

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

**Synthèse des discussions de la table ronde sur l'interdiction d'exercer des fonctions
d'administrateur et l'interdiction de soumissionner**

Annexe au compte rendu succinct de la 139ème réunion du Comité de la concurrence

29 novembre 2022

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée des discussions de la table ronde sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner, organisée par le Comité de la concurrence le 29 novembre 2022. Il est diffusé auprès des délégués pour approbation selon la procédure écrite. Les délégués sont invités à faire part de leurs propositions de modifications d'ici le 15 février 2024.

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

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio CAPOBIANCO.
Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org

JT03547246

Synthèse des discussions de la table ronde sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner

Le 29 novembre 2022, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner, présidée par Frédéric Jenny. Le Président indique que la discussion portera sur les questions suivantes : par qui ces sanctions sont-elles appliquées – est-ce par l'autorité de la concurrence, les régulateurs sectoriels ou les autorités adjudicatrices ? Quelle portée et quelle efficacité ont-elles ? Quels sont leurs objectifs et à quelles difficultés chacun des instruments concernés se heurte-t-il ? Le Président explique que la discussion sera organisée de la manière suivante :

- Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur : le champ d'application, l'efficacité, l'objectif, les critères d'application, les difficultés et la compatibilité entre cet instrument et les droits fondamentaux.
- Interdiction de soumissionner : les différents types de cette sanction, les différents mécanismes et critères d'application, le champ d'application, les difficultés et les préoccupations liées aux effets de l'exclusion d'un soumissionnaire sur le marché.
- Les difficultés communes impliquées par les deux instruments, en particulier comment l'intervention du juge peut affecter la durée et l'efficacité des instruments et leur application, ainsi que la coordination avec les programmes d'immunité et de clémence. Y-a-t-il une cohérence entre l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner ? Se renforcent-elles mutuellement ou concourent-t-elles à des objectifs croisés ?

Le **Président** présente ensuite les trois experts du panel :

- **Peter Whelan**, Professeur à l'Université de Leeds.
- **Amanda Athayde**, Professeur à l'Université de Brasilia.
- **Emanuelle Auriol**, Professeure d'économie à l'Université de Toulouse Capitole.

Le Président donne alors la parole au Secrétariat pour une brève présentation de la Note de référence. Le **Secrétariat** rappelle qu'en raison des perspectives économiques actuelles, les gouvernements ont déployé des plans de relance afin d'amortir l'impact des crises en cours. Dans cette optique, les gouvernements réaliseront une grande partie des dépenses publiques en recourant à des appels d'offres et en concluant des marchés publics, et il est donc essentiel de veiller à ce que ces procédures respectent le droit de la concurrence afin que l'argent des contribuables soit utilisé au mieux. Toutefois, étant donné que les mesures étatiques produisent les effets les plus positifs lorsqu'elles sont appliquées à des marchés concurrentiels, il est plus important que jamais d'empêcher efficacement des pratiques collusoires. Le Secrétariat ajoute que les ententes entraînent généralement une surfacturation de 10 % à 20 %, tandis que la hausse des prix provoquée par des soumissions concertées peut atteindre 60 %, sans tenir compte des effets négatifs et des effets à long terme sur la qualité et l'innovation. C'est pourquoi le Secrétariat estime que cette discussion tombe à point nommé. Selon lui, les mesures d'exclusion comprennent deux types principaux de sanctions. Le premier est l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, qui implique généralement de priver une personne du

pouvoir de diriger une société et de prendre des décisions se rapportant aux opérations et à la stratégie de cette société pendant une période de temps déterminée. En fonction de la juridiction, un administrateur peut être frappé de cette interdiction si sa conduite a entraîné une violation du droit de la concurrence, mais également s'il a eu ou aurait dû avoir connaissance de la violation et n'a rien fait pour l'éviter. L'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est le plus souvent appliquée dans des affaires d'ententes, mais certaines juridictions permettent de l'imposer également en cas d'abus de position dominante et d'autres infractions. En raison de son puissant effet dissuasif, son application a également été plus récemment jugée appropriée dans les marchés numériques, en réponse précisément à des violations des réglementations numériques. L'interdiction de soumissionner est le second type de mesure d'exclusion, qui implique d'exclure une entreprise d'une procédure d'appel d'offres en cours ou de futurs appels d'offres lancés pour l'adjudication de marchés publics. Cette mesure est généralement prononcée – mais pas toujours – par une autorité contractante spécifique et pour une durée limitée. Le Secrétariat souligne également que l'interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence est généralement liée à des soumissions concertées, mais également à d'autres infractions qui jettent le doute sur l'intégrité ou la crédibilité de l'opérateur économique concerné. Dans le contexte du débat sur le faible pouvoir dissuasif des amendes antitrust et la baisse du nombre de demandes de clémence dans le monde entier, le Secrétariat indique que ces mesures peuvent se substituer ou s'ajouter au coût financier des amendes et qu'elles y parviennent sûrement en mettant directement en jeu la réputation et les moyens de subsistance d'une personne physique ou en privant une entreprise de revenus potentiels. En outre, ces mesures protègent également l'intérêt public en préservant l'intégrité de la procédure d'appel d'offres ou en protégeant la collectivité contre des actes illicites d'entreprises. La décision de les appliquer pose toutefois des difficultés de trois ordres : en premier lieu, lorsqu'elles sont appropriées, ces mesures doivent-elles être prononcées comme une mesure autonome ou complémentaire (par exemple, à l'encontre d'autres personnes physiques ou en plus d'amendes infligées à une entreprise) ? ; en second lieu, comment ces mesures affecteront-elles l'entreprise ou le marché (par exemple, si une autorité exclut un acteur sur un marché présentant peu d'options) ? ; en troisième lieu, quelles devraient être l'étendue et la durée de ces mesures (par exemple, le soumissionnaire devrait-il être exclu uniquement des appels d'offres ayant une certaine valeur ou de tous les appels d'offres, et pour combien de temps ?) ? Le Secrétariat souligne que ces mesures impliquent deux compromis extrêmement délicats. En ce qui concerne l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur, il s'agit de garantir le respect du droit de la concurrence sans éliminer les incitations à détenir des postes de direction ou à participer à la prise de décisions. En ce qui concerne l'interdiction de soumissionner, il s'agit de préserver l'intégrité de la procédure d'appel d'offres sans perturber la dynamique concurrentielle du marché. Plusieurs mesures permettent de s'attaquer à ces problèmes, tels les mécanismes de mesures correctives volontaires (« autonettoyage »), les systèmes de récompense et l'usage de pouvoirs de plaidoyer. En conclusion, le Secrétariat indique que l'utilisation judicieuse de ces mesures peut produire un effet dissuasif, garantir l'intégrité des procédures de passation des marchés publics, ainsi que la confiance du public dans la bonne administration des entreprises. Il ajoute toutefois que les conséquences de l'application de ces mesures doivent être évaluées très attentivement, étant donné qu'elles impliquent des risques significatifs. Dès lors, la participation de l'autorité de la concurrence, non seulement au stade de la conception de ces mesures mais également dans la décision de les appliquer dans des cas concrets, peut être décisive pour éviter que des mesures d'exclusion soient prises au détriment d'une saine dynamique du marché.

Le Président remercie le Secrétariat pour sa présentation, en particulier pour avoir mis en évidence certains des compromis cruciaux qu'impose l'application de ces instruments. Il ouvre la première partie de la discussion consacrée à l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et donne la parole à Peter Whelan afin qu'il partage l'expérience du Royaume-Uni.

1. Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur : le champ d'application, l'efficacité, l'objectif, les critères d'application, les difficultés et la compatibilité entre cet instrument et les droits fondamentaux

Peter Whelan estime que la sanction de l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur peut avoir un effet dissuasif sur la commission de toutes les infractions au droit de la concurrence, et non seulement sur l'infraction d'entente illicite. Selon lui, l'expérience du Royaume-Uni en matière d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur pour infractions au droit de la concurrence est riche d'enseignements et peut donc permettre de tirer quelques leçons importantes de l'application de cet instrument. Pour commencer, il faut réfléchir à l'objectif que cette interdiction cherche effectivement à atteindre dans la pratique. Whelan considère qu'il ne s'agit pas d'une punition ou d'un châtement en soi ; il s'agit plutôt de garantir certains résultats futurs et de transmettre un certain message aux autres administrateurs afin qu'ils changent de comportement. Cet instrument vise à protéger le public au moyen d'une dissuasion. Whelan estime donc que la dissuasion est l'objectif majeur de la mesure. Il ajoute que l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est une sanction individuelle et personnelle qui incite l'administrateur concerné à ne pas violer la législation antitrust. En outre, elle incite également cet administrateur à faire usage de tous les pouvoirs dont il dispose afin que son entreprise respecte la législation antitrust. Cette dernière incitation est cruciale, étant donné qu'il est fréquent que les administrateurs ne soient pas directement impliqués dans les violations de la législation antitrust commises par leurs entreprises respectives. Whelan explique que des sanctions individuelles comme celle-ci sont nécessaires parce que les amendes infligées à des entreprises ne sont probablement pas efficaces, à elles seules, pour produire un effet dissuasif. Après un lent démarrage, le Royaume-Uni a commencé à appliquer un régime très efficace de sanction des infractions au droit de la concurrence sous forme d'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur. Selon lui, cette mesure d'interdiction a déjà été prononcée par un tribunal, mais 24 engagements volontaires ont été souscrits par des administrateurs qui ont effectivement accepté de ne pas exercer des fonctions d'administrateur pendant une certaine période, allant de 1.5 à 12 ans, avec une moyenne de 5 ans. Whelan estime qu'il est important de déterminer le « bon » lien de causalité entre la conduite de l'administrateur et la violation du droit de la concurrence en cause. Initialement, le Royaume-Uni a adopté une position trop stricte sur la question. Toutefois, dans tous les cas où une entreprise a commis une violation du droit de la concurrence, la Competition and Markets Authority examinera dorénavant systématiquement si l'un des administrateurs doit être frappé d'une interdiction d'exercice. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'une interdiction d'exercice sera prononcée simplement au motif qu'une violation de la législation antitrust a été commise. En réalité, la politique actuelle souligne à juste titre la nécessité d'un lien avec la culpabilité d'un administrateur et applique largement un critère de négligence pour disqualifier un administrateur dans le contexte de la législation antitrust. Enfin, Whelan insiste sur le fait que cette sanction doit être prononcée en faisant preuve de prudence et de raison, étant donné la stigmatisation de l'administrateur qui en est frappé.

Après avoir remercié Peter Whelan pour son exposé, le Président demande à la délégation du Royaume-Uni d'expliquer ce qui a conduit la Competition and Markets Authority (CMA) à envisager de prononcer une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur dans tous les cas où le droit de la concurrence a été violé.

Le **Royaume-Uni** (RU) partage sa conviction que les deux instruments qui font l'objet de la discussion sont un élément très important d'un mouvement plus large visant à dissuader d'adopter des comportements anticoncurrentiels au RU, en étant efficaces et aussi dissuasifs que possible et en changeant les comportements individuels et l'attitude des entreprises en matière de respect du droit de la concurrence. La délégation indique qu'elle n'a commencé à utiliser cet outil qu'en 2016, et a obtenu 25 interdictions d'exercice au total à ce jour. À l'heure actuelle, l'autorité réfléchit à la possibilité de prononcer ces interdictions dans tous les cas où le droit de la concurrence a été violé, y compris dans le cas d'accords anticoncurrentiels et d'abus de position dominante. Jusqu'à présent, toutes les affaires dans lesquelles la CMA a utilisé cet outil étaient liées à des pratiques anticoncurrentielles, mais c'est uniquement parce qu'elle n'a prononcé que deux décisions impliquant un abus de position dominante où la disqualification d'administrateurs n'était pas une mesure appropriée. Le RU mentionne le fait que les ententes relèvent d'un régime pénal dans le pays, mais précise que ce régime s'applique uniquement aux ententes injustifiables. En ce sens, la délégation estime que le régime de l'interdiction d'exercice est très important afin d'établir une responsabilité pénale dans les affaires d'ententes qui ne pourraient pas donner lieu à des poursuites pénales. En outre, le RU ajoute que le projet de législation sur les marchés numériques contient une option permettant d'imposer une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur en cas de violations réglementaires. Enfin, la délégation explique que le régime de clémence prévoit une immunité automatique pour les administrateurs actuels et anciens d'une entreprise à laquelle une mesure de clémence a été accordée au titre d'une violation du droit de la concurrence, dès lors qu'ils coopèrent dans le cadre de la demande de clémence. Toutefois, la CMA peut retirer cette protection aux administrateurs qui manquent de coopérer à la procédure de demande de clémence, et cela est déjà arrivé.

Le Président demande à l'**Irlande** comment sa délégation est parvenue à la conclusion que l'interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur est une bonne mesure de sanction à l'encontre des personnes physiques qui contreviennent au droit des ententes, sachant que la loi pénale irlandaise en la matière peut également avoir un effet dissuasif. La délégation irlandaise répond en indiquant que ces dispositions pénales et les interdictions d'exercer les fonctions d'administrateur existent depuis 1996. Elle ajoute que toutes les violations du droit de la concurrence sont passibles de poursuites pénales en Irlande, mais que seules les ententes font l'objet de poursuites dans la pratique. L'Irlande ajoute que dès lors que quelqu'un est personnellement condamné pour une infraction au droit des ententes, le tribunal ordonne automatiquement une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur au moment de la condamnation au pénal. La délégation considère que cet outil a un impact supplémentaire sur l'application du droit irlandais de la concurrence, étant donné que les amendes ne constituent pas une sanction suffisante. En outre, l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut avoir plus d'impact dans les grandes entreprises ; en effet, si une personne est disqualifiée et ne peut plus exercer des fonctions d'administrateur dans une entreprise familiale, elle peut généralement nommer son conjoint ou un enfant adulte pour exercer ces fonctions et continuer de participer activement aux affaires de l'entreprise.

L'**Australie** explique que cette conversation intervient au bon moment, étant donné qu'un tribunal fédéral australien a condamné aujourd'hui même un homme d'affaires à deux ans et huit mois d'emprisonnement, et a assorti cette peine d'une interdiction de diriger une

entreprise pendant cinq ans et d'une amende de 50 000 \$. La délégation est convaincue que l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur est une sanction très efficace et proportionnée, car elle opère à la fois comme un moyen de dissuasion spécifique et générale, et complète dans ce dernier cas d'autres mesures et sanctions comme les amendes, les peines d'emprisonnement, les décisions judiciaires générant une publicité négative, les conditions imposées dans des programmes de conformité et les condamnations à des travaux d'intérêt général. L'ACCC peut solliciter des interdictions d'exercice non seulement à l'encontre d'administrateurs individuels mais également à l'encontre de dirigeants d'entreprises. La délégation a indiqué avoir été témoin de plaidoiries pleines d'émotion de collaborateurs d'entreprises cherchant à éviter l'interdiction d'exercice en demandant à être plutôt condamnés à des amendes. La raison en est simple : l'interdiction d'exercice les empêche de continuer à exercer les mêmes fonctions, en bénéficiant des mêmes revenus, du même statut et des mêmes avantages. C'est pourquoi il est plus important pour eux, dans de nombreux cas, de pouvoir continuer à travailler, et le fait de devoir payer une amende, quel qu'en soit le montant, passe au second plan. À titre d'exemple, l'Australie cite le cas d'une personne qui n'avait aucun patrimoine, de telle sorte que l'interdiction d'exercice était le recours le plus proportionné et approprié. La délégation australienne reconnaît que l'interdiction d'exercice peut être moins efficace dans certaines circonstances, par exemple dans le cas de personnes âgées qui sont à la retraite.

Le **Portugal** indique n'avoir aucun outil permettant d'interdire l'exercice de fonctions d'administrateur. Toutefois, le superviseur du secteur financier portugais a déjà considéré qu'une personne ne pouvait pas devenir président d'une société financière en raison du fait qu'elle avait précédemment été reconnue coupable d'une violation du droit de la concurrence, ce qui la rendait inapte à diriger une telle société.

Le **Mexique** cite un exemple concret pour illustrer les critères retenus par l'autorité mexicaine de la concurrence (COFECE) pour décider d'imposer ou non une interdiction d'exercice. Dans une affaire d'entente impactant le marché des produits pharmaceutiques, la COFECE est parvenue à la conclusion que la participation des personnes ayant conclu cet accord d'entente était intentionnelle et ne résultait pas d'une erreur ou d'une négligence. Le Mexique a donc frappé toutes les personnes impliquées dans l'entente d'une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur pour des périodes de six mois à cinq ans, sachant que cinq ans est la durée maximale d'interdiction prévue par le droit de la concurrence. La graduation individuelle de la durée de l'interdiction a été déterminée sur la base du nombre de jours calendaires de participation des intéressés à l'entente.

Israël évoque également les critères retenus par les tribunaux israéliens pour imposer des interdictions d'exercer les fonctions d'administrateur. Le premier critère est la protection de l'intérêt public. Le tribunal veut s'assurer que l'administrateur, du fait de son comportement, ne peut pas exercer convenablement des fonctions d'administrateur, avec les compétences, l'expérience et les qualités requises, et garantir qu'il n'occupera pas de position clé dans des entreprises publiques. L'interdiction d'exercice protège le public contre tout préjudice futur qui pourrait être causé par les actes de la personne condamnée. Le second critère est le droit de la personne condamnée au libre exercice d'une profession. Or, ces condamnations peuvent entraîner l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur pendant une durée pouvant atteindre cinq ans. En outre, les deux critères doivent être pris en compte en même temps que la nature, la gravité et les circonstances de l'infraction. Selon la délégation israélienne, les tribunaux précisent également les critères retenus et notent qu'ils peuvent également prendre en considération la faute morale, la motivation de l'infraction (a-t-elle été commise dans un but d'enrichissement

personnel ou pour le bien de l'entreprise ?), le préjudice causé par l'infraction, la durée de l'infraction, le lien entre les condamnations, le fait que l'intéressé ne peut pas exercer convenablement des fonctions d'administrateur (au motif qu'en raison de la nature de son comportement, il n'a pas les compétences et la capacité requises pour superviser des entreprises publiques), et enfin, la sophistication du plan monté pour commettre l'infraction.

La **Hongrie** décrit la décision prononcée par la Cour constitutionnelle hongroise en 2019, qui a soulevé certaines questions liées à l'application de la sanction d'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur. En premier lieu, considérant que cette sanction est de nature pénale, la Cour a rappelé que les administrateurs ont droit à un procès équitable, ainsi qu'au respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense dans la procédure d'application de cet outil. En second lieu, la procédure sous-jacente de l'autorité de la concurrence doit également évaluer la responsabilité individuelle de l'administrateur, afin de lui appliquer une sanction individuelle. La sanction individuelle ne peut pas être appliquée si l'autorité de la concurrence n'a pas évalué cette responsabilité individuelle. En conclusion, la Hongrie explique que la Cour constitutionnelle n'a pas jugé que le concept de l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur ou la responsabilité individuelle justifiant cette sanction est inconstitutionnel en soi.

Le Président remercie la Hongrie et passe au second sujet de la table ronde. Il demande à la Colombie d'expliquer comment elle applique la sanction de l'interdiction de soumissionner.

2. Interdiction de soumissionner : les différents types de cette sanction, les différents mécanismes, les critères d'application, le champ d'application, les difficultés et les préoccupations liées aux effets de l'exclusion d'un soumissionnaire sur le marché

La **Colombie** précise que son régime d'application du droit de la concurrence est administratif, et que l'autorité de la concurrence (SIC) peut uniquement infliger des amendes administratives aux agents économiques. C'est pourquoi la SIC n'est pas en mesure de prononcer une sanction d'exclusion de soumissionnaires. Néanmoins, le droit pénal ouvre la possibilité de frapper les entreprises et les personnes physiques qui se livrent à certains comportements anticoncurrentiels d'une mesure d'interdiction de soumissionner, les empêchant ainsi de participer à de futures procédures de passation de marchés publics et de conclure à l'avenir des marchés publics avec n'importe quel État de la Colombie. Toutefois, les sanctions et les interdictions du droit de participer à de futurs appels d'offres, y compris le Code pénal, ne s'appliqueraient pas à des personnes morales ou des sociétés. En outre, l'Institut des marchés publics et du bâtiment prévoit que les personnes déclarées judiciairement responsables d'une infraction contre l'administration publique, y compris pour avoir conclu des accords restrictifs de la concurrence, seront définitivement privées du droit de conclure des marchés avec des entités étatiques à l'avenir. Une loi adoptée en 2022 a certes maintenu l'exclusion du droit de contracter avec l'État pour les personnes physiques reconnues coupables de collusion dans des procédures d'appel d'offres. Toutefois, elle a établi que cette exclusion ne serait plus automatiquement appliquée aux personnes morales, lesquelles feraient l'objet d'une procédure administrative diligentée par une entité administrative publique (Surintendances). La Colombie ajoute enfin que la SIC doit informer le bureau du Procureur général de Colombie des comportements anticoncurrentiels qu'elle a identifiés et lui adresser toutes les preuves de ceux-ci, afin qu'il puisse infliger les sanctions qui s'imposent, y compris l'exclusion du soumissionnaire concerné.

L'**Ukraine** indique que la sanction de l'interdiction de soumissionner a été introduite il y a 10 ans dans la réglementation des marchés publics. Selon cette réglementation, l'autorité contractante doit refuser au soumissionnaire de participer à la procédure de passation du marché et est obligée de rejeter l'offre de ce soumissionnaire si l'entité économique à laquelle il appartient a été reconnue responsable de la violation. L'Ukraine explique que la décision de rejeter l'offre du soumissionnaire est prise par l'autorité contractante. Cette procédure ressemble donc a priori à une exclusion automatique, puisque l'autorité contractante n'a pas d'autre choix que de décider de refuser que ce soumissionnaire participe à l'appel d'offres. Néanmoins, un soumissionnaire déloyal peut dissimuler à l'autorité contractante le fait qu'il a été reconnu responsable de collusion dans de précédentes procédures d'appel d'offres. La délégation ukrainienne précise également qu'il existe un site internet rendant public le nom des entreprises qui ont violé le droit de la concurrence.

Le Président remercie l'Ukraine, y compris pour sa contribution écrite qui met en particulier en lumière les difficultés auxquelles l'autorité est parfois confrontée lorsqu'une entreprise sanctionnée disparaît et est remplacée par une autre entreprise qui ne fait pas l'objet de sanctions. Le Président conclut en disant qu'une interdiction de soumissionner prononcée à l'encontre de personnes physiques pourrait être une alternative à envisager.

Le **ministère américain de la Justice** (DOJ) souligne qu'il n'a pas le pouvoir de solliciter ou d'imposer directement la radiation ou l'exclusion d'un soumissionnaire, mais qu'il peut intervenir auprès de différentes autorités du gouvernement fédéral, à savoir la Federal Trade Commission, la Securities and Exchange Commission et la Commodities Future Trading Commission, afin de s'assurer que ces sanctions sont appliquées. Le DOJ met l'accent sur deux points. En premier lieu, la raison justifiant ces sanctions est très similaire à celle qui sous-tend la responsabilité pénale individuelle, c'est-à-dire le fait que ce sont des personnes et non des sociétés qui commettent des infractions. Il en découle qu'une sanction devrait être imposée aux personnes physiques qui sont les auteurs de l'infraction et supportée par elles plutôt que par des actionnaires. En second lieu, la perspective d'une responsabilité individuelle est le meilleur moyen de dissuader des personnes physiques de commettre des infractions dans le cadre de leur entreprise. Le DOJ fait observer que, pour le grand public, l'État de droit repose notamment sur la recherche et la sanction de la responsabilité individuelle. Enfin, la délégation ajoute que le Clayton Antitrust Act prohibe les directions interverrouillées entre concurrents, empêchant ainsi une personne de siéger au conseil de plusieurs entreprises concurrentes. Cette disposition n'a pas été appliquée depuis de nombreuses années, mais le DOJ a récemment commencé à poursuivre pour faire appliquer cette interdiction.

L'**United States Federal Trade Commission** (FTC) commente une affaire de monopolisation à l'encontre de Vyera et de ses deux dirigeants, accusés d'avoir augmenté de plus de 4 000 % le prix d'un médicament vital. Le tribunal a notamment prononcé une interdiction d'exercer à vie contre l'un des dirigeants, pour comportement illégal flagrant, délibéré, répétitif, persistant et par-dessus tout dangereux, et il a en outre estimé qu'en raison du risque grave de récurrence et du caractère inadéquat d'une injonction plus restreinte, cette interdiction était nécessaire pour protéger le public contre d'autres systèmes anticoncurrentiels dans le domaine pharmaceutique.

L'**Espagne** indique qu'une déclaration d'infraction grave au droit de la concurrence se traduit directement par l'interdiction de contracter avec l'administration. Toutefois, cette interdiction nécessite deux procédures supplémentaires : la première vise à déterminer sa durée et son étendue, tandis que la seconde vise à inscrire l'interdiction dans le registre public tenu à cet effet. L'autorité espagnole de la concurrence (CMNC) précise qu'elle

n'a pas le pouvoir de déterminer l'étendue et la durée de la sanction, mais qu'une initiative vise actuellement à transférer cette compétence à la CMNC. L'autorité de la concurrence s'efforce de fixer l'étendue géographique de la sanction en fonction de l'étendue géographique de l'infraction, mais en considérant également les conditions du marché et les circonstances particulières de l'affaire. En ce qui concerne l'étendue de l'interdiction, la CMNC cherche à la définir en fonction de l'infraction elle-même et de sa durée, mais souhaiterait prendre en considération les conditions du marché, en observant les principes de proportionnalité, d'intérêt général et de dissuasion. La CMNC conclut qu'elle prend également en compte des situations spéciales, notamment des offres qui ne sont pas répétées pendant certaines périodes. Dès lors, toute interdiction imposée par l'autorité pendant cette période n'aurait aucun effet.

Le **Pérou** illustre la discussion en évoquant une situation particulière survenue pendant la pandémie de COVID-19. L'autorité péruvienne de la concurrence (Indecopi) a sanctionné trois fournisseurs d'oxygène médical pour entente anticoncurrentielle dans le cadre de soumissions à un appel d'offres. Indecopi aurait pu exclure ces soumissionnaires à l'époque mais ne l'a pas fait, étant donné que la demande d'oxygène médical avait considérablement augmenté au Pérou pendant la pandémie de COVID-19 et qu'il n'y avait pas assez d'oxygène médical disponible sur le marché. Dans cette affaire, Indecopi n'a pas appliqué la sanction automatiquement, mais l'évaluera lorsque la pandémie aura pris fin.

Le Président remercie la délégation péruvienne. Il souligne également le fait qu'en Indonésie, le droit de la concurrence ne permet pas à l'autorité de la concurrence d'imposer ce type de sanction, mais que l'autorité décide néanmoins de l'imposer, grâce à la jurisprudence en la matière. Ainsi, entre 2019 et 2022, la Commission de la concurrence a prononcé 28 décisions en matière de soumissions concertées, dont 15 ont conduit à l'exclusion de soumissionnaires, entraînant l'exclusion de 44 entreprises au total.

Le **Brésil** fait observer que 103 condamnations pour entente ont été prononcées au cours des 10 dernières années, dont 45 affaires ont donné lieu à des sanctions alternatives. 17 enquêtes ont abouti à des interdictions de soumissionner. Le Brésil précise qu'il n'applique pas cette sanction d'interdiction si les ententes ne concernent pas la passation de marchés publics, afin de garantir la proportionnalité. La délégation illustre ce propos en évoquant une affaire d'entente entre sept des huit entreprises de blanchissage de vêtements des personnels hospitaliers, dans laquelle l'autorité a décidé de ne pas exclure tous ces soumissionnaires, car ces sanctions auraient pu perturber totalement le marché. C'est pourquoi l'autorité a uniquement appliqué cette sanction au leader de l'entente, pour faire un exemple.

La **République slovaque** explique que sa loi sur la concurrence prévoit l'application automatique de l'interdiction de soumissionner si l'amende pour soumission concertée a été imposée faute de demande de clémence ou en raison du rejet de celle-ci. Toutefois, la loi slovaque sur la concurrence a été modifiée pour donner à l'autorité de la concurrence le pouvoir discrétionnaire d'imposer cette sanction ou non.

Le **BIAC** estime que les autorités de la concurrence devraient faire preuve de prudence lorsqu'elles envisagent de renforcer le régime de dissuasion. La délégation illustre ce propos par quelques réflexions. Pour commencer, cette sanction ne devrait être imposée que pour les violations les plus flagrantes de la loi antitrust. Le BIAC met en garde contre le risque que l'application de cet outil à l'encontre des entreprises jugées coupables de comportement anticoncurrentiel dans le cadre de la passation de marchés publics puisse entraîner des effets négatifs sur le marché et le consommateur final. Plus précisément, les

entreprises incapables de générer des revenus suffisants pendant la période d'interdiction risquent de disparaître. En outre, le BIAC indique que sur un marché où opèrent peu de concurrents, la sortie d'une entreprise en conséquence de cette interdiction diminuerait le nombre de concurrents présents sur ce marché, ce qui pourrait avoir pour effet de multiplier les cas de soumissions concertées et d'autres ententes. Le BIAC souligne également que l'application d'un régime d'interdiction nécessite de savoir avec certitude comment et à quelles parties ce régime s'applique, et la délégation estime qu'il faut prendre en considération la taille du marché et le nombre de concurrents alternatifs avant de recourir à ce mécanisme. Le BIAC souligne par ailleurs que l'effet dissuasif de l'interdiction de soumissionner doit être mis en balance avec le fait que cette sanction risque de nuire au succès d'un régime de clémence. Les entreprises contrevenantes ne seront pas incitées à faire un signalement spontané si on ne leur offre pas en échange d'échapper à une mesure de radiation. Enfin, le BIAC ajoute que les autorités de la concurrence devraient également donner aux entités la possibilité de fournir la preuve des mesures correctives qu'elles ont prises volontairement en lien avec de futurs appels d'offres. En effet, les entreprises devraient pouvoir rapporter la preuve des mesures correctives qu'elles ont adoptées et du mécanisme de conformité qu'elles prévoient d'adopter après avoir fait l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Emmanuelle Auriol présente l'analyse économique de la radiation, qu'elle évalue dans une étude écrite avec Tina Soreide (cheffe de l'autorité norvégienne de la concurrence). La question abordée dans cette étude est de savoir si la radiation d'un fournisseur malhonnête est une bonne stratégie de protection du marché contre la corruption et la collusion. Partant du postulat que cette sanction est convenablement appliquée, l'étude pose la question de savoir si ce type de procédure peut aider à nettoyer le marché et les achats publics. Auriol indique qu'avant cette étude, il n'existait pas de littérature consacrée à l'analyse économique de la radiation, de telle sorte qu'il n'était pas très clair que cet outil se soit avéré efficace. Auriol conclut que la radiation peut dissuader les entreprises de commettre des actes de corruption si elles songent suffisamment à leurs ventes futures, si le nombre d'entreprises n'est pas trop important et si la probabilité de détection de la corruption est suffisamment forte. Autrement, cette sanction ne fera pas baisser la courbe de la délinquance des entreprises. Elle souligne par ailleurs que la radiation d'entreprises à la suite d'actes de corruption réduit le nombre d'entreprises qualifiées pour concourir. En d'autres termes, si elle ne décourage pas la délinquance des entreprises et fonctionne comme prévu, la radiation a un effet anticoncurrentiel. Dans ce cas, une entente est une nouvelle menace étant donné que lorsqu'un nombre limité d'entreprises opèrent sur un marché, elles peuvent adopter plus facilement des pratiques collusoires. Auriol démontre que la radiation ne dissuadera d'adopter ces pratiques qu'à condition que la probabilité de détecter une entente excède un certain seuil, qui décroît avec le facteur d'actualisation de l'entreprise. Ce seuil peut même être négatif si l'entreprise est très patiente. Ici encore, cela signifie que si ces entreprises se soucient de leurs ventes futures et si le taux de détection de l'infraction n'est pas trop bas, la perspective d'une radiation peut avoir un effet dissuasif. Dans ce cas, il n'y a pas de collusion en situation d'équilibre, de telle sorte que la radiation fonctionne comme prévu. En revanche, si les entreprises ne sont pas assez patientes, ou si elles peuvent se réinventer sous un autre nom lorsqu'elles sont radiées, la radiation n'aura pas d'effet dissuasif sur la collusion. Auriol reconnaît que la radiation présente donc des inconvénients dans ce contexte. En premier lieu, elle pourrait accroître la concentration. En second lieu, si la probabilité de détection est positive mais inférieure au seuil de dissuasion, l'exclusion peut dans certains cas être coûteuse et non bénéfique en termes de concurrence. Cela signifie que les entreprises seront radiées mais que la corruption et la collusion se poursuivront au même rythme. Elle résume en disant que la radiation peut

avoir un impact dissuasif dans certaines conditions et qu'elle constitue certainement un outil utile, mais qu'elle pose certains problèmes étant donné que les affaires dans lesquelles la procédure de radiation est utile sont précisément celles où le manque de répression peut sembler le pire, puisqu'il s'agit des cas où le nombre d'entreprises est limité et où l'autorité publique veut protéger la concurrence sur le marché. Auriol souligne que la radiation n'est pas souvent utilisée dans la pratique, ce qui suggère que les problèmes et les limitations qu'elle a mis en lumière sont graves. Selon l'OCDE, seules 2 radiations ont été prononcées sur un total de 427 affaires de corruption transnationale. Elle tire deux conclusions : (1) la radiation n'est pas la panacée en matière de lutte contre la corruption, mais elle représente un outil précieux pour les organisations internationales, car elle aide à discipliner les entreprises internationales ; et (2) la radiation semble être un instrument de piètre qualité pour lutter contre la collusion car elle produit un effet anticoncurrentiel. Elle affaiblit également le programme de clémence étant donné que les sanctions d'interdiction ne sont pas coordonnées avec les sanctions appliquées par les autorités antitrust. Il est donc nécessaire d'harmoniser les procédures et les sanctions.

Le Président remercie **Emmanuelle Auriol**, en notant l'importance de la relation entre la corruption dans les marchés publics et la radiation évoquée aujourd'hui, bien que cette relation ne soit pas au cœur de cette discussion. En effet, si l'autorité exclut des soumissionnaires, les soumissionnaires restants pourront plus facilement s'entendre, y compris sous forme de collusion tacite. Il pourrait être difficile de remédier à ce problème, à moins que l'autorité ne dispose d'un système permettant de détecter les collusions explicites ou tacites avec un haut degré de probabilité. D'où la nécessité d'adapter l'utilisation de cet instrument non seulement en fonction de l'environnement, mais peut-être également en fonction de la capacité de l'autorité de la concurrence à détecter la collusion. Passant au sous-thème des mesures correctives volontaires (les mesures « autonettoyantes ») destinées à éviter l'interdiction, le Président invite l'Union européenne à partager ses expériences.

L'**Union européenne** (UE) indique que la Commission européenne peut imposer des amendes aux entreprises qui ont violé les règles de concurrence, mais qu'elle ne dispose pas d'un outil permettant l'interdiction de soumissionner. Toutefois, cette mesure est prévue par les règles en matière de passation des marchés publics et, plus précisément, par les directives sur le sujet et le Règlement financier. Les directives sur la passation des marchés publics concernent des appels d'offres nationaux dans l'UE, tandis que le Règlement financier concerne les appels d'offres impliquant des ressources financières de l'UE. Ces instruments prévoient que des soumissionnaires peuvent être exclus de la participation à des appels d'offres dans l'UE pour avoir conclu des accords visant à fausser la concurrence. Dans l'UE, l'exclusion est prononcée par l'autorité contractante, laquelle doit permettre à un opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a prises. Ces mesures sont également appelées « autonettoyantes » et doivent être évaluées avant de prendre la décision d'exclure un opérateur économique du droit de participer à des procédures de passation de marchés publics, comme le prévoient à la fois les directives sur les marchés publics et le Règlement financier. La délégation de l'UE précise que l'opérateur économique doit fournir des preuves établissant le caractère fiable des mesures correctives qu'il a prises. Si l'autorité contractante estime que ces mesures sont suffisantes, l'opérateur ne sera pas exclu de la procédure de passation du marché public ; dans le cas contraire, il recevra une décision expliquant pourquoi ces mesures ne sont pas suffisantes. Les mesures autonettoyantes ne sont pas exhaustives, mais l'une d'elles est intéressante, et consiste à s'assurer que l'opérateur économique a clarifié les faits et circonstances de manière complète en collaborant activement avec les autorités enquêtrices. D'autres mesures pourraient jouer un rôle important, notamment la mise en place d'un système de signalement et de contrôle, ou encore la création d'une structure

d'audit interne afin de contrôler la conformité. Enfin, la délégation de l'UE évoque quelques affaires dans lesquelles la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la décision de l'autorité de la concurrence prouvant la coopération des opérateurs économiques – en l'occurrence une décision accordant des mesures de clémence - peut constituer une preuve suffisante de la coopération dans ce contexte.

L'**Allemagne** décrit son système, qui présente quelques similitudes avec le système de l'UE. La délégation explique qu'en Allemagne, les autorités contractantes peuvent exclure des soumissionnaires qui ont conclu des accords anticoncurrentiels ou se sont livrés à des pratiques concertées. L'interdiction de soumissionner exige que l'autorité contractante dispose d'éléments établissant la commission d'une infraction, qui seraient suffisants pour justifier que l'autorité allemande de la concurrence (Bundeskartellamt) impose une amende, auquel cas l'entreprise pourra être exclue des procédures de passation de marchés publics pendant une durée pouvant atteindre trois ans. Comme dans le système de l'UE, l'autorité contractante doit permettre au soumissionnaire de justifier des mesures autonettoyantes qu'il a prises, et l'autorité doit les évaluer avant d'exclure le soumissionnaire de la procédure. La délégation fait observer que cette situation a posé certaines difficultés pour les autorités contractuelles concernées, qui devaient prendre dans chaque cas une décision éclairée afin d'évaluer s'il existait des motifs d'exclusion, d'une part, et si les mesures autonettoyantes étaient satisfaisantes, d'autre part. Pour éviter cela, le Bundeskartellamt a mis en service l'année dernière un nouveau registre des concurrents participant à la passation des marchés publics. Ce registre vise à préserver l'intégrité des appels d'offres en veillant à ce que les marchés publics soient uniquement attribués à ceux qui n'ont commis aucune infraction grave et ont agi dans le respect des règles de la concurrence loyale. Désormais, il existe un point d'accès central aux informations sur les motifs possibles d'exclusion et d'engagement de poursuites, et les autorités imposant des amendes administratives sont obligées de publier dans ce registre certaines décisions imposant des sanctions aux entreprises. Les autorités publiques contractantes sont obligées, à leur tour, de consulter le registre afin de vérifier s'il existe des entrées sur le soumissionnaire dont l'offre est sur le point d'être acceptée. Selon la délégation allemande, l'important est que l'autorité contractante décide sous sa responsabilité d'exclure ou non une entreprise de la procédure. Le registre ouvre ensuite la possibilité pour les entreprises de faire contrôler leurs mesures autonettoyantes par le Bundeskartellamt en tant qu'organe central. Si le Bundeskartellamt estime que ces mesures satisfont aux exigences requises, l'inscription de l'entreprise concernée est radiée prématurément du registre, c'est-à-dire avant le délai usuel, et cette décision lie toutes les autorités contractantes d'Allemagne. En revanche, la décision de rejet des mesures autonettoyantes prise par l'autorité chargée de la tenue du registre n'est pas contraignante pour les autorités contractantes. La délégation allemande indique également que le Bundeskartellamt a publié des lignes directrices sur l'application des dispositions relatives aux mesures autonettoyantes, ainsi qu'un guide pratique sur la radiation prématurée de l'inscription dans ce registre si ces mesures sont jugées satisfaisantes.

La **Lettonie** décrit sa procédure d'autonettoyage. En Lettonie, les entreprises qui ont été condamnées à une amende par le Conseil de la concurrence en raison d'un accord d'entente horizontale peuvent néanmoins se soumettre à une procédure d'autonettoyage. En effet, l'entreprise a encore le droit de prouver que les motifs d'exclusion n'existent plus en remplissant certaines exigences spécifiques. À la suite d'un avis positif de l'autorité de la concurrence, l'entité adjudicatrice peut décider de permettre à l'entreprise de participer à l'appel d'offres organisé par elle. L'entreprise pénalisée doit prendre plusieurs mesures afin de restaurer sa crédibilité. En premier lieu, elle doit coopérer avec le Conseil de la concurrence pendant l'enquête et après qu'une décision ait été prise. En second lieu, l'amende imposée par le Conseil de la concurrence doit être payée au Trésor

et le préjudice causé par l'infraction doit être réparé si des victimes de l'infraction en ont fait la demande. En troisième lieu, l'entreprise concernée doit élaborer un programme de conformité au droit de la concurrence et nommer une personne de l'entreprise qui sera responsable de la mise en œuvre et de la mise à jour régulière de ce programme. En quatrième lieu, l'entreprise doit éduquer systématiquement les employés au droit de la concurrence, et elle doit, en cinquième et dernier lieu, fournir une confirmation de la mise en œuvre de ces activités au Conseil de la concurrence et recevoir la déclaration du Conseil de la concurrence à propos de ces activités. La délégation lettone indique que la déclaration du Conseil de la concurrence n'a pas force obligatoire. L'entité adjudicatrice a la faculté discrétionnaire de décider si les mesures appliquées par une entreprise pour restaurer sa crédibilité sont suffisantes, et peut, si tel est le cas, autoriser l'entreprise à participer à l'appel d'offres. Si elle estime que les mesures sont insuffisantes, l'entité adjudicatrice peut toujours exclure le soumissionnaire de toute participation ultérieure à l'appel d'offres. La Lettonie indique, en conclusion, que le Conseil de la concurrence a rédigé un ensemble de documents détaillés à l'intention des entreprises, afin de les familiariser avec les activités qui ne sont pas autorisées et peuvent être perçues comme un signe d'accord contraire au droit de la concurrence, y compris un outil d'auto-évaluation permettant de réduire les risques d'entente.

L'**Italie** explique que le système italien inclut une mesure de radiation non automatique. La délégation estime que son système est une expérience intéressante de système de récompense plutôt qu'un système punitif, et qu'il est donc plus efficace que les systèmes punitifs, selon la théorie sociocognitive. Le système italien permet aux entreprises de demander à l'autorité italienne de leur attribuer une note de 1 à 3 étoiles, en fonction de leurs efforts de conformité et du point de savoir si elles ont respecté, au cours des trois ou cinq années précédentes, la législation antitrust, la législation anticorruption et la législation sur la protection des données, et si elles ont mis en place des systèmes contribuant à atteindre des objectifs de durabilité et à respecter les réglementations en matière de sécurité du travail. La délégation italienne considère que son système de radiation est intéressant, car ce n'est pas un système de « tout ou rien ». Au contraire, le système italien prévoit qu'une entreprise qui commet une infraction à la législation antitrust perd sa notation mais peut toujours participer à un appel d'offres. L'autorité adjudicatrice peut d'ailleurs attribuer des points supplémentaires à une entreprise ayant une notation élevée, de telle sorte que les entreprises ont des incitations accrues à respecter la législation. En outre, la délégation italienne indique que les entreprises doivent continuer à appliquer la législation pour que leur notation soit renouvelée et elle considère que le fait que la majorité des entreprises sollicitent ce renouvellement est un signe que cette notation est importante pour leur réputation. La délégation ajoute que la notation moyenne attribuée aux entreprises qui la demandent est également plus élevée, ce qui peut être un signe que le système encourage aussi le respect de la loi.

L'**Égypte** contribue à la discussion en présentant son outil spécifique afin de garantir que les entreprises important sur le marché égyptien n'aient pas été condamnées pour violation du droit de la concurrence. Pour pouvoir importer des produits sur le marché égyptien, une entreprise doit être inscrite dans le registre des importateurs égyptiens. Les entreprises ou les personnes physiques enregistrées peuvent être radiées de ce registre si elles ont fait l'objet de condamnations pénales pour des infractions, y compris des infractions au droit de la concurrence. En outre, l'Égypte explique qu'elle a deux mécanismes d'interdiction de soumissionner. Le premier a pris la forme du renforcement des lignes directrices destinées aux pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes et de la formation qui leur est dispensée. Le second est le suivant : dès qu'une soumission concertée a été faite en violation du droit de la concurrence, les soumissionnaires sont exclus de toutes les autres procédures d'appel d'offres du pays. En outre, la délégation égyptienne précise

que si des soumissionnaires concourent par l'intermédiaire de parties liées, l'autorité pourra également interdire à ces parties de participer à d'autres appels d'offres.

La Grèce indique qu'elle a une autre solution dans laquelle l'autorité de la concurrence s'assure que les conséquences de l'exclusion d'un soumissionnaire n'affectent pas négativement la procédure d'appel d'offres, et préservent la dynamique concurrentielle de la passation des marchés publics. La Commission hellénique de la concurrence (HCC) exerce des pouvoirs de plaidoyer très adaptés à cet effet. En premier lieu, elle a publié un guide à l'intention des autorités contractantes publiques, afin de leur permettre de détecter une collusion illégale dans les procédures d'appel d'offres et d'aider les agents du secteur public à comprendre le comportement anticoncurrentiel d'une entente. Ce guide, publié en 2014 et mis à jour en 2022, vise à aider les agents du secteur public à comprendre les techniques qui peuvent être utilisées par des entreprises pour s'entendre pendant une procédure d'appel d'offres, à comprendre les responsabilités respectives de la HCC et des autorités contractantes en matière de traitement des ententes, et à éviter une responsabilité potentielle en cas de facilitation d'une entente, même non intentionnelle, ou de défaut d'information de la HCC sans délai. En second lieu, la HCC a ouvert une plateforme d'information anonyme dédiée, ainsi qu'un système de lancement d'alerte, en particulier pour les autorités contractantes. Dans ses efforts pour sensibiliser aux bénéfices sociaux et économiques de la concurrence, et pour faire prendre effectivement conscience des problèmes entraînés par les infractions au droit de la concurrence, la HCC a développé de nouvelles stratégies de communication dans le cadre de ses initiatives de plaidoyer ciblées. Les informations internes dont elle dispose, et celles qui lui sont communiquées par les autorités publiques dans leur rôle de pouvoirs adjudicateurs, lui permettent de recevoir des données et des plaintes à propos de la participation des entreprises à ces procédures. La HCC estime que les autorités contractantes peuvent l'aider à découvrir des pratiques et des comportements constitutifs d'ententes, et, dès lors, à diligenter des enquêtes de manière rapide et efficace, ce qui bénéficie directement aux consommateurs et aux contribuables grecs. .

Le Président remercie la délégation grecque et passe à la discussion sur le troisième et dernier point précédemment annoncé, qui a trait aux difficultés communes pouvant découler de la radiation et de l'exclusion individuelle pour soumissions concertées. Il indique qu'il existe deux problèmes : (1) le prononcé de ces mesures en temps voulu ; et (2) leur articulation avec les programmes de clémence. Pour illustrer ces deux préoccupations, le Président demande à Amanda Athayde de s'exprimer à leur sujet.

3. Les difficultés communes impliquées par les deux instruments, en particulier comment l'intervention du juge peut affecter la durée et l'efficacité des instruments et leur application, ainsi que la coordination avec les programmes d'immunité et de clémence. Y-a-t-il une cohérence entre l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur et l'interdiction de soumissionner ? Se renforcent-elles mutuellement ou concourent-elles à des objectifs croisés ?

Amanda Athayde observe que les amendes antitrust et les sanctions pénales risquent finalement de ne pas atteindre leurs objectifs ultimes, à savoir sanctionner des pratiques actuelles ou passées et dissuader de commettre de futures violations de la législation antitrust. C'est pourquoi elle a écrit un livre qui pose la question de savoir si des sanctions non monétaires pourraient contribuer efficacement à la lutte contre les pratiques antitrust, et qui étudie cette hypothèse. Athayde indique que plusieurs types d'arguments ont été avancés au Brésil en faveur de l'application de sanctions non monétaires. Le premier est

la crainte que les sanctions antitrust soient insuffisamment dissuasives, faisant ainsi naître la volonté d'instaurer d'autres sanctions non monétaires à l'appui des amendes. Le second argument évoque au contraire l'effet excessivement dissuasif de ces sanctions dans certains cas particuliers, étant donné que des entreprises pourraient ne pas être en mesure de payer. Le troisième argument en faveur de ces sanctions non monétaires tient au fait qu'elles peuvent avoir un impact considérable sur la structure du marché et la dynamique concurrentielle, et, partant, dissuader de commettre de futures infractions. Athayde partage quelques observations à propos de l'exclusion des soumissionnaires. En premier lieu, il serait important d'évaluer la proportionnalité des sanctions avant d'utiliser cet outil, non seulement en fonction des marchés directement affectés mais également au regard de l'effet indirect sur la chaîne de valeur. Ainsi, on pourrait choisir de ne pas appliquer la sanction à toutes les entreprises impliquées, mais seulement à celle ou celles qui sont les plus impliquées, autrement dit les « leaders », bien que l'application de ces concepts puisse être sujette à discussions en raison de la part d'appréciation discrétionnaire qu'elle comporte. En second lieu, la durée de la mesure est également importante, sachant les particularités de chaque affaire et des preuves obtenues. En troisième lieu, il est important de réfléchir à l'extension de l'outil : doit-il être appliqué uniquement à l'entreprise directement impliquée dans l'infraction, ou également à son groupe économique ou à d'autres entreprises créées après la sanction ? Amanda Athayde expose également sa vision des pénalités imposées aux personnes physiques. Elle estime que l'analyse du degré de participation de chacune des personnes concernées et de leur position dans l'entreprise est déterminante pour garantir la proportionnalité des sanctions, notamment au regard de la probabilité de récidive. Athayde souligne que la question des sanctions à vie à l'encontre de personnes physiques doit susciter une attention toute particulière, en raison du risque de disproportionnalité qu'elles peuvent entraîner. En conclusion, Athayde insiste sur la nécessité de progresser sur cette question de la proportionnalité, ainsi que sur la motivation des décisions pour qu'elles ne soient pas sanctionnées par le juge.

Le Président remercie Amanda Athayde de sa contribution. Il évoque ensuite la question complexe de l'utilisation des instruments en temps voulu. Il demande à la Lituanie d'évoquer cette question des délais, et invite le Canada à s'exprimer sur la question de la coordination avec le programme de clémence.

La **Lituanie** indique, en ce qui concerne l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur, que le Conseil de la concurrence peut demander aux tribunaux de prononcer cette interdiction pour une durée de cinq ans au maximum. Le Conseil de la concurrence lituanien peut appliquer cette sanction après qu'elle soit devenue définitive, - le jugement l'ayant prononcée n'ayant pas été frappé d'appel ou les voies de recours étant épuisées -. La délégation précise que, dans la pratique, les tribunaux tendent à raccourcir les périodes d'interdiction par rapport à celles qui ont été initialement proposées par le Conseil de la concurrence. Les tribunaux motivent généralement cette décision par le fait qu'il s'est déjà écoulé un long délai entre le moment où l'infraction a été commise et celui où les sanctions doivent effectivement s'appliquer. En ce qui concerne l'interdiction de soumissionner, la difficulté principale tient au fait que la période de radiation de trois ans commence à courir du jour où l'accord anticoncurrentiel a pris fin. Ce délai de trois ans peut donc s'avérer très court, en particulier si les autorités contractantes qui envisagent l'interdiction veulent se fonder sur la décision du Conseil de la concurrence qui constate l'infraction. La délégation lituanienne résume donc le problème essentiel en ces termes : au moment où le Conseil de la concurrence établit l'infraction, il est possible que la période maximum d'interdiction ait déjà expiré ou qu'il reste très peu de temps pour pouvoir appliquer la radiation.

Le **Canada** fait observer que ses autorités adjudicatrices peuvent exclure des soumissionnaires bénéficiant d'une immunité ou d'une mesure de clémence en vertu des programmes qui existent à cet effet. Au Canada, une immunité totale de poursuites peut être accordée à ceux qui commencent par divulguer une infraction à la loi sur la concurrence que le Bureau de la concurrence n'avait pas encore détectée, ou par fournir des preuves conduisant à la transmission de l'affaire au Service des poursuites pénales du Canada. La « clémence » désigne le traitement clément dont peuvent bénéficier des requérants lors de leur condamnation ultérieure, étant précisé qu'ils doivent plaider coupable en vertu du Programme de clémence. La question de savoir si des soumissionnaires ayant obtenu une immunité répondront ou non aux critères des autorités contractantes pour être exclus de l'appel d'offres n'est pas certaine. La délégation canadienne indique qu'elle a reçu des informations de la part d'avocats qui lui ont expliqué que cette conséquence peut rendre les entreprises plus réticentes à participer à des programmes d'immunité et de clémence.

Le **Japon** indique que sa loi sur les sociétés prévoit qu'un administrateur perdra automatiquement sa qualification d'administrateur après avoir été condamné à une peine d'emprisonnement ferme, jusqu'à ce qu'il ait purgé cette peine. L'autorité japonaise de la concurrence a précisé dans ses lignes directrices qu'elle ne sollicitera pas une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur à l'encontre de l'administrateur qui est le premier à faire une demande de clémence. En outre, la délégation japonaise explique qu'il existe un ensemble de critères d'application du mécanisme de l'interdiction de soumissionner, qui a été créé par l'autorité centrale des marchés publics. En vertu de ce modèle, une entreprise qui demande à bénéficier du programme de clémence pour une infraction au droit de la concurrence verra sa période d'interdiction réduite de moitié. Le Japon ajoute que cette règle entend instaurer un équilibre entre les incitations à solliciter une mesure de clémence et la nécessité d'imposer des sanctions.

Le Président souligne que cette règle instituée au Japon confère un avantage aux entreprises qui demandent à bénéficier du programme de clémence. La discussion de la table ronde étant terminée, le Président demande aux experts de présenter leurs observations finales après avoir entendu les contributions des pays.

Peter Whelan évoque le problème de l'efficacité de l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur. Il s'interroge sur l'opportunité de plaider pour la création d'une politique d'interdiction exclusivement fondée sur l'efficacité, en notant que les infractions à la législation antitrust sont des infractions économiques qui ont un coût pour l'économie (de telle sorte qu'une dissuasion efficace en la matière est vitale). Whelan estime que les autorités compétentes devraient examiner si la sanction de l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur est une réponse efficiente au problème, sachant qu'elle entraîne des coûts (en particulier si des tribunaux doivent intervenir). Selon lui, un moyen permettrait de maintenir ces coûts de répression à un niveau raisonnable : abaisser la norme de la preuve par rapport à celle qui s'applique en matière pénale, en retenant par exemple la balance des probabilités. Une autre solution consisterait à utiliser des engagements volontaires de ne pas exercer les fonctions d'administrateur (en vertu desquels des administrateurs acceptent volontairement d'être disqualifiés, confrontés à la preuve de leur infraction), par opposition avec les décisions prononçant une interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur (qui doivent être rendues par un tribunal).

Amanda Athayde conclut son exposé en disant que le meilleur moyen d'avancer dans cette discussion serait d'avoir des modalités structurées et organisées d'application de ces sanctions non monétaires. Elle ajoute qu'il est crucial d'adopter un raisonnement très transparent lors de l'application de ces outils, afin d'évaluer la proportionnalité de la mesure. Sur cette base, la juridiction pourrait également appliquer ces sanctions

parallèlement à certaines mesures d'incitation, de récompense et d'autonettoyage, et l'ensemble constituerait la meilleure combinaison d'outils antitrust, à savoir une incitation ex-ante et l'application ex-post, dans tous les cas où ces incitations n'ont pas été efficaces.

Emmanuelle Auriol indique, pour conclure, qu'il serait très utile que l'OCDE puisse collecter des données sur la fréquence d'application des mesures d'interdiction, et expliquer les inconvénients de ces procédures, étant donné qu'il est difficile d'avoir accès à des informations sur ces questions.

À l'issue de la discussion, le Président met l'accent sur certains points qui se sont dégagés de celle-ci. Le premier point, qui est central, est de savoir comment accroître l'effet dissuasif de ces sanctions en cas de violations du droit de la concurrence. Le second point est le suivant : les deux instruments sont puissants en termes de dissuasion, ce qui peut conduire à un effet dissuasif excessif. Troisième point : la proportionnalité et possiblement la progressivité devraient être respectées lors de l'utilisation de ces instruments, pour qu'ils soient efficaces. Le Président souligne que plusieurs types de mécanismes pourraient effectivement réduire le coût de certains de ces instruments. Il estime important que l'autorité de la concurrence et les autorités contractantes publiques coopèrent afin de renforcer mutuellement leurs actions respectives. Quatrième point : le Président ajoute que ces instruments doivent être cohérents avec le système juridique général, afin d'en faire un outil efficace. Enfin, il évoque l'existence de plusieurs instruments intéressants, qui permettent à une autorité de la concurrence d'inciter l'entreprise à essayer de corriger son comportement, sans devoir recourir à des systèmes de contrôle très lourds et très complexes.