

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

Annule & remplace le même document du 29 mai 2018

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

**Défis et coordination des programmes de clémence – Note de référence du
Secrétariat**

5 juin 2018

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de l'examen du Point 5 de l'ordre du jour de la 127^e réunion du Groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi qui aura lieu le 5 juin 2018.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.oecd.org/daf/competition/challenges-and-coordination-of-leniency-programmes.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Despina Pachnou [téléphone : +33 1 45 24 95 25 – Courriel : despina.pachnou@oecd.org]

JT03432767

Table des matières

Défis et coordination des programmes de clémence.....	3
1. Introduction	4
2. Les fondements théoriques d'un programme de clémence.....	6
2.1. Raison d'être d'une politique de clémence	6
2.2. Principales conditions indispensables à l'efficacité d'une politique de clémence.....	7
3. Difficultés rencontrées pour coordonner les programmes de clémence et les autres instruments de répression des ententes	9
3.1. Clémence et action privée	9
3.2. Clémence et pénalisation	11
3.3. Clémence et transaction	14
4. Difficultés rencontrées en matière de coopération dans le cadre des programmes de clémence	15
4.1. Coût des demandes multiples.....	16
4.2. Respecter des obligations contradictoires	18
4.3. Différences entre les dispositifs de marqueurs	18
5. Autres difficultés.....	22
5.1. Utilisation stratégique de la clémence	22
5.2. Obtenir une coopération totale et permanente des demandeurs d'immunité	23
6. Conclusion.....	25
Notes de fin de document	27
Références.....	31

Encadrés

Encadré 1. L'affaire <i>British Airways</i>	14
Encadré 2. AFFAIRE C-428/14, DHL, Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne relatif à des demandes de clémence multiples, 20 janvier 2016	21
Encadré 3. L'affaire <i>Stolt-Nielsen</i>	24

Défis et coordination des programmes de clémence

Note de référence du Secrétariat*

Beaucoup d'autorités de la concurrence considèrent désormais la clémence comme leur principal instrument de détection des ententes. Actuellement, plus de 60 juridictions, dont tous les pays de l'OCDE, sont dotés de programmes de clémence, qu'ils utilisent pour empêcher la formation de nouvelles ententes, détecter celles qui existent déjà et renforcer l'efficacité des actions engagées pour les poursuivre. Cette note décrit les difficultés auxquelles se heurtent les autorités de la concurrence dans la mise en œuvre de ces programmes, l'articulation de la clémence et des autres instruments répressifs, ainsi que les écueils rencontrés pour la coordination des programmes de clémence dans les affaires d'entente internationale.

L'une des principales difficultés rencontrées réside dans la nécessité d'articuler la politique de clémence et les autres instruments, notamment l'action privée, les sanctions pénales et les procédures de transaction ou de négociation de peine. Pour l'essentiel, l'action privée et l'intervention publique se renforcent mutuellement. Les actions privées en dommages et intérêts sont complémentaires de l'intervention publique parce qu'elles exercent un effet dissuasif et donnent aux victimes de comportements anticoncurrentiels des moyens de se défendre. Toutefois, elles peuvent aussi dissuader les entreprises de solliciter la clémence parce que les informations sur l'entente que doit fournir le candidat à la clémence l'incriminent lui-même en plus d'incriminer les autres membres. Cette auto-incrimination peut le pénaliser dans d'autres procédures, en particulier s'il fait l'objet d'une action de suivi en dommages et intérêts au civil. Il faut donc que les autorités veillent à ce que les candidats à la clémence ne se trouvent pas dans une situation plus défavorable que les coauteurs de l'infraction dans le cadre de ces procédures civiles. Aucune réponse tranchée n'a pour l'heure été apportée à la question de savoir si la clémence et les sanctions pénales pour infraction au droit des ententes, notamment les peines de prison visant les dirigeants, se renforcent mutuellement ou si, au contraire, les sanctions n'ont pas un effet dissuasif entraînant un recul des demandes de clémence. Enfin, la clémence et les procédures de transaction sont complémentaires : la clémence est un instrument d'enquête utilisé pour rechercher des informations et des preuves afin d'établir la réalité d'une infraction, et les transactions permettent aux autorités de la concurrence de rationaliser leurs procédures et de libérer ainsi des ressources.

La nécessité de coopérer dans les affaires d'ententes internationales sans pour autant décourager les entreprises de solliciter la clémence est un autre défi à relever par les autorités de la concurrence. Selon toute vraisemblance, les entreprises impliquées dans des ententes internationales ne demandent pas la clémence dans une seule juridiction – une demande risquant de déclencher une série d'enquêtes dans d'autres – et préfèrent envisager de déposer des demandes d'immunité ou de clémence multiples. Les demandes multiples peuvent cependant se révéler très coûteuses pour les entreprises qui les déposent. Les candidats à la clémence doivent en outre respecter les obligations légales différentes, voire contradictoires, imposées par les régimes de clémence des différentes juridictions. Enfin, les systèmes de marqueurs peuvent être source d'insécurité pour les demandeurs, qui n'ont pas la certitude de pouvoir réserver la première place dans toutes les juridictions.

La note aborde également le risque que les entreprises utilisent la clémence de manière stratégique, dans leur propre intérêt, et les moyens d'obtenir la coopération totale et permanente des demandeurs une fois l'immunité accordée.

* La présente note a été rédigée par Michael Saller, qui a tenu compte des observations d'Antonio Capobianco, Despina Pachnou et Semin Park.

1. Introduction

1. La détection et la sanction des ententes injustifiables, qui figurent parmi les violations du droit de la concurrence les plus graves et nuisent aux consommateurs et à l'économie dans son ensemble, constituent depuis des années une priorité de la lutte contre les infractions au droit de la concurrence. Ces ententes sont cependant très difficiles à détecter parce qu'elles fonctionnent en général de manière secrète et sont souvent assorties de mesures qui les rendent indétectables. Beaucoup d'autorités de la concurrence ont fait des programmes de clémence leur principal instrument de détection. Ainsi, la plupart de celles qui ont répondu à une enquête réalisée en 2017 par le Secrétariat de l'OCDE pour recueillir des commentaires sur la mise en œuvre de la recommandation de l'OCDE pour une action efficace contre les ententes injustifiables (« l'enquête de 2017 ») considèrent leur programme de clémence comme le moyen le plus efficace pour détecter les ententes. D'après l'enquête, le pourcentage d'ententes détectées à la suite d'une demande de clémence est compris entre 45 % et 55 % dans des pays comme l'Allemagne, le Canada, le Chili, la Corée et la Nouvelle-Zélande et atteint 80 % dans l'Union européenne (OCDE, 2017). Aux États-Unis, plus de 90 % des sanctions pécuniaires infligées par le ministère fédéral de la Justice étaient liées à des enquêtes menées avec la coopération de candidats à la clémence (Guttuso, 2015, et références citées).

2. Dans tous les pays où ils existent, les programmes de clémence permettent aux membres d'une entente de dénoncer eux-mêmes leur comportement illicite et de fournir des informations et des preuves de l'infraction en contrepartie d'une immunité totale ou d'une réduction des sanctions. La terminologie relative à ces programmes varie toutefois d'une juridiction à l'autre (OCDE, 2014a) : dans certaines juridictions, les termes « clémence » ou « amnistie » désignent l'immunité totale de sanctions, alors que dans d'autres, seul le terme « immunité » est employé dans ce sens, le vocable « clémence » désignant un traitement clément quelconque et la réduction des amendes ou seulement une réduction d'amende accordée au-delà du premier rang de clémence. Dans la présente note, le terme « programme de clémence » désigne à la fois un programme d'amnistie et un programme de clémence, tandis que le terme « immunité » renvoie à une immunité totale de sanctions et que le vocable « clémence » est employé pour désigner une réduction des sanctions accordée aux candidats à la clémence qui fournissent des informations et coopèrent mais ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier d'une immunité. L'expression « politique de clémence » désigne les principes et conditions qu'a adoptés ou que doit respecter une autorité de la concurrence pour mettre en œuvre le programme de clémence. Un tel programme suppose en effet des procédures internes définissant par exemple les modalités de mise en œuvre de la politique de clémence par l'autorité de la concurrence, notamment les procédures à suivre pour accorder ou refuser la clémence ou un traitement clément.

3. Le tout premier programme de clémence a été institué par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis en 1978, puis réformé en 1993. L'Union européenne (UE) a créé son propre programme en 1996 et l'a amendé en 2002 et 2006. L'expérience des États-Unis et de l'UE ayant été positive, la clémence s'est imposée dans les régimes de lutte contre les ententes dans de nombreux pays du monde. Tous les pays membres de l'OCDE, à commencer par le Royaume-Uni et l'Allemagne en 2000, se sont dotés de programmes de clémence. Il en va de même des membres de l'UE, exception faite de Malte. Il existe actuellement plus de 60 programmes de clémence dans le monde (Morgan Lewis, 2017).

4. Bien qu'ils diffèrent d'une juridiction à l'autre, la plupart de ces programmes ont des caractéristiques communes, dont (RIC, 2014) : l'application de la règle « premier

arrivé, premier servi », selon laquelle seul le premier membre de l'entente qui se dénonce peut obtenir une immunité totale ; l'application d'un traitement clément (moins favorable que l'immunité totale) à partir du deuxième demandeur¹ ; un système de marqueurs, qui permet à une entreprise de réserver sa place de premier demandeur le temps de constituer une demande en bonne et due forme ; l'obligation faite au demandeur de communiquer des informations et preuves complètes et sincères et de coopérer pleinement et continûment.

5. En général, lorsqu'elles sont contestées devant les tribunaux, les politiques de clémence sont confirmées. Ainsi, le Tribunal de l'UE a estimé que la Communication de 2002 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (« la communication sur la clémence ») ne portait pas atteinte au droit des parties de ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où cette coopération revêtait un caractère strictement volontaire, ne s'imposant pas aux parties et n'empêchant pas les requérantes d'exercer leur droit de contester les faits et les conclusions qu'en tire la Commission (T-138/07 *Schindler* ; Faull et Nikpay, 2014, p. 8.212, et références citées).

6. Le nombre de demandes de clémence et son évolution varient selon les juridictions. Ce nombre a par exemple augmenté en France (passant de 8 en 2015 à 15 en 2016), au Brésil (il est passé de 69 à 173) et au Japon (de 61 à 102), mais a diminué en Australie (de 19 à 12), au Canada (de 51 à 37) et dans l'UE (de 32 à 24) (Global Competition Review Enforcer Tracker²).

7. Certaines juridictions évaluent actuellement l'efficacité de leur programme de clémence. Le 17 janvier 2017, le ministère de la Justice des États-Unis a par exemple apporté des précisions sur le champ d'application de son programme en actualisant la page Foire aux questions (FAQ) de son site Internet³, qui datait de 2008. Dans cette nouvelle version, il précise notamment les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance d'un marqueur anonyme – marqueur valable pendant une courte durée, comportant les informations requises sur le secteur d'activité mais n'indiquant pas le nom de l'entreprise qui a demandé sa délivrance –, ainsi que les conditions qui doivent être réunies pour que les salariés et anciens salariés puissent bénéficier de l'immunité⁴. De même, au Canada, le Bureau de la concurrence revoit actuellement ses programmes d'immunité et de clémence et a publié une version préliminaire pour consultation publique en octobre 2017⁵. Il envisage d'introduire dans sa procédure d'immunité une nouvelle étape consistant en l'octroi d'une « immunité provisoire contre les poursuites pénales », après la délivrance du marqueur (ou « signet ») mais avant la conclusion de l'accord en matière d'immunité. Il envisage également de permettre aux demandeurs de clémence suivants, qui ne peuvent pas bénéficier de l'immunité, une réduction d'amende pouvant atteindre 50 %, en fonction, non pas de leur rang d'arrivée, mais de la « valeur de leur coopération ». Les employés ou anciens employés des entreprises qui n'ont pas été les premières à demander la clémence pourront également bénéficier de l'immunité. Enfin, les entretiens avec les témoins devront avoir lieu sous serment et faire l'objet d'un enregistrement audio ou vidéo (Boswell, 2017). L'Australie recherche des moyens de renforcer les avantages de la clémence et d'inciter les parties à coopérer pleinement et continûment à l'enquête (Sims, 2017). Le Japon examine la possibilité d'étendre le bénéfice de la clémence, actuellement limité aux cinq premiers demandeurs, à quiconque fournit des informations utiles et coopère à l'enquête et de majorer ou minorer les amendes en fonction du degré de coopération à l'enquête. Enfin, la Nouvelle-Zélande envisage de renforcer les obligations des individus qui sont éligibles ou qui détiennent une immunité conditionnelle dérivée dans le cadre d'une demande d'immunité d'entreprise afin de garantir une plus grande coopération.

8. La présente note, intitulée « Défis et coordination des programmes de clémence », doit servir de référence aux discussions qui auront lieu le 5 juin 2018 dans le cadre du Groupe de travail n° 3. Elle s'inscrit dans le prolongement des débats qui se sont tenus lors des tables rondes de l'OCDE sur l'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence (OCDE, 2014a) et sur la clémence pour les demandeurs suivants (OCDE, 2012).

9. Elle est organisée comme suit :

- La **section 2** présente les éléments théoriques sur lesquels doit reposer un programme de clémence et les principales conditions requises pour qu'une politique de clémence porte ses fruits.
- La **section 3** décrit les difficultés rencontrées pour coordonner les programmes de clémence avec les autres instruments de répression des ententes, comme les actions privées, les sanctions pénales et les règlements.
- La **section 4** porte sur les problèmes auxquels sont confrontées les entreprises et les autorités de la concurrence dans le cas des ententes internationales – coût des demandes de clémence multiples, conflit entre les obligations légales imposées par différentes juridictions et insécurité liée aux différences entre les dispositifs de marqueurs.
- La **section 5** porte sur le fait que les entreprises utilisent parfois les programmes de clémence de manière stratégique, dans leur propre intérêt, et sur les moyens dont disposent les autorités de la concurrence pour s'assurer de la coopération des demandeurs de clémence pendant toute la durée de la procédure.
- La **section 6** fait office de conclusion.

2. Les fondements théoriques d'un programme de clémence

2.1. Raison d'être d'une politique de clémence

10. L'introduction d'un programme de clémence poursuit principalement trois objectifs : la détection, la dissuasion et l'efficacité de la répression des infractions.

11. **Détection.** La détection des ententes injustifiables constitue probablement le principal objectif de toute politique de lutte contre les ententes. Comme ils sont habituellement parfaitement conscients de l'illicéité de leur comportement, les membres d'ententes injustifiables s'efforcent en général de dissimuler leurs activités. Une politique de clémence améliore les chances de détecter et de sanctionner efficacement ces ententes cachées. Elle facilite la découverte d'ententes qui, en son absence, ne seraient pas détectées et déstabilise les accords collusoires existants (RIC, 2014). Les autres outils de détection des ententes sont insuffisants en ce qu'ils ne permettent pas aux autorités répressives de découvrir l'existence d'une entente et encore moins d'établir l'infraction de manière aussi probante que l'exige la loi, qu'il s'agisse des filtres utilisés pour surveiller les marchés⁶, de l'analyse économique des informations publiques à des fins de détection des infractions⁷, des plaintes de concurrents ou de clients ou de la dénonciation des ententes par des lanceurs d'alerte non impliqués. La détection est une tâche d'autant plus difficile et coûteuse que la collusion peut se produire dans des milliers de secteurs différents – qu'il n'est guère possible de surveiller simultanément. En outre, les plaintes contre les ententes dans les marchés amont sont plus rares étant donné que la hausse des prix est souvent répercutée sur le consommateur final (Stephan et Nikpay, 2014).

12. **Dissuasion.** Lorsqu'elles s'interrogent sur l'éventualité de participer à une entente, les entreprises prennent en compte la probabilité d'être découvertes et punies. Elles renonceront probablement à participer si la probabilité de détection est forte et si l'amende risque d'être élevée. Une entreprise rationnelle examinera si elle peut espérer retirer de l'entente des gains supérieurs à l'amende qu'elle risque de devoir acquitter, en d'autres termes elle tiendra compte du montant nominal de l'amende multiplié par la probabilité qu'elle lui soit réellement infligée (Faull et Nikpay, 2014, p. 8.106)⁸. Un programme de clémence efficace engendre un « dilemme du prisonnier », tous les participants craignant que l'un d'eux ne dénonce l'entente aux autorités pour obtenir l'immunité ou une réduction substantielle de son amende au détriment des autres membres de l'entente, qui se verront infliger des sanctions (plus) lourdes. Un autre des arguments avancés est que lorsqu'il existe une possibilité qu'un participant à l'entente demande la clémence, la collusion risque d'être moins durable et l'incertitude augmente. Les participants à l'entente ont alors plus de difficultés à parvenir à un accord et à se faire confiance, ce qui rend plus nécessaire une surveillance coûteuse (Wils, 2016a). Diverses études ont mis en lumière l'effet dissuasif des programmes de clémence. Aux États-Unis par exemple, la révision de la politique de clémence, en 1993, a initialement été suivie d'une hausse du nombre d'ententes détectées, puis d'une forte baisse – ce qui laisse penser que cette politique renforce la dissuasion et se traduit ainsi par un recul des ententes (Miller, 2007). Un constat similaire a été fait concernant le programme de clémence de l'UE, à savoir qu'il limite la formation d'ententes et fragilise celles qui se forment (Colino, 2017, et autres références citées)⁹. À l'inverse, si le régime de répression des ententes n'a, au mieux, qu'un faible effet dissuasif – par exemple si les amendes sont d'un montant symbolique ou le nombre d'ententes poursuivies chaque année faible -, le programme de clémence risque de ne pas empêcher les ententes.

13. **Efficacité de la répression.** Avec la clémence, les autorités de la concurrence disposent d'un outil rentable pour détecter et sanctionner les ententes. Les membres d'ententes se dénonçant eux-mêmes, elles peuvent en effet consacrer moins de temps à rechercher les preuves nécessaires pour confondre les participants. La coopération des demandeurs de clémence tout au long de la procédure administrative leur épargne une partie des difficultés rencontrées pour recueillir des preuves de l'infraction et leur permet donc d'économiser du temps et de réduire les coûts administratifs. L'enquête est plus rapide et plus approfondie. Cette baisse des coûts leur permet de détecter et de sanctionner davantage d'ententes à budget égal. Enfin, l'augmentation de la probabilité de détection et de sanction renforce l'effet dissuasif.

2.2. Principales conditions indispensables à l'efficacité d'une politique de clémence

14. Il est généralement admis que trois conditions doivent être réunies pour qu'un programme de clémence porte ses fruits¹⁰ : le risque de détection doit être élevé, les sanctions doivent être lourdes et le programme doit allier transparence et prévisibilité (voir, par exemple, Hammond, 2004).

15. **Risque de détection élevé.** En règle générale, un programme de clémence est efficace si l'autorité de la concurrence a réussi à convaincre de sa capacité à détecter et sanctionner les ententes et si les membres d'ententes estiment qu'il existe un risque réel qu'elle détecte une entente et en établisse l'existence même sans recourir au programme de clémence. Si le risque de détection est élevé, les membres d'ententes auront intérêt à se dénoncer avant d'être découverts. En conséquence, en plus de faciliter la découverte d'infractions, les enquêtes d'office renforcent l'efficacité des programmes de clémence parce qu'elles augmentent le risque de détection. Si les autorités s'en remettent trop, voire exclusivement, à un programme de clémence, les membres d'ententes risquent de

commencer à douter de leur capacité à détecter seules les ententes. Elles s'efforcent d'ailleurs de ne pas donner cette impression. Dans l'Union européenne par exemple, la Commission a récemment augmenté les ressources allouées aux enquêtes d'office en créant un outil de lancement d'alerte anonyme géré par un prestataire extérieur. Elle ne peut pas identifier l'auteur de la dénonciation, mais peut communiquer avec lui (Commission européenne, 2017)¹¹. Bon nombre d'autorités de la concurrence qui ont répondu à l'enquête OCDE de 2017 mentionnée plus haut ont insisté sur l'importance des enquêtes d'office ouvertes à la suite de plaintes de tiers, sur la base d'informations publiques ou encore de l'analyse de données comme celles relatives aux marchés publics ou d'informations issues d'autres enquêtes ou fournies par d'autres autorités (OCDE, 2017).

16. ***Lourdeur des sanctions.*** La lourdeur des sanctions visant les membres d'ententes qui ne peuvent pas obtenir la clémence est la deuxième condition indispensable à l'efficacité d'un programme de clémence. Il peut s'agir de sanctions pénales, y compris de peines de prison visant les personnes physiques, ou de sanctions pécuniaires imposées aux personnes physiques et les entreprises. Dans l'idéal, les amendes doivent être supérieures aux gains que peut procurer l'entente, sous peine d'être vues comme une simple charge d'exploitation. Ces 20 dernières années, les amendes infligées aux entreprises et aux personnes physiques ont augmenté dans le monde entier (OCDE, 2017).

17. ***Transparence et prévisibilité.*** Enfin, il est important que le programme de clémence soit transparent et prévisible pour que les demandeurs potentiels puissent prévoir le traitement qui leur sera réservé et les conséquences de leur demande. L'autorité de la concurrence doit donc veiller à ce que sa politique de clémence soit claire, exhaustive et actualisée régulièrement, à ce qu'elle soit largement diffusée, appliquée de manière cohérente et offre aux demandeurs des contreparties intéressantes (RIC, 2014). Bon nombre d'autorités de la concurrence ont clarifié leur politique de clémence pour qu'elle remplisse ces conditions et soit plus prévisible. Le ministère de la Justice des États-Unis par exemple a modifié la sienne en 1993, supprimant le pouvoir discrétionnaire dont disposait le ministère en matière d'octroi de l'immunité. De même, la Commission européenne a amendé sa première communication sur la clémence, qui datait de 1996, afin d'en améliorer la prévisibilité. À l'époque, il était rare que des entreprises demandent la clémence avant l'ouverture d'une enquête. Cette réticence était imputée à une inquiétude et à une incertitude de beaucoup d'entreprises quant au traitement qui serait réservé à leur demande. C'est pourquoi dans sa communication de 2002, la Commission a cherché à renforcer la sécurité juridique du programme de clémence en décidant que l'immunité serait automatique dès lors que certaines conditions seraient remplies. Elle a également décidé que l'immunité conditionnelle serait accordée immédiatement et par écrit à la première entreprise qui la saisisait et présenterait suffisamment de preuves pour lui permettre de mener une perquisition, alors que dans la communication de 1996, elle exigeait des « preuves décisives ». Elle a également adopté d'autres mesures destinées à renforcer la sécurité juridique, par exemple en optant pour une définition restrictive de la notion de « meneur de l'entente »¹². Enfin, elle a créé un mécanisme permettant aux entreprises de vérifier de manière anonyme ou hypothétique si les informations qu'elles entendaient fournir dans leur demande de clémence étaient suffisantes pour leur permettre de bénéficier de l'immunité. Elle a de nouveau modifié sa communication en 2006, clarifiant un peu plus la nature des informations et preuves que les demandeurs doivent fournir pour pouvoir espérer obtenir l'immunité et les conditions générales qu'ils doivent respecter (Faull et Nikpay, 2014).

3. Difficultés rencontrées pour coordonner les programmes de clémence et les autres instruments de répression des ententes

18. Toute politique de clémence doit être coordonnée avec les autres instruments de répression des ententes, notamment les actions privées, la mise en jeu de la responsabilité pénale et les transactions (ou, aux États-Unis, la négociation de peine), ce qui n'est pas chose aisée. Pour qu'une politique de clémence porte ses fruits, il est indispensable qu'elle occupe une juste place dans le dispositif de répression des ententes dans son ensemble (OCDE, 2012).

3.1. Clémence et action privée

19. L'action privée englobe les procédures contentieuses engagées par une personne physique ou morale, une organisation ou une entité publique (par exemple, dans une affaire de soumission concertée, une collectivité locale ou un organisme chargé de la passation des marchés) afin qu'un tribunal établisse l'existence d'une infraction et ordonne la réparation du préjudice subi ou des mesures provisoires ou conservatoires. L'intervention publique consiste en l'application du droit de la concurrence par la puissance publique, par exemple l'autorité de la concurrence ou le parquet, dans le but de détecter et de sanctionner les atteintes aux règles relatives à la concurrence (OCDE, 2015). L'action privée et l'intervention publique se renforcent mutuellement et sont liées l'une à l'autre. L'action privée en dommages et intérêts peut compléter l'intervention publique parce qu'elle renforce la dissuasion et permet aux victimes de se défendre face à un comportement anticoncurrentiel. Réciproquement, l'intervention publique permet aux plaignants qui engagent une action de suivi d'établir plus facilement l'existence de la violation (OCDE, 2015). Comme l'a fait observer la Cour de justice de l'UE (CJUE) dans son arrêt *Courage et Crehan* (C-453/99), les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective.

20. Dans la quasi-totalité des juridictions qui ont répondu à l'enquête de 2017, il est possible d'engager des actions privées pour obtenir réparation des préjudices causés par une entente et il existe des mesures censées inciter les victimes à saisir les tribunaux. Il s'agit notamment de mesures facilitant l'accès des plaignants aux preuves ou allégeant la charge de la preuve relative à l'existence de la pratique illicite et à la quantification du préjudice ou encore de mécanismes de réparation collectifs comme les actions de groupe. Toutefois, il ressort également des réponses au questionnaire de 2017 que dans la pratique, les actions privées restent rares – les États-Unis, où elles occupent une place très importante, constituent une exception notable (OCDE, 2017)¹³. Ces dernières années, leur nombre a progressé au Japon, au Brésil et en Chine, et certaines juridictions, notamment l'Allemagne, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et l'UE ont adopté des mesures pour donner une impulsion à l'action privée et ont obtenu des résultats encourageants (OCDE, 2015)¹⁴.

21. Les actions privées peuvent cependant dissuader les entreprises de demander la clémence¹⁵. En effet, en fournissant des informations sur une entente à laquelle ils ont participé, les candidats à la clémence incriminent non seulement les autres membres, mais aussi eux-mêmes, ce qui peut leur nuire au cas où une action de suivi en dommages et intérêts serait engagée devant les juridictions civiles. Dès lors, ils doivent tenir compte du risque que des plaignants se procurent les documents à charge qu'ils ont établis et volontairement transmis dans le cadre de leur demande de clémence. Même si un demandeur peut avoir la quasi-certitude d'obtenir une réduction d'amende plus ou moins forte, dans le même temps, il s'expose à un risque plus grand de voir sa responsabilité civile engagée si le contenu de la demande de clémence arrive jusqu'au plaignant (MacCulloch et

Wardhaugh, 2012). Les tribunaux civils peuvent par exemple demander à l'autorité de la concurrence de leur transmettre les informations volontairement communiquées dans le cadre de la demande de clémence. En réalité, en supposant que les autorités de la concurrence accordent facilement l'accès aux documents liés à la demande de clémence, il n'est pas exclu que les plaignants ciblent en priorité les demandeurs de clémence, qui risqueraient alors de se trouver en position défavorable par rapport aux membres de l'entente qui n'ont pas sollicité la clémence (OCDE, 2015).

22. Le risque est particulièrement grand dans les juridictions dotées d'un mécanisme de production forcée de preuves (*discovery*) en matière civile. Il existe par exemple des règles relatives à l'obligation de produire des preuves au stade de la mise en état aux États-Unis, en Suède, au Royaume-Uni et en Irlande. Ailleurs, la production de preuves au stade du procès suppose généralement que la partie qui en fait la demande soit en mesure de citer précisément les documents demandés (OCDE, 2015). S'agissant des ententes internationales, il n'est pas possible de se prononcer clairement sur la question de savoir si le risque que des actions privées soient engagées constitue désormais le facteur qui influe le plus sur le choix de déposer des demandes de clémence multiples – une entreprise qui décide de dénoncer spontanément une entente internationale dont elle est membre risquant quasi certainement d'être visée par une action privée aux États-Unis, mais aussi dans un nombre croissant de juridictions (Obersteiner, 2013).

23. Conscientes de ce problème, les autorités de la concurrence tentent de faire en sorte que les candidats à la clémence ne soient au minimum pas plus exposés à un risque d'action privée que les entreprises qui n'ont pas coopéré, notamment en raison des informations qu'ils ont fournies. Aux États-Unis, la loi de 2004 relative au renforcement des sanctions pénales en matière d'infractions au droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*) offre une certaine protection aux demandeurs d'immunité en ce qu'elle limite leur responsabilité au montant du dommage (dé-triplement des dommages et intérêts) et les délie des liens de la solidarité (Stephan, 2014). Ainsi, une entreprise défenderesse au civil qui a bénéficié de la clémence peut, dans l'action privée relative à la même infraction, limiter sa responsabilité au montant du préjudice et ne pas être solidairement responsable à condition de coopérer avec la partie demanderesse au civil¹⁶. Dans l'UE, la Directive 2014/104/UE du 26 décembre 2014¹⁷, ou Directive Dommages, a introduit de nouvelles règles concernant les dommages et intérêts et les infractions au droit de la concurrence. Elle vise à éliminer les principaux facteurs qui font obstacle à l'introduction de demandes d'indemnisation du préjudice devant les tribunaux nationaux et définit des normes communes en matière de production de preuves, de délais de prescription, de possibilité d'invoquer la répercussion du dommage, de traitement des acheteurs indirects, de quantification du préjudice, de responsabilité solidaire, de règlement consensuel des dommages et d'effet des décisions internes. Parallèlement, elle dispose qu'en cas d'action de suivi, la responsabilité d'une entreprise qui a bénéficié de l'immunité dans le cadre du programme de clémence de la Commission européenne ou d'une autorité nationale de la concurrence doit être limitée au montant du préjudice causé à ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects¹⁸. La directive prévoit également une dérogation à l'obligation de produire des preuves pour les demandes en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction. En revanche, les informations préexistantes (documents qui existent indépendamment de la procédure engagée par l'autorité de la concurrence, par exemple des accords écrits, des messages électroniques ou des procès-verbaux de réunion) peuvent être produites.

24. Divers tribunaux ont eu à trancher la question de la production forcée de pièces liées à la procédure de clémence. Dans l'arrêt *Pfleiderer*, la CJUE a estimé qu'il revenait

aux tribunaux nationaux de se prononcer au cas par cas sur la possibilité ou non d'ordonner la production de ces documents, en mettant en balance l'intérêt du programme de clémence et celui des plaignants dans les actions en dommages et intérêts (C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*). Dans l'affaire *Donau Chemie*, la CJUE a jugé contraire au droit de l'UE une règle nationale subordonnant au consentement de toutes les parties la production de pièces relatives à la procédure judiciaire engagée devant les tribunaux autrichiens de la concurrence au motif qu'elle faisait obstacle à l'exercice de mise en balance au cas par cas prévu par l'arrêt *Pfleiderer* (C-536/11). En mars 2017, la CJUE a estimé que les informations tirées d'une demande de clémence ne pouvaient pas être citées littéralement dans les décisions non confidentielles de la Commission (DG COMP). Plus précisément, elle a dit que la publication, sous forme de citations littérales, d'éléments d'information tirés des documents fournis par une entreprise à la Commission au soutien d'une déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence devait être distinguée de la publication de citations littérales de cette déclaration elle-même. Tandis que la première doit être autorisée dans le respect de la protection due, notamment, aux secrets d'affaires, au secret professionnel ou aux autres informations confidentielles, la seconde n'est en aucun cas permise (C-162/15 P – *Evonik Degussa*, en particulier le paragraphe 87)¹⁹.

3.2. Clémence et pénalisation

25. Le lien entre programmes de clémence et pénalisation du droit de la concurrence constitue une autre des difficultés soulevées par l'articulation entre la clémence et les autres instruments. Plusieurs juridictions se sont inspirées du ministère de la Justice des États-Unis et ont instauré des sanctions pénales applicables aux personnes physiques et aux entreprises coupables d'entente. En 2014, plus de 30 pays avaient pénalisé les ententes d'une manière ou d'une autre, dans plus de 20 cas depuis 2000 (Beaton-Wells, 2017, p. 126). Dix-neuf juridictions de l'OCDE ont institué des sanctions pénales contre les personnes physiques et dix autres infligent des sanctions pénales en cas de soumission concertée (alors que les autres types d'ententes ne sont punis que de sanctions administratives), considérée comme une infraction plus grave. En revanche, beaucoup de juridictions, dont l'UE, n'imposent pas de sanctions pénales. D'autres – l'Indonésie, la Nouvelle-Zélande, la Suède ou la Belgique – ont sérieusement envisagé la possibilité d'instaurer des sanctions pénales avant d'y renoncer et de conserver les sanctions administratives (Beaton-Wells, 2017 ; Stephan, 2014).

26. Schématiquement, trois catégories de juridictions peuvent être distinguées en fonction du traitement réservé aux ententes injustifiables (Stephan, 2014). La première regroupe les juridictions dotées d'un régime civil ou administratif ; les constats d'infraction visent les entreprises, qui se voient infliger des amendes. La deuxième correspond à des juridictions appliquant un régime pénal aux personnes physiques comme aux entreprises impliquées dans des ententes injustifiables. La dernière applique un régime mixte, dans lequel la mise en jeu de la responsabilité pénale n'est possible que pour les personnes physiques, tandis que l'entreprise fait l'objet d'une procédure civile parallèle.

27. Il existe un débat ancien sur l'articulation entre clémence et sanctions pénales concernant le premier demandeur de clémence mais aussi les demandeurs suivants. La pénalisation des ententes est vraisemblablement un moyen de renforcer la dissuasion et de faire ainsi reculer le nombre d'infractions. Beaucoup d'autorités de la concurrence, à commencer par le ministère de la Justice des États-Unis, estiment que la pénalisation et la clémence se renforcent mutuellement. Lorsqu'une entreprise est la première à demander la clémence, ses salariés et dirigeants sont également protégés par son immunité, parce que l'on considère qu'une politique de clémence a peu de chances d'être efficace si elle n'offre

pas aussi l'immunité aux salariés de l'entreprise. En revanche, dans d'autres juridictions, le programme de clémence ne protège pas les personnes physiques contre la mise en jeu de leur responsabilité pénale. C'est par exemple le cas pour les soumissions concertées en Allemagne ou en Pologne, où les personnes physiques peuvent être condamnées à une sanction pénale tandis que seules les entreprises peuvent bénéficier de l'immunité (Trepka et Wurm, 2016)²⁰. Les sanctions pénales, en particulier le risque de condamnation à une peine de prison, sont considérées comme particulièrement utiles pour inciter les personnes à passer aux aveux et à fournir des preuves essentielles et sont donc vues comme un moyen de renforcer l'efficacité de la politique de clémence. En outre les sanctions infligées aux personnes physiques les dissuadent de cautionner la tolérance à l'égard des ententes inscrite dans la culture de l'entreprise et renforce ainsi l'efficacité des programmes de clémence. Elles renforcent la défiance au sein même des ententes et entre les participants, rendant la cohésion de l'entente plus difficile (MacCulloch et Wardhaugh, 2012). Les sanctions pénales sont aussi susceptibles d'empêcher la formation d'ententes. Enfin, l'autre argument parfois avancé est qu'elles sont nécessaires à la dissuasion parce que les amendes infligées aux entreprises pourraient n'avoir qu'un faible effet dissuasif et ne pas contrebalancer les gains tirés de l'entente (Stephan et Nikpay, 2014).

28. À l'inverse, les sanctions pénales pourraient avoir pour effet dissuader les entreprises de demander la clémence (Stephan, 2014). La plupart des juridictions qui appliquent des sanctions pénales n'accordent l'immunité qu'au premier demandeur, sans prévoir de « lot de consolation » pour les suivants, qui fournissent pourtant souvent des informations précieuses pour l'établissement de l'infraction. Cette contribution précieuse pourrait être compromise si les demandeurs suivants sont exposés à un risque de sanctions pénales ou ne peuvent bénéficier que d'un allègement partiel de ces sanctions en contrepartie de leur coopération. Les entreprises ne peuvent pas être certaines qu'elles arriveront suffisamment tôt pour bénéficier de l'immunité et qu'elles ne risquent pas, en se manifestant, de faire aboutir plus rapidement des poursuites contre leurs salariés. De ce point de vue, les sanctions pénales pourraient entraîner une diminution du nombre de demandes de clémence (Beaton-Wells, 2017, p. 134, et références citées). Par ailleurs, en plus de dissuader les entreprises de solliciter la clémence si elles ne sont pas sûres de pouvoir bénéficier de l'immunité, la pénalisation pourrait aussi les empêcher de recueillir des preuves au soutien de leur demande de clémence du fait que les salariés confrontés à un risque de poursuites seront sans doute moins enclins à coopérer à l'enquête en cours dans le cadre de la clémence. S'ils sont impliqués dans l'entente, ils risquent en effet de prendre un avocat par eux-mêmes et de refuser toute coopération avec leur employeur (Stephan et Nikpay, 2014). La pénalisation pourrait également être synonyme de complexification du système, de risques accrus et d'une moindre prévisibilité pour les entreprises susceptibles de coopérer étant donné que dans la plupart des pays, la répression pénale est, souvent beaucoup plus que la répression civile ou administrative, soumise à des règles de procédure et de forme très strictes (Calliari, 2015). Dans le cas des ententes impliquant plusieurs pays, le fait que certaines juridictions appliquent des sanctions pénales et d'autres non peut menacer l'efficacité du programme de clémence. Confrontées à un risque de sanctions pénales dans certaines juridictions, les entreprises risquent de décider de ne pas demander la clémence et d'hésiter à coopérer, même avec les juridictions qui n'appliquent pas de sanctions pénales.

29. Plusieurs pays ont rencontré des problèmes en lien avec la pénalisation du droit des ententes. En Australie, par exemple, on est parti du principe que la réforme pénale donnerait un nouvel élan au programme de clémence : l'idée était qu'utiliser davantage le « bâton » (les poursuites pénales) rendrait la « carotte » que constitue l'immunité de

poursuites plus attirante. Cependant, à tout le moins pendant les années qui ont suivi cette réforme, le nombre de demandes de marqueurs et de déclarations de présentation de l'information soumises dans le cadre du programme de clémence administré par l'autorité de la concurrence a diminué (Beaton-Wells, 2017, et références citées). Un constat similaire a été fait au Royaume-Uni : lorsque l'entente est devenue une infraction pénale, on pensait que le Royaume-Uni deviendrait le pays doté du régime pénal le plus offensif en matière de concurrence après les États-Unis et que six ou dix condamnations seraient prononcées chaque année. En pratique, les poursuites ont été très peu nombreuses, et la première affaire (*British Airways*) s'est soldée par un échec (Stephan, 2014).

Encadré 1. L'affaire *British Airways*

L'affaire *British Airways* est née d'une enquête menée par l'autorité de la concurrence britannique de l'époque, l'Office of Fair Trading (OFT), sur des allégations d'entente sur des suppléments au titre du carburant appliqués aux vols passagers long-courriers assurés par British Airways (BA) et Virgin Atlantic Airways (VAA). À la suite d'une demande d'immunité présentée par VAA, l'OFT a demandé l'ouverture d'une enquête pénale contre les personnes physiques censées avoir joué un rôle dans l'entente présumée (enquête « *Project Condor* »). Quatre anciens employés de BA ont été mis en examen en août 2008. Plusieurs salariés de VAA ont avoué être impliqués et ont obtenu une immunité de poursuites.

Au cours des premières semaines du procès qui a eu lieu en 2010, une grande quantité de données électroniques appartenant à VAA, dont ni l'OFT ni la partie défenderesse n'avaient pu prendre connaissance, fut produite. « Étant donné la quantité de pièces produites, la jurisprudence relative à la production de preuves et le calendrier d'audition des témoins, l'OFT a reconnu que la poursuite du procès serait inéquitable et la partie défenderesse a été relaxée » (OFT, 2010).

À la suite de cette affaire, l'OFT s'est soumis à un vaste audit au terme duquel des recommandations ont été formulées. Il lui a notamment été recommandé de revoir ses lignes directrices en matière de clémence (OFT, 2010).

Les commentateurs ont surtout relevé que l'affaire n'avait visé que deux entreprises, en l'occurrence VA, qui avait demandé la clémence, et BA, c'est-à-dire que la moitié des entreprises fautives avait été menacée d'une privation de liberté, tandis l'autre avait obtenu l'immunité et avait de surcroît pu continuer d'exercer son activité. Il a été dit que les défendeurs et les témoins étaient aussi coupables les uns que les autres, et ne se distinguaient que par la rapidité avec laquelle ils s'étaient rapprochés des autorités pour demander l'immunité (Stephan, 2014 ; MacCulloch et Wardaugh, 2012).

Sources:

OFT Board Review of the British Airways case, consultable à l'adresse https://assets.publishing.service.gov.uk/media/556876fce5274a1895000008/Project_Condor_Board_Review.pdf
Stephan, A. (2014), « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2/2, pp. 333–362.

MacCulloch, A. et B. Wardaugh (2012), « The Baby and the Bathwater - The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy », consultable à l'adresse https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089369

3.3. Clémence et transaction

30. De nombreuses autorités de la concurrence ont le pouvoir de clôturer et de régler les affaires d'ententes en recourant à des procédures négociées telles que les transactions ou la négociation de peine²¹ (le terme « transaction » sera utilisé ici pour désigner ces deux procédures), qui permettent à l'entreprise d'obtenir un allègement de ses sanctions en contrepartie d'une reconnaissance de sa responsabilité. Actuellement, 27 pays membres de l'OCDE sont dotés de procédures de ce type. Ces procédures gagnent du terrain et sont en passe d'occuper une place très importante parmi les instruments de lutte contre les ententes.

31. Bien souvent, une entreprise remplit les conditions requises pour demander la clémence et pour recourir à une transaction. La clémence et les transactions ne sont donc

pas incompatibles : il arrive fréquemment qu'une entreprise accepte de coopérer dans le cadre du programme de clémence, puis conclue une transaction pour bénéficier d'une réduction d'amende supplémentaire²². Les réductions accordées dans le cadre d'une transaction sont généralement beaucoup plus faibles que celles consenties à la suite d'une demande de clémence (dans l'UE par exemple, elles sont plafonnées à 10 %). L'objectif est de garantir que le programme de clémence reste attrayant et d'inciter les entreprises à se dénoncer et à coopérer à l'enquête au lieu d'attendre de voir si l'autorité va réussir à rassembler des preuves pour reconnaître sa responsabilité.

32. Les programmes de clémence et les transactions ne poursuivent habituellement pas les mêmes objectifs. La clémence est un instrument de détection et de dissuasion et doit faciliter l'enquête, tandis que la transaction a pour but d'améliorer l'efficacité de la procédure une fois l'enquête ouverte. La clémence est un outil d'enquête censé permettre de rassembler les informations et preuves nécessaires à l'établissement d'une infraction, alors qu'en général, la transaction n'est envisagée qu'après l'ouverture d'une enquête par l'autorité de la concurrence compétente. Toutefois, plusieurs des autorités qui ont répondu au questionnaire de 2017 ont aussi cité les transactions parmi les instruments permettant de recueillir très tôt des informations auprès des membres de l'entente eux-mêmes et d'obtenir leur coopération pendant toute la durée de l'enquête afin de constituer des dossiers plus solides (OCDE, 2017). Dans les affaires dites hybrides, dans lesquelles seuls certains membres de l'entente concluent une transaction, les propositions de transaction établies par les entreprises qui coopèrent peuvent être utilisées comme preuve contre celles qui ne transigent pas. Tel est par exemple le cas en Allemagne, de même qu'aux États-Unis, où une partie qui négocie sa peine peut être soumise à l'obligation de fournir des preuves.

33. Une entreprise candidate à la clémence est tenue de coopérer en permanence et pendant toute la durée de la procédure visant l'entente. Sa coopération durant la procédure de transaction peut être prise en compte dans l'évaluation de sa coopération dans le cadre du programme de clémence. Ainsi, au moment de déterminer si le demandeur de clémence a satisfait à son obligation de coopération, la Commission prend en considération son comportement durant la procédure de transaction. Elle peut interpréter certains actes comme la preuve d'un manque de coopération – par exemple la divulgation par l'entreprise à un tiers du contenu des négociations en vue de la transaction ou de documents auxquels elle a accès (Faull et Nikpay, 2014, p. 8.232). Le fait de ne pas déposer de proposition de transaction n'est en revanche généralement pas vu comme un signe de manque de coopération dans le cadre du programme de clémence. En outre, la CJUE a estimé que la déclaration subséquente d'une entreprise relativement à la qualification juridique des faits ne devait pas être considérée comme une rétractation dès lors que les faits eux-mêmes ne sont pas contestés (voir, par ex., T-15/02 *BASF* ; Faull et Nikpay, 2014, p. 8.119, et autres références citées).

4. Difficultés rencontrées en matière de coopération dans le cadre des programmes de clémence

34. Une entente est dite internationale lorsque des entreprises s'accordent pour fixer les prix ou répartir les marchés dans plusieurs juridictions. Parmi les ententes internationales connues figurent celles sur la lysine, les vitamines, l'acide citrique, les électrodes de graphite et les écrans LCD²³.

35. Les juridictions étant de plus en plus nombreuses à adopter des programmes de clémence, les demandeurs potentiels sont confrontés à une réglementation de plus en plus complexe en raison des différences entre les programmes. Une entreprise qui détecte et veut

dénoncer une entente internationale doit savoir qu'en l'absence de guichet unique, le dépôt d'une demande d'immunité auprès d'une autorité de la concurrence n'entraîne pas automatiquement l'immunité dans une autre juridiction. Beaucoup de juridictions encouragent les candidats à la clémence à contacter en parallèle les autorités des autres juridictions dotées d'un programme de clémence. Le RIC considère d'ailleurs comme une bonne pratique le fait qu'une autorité de la concurrence incite les candidats à la clémence à déposer aussi une demande dans les autres juridictions concernées par l'entente (RIC, 2014).

36. Les programmes de clémence permettent à une entreprise de ne pas voir sa responsabilité engagée au titre du comportement anticoncurrentiel. Or, si l'entente a un caractère international, l'entreprise qui dépose une demande auprès d'une autorité nationale de la concurrence risque néanmoins de faire l'objet d'une enquête et de sanctions de la part d'autres autorités de la concurrence. Ce risque s'accroît depuis quelques années parce que la multiplication des régimes de concurrence dans le monde permet d'enquêter sur les ententes et de les sanctionner, et parce que la coopération entre les autorités s'est nettement renforcée, grâce, entre autres, à l'adoption de la Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence (OCDE, 2014b). Ainsi, des perquisitions simultanées ont eu lieu dans des enquêtes parallèles et il existe des exemples de coordination des actions menées et décisions prises en matière de droit de la concurrence (OCDE, 2017). Toutefois, même au sein de l'UE, une entreprise qui s'adresse à la Commission pour demander la clémence ne peut toujours pas avoir la certitude qu'elle ne fera pas l'objet d'une enquête des autorités de la concurrence des pays membres de l'UE – parce qu'elle ne sait pas si la Commission va réellement ouvrir une procédure et dessaisir ainsi les autorités nationales de leur compétence²⁴.

37. Une entreprise qui envisage de demander la clémence peut tenter d'identifier toutes les autorités de la concurrence potentiellement compétentes pour connaître de l'infraction et déposer une demande auprès de chacune d'elles, dans l'idéal simultanément ou, à défaut, au moyen d'une demande sommaire. Chaque autorité conduit ensuite sa propre enquête, selon ses propres règles.

38. Les ententes internationales posent divers problèmes aux entreprises, qu'il s'agisse du coût engendré par le dépôt de demandes multiples, de la nécessité de se conformer à des règles différentes et parfois contradictoires ou encore des différences entre les systèmes nationaux de marqueurs. Les entreprises devant accomplir des formalités plus lourdes du fait qu'elles doivent jongler avec plusieurs régimes réglementaires, elles risquent d'être moins enclines à demander la clémence. Il faut donc que les autorités de la concurrence tentent de ne pas décourager les membres d'ententes de demander la clémence et recherchent des moyens de renforcer l'attrait des demandes de clémence multiples.

4.1. Coût des demandes multiples

39. Les demandes multiples peuvent se révéler extrêmement contraignantes pour les entreprises. Le dépôt d'une seule demande exige déjà du temps et un certain investissement de l'entreprise tout au long de la procédure visant l'entente. L'investissement nécessaire est décuplé en cas de demandes parallèles.

40. La liste ci-après donne un rapide aperçu des contraintes supplémentaires que doit subir une entreprise en cas de demandes multiples pour fournir les éléments et preuves et coopérer pleinement avec les autorités compétentes.

- Répondre dans les délais requis aux demandes formulées par les autorités d'enquête pour obtenir des informations susceptibles de contribuer à l'établissement des faits.
- Veiller à ce que les salariés et dirigeants soient prêts à répondre à des convocations dans le monde entier.
- Traduire des documents.
- Veiller à ce qu'aucun salarié ne détruise, ne falsifie ou ne dissimule des informations ou preuves pertinentes en lien avec l'entente alléguée, les agissements d'un seul salarié indélicat dans l'une quelconque des juridictions concernées par l'enquête risquant de compromettre les demandes de clémence dans toutes les autres juridictions.

41. Par ailleurs, une entreprise qui dépose des demandes multiples risque de perdre sa place pour l'accès à l'immunité si un autre demandeur démontre qu'elle était meneuse de l'entente ou si elle-même n'est pas en mesure de rassembler suffisamment de preuves pour obtenir l'immunité dans toutes les juridictions. En pareil cas, elle risque d'avoir finalement à acquitter des amendes élevées. Il arrive également que les entreprises rencontrent des difficultés pour rassembler assez de preuves pour toutes les juridictions où elles ont demandé la clémence, en particulier si les salariés impliqués dans l'entente savaient qu'ils enfreignaient la loi et ont intentionnellement évité de laisser des preuves. L'entreprise doit donc s'assurer de la coopération de ceux, parmi ses salariés ou ex-salariés, qui ont participé à l'entente, alors qu'elle pourrait être tentée de rompre leur contrat de travail, que ce soit pour préserver sa réputation ou à titre disciplinaire²⁵.

42. Selon toute vraisemblance, une entreprise qui a participé à une entente transfrontalière et envisage de demander la clémence arrête sa décision en tenant compte, non pas du programme de clémence d'un seul pays, mais de l'ensemble des coûts et avantages liés aux programmes de clémence en place dans les différentes juridictions touchées par l'entente (Oberhauser, 2013). Si le dépôt de demandes multiples a un coût et des inconvénients pour son activité supérieurs à l'avantage qu'elle peut espérer en retirer, elle risque de renoncer à déposer la moindre demande. Sa décision dépend probablement de facteurs tels que la nature et la lourdeur des sanctions potentielles, les différentes conditions prévues par les programmes de clémence des diverses autorités et les coûts induits par le dépôt de demandes auprès des autorités en question (Faull et Nikpay, 2014, p. 8.244).

43. Certains commentateurs (tels Snyder, 2015) soutiennent au contraire qu'il n'a jamais été aussi intéressant de demander la clémence, précisément en raison du nombre croissant de juridictions qui engagent des actions pour entente contre les entreprises et les personnes physiques. Les juridictions étant plus nombreuses à appliquer une politique de clémence et de plus en plus nombreuses à pouvoir mettre en jeu la responsabilité pénale des personnes physiques, une entreprise a tout intérêt à essayer d'être la première à demander la clémence, *a fortiori* si elle protège ainsi de toute poursuite ses agents, dirigeants et salariés.

44. Il faudrait que les autorités de la concurrence coopèrent afin de réduire autant que possible le coût des demandes multiples. Elles devraient par exemple tenter de coordonner le traitement des demandes de clémence. Chacune d'elles pourrait ne s'occuper que du préjudice causé par l'entente sur son territoire et se borner à demander des documents et informations concernant ce territoire – au lieu de demander « tout, de A à Z » (Snyder, 2015). Elles devraient aussi se coordonner pour établir les délais et calendriers des principales tâches et de l'audition des témoins. Elles allégeraient aussi les contraintes qui pèsent sur les demandeurs en acceptant des dépositions orales des participants à l'entente au lieu d'exiger des documents écrits. Les demandeurs qui ont rassemblé des preuves écrites

pour une juridiction mais n'en ont pas pour les autres pourraient ainsi s'appuyer sur des témoignages verbaux dans ces juridictions²⁶. En plus d'alléger les coûts pour les entreprises, une meilleure coordination permettrait de rationaliser les dépenses des autorités de la concurrence.

4.2. Respecter des obligations contradictoires

45. Il est probablement plus difficile pour une autorité de la concurrence de poursuivre une entente internationale qu'une entente nationale. Les preuves, témoignages ou documents à charge risquent en effet d'être disséminés dans plusieurs juridictions et d'être difficiles à obtenir. Les entreprises se heurtent elles aussi à des obstacles de taille parce que les différents programmes de clémence imposent des obligations qui, en plus d'être contraignantes, sont parfois contradictoires les unes avec les autres, si bien qu'en respecter ne serait-ce qu'une partie relève de la gageure.

46. Ainsi, certaines autorités de la concurrence exigent que l'entente ait cessé toutes ses activités préalablement au dépôt de la demande, alors que d'autres demandent à l'entreprise de continuer ses activités anticoncurrentielles jusqu'à nouvel ordre de leur part de manière à avoir le temps de se préparer et/ou de mener une perquisition. Ces obligations étant contradictoires, l'entreprise est dans l'incapacité de se conformer aux deux.

47. Il peut aussi arriver que les délais fixés pour la communication des informations soient incompatibles (en particulier si certains d'entre eux sont plus courts que la durée probable de l'enquête interne) ou encore que plusieurs autorités de la concurrence demandent simultanément des informations à fournir à brève échéance, si bien qu'il est impossible de les transmettre toutes dans les délais impartis. Enfin, lorsque l'autorité réalise des enregistrements sonores des déclarations de présentation de l'information et des entretiens avec les témoins et demande aux candidats à la clémence de révéler les faits et informations recueillis dans le cadre de l'enquête interne – y compris les notes des avocats, internes ou externes à l'entreprise –, la production de ces documents peut être demandée dans d'autres juridictions.

48. Même les contours de la notion d'entente et par conséquent la possibilité ou non d'accéder à la clémence varient parfois d'une juridiction à l'autre. Ainsi, certains programmes de clémence couvrent les accords verticaux, d'autres non.

49. Il faudrait que les autorités de la concurrence évitent autant que possible ces situations en communiquant les unes avec les autres et en s'entendant sur une stratégie commune à chaque fois qu'elles le peuvent – par exemple concernant la poursuite ou l'arrêt des activités anticoncurrentielles pendant qu'elles préparent le dossier et/ou mènent des perquisitions –, en harmonisant leurs délais ou encore en adoptant une approche commune concernant la protection des informations versées au dossier de clémence. Il est possible de rendre les demandes multiples plus attrayantes en offrant plus de sécurité aux entreprises et en les aidant à honorer leur obligation de coopération.

4.3. Différences entre les dispositifs de marqueurs

50. La plupart des autorités de la concurrence ont intégré un système de marqueur à leur programme de clémence. Un marqueur est un certificat qui atteste de la date et de l'heure d'une demande de clémence, enregistrant ainsi le rang d'arrivée du demandeur par rapport aux autres. Il est délivré pour une durée limitée, le temps pour le demandeur de rassembler les informations complémentaires dont il a besoin pour constituer sa demande de clémence (OCDE, 2014a). Si, l'enquête menée en interne par le demandeur ne lui

permet pas de rassembler suffisamment de preuves pendant ce laps de temps, le marqueur peut être retiré ou annulé ou peut tout simplement expirer (RIC, 2014).

51. Les systèmes nationaux de marqueurs sont autonomes et indépendants les uns des autres. Ils se distinguent par la quantité et la nature des informations exigées pour la délivrance, le délai laissé à l'entreprise qui a obtenu un marqueur pour constituer sa demande de clémence, le caractère automatique ou non du marqueur, le stade de l'enquête au-delà duquel il ne peut plus être demandé, la possibilité ou non de le délivrer au-delà du premier rang de demande de clémence et la possibilité ou non de le solliciter de manière anonyme (OCDE, 2014a).

52. Étant donné ces différences, une entreprise qui a demandé un marqueur dans un pays n'a aucune certitude d'en obtenir un lui conférant le même rang dans d'autres. Il a été avancé que ces différences et les restrictions contenues dans les dispositifs de marqueurs pourraient dissuader les entreprises de demander la clémence dans quelque juridiction que ce soit en cas d'entente internationale (Obersteiner, 2013).

53. Pour résoudre ce problème, la création d'un guichet unique pour les marqueurs a été proposée, par exemple par la Chambre de commerce internationale (CCI, 2016) : le dépôt d'une demande permettrait alors à l'entreprise de réserver sa place dans la file d'attente dans toutes les juridictions participantes. La possibilité de créer un guichet unique pour l'UE, dans le cadre duquel la Commission agirait comme « centre de tri des demandes », a également été envisagée. Un tel mécanisme permettrait aux demandeurs d'avoir la Commission pour seul interlocuteur et leur éviterait d'avoir à gérer des demandes multiples et simultanées (Volpin, 2017, et références citées).

54. Les avantages potentiels d'un guichet unique pour la délivrance d'un marqueur ont été examinés dans la note de référence du Secrétariat de l'OCDE sur l'utilisation des marqueurs dans les programmes de clémence (OCDE, 2014b). Un guichet unique permettrait notamment de réduire la complexité induite par le traitement de plusieurs demandes de marqueur et éviterait que des juridictions imposant des conditions de délivrance onéreuses, floues ou irréalistes n'influent sur la décision d'une entreprise de dénoncer l'entente dans d'autres juridictions. Peut-être permettrait-il aux autorités de recevoir davantage de demandes de clémence. Autre argument avancé : ce mécanisme aurait pour effet d'améliorer la qualité des informations fournies par les demandeurs et la coopération internationale entre les autorités répressives, et il faciliterait la coordination des équipes enquêtant dans les différents pays, renforçant ainsi l'efficacité des enquêtes. Un guichet unique révélerait l'existence de l'entente à un plus grand nombre de pays et réduirait donc le risque de sous-répression.

55. Toutefois, depuis les discussions qui ont eu lieu à ce sujet lors de la table ronde de l'OCDE, en 2014, l'idée d'introduire un tel système à travers la conclusion d'accords n'a quasiment pas progressé. Or, ces accords seraient nécessaires, y compris au sein de l'UE, la CJUE ayant récemment rappelé que les programmes de clémence de la Commission et ceux des diverses autorités de la concurrence des États membres sont autonomes et indépendants les uns des autres (C-428/14, DHL ; Volpin, 2017). Actuellement, la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (« communication relative au réseau ») indique clairement qu'une demande de clémence déposée auprès d'une autorité ne peut être considérée comme une demande adressée à une quelconque autre autorité.

56. La création d'un guichet unique supposerait une évaluation préalable des coûts à prévoir et conditions à réunir (OCDE, 2014). En outre, rien ne garantit que ce système

améliorera la lutte contre les ententes dans toutes les juridictions ou, dans la meilleure des hypothèses, ne se heurtera pas à des difficultés pratiques. Ainsi, une entreprise qui fournit suffisamment d'informations pour obtenir un marqueur dans certaines juridictions mais n'en donne aucune dans d'autres – délibérément ou parce qu'elle n'en a pas encore – obtiendrait néanmoins un marqueur valable pour l'ensemble des juridictions alors qu'actuellement, cette obtention est subordonnée à la fourniture d'un minimum d'informations dans les juridictions où le marqueur est sollicité. De ce fait, d'autres entreprises souhaitant et pouvant fournir des informations sur l'entente dans ces juridictions où aucune preuve n'a encore été trouvée risquent d'y renoncer, sachant qu'elles ne seront pas les premières dans la file d'attente et n'auront donc pas accès à l'immunité totale. Dans les faits, la course à la clémence risque d'en être freinée, ce qui nuirait à l'efficacité de l'action répressive. Il faudrait donc que les autorités de la concurrence qui participent au guichet unique aient la possibilité de demander des informations complémentaires et le pouvoir de retirer un marqueur si des informations élémentaires ne peuvent pas être communiquées à telle ou telle juridiction. La confidentialité de l'information constitue également un problème. Souvent, le dépôt d'une demande de marqueur auprès d'une autorité est immédiatement suivi d'une perquisition si les informations initiales sont jugées suffisantes par l'autorité pour justifier une telle mesure (et, si nécessaire, demander un mandat de perquisition). Dans le cadre d'un guichet unique, toutes les autorités nationales participantes seraient informées de chaque marqueur et chacune devrait veiller à préserver la confidentialité, sous peine de faire échouer les perquisitions dans toutes les juridictions. Il faudrait aussi que les perquisitions soient coordonnées.

57. Depuis peu, les autorités de la concurrence accordent des marqueurs avec davantage de prudence, notamment concernant la détermination de la portée de l'immunité. Le ministère de la Justice des États-Unis, par exemple, délivrait jusqu'à présent des marqueurs anonymes pour un secteur dans son ensemble, permettant ainsi à l'avocat d'obtenir un marqueur de courte durée pour un client s'il avait fourni les informations requises mais avait besoin de temps pour recueillir des éléments supplémentaires avant de communiquer le nom du client en question. En 2017, la nouvelle version de la FAQ s'est enrichie de la mention suivante : « Dans certains cas, l'indication du secteur peut être suffisante pour que la division décide si la clémence peut être demandée. Cependant, souvent, pour qu'elle puisse se prononcer sur cette question et déterminer le champ d'application du marqueur, il est nécessaire d'indiquer précisément les produits et services concernés, les autres entreprises impliquées dans l'entente ou l'identité des clients concernés ou le lieu où ils se trouvent » (FAQ, 2017, p. 3).

Encadré 2. AFFAIRE C-428/14, DHL, Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne relatif à des demandes de clémence multiples, 20 janvier 2016

Exposé des faits : Le 5 juin 2007, DHL Express S.r.L et DHL Global Forwarding S.p.A. (« DHL ») ont adressé à la Commission européenne une demande de marqueur d'immunité portant sur une entente dans le secteur des expéditions internationales de marchandises, qui englobe le transit maritime, aérien et routier. Parallèlement, le 12 juillet 2007, DHL a déposé une demande sommaire auprès de l'autorité italienne de la concurrence (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM) en vertu du programme de clémence national. À cette date, l'immunité était accessible au premier demandeur remplissant les conditions requises. Toutefois, l'AGCM a par la suite précisé que la demande sommaire concernait uniquement le comportement de DHL dans le secteur du transport maritime et aérien de marchandises, mais ne couvrait pas le transport routier. Le 24 septembre 2007, la Commission a accordé à DHL l'immunité conditionnelle pour l'ensemble du secteur des expéditions internationales de marchandises, c'est-à-dire pour le transit maritime, aérien et routier. Néanmoins, la Commission a décidé de ne poursuivre que la partie de l'entente relative aux services de transit aérien international, laissant aux autorités nationales de la concurrence la possibilité d'engager une procédure au titre des violations relatives aux services de transit maritime et routier. En parallèle, deux autres participants à l'entente, en l'occurrence Schenker Italiana S.p.A. et Agility Logistics S.r.l., ont adressé à l'AGCM respectivement en décembre 2007 et en mai 2008 des demandes sommaires de clémence fournissant des informations relatives aux services d'expédition routière de marchandises en Italie. Après avoir été informée qu'il avait été considéré que sa précédente demande sommaire ne portait que sur le transport aérien et maritime, DHL a adressé à AGCM une nouvelle demande sommaire d'immunité, couvrant également le secteur du transit routier. Cette demande a été soumise après celles de Schenker et Agility.

Dans sa décision du 15 juin 2011, l'AGCM a estimé que le marché pertinent était celui du transit routier international de marchandises et a accordé l'immunité totale à Schenker en qualité de premier demandeur ; elle a également consenti à Agility une réduction d'amende de 50 % et à DHL une réduction d'amende de 49 %. DHL a attaqué la décision devant un tribunal italien, qui a saisi la CJUE d'une demande préjudicielle.

Présentation du système décentralisé de mise en œuvre du droit des ententes dans l'UE : Il n'existe pas de système harmonisé pour demander la clémence au niveau de l'UE, si bien qu'il revient à l'entreprise d'évaluer *a priori* si elle doit demander la clémence dans chacune des juridictions concernées par l'entente. Selon le Programme modèle en matière de clémence du Réseau européen de la concurrence (REC), qui est un instrument non contraignant, lorsque la Commission est particulièrement bien placée pour connaître d'une affaire, l'entreprise qui l'a saisie d'une demande de clémence peut n'avoir à déposer que des demandes sommaires auprès des autorités nationales de la concurrence.

Décision de la Cour : Dans son arrêt, la CJUE a estimé, entre autres, que le programme de clémence de l'UE et ceux des États membres entretiennent un rapport d'autonomie mutuelle : leur indépendance est le reflet du système de compétences parallèles de la Commission et des autorités nationales de la concurrence. Il n'existe ni lien juridique ni hiérarchie entre une demande d'immunité adressée par une entreprise à la Commission et une demande sommaire soumise à une autorité nationale relativement à la même entente. La Cour a précisé que cette interprétation est la seule qui soit compatible avec le principe d'autonomie des régimes de clémence et le devoir de coopération des demandeurs de

clémence, qui est un des piliers de tout programme de clémence. Elle a ajouté qu'une autorité nationale de la concurrence constatant une différence entre le champ d'application matériel d'une demande sommaire et celui d'une demande d'immunité n'avait nullement l'obligation d'en informer la Commission ou l'entreprise. Il existe donc bel et bien un risque pour l'entreprise de perdre totalement ou partiellement son rang en tant que demandeur de clémence. Les informations fournies après le dépôt de la demande sommaire ne peuvent pas modifier le champ d'application matériel de la demande et ne peuvent pas avoir d'incidence sur l'ordre d'arrivée des (autres) demandes de clémence. Lorsqu'une demande de clémence est adressée à une autorité nationale, une description insuffisante de l'entente dans tous ses aspects peut permettre à un autre participant d'être le premier à communiquer des informations pertinentes à ladite autorité nationale, même s'il n'a pas été le premier à déposer une demande auprès de la Commission européenne.

5. Autres difficultés

58. Cette section décrit deux autres difficultés auxquelles les autorités de la concurrence peuvent être confrontées dans le cadre de la mise en œuvre de leurs programmes de clémence. La première est le risque de voir les entreprises utiliser ces programmes de façon stratégique, dans leur propre intérêt, et la deuxième a trait à l'obtention de la coopération du demandeur d'immunité pendant toute la durée de la procédure visant l'entente.

5.1. Utilisation stratégique de la clémence

59. Les ententes ont été décrites comme des organisations sophistiquées capables d'apprendre et d'adapter leur comportement (Wils, 2016a). Selon certains commentateurs, ces organisations sophistiquées sont en mesure d'exploiter les politiques de clémence pour faciliter la formation d'ententes et leur stabilité (Sokol, 2012, par exemple). Ces arguments sont souvent évoqués en lien avec la récidive, situation dans laquelle une entreprise continue ou commence à se livrer à une infraction au droit des ententes alors qu'elle a déjà fait l'objet d'une décision constatant la même infraction ou a déjà été condamnée à acquitter une amende pour la même infraction (Wils, 2012)²⁷.

60. Plusieurs scénarios sont possibles. Les participants à une entente peuvent décider de demander la clémence à chaque fois que l'un d'eux est sur le point d'être détecté par une autorité de la concurrence²⁸ ou utiliser la clémence comme un moyen de punir les déviations (Marshall et Marx, 2015). Il est également possible que les entreprises apprennent les « règles du jeu » et deviennent expertes dans l'obtention de la clémence, enchaînant régulièrement participation à des pratiques collusoires et dénonciation de ces pratiques (Spagnolo et Marvão, 2015b, p. 55). Après la rupture d'une entente, les entreprises qui en étaient membres peuvent tenter d'acquérir un avantage concurrentiel sur leurs concurrents, utilisant la clémence pour majorer les coûts de ces derniers durant la période qui suit la rupture (Stephan et Nikpay, 2014). Enfin, il a été avancé que les programmes « amnistie plus »²⁹ étaient peut-être utilisés de manière stratégique et abusive pour renforcer la stabilité des ententes (Martyniszyn, 2015, et les références citées).

61. Il a cependant été souligné qu'en pratique, il pouvait être difficile d'utiliser la clémence de manière stratégique étant donné que seul le membre qui coopère le premier peut obtenir l'immunité³⁰. Or, une entente implique habituellement de nombreuses entreprises, et il semble peu plausible que l'une d'elles fasse une utilisation stratégique de la clémence aux dépens des autres (Wils, 2016a, pp. 341 et ss.). Le fait que l'on dénombre statistiquement plus de récidivistes parmi les demandeurs d'immunité n'est pas

nécessairement un mauvais signe. Une entreprise déjà condamnée pour infraction au droit de la concurrence peut fort bien prendre des mesures pour éviter de continuer ou de commencer à commettre une infraction, notamment se doter d'un programme de conformité efficace. Ce type de mesure peut la conduire à détecter et signaler d'autres infractions au cours de l'enquête (Wils, 2012).

62. À de très rares exceptions près, les autorités de la concurrence n'ont pas adopté de mesures en réaction à ces arguments sur une possible utilisation stratégique de la clémence. Jusqu'en 2011, le programme de clémence de l'autorité grecque de la concurrence excluait les récidivistes du bénéfice de l'immunité afin d'éviter que le programme de clémence ne soit utilisé de manière abusive par de grandes multinationales présentes sur plusieurs marchés. Toutefois, en 2011, elle a modifié cette disposition, si bien que les récidivistes ont désormais accès à l'immunité d'amendes. La KFTC, autorité coréenne de la concurrence, a réformé sa politique de clémence pour empêcher une entreprise de bénéficier de l'immunité plus d'une fois en cinq ans. Cependant, ce type de mesure n'est sans doute pas sans inconvénients. Les entreprises qui ne peuvent pas demander l'immunité ou la clémence sont moins disposées à fournir à l'autorité de la concurrence des preuves ou des renseignements sur une entente. Dans la situation extrême où un groupe d'entreprises déjà reconnu coupable d'entente en forme de nouveau une, aucune de ces entreprises n'aurait intérêt à demander la clémence ; l'entente serait alors encore plus stable et plus difficile à détecter et à punir (Wils, 2012).

5.2. Obtenir une coopération totale et permanente des demandeurs d'immunité

63. En général, un candidat à l'immunité doit coopérer pleinement jusqu'au terme de l'enquête (ce qui, en fonction du système de mise en œuvre du droit de la concurrence, peut correspondre à la fin de la procédure administrative – voir le paragraphe 12a de la communication de la Commission européenne sur la clémence – ou, dans un pays comme les États-Unis, à la fin du procès pénal). Cette obligation de coopération permanente doit permettre à l'autorité de mener à bien son enquête.

64. Il arrive fréquemment qu'une immunité (conditionnelle) soit accordée à l'entreprise longtemps avant qu'une décision définitive soit prononcée contre tous les membres de l'entente. Plusieurs autorités de la concurrence ont constaté qu'en pareil cas, une fois l'immunité obtenue, l'entreprise se montre beaucoup moins motivée pour continuer à coopérer et fournir d'autres informations et renseignements. Il n'y a là rien que de très logique : l'entreprise qui demande la clémence tente de donner suffisamment de preuves pour obtenir l'immunité, mais une fois cet objectif atteint, elle peut envisager de ne pas fournir certaines preuves pour des raisons stratégiques, par exemple pour se prémunir contre le risque d'action de suivi en dommages et intérêts. Plusieurs autorités de la concurrence ont constaté qu'après avoir obtenu l'immunité, les entreprises limitent leur coopération pour ne pas s'exposer à un risque d'action au civil. Ce constat vaut également pour les personnes physiques dans les régimes pénaux. Bien que le « témoin protégé par l'immunité » veuille l'immunité, il limite sa coopération à ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Il a intérêt à ne pas aider l'autorité de poursuite au-delà (MacCulloch et Wardhaugh, 2012).

65. Conscientes de ce problème, les autorités de la concurrence s'efforcent de veiller à ce que les entreprises qui ont demandé l'immunité aient toujours intérêt à coopérer. Elles ont pris diverses initiatives pour favoriser la poursuite de la coopération, par exemple en communiquant au candidat à la clémence une description claire des obligations qui doivent être respectées pour que la coopération soit jugée totale (RIC, 2014). Par ailleurs, les États-

Unis examinent actuellement la possibilité d'instaurer des mécanismes incitatifs supplémentaires pour obtenir une coopération permanente et totale des entreprises, même après octroi de l'immunité. Il s'agirait d'introduire une disposition comparable à celle prévue à l'article 35 des Règles fédérales de procédure pénale, qui permet à l'État d'accorder des réductions de peine supplémentaires, quitte à ce que la peine devienne inférieure au minimum légal, dans l'année suivant le prononcé de la condamnation à condition que l'accusé ait contribué de manière substantielle aux enquêtes et poursuites visant des tiers (Global Competition Review, 5 mai 2017).

66. Enfin, les autorités de la concurrence pourraient aussi envisager d'annuler un marqueur ou de retirer l'immunité. Comme il est rare que la clémence soit révoquée, il n'est cependant pas certain que cette menace soit prise au sérieux par les demandeurs et leurs avocats (Harding *et al.*, 2015, p. 253).

Encadré 3. L'affaire *Stolt-Nielsen*

L'affaire *Stolt-Nielsen*, aux États-Unis, est l'une des rares affaires dans lesquelles l'immunité ait été retirée. En décembre 2002, l'entreprise Stolt-Nielsen avait demandé un marqueur pour réserver la place de demandeur de premier rang et en janvier 2003, elle avait conclu un accord de clémence avec le ministère de la Justice. Par la suite, elle a fourni de nombreuses preuves à charge concernant les autres membres de l'entente portant sur la répartition de la clientèle. Toutefois, en avril 2003, le ministère de la Justice lui a retiré l'immunité après avoir obtenu des preuves montrant qu'elle avait continué à faire partie de l'entente, au mépris de l'accord. Le ministère a ensuite tenté de conclure des accords de négociation de peine avec d'autres membres de l'entente initialement incriminés par Stolt-Nielsen. Finalement, la décision de retrait de l'immunité prise par le ministère de la Justice a été infirmée en appel.

Source: United States v. Stolt-Nielsen S.A., 524 F. Supp. 2d 609, 610 (E.D. Pa. 2007). Voir également Hammond, S., Interview on Stolt-Nielsen, Global Competition Review, 1^{er} mai 2008, consultable à l'adresse <https://globalcompetitionreview.com/benchmarking/may-2008/1038279/scott-hammond-on-stolt-nielsen2008>, et MacCulloch, A. et B. Wardhaugh (2012), « The Baby and the Bathwater - The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy », consultable à l'adresse https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089369, et références citées.

67. Pour que les demandeurs d'immunité continuent de coopérer, les autorités de la concurrence pourraient envisager de leur accorder une immunité conditionnelle et d'exiger qu'ils continuent de coopérer jusqu'à la fin de l'enquête et de toute autre action engagée par la suite. Le Canada, par exemple, envisage d'introduire une « immunité provisoire contre les poursuites pénales » (IPPP), qui serait octroyée entre la délivrance du marqueur/la déclaration de présentation de l'information et la conclusion de l'accord d'immunité avec les entreprises et les personnes physiques couvertes par l'IPPP accordée à l'entreprise. Pendant la durée de validité de l'IPPP, le demandeur devrait communiquer toutes les pièces et les témoins pourraient être interrogés. L'immunité totale ne serait accordée qu'une fois l'autorité de la compétence convaincue de ne plus avoir besoin du concours du demandeur (Boswell, 2017)³¹.

68. La menace de retrait de l'immunité ou l'octroi d'une immunité conditionnelle jusqu'à ce que le coopération ne soit plus nécessaire seraient des moyens d'encourager les entreprises à coopérer pleinement et à fournir des preuves à tous les stades de l'enquête. Ces politiques pourraient toutefois aussi présenter l'inconvénient de dissuader les

entreprises de demander l'immunité. Pour qu'un programme de clémence soit efficace, il faut que les réductions qui peuvent être consenties aient un caractère certain et prévisible. Comme exposé plus haut, lorsqu'ils ont réformé leurs programmes de clémence respectifs en 1993 et en 2002, les États-Unis et l'UE voulaient offrir plus de sécurité et de prévisibilité aux entreprises. Si elle n'est pas sûre d'obtenir l'immunité ou d'en conserver le bénéfice, une entreprise risque d'hésiter à la demander et à constituer un dossier risquant ensuite d'être utilisé comme preuve contre elle. Aux États-Unis par exemple, bien que le ministère de la Justice ait été débouté dans l'affaire *Stolt-Nielsen* et ait ensuite tenu à rappeler que le retrait de l'immunité était une mesure exceptionnelle et qu'il voulait garantir la plus grande transparence et prévisibilité possible (Hammond, 2008), certains commentateurs ont affirmé que le retrait de l'immunité dans cette affaire avait pu modifier la stratégie de coopération au sein des entreprises, à savoir que les salariés étaient peut-être moins enclins à se tourner vers l'avocat interne à l'entreprise pour lui donner des informations (Sokol, 2012).

6. Conclusion

69. La majorité des pays membres de l'OCDE considèrent la clémence comme leur principal instrument de détection des ententes. Le ministère de la Justice des États-Unis et la Commission européenne ont été les premiers à instaurer une politique de clémence, respectivement en 1978 et 1996, et aujourd'hui, tous les pays de l'OCDE sont dotés de ce type de programme. La clémence n'est cependant pas efficace dans toutes les juridictions, et les autorités de la concurrence vont devoir se mobiliser pour que leurs programmes continuent d'attirer les demandeurs, en se souvenant des principales conditions qui doivent être réunies pour qu'un programme de clémence porte ses fruits : la probabilité de détection doit être forte pour que les membres d'ententes comprennent qu'ils risquent vraiment d'être découverts ; les sanctions doivent être lourdes et le programme doit allier transparence et prévisibilité pour que les candidats à la clémence sachent à quoi s'attendre. Il faudrait également que les autorités de la concurrence renforcent les possibilités d'enquêtes d'office (mécanismes de filtrage, par exemple), qui sont complémentaires de la clémence, parce que les membres d'ententes sont d'autant plus enclins à se dénoncer avant d'être découverts que le risque de détection est élevé.

70. Les programmes de clémence font partie intégrante d'un système et doivent être coordonnés avec les autres instruments visant à faire respecter le droit de la concurrence. Les autorités doivent veiller à ce que les candidats à la clémence ne se trouvent pas en position plus défavorable que les autres participants à une entente en cas d'action privée. Il est difficile de se prononcer sur le point de savoir si les sanctions pénales prononcées contre les personnes physiques, y compris les peines de prison, renforcent ou affaiblissent les programmes de clémence, les deux thèses étant corroborées par des arguments convaincants. Enfin, l'existence de procédures de transaction renforce les programmes de clémence, permettant aux autorités de traiter plus efficacement les dossiers et libérant ainsi des ressources pour d'autres affaires.

71. Les ententes internationales étant de plus en plus nombreuses, il faudrait que les autorités de la concurrence coopèrent efficacement pour que les membres de ces ententes ne soient pas dissuadés de demander la clémence. Elles devraient notamment tenter d'alléger les contraintes que comportent les demandes multiples, de coordonner le plus possible leurs enquêtes et d'éviter d'imposer des obligations contradictoires aux demandeurs. Elles devraient également prendre conscience des différences qui existent entre les systèmes de

marqueurs des différents pays, étant donné que ce domaine n'a fait l'objet d'aucun effort d'harmonisation.

72. Enfin, il n'est pas impossible que les entreprises cherchent à faire une utilisation stratégique des programmes de clémence ou refusent de coopérer une fois l'immunité obtenue. Sur ce dernier point, les autorités de la concurrence pourraient envisager d'instaurer des mécanismes incitatifs, de retirer l'immunité ou de n'accorder qu'une immunité conditionnelle jusqu'à ce que la coopération du demandeur ne soit plus nécessaire. Elles ne doivent cependant pas oublier que si les programmes de clémence n'allient pas prévisibilité et sécurité, les entreprises risquent de ne pas les utiliser.

Notes de fin de document

¹ En général, seul le premier demandeur peut obtenir l'immunité, les demandeurs suivants pouvant bénéficier d'un traitement clément selon la qualité des preuves fournies à l'autorité de la concurrence, le délai dans lequel ils se sont manifestés et leur degré de coopération. Aux États-Unis, le deuxième demandeur et les suivants ne peuvent pas prétendre à une réduction des sanctions en vertu du programme de clémence, mais ont en revanche la possibilité de négocier leur peine avec le ministère de la Justice en contrepartie de leur coopération (Wils, 2016). Bien que l'argument selon lequel une seule entreprise devrait pouvoir bénéficier de la clémence soit parfois avancé (Spagnolo et Marvão, 2015b, p. 53, et références citées), le Réseau international de la concurrence (RIC) considère qu'accorder la clémence aux participants à l'entente qui se décident à coopérer ensuite est une bonne chose (RIC, 2014). Dans l'idéal, un programme de clémence déclenche une course entre les participants à l'entente, l'objectif étant d'arriver le premier ou, à défaut, de bénéficier d'un traitement clément. Pour que la détection et la sanction des ententes soient efficaces, il peut être nécessaire que l'autorité de la concurrence puisse non seulement accorder l'immunité au premier membre de l'entente qui offre sa coopération à l'enquête, mais aussi consentir des réductions d'amende aux autres parties qui coopèrent. Souvent, les membres d'ententes s'efforcent de ne pas laisser de traces écrites de leurs activités, raison pour laquelle les autorités de la concurrence ont besoin, pour confondre les participants qui ne coopèrent pas, à la fois de la demande d'immunité et des déclarations d'autres candidats à la clémence (Wils, 2016a).

² <https://et.globalcompetitionreview.com/>.

³ www.justice.gov/atr/page/file/926521/download.

⁴ Dans le cadre de la clémence dite de type B, applicable lorsque le ministère a déjà des informations au sujet des actes illicites, le ministère a « toute latitude pour exclure du périmètre de la protection prévue par la lettre de clémence conditionnelle les dirigeants, responsables et salariés dont il est établi qu'ils se sont lourdement compromis » (FAQ, 2017, p. 21) Par ailleurs, dans la nouvelle version de la FAQ, le ministère précise que « les anciens dirigeants, responsables et salariés sont *a priori* exclus du bénéfice de la clémence susceptible d'être accordée à l'entreprise » (FAQ, 2017, p. 18)

⁵ <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04316.html>

⁶ En 2013, l'OCDE a organisé une table ronde sur les enquêtes d'office relatives aux ententes et l'utilisation de filtres pour détecter les ententes (OCDE, 2013).

⁷ Workshop on Cartel Screening in the Digital Era (2018), www.oecd.org/competition/workshop-on-cartel-screening-in-the-digital-era.htm

⁸ Certains commentateurs remettent en cause l'hypothèse selon laquelle l'entreprise compare de manière rationnelle les coûts et les bénéfices. Ils font observer que souvent, la formation des ententes ne procède pas d'un choix rationnel effectué au niveau de l'organisation, mais est plutôt le fait d'individus qui n'ont pas les mêmes objectifs que l'entreprise. Ils soulignent également qu'il est en pratique très difficile voire impossible d'évaluer le montant des sanctions et la probabilité de détection pour effectuer d'une analyse coûts-bénéfices exacte avant la formation d'une entente (Stephan et Nikpay, 2014).

⁹ Cette affirmation ne fait pas l'unanimité. Ceux qui ne partagent pas cet avis (Spagnolo et Marvão, 2015b, par exemple) avancent qu'on ne sait pas vraiment si les politiques de clémence améliorent réellement le bien-être à travers un fort effet dissuasif ou si, au contraire, elles le réduisent en raison des coûts d'administration et de poursuite plus élevés qu'elles engendrent sans que l'effet dissuasif n'augmente en contrepartie.

¹⁰ Quelque 56 % des autorités qui ont répondu à l'enquête de 2017 jugeaient leur programme de clémence efficace et 10 % le jugeaient même très efficace. Toutefois, 29 % des autorités estimaient

que leur programme n'était pas efficace. Parmi les difficultés avancées figuraient un nombre de demandes inférieur aux attentes, la méconnaissance des procédures applicables en matière de droit de la concurrence et de clémence, l'inefficacité et l'opacité des démarches à accomplir pour demander et obtenir la clémence et de faibles incitations à coopérer avec les autorités de la concurrence (OCDE, 2017).

¹¹ Beaucoup d'autorités de la concurrence disposent d'outils similaires. Ainsi, en 2012, l'autorité allemande (Bundeskartellamt) a mis sur pied un système électronique qui lui permet de recevoir des dénonciations anonymes d'infractions au droit des ententes (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/01_06_2012_BKMS.html).

¹² Selon le programme de clémence de 1996, le demandeur de premier rang perdait cette place s'il avait contraint une autre entreprise à participer à l'entente ou avait été l'instigateur de l'entente ou encore avait joué un rôle déterminant. Depuis la réforme de 2002, les meneurs peuvent généralement bénéficier de l'immunité (à l'exception des entreprises qui ont agi de manière à en contraindre d'autres à se joindre à l'entente ou à y rester). Dans d'autres juridictions, notamment aux États-Unis et en Allemagne, le meneur qui a agi seul ne peut pas bénéficier de l'immunité et ne peut demander qu'une réduction d'amende de 50 % au maximum (Wils, 2016 ; Bos et Wandschneider, 2011)

¹³ Aux États-Unis, environ 95 % des affaires relatives à des infractions au droit de la concurrence sont des actions privées (Wils, 2016b, p. 14, et références citées). Le système d'action privée des États-Unis repose sur des actions visant à obtenir un triple dédommagement (*treble damages*), des actions collectives assorties d'une possibilité de retrait (*opt-out class actions*), des procès devant jury (*jury trials*), des accords de paiement d'honoraires conditionnels (*contingency fee agreements*), un système développé de production de pièces (*discovery*) et l'exclusion du moyen de défense tiré de la répercussion des surcoûts. Le nombre d'actions privées a cependant fluctué au fil du temps, en fonction de l'accueil réservé par les tribunaux aux actions introduites et de l'ampleur de l'intervention publique (OCDE, 2015).

¹⁴ Developments in Cartel Enforcement Following the Adoption of the Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (DAF/COMP/WP3(2016)7).

¹⁵ Dans une récente enquête conduite auprès de 30 professionnels du droit dotés d'une solide expérience en matière de clémence, 83 % des répondants ont indiqué percevoir une diminution de l'intérêt de leurs clients pour la procédure de clémence et de leur motivation à demander la clémence. Le facteur le plus souvent cité comme explication de ce phénomène est le risque accru d'actions civiles (Wils, 2016b, p. 42, et références citées).

¹⁶ Foire aux questions sur le programme de clémence et les lettres types en matière de clémence, actualisée le 26 janvier 2017, www.justice.gov/atr/page/file/926521/download

¹⁷ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

¹⁸ Certains commentateurs vont plus loin et proposent que les participants qui bénéficient de l'immunité aient le droit d'exiger que la contribution des coauteurs couvrent la totalité du préjudice afin d'être protégés des actions privées en dommages et intérêts (par ex. Kersting, 2014).

¹⁹ Cet arrêt annule celui rendu le 28 janvier 2015 par le Tribunal de l'UE dans l'affaire *Evonik Degussa* (T-341/12 ; OCDE, 2015 évoque l'affaire 345/12 *Akzo Nobel*, qui est une affaire parallèle). En 2006, la Commission a infligé une amende à plusieurs membres d'une entente sur le peroxyde d'hydrogène. Dans sa demande de clémence, Evonik avait fourni à la Commission des informations sur les accords. Le litige porté devant le Tribunal de l'UE puis la CJUE portait sur le refus d'un conseiller-auditeur de la Commission d'examiner la demande formulée par Evonik aux fins d'exclusion d'informations fournies dans le cadre de sa demande de clémence de la décision rendue

publique par la Commission. La CJUE a estimé que le conseiller-auditeur ne devait pas se borner à se prononcer sur la publication d'éléments expressément confidentiels (comme les secrets d'affaires ou les données à caractère personnel) et devait aussi examiner les demandes de traitement confidentiel formées en vertu des principes généraux du droit de l'UE.

²⁰ Les personnes physiques peuvent cependant bénéficier d'un allègement de peine en contrepartie de leur coopération.

²¹ La procédure de négociation de peine en place aux États-Unis est cependant fort différente de la procédure de transaction appliquée par l'UE. La transaction est conçue comme une récompense accordée en contrepartie de l'accélération de la procédure, tandis que la négociation de peine permet de bénéficier d'une réduction de peine en échange de preuves ou de la renonciation à certaines garanties procédurales (Faull et Nikpay, 2014, p. 8.723).

²² S'agissant de l'UE, la clémence et la procédure de transaction seraient étroitement liées du fait que la procédure de transaction a été instaurée parce que la politique de clémence rencontrait un tel succès que l'UE n'aurait jamais pu traiter toutes les affaires ouvertes (Guttuso, 2015).

²³ Affaires traitées par la Commission européenne : Affaire COMP/E-1/37.512 – Vitamines ; Affaire COMP/E-1/36.604 – Acide citrique ; Affaire COMP/E-1/36.490 – Électrodes de graphique ; COMP/39.309 – LCD-affichages à cristaux liquides. Pour l'entente sur la lysine, voir le communiqué de presse du ministère de la Justice des États-Unis, consultable à l'adresse : https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1996/1030.htm.

²⁴ Le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité a institué un système de compétences parallèles, selon lequel la Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence ont compétence pour mener des enquêtes relatives aux ententes en vertu de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE). Toutefois, selon l'article 11(6) de ce règlement, l'ouverture d'une enquête par la commission prive les autorités nationales de la concurrence du droit d'ouvrir une enquête, non seulement en vertu de l'article 101 TFUE, mais aussi en vertu du droit de la concurrence interne.

²⁵ C'est pourquoi les cabinets juridiques conseillent généralement aux entreprises visées par une enquête de ne pas licencier les salariés impliqués, en tout cas tant que l'enquête n'est pas terminée.

²⁶ Les autorités doivent cependant être conscientes des limites des témoignages oraux et ne pas oublier que les demandeurs, en particulier les demandeurs suivants, risquent de déformer les faits pour étayer leur demande de clémence.

²⁷ Selon cette définition, il faut, pour qu'il y ait récidive, que la deuxième infraction apparaisse ou continue après la date à laquelle l'autorité de la concurrence constate la première. Il existe cependant une autre définition, selon laquelle la récidive est une situation dans laquelle une entreprise est condamnée pour la deuxième fois pour entente. Le nombre de récidivistes est plus élevé si l'on retient la deuxième définition (Wils, 2012).

²⁸ Il y a plus de chances que ce scénario fonctionne dans les systèmes qui ne prévoient pas de sanctions pénales contre les personnes physiques.

²⁹ Les programmes « amnistie plus » contiennent des mécanismes qui incitent les entreprises visées par une enquête sur un marché à dénoncer une entente sur un autre marché. L'entreprise peut bénéficier de la clémence pour son rôle dans l'entente non détectée et d'une réduction substantielle pour son rôle dans l'entente détectée. Ce type de programme a été mis en place aux États-Unis, où il est très utilisé et parfois présenté comme un outil capable de « faire s'écrouler une série d'ententes comme un château de cartes ». Ces dernières années, ces programmes ont fait leur apparition dans d'autres juridictions (Martyniszyn, 2015). La moitié des enquêtes pour ententes internationales ouvertes par le ministère de la Justice des États-Unis ont ce programme pour point de départ (Sokol,

2012). Le pendant du programme « *Leniency Plus* », dénommé « *Penalty Plus* », prévoit qu'une entreprise qui plaide coupable d'une infraction mais s'abstient de signaler qu'elle est impliquée dans une autre renonce à l'avantage prévu par le programme *Leniency Plus* et se voit infliger une amende plus lourde pour la deuxième infraction. Le programme *Penalty Plus* est cité dans la version 2017 de la FAQ (FAQ, 2017, p. 11). Il ne s'agit cependant pas d'une réforme car il était en réalité déjà utilisé. L'UE ne s'est pas dotée d'un programme de type « amnistie plus » (Fullarton et Singh, 2016).

³⁰ Il est donc impossible, par exemple, que tous les membres de l'entente demandent ensemble une « immunité collective » pour échapper aux sanctions.

³¹ Au Canada, la version préliminaire du projet de loi publiée en 2017 dispose que : « Bien que chaque cas soit évalué séparément, de manière générale le DPP ne conclura pas d'accord en matière d'immunité : 1. avant l'échéance de la période statutaire pour déposer un avis d'appel, lorsqu'aucune partie n'interjette appel de la décision du tribunal de première instance dans l'éventualité d'une poursuite criminelle ; ou 2. lorsque le commissaire et le DPP n'ont aucune raison de croire qu'une aide supplémentaire du demandeur pourrait être nécessaire » (voir : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04316.html>).

Références

- Beaton-Wells, C. (2017), « Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conundrum », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 13, n° 1, pp. 125–149.
- Beaton-Wells, C. (2013), « Immunity Policy: Revolution or Religion? An Australian Case-Study », Paper of the Antitrust Enforcement Symposium 2013, Pembroke College, University of Oxford.
- Bos, I. et F. Wandschneider (2011), « Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program », *CCP Working Paper 11-13*, août, voir : <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-13.pdf/9bb116b7-0026-4e48-9bb2-48308f4dad3>.
- Boswell, M. (2017), « On innovation, efficiencies and immunity: the year ahead », discours, 26 septembre, voir : https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2017/10/on_innovation_efficienciesandimmunitytheyearahead.html?_ga=2.17355459.5.1230548222.1522777635-1266270018.1522777635.
- Bretz, O. et S. Long, (2016), « Cartel Leniency & Immunity: The Mysterious Case of the Missing Markers », *CPI's Europe Column*.
- Calliari, M. (2015), « Criminalization of Cartels and Leniency: An exercise in Complexity », *CPI Antitrust Chronicle*, été, vol. 9, n° 1.
- CNUCED (2010), « The Use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hard core cartels in developing countries », Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
- Colino, S.M. (2017), « The Perks of Being a Whistleblower: Designing Efficient Leniency Programs in New Antitrust Jurisdictions », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 50.
- Commission européenne (2017), « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission présente un nouvel outil de lancement d'alertes anonyme », *communiqué de presse*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-591_fr.htm.
- Daly, K. (2013), « A Plea for Plea Bargaining—Closing the Gaps between the EU's Leniency, Settlement, and Commitments Procedures », *CPI Antitrust Chronicle*, hiver, vol. 3, n° 3.
- Faull, J. et A. Nikpay (dir. pub.) (2014), *The EU Law of Competition*, Oxford.
- Fullarton, M. et A. Singh (2016), « Amnesty Plus the way forward for EU leniency policy? », *European Competition Law Review*, vol. 37, n° 5, pp. 193–206.
- Guttuso, L. (2015), « From 'Mono' to 'Stereo': Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, n° 3, pp. 395–421.
- Hammond, S. (2004), « Cornerstones of an effective leniency program », Atelier sur les programmes de clémence du RIC, Sydney, Australie, 22–23 novembre 2004.

- Hammond, S. (2008), Entretien sur l'affaire Stolt-Nielsen, *Global Competition Review*, 1^{er} mai, voir : <https://globalcompetitionreview.com/benchmarking/may-2008/1038279/scott-hammond-on-stolt-nielsen>.
- Harding, C., C. Beaton-Wells et J. Edwards (2015), « Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement: Happily Married or Uneasy Bedfellows? », in *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, Hart Publishing.
- Kersting, C. (2014), « Removing the Tension between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, n° 1, pp. 2–5.
- MacCulloch, A. et B. Wardhaugh (2012), « The Baby and the Bathwater - The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy », voir : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089369.
- Marshall, R. C. et L.M. Marx (2015), « Participation in Multiple Cartels through Time and the Potentially Strategic Use of leniency », article présenté au cours du Séminaire de 2015 consacré aux avantages et aux inconvénients des programmes de clémence organisé par l'Autorité suédoise de la concurrence.
- Martyniszyn, M. (2015), « Leniency (Amnesty) Plus: A Building Block or a Trojan Horse », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 3, n° 2, pp. 391–407.
- Marvão, C. (2014), « The EU Leniency Programme and Recidivism », voir : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491172.
- Marx, L.M., C. Mezzetti et R.C. Marshall (2015), « Antitrust Leniency with Multi-Product Colluders », *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 7, n° 3, pp. 205–240.
- Miller, N. (2007), « Strategic Leniency and Cartel Enforcement », voir : https://eml.berkeley.edu/~webfac/gilbert/e221_f07/miller.pdf.
- Morgan, L. (2017), *2017 Mid-year Global Cartel Enforcement Report*, <https://www.morganlewis.com/documents/m/documents/cartel/2017-mid-year-cartel-report-july2017.pdf>.
- Obersteiner, T. (2013), « International Antitrust Litigation: How to Manage Multijurisdictional Leniency Applications », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n° 1.
- OCDE (2017), « The Implementation of the Council Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels », OCDE, Paris, DAF/COMP/WP3(2017)2.
- OCDE (2015), « Relations entre action publique et actions privées pour l'application du droit de la concurrence », OCDE, Paris, DAF/COMP/WP3(2015)14.
- OCDE (2014a), « L'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence », OCDE, Paris, DAF/COMP/WP3(2014)9.
- OCDE (2014b), « Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence », OCDE, Paris.

- OCDE (2013), « Ex-officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels », OCDE, Paris, DAF/COMP(2013)27.
- OCDE (2012), « Leniency for Subsequent Applicants », OCDE, Paris, DAF/COMP(2012)25.
- Office of Fair Trading, Project Condor Board Review (2010), voir : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/556876fce5274a1895000008/Project_Condor_Board_Review.pdf.
- RIC (2014), « Chapter 2 Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy », in *Anti-Cartel Enforcement Manual*.
- Sims, R. (2017), discours prononcé devant le Business Law Section Competition and Consumer Committee, 4 août, voir : <https://www.accc.gov.au/speech/law-council-of-australia>.
- Snyder, B. (2015), « Leniency in multi-jurisdictional investigations: Too much of a good thing? », Forum annuel de Chicago sur la lutte internationale contre les ententes, 8 juin, Chicago.
- Sokol, D. (2012), « Cartels, Corporate Compliance, and what practitioners really think about enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n° 1.
- Spagnolo G. et C. Marvão (2016), « Cartels and Leniency: Taking Stock of What We Learnt », *ITE Working Paper Series*, n° 39/2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850498.
- Spagnolo, G. et C. Marvão (2015), « Leniency Inflation, Deterrence, and Criminalization », article présenté au cours du Séminaire de 2015 consacré aux avantages et aux inconvénients des programmes de clémence organisé par l’Autorité suédoise de la concurrence.
- Spagnolo, G. et C. Marvão (2015), « Pros and Cons of Leniency, Damages and Screens », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, n° 4, pp. 47–59.
- Stephan, A. et A. Nikpay (2014), « Leniency Theory and Complex Realities », *Centre for Competition Policy Working Papers*, n° 14–8, <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235397/CCP+Working+Paper+14-8.pdf/3a273397-457c-4109-8920-d79c6709774b>.
- Stephan, A. (2014), « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n° 2, pp. 333–362.
- Stephan, A. (2009), « An empirical assessment of the European leniency notice », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 5, n° 3, pp. 537–561.
- Trepka, M. et M. Wurm (2016), « Leniency Programs - The Devil is in the Details », *CPI’s Europe Column*.
- Trepka, M. (2015), « Leniency—What exactly are the Implications for the Applying Undertaking in the European Union? », *CPI Antitrust Chronicle*, été, vol. 9, n° 1.
- Volpin, C. (2017), « Protecting the effectiveness of leniency programmes: Applying for leniency is a leap in the dark: DHL Express », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 4, pp. 1179–1200.

- Wils, W. (2016a), « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 39, n° 3, pp. 327–388.
- Wils, W. (2016b), « Private Enforcement of EU antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future », voir : <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2865728.pdf>. Voir aussi : *World Competition: Law and Economics Review*, 2017, vol. 40, n° 1, pp. 3–45.
- Wils, W. (2012), « Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 35, n° 1, pp. 5–26.
- Wils, W. (2007), « Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, n° 1, pp. 25–64.