

**Non classifié**

**DAF/COMP/GF/M(2006)1**



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

**04-May-2006**

**Français - Or. Anglais**

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

**DAF/COMP/GF/M(2006)1  
Non classifié**

**Forum mondial sur la concurrence**

**TABLE RONDE SUR LES POURSUITES CONTRE LES ENTENTES  
SANS PREUVE DIRECTE D'UN ACCORD**

**-- Aide-mémoire --**

**Tenue le 8 février 2006**

*Cet aide-mémoire est circulé aux participants POUR APPROBATION PAR VOIE DE PROCEDURE ECRITE. Il est demandé aux participants de soumettre leurs corrections écrites d'ici le 15 mai. Après cette date, les contributions ainsi que l'aide-mémoire seront distribués en tant que publication gratuite.*

**JT03208397**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

**Français - Or. Anglais**

## RÉSUMÉ DE LA DISCUSSION

1. Le **président**, Daniel Goldberg du Brésil, invite le **Secrétariat** à résumer le document d'information qu'il a préparé pour la table ronde.

2. Le sujet est plus complexe qu'il n'y paraît. Les lois sur la concurrence s'appliquent à la fois aux accords explicites et aux accords de nature moins formelle, comme les « actions concertées », les « arrangements » et ainsi de suite. Il peut être également difficile d'établir la preuve des ententes car les participants ne se montrent généralement pas très coopératifs avec les enquêteurs. L'autorité chargée de la concurrence cherchera à réunir tous les types de preuves pertinentes, y compris les preuves « directes » et « indirectes » ou « circonstancielles ».

3. Les preuves directes sont notamment les documents ou courriers électroniques de « flagrant délit » et les descriptions que les participants donnent des ententes. Les preuves indirectes appartiennent à deux catégories : 1) les preuves de « communication » ou preuves que des personnes soupçonnées de participer à une entente en ont parlé entre elles et 2) les preuves « économiques ». Les preuves économiques se divisent à nouveau en a) preuves de comportement et b) preuves d'ordre structurel. Les preuves de comportement comprennent notamment le parallélisme des prix ou autres comportements et pratiques parallèles de nature à faciliter une entente (p. ex., la signalisation des prix). Des facteurs comme la forte concentration du marché et les produits homogènes font partie des preuves d'ordre structurel. Des deux types de preuves économiques, celles de comportement sont les plus importantes.

4. Le raisonnement économique peut apporter des éclairages très utiles sur l'évaluation possible des preuves économiques. En général, le comportement doit être incompatible avec ce qu'il serait si les entreprises agissaient de façon unilatérale. Le document contient une explication des divers modèles économiques dans lesquels les concurrents prennent des décisions en fonction des agissements perçus de leurs rivaux. Un seul est considéré comme une entente et donc illégal, et l'économie offre des principes directeurs sur la façon de porter ce jugement.

5. Le document contient une analyse de la façon dont le traitement différent des ententes selon les pays – poursuites pénales ou infractions administratives, par exemple – peut influencer sur l'utilisation des preuves indirectes. On note également deux aspects de nature générale : 1) tous les types de preuves – directes et indirectes – peuvent être utilisés ensemble et 2) les preuves indirectes doivent être appréhendées globalement – c'est-à-dire de façon cumulative et non isolée.

6. Le document repose largement sur des descriptions de cas pour illustrer l'utilisation des preuves indirectes dans les affaires d'ententes.

### 1. Définition d'entente et normes juridiques applicables

7. Le **président** indique que la discussion sera divisée en blocs ou sujets secondaires. Le premier portera sur le type d'accord possible dans une affaire d'entente – par exemple, accords explicites ou tacites – et les normes qui s'appliquent pour prouver ces différents types d'ententes. Il fait remarquer que le Traité de l'UE définit précisément deux concepts, celui d'accord et celui d'action concertée, et demande au délégué de la **Commission européenne** s'il existe différentes normes de preuve pouvant s'appliquer à ces

concepts et plus précisément si les preuves indirectes sont plus importantes pour prouver l'une plutôt que l'autre.

8. Le délégué de la CE déclare que les deux concepts sont très différents. Un accord implique une volonté commune – les parties s'accordent pour adopter une certaine pratique ou un certain comportement. La pratique concertée est moins formelle et peut être simplement le résultat observé d'un ensemble de communications. Mais dans les deux cas, la norme de preuve est la même, et les preuves indirectes sont aussi pertinentes pour l'un comme pour l'autre. Le recours exclusif aux preuves indirectes est sans doute plus risqué, car il faut alors exclure d'autres explications plausibles du comportement observé.

9. Le **président** fait remarquer que dans le droit de la concurrence du Taipei chinois, on utilise également le terme « action concertée » et que l'autorité chargée de la concurrence applique parfois, mais pas toujours, la règle de l'illégalité intrinsèque aux ententes. L'application de la règle de l'illégalité intrinsèque dépend-elle de la prédominance ou non de preuves directes ou indirectes ?

10. Le délégué du **Taipei chinois** fait remarquer que l'autorité qu'il représente a eu recours à une norme minimum pour évaluer des cas d'ententes et qu'elle refuserait d'entamer des poursuites pour un comportement qui n'aurait réellement qu'un effet *de minimus*. Mais la norme de preuve applicable ne dépend pas du type de preuve dont on dispose.

## 2. La distinction délicate entre preuves directes et indirectes

11. Le **président** passe au deuxième sujet secondaire, la distinction parfois difficile à établir entre les preuves directes et indirectes. Il fait remarquer que dans la soumission du BIAC, on demande instamment que les affaires d'entente ne soient pas jugées uniquement sur des preuves indirectes. Le document critique également la politique de la CE consistant à se servir des déclarations des sociétés, qui sont techniquement des preuves directes. Il demande que le BIAC approfondisse sa position sur ces points et plus particulièrement qu'il explique comment il fait la distinction entre preuves directes et preuves indirectes.

12. Le représentant du **BIAC** se dit favorable à des poursuites vigoureuses des ententes, mais fait remarquer que ces poursuites portent un tort considérable aux entreprises jugées responsables, tant sur le plan financier que pour leur réputation, et demande donc instamment que les affaires d'ententes ne soient pas jugées uniquement sur des preuves indirectes. Les preuves directes sont des documents ou des témoignages de personnes qui ont participé à une entente et sont de plus en plus faciles à obtenir dans le cadre des programmes de clémence. D'autres types de preuves de communication sont utiles, bien que parfois ambiguës. Les preuves économiques, comme le parallélisme des prix, sont encore plus ambiguës. On ne devrait donc pas les utiliser seules dans les cas d'ententes.

13. En ce qui concerne la question du président au sujet de l'utilisation des déclarations des sociétés en Europe, il s'agit techniquement de preuves directes, mais qui sont difficiles à vérifier car la procédure de la Commission européenne est de nature administrative et non judiciaire et il n'existe aucun mécanisme permettant à la Commission ou aux parties de procéder à un contre-interrogatoire des témoins sur les déclarations fournies dans le cadre d'une demande de clémence.

## 3. Preuves de communication

14. Le **président** passe ensuite à la question des preuves de communication, des preuves qui montrent que les parties ont communiqué au sujet de leur entente alléguée, mais qui ne portent pas sur le fond de l'entente proprement dite. Le président fait remarquer que l'affaire *Toshiba au Japon* a permis d'établir une norme apparemment précise pour utiliser les preuves de communication indirectes. Les preuves doivent-elles toujours répondre à cette norme au Japon ?

15. Le délégué du **Japon** répond que si les preuves satisfont aux critères établis dans la décision *Toshiba*, elles suffisent pour prouver une entente, mais il n'est pas nécessaire que ce critère soit toujours satisfait. Dans l'affaire *Toshiba*, le tribunal a compris qu'il pouvait être difficile d'obtenir des preuves directes d'une entente et que des preuves indirectes pouvaient suffire dans certaines circonstances. Le tribunal a adopté une approche globale à l'égard des preuves indirectes et à partir des trois éléments énoncés dans sa décision, a établi qu'elles étaient suffisantes. Ces éléments n'ont pas besoin d'être satisfaits dans tous les cas, mais il est important qu'une forme quelconque de preuve de communication soit présentée.

16. Le **président** souligne que la législation coréenne sur la concurrence crée une « présomption d'entente » en l'absence de preuves directes dans les cas de « comportement parallèle » et de « restriction à la concurrence ». La KFTC a également élaboré un ensemble de lignes directrices internes contenant des normes qui permettent de prouver une entente en l'absence de preuves directes. Les preuves doivent-elles toujours comprendre une forme de preuve de communication ?

17. La singularité de la législation **coréenne** sur la concurrence vient du fait qu'elle prévoit spécifiquement une présomption d'entente lorsque les deux éléments mentionnés par le président sont réunis. A vrai dire, on peut prouver l'existence d'un accord en l'absence de preuves de communication, mais ce serait difficile dans la pratique. La KFTC cherche toujours à acquérir des preuves de communication, mais si elles n'existent pas, on peut prouver l'entente à condition de disposer d'un nombre suffisant de preuves économiques.

18. Le **président** renvoie à la soumission de la République tchèque, dans laquelle il est question d'une affaire où certaines preuves indirectes intéressantes et inhabituelles ont été produites. Il demande aux représentants tchèques de décrire ces preuves à l'intention des délégués.

19. Trois éléments de preuve importants étaient présents dans cette affaire impliquant une entente entre des fabricants de pain de la République tchèque. Premièrement, un soupçon très grave de comportement parallèle puisque les fabricants avaient annoncé en même temps des hausses de prix identiques. Deuxièmement, le Bureau anti-monopole a obtenu des courriers électroniques envoyés entre plusieurs des opérateurs de l'entente dans lesquels il était question de partage de la clientèle. Un de ces messages se terminait ainsi : « Je supprime ce message maintenant car le Bureau anti-monopole et le Diable ne dorment jamais. » Troisièmement, les enquêteurs ont obtenu quelques preuves photographiques inhabituelles : ils ont photographié les voitures des participants garées à l'extérieur d'un pub où ils se réunissaient pour parler du fonctionnement de l'entente.

#### **4. Quasi-communication : pratiques de nature à faciliter une entente**

20. Le **président** passe au sujet des preuves de « quasi-communication », qui comprennent les pratiques de nature à faciliter une entente. Il mentionne une affaire impliquant une entente dans le secteur du ciment qui a abouti à l'imposition d'amendes sans précédent. Les preuves indirectes étaient plutôt solides, notamment des échanges réguliers de renseignements sensibles, des audits réguliers pour confirmer les activités de l'entente et un cas de comportement abusif pour punir un membre d'avoir triché. Les preuves comprenaient-elles également des indices de comportement parallèle et d'autres indices économiques ?

21. Le délégué de l'**Argentine** explique qu'il n'y avait pas beaucoup de preuves de comportement parallèle car en Argentine, le marché du ciment est local. Il s'agissait plutôt d'un accord de partage de la clientèle et du marché. Mais les preuves indirectes de l'entente étaient solides.

## 5. Preuves économiques

22. Les preuves économiques font également partie des preuves indirectes. Le **président** fait remarquer que les preuves économiques doivent permettre d'évaluer si le comportement serait rationnel si aucun accord n'existait. Le président fait remarquer que la législation turque sur la concurrence crée une présomption réfutable d'accord lorsque le comportement observé est incompatible avec la concurrence. La soumission de la Turquie décrit une affaire dans le secteur du ciment dans laquelle les hausses de prix n'étaient pas réellement justifiées par des facteurs de coûts. Mais il y avait également deux documents considérés comme des « plus ». Dans ce cas, les preuves économiques auraient-elles été suffisantes sans ces deux documents ?

23. Le délégué de la **Turquie** explique que les coûts de transport sont un facteur important dans le prix du ciment, mais les opérateurs de l'entente semblaient prêts à approvisionner certains clients plus éloignés de l'usine et pas d'autres situés plus près. Ces preuves auraient été suffisantes pour invoquer une présomption de nature légale, mais une affaire gagnée sur des preuves économiques exige souvent plus que la seule présomption.

24. Le **président** se tourne vers la **France**, dont la soumission fait état d'une affaire impliquant les transports publics. Cette affaire faisait apparemment intervenir à la fois des preuves directes et indirectes, et le président demande comment les autorités françaises ont utilisé les deux types de preuves et comment celles-ci se sont renforcées mutuellement.

25. L'affaire française concernait les transports publics urbains. Trois prestataires assuraient ce service, et les preuves ont révélé qu'ils s'étaient partagés des contrats locaux, de sorte que même si l'entente était locale, elle avait une portée nationale. Le Conseil de la Concurrence a appliqué la technique classique consistant à établir l'existence d'une entente à partir de preuves indirectes sérieuses, spécifiques et corroborantes.

26. Les preuves indirectes ont indiqué que l'accord de partage de la clientèle était stable et durable. La technique d'évaluation des preuves indirectes ressemble un peu à une peinture impressionniste réalisée au moyen de nombreuses petites touches. Cette technique a permis dans ce cas de mettre à jour une entente.

27. Le **président** demande au **Brésil** d'indiquer comment il utilise les preuves économiques pour faire un examen préalable des nombreuses plaintes reçues au sujet des prix de détail de l'essence.

28. L'autorité brésilienne doit étudier toutes les plaintes qu'elle reçoit. Pour éviter de consacrer trop de ressources aux nombreuses plaintes concernant la fixation des prix de l'essence, elle en fait une évaluation préliminaire à l'aide de preuves économiques. Les marges bénéficiaires sur le marché en question sont analysées selon plusieurs critères pour voir si elles augmentent et si oui, si les hausses sont compatibles avec l'hypothèse d'une collusion. Sinon, la plainte est rejetée. Si une enquête plus approfondie est justifiée, les prix sur le marché en question sont comparés aux prix au niveau de l'État, en partant de l'hypothèse que l'entente locale, le cas échéant, n'existe peut-être pas à l'échelle d'une région plus étendue. Si après être passé par ces filtres, il existe toujours une possibilité de collusion, une enquête plus approfondie est lancée.

29. Le **président** fait remarquer que dans certains cas, le simple fait que les prix des concurrents sont les mêmes, alors que leurs coûts sont différents, est une preuve de collusion. Mais cela n'est-il pas également vrai dans un marché concurrentiel ? L'affaire des exploitants de taxis de Lituanie se caractérise elle aussi par des prix identiques et des coûts différents.

30. Le délégué de la **Lituanie** déclare que l'article 5 de la loi sur la concurrence lituanienne comporte des similitudes avec l'article 81 du Traité de la CE et doit être interprété de la même façon. Dans l'affaire des taxis, cette disparité apparente entre les coûts et les prix existait bel et bien, mais il ne s'agissait pas d'un facteur important en l'espèce. De nombreuses autres preuves indiquaient que le changement de prix soudain, simultané et identique imposé par les exploitants de taxis était le résultat d'une entente.

31. Le **président** fait observer que dans la **Fédération de Russie**, de nombreux marchés sont très concentrés et susceptibles de collusion. Il est en outre difficile pour les autorités de la concurrence russes d'acquiescer des preuves directes d'ententes dans ces conditions. La soumission russe indique qu'il est important pour l'autorité chargée de la concurrence d'être en mesure de prouver l'existence d'ententes au moyen de preuves indirectes. A cet égard, comment les autorités russes utilisent-elles les preuves économiques pour faire la distinction entre l'interdépendance oligopolistique et la collusion ?

32. Un nouveau projet de loi sur la concurrence, qui est en préparation en Russie, abordera entre autres ces questions. En général, les autorités russes adoptent une approche globale lorsqu'elles évaluent les preuves économiques. Elles tiennent compte de la concentration du marché, des comportements parallèles, des pratiques de nature à faciliter une entente, des réductions de capacité, des échanges d'informations, etc. Les autorités accordent également plus d'attention au concept de domination collective.

33. Le **président** passe à la **Suisse**, dont la législation exige apparemment la preuve de certains effets économiques préjudiciables. Cela implique-t-il qu'il faut effectuer systématiquement une analyse économique ?

34. Le délégué suisse explique que les effets économiques peuvent entrer en jeu de deux façons : premièrement, dans la preuve d'une action anticoncurrentielle et deuxièmement, dans le cas d'une tentative des parties de montrer que le comportement, même s'il semble anticoncurrentiel, est justifié pour des raisons d'efficacité économique. Or, dans le cas des ententes, l'argument de l'efficacité est impossible puisqu'on estime que les ententes sont toujours préjudiciables. D'autre part, en cas de preuve d'entente, les effets économiques préjudiciables sont supposés, à moins que les parties réfutent cette présomption par des preuves économiques, auquel cas une analyse économique plus poussée du comportement sera nécessaire.

## 6. Poursuites pénales, administratives ou civiles et traitement des preuves indirectes

35. Le **président** en vient à la question du traitement différent des ententes selon les pays, en particulier le fait que dans certains pays, elles sont poursuivies au pénal, alors que dans d'autres – la majorité – elles sont considérées comme des infractions administratives ou civiles. La question est de savoir si ces différences ont un effet sur l'utilisation des preuves indirectes. Le président note que les **États-Unis** sont connus depuis longtemps pour recourir largement aux procédures pénales pour lutter contre les ententes. Les E.-U. affirment qu'ils fondent presque toujours leurs poursuites sur des preuves directes, souvent acquises dans le cadre de leur programme de clémence. Mais quels conseils les E.-U. pourraient-ils donner aux pays qui commencent tout juste à entamer des poursuites pénales contre des ententes, ou envisagent de le faire, et en particulier, y a-t-il une place pour les preuves indirectes dans ces cas-là ?

36. Le délégué des États-Unis passe en revue les procédures de son pays concernant les enquêtes et les poursuites et reconnaît que le programme de clémence joue un rôle essentiel dans l'obtention des preuves directes nécessaires pour entamer des poursuites pénales dans les cas d'entente. Il fait remarquer qu'il est important d'éviter les erreurs dans ce type de processus, en particulier celles qui se traduiraient par des poursuites pour un comportement qui ne serait pas une entente. Un recours trop fréquent aux preuves indirectes pourrait être une source d'erreurs de ce genre. Même sans rejeter complètement les preuves

indirectes dans les cas d'ententes, il est préférable d'utiliser des preuves directes, ce qui implique de créer un programme de clémence efficace.

37. Le **président** fait remarquer qu'en **Roumanie**, les ententes peuvent faire l'objet de poursuites sur le plan administratif ou pénal et demande si la décision d'utiliser l'un ou l'autre des processus se fonde sur la nature des preuves.

38. En Roumanie, on ne peut pas infliger d'amendes administratives à des particuliers. Les particuliers font l'objet de poursuites pénales pour des ententes si on peut prouver que leur participation était déterminante et animée par des intentions frauduleuses. Par conséquent, la procédure administrative et la procédure pénale sont complémentaires. Il est possible d'utiliser les preuves acquises dans le cadre d'une procédure administrative pour une poursuite pénale.

## 7. Sanctions

39. Le **président** fait observer que tous s'accordent pour sanctionner sévèrement les ententes, le plus souvent au moyen de lourdes amendes, de façon à dissuader les comportements futurs de ce genre. La question est de savoir si pour justifier des amendes aussi élevées, il devient nécessaire d'acquérir des preuves directes de l'entente illicite. Le président ajoute que la Commission européenne impose désormais des amendes très élevées dans les cas d'entente et ajoute que la norme de preuve qu'elle utilise est également rigoureuse – sans grande différence avec ce qui existe dans les affaires pénales. Cette norme est-elle liée au fait que les lourdes amendes sont aujourd'hui courantes, et en particulier, cela signifie-t-il que la Commission doit s'appuyer davantage sur les preuves directes ?

40. Le délégué de la Commission répond que la norme de preuve rigoureuse est le résultat de l'examen attentif que font les tribunaux européens des décisions de la Commission. En ce qui concerne les preuves indirectes, cela veut dire que les preuves doivent être crédibles et que la seule explication plausible du comportement est qu'il s'agit d'une entente. En revanche, il n'existe pas de lien direct entre le type de preuve et le niveau des amendes. Toutes les ententes sont considérées comme des infractions très graves et doivent être toutes sanctionnées en conséquence.

41. Dans la soumission du **Chili**, il est question d'une affaire impliquant une entente de transformateurs de lait dans laquelle les preuves étaient apparemment entièrement indirectes. Il a fallu neuf ans pour mener à bien l'affaire, qui s'est soldée par des sanctions minimales. Le président demande au représentant du **Chili** si l'application de sanctions légères s'explique par le manque de preuves directes d'une entente.

42. Le délégué chilien répond que l'affaire était la première traitée dans le cadre d'un nouveau système. Le tribunal de la concurrence devait se prononcer sur des appels de décisions de l'autorité chargée de la concurrence. Le tribunal a décidé que les preuves, qui étaient toutes indirectes, n'étaient pas suffisantes pour prouver une entente et a donc renoncé à de lourdes sanctions. Cette décision a fait comprendre à l'autorité chargée de la concurrence l'importance d'acquérir des preuves directes dans la mesure du possible, et elle envisage d'ailleurs d'adopter un programme de clémence.

## 8. Pays qui commencent à adopter des mesures contre les ententes

43. Le **président** souligne que quelques pays ayant présenté des soumissions aux fins de cette discussion n'avaient pas l'habitude jusqu'ici de poursuivre les ententes. Il serait utile que ces pays expliquent les difficultés qu'ils rencontrent au début, y compris leur utilisation des preuves directes et indirectes dans leurs enquêtes.

44. La **Croatie** n'a pas encore traité d'affaire d'entente, bien qu'elle mène actuellement une enquête. Il est difficile d'acquérir des preuves directes dans ces affaires, surtout lorsque la loi sur la concurrence est en vigueur depuis un certain temps, car les entreprises apprennent à cacher les preuves de leurs méfaits. Dans une économie aussi petite que celle de la Croatie, même les preuves indirectes sont parfois inexistantes car il est facile aux entreprises de surveiller leurs concurrentes et de calquer leur comportement sur le leur. Dans le cadre de l'enquête en cours, l'autorité chargée de la concurrence étudie diverses dispositions de contrats utilisées par les parties qui pourraient suggérer une collusion.

45. En **Zambie**, les ententes font l'objet de poursuites pénales et l'autorité chargée de la concurrence a des difficultés à assumer le lourd fardeau de la preuve associé aux affaires pénales. La Zambie n'a pas de programme de clémence, par exemple, et les preuves indirectes ne sont généralement pas suffisantes. Il est de plus en plus question de modifier la classification de ce comportement pour en faire une infraction administrative. L'autre contrainte est le manque de compétences pour enquêter efficacement. La Zambie demande avec insistance une meilleure coopération internationale sur les questions d'ententes. Le pays connaît un certain succès dans sa coopération informelle avec ses voisins. La Zambie juge également utiles les séminaires organisés deux fois par an dans sa région sous le parrainage de la CNUCED sur l'acquisition de compétences d'investigation.

46. La soumission écrite présentée par la **Jamaïque** contient une évaluation franche de l'inactivité actuelle de la JFTC en matière de poursuites des ententes. Au nombre des problèmes figurent l'insuffisance des outils d'investigation et des sanctions, le manque de ressources de la Commission et le manque de culture de concurrence dans le pays. Le document souligne que la promotion de la concurrence est un outil important pour remédier à ces carences. Le délégué de la Jamaïque convient que certains cas précis peuvent contribuer à la promotion de la concurrence et précise que le pays mène une enquête dans le secteur bancaire qui pourrait être utile à cette fin. La Commission pourrait également se concentrer sur les marchés publics pour tenter de sensibiliser la population aux ententes.

47. Le **président** fait observer que plusieurs soumissions écrites font état de cas de collusion dans le secteur de l'essence de gros et de détail. Il semble que les cas soient particulièrement fréquents dans ce secteur et que pour bon nombre d'entre eux, les poursuites soient principalement fondées sur des preuves indirectes. Le **Japon** fait état d'une affaire de ce genre dans sa soumission, et le président demande à sa délégation de parler de l'utilisation des preuves indirectes dans ce cas.

48. Le cas japonais comprenait les épisodes habituels de fixation des prix parallèle, mais également deux éléments de preuves de communication qui se sont révélés importants. Le premier était une preuve de réunion d'urgence de détaillants convoquée par leur association professionnelle. Il était évident qu'il ne s'agissait pas d'une réunion de routine de l'association. Deuxièmement, alors que le compte rendu de la réunion ne décrivait pas les conditions d'une entente, il mentionnait bien que l'on avait demandé aux membres de ne pas prendre de notes afin que la JFTC n'en soit pas informée. Ces preuves, combinées aux preuves économiques, ont été suffisantes pour que la JFTC conclue qu'une entente avait été établie.

49. Le **président** invite la **Commission européenne** à répondre aux remarques du BIAC concernant l'utilisation par la Commission des déclarations présentées dans le cadre de son programme de clémence.

50. Les déclarations par elles-mêmes ne sont pas nécessairement des preuves directes, tel qu'on l'entend communément. Elles peuvent être de deux ordres : 1) une narration de nature générale, devant être corroborée par des preuves acquises de façon traditionnelle, et 2) une divulgation détaillée spécifique accompagnée de preuves convaincantes.



## 9. Discussion libre

51. Le **président** ouvre la discussion.

52. Le président du comité, **Frédéric Jenny**, mentionne deux affaires sur lesquelles le Conseil de la Concurrence français s'est récemment prononcé et qui soulèvent des questions de preuves indirectes et d'entente. La première est une affaire impliquant des stations d'essence sur les autoroutes françaises. Tous les matins, les concessionnaires le long d'un itinéraire échangeaient leurs prix par téléphone. Ces renseignements étaient analysés par chacun des réseaux pour établir les prix du lendemain. Le Conseil a conclu que ce comportement était une pratique de nature à faciliter une entente anticoncurrentielle, mais la Cour d'appel a décidé que malgré l'échange de renseignements, les preuves ne montraient pas que les parties avaient conclu une entente. La deuxième affaire concerne le secteur des engrais. Les parties avaient adopté les clauses de la nation la plus favorisée et de l'alignement sur la concurrence, ce qui avait pour effet d'empêcher toute baisse des prix. Encore une fois, le tribunal n'a pas conclu à l'existence d'une entente illicite. Ces cas posent la question difficile de ce que l'on entend par accord dans les législations sur la concurrence.

53. L'**Indonésie** décrit son expérience des premières affaires ayant fait l'objet de poursuites de la part de l'autorité chargée de la concurrence et auxquelles on a appliqué la règle de bon sens lorsqu'il existait des preuves indirectes. L'autorité a eu du mal à convaincre les tribunaux d'accepter ses décisions. Avec le temps, elle a obtenu davantage de succès, mais le délégué indonésien souhaiterait savoir comment d'autres pays ont traité cette question de la sensibilisation des tribunaux à l'analyse de la concurrence.

54. **Israël**, qui poursuit les cas d'ententes au pénal, estime qu'il est difficile de gagner une cause en l'absence de preuves directes. Mais l'autorité estime que les preuves indirectes, par exemple le parallélisme des prix, sont souvent un bon point de départ pour lancer une enquête qui permettra éventuellement de trouver des preuves directes. Le délégué israélien répond à une observation faite auparavant sur le fait que les pays qui commencent à appliquer les lois contre les ententes peuvent être amenés à s'appuyer davantage sur des preuves indirectes, du fait qu'ils n'ont pas encore d'outils efficaces pour acquérir des preuves directes. L'expérience d'Israël va dans le sens inverse car au début, les ententes étaient souvent « naïves » en ce sens que leurs membres n'étaient pas conscients de l'illégalité de leur comportement et ne se cachaient pas. Les opérateurs d'entente se sont montrés plus prudents par la suite, et il est devenu plus difficile de réunir des preuves directes.

55. L'**Australie** poursuit actuellement les ententes au civil, mais un régime pénal devrait entrer en vigueur bientôt. Mais même sous le régime civil, le fardeau de la preuve de l'autorité chargée de la concurrence est lourd – « quasi-pénal » – car les défendeurs sont passibles d'amendes très sévères. Dans ce contexte, l'ACCC a rencontré deux problèmes pour constituer des dossiers sur des preuves indirectes. Le premier est la réceptivité des tribunaux à la « défense passive du bénéficiaire », selon laquelle une partie prétend qu'elle a simplement reçu une invitation à majorer ses prix et, sans réponse affirmative, l'a fait. Le deuxième est la réticence des tribunaux à accepter les « preuves par déduction », par exemple, une série d'appels téléphoniques, peut-être des centaines, qui correspondent à des modifications parallèles des prix. Les tribunaux australiens ont exigé davantage – qu'une communication soit spécifiquement liée à une action ultérieure d'une ou de plusieurs parties. Ces deux affaires ont été portées en appel devant les tribunaux australiens, mais la décision définitive pourrait prendre un certain temps.

56. Les **États-Unis** reviennent sur l'intervention de Frédéric Jenny, dans laquelle il a parlé de cas impliquant des pratiques de nature à faciliter une entente, mais sans que l'on ait les preuves d'une entente entre les parties. Aux États-Unis, on a développé deux catégories de cas, une pour les ententes traditionnelles et l'autre pour les pratiques de nature à faciliter une entente proprement dite. L'affaire de pratique de nature à faciliter une entente sans doute la plus connue est celle dite *Container* dans les

années 60, qui concernait un système généralisé de vérification des prix entre fabricants de conteneurs en carton. Un tribunal civil a conclu que ce comportement était illégal en soi, même sans entente explicite sur les prix. L'effet positif de cette décision s'est manifesté ultérieurement dans un document obtenu d'une compagnie pétrolière, qui indiquait que l'affaire *Container* avait incité les entreprises de l'industrie pétrolière à mettre fin à ce genre de pratiques. Selon le document, il est ensuite devenu plus facile « pour les perturbateurs sur le marché de faire des rabais sans s'engager à vérifier les prix. »

57. Le délégué de l'**Italie** évoque une affaire dans laquelle des compagnies d'assurance italiennes avaient régulièrement échangé des renseignements détaillés sur les prix. On a fait valoir que la transparence des prix peut être favorable à la concurrence, ce qui est vrai, mais elle peut aussi avoir des effets anti-concurrentiels. Les autorités italiennes ont étudié les arguments et ont conclu que dans ce cas, le comportement était anti-concurrentiel et ont ordonné qu'il y soit mis fin. Le fait que les prix dans ce secteur en Italie étaient les plus élevés d'Europe a certainement contribué à cette décision. Le délégué italien fait également observer à ce sujet que s'il devient nécessaire d'émettre une ordonnance correctrice efficace à l'encontre d'une entente, il est important d'interdire ce genre de pratiques. On ne peut pas se contenter d'interdire le parallélisme des prix, il faut également prévenir le comportement qui le rend possible.

58. Le délégué du **Royaume-Uni** se dit en accord avec les États-Unis sur le fait que les autorités chargées de la concurrence devraient se concentrer sur les preuves directes. En donnant trop d'importance aux preuves indirectes, on risque de gaspiller des ressources et de compromettre les résultats à long terme de la lutte contre les ententes. Ayant récemment quitté le secteur privé, le délégué fait remarquer qu'il existe bel et bien des preuves directes d'ententes et que c'est aux enquêteurs de les trouver. Le délégué dit également être en désaccord avec la position du BIAC sur les déclarations des sociétés en Europe, car selon lui, de telles déclarations ont leur rôle dans ces affaires, en particulier lorsqu'elles sont corroborées par d'autres preuves.

59. Les **États-Unis** soulignent l'importance de sensibiliser le public et les tribunaux à la nature des ententes et de la nécessité de les sanctionner sévèrement. A cet égard, la qualité des procédures engagées par l'autorité chargée de la concurrence est importante. Un cas simple de fixation des prix ou de partage du marché, appuyé par des preuves directes, est ce qu'il y a de plus efficace à cette fin.

60. Le délégué de **Finlande** parle de l'expérience de son pays lors de ses premiers efforts de lutte contre les ententes. Lorsque sa législation sur la concurrence a été adoptée il y a 50 ans, les ententes faisaient l'objet de sanctions pénales, mais du fait que ce genre de comportement n'était généralement pas considéré comme un crime et que les critères de preuve étaient sévères, peu de causes étaient remportées. En 1992, la loi ayant été modifiée pour introduire une procédure administrative, son application est devenue plus vigoureuse. Il serait sans doute plus facile aujourd'hui de pénaliser ce comportement. La leçon à retenir est que les sanctions et les outils juridiques dont on dispose doivent être adaptés à chaque pays, notamment en fonction de l'existence d'une forte culture de concurrence. En ce qui concerne les preuves indirectes, chaque cas ressemble à un puzzle où les preuves doivent être considérées globalement. Les preuves fournies par les clients ou par les victimes d'une entente peuvent constituer une partie importante du puzzle.

61. Le **président** pose une question au délégué du **Taipei chinois** au sujet d'une affaire qu'il a évoquée dans sa présentation et dans laquelle on a, semble-t-il, appliqué la théorie des jeux pour évaluer les preuves économiques.

62. L'affaire concernait un duopole, de nouveau dans le secteur de l'essence. L'entreprise dominante, ancienne entreprise d'État, détenait 70 % du marché. Les preuves étaient exclusivement indirectes, notamment des hausses des prix simultanées de la part des deux vendeurs, souvent précédées d'annonces

dans les journaux. Les parties avaient également employé une pratique de nature à faciliter une entente, la clause de l'alignement sur la concurrence. L'autorité chargée de la concurrence a réalisé une étude globale des preuves et a conclu qu'elles étaient suffisantes pour établir l'existence d'une entente tout en reconnaissant qu'elles n'étaient pas particulièrement concluantes. L'autorité chargée de la concurrence n'a pas utilisé la théorie des jeux pour prendre sa décision, mais l'affaire a ensuite été analysée dans cette optique dans des revues spécialisées.

### **Conclusion**

63. Le **président** remercie les délégués de leur participation à cette discussion très utile. Il constate qu'il devient de plus en plus difficile d'agir contre les ententes car les opérateurs réagissent à la menace de sanctions croissantes en agissant dans le secret. Dans ce contexte, les preuves indirectes peuvent s'avérer très utiles à l'autorité chargée de la concurrence. Elles permettraient de faire la distinction entre, d'une part, la simple pratique de nature à faciliter une entente et, d'autre part, l'entente à part entière.