

Non classifié

DAF/COMP/GF/M(2006)2



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)2
Non classifié**

Forum mondial sur la concurrence

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

-- Compte rendu succinct --

Tenue le 8 février 2006

Le résumé ci-joint est distriué aux participants POUR INFORMATION. Il est demandé aux participants de soumettre leurs commentaires écrits, s'il y a lieu, d'ici le 15 mai 2006, après cette date, les contributions ainsi que le résumé seront distribués en tant que publication gratuite.

JT03208404

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

Français - Or. Anglais

COMPTE RENDU SUCCINCT

par le Secrétariat

L'analyse des discussions au cours de la table ronde, des soumissions écrites des délégués et du document général du Secrétariat met en lumière plusieurs aspects essentiels :

1. *Tous les pays utilisent des preuves indirectes dans les affaires d'entente.*

Les autorités chargées d'appliquer la législation sur la concurrence s'efforcent d'obtenir des preuves directes dans les affaires d'entente, mais elles ne sont pas toujours disponibles. Les participants à des ententes dissimulent leurs activités et refusent en général de coopérer avec les enquêteurs, à moins qu'ils ne perçoivent un avantage à le faire dans le cadre d'un programme de clémence. Dans ce contexte, les preuves indirectes peuvent être importantes. Presque tous les pays qui ont apporté une contribution écrite ou orale à la table ronde ont décrit au moins un procès dans lequel des preuves indirectes ont été utilisées de manière significative. Dans le même temps, l'utilisation de preuves indirectes se heurte à des limites. Ces preuves, notamment celles de nature économique, peuvent être ambiguës. Elles doivent être interprétées correctement par les enquêteurs, les autorités de la concurrence et les tribunaux. Surtout, elles peuvent être employées de concert avec des preuves directes, ce qui est souvent le cas.

2. *La meilleure pratique consiste à utiliser des preuves indirectes dans une perspective d'ensemble, plutôt que sur une base individuelle.*

Un délégué a comparé la méthode d'évaluation des preuves indirectes à une peinture impressionniste, composée de multiples traits ou coups de pinceau qui forment ensemble une image. Un autre a assimilé le processus à un puzzle. Ces analogies permettent de mieux comprendre la nature des preuves indirectes, qui par définition ne décrivent pas les termes spécifiques d'un accord. Les éléments fournis pour la table ronde présentaient certaines affaires dans lesquelles les tribunaux ont refusé de suivre cette approche globale, exigeant au contraire que chaque élément probant soit lié directement à un accord spécifique. Cette approche s'est soldée par un échec. Certes, l'approche globale peut générer des erreurs compte tenu de la nature ambiguë de certaines preuves indirectes. Les représentants des milieux d'affaires ont demandé qu'aucune affaire ne soit instruite uniquement sur la base de preuves indirectes, eu égard à la responsabilité considérable à laquelle s'exposent les entreprises reconnues coupables d'avoir participé à une entente. Aucune autre délégation ne semble s'être ralliée à cette position. Tout compte fait, l'approche holistique est nettement préférable à une obligation de relier directement à un accord spécifique chaque élément de preuve indirecte.

3. *Les législations nationales sur la concurrence contiennent des dispositions qui compliquent l'utilisation de preuves indirectes car elles ne donnent pas toute la même définition de la nature des « accords » soumis à la loi.*

Les dispositions contre les ententes de toutes les législations sur la concurrence s'appliquent à des accords de nature très explicite. Les textes législatifs emploient des termes tels que « pratique concertée », « entente » et « arrangement ». Lorsqu'on évalue un recueil de preuves, la nature de l'accord auquel il s'applique n'est pas forcément très claire. Ce problème survient dans le contexte des « pratiques de facilitation ». Ce sont des pratiques, comme l'échange d'informations, susceptibles de faciliter la conclusion d'une entente. De telles pratiques constituent une preuve indirecte d'une entente, mais ne seront probablement pas suffisantes pour prouver son existence. Dans certains pays, les tribunaux examinent séparément les pratiques de facilitation pour déterminer leur effet anticoncurrentiel. Dans d'autres, l'existence d'une entente sous-jacente doit être prouvée. Il semble que dans la plupart des pays, la charge de la preuve qui incombe à l'autorité chargée de faire appliquer la loi soit la même, que la conduite soit considérée comme un « accord » ou comme une autre forme d'action concertée décrite dans la loi.

4. *Il existe deux catégories générales de preuves indirectes : celles fondées sur une communication et celles de nature économique. Des deux, les preuves fondées sur une communication sont considérées comme les plus importantes.*

Les preuves fondées sur une communication attestent que les participants d'une entente se sont rencontrés ou ont communiqué entre eux d'une autre manière, mais ne décrivent pas sur quoi les propos ont porté. Il peut s'agir d'enregistrements de conversations téléphoniques entre des membres suspectés d'une entente, d'un déplacement qu'ils ont effectué vers une destination commune, de notes ou de comptes rendus de réunions auxquelles ils ont participé. De tels indices peuvent receler une très forte valeur probante de l'existence d'un accord. Pratiquement tous les indices indirects décrits par les délégués incluaient des preuves fondées sur une communication ; dans certains cas, ces indices étaient confondants.

5. *Les preuves de nature économique sont presque toujours ambiguës. Elles peuvent corroborer l'existence d'une entente comme celle d'une action indépendante. C'est pourquoi une analyse détaillée est de mise.*

Les preuves économiques se divisent en preuves de comportement ou preuves structurelles. Les premières incluent surtout les indices d'agissements parallèles de la part des membres suspectés de l'entente, par exemple des augmentations simultanées et identiques des prix ou des caractéristiques de soumission suspectes dans des appels d'offres publics. Elles peuvent également inclure des indices de pratiques de nature à faciliter les ententes, bien qu'un tel comportement puisse également être qualifié de « preuve de quasi-communication ». Les preuves économiques de nature structurelle incluent des indices tels qu'une forte concentration du marché et des produits homogènes. De ces deux types de preuves économiques, celles ayant trait au comportement sont les plus importantes. Les preuves économiques doivent être évaluées attentivement. Elles doivent démentir l'hypothèse selon laquelle les participants du marché agissent de façon unilatérale et dans leur propre intérêt. Les indices économiques, qui font intervenir la théorie des jeux, peuvent éclairer sur la manière de parvenir à un tel jugement. Toutefois, il semble que dans la plupart des pays, ce type d'analyse n'est pas employé. En outre, les preuves économiques peuvent jouer un rôle important dans les phases initiales d'une enquête sur une entente. Une analyse approfondie de ces preuves devrait fournir la base permettant de décider, parmi les affaires possibles, celles dans lesquelles des poursuites ont le plus de chances d'aboutir, avec l'espoir de découvrir des éléments probants plus convaincants, tant directs qu'indirects, de l'existence d'un accord.

6. *Le traitement national des ententes, considérées comme un délit pénal ou une infraction administrative, peut influencer sur la charge de la preuve qui s'applique à l'affaire, et donc sur l'utilisation des preuves indirectes.*

Dans la plupart des pays, les ententes (et autres violations de la législation sur la concurrence) font l'objet de poursuites administratives. Les principales sanctions administratives prévues dans ces affaires sont des amendes, généralement infligées à l'encontre d'organisations mais parfois aussi contre des personnes physiques, et les ordonnances correctives. Dans une minorité de pays, dont le nombre va toutefois croissant, les ententes font l'objet de poursuites pénales. Le plus souvent, la charge de la preuve qui incombe à l'autorité de la concurrence est plus lourde dans une affaire pénale. Il s'ensuit que, dans ces affaires, mieux vaut produire des preuves directes de l'existence d'un accord. Les États-Unis ont longtemps eu recours aux procédures pénales dans les affaires d'entente instruites par le gouvernement, et pratiquement tous les procès s'appuient sur des preuves directes. Les preuves indirectes sont néanmoins admissibles, et utiles, dans ce pays comme ailleurs.

7. *Il peut être difficile de convaincre les tribunaux d'accepter des preuves indirectes dans des affaires d'entente, surtout lorsque la responsabilité potentielle liée à la violation de dispositions prohibant les ententes contenues dans la législation sur la concurrence est élevée.*

Quelques juridictions dans lesquelles les décisions prises par les autorités de la concurrence dans des affaires d'entente ont fait l'objet d'un examen judiciaire ont fait savoir que les tribunaux considèrent parfois avec scepticisme les dossiers basés sur des preuves indirectes. À cet égard, les normes appliquées par les tribunaux en matière de preuves indirectes continuent d'évoluer, car le nombre d'affaires soumis à leur jugement augmente. Il faut espérer que les tribunaux en viendront à se rendre compte que la preuve indirecte qui fait l'objet d'une analyse de caractère économique et holistique peut être considérée comme étant une preuve évidente.

8. *Dans les pays dans lesquels l'application de la législation contre les ententes est relativement récente, certaines circonstances peuvent influencer sur la confiance accordée aux preuves indirectes.*

Un pays qui commence tout juste à appliquer sa législation sur la concurrence peut se heurter à des obstacles pour réunir des preuves directes d'une entente. Il ne disposera probablement pas d'un programme de clémence qui constitue la source principale de preuves directes. La culture de la concurrence y sera vraisemblablement peu développée, ce qui compliquera les efforts de l'autorité de la concurrence pour instaurer une coopération avec son programme de lutte contre les ententes. En résumé, l'autorité de la concurrence pourrait rencontrer plus de difficultés à réunir des preuves directes dans les affaires d'entente, ce qui l'incitera à s'en remettre davantage aux preuves indirectes. Quelques délégués ont confirmé que leur pays connaissait cette situation. Mais on observe le phénomène inverse : l'incidence relativement élevée des « ententes naïves » dans ces pays – ententes dans lesquelles les membres ne cherchent pas à dissimuler leur activité, soit parce qu'ils ignorent que leur comportement est illégal, soit parce qu'ils ne sont pas assez circonspects pour le faire. Dans le cas d'ententes naïves, les preuves directes sont relativement nombreuses, ce qui réduit l'importance des preuves indirectes. Quelques pays dans lesquels les ententes sont passibles de poursuites pénales en vertu de leur nouvelle législation sur la concurrence ont soulevé un autre point. Il semble que le fardeau de la preuve plus lourd associé aux procédures pénales rende la tâche plus difficile à l'autorité de la concurrence. Ces pays préconisent de commencer par engager une procédure administrative, avant de passer ultérieurement à des poursuites pénales le cas échéant. Enfin, les participants à la discussion étaient d'accord pour reconnaître qu'une culture de la concurrence solide est un composant

essentiel de la réussite de tout programme de lutte contre les ententes. L'éducation et la sensibilisation du public sont des moyens importants pour forger une telle culture, mais l'application rigoureuse de la loi est encore plus efficace. L'autorité de la concurrence doit s'efforcer d'instruire des affaires exemplaires portant sur les ententes dans des secteurs importants, étayées par des preuves convaincantes et démontrant tout l'intérêt, pour les consommateurs, d'une application efficace de la législation contre les ententes.