/2017)</p>	<p>Infractions graves ou très graves au droit de la concurrence. Les sanctions sont prononcées par la CNMC mais jusqu'à présent, c'est l'organe administratif régissant les procédures de passation des marchés publics (JCCPE) qui définit la durée et la portée de l'interdiction de soumissionner. L'interdiction de soumissionner ne devient effective que lorsque la sanction est définitive.</p> <p>Les demandeurs de clémence sont exemptés de la sanction d'interdiction de soumissionner.</p>	3 ans maximum.	<p>L'interdiction de soumissionner est applicable aux personnes physiques et morales.</p> <p>La CNMC, contrairement à deux autorités régionales de la concurrence, n'a pas déterminé, jusqu'à présent, la portée et la durée de l'interdiction de soumissionner.</p> <p>Sa portée concerne l'ensemble du secteur public selon la définition du JCCPE.</p>
<b>Suède</b>	Un pouvoir adjudicateur peut exclure un fournisseur s'il participe à des activités de soumissions concertées. L'exclusion n'est pas automatique.	Le pouvoir adjudicateur doit disposer « d'éléments suffisamment plausibles » indiquant	Jusqu'à 3 ans.	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
		que l'entreprise a participé à des soumissions concertées.		
<b>Suisse</b>	Selon la loi sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure des soumissionnaires à de futurs marchés publics s'ils disposent d'indices suffisants prouvant que le soumissionnaire a conclu des accords illégaux affectant le droit de la concurrence.	Le soumissionnaire est exclu des marchés attribués uniquement par le pouvoir adjudicateur concerné.	Jusqu'à 5 ans	
<b>Turquie</b>	Conformément à l'article 58 de la loi n° 4734 sur les marchés publics, qui régit l'interdiction de participer aux appels d'offres, « les entreprises dont il est établi qu'elles sont impliquées dans des actes et des comportements visés à l'article 17 sont interdites de participation à tout appel d'offres lancé par les institutions et autorités publiques pendant au moins un an et jusqu'à deux ans, selon la nature desdits actes et comportements ; et les entreprises qui ne signent pas un marché conformément aux procédures, sauf cas de force majeure, alors que ce marché leur a été adjugé, sont également interdites de participation à tout appel d'offres pendant au moins six mois et jusqu'à un an... Lorsque les personnes morales soumises à l'interdiction sont des	Le ministère qui exécute le marché ou le ministère auquel le pouvoir adjudicateur est subordonné ou associé, les agents contractuels des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas considérés comme subordonnés ou associés à un ministère, et le ministère de l'Intérieur dans les administrations provinciales spéciales et dans les municipalités ainsi que dans les associations, institutions et entreprises qui leur	1 à 2 ans	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	<p>entreprises individuelles, les décisions d'interdiction s'appliquent à tous les associés, et dans le cas des sociétés à capital partagé, les décisions d'interdiction concernent les associés qui sont des personnes physiques ou morales possédant plus de la moitié du capital conformément aux dispositions du paragraphe 1.</p> <p>L'article 17 prévoit que les actes ou comportements suivants sont interdits dans les procédures d'appel d'offres : a) commettre ou tenter de commettre une fraude à la passation de marchés au moyen d'actes frauduleux et corrompus, de promesses, de menaces, d'influence illégale, d'intérêt indu, d'accords, de malversation, de corruption ou d'autres actions, b) semer la confusion parmi les soumissionnaires, empêcher leur participation, proposer un accord aux soumissionnaires ou les encourager à accepter de telles propositions, mener des actions qui peuvent influencer la concurrence ou la décision de soumissionner.</p>	sont affiliées.		
<b>Ukraine</b>	Conformément à la clause 4 de la première partie de l'article 17 de la loi ukrainienne sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut refuser de participer à la procédure de passation de marché et est obligé de rejeter l'offre du soumissionnaire ou	Sanction sous forme d'amende et d'interdiction de participer aux futurs appels d'offres.	3 ans.	Outre l'interdiction de participer à d'autres appels d'offres, la violation mentionnée entraîne l'imposition d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % des revenus (recettes) de l'entreprise provenant de la vente de produits (biens, travaux, services) pour la dernière année de référence précédant l'année au cours de laquelle l'amende est imposée.

Jurisdiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	de refuser de participer à la procédure de négociation dans le cas suivant : l'entreprise (le participant) a été tenue responsable, au cours des trois dernières années, d'une violation prévue à la clause 4 de la deuxième partie de l'article 6 et à la clause 1 de l'article 50 de la loi ukrainienne sur la protection de la concurrence économique, sous la forme d'actions concertées anticoncurrentielles visant à fausser les résultats des appels d'offres.			
Royaume-Uni	Selon la réglementation 57 du règlement sur les marchés publics de 2015, un pouvoir adjudicateur peut exclure une entreprise des futurs appels d'offres si elle a participé à des soumissions concertées.	Le pouvoir adjudicateur doit disposer « d'éléments suffisamment plausibles » pour penser que l'entreprise a conclu des accords visant à « fausser la concurrence » (par exemple, fixation des prix, collusion dans les appels d'offres ou partage des marchés).	Jusqu'à 3 ans.	Avant d'exclure un fournisseur, un pouvoir adjudicateur doit examiner si celui-ci a fourni des preuves suffisantes de mesures correctives volontaires (si tel est le cas, il ne sera pas exclu).  En 2022, un projet de loi prévoit une nouvelle exclusion obligatoire pour une durée maximale de cinq ans pour ceux qui prennent part à des ententes (y compris les fournisseurs et les « personnes liées »), ainsi que l'introduction d'un registre central des exclusions.
États-Unis	Les entreprises impliquées dans des actes répréhensibles, notamment la violation des lois antitrust, peuvent faire l'objet d'une suspension ou d'une exclusion. La suspension est temporaire et généralement appliquée en attendant la fin d'une enquête, tandis que l'exclusion peut	Les pouvoirs adjudicateurs et non les autorités antitrust, sont responsables de la suspension et de l'exclusion	La suspension peut durer jusqu'à 12 mois et l'exclusion jusqu'à 3 ans.	

Juridiction	Sanctions portant sur l'interdiction de soumissionner (infraction au droit de la concurrence)	Responsabilité	Période d'exclusion	Informations supplémentaires
	être fondée sur une condamnation pour une infraction à la législation antitrust, entre autres. L'objectif de la suspension ou de l'exclusion n'est pas de punir rétroactivement l'entreprise. Bien au contraire, la suspension et l'exclusion concernent les risques actuels et futurs et sont imposées pour protéger le gouvernement contre le gaspillage, la fraude et les abus.			

# Bibliographie

- Aghion, P. et al. (2015), « Industrial policy and competition », *American Economic Journal: Macroeconomics*, vol. 7/4, pp. 1-32, <https://doi.org/10.1257/mac.20120103>. [2]
- Andersson, H. (2022), « Suède », dans Tóth, T. (dir. pub.), *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press, [https://books.google.fr/books?id=Ttd-EAAAQBAJ&pg=PA674&lpg=PA674&dq=swedish+director+disqualification+cambridge+google+books&source=bl&ots=3pNF2BpyTN&sig=ACfU3U3s88-Q4Vb7HRKwFaS-tzzl0rq5wg&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjmgc\\_9nsn6AhXBwIUKHTRaARUQ6AF6BAgeEAM#v=onepage&q=swedish%20director%20disqualification%20cambridge%20google%20books&f=false](https://books.google.fr/books?id=Ttd-EAAAQBAJ&pg=PA674&lpg=PA674&dq=swedish+director+disqualification+cambridge+google+books&source=bl&ots=3pNF2BpyTN&sig=ACfU3U3s88-Q4Vb7HRKwFaS-tzzl0rq5wg&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjmgc_9nsn6AhXBwIUKHTRaARUQ6AF6BAgeEAM#v=onepage&q=swedish%20director%20disqualification%20cambridge%20google%20books&f=false) (consulté le 5 octobre 2022). [28]
- Andersson, H. (2022), « The Swedish Competition Law Enforcement System: A Scorpion Lacking its Tail? », dans Tóth, T. (dir. pub.), *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781108918015> (consulté le 5 octobre 2022). [20]
- Athayde, A. et R. Cruvinel (2022), « Non-Monetary Antitrust Sanctions: The Brazilian Experience between 2012 and 2022 and Some Additional Reflections for International Antitrust Practice », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.4282215>. [45]
- Auriol, E., E. Hjelmeng et T. Søreide (2017), « Deterring corruption and cartels: In search of a coherent approach », *Concurrences* n° 1-2017, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/droit-et-economie/deterring-corruption-and-cartels-in-search-of-a-coherent-approach> (consulté le 27 octobre 2022). [51]
- Auriol, E. et T. Søreide (2017), « An Economic Analysis of Debarment », *International Review of Law and Economics*, vol. 50, pp. 36-49, <https://doi.org/10.1016/J.IRLE.2017.04.004>. [44]
- Boyer, M. et R. Kotchoni (2011), « The Econometrics of Cartel Overcharges », *HAL Open Science*, vol. 18, pp. 1-59, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00631429> (consulté le 30 septembre 2022). [4]
- Buckley, C. (2021), « Competition Disqualification - The English High Court's Approach Following Re Property Group (2010) Ltd », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12/8, pp. 636-640, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPAB031>. [26]

- Caliskan, S. (2019), « Individual Behaviour, Regulatory Liability, and a Company's Exposure to Risk: The Deterrent Effect of Individual Sanctions in UK Competition Law », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10/6, pp. 386-393, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPZ018>. [29]
- Cerrone, C., Y. Hermstrüwer et P. Robalo (2021), « Debarment and collusion in procurement auctions », *Games and Economic Behavior*, vol. 129, pp. 114-143, <https://doi.org/10.1016/J.GEB.2021.05.011>. [47]
- Combe, E. et C. Monnier (2020), « Why Managers Engage in Price Fixing? An Analytical Framework », *World Competition*, vol. 43/1, pp. 35-60. [36]
- Connor, J. (2014), « Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2400780>. [7]
- De Lima Seixas, R. et C. De Lucinda (2019), « Computing Cartel Overcharges: When Theory Meets Practice », *Estudos Econômicos (São Paulo)*, vol. 49/3, pp. 569-599, <https://doi.org/10.1590/0101-41614935RSC>. [5]
- Dixon, O. (2020), « The Efficacy of Australia Adopting a Debarment Regime in Public Procurement », *Federal Law Review*, vol. 49/1, pp. 122-148, <https://doi.org/10.1177/0067205X20973478>. [41]
- Frese, M. (2016), *Sanctions in EU Competition Law - Principles and Practice*, Hart Publishing. [27]
- Ginsburg, D. et J. Wright (2010), « Antitrust Sanctions », *Competition Policy International, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-60*, vol. 6/2, pp. 3-39, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1705701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705701) (consulté le 9 octobre 2022). [1]
- Ginsburg, D. et J. Wright (2010), « Antitrust Sanctions », *Competition Policy International*, vol. 6/2, pp. 3-39, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1705701](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705701). [50]
- Instruments juridiques de l'OCDE (2019), *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, OECD/LEGAL/0452, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452> (consulté le 22 août 2022). [15]
- Ivaldi, M., F. Jenny et A. Khimich (2016), « Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries », dans Jenny, F. et Y. Katsoulacos (dir. pub.), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries*, Springer, Berlin, [https://doi.org/10.1007/978-3-319-30948-4\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-30948-4_3). [8]
- Khan, A. (2012), « Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? », *World Competition*, vol. 35/1, pp. 77-102, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\WOCO\WOCO201205.pdf> (consulté le 12 octobre 2022). [23]
- Kwok, K. (2014), « The New Hong Kong Competition Law: Anomalies and Challenges », *World Competition*, vol. 37/4, pp. 541-568, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\WOCO\WOCO2014047.pdf> (consulté le 13 octobre 2022). [21]
- Macculloch, A. (2012), « The Cartel Offence: Defining an Appropriate 'Moral Space' », *European Competition Journal*, vol. 8/1, pp. 73-93. [34]

- Maillo, J. (2022), « Competition Law Sanctions in Spain », dans Tóth, T. (dir. pub.), *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781108918015.033>. [40]
- Nowag, M. (dir. pub.) (2022), *Interlocking Directorates in Europe - An Enforcement Gap?*, Cambridge University Press. [39]
- OCDE (2022), « Competition Trends », <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm> (consulté le 12 octobre 2022). [31]
- OCDE (2021), « Les programmes de conformité au droit de la concurrence », <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes.htm>. (consulté le 12 octobre 2022). [38]
- OCDE (2020), *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)6/fr/pdf) (consulté le 14 avril 2021). [3]
- OCDE (2020), « Répression pénale des ententes et des soumissions concertées », <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/repression-penale-des-ententes-et-des-soumissions-concertees.htm> (consulté le 21 août 2022). [11]
- OCDE (2019), *Strengthening Trust in Business Business and Finance Outlook*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/af784794-en.pdf?expires=1665402228&id=id&accname=ocid84004878&checksum=C047D8BD2E0620C73081EAF7EE03E225> (consulté le 10 octobre 2022). [19]
- OCDE (2016), *Competition and sanctions in antitrust cases*, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm> (consulté le 22 août 2022). [12]
- OCDE (2016), *Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence - Contribution de la Suisse*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)48/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)48/fr/pdf). [52]
- OCDE (2016), *Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence, Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/fr/pdf). [32]
- OCDE (2016), *Sanctions in Antitrust Cases - Contribution by the United States*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)72/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)72/en/pdf) (consulté le 31 octobre 2022). [48]
- OCDE (2016), *Sanctions in Antitrust Cases, Contribution by the United States*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)72/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)72/en/pdf). [33]
- OCDE (2015), *La collusion répétée en contexte : la répétition des infractions se produit-elle au niveau des entreprises ou des secteurs d'activité ? - DAF/COMP/GF(2015)12*. [9]
- OCDE (2011), *Promoting Compliance with Competition Law*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf> (consulté le 31 octobre 2022). [43]
- OCDE (2003), « Cartels Sanctions against Individuals », <https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf> (consulté le 22 août 2022). [13]

- OCDE (2002), « Lutte contre les ententes injustifiables : Effets dommageables, sanctions efficaces et programmes de clémence », <https://doi.org/10.1787/9789264274990-fr> (consulté le 22 août 2022). [14]
- OCDE (2016 juin), *Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Report on Implementing the OECD Recommendation*. [46]
- Pollard, M. et K. Gooi (2020), « Work in Progress: Hong Kong's Competition Law Five Years On », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11/7, pp. 372-379, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPAA062>. [37]
- Smuda, F. (2012), « Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law », *Discussion Paper No. 12-050 ZEW Centre for European Economic Research*, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf> (consulté le 21 août 2022). [6]
- Stephan, A. (2011), « Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2/6, pp. 529-536, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPR046>. [16]
- Stephan, A. (2008), « Survey of Public Attitude to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain », *Competition Law Review*, vol. 5/1, pp. 123-145. [35]
- Tóth, T. (dir. pub.) (2022), *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press, Cambridge, <https://doi.org/10.1017/9781108918015>. [49]
- Volpin, C. et P. Chokesuwattanaskul (2022), « Leniency Programmes », dans Whelan, P. (dir. pub.), *Research Handbook on Cartels*, Edward Elgar, <https://www.elgar.com/shop/gbp/research-handbook-on-cartels-9781839102868.html> (consulté le 10 octobre 2022). [17]
- Werden, G. (2015), « Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime », *European Competition Journal*, vol. 5/1, pp. 19-36, <https://doi.org/10.5235/ECJ.V5N1.19>. [10]
- Whelan, P. (2022), « Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The Case for Individual Administrative Sanctions », *Competition Policy International*, [https://www.competitionpolicyinternational.com/reforming-the-european-commissions-enforcement-of-cartel-law-the-case-for-individual-administrative-sanctions/#\\_ftn22](https://www.competitionpolicyinternational.com/reforming-the-european-commissions-enforcement-of-cartel-law-the-case-for-individual-administrative-sanctions/#_ftn22) (consulté le 23 octobre 2022). [22]
- Whelan, P. (2022), « Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The Case for Individual Administrative Sanctions », *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/reforming-the-european-commissions-enforcement-of-cartel-law-the-case-for-individual-administrative-sanctions/> (consulté le 12 octobre 2022). [25]
- Whelan, P. (2021), « The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law », dans Rodger, B., P. Whelan et A. MacCulloch (dir. pub.), *The UK Competition Regime : A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, <https://doi.org/10.1093/oso/9780198868026.003.0013>. [18]
- Whelan, P. (2013), « Strengthening Competition Law Enforcement in Ireland: The Competition (Amendment) Act 2012 », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4/2, pp. 175-181, <https://doi.org/10.1093/JECLAP/LPS069>. [24]

- Williams, M. (2005), « Directors' Disqualification », *International Journal of Disclosure and Governance*, vol. 2/3, pp. 281-304, <https://doi.org/10.1057/PALGRAVE.JDG.2040059>. [30]
- Yukins, C. et M. Kania (2019), « Suspension and Debarment in the US Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », *GWU Legal Studies Research Paper*, vol. 39, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3080396](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3080396). (consulté le 24 octobre 2022). [42]