

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

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

Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement

- Note de référence du Secrétariat -

9 juin 2020

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de l'examen du Point 1 de l'ordre du jour de la 131^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi qui aura lieu le 9 juin 2020.

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 : oe.cd/ccbrc.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Sabine Zigeliski [Courriel : Sabine.ZIGELSKI@oecd.org].

JT03462394

Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement

- Note de référence du Secrétariat -*

Nonobstant le recours accru aux sanctions pénales, il n'existe aucun consensus international sur la question de la pénalisation des ententes, et en particulier sur la condamnation de personnes physiques à des peines d'emprisonnement. Cette note entend fournir un éclairage sur les bénéfices et les défis de la répression pénale, en donnant un coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement.

Elle décrit la théorie de la dissuasion économique et celle de la rétribution qui ont émergé dans le débat sur la pénalisation, et résume les préoccupations que chacune de ces théories a suscitées. Elle donne un aperçu des tendances observées dans différentes juridictions en matière de pénalisation, et identifie les questions institutionnelles et procédurales clés qui doivent être évaluées soigneusement lorsqu'une juridiction envisage la pénalisation des ententes. Elle débat également des bénéfices et des défis majeurs de la coopération internationale entre les juridictions qui poursuivent au pénal et celles qui se concentrent sur des poursuites administratives/civiles, et décrit les effets de la pénalisation sur les programmes de clémence.

Plusieurs arguments plaident en faveur de la pénalisation des infractions en matière d'ententes et de soumissions concertées, en particulier en faveur de peines d'emprisonnement contre des personnes physiques, afin de compléter les sanctions prononcées contre les entreprises. Cependant, les régimes de sanctions ne sont pas tous bâtis, à l'heure actuelle, de manière à garantir le succès de la pénalisation. Cette note conclut que les juridictions devraient progressivement bâtir des institutions avant d'introduire la pénalisation, et que chaque juridiction devrait déterminer le bon dosage de sanctions, en fonction – entre autres facteurs – des normes sociales, du cadre légal existant, des ressources des autorités de la concurrence et des relations entre l'autorité de la concurrence et les autorités poursuivantes. L'introduction de poursuites pénales exige également d'importants efforts de sensibilisation auprès des parties prenantes institutionnelles et du grand public.

* Cette note de référence a été rédigée par Matteo Giangaspero de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle a bénéficié des commentaires de Antonio Capobianco, Sabine Zigelski, Paulo Burnier Da Silveira, Pedro Caro de Sousa, Renato Ferrandi et Isolde Lueckenhausen, ainsi que de l'assistance de recherche de Fumihiko Okumura (tous membres de la Division de la concurrence de l'OCDE).

Table des matières

Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement - Note de référence du Secrétariat* -.....	2
1. Introduction	5
1.1. Premier axe d'étude : les ententes injustifiables et les soumissions concertées.....	7
1.2. Second axe d'étude : les peines d'emprisonnement.....	7
2. Fondements rationnels des sanctions pénales réprimant les infractions à la législation sur les ententes.....	8
2.1. Théorie de la dissuasion économique	9
2.1.1. L'analyse économique « traditionnelle » du droit pénal	10
2.1.2. Est-il possible d'assurer une dissuasion (optimale) au moyen de sanctions pénales ?.....	11
2.1.3. Les coûts réels de la répression pénale ne peuvent pas être ignorés	12
2.2. Théorie de la rétribution.....	12
2.2.1. La nécessité de tenir compte de la stigmatisation morale	12
3. État des lieux.....	15
3.1. Adoption et étendue des sanctions pénales	15
3.2. Les sanctions prévues par la loi	17
3.3. L'application effective des sanctions	19
4. Implications de l'introduction de la répression pénale	20
4.1. Définition des infractions pénales.....	20
4.2. Personnes physiques pouvant être tenues responsables.....	21
4.3. Défis liés au respect des droits à un procès équitable.....	22
4.4. Délais de prescription	23
4.5. Les exigences en matière de preuve d'une infraction pénale.....	23
4.5.1. La norme de preuve.....	23
4.5.2. La preuve de l'infraction	23
4.5.3. L'intention coupable	24
4.6. Pouvoirs d'enquête et de répression	25
4.6.1. Outils de détection et pouvoirs d'enquête	26
4.6.2. Modèle institutionnel et coopération avec l'autorité judiciaire	28
4.7. Pénalisation, clémence et autres formes de coopération.....	32
4.7.1. L'interaction entre pénalisation et clémence.....	33
4.7.2. L'immunité pénale	35
4.7.3. Autres implications de l'immunité pénale.....	38
4.7.4. Accords de négociation de peine.....	39
5. La coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence dans le contexte de la pénalisation	41

5.1. Comment coordonner la coopération entre des juridictions différentes	42
5.1.1. Les conventions d'entraide judiciaire et les accords d'entraide en matière d'ententes	43
5.2. Poursuite de personnes physiques à l'étranger	45
6. Conclusion.....	47
Notes de fin de document	50
Bibliographie.....	61
Bibliographie supplémentaire	68

Graphiques

Graphique 1. Nombre moyen de décisions concernant des ententes, par autorité, par juridiction et par région, 2015-2018.....	5
Graphique 2. Collusion en série, 1989-2018	6

Encadrés

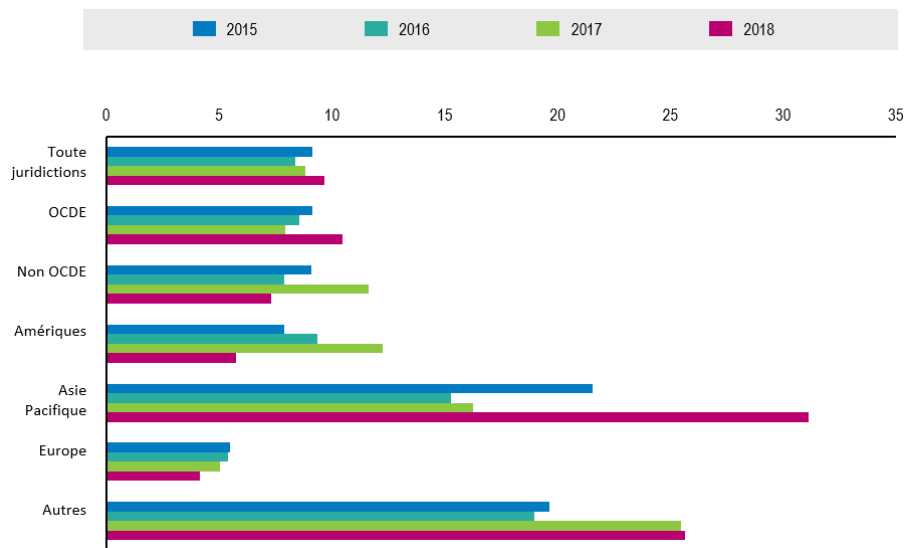
Encadré 1. Études empiriques	14
Encadré 2. Historique de l'adoption et de l'étendue des sanctions pénales réprimant les infractions au droit des ententes aux États-Unis et au Royaume-Uni	16
Encadré 3. La soumission concertée en tant qu'infraction pénale en Allemagne et en Italie	17
Encadré 4. La Procurement Collusion Strike Force aux États-Unis.....	25
Encadré 5. Accès des autorités de la concurrence aux preuves recueillies par d'autres autorités.....	28
Encadré 6. L'affaire « Car Wash » au Brésil.....	31
Encadré 7. Programmes de conformité des entreprises.....	32
Encadré 8. Les systèmes de lanceurs d'alerte.....	33
Encadré 9. L'affaire Maxzone au Canada	41
Encadré 10. Exemples de coopération internationale (bilatérale)	44
Encadré 11. L'affaire <i>Pisciotti</i>	46

1. Introduction

1. Les poursuites contre les ententes injustifiables sont une priorité dans les actions de répression menées par les autorités de la concurrence de toutes les juridictions. C'est pourquoi la répression efficace des ententes injustifiables constitue un sujet prioritaire pour l'OCDE depuis les 25 dernières années.

2. Ces dernières années, comme le montre le graphique ci-dessous, le nombre d'ententes détectées et d'actions de répression n'a pas diminué.¹

Graphique 1. Nombre moyen de décisions concernant des ententes, par autorité, par juridiction et par région, 2015-2018

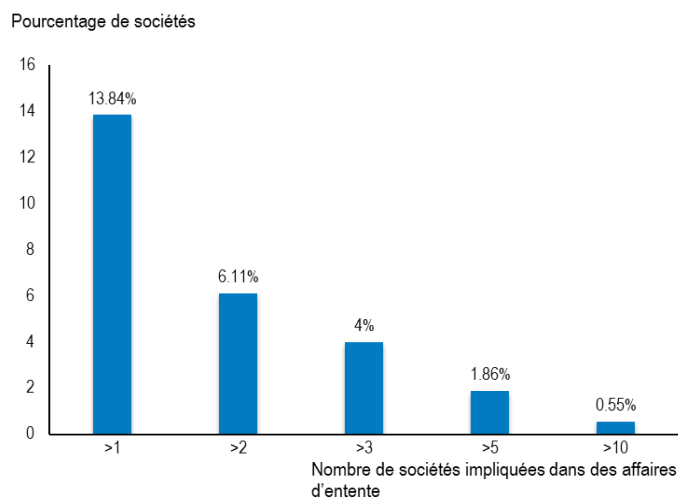


Note : Chiffres basés sur les 49 juridictions qui ont fourni des données pour les quatre années.

Source : OECD (2020), *Competition Trends 2020*, www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm.

3. En outre, plusieurs sociétés qui ont été condamnées à des peines d'amende par le passé pour des ententes illicites continuent de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles similaires.² En effet, comme l'indique le rapport intitulé *OECD Competition Trends 2020*, 14% des sociétés mères figurant dans la base de données IC STATS de l'OCDE relative aux ententes internationales³ ont participé directement ou indirectement (par l'intermédiaire de filiales) à plus d'une entente entre 1989 et 2018 (OCDE, 2020, p. 40_[1]).⁴

Graphique 2. Collusion en série, 1989-2018



Source : OECD (2020), *Competition Trends 2020*, www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm.

4. Ces chiffres posent la question de savoir si les outils d'enquête et de répression dont disposent actuellement les autorités de la concurrence sont efficaces et garantissent une dissuasion suffisante. Ils soulèvent également la question de savoir si les juridictions devraient appliquer des sanctions pénales, en plus des amendes et autres sanctions infligées dans le cadre d'une procédure civile ou administrative. En fait, une observation préliminaire s'impose : les sanctions pénales, et plus particulièrement celles qui sont infligées à des personnes physiques, sont généralement considérées comme un complément (et non un substitut) des sanctions financières infligées aux sociétés (OCDE, 2005, p. 26^[2]) (Wils, 2013^[3]).⁵

5. La présente note de référence se propose de décrire les bénéfices qui découlent des poursuites pénales et de la condamnation à des peines d'emprisonnement et les défis qui sont liés à leur mise en œuvre, en particulier pour les juridictions où l'autorité poursuivante est traditionnellement administrative/civile. Cette note est structurée comme suit :

- La **Section 1** pose le cadre du sujet, en clarifiant les deux axes sur lesquels la présente note se concentre, à savoir les ententes injustifiables, y compris sous la forme de soumissions concertées, et les peines d'emprisonnement infligées à des personnes physiques.
- La **Section 2** résume les fondements rationnels justifiant l'imposition de sanctions pénales réprimant les infractions à la législation sur les ententes.
- La **Section 3** donne un aperçu des différents systèmes de pénalisation des ententes injustifiables, en se concentrant sur l'adoption et l'imposition de sanctions pénales (et en particulier de peines d'emprisonnement) à l'encontre de personnes physiques.
- La **Section 4** illustre les principales caractéristiques des systèmes de répression pénale des violations du droit des ententes, ainsi que les ajustements institutionnels et procéduraux exigés si la pénalisation est introduite dans des systèmes de répression administrative et civile.

- La **Section 5** examine les bénéfices de la coopération internationale suscitée par les tendances à la pénalisation et les défis posés par cette coopération.
- La **Section 6** tire des enseignements des sections précédentes et conclut en proposant des pistes de réflexion aux responsables politiques et aux autorités de la concurrence sur l'opportunité de diligenter des poursuites pénales et la manière de ce faire.

1.1. Premier axe d'étude : les ententes injustifiables et les soumissions concertées

6. La pénalisation des infractions à la législation sur les ententes se limite habituellement aux ententes injustifiables, qui sont reconnues comme « *la violation la plus flagrante du droit de la concurrence* » (OCDE, 2019^[4]).⁶ Les ententes sont considérées comme « *le mal suprême dans les affaires antitrust* »⁷ étant donné qu'elles a) constituent une pratique anticoncurrentielle et ne produisent ni efficiences ni bénéfices pro concurrentiels ; et b) sont des pratiques secrètes, caractérisées par le fait que les membres de l'entente se livrent à des « actes de dissimulation » (Werden, 2009, p. 6 and 9^[5]).⁸

7. La gravité des infractions à la législation sur les ententes est également reflétée dans leur traitement, puisqu'elles constituent des violations en soi (aux États-Unis) ou des infractions par objet (dans l'Union européenne), de telle sorte qu'elles sont passibles de sanctions sans qu'il soit besoin de prouver leurs effets anticoncurrentiels ou leur commission réelle. Aux États-Unis, où le Sherman Act permet de poursuivre pénalement une vaste gamme de pratiques anticoncurrentielles, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis (DoJ) se concentre clairement sur les ententes injustifiables. Barnett (2006^[6]) note que cette position du DoJ a le mérite de « *fixer des limites claires et prévisibles pour les entreprises* », tout en préservant des ressources en « *réduisant la complexité de l'administration de la preuve* », puisqu'il n'est pas nécessaire, par exemple, de rapporter la preuve économique de la violation.

8. Dans certaines juridictions (par exemple, l'Autriche, la Belgique, la Colombie, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, la Pologne et la Turquie) l'étendue de la pénalisation est en outre limitée aux soumissions concertées. Dans certains cas (par exemple en Italie), les soumissions concertées étaient déjà qualifiées de délit pénal avant même l'adoption de la législation sur la concurrence. Dans d'autres cas, la décision de se concentrer sur les soumissions concertées repose souvent sur l'hypothèse que les ententes qui affectent les institutions publiques (et les finances publiques) sont plus répréhensibles que d'autres ententes, et devraient donc être passibles de sanctions pénales (plus lourdes) (Shaffer, Nesbitt et Weber Waller, 2015, p. 16^[7]).⁹

9. En pratique, on observe également une tendance à se concentrer sur les soumissions concertées aux États-Unis, où le Procureur général adjoint Delrahim a récemment noté que plus d'un tiers des enquêtes en cours du DoJ se rapportent à des marchés publics ou à d'autres pratiques commises au préjudice du gouvernement, et en particulier du gouvernement fédéral.¹⁰

1.2. Second axe d'étude : les peines d'emprisonnement

10. La présente note se concentre sur les peines d'emprisonnement infligées à des personnes physiques ayant commis des infractions à la législation sur les ententes. En effet, bien qu'une peine d'emprisonnement ne soit pas une condition nécessaire pour qu'une

sanction soit pénale, elle est néanmoins une condition suffisante (Wils, 2005^[8]) ; autrement dit, l'emprisonnement se qualifie sans équivoque comme une sanction pénale dans les différentes juridictions. Cette note examine également l'efficacité des peines d'emprisonnement, et la manière dont elles sont prononcées en pratique.

11. La présente note de référence n'examine pas :

- **Amendes pénales infligées à des sociétés.** Les personnes morales peuvent être reconnues pénalement responsables (au-delà même des infractions à la législation sur les ententes) et, par voie de conséquence, condamnées à des amendes pénales dans de nombreuses juridictions. Toutefois, des sanctions financières similaires sont infligées pour des infractions à la législation sur les ententes, dans le cadre de procédures administratives/civiles et d'actions en droit de la responsabilité délictuelle, particulièrement dans les juridictions (en particulier de droit civil) qui sont réticentes à reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales.
- **Autres sanctions contre des sociétés.** D'autres sanctions infligées à des sociétés, dont leur disqualification pour participer à des appels d'offres et des décisions judiciaires leur faisant une publicité négative, ont un effet dissuasif significatif en raison de leur impact sur la situation financière et la réputation des sociétés. Toutefois, ces décisions relèvent généralement de la législation sur les marchés publics (ou du droit pénal) et sont généralement prises par l'autorité contractante, et non par l'autorité de la concurrence.
- **Sanctions financières et autres sanctions contre des personnes physiques, autres que des peines d'emprisonnement.** Les auteurs d'infractions à la législation sur les ententes sont passibles de peines d'amende (y compris de nature pénale) et de sanctions autres que des peines d'emprisonnement, y compris des décisions judiciaires de disqualification des dirigeants de sociétés (empêchant des personnes physiques d'exercer des fonctions de dirigeant d'une entreprise publique), la perte de licences d'exploitation, la condamnation à des travaux d'intérêt général et l'obligation de publier la violation (OCDE, 2003^[9]). Toutefois, des sanctions individuelles ne constituent pas, en soi, une condition nécessaire ou suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'une répression pénale (Wils, 2005^[8]). En effet, ces sanctions pourraient tout aussi bien être infligées par des autorités poursuivantes administratives ou civiles. En outre, en ce qui concerne les sanctions financières infligées aux personnes physiques, d'aucuns évoquent le fait (voir 2.1) que les sociétés peuvent garantir un niveau suffisant de compensation aux auteurs d'infractions à la législation sur les ententes pour compenser ces sanctions et les priver de leur efficacité.¹¹

2. Fondements rationnels des sanctions pénales réprimant les infractions à la législation sur les ententes

12. Il est largement reconnu qu'un fondement rationnel est nécessaire pour justifier l'imposition de sanctions pénales, et en particulier d'une incarcération, en cas d'infractions à la législation sur les ententes (Whelan, 2013^[10]). Deux « théories de la répression » – qui ne s'excluent pas nécessairement mutuellement (Ducci, 2018^[11]) – ont émergé dans le débat sur la pénalisation : la théorie de la dissuasion économique et la théorie de la rétribution.

13. Cette section décrit brièvement comment les deux théories s'appliquent aux violations de la législation sur les ententes et résume les principales préoccupations suscitées par chacune de ces théories.

2.1. Théorie de la dissuasion économique

14. En vertu de la théorie de la dissuasion,¹² la sanction d'un acte criminel ou délictueux ne peut être justifiée qu'à condition qu'elle prévienne ou réduise de futurs crimes ou délits. Les sanctions pénales réprimant des infractions à la législation sur les ententes se fondent traditionnellement sur une théorie de la dissuasion économique. Cette théorie découle de l'application de l'analyse économique au droit pénal (Becker, 1968^[12]), et part du postulat que les entreprises et les personnes physiques sont rationnels et neutres à l'égard du risque, et qu'elles visent à maximiser leur propre bien-être. Dans ce cadre d'analyse, le bien-être social est maximisé lorsque le bénéfice marginal de la sanction est égal aux coûts marginaux de la répression et de la condamnation. Ainsi, cette théorie vise à opérer une dissuasion « optimale ». Enfin, selon la théorie traditionnelle de la dissuasion économique, les ententes sont des « infractions pénales moralement neutres », de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire d'établir leur caractère immoral.

15. La justification des sanctions pénales à l'encontre de personnes physiques participant à des ententes procède d'une argumentation en deux temps. En premier lieu, le préjudice causé par les ententes ne se limite pas à la surfacturation, auquel il pourrait être remédié par des actions privées en dommages-intérêts (Wils, 2005, p. 39^[8]),¹³ mais il s'étend également à une perte sèche/perte d'efficacité économique, étant donné que les volumes diminuent par comparaison avec la situation qui existerait en l'absence de l'entente (Whelan, 2017, p. 13^[13]).¹⁴ En second lieu, pour garantir une dissuasion suffisante, il faudrait infliger aux sociétés des amendes d'un montant « trop élevé ». Toutefois, il existe des contraintes légales, lorsque la législation plafonne les amendes,¹⁵ et des contraintes pratiques résultant, par exemple, de l'incapacité des sociétés à payer les amendes infligées, qui engendrerait donc le risque d'éliminer des concurrents du marché (Werden, 2009, p. 15^[5]). En d'autres termes, comme cela a été noté au cours de la Table ronde de l'OCDE de 2003 sur les *Sanctions infligées aux personnes physiques dans les affaires d'ententes*, « des preuves empiriques abondantes établissent que des sanctions infligées à des sociétés sous forme d'amendes ne sont presque jamais suffisamment élevées pour constituer une dissuasion optimale, et sont dans la plupart des cas considérablement inférieures à ce niveau » (OCDE, 2003, p. 7^[14]). À titre d'exemple, Wils (2005, pp. 28-30^[8]) a calculé que le niveau minimum des amendes qui seraient nécessaires pour garantir la dissuasion en Europe serait de l'ordre de 150% du chiffre d'affaires annuel généré par les produits concernés par la violation. Ce calcul tient compte a) de la surfacturation (et de l'augmentation corrélative des profits), b) de la durée moyenne des ententes, et c) de la probabilité de la détection et de la sanction. L'inadéquation intrinsèque des amendes monétaires plaide en faveur de sanctions à l'encontre des personnes physiques et reconnaît que la menace de sanction individuelles peut compléter des sanctions monétaires à l'encontre de sociétés (OCDE, 2005, p. 26^[2]).

16. En outre, il a été observé que le fait de ne pas infliger des sanctions à des personnes physiques, et en particulier des peines d'emprisonnement, provoque une « brèche dans la dissuasion » pour deux raisons : les problèmes liés à la relation mandant-mandataire et la possibilité pour les sociétés d'indemniser des personnes physiques participant à des ententes.¹⁶

- **Les problèmes liés à la relation mandant-mandataire.** Il est argué que les sociétés (mandants) et leurs employés (mandataires) ont des incitations différentes, de telle sorte que des amendes infligées aux mandants ne peuvent pas toujours dissuader les mandataires. En particulier :
 - Les amendes infligées à des sociétés ne constituent pas un coût direct pour les personnes physiques concernées. Dès lors, les personnes physiques participant à une entente peuvent externaliser le coût des sanctions, si ces dernières sont uniquement infligées à des sociétés.
 - Les personnes physiques participant à une entente peuvent ne plus faire partie de la société au moment où l'entente est détectée et l'amende imposée (et les voies de recours exercées) (Wils, 2005, p. 32^[8] ; Stephan et Nikpay, 2015^[15]).

17. Certaines de ces considérations ont également émergé au cours de la Table ronde de l'OCDE de 2003 sur les *Sanctions infligées aux personnes physiques dans les affaires d'ententes*, où il a été noté que « étant donné que les personnes physiques agissent en tant que mandataires pour le compte d'une société, il est logique de dissuader directement ces personnes en les menaçant de sanctions, et de leur infliger ces sanctions si elles violent la loi » (OCDE, 2003, p. 7^[14]). En outre, les sanctions à l'encontre des personnes physiques sont de nature à inciter davantage les dirigeants et les salariés à résister aux pressions qui peuvent conduire l'entreprise à participer à des activités illicites (OCDE, 2005, p. 26^[2]).

- **La possibilité pour des sociétés d'indemniser des personnes physiques participant à des ententes.** En tant qu'acteurs rationnels, les sociétés peuvent même vouloir inciter des employés à participer à des ententes, si les bénéfices de celles-ci l'emportent sur les coûts potentiels, et « indemniser » ensuite les employés qui ont participé à ces pratiques (Ducci, 2018, p. 20^[11]). En conséquence :
 - Les sanctions pécuniaires infligées à des personnes physiques ne sont pas « adaptées à l'objectif ». Seules des peines d'emprisonnement constituent des « sanctions non indemnissables ».
 - Le risque d'emprisonnement est un élément important de l'analyse individuelle de la balance coût-bénéfice des membres potentiels d'une entente, comme il l'est également pour d'autres délinquants en col blanc.

18. Cependant, cette justification des sanctions pénales à l'encontre de personnes physiques participant à une entente, - et en particulier des peines d'emprisonnement -, en s'appuyant uniquement sur la dissuasion économique, a posé quelques questions qui sont résumées ci-dessous.

2.1.1. L'analyse économique « traditionnelle » du droit pénal

19. Selon l'approche de Becker et Posner fondée sur une analyse économique traditionnelle, il suffit d'infliger des sanctions pécuniaires uniquement aux sociétés pour opérer la dissuasion économique. En revanche, les personnes physiques ne devraient pas être passibles de peines d'emprisonnement pour des infractions à la législation sur les ententes. À titre d'alternative, des peines d'emprisonnement ne devraient être prononcées que dans les cas où les personnes physiques concernées sont dans l'incapacité de payer l'« amende optimale ».¹⁷ En outre, Becker (1968^[12]) et Landes (1983^[16]) plaident pour une « approche d'internalisation » des amendes optimales. Dans ce système, les auteurs d'infractions internalisent tous les coûts et bénéfices de la violation, ce qui les conduit à

commettre des violations « efficaces » (c'est-à-dire celles qui génèrent des économies de coûts excédant la perte sèche) et les dissuade de commettre des violations « non efficaces ».

20. Cette théorie est critiquée au motif que la fixation des prix dans le cadre d'une entente injustifiable, comme beaucoup d'autres infractions, ne devrait pas être analysée dans le cadre défini par Becker, étant donné que le modèle de Becker repose sur la notion centrale qu'il peut y avoir des infractions « efficaces ». Or, « *la fixation des prix dans le cadre d'une entente injustifiable est une entente délictueuse intentionnelle visant à voler les consommateurs, et la probabilité négligeable que le résultat soit efficace peut parfaitement être ignorée* », comme en atteste l'adoption d'un principe reconnaissant l'infraction en soi (OCDE, 2003, p. 101_[14]).¹⁸

2.1.2. Est-il possible d'assurer une dissuasion (optimale) au moyen de sanctions pénales ?

21. En ce qui concerne une « amende optimale », Wils (2006_[17]) note qu'elle « *devrait excéder le gain attendu de la violation multiplié par l'inverse de la probabilité qu'une amende soit effectivement infligée* ». Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, cette amende peut être trop élevée en pratique pour assurer la dissuasion.

22. En ce qui concerne les sanctions pénales à l'encontre de personnes physiques, quelques preuves anecdotiques semblent certes suggérer des effets dissuasifs (y compris des cas d'ententes qui excluent les *États-Unis* de leur champ d'application afin d'éviter le risque de sanctions pénales) (OCDE, 2005, p. 26_[2]), mais il n'existe aucune preuve empirique systématique (OCDE, 2019, p. 63_[18]). Ainsi, il n'existe aucun consensus, par exemple, à propos de l'impact positif sur la dissuasion des lois qui prévoient de longues peines d'emprisonnement. Sur ce point, plusieurs commentateurs soulignent que la stigmatisation morale et le traumatisme émotionnel qui sont liés à l'emprisonnement des délinquants en col blanc sont tels qu'une courte peine d'emprisonnement (avec des coûts sociaux réduits)¹⁹ (Whelan, 2017, p. 14_[13]) voire même la seule perspective d'avoir une inscription au casier judiciaire sans être condamné à une peine d'emprisonnement (OCDE, 2003, p. 9_[14]) peuvent être suffisamment dissuasives.

23. Qui plus est, ainsi qu'il a été signalé ci-dessus (sans que cela se limite à la répression pénale) à propos de la sévérité de la sanction, il convient de ne pas sous-estimer l'importance de la probabilité de la détection et de la répression, telle qu'elle est perçue. Toutefois, les preuves relatives à la probabilité de la détection des ententes sont peu nombreuses (Werden, 2009_[5]),²⁰ et l'application d'une théorie prônant une dissuasion radicale peut conduire à d'énormes condamnations à l'encontre de personnes physiques en cas de faibles taux de détection. Cela étant dit, les risques de dissuasion excessive pourraient être quelque peu atténués – comme beaucoup de juridictions l'ont fait (voir 3.1 ci-dessous) – en limitant l'étendue des pratiques anticoncurrentielles qui sont réputées constituer des infractions pénales.

24. Pour conclure, il est intéressant de noter que la question de savoir si les législations antitrust garantissent une dissuasion suffisante est souvent analysée en silos, c'est-à-dire en relation avec une (un type de) sanction infligée à des auteurs d'infractions (sociétés ou personnes physiques) (Connor, 2016, p. 8_[19]).²¹ Une approche plus systématique serait plus efficace pour déterminer si le système assure une dissuasion différente, en examinant la combinaison de multiples sanctions à l'encontre des auteurs de violations de la législation sur les ententes, y compris, par exemple, la menace (et la probabilité) d'actions en dommages-intérêts.²²

2.1.3. Les coûts réels de la répression pénale ne peuvent pas être ignorés

25. Une théorie de la dissuasion économique exige d'évaluer soigneusement les coûts réels des poursuites pénales, en démontrant que le bénéfice marginal de la sanction pénale est égal aux coûts marginaux encourus pour infliger cette sanction. En d'autres termes, lorsqu'il s'agit de la pénalisation, il conviendrait de s'assurer que le bénéfice marginal de l'introduction de sanctions à l'encontre de personnes physiques, destinées à réduire le préjudice causé par l'activité de l'entente, excède les coûts supplémentaires entraînés par un système de sanctions pénales (OCDE, 2005, pp. 26-27^[2]). Toutefois, il semble extrêmement difficile de générer des données empiriques afin de parvenir à une conclusion ferme sur la question (Whelan, 2017, p. 11^[13]).

26. En tout cas, il est observé que les coûts de la répression pénale peuvent être particulièrement élevés, étant donné qu'ils incluent la mobilisation des ressources nécessaires pour enquêter sur des personnes physiques, les poursuivre et les incarcérer, ainsi que les coûts liés au fait que des individus productifs sont écartés de la vie économique. La section 4 décrit certaines exigences et certains coûts supplémentaires de la répression pénale, comparée à la répression administrative/civile. Par ailleurs, on ne saurait ignorer le fait que des erreurs de Type I dans le prononcé de peines d'emprisonnement (c-à-d des condamnations injustifiées) entraînent des coûts individuels et sociaux élevés. Cela étant dit, plusieurs techniques permettent de maintenir les coûts à un niveau bas, y compris a) imposer de courtes peines d'emprisonnement qui peuvent être suffisantes pour assurer une dissuasion auprès des délinquants en col blanc ; b) se concentrer sur les ententes les plus dommageables ; c) employer des instruments juridiques réduisant les coûts d'enquête, tels les procédures de transaction, les programmes de clémence et les récompenses ; et d) mettre les coûts à la charge des membres de l'entente condamnés (par ex. en Irlande²³). Toutefois, chacune de ces techniques comporte ses inconvénients. Par exemple, de courtes peines d'emprisonnement peuvent – à long terme – contrarier les efforts visant à créer une norme morale pour faire barrière aux ententes (Whelan, 2017, pp. 11-17^[13]).

2.2. Théorie de la rétribution

27. La théorie de la rétribution ne justifie pas les sanctions pénales par l'effet dissuasif potentiel qu'elles peuvent produire afin de dissuader les mêmes individus ou d'autres de commettre des délits à l'avenir. Selon cette théorie, la sanction pénale est simplement justifiée par le fait que la personne physique en question s'est livrée à une pratique interdite et moralement répréhensible. La théorie de la rétribution exige également que la sanction soit proportionnée à la gravité de l'infraction et à la culpabilité de son auteur (Ducci, 2018^[11]).

28. En substance, les ententes sont considérées comme un moyen de fausser ou de subvertir le processus concurrentiel, qui est de l'essence même d'un système d'économie de marché.²⁴ Ainsi qu'il a été noté au paragraphe 1.1, les ententes sont plus dommageables que d'autres pratiques anticoncurrentielles, et les sanctions pénales envoient un message fort à cet égard.

2.2.1. La nécessité de tenir compte de la stigmatisation morale

29. Le problème de la stigmatisation morale entre habituellement en ligne de compte dans les décisions des juridictions pénales. Il est également important lorsqu'il s'agit d'appliquer une théorie de la rétribution dans la répression pénale des infractions à la législation sur les ententes. Comme le note Harding (2012, p. 141^[20]), « [l]a pénalisation ... implique un jugement sur une conduite particulière au sein d'une société, qui est délicat

et dont l'impact est significatif, conduisant logiquement à une stigmatisation et à un changement de statut pour l'auteur ainsi caractérisé, et signalant la réaffirmation et la protection des valeurs fondamentales et des intérêts communs de la société ». Ces observations sont encore plus pertinentes pour les peines d'emprisonnement, qui entraînent généralement une condamnation sociale (plus) forte.²⁵

30. Néanmoins, même si les ententes sont souvent considérées comme un moyen de fausser ou de subvertir le processus concurrentiel, il n'existe aucun consensus sur ce qui est moralement répréhensible. Toutefois, comme Whelan (2013_[10]) l'a observé, si l'argument en faveur de la pénalisation repose sur une théorie de la rétribution, il est essentiel de déterminer le caractère « moralement répréhensible » de la conduite. Une approche normative examine les normes morales préexistantes et considère qu'une conduite est « moralement répréhensible » si elle viole ces normes.²⁶ Whelan (2013_[10]) tente de conceptualiser l'activité d'une entente par référence aux normes morales existantes appliquées au vol, aux pratiques déceptives et à la tromperie.²⁷ L'alignement des infractions à la législation sur les ententes sur l'une de ces normes morales a également des implications sur la définition des éléments constitutifs de l'infraction pénale, et des implications potentielles sur la dissuasion. L'étude de Whelan peut être résumée comme suit :

- **Vol.** Pour conceptualiser l'activité d'une entente comme un vol, il conviendrait d'appliquer une norme de bien-être du consommateur (plutôt qu'une norme de bien-être total), étant donné qu'elle exige, à titre préliminaire, d'établir le droit des victimes des ententes à obtenir réparation de la « surfacturation ». En outre, cette conceptualisation ne peut pas englober des ententes qui n'ont pas été mises à exécution.
- **Pratique déceptive.** Pour conceptualiser l'activité d'une entente comme une pratique déceptive, il faut que le membre de l'entente ait fait de fausses déclarations sur la non-existence de l'entente ou se soit abstenu de divulguer l'existence de l'entente.²⁸ Dans les deux cas, il faut également que l'entente soit mise à exécution, c'est-à-dire que les produits objets de l'entente soient offerts à un prix fixé dans le cadre de l'entente. En outre, les pratiques déceptives ne semblent pas s'appliquer à des cas dans lesquels le membre de l'entente déclare explicitement l'existence de l'entente.²⁹
- **Tromperie.** La conceptualisation de l'entente comme une tromperie pose quelques défis en ce qui concerne l'identification de l'« avantage déloyal » qu'un membre de l'entente souhaite obtenir. Cet avantage (et le lien entre la conduite illégale et l'impact sur d'autres acteurs) est beaucoup plus évident (et direct) dans le cas où les clients du produit objet de l'entente sont des sociétés vendant des produits ou fournissant des services sur le marché. Cela étant dit, la conceptualisation de l'entente injustifiable comme une violation des normes morales condamnant la tromperie a l'avantage de couvrir également la simple conclusion d'un accord d'entente.

31. En outre, Whelan (2013_[10]) argue que l'identification de l'acte moralement répréhensible est un défi, comme elle l'est également pour l'application de la théorie de la dissuasion économique, étant donné – même en vertu d'une théorie moralement neutre – que le droit pénal reste fondé sur les normes morales de la société.

32. En dehors du cadre normatif, les preuves empiriques d'une condamnation morale des ententes par la société et de la criminalité inhérente aux ententes sont minces. Les deux études présentées dans l'encadré ci-dessous ont tenté de combler ces lacunes.

Encadré 1. Études empiriques

Le « Projet ententes » de l'Université de Melbourne en Australie (2009-2011)

En Australie, les ententes ont été pénalisées en 2009. L'Université de Melbourne a réalisé des travaux de recherche entre 2009 et 2011, dans le cadre du « Projet ententes ». Les chercheurs ont réalisé une enquête divisée en deux parties. La première partie a porté sur un échantillon aléatoire de la population australienne, et a consisté à sonder l'opinion publique à propos de la gravité des pratiques d'ententes et de leurs conséquences juridiques. La seconde partie de l'enquête a été réalisée auprès de représentants des milieux d'affaires, afin de tester comment la loi a affecté la dissuasion et la conformité.

Il ressort de l'enquête que les justifications officielles (à savoir une dissuasion accrue et la criminalité inhérente aux ententes) invoquées pour la pénalisation des ententes en Australie étaient « très imparfaites ». En ce qui concerne la dissuasion, le Projet ententes a montré que la connaissance de la loi et des sanctions, et la conscience de la probabilité d'une détection et de poursuites, étaient insuffisantes dans les milieux d'affaires. En ce qui concerne la criminalité inhérente aux ententes, le Projet ententes a montré que la population australienne ne soutenait pas massivement la pénalisation des ententes et, plus important encore, la condamnation des auteurs de ces infractions à des peines d'emprisonnement.

Enquête publique de l'Université de l'Est-Anglie (2014)

Le Centre d'étude de la politique de la concurrence de l'Université de l'Est-Anglie a réalisé une enquête en 2014 au Royaume-Uni, en Allemagne, en Italie et aux États-Unis, sur les attitudes du public envers les ententes et ses perceptions de celles-ci. Ces enquêtes faisaient suite à une étude réalisée en 2007 au Royaume-Uni.

Les conclusions de cette enquête suggèrent un soutien empirique aux justifications normatives de la pénalisation des ententes, sans qu'il soit besoin de s'appuyer uniquement sur la dissuasion. L'enquête a démontré que le public attend des entreprises concurrentes qu'elles calculent leurs prix indépendamment les unes des autres et considère, en conséquence, que les ententes sapent une norme concurrentielle dont le respect est attendu de la part des marchés. Cela étant dit, il semble que le public apporte son soutien à l'imposition d'amendes et de sanctions sous forme de « dénonciation publique », mais apporte un moindre soutien au prononcé de peines d'emprisonnement. En réalité, les ententes sont perçues comme moins répréhensibles que d'autres formes d'actes illicites, et cela peut également refléter l'absence de conscience claire de la stigmatisation morale qui est liée à des infractions (plus) traditionnelles.

Source :

<https://law.unimelb.edu.au/centres/cfen/research/past-research-projects/cartel>.

(Beaton-Wells et Parker, 2013^[21])

(Stephan, 2017^[22])

33. Enfin, l'application du droit pénal d'une manière moralement neutre présente des risques de portée plus large. Les avocats pénalistes et autres praticiens du droit pénal mettent en garde contre une pénalisation excessive d' « infractions réglementaires », en arguant que l'application du droit pénal à ce qui est considéré – dans certaines juridictions – comme une conduite « moralement neutre » peut saper l'autorité morale du droit pénal et

délégitimer les poursuites pénales dans d'autres domaines (Harding, 2012, pp. 143-144^[20] ; Ducci, 2018^[11]). L'absence de considérations morales peut également avoir un impact sur la volonté des jurys et des juges d'infliger des peines d'emprisonnement qui peuvent être considérées comme injustes à l'encontre de membres d'une entente.

3. État des lieux

34. Nonobstant l'adoption accrue de sanctions pénales, il n'existe aucun consensus international sur la pénalisation des ententes, et en particulier sur le prononcé de peines d'emprisonnement à l'encontre de personnes physiques. En outre, comme le note Beaton-Wells (2016, p. 4^[23]), il n'y a aucune uniformité dans la manière dont les infractions pénales ont été définies et la mesure dans laquelle les sanctions pénales sont appliquées dans les différentes juridictions. Cette situation peut être due, entre autres considérations, au fait que le droit pénal repose fortement sur des normes sociales, qui diffèrent selon les juridictions, ainsi qu'au développement d'une forte « culture de la concurrence » au sein des sociétés.

35. Cette section examine les tendances observées dans différentes juridictions en ce qui concerne la pénalisation des ententes, sous l'angle de l'étendue des sanctions pénales et de leur application (en particulier les peines d'emprisonnement) à des personnes physiques.

3.1. Adoption et étendue des sanctions pénales

36. Il existe une tendance historique – non réductible à un modèle systématique – à l'adoption accrue de sanctions pénales dans les diverses juridictions.³⁰ Le rapport récent intitulé *OECD Competition Trends 2020* indique ce qui suit, à propos des juridictions incluses dans la base de données « CompStats »³¹, « dans près de la moitié des (de ces) juridictions (26), il est possible d'infliger des sanctions pénales à des personnes physiques », tandis qu'environ un cinquième des juridictions (dix) « peuvent uniquement infliger des sanctions pénales lorsque l'infraction concerne une soumission concertée » (OCDE, 2020, p. 18^[11]).

37. La pénalisation est souvent limitée aux ententes injustifiables ou uniquement aux soumissions concertées. En effet, les affaires faisant jouer la « règle de raison » sont généralement considérées comme « *impropres à déclencher des poursuites pénales* » (Kovacic, 2016^[24]), étant donné que la pénalisation de ces affaires risquerait d'abaisser les critères conduisant à l'incarcération par comparaison avec d'autres lois pénales (Sokol, 2019, p. 1546^[25]).³²

38. Bien que le système de répression pénale des États-Unis demeure « *une référence indispensable* » pour d'autres juridictions (Kovacic, 2016^[24]), la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles a également des racines historiques en Europe.

39. Les juridictions qui ont pénalisé les ententes injustifiables incluent, entre autres, l'Australie, le Brésil, le Canada,³³ le Chili, le Danemark, l'Estonie, la France, la Grèce, l'Irlande³⁴, Israël, le Japon, la Corée, le Mexique, la Nouvelle-Zélande³⁵, la Norvège, Oman, les Philippines, la Roumanie, la Fédération de Russie, la République Slovaque, la Slovénie, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et les États-Unis³⁶.

Encadré 2. Historique de l'adoption et de l'étendue des sanctions pénales réprimant les infractions au droit des ententes aux États-Unis et au Royaume-Uni

Les États-Unis

Aux États-Unis, les ententes sont historiquement qualifiées de délits depuis le Sherman Act de 1890, passibles d'une peine d'emprisonnement d'un an au maximum. Les ententes sont également traitées comme des infractions pénales en vertu des lois de plusieurs États.

En 1974, les violations pénales du Sherman Act sont devenues des crimes en vertu de l'Antitrust Procedures and Penalties Act, qui pourraient être passibles d'une peine d'emprisonnement de trois ans au maximum. Les peines d'amende ont été initialement fixées à 1 million USD pour les sociétés et à 100 000 USD pour les personnes physiques. Le montant de ces amendes a été progressivement augmenté en 1984 et 1990.

En 2004, l'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act a augmenté significativement les sanctions pénales maximums en cas de violations du Sherman Act, en portant l'amende maximum prévue pour les sociétés à 100 millions USD (environ 93 millions EUR), l'amende maximum prévue pour les personnes physiques à 1 million USD (environ 930 000 EUR) et la peine d'emprisonnement maximum à dix ans.

Le Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la pénalisation des ententes a été introduite par l'Enterprise Act 2002. Aux termes de la section 188 de l'Enterprise Act 2002, constitue une infraction pénale l'accord conclu entre une personne physique et une ou plusieurs autres personnes « *afin de prendre ou de mettre en œuvre des arrangements, ou de faire prendre ou mettre en œuvre des arrangements* » se rapportant à deux entreprises au moins, impliquant la fixation des prix, le partage du marché, la limitation de la production ou de l'approvisionnement, ou des soumissions concertées.

Les auteurs d'infractions en matière d'ententes sont passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au maximum et/ou d'une amende de montant illimité (Section 190 de l'Enterprise Act 2002). Outre les sanctions pénales, les auteurs d'infractions en matière d'ententes peuvent être frappés d'une interdiction d'exercer des fonctions de dirigeant de société pendant une durée de 15 ans au maximum, en vertu de la section 9A du Company Directors Disqualification Act 1986.

Source :

For a history of US criminal antitrust enforcement, *ex multis*, (Werden, 2009^[5]) (Sokol, 2019^[25]) (Kovacic, 2016^[24]).

(Stephan, 2008^[26])

Hammond, A. and R. Penrose, *The proposed Criminalisation of cartels in the UK. A report prepared for the Office of Fair Trading* (November 2001) [2002] UKCLR 97.

40. Dans d'autres juridictions, la pénalisation est limitée aux soumissions concertées. Tel est le cas, par exemple, dans les pays suivants : Autriche, Belgique, Finlande, Allemagne, Hongrie, Italie, Pologne, Portugal et Turquie. Dans certains cas, les soumissions concertées sont prévues et réprimées dans la législation pénale nationale, et l'ont été avant même l'adoption de la législation sur la concurrence.

Encadré 3. La soumission concertée en tant qu'infraction pénale en Allemagne et en Italie

Allemagne

La soumission concertée est une infraction pénale en vertu de l'article 298 du Code pénal allemand, qui dispose que « *toute personne qui, en relation avec un appel d'offres portant sur des produits ou des services, fait une offre basée sur un accord illicite ayant pour but de faire accepter une offre spécifique par l'organisateur est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au maximum ou d'une peine d'amende* ».

Italie

La soumission concertée est une infraction pénale en vertu de l'article 353 du Code pénal italien, qui se lit comme suit : « *toute personne qui, par violence ou par menaces, par dons ou promesses, par collusion ou par tout autre moyen frauduleux, entrave ou trouble la liberté des soumissions, ou empêche des soumissionnaires d'y concourir, encourt une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans et une peine d'amende* ».

Une conduite anticoncurrentielle peut également être qualifiée de « fraude » en vertu de l'article 640 du Code pénal italien, qui dispose que « *toute personne qui recourt à une conduite déceptive ou frauduleuse pour induire quelqu'un en erreur en vue d'obtenir un profit illégitime, au détriment de tiers, encourt une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et une peine d'amende* ».

Il a été noté (Pedersoli, 2018^[27]) qu'à la suite de la détection d'une entente, les procureurs qualifient souvent la soumission concertée comme une infraction commise par une association de malfaiteurs en vertu de l'article 416 du Code pénal italien. Dans ces cas, la conduite délictueuse peut également être imputée à la société concernée.

41. Enfin, les systèmes administratifs ne sont pas totalement exemptés du débat sur la pénalisation. En effet, même dans les systèmes administratifs au niveau de l'UE et dans les États membres de l'UE, les amendes infligées dans les affaires antitrust sont réputées être *de facto* de nature pénale par la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), qui prescrit le droit à un procès équitable. La nature « pénale » des amendes antitrust a soulevé des questions sur le point de savoir si le modèle actuel d'application de la loi au niveau de l'UE, qui confère à une autorité administrative des fonctions de répression et de jugement, est adéquat pour garantir un procès équitable.³⁷ Un débat parallèle a eu lieu au Canada – où les ententes et les soumissions concertées sont toutefois considérées comme des infractions pénales – à propos de la constitutionnalité des sanctions pécuniaires administratives (Ducci, 2018^[11]).³⁸

3.2. Les sanctions prévues par la loi

42. Les sanctions pénales prévues par la loi à l'encontre des personnes physiques peuvent inclure à la fois des amendes et des peines d'emprisonnement. Les juridictions dont les lois prévoient des amendes et/ou des peines d'emprisonnement substantielles incluent, entre autres, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Grèce, l'Irlande, Israël, le Japon, le Mexique, l'Afrique du Sud et les États-Unis.

- En Australie, les membres d'une entente encourrent une peine d'emprisonnement de dix ans au maximum et/ou une amende de 2 000 unités de pénalité au maximum (correspondant à 420 000 AUD, soit environ 237 000 EUR).³⁹

- Au Brésil, les membres d'une entente peuvent être condamnés à une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans, qui peut être rallongée en cas de circonstances aggravantes.⁴⁰ En outre, les personnes physiques peuvent être condamnées à des peines d'amende, à la fois dans les affaires pénales et administratives.
- Au Canada, la peine d'emprisonnement maximum encourue par les membres d'une entente a été portée de cinq à 14 ans en 2009, tandis que l'amende maximum a été augmentée de 10 millions CAD (environ 6,6 millions EUR) à 25 millions CAD (environ 16,4 millions EUR).⁴¹
- En Grèce, les membres d'une entente encourent des peines d'emprisonnement de deux à cinq ans, ainsi que des peines d'amende.⁴²
- En Irlande, les dirigeants ou administrateurs personnes physiques condamnés pour ententes injustifiables peuvent être condamnés à une peine d'emprisonnement de dix ans au maximum (ou de six mois d'emprisonnement au maximum en cas de procédures sommaires) ainsi qu'à des amendes.⁴³
- En Israël, les peines d'emprisonnement à l'encontre des membres d'une entente peuvent atteindre trois ou cinq ans (en cas de circonstances aggravantes).⁴⁴
- Au Japon, la peine d'emprisonnement maximum encourue par les membres d'une entente a été portée de trois à cinq ans en 2009.⁴⁵
- Au Mexique, les infractions pénales à la législation sur les ententes sont passibles de cinq à dix ans de prison et d'amendes.⁴⁶
- En Afrique du Sud, les membres d'une entente encourent une peine d'emprisonnement de dix ans au maximum et/ou des amendes 500 000 ZAR au maximum (environ 25 000 EUR).⁴⁷
- Aux États-Unis, la peine d'emprisonnement maximum a été portée de trois à dix ans en 2004, tandis que la peine d'amende maximum a été augmentée de 350 000 USD (environ 324 000 EUR) à 1 million USD (environ 930 000 EUR).⁴⁸

43. Ainsi qu'il a été mentionné au paragraphe 1.2, certaines juridictions (par ex., l'Australie, le Canada, le Chili, la Lituanie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Fédération de Russie, la Suède et le Royaume-Uni) peuvent également prescrire d'autres sanctions/des sanctions accessoires à l'encontre de personnes physiques, telles des disqualifications de dirigeants.⁴⁹ À titre d'exemple, la Competition and Markets Authority (CMA) britannique a le pouvoir de solliciter des ordonnances d'exclusion en matière de concurrence (Competition Disqualification Orders (CDOs)) à l'encontre de dirigeants de sociétés pour une durée pouvant atteindre 15 ans.⁵⁰ En outre, les condamnations pénales peuvent entraîner des conséquences supplémentaires comme au Canada, où il semble que les personnes physiques condamnées pour des violations des sections 45 et 47 du *Competition Act* doivent attendre dix ans après leur condamnation avant de pouvoir solliciter une « suspension de leur inscription dans le registre » (c'est-à-dire un pardon), affectant leur capacité à voyager vers certains pays (Norton Rose Fulbright, 2016, pp. 22-23_[28]). La présente note ne consacre aucun développement supplémentaire aux sanctions accessoires contre des personnes physiques.

3.3. L'application effective des sanctions

44. Ainsi qu'il a été noté au paragraphe 3.1, il ressort du rapport *OECD Competition Trends 2020* que l'imposition de sanctions pénales à l'encontre de personnes physiques est possible dans 26 des 55 « juridictions CompStats » et que dix autres juridictions peuvent infliger des sanctions pénales (uniquement) pour des soumissions concertées. En ce qui concerne l'application effective de ces sanctions, le même rapport *OECD Competition Trends 2020* indique que « *bien que l'emprisonnement de personnes physiques participant à un accord d'entente ne soit pas encore une pratique largement répandue, les données collectées auprès des 55 juridictions figurant dans la base de données CompStats révèlent une tendance croissante à recourir à ce type de sanctions au cours des quatre dernières années : le nombre d'affaires d'ententes dans lesquelles une peine d'emprisonnement a été prononcée, souvent avec d'autres sanctions, a augmenté de 7 cas en 2015 à 49 en 2018* » (OCDE, 2020, pp. 61-62^[1]). En outre, évoquant l'application effective des sanctions au niveau mondial jusqu'en juillet 2016, Connor (2016, p. 7^[19]) a noté que « *plus de mille membres d'ententes ont été reconnus responsables de la fixation des prix ... par 38 juridictions dans le monde. ... Des amendes ou des condamnations à restitution ont été infligées à 37% de tous les suspects (et ont été la seule sanction infligée dans la moitié des cas environ) ; environ 26% ont été emprisonnés.* »

45. Au Brésil, les poursuites pénales pour ententes ont atteint leur pic au cours des dix dernières années. En 2015, plus de 300 personnes physiques ont fait l'objet de poursuites pénales pour infractions à la législation sur les ententes (Calliari, 2015^[29]). En Russie, les infractions à la législation sur les ententes font effectivement l'objet de poursuites pénales : entre janvier et février 2020, les tribunaux russes ont prononcé trois jugements au titre de ces infractions, condamnant des personnes physiques à plusieurs années de prison (K&L Gates, 2020^[30]).⁵¹ Aux États-Unis, la répression pénale de ces infractions demeure une caractéristique forte du système global de répression. Le ministère fédéral de la Justice publie chaque année des graphiques sur les tendances de la répression tant à l'encontre des entreprises qu'à l'encontre des personnes physiques. Selon ces graphiques, le nombre de personnes physiques condamnées au cours des deux dernières années (2017-2018) a chuté de 118 à 55 par rapport à 2015-2016.⁵² En ce qui concerne les peines d'emprisonnement, la durée moyenne des peines prononcées aux États-Unis s'est élevée à 19 mois pendant la période 2010-2018, contre 20 mois pour la période 2000-2009.

46. Cela étant dit, on ne peut pas ignorer le fait que certaines juridictions pénalisant les infractions à la législation sur les ententes n'appliquent pas une politique de répression énergique, de telle sorte que les peines d'emprisonnement ne sont prononcées que dans une poignée de juridictions et dans un très petit nombre de cas. Par exemple :

- En Australie, il a fallu attendre près de huit ans après l'introduction de la pénalisation en 2009 pour que soit prononcée la première condamnation pénale (à l'encontre d'une société).⁵³
- Au Canada, des peines d'emprisonnement ont été infligées dans un nombre limité de cas ; en effet, seules 11 personnes physiques ont été condamnées pour des infractions à la législation sur les ententes entre 1998 et 2008, dont deux seulement ont été condamnées à des peines d'emprisonnement (Ducci, 2018^[11]), tandis que, dans la plupart des cas, les tribunaux ont prononcé des peines de probation et des peines autres que d'emprisonnement (par exemple, des condamnations à des travaux d'intérêt général).⁵⁴ Il convient de noter qu'en 2012, le Canada a modifié son code pénal et limité l'application des condamnations conditionnelles (par ex.

assignations à résidence) à titre d'alternative aux peines d'emprisonnement des parties condamnées pour fixation de prix, soumission concertée ou pratiques commerciales déceptives (OCDE, 2019, p. 70^[18]).

- En France, il semble que les condamnations pénales infligées à des personnes physiques reconnues coupables d'infractions à la législation sur les ententes ont été essentiellement des peines d'amende ou des peines de prison avec sursis (Viros, 2016, pp. 25-26^[31]).
- En Irlande, la première condamnation pénale et la première condamnation à une peine d'emprisonnement pour fixation des prix ont été infligées en 2006.⁵⁵ À ce jour, il semble que des condamnations pénales n'ont été prononcées que dans quatre affaires d'ententes à l'encontre de 18 personnes physiques au total, et que la plupart de ces condamnations l'ont été à des peines de prison avec sursis et à des amendes.⁵⁶
- Au Royaume-Uni, il semble qu'une peine d'emprisonnement n'ait été prononcée jusqu'à présent que dans deux affaires, et à la suite d'une reconnaissance préalable de culpabilité : l'affaire *Marine Hose* (qui reste une affaire unique en son genre, étant donné que la personne physique concernée avait plaidé coupable aux États-Unis, voir Encadré 10) et l'affaire *Galvanised Steel Tanks* (contre un dirigeant qui avait plaidé coupable avant le jugement).

47. Cela étant dit, la prudence s'impose. En effet, il semble qu'il soit très difficile de collecter des données sur la répression effective, en particulier dans les juridictions où cette répression est décentralisée.

4. Implications de l'introduction de la répression pénale

48. Lorsqu'une juridiction opte pour la pénalisation des ententes, et en particulier pour l'introduction de sanctions contre des personnes physiques, plusieurs aspects institutionnels et procéduraux doivent être examinés attentivement.

49. En outre, lorsque la répression pénale et la répression administrative/civile coexistent parallèlement, les décisions des autorités de la concurrence (et celles d'autres parties prenantes compétentes) sur l'opportunité et la manière de réprimer une violation de la législation sur les ententes comme une infraction pénale sont basées sur plusieurs facteurs (qui, souvent, ne sont pas des critères légaux rigoureux).⁵⁷ Ces décisions ont des implications sur l'allocation de ressources, en particulier lorsque – comme cela est souvent le cas – les poursuites pénales dirigées contre des personnes physiques ne sont pas considérées comme une alternative à des actions administratives/civiles à l'encontre de sociétés, mais plutôt comme une piste parallèle.

50. Cette section illustre les caractéristiques principales des systèmes de répression pénale des infractions en matière d'ententes et les ajustements institutionnels et procéduraux requis si la pénalisation est introduite dans des systèmes de répression administrative et civile.

4.1. Définition des infractions pénales

51. Lors de l'introduction de sanctions pénales, il est essentiel de définir convenablement les violations de la législation sur les ententes qui sont réputées constituer des infractions pénales. À défaut, les sanctions pénales peuvent conduire à une dissuasion

excessive et, plus important encore, être illégales en vertu des principes du droit pénal (OCDE, 2003, pp. 22-23^[14]). En effet, la bonne définition de l'infraction pénale peut affecter l'efficacité d'un système de sanctions pénales.

52. Les deux options essentielles consistent a) à utiliser la définition des ententes, telle qu'elle figure dans les lois sur la concurrence ; ou b) à adopter une définition séparée et peut-être plus étroite (voir, par ex, le Royaume-Uni). Dans le *Rapport de l'OCDE de 2005 sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil de 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, il a été observé que « les pays membres ... ont examiné la question en détail et sont arrivés à la conclusion que la définition de l'infraction pénale d'entente devrait être différente de l'interdiction générale des accords restrictifs résultant de la loi sur la concurrence. » Cette conclusion a été motivée par la nécessité de garantir la sécurité juridique et de prévenir un risque d'effets dissuasifs excessifs (OCDE, 2005, pp. 28-29^[2]).

4.2. Personnes physiques pouvant être tenues responsables

53. L'introduction de sanctions pénales soulève une autre question préliminaire, à savoir l'identification des personnes physiques qui peuvent, au sein des sociétés, être tenues pénalement responsables d'une infraction d'entente.

54. Afin de garantir une répression efficace et améliorer la dissuasion, il faut, comme l'a noté le Professeur First, « *comprendre qui participe à une entente* » (Norton Rose Fulbright, 2016, pp. 30-31^[28]). En effet, il semble improbable que les ententes soient actuellement organisées à un niveau institutionnel (c'est-à-dire en vertu de politiques établies par une société, formellement autorisées au niveau de la direction), à tout le moins en Europe et aux États-Unis (Stephan et Nikpay, 2015^[15]). Il existe très peu de données empiriques sur les personnes physiques qui commettent des infractions d'entente au sein d'une société. Aux États-Unis, le Professeur First a examiné les communiqués de presse du ministère de la Justice entre mars 2014 et mars 2016 et a constaté que les personnes physiques poursuivies pour des infractions pénales étaient pour la plupart des « *acteurs occupant des postes de haut niveau dans l'entreprise* » (Norton Rose Fulbright, 2016, pp. 30-31^[28]). Bien qu'il ait été observé que la plupart des infractions impliquent – sous différentes formes – de hauts dirigeants (Wils, 2013^[3]),⁵⁸ d'autres données empiriques (Stephan et Nikpay, 2015^[15]) issues d'affaires d'ententes internationales ayant donné lieu à des poursuites en Europe et/ou aux États-Unis entre 1998 et 2009 suggèrent que des ententes sont organisées par « *de petits groupes d'employés* » actifs à différents niveaux de l'entreprise, ayant en commun le pouvoir de prendre des décisions sur le prix, la production ou les ventes géographiques – ou au moins sur certains aspects de ces questions. Toutefois, cette conclusion peut être le résultat de considérations liées à l'existence de preuves concrètes, qui ont permis de poursuivre aisément les « *exécutants* » des ententes.

55. Les juridictions ont adopté des approches différentes des conditions requises pour que des personnes physiques soient reconnues pénalement responsables d'une infraction d'entente. Aux États-Unis, les employés, dirigeants, administrateurs et cadres de sociétés peuvent être tenus personnellement responsables de violations de la législation sur les ententes, a) s'ils sont directement impliqués dans la violation;⁵⁹ ou b) (indépendamment de leur responsabilité au titre de l'infraction d'entente et, le cas échéant, en plus de celle-ci) s'ils dissimulent ou détruisent des preuves pertinentes pour l'enquête sur l'entente (se rendant ainsi coupable d'une « *entrave à la justice* »). En France, l'article L. 420-6 du Code de commerce français prévoit des peines sanctionnant les personnes physiques a) qui ont pris une part personnelle à la pratique anticoncurrentielle concernée (il ne s'agit donc pas

de la responsabilité des représentants légaux) ; b) qui ont joué un rôle décisif dans l'infraction et c) qui l'ont fait « frauduleusement » (Viros, 2016, pp. 24-27^[31]). En Afrique du Sud, tous les dirigeants et toutes les personnes physiques qui ont un pouvoir de direction peuvent être poursuivis (Norton Rose Fulbright, 2016, pp. 27-28^[28] ; Morphet et Hlatshwayo, 2017^[32]).

4.3. Défis liés au respect des droits à un procès équitable

56. Toute action répressive doit respecter les droits à un procès équitable, qu'elle soit pénale ou administrative/civile, ou qu'elle soit dirigée contre des sociétés ou des personnes physiques. Même en l'absence de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, le respect des droits à un procès équitable demeure un point focal de la procédure dans les affaires antitrust.⁶⁰ Cela étant dit, on ne peut pas ignorer le fait que des sanctions pénales antitrust déclenchent des exigences supplémentaires afin de respecter ces droits, qui peuvent simplement résulter de l'application des règles générales de la procédure pénale aux affaires antitrust – avec des sauvegardes plus fortes afin de protéger les droits de la défense et d'éviter des erreurs judiciaires –. Les sauvegardes déjà en place pour les sanctions administratives peuvent ne pas être suffisantes, particulièrement si des peines d'emprisonnement peuvent être infligées.⁶¹ Ces sauvegardes supplémentaires augmentent les coûts des enquêtes et des poursuites dans ces affaires.

57. La pénalisation emporte une conséquence bien connue, à savoir la nécessité de séparer les fonctions d'enquête/de poursuite des fonctions de jugement, en ne limitant pas cette séparation aux recours contre les décisions des autorités de la concurrence. Ainsi, des « tiers » sont nécessairement appelés à intervenir en vertu du principe général du droit pénal *nemo iudex in causa sua* (c-à-d. nul ne peut être juge de sa propre cause). Cette séparation poursuit clairement l'objectif de protéger les droits à un procès équitable, mais la question de savoir si cette séparation des fonctions accroît les coûts fait toujours débat.⁶²

58. D'autres principes clés du droit pénal largement reconnus entrent en ligne de compte : la présomption d'innocence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.⁶³ Ils peuvent avoir un impact sur la procédure de collecte d'informations des autorités de la concurrence et des répercussions sur les procédures administratives. À titre d'exemple, étant donné que les droits de la défense peuvent différer entre la procédure pénale et la procédure administrative, il peut être difficile pour les autorités de la concurrence d'ouvrir une enquête pénale à un stade ultérieur, en s'appuyant sur une enquête administrative antérieure portant sur la même pratique, étant donné que les normes (plus élevées) d'un procès équitable qui s'appliquent à une enquête pénale peuvent ne pas avoir été suffisamment garanties dans la procédure administrative (en cours). En outre, une personne physique pourrait refuser de fournir des preuves incriminantes contre une société dans le contexte d'une enquête administrative, si elle redoute que ces mêmes preuves puissent être utilisées contre elle dans une procédure pénale. L'efficacité des preuves orales pourrait également s'en trouver réduite. En outre, en raison du renforcement des droits de la défense, les personnes physiques auraient (plus) rapidement accès au dossier d'enquête. Au Canada, par exemple, les personnes physiques inculpées d'infractions pénales ont droit aux « fruits de l'enquête » afin de pouvoir exercer pleinement leur droit de répondre et de se défendre au moment où les chefs d'accusation sont définis. Enfin, dans certaines juridictions, les personnes physiques qui peuvent être tenues pénalement responsables peuvent demander à se faire représenter ou devoir se faire représenter par un autre avocat que celui qui défend leur société, étant donné que leurs positions respectives peuvent entrer en conflit ou en raison du risque d'auto-incrimination (Norton Rose Fulbright, 2016, p. 13^[28]).⁶⁴

4.4. Délais de prescription

59. La prescription limite le délai dans lequel une procédure judiciaire peut être engagée et s'applique généralement à tous les types d'infractions pénales. À titre d'exemple, le délai de prescription est de cinq ans pour la plupart des ententes délictueuses aux États-Unis, y compris les ententes antitrust⁶⁵ et, en substance, il ne commence pas à courir avant que le but de l'entente ait été réalisé ou que l'entente ait été abandonnée. Cela étant dit, des questions peuvent se poser à propos des conditions requises pour déclencher le point de départ du délai de prescription et de la charge de la preuve corrélative.⁶⁶

60. Les règles de prescription peuvent affecter l'interaction entre les procédures antitrust pénales et administratives. Ces règles sont particulièrement importantes lorsque les autorités de la concurrence ne transmettent l'affaire aux procureurs qu'après l'adoption d'une décision sur l'infraction en cause. En conséquence, des sauvegardes peuvent être nécessaires pour préserver l'efficacité des poursuites pénales, en particulier dans des affaires antitrust complexes. En France, par exemple, les actes d'enquête diligentés dans une procédure pénale interrompent la prescription pour la procédure administrative et vice versa (Viros, 2016, p. 26_[31]), tandis qu'au Brésil la prescription est suspendue si un accord de clémence (voir 4.7.1 ci-dessous) est conclu (OCDE, 2018_[33]).⁶⁷

4.5. Les exigences en matière de preuve d'une infraction pénale

4.5.1. La norme de preuve

61. Dans les procédures civiles ou administratives, un « test de balance de probabilités » permettant d'établir des preuves solides et convaincantes (ou des normes similaires) peut être jugé suffisant pour infliger des sanctions dans les affaires antitrust. Dans de nombreuses juridictions, toutefois, les principes du droit pénal peuvent exiger des procureurs qu'ils respectent une norme plus élevée (par exemple, la norme de preuve « au-delà de tout doute raisonnable »).

62. Whelan (2014_[34]) argue que dans certaines juridictions (spécialement dans les systèmes de droit de tradition civiliste), la norme applicable aux procédures administratives n'est pas définie par la loi et ajoute que la norme de preuve imposée aux autorités de la concurrence demeure élevée – en pratique – même dans les procédures administratives. Par ailleurs, l'interdiction des ententes en soi / par objet semble alléger la charge de la preuve incombant aux autorités de répression pénale, du moins en ce qui concerne la tâche de prouver des effets anticoncurrentiels sur le marché au-delà de tout doute raisonnable (OCDE, 2019, p. 15_[18]). Il est important de noter qu'une récente requête de *certiorari* a demandé à la Cour suprême des États-Unis si la règle de l'interdiction systématique des ententes (règle de l'interdiction « en soi ») devait s'appliquer aux affaires pénales, et en particulier si elle « viole l'interdiction constitutionnelle d'informer les jurys que certains faits sont présumés établir un élément de l'infraction pénale ». La Cour suprême des États-Unis a rejeté la requête en janvier 2020.⁶⁸

4.5.2. La preuve de l'infraction

63. La preuve directe a la plus haute valeur probante lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un accord d'entente et est souvent recueillie au moyen de perquisitions et à l'occasion de demandes de clémence (OCDE, 2006_[35]). Dans les cas où la preuve de la collusion se fonde sur une preuve indirecte (également appelée « preuve circonstancielle »), telle une communication ou une preuve économique, la norme de

preuve peut ne pas être respectée facilement et peut accroître le coût des poursuites des infractions pénales d'entente.

64. Aux États-Unis, à l'exception de quelques rares affaires anciennes sur le fondement du Sherman Act,⁶⁹ les condamnations pénales se sont essentiellement fondées sur des preuves directes (principalement à la suite des demandes de clémence), étant précisé que la plupart des condamnations ont été prononcées avant jugement, en vertu d'accords de transaction (OCDE, 2006, pp. 39-41_[35]) (voir 4.7.4 ci-dessous). Dans le contexte de la Table ronde de l'OCDE de 2006 sur les *Poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord*, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a noté qu'en règle générale, il ne poursuit qu'à condition qu'il existe une preuve directe d'un accord illicite, et que cela est également important pour éviter des erreurs, par exemple en poursuivant des pratiques qui ne constituent pas une entente (OCDE, 2006, p. 174 and 197_[35]). Au Canada, des condamnations pénales (avec des amendes minimales) fondées uniquement sur des preuves circonstanciées n'ont également été prononcées que dans quelques affaires anciennes.⁷⁰ En 1980, la Cour suprême du Canada a jugé, dans l'affaire *Atlantic Sugar*⁷¹, qu'un accord tacite entre les défendeurs, sans aucune preuve d'une communication entre eux, ne constituait pas une violation de la loi pénale applicable, ce qui a conduit à une modification subséquente de la loi canadienne sur la concurrence en 1986 (OCDE, 2006, pp. 39-41_[35]).

4.5.3. L'intention coupable

65. La pénalisation pose une autre question, qui est celle de savoir s'il faut prouver l'intention coupable et comment la prouver, ce qui accroît le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de l'infraction pénale d'entente.⁷² En effet, l'intention coupable est l'une des caractéristiques distinctives du droit pénal, et, comme le note Wils (2005_[8]), une intention coupable, et non une simple négligence, est généralement requise pour commettre une infraction pénale.

66. Il apparaît que certaines juridictions exigent la preuve rigoureuse de l'élément intentionnel de l'infraction, c'est-à-dire la preuve d'une fraude ou d'une intention frauduleuse (par ex., la France⁷³). L'obligation rigoureuse de prouver cet élément intentionnel peut accroître encore le fardeau de la preuve indispensable pour prononcer des condamnations. C'est pourquoi Viros (2016, pp. 24-27_[31]) a observé, à propos de la France, que les condamnations pénales ont été essentiellement limitées aux soumissions concertées, combinées à d'autres chefs d'accusation.

67. En revanche, d'autres juridictions n'exigent pas rigoureusement la preuve de l'intention coupable⁷⁴ (par ex., le Danemark, l'Estonie, l'Irlande, la Slovénie et le Royaume-Uni. Aux États-Unis, le Sherman Act dispose que « *le fait que l'auteur a connaissance des conséquences prévues [de l'activité de l'entente] constitue une infraction principale suffisante pour conclure à l'existence d'une intention coupable.* »⁷⁵

68. Il convient de mentionner qu'au Royaume-Uni, la section 199 de l'UK Enterprise Act de 2002 imposait initialement qu'il y ait une « malhonnêteté », correspondant (au moins partiellement) à une intention coupable⁷⁶. Cette exigence de « malhonnêteté » a fortement entravé les poursuites pénales de l'Office of Fair Trading (OFT, prédécesseur de la CMA) et des procureurs, car il était particulièrement difficile d'en rapporter la preuve dans le cadre des jugements par jury. L'exigence de prouver la « malhonnêteté » a été ultérieurement levée par l'Enterprise and Regulatory Reform Act (2013), art. 47 (Norton Rose Fulbright, 2016, p. 14_[28]).

69. Enfin, l'utilisation d'algorithmes pourrait à l'avenir faciliter la collusion tacite. Cela pourrait réduire la « nécessité » de se livrer à une pratique délictueuse dans l'état d'esprit requis, c'est-à-dire dans une intention coupable, de telle sorte qu'il serait plus difficile d'appréhender ce phénomène dans un système de répression pénale (Ginsburg et Cheng, 2019, pp. 12-13^[36]).

4.6. Pouvoirs d'enquête et de répression

70. Dans le contexte de la répression pénale, et en fonction de leurs compétences et de leur statut institutionnel, les autorités de la concurrence se livrent à une coopération renforcée avec plusieurs parties prenantes différentes dans leurs propres juridictions, y compris des officiers de police, des autorités anti-corruption, des fonctionnaires responsables des marchés publics, des autorités répressives et des juges.⁷⁷

71. Cette sous-section se concentre sur les pouvoirs d'enquête dont disposent les autorités de la concurrence dans les procédures pénales et sur leur coopération avec les autorités judiciaires (procureurs et tribunaux). Elle ne traite pas en détail des formes de coopération entre les autorités de la concurrence et les responsables des marchés publics. La *Recommandation du Conseil de l'OCDE de 2012 sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics* et les *Lignes directrices de 2009 pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics* fournissent des orientations détaillées à ce sujet.⁷⁸ En outre, la nécessité de s'engager dans des formes de coopération interne entre ces autorités, en particulier au moyen de mécanismes formels de partage de preuves, a été mise en lumière au cours de la Table ronde organisée par l'OCDE en 2010 sur la *Collusion et la corruption dans la passation des marchés publics*⁷⁹ et est traitée de manière très approfondie dans le chapitre sur les relations entre les autorités de la concurrence et les organismes chargés des marchés publics du manuel que le RIC a consacré en 2015 à la lutte contre les ententes (*Anti-Cartel Enforcement Manual*).⁸⁰ La *Procurement Collusion Strike Force* (Force de frappe contre la collusion dans la passation des marchés publics) créée aux États-Unis est un exemple d'amélioration de la coordination et de la coopération entre des autorités qui sont investies de pouvoirs de répression parallèles pour lutter contre les soumissions concertées dans les marchés publics.

Encadré 4. La Procurement Collusion Strike Force aux États-Unis

En novembre 2019, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a annoncé la création de la Procurement Collusion Strike Force (PCSF). La PCSF est un partenariat inter-agences ayant pour mission de combattre la collusion dans la passation des marchés publics aux États-Unis, et est un bon exemple de coopération institutionnelle entre différentes agences gouvernementales. Elle regroupe la division antitrust du ministère fédéral de la Justice, de multiples bureaux de procureurs, le Federal Bureau of Investigation (FBI), et les inspecteurs généraux de multiples agences fédérales. Elle est en outre structurée selon un modèle décentralisé (à l'échelle du district), qui lui permet de cibler son action sur des entreprises et agences gouvernementales spécifiques d'une région donnée.

La PCSF poursuit deux objectifs principaux : a) la dissuasion et la prévention dans le domaine des infractions à la législation sur les ententes et des infractions connexes dans les marchés publics, au moyen d'initiatives de sensibilisation, d'actions de formation, d'assistance en matière de procédures de passation des marchés publics et de coopération à la conduite des enquêtes ; et b) la détection des infractions, les enquêtes et les poursuites

au titre de ces infractions, au moyen d'une meilleure coordination et d'un partenariat entre les différentes autorités chargées des enquêtes et de l'application de la loi.

Source :

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

DoJ (2019), "Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks at the Procurement Collusion Strike Force Press Conference", 5 novembre 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-procurement-collusion-strike>.

DoJ (2019), "Deputy Attorney General Jeffrey A. Rosen Delivers Remarks at the Procurement Collusion Strike Force Press Conference", 5 novembre 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-jeffrey-rosen-delivers-remarks-procurement-collusion-strike-force>.

4.6.1. Outils de détection et pouvoirs d'enquête

72. Le simple fait d'introduire des sanctions pénales pourrait certes être perçu comme augmentant la probabilité de détection et d'action, en raison du temps et des ressources supplémentaires consacrés à poursuivre ces agissements (Beaton-Wells et Parker, 2013^[21]), mais il n'en demeure pas moins que la probabilité réelle de détection (et de répression) demeure un facteur clé pour assurer la dissuasion.⁸¹ En d'autres termes, la mise en place de sanctions (même sévères) peut ne pas suffire, si ces sanctions ne sont pas appliquées.

73. Les lois pénales confèrent généralement de vastes pouvoirs d'enquête aux autorités chargées de l'application de la loi. Wils (2005, p. 12^[8]) note qu'aux États-Unis, le ministère fédéral de la Justice « *peut faire usage d'un arsenal complet de pouvoirs d'enquête pénale* ». Toutefois, les pouvoirs conférés aux autorités de la concurrence en matière d'enquêtes pénales varient beaucoup selon les juridictions et dépendent finalement des compétences attribuées à ces autorités dans le cadre de leur système pénal national. Dans certains cas, l'accès de ces autorités à certains pouvoirs/outils d'enquête peut être subordonné à la « qualification » pénale de l'infraction ou à une peine d'emprisonnement minimum ou maximum en vertu du droit pénal national.

74. Dans la plupart des cas, la pénalisation exigerait un renforcement des pouvoirs des autorités de la concurrence afin qu'elles puissent enquêter sur des infractions pénales. Ces pouvoirs d'enquête renforcés incluent souvent le pouvoir de procéder à des perquisitions et des saisies, de faire des visites domiciliaires, et d'arrêter et d'emprisonner des personnes physiques. À titre d'exemple, la pénalisation introduite en Australie s'est simultanément accompagnée d'un renforcement des pouvoirs d'enquête de la Competition and Consumer Commission (ACCC) australienne en matière de mandats de perquisition, d'écoutes téléphoniques et de surveillance (Samuel, 2009, p. 3^[37]). En Colombie, les fonctionnaires de la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) se sont vu assigner des pouvoirs de police judiciaire par le cabinet du Procureur général afin de soutenir les procureurs enquêtant sur des soumissions concertées (Bacca Medina, 2017, p. 140^[38]). Au Japon, un département enquêtes criminelles a été créé en 2006 au sein du bureau d'enquêtes de la Commission japonaise de la concurrence. Au Royaume-Uni, l'OFT s'est vu attribuer le pouvoir de procéder à une surveillance discrète pour les infractions pénales, au moment où la pénalisation a été introduite.⁸²

75. Ces pouvoirs peuvent différer en fonction du point de savoir si la conduite faisant l'objet de l'enquête peut être qualifiée d'infraction pénale. Par exemple, en réponse à l'enquête de l'OCDE de 2017 sur les *Pouvoirs d'enquête*, trois des six autorités de la concurrence ayant des pouvoirs de mise sur écoute ont précisé qu'elles ne peuvent utiliser cet outil que dans des enquêtes pénales (OCDE, 2019, p. 47^[18]). En d'autres termes, les pouvoirs d'enquête accrus des autorités de la concurrence peuvent être strictement limités

à des enquêtes sur une infraction pénale, tandis que les outils de détection « plus traditionnels », tels des mécanismes de filtrage et l'accès à des bases de données sur les appels d'offres, sont disponibles à la fois dans les enquêtes administratives et pénales. Ces initiatives de filtrage incluent, entre autres, le système coréen d'analyse des indicateurs de soumissions concertées (BRIAS), le système brésilien d'exploration des données (« Projet Cerebro »), le nouvel outil de filtrage britannique mis à la disposition des procureurs, et le service web « Big Digital Cat » en Russie.⁸³

76. Le renforcement des pouvoirs d'enquête va de concert avec la nécessité de se soumettre à des normes de la preuve (plus) élevées. En outre, ces pouvoirs s'accompagnent habituellement de sauvegardes afin de garantir que les droits de la défense et d'autres droits des personnes physiques (par ex., le droit au respect de la vie privée) ne soient pas indûment affectés pendant le cours de l'enquête. À titre d'exemple, le pouvoir de procéder à des visites domiciliaires peut devoir être justifié par des motifs raisonnables et être subordonné à l'approbation préalable d'une autorité judiciaire.⁸⁴

77. Des mécanismes de coopération avec les services de police existent déjà, dans plusieurs juridictions, pour les besoins des perquisitions effectuées dans le contexte des procédures administratives. Dans de nombreuses juridictions, on observe une coopération plus étendue avec les services de police, qui ne se limite pas seulement aux perquisitions. À titre d'exemple, l'Irlande fait en sorte que des fonctionnaires expérimentés du bureau de la répression des fraudes de la Garda soient détachés auprès de l'autorité de la concurrence irlandaise. En Italie, l'autorité de la concurrence italienne (AGCM) et la Guardia di Finanza (c'est-à-dire la police financière) ont conclu un accord pour renforcer leur coopération et réguler l'échange d'informations et de documents.⁸⁵ Aux États-Unis, le ministère de la Justice travaille en étroite collaboration avec le Federal Bureau of Investigation (FBI). Ces mécanismes de coopération peuvent être renforcés dans le contexte d'enquêtes pénales.

78. Enfin, le fait de permettre aux autorités de la concurrence d'avoir accès aux preuves collectées par les ministères publics peut indirectement renforcer le pouvoir des autorités de la concurrence de recueillir des preuves, étant donné que les pouvoirs d'enquête des ministères publics excèdent souvent les moyens que les autorités de la concurrence peuvent employer, telles les écoutes électroniques. C'est déjà le cas dans certaines juridictions administratives. En France, par exemple, l'autorité de la concurrence peut avoir accès au dossier d'enquête pénale.⁸⁶ Dans ces cas, il pourra être nécessaire d'adopter certaines sauvegardes afin que les parties faisant l'objet de l'enquête aient également accès aux preuves ainsi partagées, en particulier lorsque des personnes physiques font l'objet d'enquêtes pénales.⁸⁷

Encadré 5. Accès des autorités de la concurrence aux preuves recueillies par d'autres autorités

UE

Le 27 avril 2017, la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour) a jugé que, dans les affaires d'ententes, la Commission européenne peut se fonder sur des preuves qu'elle obtient d'autorités, autres que les autorités de la concurrence, des États membres de l'UE. En particulier, les requérantes contestaient la recevabilité des preuves que la Commission européenne avait obtenues de la Guardia di Finanza (c'est-à-dire la police financière italienne), recueillies dans le cadre d'une enquête fiscale pénale. Selon la Cour, il n'existe aucune règle générale, en droit de l'UE, « *qui interdirait à la Commission d'utiliser des informations transmises par des autorités nationales, autres que les autorités de concurrence des États membres, au seul motif que ces informations avaient été obtenues à d'autres fins* ».

En outre, la Cour a rejeté l'argument des requérantes selon lequel la Commission européenne aurait violé leurs droits de la défense en ne les informant pas de la transmission de ces preuves avant la communication des griefs.

Pays-Bas

Le 9 juillet 2015, la Cour d'appel néerlandaise (CBB) a infirmé deux jugements du tribunal de district de Rotterdam concernant deux affaires de soumissions concertées entre deux entreprises de construction au Limbourg et des accords de partage de la clientèle entre des entreprises de collecte de déchets dans le port de Rotterdam. La CBB a jugé que l'autorité de la concurrence néerlandaise (ACM) – même si elle n'a pas le droit de procéder à des mises sur écoute – est autorisée à utiliser, dans le cadre de ses procédures administratives, des données issues des écoutes, recueillies par le ministère public dans le contexte d'une enquête pénale.

Source :

Affaire C-469/15 P, *FSL Holdings NV, Firma Léon Van Parys NV, et Pacific Fruit Company Italy SpA* (“*Pacific Fruit Group*”) c. *Commission européenne*, ECLI:EU:C:2017:308, paras 32-50.

(OCDE, 2015^[39])

Briggs, M. (2015), *Dutch competition authority can use prosecutor's wiretaps, court says*, <https://globalcompetitionreview.com/article/1062699/dutch-competition-authority-can-use-prosecutor%E2%80%99s-wiretaps-court-says>

CMS (2015), *Dutch Court of Appeal allows the use of wiretaps by competition watchdog*, https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2015/07/dutch-court-of-appeal-allows-the-use-of-wiretaps-by-competition-watchdog?cc_lang=fr

4.6.2. Modèle institutionnel et coopération avec l'autorité judiciaire

79. La détection des violations pénales du droit de la concurrence et l'enquête sur ces violations ne sont qu'une première étape. Afin de garantir une dissuasion efficace, il faut que ces violations donnent effectivement lieu à des poursuites.

80. La littérature identifie trois modèles institutionnels principaux : a) un modèle d'inspiration judiciaire, dans lequel des autorités répressives spécialisées portent des accusations formelles devant des tribunaux (par ex., les États-Unis) ; b) un modèle d'inspiration administrative, dans lequel des autorités répressives spécialisées portent des accusations formelles devant des juridictions spécialisées (par ex., le Tribunal de la concurrence au Canada) ; et c) un modèle intégrant les deux modèles précités, c'est-à-dire

une autorité spécialisée assumant des fonctions d'enquête, de répression et de jugement (le modèle généralement adopté dans les systèmes administratifs) (Trebilcock et Iacobucci, 2010, pp. 459-464^[40]). En ce qui concerne les enquêtes sur les infractions pénales et les poursuites auxquelles elles donnent lieu, le modèle institutionnel peut prendre différentes formes, qui vont d'une séparation complète des autorités de la concurrence et des ministères publics jusqu'à une interdépendance formelle entre les deux, avec des compétences séparées ou concurrentes (Calliari, 2015^[29]).

81. Les pouvoirs conférés aux autorités de la concurrence et le degré de coopération avec les autorités répressives sont configurés différemment selon les juridictions. Par exemple :

- En Australie, l'ACCC a créé une unité chargée des infractions graves en matière d'ententes, qui collabore étroitement avec le Service du Directeur des poursuites publiques du Canada (CDPP). Le CDPP est indépendant de l'ACCC et examine l'opportunité d'engager des poursuites sur la base de la politique canadienne en matière de poursuites pénales (OCDE, 2018, pp. 15-17^[41]).⁸⁸
- Au Brésil, les procureurs au niveau fédéral et étatique coopèrent avec l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE) pour poursuivre les infractions à la législation sur les ententes, dans le cadre du système brésilien de politique de concurrence, qui est un cadre de coopération institutionnalisé (OCDE, 2019^[42]).
- En Colombie, la SIC et le Bureau du Procureur Général ont conclu un accord interadministratif afin de renforcer des initiatives conjointes de lutte contre les soumissions concertées.⁸⁹
- Au Danemark, le Conseil danois de la concurrence transmet des affaires au Procureur spécial chargé de la criminalité économique et internationale de grande ampleur (SEIC). En 2018, neuf affaires ont été transmises directement au SEIC pour enquête pénale (OCDE, 2019, p. 3^[43]).
- En Grèce, la Commission grecque de la concurrence est tenue de signaler les infractions au droit de la concurrence au ministère public, au plus tard dans les dix jours suivant le prononcé d'une décision constatant cette infraction.⁹⁰
- En Irlande, à la suite d'enquêtes diligentées par l'autorité irlandaise de la concurrence, des poursuites pénales sont engagées par les services du Director of Public Prosecutions (DPP).
- En Israël, l'Autorité antitrust israélienne (IAA) a le pouvoir de poursuivre les infractions pénales (OCDE, 2018^[44]).
- En Italie, l'autorité italienne de la concurrence (AGCM) a signé, en janvier 2018, deux protocoles d'accord avec les procureurs de Milan et de Rome. Ces protocoles établissent un cadre opérationnel pour l'échange d'informations relevant de la sphère de responsabilité respective de leurs signataires. En particulier, l'AGCM s'est obligée à transmettre sans délai aux procureurs les informations et documents demandés par ceux-ci, dans tous les cas d'infractions pénales, et les protocoles prévoient que des enquêtes pénales puissent être lancées parallèlement à la procédure administrative.⁹¹
- Au Japon, la JFTC peut déposer des actes d'accusation auprès du procureur général.

- En Corée, l'autorité coréenne de la concurrence (Korean Fair Trade Commission – KFTC) peut déposer des plaintes auprès du Bureau des Procureurs (PO).
- Au Royaume-Uni, la CMA – qui détient une compétence concurrente en matière d'infractions pénales – a conclu deux protocoles d'accord avec le Serious Fraud Office (SFO), qui exerce une compétence concurrente pour poursuivre les infractions pénales d'entente en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord), le Crown Office et le Procurator Fiscal Service (COPFS, qui peut diligenter des enquêtes et des poursuites au titre des infractions pénales d'entente en Écosse), qui fixent la base sur laquelle les autorités coopèrent.⁹²

82. Certains auteurs soutiennent (Barnett, 2006_[6]) que le fait de confier aux autorités de la concurrence la charge d'enquêter sur les infractions pénales d'entente et de les poursuivre – y compris conjointement avec d'autres infractions connexes, comme aux États-Unis – peut garantir que ces affaires soient priorisées et reçoivent une attention suffisante.⁹³ Dans certaines juridictions, toutefois, des restrictions constitutionnelles ou autres du système juridique empêchent des autorités administratives, comme les autorités de la concurrence, d'exercer des pouvoirs de répression pénale. Dans ces juridictions, même si les poursuites pénales sont confiées à des entités spécifiques comme les ministères publics, la coopération des autorités de la concurrence avec les ministères publics (avec des moyens et à des degrés d'implication différents) est largement répandue : dans certaines juridictions (par ex. en France) l'autorité investie de pouvoirs d'enquête pénale peut demander formellement l'assistance de l'autorité de la concurrence dans l'enquête pénale. En outre, charger les autorités de la concurrence d'enquêter sur les infractions pénales d'entente et de les poursuivre exige souvent de leur conférer plus de pouvoirs et davantage de ressources (par ex., afin de leur garantir une large présence dans leur propre juridiction). Simultanément, les autorités de la concurrence peuvent ne pas être techniquement préparées à exercer des fonctions de poursuite devant les juridictions pénales.

83. Dans les nombreuses juridictions où les autorités chargées des poursuites sont chargées de poursuivre les infractions pénales d'entente, ces autorités sont décentralisées et ne sont pas spécialisées. Elles peuvent ne pas avoir l'expertise suffisante ou le désir particulier de poursuivre des infractions pénales d'entente. Cela peut entraîner une insuffisance de répression, particulièrement dans des juridictions où la faculté de poursuivre est discrétionnaire. Cela étant dit, plusieurs mécanismes permettent d'atténuer ces risques. En premier lieu, la création d'un service centralisé de procureurs chargés des affaires antitrust peut traiter ces problèmes (Wagner-von Papp, 2016, pp. 20-21_[45]). En second lieu, la participation d'une autorité de la concurrence au procès pénal peut réduire le risque lié à un degré insuffisant d'expertise des autorités chargées des poursuites, et pourrait également permettre de protéger l'efficacité de son programme de clémence (voir 4.7 ci-dessous). En pratique, certains auteurs ont noté (Wagner-von Papp, 2016_[45]) – en ce qui concerne la France et l'Allemagne – que les autorités de la concurrence ont « *très peu participé* » aux poursuites concrètes par comparaison – par exemple – avec les enquêtes et les poursuites pour infractions fiscales en Allemagne, où les autorités fiscales et les ministères publics détiennent une compétence concurrente et où, même lorsque les ministères publics prennent la direction des poursuites, les autorités fiscales ont des droits d'information et de participation. En troisième lieu, l'intérêt/l'incitation limité(e) des autorités chargées des poursuites à poursuivre les infractions pénales d'entente peut être partiellement mitigé par le fait que ces infractions – par exemple, les affaires de soumissions concertées – peuvent souvent s'accompagner d'autres chefs d'accusation, notamment le blanchiment de capitaux, des déclarations fausses et la fraude.⁹⁴

Encadré 6. L'affaire « Car Wash » au Brésil

L'affaire « Car Wash » (« Lava-Jato » en portugais) regroupe un ensemble d'enquêtes qui ont commencé en 2013. Ces enquêtes ont été ouvertes pour soumissions concertées, corruption et blanchiment de capitaux, et visent des opérateurs financiers, des hommes politiques et des dirigeants de sociétés opérant dans l'industrie de l'énergie (Petrobras) et du bâtiment.

L'enquête initiale a été ouverte pour blanchiment de capitaux et soupçons de plans de corruption, mais suggérait également que plusieurs entreprises de bâtiment fixaient les prix et se partageaient les marchés dans le cadre de plusieurs marchés publics. C'est ce qui a conduit la CADE à intervenir. Les enquêtes ont été menées par la CADE, le ministère public et le bureau du contrôleur général.

Cette enquête a révélé la nécessité d'améliorer la coopération entre les différents services enquêteurs. À cet effet, une nouvelle loi anticorruption (loi no. 12.846 de 2013) et une nouvelle loi contre le crime organisé (loi no. 12.850 de 2013) ont été adoptées en 2013. Ces deux lois ont introduit ou amélioré les programmes de clémence, largement inspirés par le programme de clémence de la CADE. En conséquence, la nouvelle loi sur le crime organisé a conduit les services du procureur général fédéral à faire très largement usage de programmes de clémence dans l'affaire Car Wash. L'existence de multiples programmes de clémence accroît la nécessité d'une coopération entre les autorités de la concurrence et d'autres autorités d'enquête.

Source : (Burnier Da Silveira et Oliveira Fernandes, 2019^[46])

84. Les tribunaux ou les jurys sont une autre partie prenante clé dans le volet judiciaire. En effet, ainsi qu'il a été noté au paragraphe 4.3, la répression pénale exige de séparer les fonctions d'enquête/de poursuites et les fonctions de jugement. Dans de nombreuses juridictions, les infractions pénales d'entente sont jugées par des magistrats non spécialisés, généralement par les juridictions pénales de droit commun. En conséquence, les autorités poursuivantes peuvent avoir des difficultés à présenter des dossiers impliquant une conduite intervenant dans des marchés complexes, et un tribunal non spécialisé ou un jury de profanes peut ne pas être très désireux d'avoir à juger des infractions économiques complexes (qui ne se limitent pas aux infractions d'entente). Ce risque semble toutefois plus faible si la pénalisation s'applique uniquement aux ententes injustifiables, comme cela est le cas aux États-Unis, où ces infractions peuvent finalement être jugées par un jury de profanes.

85. Afin d'aider les juges non spécialisés, les règles procédurales peuvent permettre aux tribunaux de demander un avis sur une affaire spécifique à l'autorité de la concurrence⁹⁵ ou permettre à une autorité de la concurrence d'intervenir en qualité d'*amicus curiae* (c'est-à-dire un tiers autorisé par le tribunal à le conseiller sur un point de droit qui concerne directement l'affaire en question). Il convient de noter que cet instrument peut ne pas être disponible dans les juridictions où l'autorité de la concurrence est compétente pour poursuivre les infractions pénales.

86. Enfin, le fait que la loi fixe des peines maximums élevées peut ne pas être suffisant pour guider les juges ou les jurys dans leurs décisions. Des lignes directrices sur l'application des sanctions peuvent être un instrument utile pour fournir une méthodologie. Toutefois, cet instrument n'est pas disponible dans toutes les juridictions et, dans certaines juridictions, des lignes directrices (ayant un caractère obligatoire) peuvent être

inacceptables étant donné qu'elles ont un impact sur l'indépendance du judiciaire. Aux États-Unis, le ministère fédéral de la Justice a publié des lignes directrices fédérales sur l'application des peines (U.S.S.G.) en 1987 (qui ont été ultérieurement révisées), mais les tribunaux peuvent s'écarter de ces lignes directrices, comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Booker*.⁹⁶

4.7. Pénalisation, clémence et autres formes de coopération

87. Cette sous-section se concentre sur les programmes de clémence et les accords de négociation de peine, tandis que d'autres formes d'« incitations » encourageant les entreprises à adopter un comportement éthique et les personnes physiques à signaler des ententes sont brièvement décrites dans les deux encadrés ci-dessous.

Encadré 7. Programmes de conformité des entreprises

La controverse demeure sur la question de savoir si l'adoption de programmes de conformité par les entreprises doit être un facteur pertinent pour l'octroi d'une immunité ou une réduction des peines, que l'autorité chargée de l'application de la loi soit administrative ou pénale.⁹⁷ Même si certaines autorités de la concurrence et certains tribunaux reconnaissent que des programmes de conformité d'entreprises peuvent être pris en compte dans la répression des ententes, l'effet de ces programmes sur les sanctions diffère d'une juridiction à l'autre. Cela étant dit, il ne semble pas qu'une juridiction ait jamais jugé que l'existence d'un programme de conformité devait conduire à accorder une immunité permettant d'échapper à des sanctions antitrust.

En 2019, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a introduit une nouvelle approche des programmes de conformité antitrust, qui incite les entreprises à adopter un comportement éthique et les récompense à ce titre, et il a publié un guide indiquant les éléments pris en considération par le ministère lors de l'évaluation des programmes de conformité dans le cadre d'enquêtes pénales. Selon cette approche, la simple existence de programmes de conformité ne constitue pas une circonstance atténuante et les programmes doivent être évalués. En substance, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis évaluera désormais les efforts en place à la date de la conduite alléguée, à la fois pendant la phase d'incrimination et pendant la phase de condamnation. En ce qui concerne la phase d'incrimination, le manuel du ministère de la Justice a été modifié afin de permettre aux procureurs, sous réserve d'évaluation du programme de conformité en cause, de conclure un accord de suspension des poursuites (Deferred Prosecution Agreement (DPA)).⁹⁸ En ce qui concerne la phase de condamnation, les lignes directrices sur l'application des peines prévoient qu'un programme de conformité « efficace » qui satisfait aux critères d'évaluation peut a) entraîner une réduction du degré de culpabilité du défendeur ; b) être un élément pertinent pour chiffrer l'amende infligée à l'entreprise ; et c) être un élément pertinent pour la recommandation d'une peine avec sursis par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis.

Source :

(Wils, 2013^[3]); (Geradin, 2013^[47])

(Delrahim, 2019^[48])

DoJ (2019), Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations (July 2019), <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.

Encadré 8. Les systèmes de lanceurs d’alerte

Au cours de la dernière décennie, plusieurs pays ont adopté des systèmes de lanceurs d’alerte, qui permettent à des informateurs extérieurs de se manifester de façon anonyme, en dehors du cadre des demandes de clémence. Ces systèmes ne sont pas limités aux infractions pénales.

Les juridictions qui se sont dotées de systèmes de lanceurs d’alerte incluent le Canada, l’UE, la Hongrie, la Corée, la Roumanie, l’Espagne et le Royaume-Uni. Aux États-Unis, bien qu’il n’existe pas de système de lanceurs d’alerte applicable aux infractions pénales d’entente, il convient de noter que des actions de lanceurs d’alerte ont eu lieu en vertu du False Claim Act (FCA), qui prévoit des récompenses, en relation avec des affaires de soumissions concertées impliquant des marchés de fourniture de bases militaires américaines en Corée, ainsi que des marchés de l’USAID portant sur des infrastructures en Égypte. Certains de ces systèmes prévoient également des récompenses (par ex., la Corée, la Hongrie et le Royaume-Uni). Les récompenses (également appelées « primes ») accordées aux lanceurs d’alerte peuvent être un outil efficace pour réduire les coûts de détection des ententes, ainsi que pour améliorer la dissuasion. Les primes attribuées dans les affaires d’entente pourraient être payées à la fois à des entreprises et à des personnes physiques.

Selon Whelan (2014, pp. 134-136^[34]), deux avantages s’attachent au paiement de primes dans le contexte de la pénalisation : a) l’autorité exerçant des fonctions de jugement (c’est-à-dire un magistrat ou un jury) peut considérer que l’utilisation de chasseurs de primes peut être un « mal acceptable », si la conduite anticoncurrentielle en cause est jugée moralement répréhensible ; et b) le risque d’encourir une responsabilité pénale (y compris une peine d’emprisonnement) devrait empêcher les entreprises participant à des ententes concernant différents marchés de recourir au lancement d’alerte (et, ce faisant, d’obtenir des primes) tour à tour pour chaque entente. Toutefois, les juridictions peuvent se heurter à une opposition culturelle, si les ententes ne sont pas perçues comme des infractions graves. En dépit de ces avantages, les primes devraient être employées avec prudence. Les autorités de la concurrence devraient veiller à ce que les preuves collectées de cette manière soient corroborées par d’autres sources. En outre, des sanctions devraient être mises en place pour dissuader les chasseurs de primes de soumettre des informations fausses et trompeuses.

Source :

(OCDE, 2019, p. 33^[18] ; OCDE, 2013, p. 1^[49])
 GVH, “Regular questions about the cartel informant reward”,
https://www.gvh.hu/en/other/6429_en_regular_questions_about_the_cartel_informant_reward.html.
 (Himes et Perez, 2019, p. 7^[50] ; Zimmer, 2016, p. 32^[51])

4.7.1. L’interaction entre pénalisation et clémence

88. Les programmes de clémence (ou d’amnistie) offrent aux membres d’une entente (entreprises et, dans certains cas, personnes physiques) la possibilité de signaler spontanément leur conduite et de communiquer des preuves sur l’entente, en contrepartie d’une immunité totale à l’égard des sanctions que des autorités de la concurrence leur auraient autrement infligées ou, dans certaines juridictions, d’une réduction de leur montant. Ils sont largement employés comme des méthodes permettant d’accroître la dissuasion et visent à percer le caractère secret intrinsèque de l’entente, que ce soit dans le cadre d’une procédure pénale ou administrative.⁹⁹ En outre, les programmes de clémence ne peuvent fonctionner qu’à condition que les entreprises et les personnes physiques

perçoivent le risque que les autorités de la concurrence détectent et constatent une infraction au droit de la concurrence sans recourir à un programme de clémence. Comme l'OCDE l'a fait observer (2019, p. 27^[18]), « *les discussions sur la clémence ont toujours reconnu que les politiques de clémence n'opèrent pas dans le vide et doivent évaluer leur interaction avec la responsabilité pénale, les procédures de règlement transactionnel et les procédures de résiliation anticipée ... ainsi que les actions privées en dommages-intérêts* ». En conséquence, il est essentiel d'évaluer la relation entre la pénalisation et la clémence. Il existe un débat ouvert sur ce point, qui concerne principalement la question de savoir si la pénalisation tend à entraver ou à améliorer l'efficacité de la clémence, et, en particulier, les programmes de clémence dans les procédures administratives.

89. D'une part, certains commentateurs soutiennent que « *les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent accroître l'efficacité des programmes de clémence, étant donné qu'elles incitent fortement à révéler des informations concernant les ententes en place et à coopérer avec les enquêteurs* » (OCDE, 2005, p. 26^[2]). Par exemple, Hammond (2010^[52]) a observé que la pénalisation avait provoqué une augmentation du nombre de demandes d'immunité présentées par des entreprises aux États-Unis. De la même manière, le Brésil semble avoir enregistré un nombre accru de demandes de clémence, à la suite de la pénalisation de son régime (Whelan, 2014, p. 137^[34]). Cela peut refléter le conflit inhérent à l'opposition entre les intérêts des entreprises et ceux des personnes physiques, les entreprises essayant d'anticiper les demandes de clémence de leurs employés, dans la crainte de sanctions pénales. Cela étant, les preuves empiriques soutenant l'opinion que les sanctions pénales augmentent le nombre de demandes de clémence demeurent limitées (Beaton-Wells, 2016, p. 6^[23]).

90. D'autre part, d'autres commentateurs considèrent que, même en l'absence de toute responsabilité individuelle pour infractions d'entente, les systèmes d'application du droit de la concurrence peuvent mettre en place les bonnes incitations encourageant des personnes physiques à « lancer l'alerte » et à coopérer avec les autorités de la concurrence, tandis que la pénalisation – au contraire – peut intensifier les efforts visant à dissimuler cette conduite en raison des risques plus élevés que les personnes physiques peuvent courir, y compris le risque d'incarcération (Whelan, 2014^[34]). En particulier, ils soutiennent que l'introduction de la pénalisation peut avoir un effet dissuasif sur des demandes de clémence dans les procédures administratives. Dans le contexte du débat sur l'impact des sanctions pénales sur les politiques de clémence administrative dans l'UE, Whelan (2014^[34]) a observé que des impacts négatifs potentiels pourraient résulter des situations suivantes : a) des entreprises faisant une demande de clémence dans la crainte des conséquences pénales potentielles pour leurs employés, même dans d'autres pays ; b) des personnes physiques faisant une demande de clémence administrative (pour le compte des entreprises) dans la crainte d'être exposées à des sanctions pénales ; et c) des employés exposés à des sanctions pénales ne voulant pas coopérer avec leurs entreprises pour collecter et soumettre les informations nécessaires à l'appui des demandes de clémence administrative.

91. Nonobstant ces vues opposées, on ne peut pas ignorer que la coexistence de la pénalisation et de programmes de clémence administrative exige des ajustements, afin de fournir les bonnes incitations aux personnes physiques et de protéger leurs droits. En effet, les politiques de clémence qui ne sont pas alignées sur des procédures pénales parallèles possibles pourraient manquer d'efficacité (OCDE, 2019, p. 27^[18]).

92. La répression pénale multi-juridictionnelle – ou, plus précisément, une harmonisation insuffisante des conséquences pénales pour les personnes physiques – semble également avoir un impact sur les programmes de clémence, en réduisant, dans le

contexte d'ententes internationales, les incitations à solliciter une immunité administrative dans une juridiction si la même conduite peut donner lieu à des poursuites pénales dans une autre juridiction (OCDE, 2019, p. 32^[18]). Par exemple, Ginsburg et Cheng (2019^[36]) notent que « *ironiquement ... la prolifération globale de sanctions pénales et de politiques de clémence peut avoir réduit l'incitation nette à signaler l'existence d'ententes* ». En outre, selon Klawiter (2019^[53]), les coûts accrus encourus pour obtenir une mesure de clémence dans de multiples juridictions (ainsi que la prolifération d'actions en dommages-intérêts) ont contribué au récent déclin de la répression pénale aux États-Unis.¹⁰⁰ En d'autres termes, en raison des sanctions pénales qu'ils encourrent dans certaines juridictions, les entreprises et leurs employés pourraient décider de ne faire aucune demande de clémence, et pourraient être réticents à coopérer, même dans des pays où il n'existe pas de sanctions pénales (OCDE, 2018, p. 11^[54]).

93. Ces risques pour les demandeurs de clémence sont encore accrus si une affaire concerne des juridictions où la décision de poursuivre pénalement ne relève pas de la compétence des autorités de la concurrence (voir 4.6.2 ci-dessus). Comme le note Beaton-Wells (2016, p. 9^[23]) « *[c]e scénario ne peut pas être exclu au motif qu'il serait entièrement théorique, étant donné que le droit international ne reconnaît pas le principe de la double peine ou le principe ne bis in idem et qu'il n'est pas clair qu'en pareil cas, les autorités devraient prendre ou prendraient en compte le fait qu'une personne physique est poursuivie dans une autre juridiction, pour décider de poursuivre ou pour déterminer la sanction* ». ¹⁰¹ Les accords de négociation de peine suscitent des préoccupations similaires (voir le paragraphe 4.7.4 ci-dessous).

4.7.2. L'immunité pénale

94. Afin d'éviter l'impact négatif potentiel de la pénalisation sur les programmes de clémence administrative, plusieurs pays (par exemple, l'Australie, le Canada, le Chili, l'Irlande, le Mexique, le Royaume-Uni et les États-Unis) accordent une immunité pénale à la ou aux premières personnes physiques qui signalent une conduite illégale, reconnaissent leur culpabilité et coopèrent avec les autorités de la concurrence.¹⁰²

95. Si un système d'immunité pénale était mis en place, les personnes physiques coopéreraient fortement et collaboreraient afin de réunir des preuves au sein de leurs entreprises afin d'obtenir cette immunité (Whelan, 2014, pp. 136-137^[34]). En d'autres termes, ce « double effet » (administratif et pénal) des systèmes de clémence semble propre à renforcer la coopération des personnes physiques participant à l'entente. À cet égard, la « Directive ECN+ » de l'UE dispose à propos des personnes physiques qui sollicitent la clémence qu'il convient en principe « *[...] de protéger ces personnes contre les sanctions portant sur leur participation à l'entente secrète faisant l'objet de la demande, infligées par les autorités publiques dans le cadre de procédures pénales, administratives et judiciaires autres que pénales, conformément aux dispositions de droit national qui poursuivent principalement les mêmes objectifs que l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment les dispositions nationales relatives à la manipulation des procédures d'appel d'offres* ». ¹⁰³ En ce qui concerne en particulier les procédures pénales, la Directive ECN+ dispose que les États membres « *veillent à ce que les actuels et anciens directeurs, gérants et autres membres du personnel des entreprises sollicitant une immunité d'amendes auprès des autorités de concurrence soient protégés contre les sanctions infligées dans le cadre de procédures pénales* », sous réserve de certaines conditions et de leur coopération active avec l'autorité compétente chargée des poursuites.¹⁰⁴

96. La transparence et la prévisibilité sont deux autres caractéristiques clés d'un programme de clémence qui fonctionne bien. Dans le contexte de la pénalisation, cela se traduit par la sécurité juridique autour de l'immunité pénale pour les personnes physiques qui sollicitent cette immunité. Pour garantir cette sécurité *ex ante* de l'immunité pénale, il semble finalement indispensable que les autorités de la concurrence soient chargées des poursuites pénales, comme cela est le cas aux États-Unis, ou du moins qu'il existe une compétence concurrente entre l'autorité de la concurrence et le ministère public, comme cela est le cas au Royaume-Uni. Comme l'affirme la Directive ECN+ de l'UE, « [l']insécurité juridique autour de la question de savoir si les actuels et anciens directeurs, gérants et autres membres du personnel des entreprises sollicitant l'immunité sont à l'abri de sanctions individuelles, telles que des amendes, la déchéance ou l'emprisonnement, pourrait empêcher les entreprises qui le souhaitent de solliciter la clémence ». ¹⁰⁵ En conséquence, le pouvoir discrétionnaire d'appréciation peut ne pas être suffisant pour fournir aux personnes physiques – qui ont généralement accès aux informations nécessaires pour qu'une demande de clémence soit approuvée – les incitations propres à les encourager à déclarer des ententes et à coopérer avec leurs entreprises. ¹⁰⁶ En effet, à titre d'exemple, l'autorité russe de la concurrence (FAS) a noté en 2018 qu'étant donné que les autorités chargées de l'application de la loi sont compétentes pour accorder une immunité pénale, elle ne peut pas accorder cette immunité aux premiers demandeurs de clémence, ce qui peut décourager les demandeurs de clémence (OCDE, 2018, pp. 5-6_[55]).

97. Enfin, les lois pénales peuvent également contenir des dispositions générales en matière de clémence, qui sont applicables aux personnes physiques aidant à découvrir des crimes et délits et pourraient s'appliquer à des infractions d'entente. Toutefois, leur application peut être limitée à certains délits spécifiques ou à des délits pour lesquels la loi prévoit des peines spécifiques (par ex., une peine minimum d'emprisonnement).

Qui a le pouvoir d'accorder l'immunité pénale ?

98. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, les critères fixés pour bénéficier de l'immunité pénale doivent être clairs et transparents pour que les incitations à solliciter cette immunité soient appropriées. Le point central est que cette immunité doit être garantie. La coordination d'un programme de clémence et des sanctions pénales (ainsi que de l'immunité) soulève plus de difficultés dans les juridictions où les poursuites pénales relèvent de la responsabilité d'une autre autorité, qui n'est pas liée techniquement par les décisions et les politiques de l'autorité de la concurrence. Dans ces cas, l'autorité de la concurrence pourrait ne pas être en mesure de garantir l'immunité vis-à-vis des poursuites (OCDE, 2003, p. 19_[14]). En outre, la législation pénale de certaines juridictions peut même ne pas permettre à des personnes physiques d'obtenir une immunité, au motif que cette immunité serait contraire au principe de la mise en mouvement impérative de l'action publique (bien qu'il existe des exceptions à ce principe), et qu'il appartient au juge, en dernier ressort, de décider de l'opportunité d'infliger des sanctions. Il convient de noter que, dans la perspective des incitations, les personnes physiques pourraient s'abstenir de signaler leur propre conduite, quand bien même il n'en découlerait qu'une mise en examen (avec ses conséquences en termes de réputation) sans aucune sanction finale. Il semble donc que la solution la plus efficace, bien que cela ne soit pas toujours faisable, consiste à accorder une immunité vis-à-vis des poursuites plutôt que vis-à-vis des sanctions pénales.

99. L'autorité qui a le pouvoir d'accorder une immunité pénale est différente d'un pays à l'autre, et ces différences portent en particulier sur les points suivants : a) ce pouvoir est exclusivement conféré à l'autorité de la concurrence ; b) l'exercice de ce pouvoir exige une

(négociation et une) approbation conjointe de l'autorité de la concurrence et du procureur ; ou c) le procureur décide de manière indépendante. Les procédures varient également. Par exemple :

- Au Canada, le Bureau de la concurrence peut seulement recommander au Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) d'examiner la possibilité d'accorder une immunité à des demandeurs de clémence ou de faire preuve de clémence dans les sanctions (OCDE, 2018, p. 3_[56]).¹⁰⁷
- Au Chili, les premiers demandeurs de clémence sont exonérés de toute responsabilité pénale. À cet effet, les personnes physiques concernées sont identifiées dans la « plainte » de l'autorité de la concurrence (FNE) puis déclarées par le tribunal de la concurrence. Leur immunité pénale est subordonnée à la condition que ces personnes physiques soumettent au ministère public et au tribunal pénal compétent les mêmes informations que celles qu'elles ont antérieurement fournies à la FNE, et témoignent au cours du procès pénal correspondant (OCDE, 2018, pp. 3-4_[57]).
- En Afrique du Sud, la politique de clémence à l'égard des entreprises ne prévoit pas d'accorder une immunité pénale à des personnes physiques, et la Competition Commission peut seulement demander au ministère public (National Prosecuting Authority) de faire preuve de clémence à l'égard des personnes physiques qui pourraient autrement être passibles de poursuites pénales (Morphet et Hlatshwayo, 2017, p. 38_[32]).

100. Lorsque le pouvoir d'accorder une immunité pénale n'est pas exclusivement attribué à l'autorité de la concurrence, il est particulièrement important de faire participer les autorités poursuivantes à un stade précoce. Par exemple, dans l'examen par les pairs de la Roumanie en 2014, l'OCDE a recommandé « *une coordination plus étroite et plus systématique avec les procureurs* », et « *des efforts [supplémentaires] pour coordonner les programmes de clémence et d'immunité* » (OCDE, 2014, p. 92_[58]).

101. Dans le cas où elle confère ce pouvoir aux autorités de la concurrence, la loi peut néanmoins exiger qu'elles coopèrent avec les autorités chargées des poursuites. Au Brésil, par exemple, où elle s'est vu consentir le pouvoir d'accorder l'immunité pénale,¹⁰⁸ la CADE a traditionnellement fait en sorte que les procureurs cosignent les accords de clémence (OCDE, 2018, p. 4_[33]).¹⁰⁹ Calliari (2015_[29]) a observé que ce mécanisme a fonctionné, mais qu'il repose sur un « *équilibre délicat* », qui dépend « *de la bonne volonté des procureurs* » ; il a donc proposé de mettre en place un système garantissant que les personnes physiques puissent conclure des accords transactionnels parallèles mais simultanés à la fois avec la CADE et avec les procureurs. Au Brésil, cette coordination est également rendue nécessaire par l'existence de multiples systèmes de clémence, mis en place par des autorités différentes comme les services du ministère public fédéral et le contrôleur général, qui ont le pouvoir d'accorder une immunité selon leurs propres procédures et avec différents effets. Certains auteurs (Burnier Da Silveira et Oliveira Fernandes, 2019, pp. 146-147_[46]) ont fait remarquer que, dans ce cadre, « *l'absence de formes coordonnées de clémence peut réduire les incitations à collaborer avec les autorités* ».

Qui peut bénéficier de l'immunité pénale ?

102. Il subsiste plusieurs questions en suspens à propos de la manière de concevoir ce système d'immunité à « double effet ». Par exemple, celle de savoir si l'immunité accordée

à une entreprise doit s'étendre à tous ses directeurs et employés coopérant et si les anciens directeurs, gérants et employés peuvent également bénéficier de l'immunité s'ils coopèrent à l'enquête.¹¹⁰ D'autres questions concernent les effets croisés des demandes de clémence sur les entreprises et les personnes physiques. Les questions en suspens portent également, par exemple, sur le point de savoir si l'immunité accordée à une entreprise doit exclure qu'une immunité soit accordée à des personnes physiques de la même entreprise qui solliciteraient ultérieurement une immunité (pénale), ou si l'immunité pénale accordée à des personnes physiques doit entraîner l'octroi d'une immunité administrative au profit de leur entreprise.

103. En outre, Whelan (2014^[34]) note qu'afin d'obtenir le bénéfice de l'immunité pénale dans le contexte d'un conflit entre des entreprises et des personnes physiques, les personnes physiques doivent avoir la possibilité de solliciter cette immunité sans avoir à coopérer à la demande d'immunité administrative de l'entreprise.

4.7.3. *Autres implications de l'immunité pénale*

104. Plusieurs autres questions peuvent devoir être examinées par les juridictions qui adoptent un système de pénalisation assorti du droit d'accorder une immunité pénale. Elles sont brièvement évoquées ci-dessous.

105. En premier lieu, il convient de se positionner stratégiquement sur la chronologie des enquêtes pénales et administratives, qui – ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus – sont souvent menées en parallèle.

106. En second lieu, l'étendue de la protection accordée à des personnes physiques auxquelles une immunité a été octroyée est un facteur important qui a un impact sur l'efficacité du système de clémence. Elle a également des implications sur la possibilité d'utiliser des preuves afin d'établir d'autres infractions. En effet, ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, les mises en accusation pour ententes sont souvent combinées avec d'autres chefs d'accusation pour des infractions pénales comme le paiement de pots-de-vin, la corruption ou les fraudes en matière de marchés publics.¹¹¹ Toutefois, l'immunité accordée au titre de délits d'entente peut ne pas toujours s'étendre à d'autres infractions. Au Brésil, par exemple, la loi étend la protection de la clémence à l'infraction d'entente, aux soumissions concertées et à « *d'autres infractions directement liées à l'infraction d'entente* » (OCDE, 2018^[33]).¹¹² Il n'existe cependant aucun consensus sur ce que recouvre l'expression « *infractions... liées* ». ¹¹³ Afin de garantir plus de sécurité juridique, les accords de clémence signés dans l'affaire « Car Wash » ont stipulé explicitement que les bénéfices de l'accord, y compris l'immunité pénale, ne s'appliquaient pas aux infractions de corruption et de blanchiment de capitaux (Burnier Da Silveira et Oliveira Fernandes, 2019, p. 147^[46]).

107. En troisième lieu, les règles de divulgation dans le contexte de procès pénaux peuvent exiger un degré plus élevé de transparence. Elles pourraient donc avoir des conséquences sur la nature confidentielle des demandes de clémence, qui garantit dans de nombreuses juridictions l'intégrité des programmes de clémence. Aux États-Unis, une confidentialité rigoureuse est assurée au moyen d'accords de négociation de peine (voir 4.7.4 ci-dessous) qui évitent une divulgation complète au tribunal, bien que les demandeurs de clémence puissent devoir procéder à une divulgation plus étendue dans un procès intenté contre les membres d'une entente. Dans les juridictions où des accords de négociation de peine ne sont pas disponibles ou ne sont pas largement adoptés, il est plus difficile de protéger la confidentialité des demandes de clémence. Le respect de la confidentialité peut également être problématique dans les cas où des procureurs demandent à avoir accès aux demandes de clémence, comme cela est observé, par exemple, au Chili (OCDE, 2018,

p. 6_[57]). De plus, les règles de transparence applicables au procès pénal peuvent décourager davantage la présentation de demandes de clémence, en facilitant les actions de suivi en dommages et intérêts. Afin de réduire le risque encouru par les demandeurs de clémence, les États-Unis ont limité leur exposition à des actions civiles en dommages-intérêts à la réparation du seul préjudice effectivement subi, en excluant la possibilité pour des demandeurs au civil d'obtenir le triplement des dommages-intérêts et la reconnaissance d'une responsabilité conjointe et solidaire au titre des préjudices causés par l'entente dans son ensemble, sous réserve que les demandeurs de clémence coopèrent avec les demandeurs au civil dans leurs actions en dommages et intérêts contre les membres restants de l'entente.¹¹⁴ Cette disposition doit venir à expiration en juin 2020 en raison d'une disposition législative limitant sa durée d'application.

108. Enfin, les personnes ayant bénéficié d'une immunité pénale peuvent être moins incitées, en pratique, à coopérer en tant que témoins dans le cadre d'un procès (Whelan, 2014_[34]), si leur témoignage est exigé en vertu des règles de procédure et si leur obligation de coopérer ne s'étend pas à une procédure pénale (séparée). Même si elles coopèrent à la procédure judiciaire, il se peut que les juges et les jurys ne voient pas leur témoignage d'un œil favorable. La résistance du jury au témoignage des personnes ayant bénéficié d'une mesure de clémence peut être particulièrement problématique dans un procès impliquant une entente bipartite. C'est ce qui a été observé dans l'échec des poursuites engagées au Royaume-Uni contre des cadres de British Airways impliqués dans l'entente sur le fret aérien. Dans cette affaire, Virgin Atlantic avait obtenu une immunité et ses employés avaient reçu des lettres de non-lieu (« no action letters ») de l'OFT. Il a été noté (Beaton-Wells, 2016, p. 11_[23]) que « [c]ela signifie que la moitié seulement de ces responsables a fait l'objet de poursuites et de sanctions pénales, tandis que l'autre moitié a non seulement échappé à ces répercussions, mais également continué à travailler dans l'industrie ».

4.7.4. Accords de négociation de peine

109. L'expérience des États-Unis montre que les accords de négociation de peine (également appelés « transactions judiciaires ») sont un autre outil souvent utilisé dans les systèmes de répression pénale.

110. Bien qu'il n'existe aucune définition communément admise des accords de négociation de peine, ces procédures permettent généralement aux autorités de la concurrence et aux entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles de convenir d'un certain nombre de conclusions, sur des questions de fond et de procédure, en échange d'une accélération de la procédure et d'une réduction des peines (OCDE, 2019, pp. 52-53_[18]).¹¹⁵ En outre, il n'existe aucun consensus sur l'utilisation des accords de négociation de peine en droit pénal. Pour de nombreux auteurs, le débat sur ces accords devrait porter sur la question de savoir si cet outil est compatible avec les valeurs d'un système de justice pénale et les droits des défendeurs (OCDE, 2006, p. 36_[59] ; Beaton-Wells, 2016, p. 10_[23]).

111. Aux États-Unis, où seul celui qui fait le premier une demande de clémence obtient une immunité totale, les accords de négociation de peine servent à consentir des réductions de peine¹¹⁶ aux entreprises et personnes physiques qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier automatiquement de la clémence,¹¹⁷ mais souhaitent coopérer.¹¹⁸ Ainsi, la coopération des personnes physiques à un stade précoce de la procédure peut être qualifiée de « circonstance atténuante » lors de la détermination des sanctions pénales, y compris si la clémence n'est pas disponible. Dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis met à disposition des modèles d'accord de négociation de peine destinés respectivement aux entreprises et aux personnes

physiques.¹¹⁹ Le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a récemment révisé ces deux modèles afin de garantir – entre autres considérations – la coopération pleine et entière des personnes physiques, qui peuvent être appelées à concourir à l'enquête en ayant des « *possibilités de participer concrètement à l'enquête* », par exemple en participant à des techniques d'enquête secrètes.¹²⁰

112. En outre, une tendance à poursuivre un plus grand nombre de personnes physiques pour chaque entreprise a été observée aux États-Unis, certaines d'entre elles étant exclues des accords de négociation de peine conclus par des entreprises « n'ayant pas bénéficié d'une mesure de clémence » (Hammond, 2010, p. 1_[52]). Les personnes physiques ainsi exclues peuvent comprendre « *des employés coupables, des employés qui refusent de coopérer à l'enquête du ministère de la Justice, ou des employés contre lesquels le ministère de la Justice recueille encore des preuves* » (OCDE, 2006, p. 165_[59]). Le ministère fédéral de la Justice des États-Unis conserve le pouvoir discrétionnaire de poursuivre ces personnes pour leur participation à l'entente, quelle que soit l'issue de l'affaire pour leur entreprise.

113. Dans d'autres juridictions comme le Canada, la décision de conclure un accord de négociation de peine ne relève pas de l'autorité de la concurrence. Elle relève exclusivement de la compétence du Procureur général (Attorney General), c'est-à-dire de l'autorité indépendante chargée des poursuites. Cela étant dit, le Bureau de la concurrence et le Procureur général coopèrent étroitement, en pratique, pendant toute la procédure de répression, et le Bureau de la concurrence participe à ces discussions en fournissant son assistance et ses conseils au Procureur général (OCDE, 2006, pp. 83-84_[59]).¹²¹

114. Les accords de négociation de peine posent également la question du rôle que doivent jouer les tribunaux. Certains observateurs ont exprimé une préférence pour que les tribunaux soient plus actifs, afin de respecter le principe du contrôle judiciaire. Certains tribunaux ont également insisté sur le fait qu'ils ne se contentent pas seulement de tamponner les accords qui leur sont soumis, et ajoutent que les juges peuvent être réticents à appliquer des accords de négociation de peine (OCDE, 2006, p. 43_[59]).¹²²

Encadré 9. L'affaire Maxzone au Canada

Cette affaire mettait en cause une entente internationale de fixation des prix entre des distributeurs de pièces de rechange destinées au marché secondaire de l'automobile. La filiale canadienne de l'un des membres de l'entente, Maxzone, a conclu un accord de négociation de peine avec le Bureau de la concurrence du Canada, en vertu duquel ce dernier a sollicité la condamnation à une amende de 1,5 million CAD (environ 1 million EUR), mais n'a requis aucune peine d'emprisonnement à l'encontre des personnes physiques concernées.

En octobre 2012, la Cour fédérale du Canada a accepté la recommandation du Bureau de la concurrence à propos de la condamnation. Toutefois, le Chief Justice Crampton a fait observer, dans son arrêt, que la recommandation de l'autorité chargée des poursuites en matière de peines devrait à l'avenir inclure plus d'informations sur la gravité de la conduite justifiant ces peines. Le Chief Justice Crampton a également suggéré que la Cour fédérale du Canada exige désormais des preuves convaincantes justifiant qu'elle s'abstienne de condamner des personnes physiques à des peines d'emprisonnement dans certaines circonstances.

Cette suggestion reflète probablement les modifications apportées en 2009-2010 à la loi canadienne sur la concurrence, qui a augmenté la durée des peines d'emprisonnement (et le montant des amendes maximums). Avant ces modifications, les contrevenants personnes physiques étaient passibles de peines de liberté surveillée ou de peines de probation, au lieu de peines d'emprisonnement. En outre, l'approche ferme suggérée dans l'affaire *Maxzone* a suscité des critiques, au motif qu'elle aurait réduit l'incitation des auteurs d'infractions d'entente à faire une demande de clémence.

Source :

(Norton Rose Fulbright, 2016, pp. 20-23^[28])
 R. v. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp., 2012 FC 1117.
 (Grenfell, 2012^[60])

115. Enfin, il convient de noter que – lorsque l'autorité de la concurrence n'est pas chargée des poursuites pénales – les accords de négociation de peine peuvent ne pas être un outil efficace car ils exigent souvent un aveu de culpabilité, avec les conséquences négatives que cela peut entraîner pour des personnes physiques qui sont ensuite poursuivies pour des infractions d'entente et d'autres infractions connexes.

5. La coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence dans le contexte de la pénalisation

116. De nombreuses ententes injustifiables ont une dimension internationale : leurs membres sont originaires de différents pays et leurs actes de collusion s'exercent dans de multiples juridictions. Cette dimension internationale se reflète également dans les procédures diligentées par des autorités de la concurrence. Le rapport de l'OCDE intitulé *Competition Trends 2020* fait apparaître que la majorité (68%) des ententes d'envergure mondiale – ententes internationales dont la portée géographique s'étend sur plus d'un continent – ont été sanctionnées par de multiples juridictions (OCDE, 2020, p. 12^[1]).¹²³ C'est pourquoi il est communément admis, dans le contexte de la répression des infractions d'entente, que la coopération internationale est un élément essentiel pour garantir l'efficacité de cette

répression. Cela étant dit, la répression pénale pose plusieurs problèmes spécifiques qui méritent d'être examinés attentivement.

117. Cette section s'intéresse aux défis en matière de coopération internationale entre des juridictions pénales et des juridictions administratives/civiles, ainsi qu'aux formes supplémentaires de coopération entre les juridictions pénales. Elle décrit également les efforts accrus déployés pour poursuivre des personnes physiques situées à l'étranger.

5.1. Comment coordonner la coopération entre des juridictions différentes

118. L'enquête OCDE/RIC de 2013 sur la *Coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence* a identifié les différences des systèmes d'application de la loi (ceux qui permettent des poursuites pénales par opposition avec ceux qui prévoient exclusivement des poursuites administratives/civiles) comme l'une des limitations les plus importantes auxquelles se heurte la coopération internationale (OCDE, 2013, p. 105_[61]). En particulier, la pénalisation peut présenter des inconvénients pratiques pour la coopération internationale, en raison de la résistance des juridictions qui n'ont pas introduit la pénalisation à coopérer (et, en particulier, à partager des informations) avec des juridictions où la procédure de répression peut conduire à l'incarcération de personnes physiques (Whelan, 2014_[34] ; OCDE, 2012, p. 128_[62]).¹²⁴ Ainsi, l'une des questions à traiter est celle de savoir s'il existe, en pratique, une « coopération réduite » entre les juridictions pénales et les juridictions administratives.

119. Cette situation peut entraîner une utilisation limitée des méthodes de coopération informelle largement employées par les autorités de la concurrence dans les juridictions administratives. Il existe par ailleurs certaines limitations légales. Par exemple, l'article 12(3) du Règlement (CE) n° 1/2003 prescrit que les informations échangées entre les autorités de la concurrence « ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque : i) la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque ii) les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté ». En outre, dans certains cas, les juridictions qui permettent à leur(s) autorité(s) répressive(s) d'échanger des informations confidentielles le font sous certaines conditions. Parmi les conditions les plus courantes identifiées pour la transmission d'informations confidentielles, l'enquête OCDE/RIC de 2013 sur la *Coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence* a identifié des conditions restreignant l'utilisation des informations à des procédures non pénales.¹²⁵ La meilleure pratique à cet égard est que l'autorité requérante veille au respect de son droit de protection contre l'auto-incrimination, lorsque les informations échangées sont utilisées dans des procédures pénales contre des personnes physiques.

120. Des limitations légales peuvent également découler de l'application du principe de la « double incrimination », qui limite la coopération aux affaires dans lesquelles l'infraction d'entente est considérée comme une infraction pénale à la fois dans la juridiction requérante et dans la juridiction requise.

121. D'autres obstacles peuvent découler des contraintes légales applicables à la divulgation/au partage d'informations recueillies dans le contexte d'enquêtes pénales, ou en vertu des règles de procédure pénale du droit national en matière d'admissibilité de la

preuve. Aux États-Unis, par exemple, un grand nombre d'informations recueillies par le ministère fédéral de la Justice pendant une enquête pénale sont légalement protégées contre la divulgation et ces informations ne peuvent pas être échangées sans une décision judiciaire appropriée. Des restrictions s'appliquent également à la production de preuves fournies par d'autres juridictions dans le cadre d'un procès pénal aux États-Unis, où ces preuves doivent satisfaire aux exigences des règles fédérales pertinentes en matière de procédure pénale et de preuve (OCDE, 2012, pp. 269-271_[62]).¹²⁶

5.1.1. Les conventions d'entraide judiciaire et les accords d'entraide en matière d'ententes

122. Les conventions d'entraide judiciaire peuvent être une solution pour lever certains de ces obstacles. Les parties à ces conventions bilatérales d'application générale s'obligent à se fournir une assistance mutuelle spécifique dans des affaires pénales. Bien que les dispositions spécifiques varient selon les conventions, ces dernières permettent normalement aux signataires de se demander mutuellement assistance, y compris pour l'exercice de pouvoirs formels d'enquête – recueil de preuves et interrogatoire de témoins – et pour le partage d'informations confidentielles.

123. Bien que les conventions d'entraide judiciaire semblent partiellement résoudre les limitations découlant du principe de la « double incrimination » (exigeant que l'infraction ait une qualification pénale à la fois dans le pays requérant et dans le pays requis), étant donné qu'elles peuvent couvrir des infractions qui ne sont réputées être des infractions pénales que dans un seul pays (à savoir le pays requérant) (OCDE, 2013, p. 53_[61]),¹²⁷ il n'en demeure pas moins qu'en pratique certaines conventions d'entraide judiciaire adhèrent à ce principe. En conséquence, ainsi qu'il a été noté au cours de la table ronde consacrée en 2012 par l'OCDE au *renforcement de la coopération internationale dans les affaires d'ententes*, les conventions d'entraide judiciaire sont une forme de coopération entre des juridictions pénales, qui n'est pas accessible aux juridictions administratives (OCDE, 2012, p. 13_[62]).

124. La convention d'entraide judiciaire entre le Canada et les États-Unis est probablement l'une de ces conventions qui est la plus fréquemment utilisée dans des affaires d'entente. En 2012, le Canada a rapporté que le Bureau de la concurrence « *a utilisé des conventions d'entraide judiciaire afin de recueillir des preuves hors du territoire du Canada dans 10 enquêtes, et a répondu à 6 demandes d'entraide judiciaire émanant d'autorités étrangères lui demandant de fournir des preuves* » (OCDE, 2012, p. 124_[62]). En 2001, la convention d'entraide judiciaire entre les États-Unis et le Royaume-Uni a été modifiée afin de supprimer une clause annexe qui avait exclu les infractions d'entente du champ d'application de l'assistance.

125. En dépit de ces exemples, les conventions d'entraide judiciaire ne sont pas spécifiquement conçues pour les procédures concernant l'application du droit de la concurrence. En outre, il semble également compliqué d'appliquer les conventions d'entraide judiciaire lorsque les demandes visant à obtenir des informations pour des enquêtes pénales en matière d'ententes sont traitées par les autorités centrales compétentes indiquées dans ces conventions (et non par les autorités de la concurrence), qui n'ont pas d'expérience en matière d'infractions d'entente (OCDE, 2019, p. 87_[18]). En outre, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, les conventions d'entraide judiciaire ne peuvent être pertinentes que dans le cas où les deux juridictions concernées incriminent les infractions d'entente. En conséquence, elles fonctionneraient plus efficacement si la pénalisation était largement adoptée. Enfin, Whelan (2014_[34]) note que ces solutions fonctionnent mieux au

niveau bilatéral entre des pays qui sont des partenaires entretenant des relations commerciales étroites (plutôt qu’au niveau multilatéral), ce qui justifierait également que la juridiction requise investisse des ressources dans la coopération avec la juridiction requise.

126. En conséquence, les conventions d’entraide judiciaire et les autres mécanismes de coopération (plus formels) ont leurs limites. Les conventions d’entraide judiciaire en matière d’ententes – bien qu’elles soient rares – peuvent permettre une meilleure coopération. Ainsi, la convention de cette nature (Agreement on Mutual Antitrust Enforcement Assistance) conclue en 1999 entre les États-Unis et l’Australie prévoit que les autorités signataires peuvent se demander une assistance judiciaire très étendue dans les affaires pénales antitrust, y compris l’exercice de pouvoirs coercitifs afin d’obtenir des témoignages et des preuves documentaires.¹²⁸ L’Australie a indiqué que l’ACCC a apporté son assistance au ministère fédéral de la Justice des États-Unis pour l’exécution de mandats de perquisition en Australie, ainsi qu’à des membres de ce même ministère, venus en personne en Australie, pour recueillir des informations (OCDE, 2012, p. 109_[62]).

Encadré 10. Exemples de coopération internationale (bilatérale)

L’affaire *Nishikawa Rubber* : coopération entre les États-Unis et le Canada

En 2016, Nishikawa Rubber Co. Ltd, fabricant de pièces automobiles, a décidé de plaider coupable aux États-Unis et de payer une amende de 130 millions USD (environ 120 millions EUR) après avoir été accusé dans ce pays d’avoir participé à des soumissions concertées ayant concerné les États-Unis et le Canada.

Cet aboutissement a été le résultat d’une étroite collaboration entre le Bureau de la concurrence du Canada et le ministère de la Justice des États-Unis. En particulier, les deux autorités « *ont pu identifier les ventes affectées de produits d’étanchéité pour carrosseries d’automobiles fabriqués aux États-Unis puis expédiés au Canada pour assemblage dans des automobiles qui étaient ensuite importées aux États-Unis. Ces ventes ont été prises en compte en tant que commerce affecté pour le calcul de l’amende infligée à Nishikawa* ». Étant donné que les pratiques anticoncurrentielles visaient essentiellement les États-Unis et que l’amende infligée a été considérée comme une mesure corrective efficace dans les deux juridictions, le Bureau de la concurrence du Canada a accepté de ne pas exercer d’autres poursuites contre Nishikawa Rubber Co. Ltd au titre de ces pratiques.

L’affaire des *Tuyaux marins* : coopération entre les États-Unis et le Royaume-Uni

Cette affaire concerne une entente internationale entre des fabricants de tuyaux marins. Elle a donné lieu à une coopération constante, pendant toute la procédure, entre la Commission européenne, l’OFT, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis et la JFTC.

Au cours de la phase d’enquête, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a arrêté et poursuivi des personnes physiques auteurs de l’infraction. L’OFT a ensuite poursuivi ces auteurs en vertu de la loi britannique. Au cours de la phase de poursuites, des accords de négociation de peine ont été conclus aux États-Unis avec ces personnes physiques, en vertu desquels elles reconnaissaient avoir commis une infraction d’entente au Royaume-Uni et s’obligeaient à ne pas solliciter du tribunal britannique une peine d’emprisonnement plus courte que celle convenue dans les accords de négociation de peine américains. Bien que l’OFT ait argué que les accords de négociation de peine américains n’auraient aucun effet

juridique en vertu de la loi britannique, il a été observé que les contrevenants attendaient clairement qu'ils produisent quelques effets au Royaume-Uni.

Enfin, au cours de la phase de condamnation, les accords de négociation de peine américains prévoyaient que les condamnations à des peines de prison soient exécutées simultanément aux États-Unis et au Royaume-Uni. En d'autres termes, les accords de négociation de peine américains permettaient que la peine d'emprisonnement prononcée aux États-Unis soit réduite de la durée de la peine d'emprisonnement déjà purgée au Royaume-Uni.

Source :

DoJ (2016), communiqué de presse "Nishikawa Agrees to Plead Guilty and Pay \$130 Million Criminal Fine for Fixing Prices of Automotive Parts", 20 juillet 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/nishikawa-agrees-plead-guilty-and-pay-130-million-criminal-fine-fixing-prices-automotive>.

Canada Competition Bureau, communiqué de presse "Unprecedented cooperation with US antitrust enforcement authority leads to major cartel crackdown" <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2016/07/unprecedented-cooperation-with-us-antitrust-enforcement-authority-leads-to-major-cartel-crackdown.html>.

(Lobel-Lastmann, 2008^[63])

(Ince et C., 2008^[64])

DoJ (2008), communiqué de presse "British Marine Hose Manufacturer Agrees to Plead Guilty and Pay \$4.5 Million for Participating in Worldwide Bid-Rigging Conspiracy", 1^{er} décembre 2008, <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-at-1055.html>.

5.2. Poursuite de personnes physiques à l'étranger

127. En principe, aucune restriction n'empêche de poursuivre des personnes physiques à l'étranger au titre d'infractions pénales d'entente.

128. En 1999, une peine d'emprisonnement a été infligée pour la première fois à une personne physique située à l'étranger, jugée coupable d'une infraction d'entente. Cette peine avait été négociée entre le ministère fédéral de la Justice des États-Unis et un cadre dirigeant suisse impliqué dans une entente mondiale dans le secteur des vitamines.¹²⁹ Depuis les années 1990, le nombre de défendeurs étrangers poursuivis aux États-Unis a augmenté (Ginsburg et Cheng, 2019, p. 20^[36]), et les demandes d'extradition sont fréquentes. En 2001, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a adopté une politique d'inscription des fugitifs mis en examen sur la « notice rouge » d'INTERPOL, qui sert essentiellement, dans de nombreux pays INTERPOL, de demande d'arrestation de personnes dans l'objectif de les extraditer (Hammond, 2010^[52]). Voici quelques exemples récents d'affaires ayant abouti à cette extradition aux États-Unis : a) en janvier 2020, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a obtenu l'extradition d'Italie d'un ressortissant néerlandais qui avait participé à une entente de fixation des prix dans l'industrie du fret aérien et était en fuite depuis près de dix ans ;¹³⁰ et b) en mars 2020, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a obtenu l'extradition d'Allemagne d'un ressortissant coréen qui avait participé à une entente dans le secteur des pièces de rechange automobiles et était en fuite depuis près de cinq ans.¹³¹ Un autre exemple récent concerne la procédure pénale en cours aux États-Unis contre des fournisseurs de carburants qui ont participé à des ententes sous forme de soumissions concertées visant les opérations de l'armée américaine en Corée.¹³²

129. En dépit de ces affaires, la poursuite de personnes physiques situées à l'étranger se heurte à des obstacles juridiques et pratiques. En premier lieu, les juridictions recevant une demande d'extradition peuvent avoir des doutes sur l'application extraterritoriale des affaires pénales. En second lieu, l'extradition ne peut habituellement être accordée qu'à condition que l'exigence de « double incrimination » soit satisfaite.¹³³ Cela étant dit, étant

donné qu'en pratique les infractions d'entente sont souvent liées à d'autres infractions, une demande d'extradition contre l'auteur d'une infraction d'entente peut être acceptée si elle est fondée sur d'autres infractions, y compris si l'exigence de « double incrimination » de l'infraction d'entente n'est pas remplie.¹³⁴ En réalité, il semble – à ce jour – que les demandes d'extradition aux États-Unis, exclusivement fondées sur une infraction d'entente, n'aient abouti que dans trois affaires.¹³⁵ En troisième lieu, il ne faut pas sous-estimer le fait que l'engagement de poursuites de personnes physiques à l'étranger peut allonger la durée du procès et accroître les ressources nécessaires afin de diligenter ces poursuites, en considérant également le fait que l'extradition suppose une procédure judiciaire dans le pays où l'intéressé se trouve, et que les incitations des fugitifs à se rendre sont particulièrement faibles s'ils encourent une peine d'emprisonnement. À titre d'exemple, ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, un ressortissant néerlandais mis en examen aux États-Unis en 2010 pour fixation de prix sur le marché du fret aérien international a été en fuite pendant près de dix ans et n'a été extradé qu'en 2020. Cela étant, certains auteurs (Powers, 2020^[65]) considèrent que ces affaires prouvent la détermination des autorités de la concurrence à poursuivre les personnes physiques coupables d'infractions.

Encadré 11. L'affaire *Pisciotti*

La première affaire d'extradition vers les États-Unis sur le fondement d'une infraction d'entente a concerné Romano Pisciotti, ressortissant italien et ancien cadre d'une entreprise de fabrication de tuyaux marins, qui a été extradé d'Allemagne en 2014 pour avoir participé à une entente sous forme de soumissions concertées, de fixation de prix et de partage des parts de marché pour la vente de tuyaux marins aux États-Unis et ailleurs.

M. Pisciotti a plaidé coupable et a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans au total (moins les neuf mois pendant lesquels il a été détenu par le gouvernement allemand en attendant son extradition), et a payé une amende pénale de 50 000 USD (environ 46 000 EUR).

M. Pisciotti s'est opposé à la demande d'extradition et a formé un recours, entre autres, auprès du tribunal constitutionnel fédéral en Allemagne. L'extradition a été autorisée dans cette affaire au motif que l'exigence de « double incrimination » était satisfaite, étant donné que les soumissions concertées constituent une infraction pénale en vertu de l'article 298 du Code pénal allemand.

À la suite de son extradition aux États-Unis, M. Pisciotti a engagé une action en dommages et intérêts devant le tribunal régional de Berlin, demandant que l'Allemagne soit condamnée pour avoir autorisé l'extradition. Il a soutenu que l'Allemagne avait violé le principe de non-discrimination de l'UE, en refusant de lui accorder le bénéfice de l'interdiction d'extradition dont tous les citoyens allemands bénéficient en vertu de la constitution allemande. Ce bénéfice avait été invoqué et obtenu par un ressortissant allemand impliqué dans la même entente et faisant l'objet d'un mandat d'arrêt américain.

Le tribunal régional de Berlin a saisi la Cour de Justice de l'UE d'une demande de décision préjudicielle.¹³⁶ La Cour de Justice de l'UE a estimé, en bref, que l'Allemagne n'avait pas violé le droit de l'UE. Elle a jugé que l'Allemagne aurait pu prendre une mesure moins restrictive consistant à remettre M. Pisciotti à son État membre d'origine (c'est-à-dire l'Italie). Toutefois, cette mesure n'aurait pu être prise qu'à condition que l'Italie ait émis

un mandat d'arrêt européen, bien que de nombreux États membres aient souligné les difficultés de cette approche.

Source :

DoJ (2014), communiqué de presse «First Ever Extradition on Antitrust Charge», 4 avril 2014, <https://www.justice.gov/opa/pr/first-ever-extradition-antitrust-charge>.

DoJ (2014), communiqué de presse «Former Marine Hose Executive Who Was Extradited to United States Pleads Guilty for Participating in Worldwide Bid-Rigging Conspiracy», 24 avril 2014, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-marine-hose-executive-who-was-extradited-united-states-pleads-guilty-participating>.

Affaire C-191/16, *Romano Piscioti c. Bundesrepublik Deutschland*, arrêt du 10 avril 2018, ECLI:EU:C:2018:222.

(Strange, 2019_[66])

6. Conclusion

130. Cette note démontre qu'*a priori* la répression des ententes injustifiables et des soumissions concertées serait plus efficace avec la pénalisation, et en particulier avec l'instauration de peines d'emprisonnement à l'encontre de personnes physiques. Néanmoins, il faut noter que les sanctions à l'encontre des personnes physiques ne peuvent que compléter (et non remplacer) les sanctions à l'encontre des entreprises. Contrairement à d'autres délits, comme le détournement de fonds qui ne bénéficie qu'à la personne physique qui en est l'auteur et nuit à l'entreprise qui en est victime, les violations de la législation sur les ententes bénéficient habituellement aux entreprises, tandis que les employés agissent essentiellement dans l'intérêt de leurs entreprises, et sont motivés par les incitations que les entreprises leur procurent à cet effet (Wils, 2013_[3]).¹³⁷ En outre, le fait qu'un plus grand nombre de juridictions instaurent une répression pénale peut avoir un effet dissuasif accru, en augmentant les coûts de la mise en place ou de la poursuite d'une entente (Barnett, 2006_[6]).

131. En ce qui concerne les motifs justifiant la mise en place de sanctions pénales, en raison du fait que de simples sanctions pécuniaires infligées aux entreprises pourraient avoir un effet dissuasif insuffisant, l'incertitude demeure sur la question de savoir si la pénalisation (et des peines d'emprisonnement) serait de nature à résoudre ce problème. Des études empiriques plus poussées sont nécessaires afin de tester les deux motifs invoqués pour justifier la pénalisation, à savoir la dissuasion et la rétribution (stigmatisation morale), auprès du grand public et des milieux d'affaires. La première question est celle de savoir comment mesurer le niveau de la répression pénale. Par exemple, doit-on examiner les tendances en termes de durée des peines d'emprisonnement et de montant des amendes, plutôt que le nombre d'ententes détectées ou poursuivies pénalement. Il faut toutefois reconnaître qu'il est difficile de collecter des données comparables entre les juridictions. La question des sanctions pénales n'est pas une question simple, et ces sanctions ne peuvent pas être mesurées en se fondant simplement sur la durée de la peine d'emprisonnement infligée. En outre, il peut être compliqué de recueillir des données dans des pays où le système de répression est décentralisé.

132. Des études supplémentaires sont également nécessaires afin d'avoir plus de visibilité sur les personnes physiques qui se livrent à ces pratiques anticoncurrentielles, de manière à définir le bon mix de sanctions dans chaque juridiction. En effet, les ententes peuvent être organisées à différents niveaux – et non pas nécessairement au niveau de la direction générale – de l'entreprise, par des personnes physiques qui ont des informations

différentes sur la probabilité d'une détection et les sanctions prévues, et ont des attentes différentes à propos du niveau des risques et des avantages d'une pratique anticoncurrentielle (Stephan et Nikpay, 2015^[15]). L'analyse coût/bénéfice pour des personnes physiques varie selon leurs caractéristiques personnelles (par exemple, aversion au risque, incitations spécifiques sur le plan financier ou de la carrière, rôle dans l'entreprise), et selon l'importance de la stigmatisation morale.

133. Comme Kovacic (2016^[24]) le fait observer, il est important, avant d'introduire des sanctions pénales dans la législation existante sur les ententes, de bâtir progressivement des institutions avant de changer la loi, en raison de l'interdépendance institutionnelle des différentes caractéristiques des législations nationales sur les ententes, et du risque d'affecter des systèmes répressifs plus larges.¹³⁸ Le cas du Royaume-Uni est un exemple flagrant de la complexité découlant de l'introduction de la pénalisation et de la nécessité de l'ajuster en permanence. De plus, chaque juridiction devrait déterminer le « *bon mélange de sanctions* », en fonction – entre autres facteurs – des normes sociales, du cadre légal existant, des traditions historiques en matière de répression, des ressources des autorités de la concurrence et des relations entre l'autorité de la concurrence et les autres autorités poursuivantes (OCDE, 2005, pp. 26-27^[2]).

134. L'introduction de poursuites pénales exige également d'importants efforts de sensibilisation auprès des parties prenantes et du grand public, non seulement en expliquant pourquoi des pratiques anticoncurrentielles sont préjudiciables, mais également en prouvant que des poursuites pénales sont nécessaires, dans une optique de dissuasion et/ou de rétribution (Beaton-Wells et Haines, 2010^[67] ; O'Loughlin, 2016, pp. 136-143^[68]). Le soutien politique est essentiel, et il dépend finalement du point de savoir si le gouvernement et la société partagent la volonté d'inscrire la pénalisation dans la loi (Beaton-Wells et Parker, 2013^[21]). Or, le manque de soutien public peut également se refléter dans la réticence du jury ou des tribunaux à condamner les auteurs d'infractions d'entente, en particulier à des peines d'emprisonnement, qui demeurent pourtant des éléments clés pour atteindre l'objectif de dissuasion de la pénalisation des infractions d'entente. Certains auteurs ont également souligné que les autorités de la concurrence devraient faire la preuve de leur leadership et d'un palmarès crédible dans la condamnation à des amendes civiles et administratives, avant d'introduire des sanctions pénales (Beaton-Wells et Parker, 2013^[21]). Enfin, les législateurs doivent reconnaître qu'un certain temps s'écoulera nécessairement entre l'introduction de la pénalisation (avec les investissements massifs qui l'accompagnent) et les bénéfices qu'elle peut procurer en termes de dissuasion (Whelan, 2017^[13]). Même aux États-Unis, le processus a été « *graduel, progressif et croissant* » (O'Loughlin, 2016, p. 124^[68]). En d'autres termes, comme l'a observé Kovacic (2016^[24]), « *le succès exige des années (plus précisément des décennies) d'efforts ardues et soutenus.* »

135. Si elle n'était pas suivie d'une application pratique par les juridictions répressives, l'introduction de sanctions pénales dans la loi enverrait un message de faiblesse des autorités de la concurrence et réduirait donc l'effet dissuasif de ces sanctions (au lieu de l'augmenter), et pourrait même nuire à la crédibilité des amendes administratives. Le Professeur Coffee (1992, p. 1889^[69]) a d'ailleurs fait observer à ce propos que « *[l]es preuves empiriques limitées dont nous disposons à propos de l'attitude du public envers la délinquance en col blanc suggèrent que c'est la punition qui fait comprendre au public qu'il s'agit d'une infraction pénale et non l'inverse* ». Le manque de répression, tel qu'il est perçu dans certaines juridictions, peut découler du fait que la pénalisation a été introduite dans le système légal en l'absence d'une culture nationale et de soutien des parties prenantes décisives (par ex., autorités répressives, tribunaux). De la même manière, l'introduction de la pénalisation, si elle est suivie d'un moratoire initial ou d'une période transitoire¹³⁹ avant son application

effective, peut être contre-productive car elle n'envoie pas le bon message en termes de gravité de l'infraction et de volonté de poursuivre les auteurs de cette infraction. En outre, les moratoires peuvent ne pas être une option viable dans certains systèmes pénaux. Enfin, ce serait une erreur d'introduire la pénalisation afin de remédier aux problèmes d'un système administratif inefficace, sans prendre les mesures nécessaires pour garantir une répression pénale efficace.

136. En outre, la pénalisation s'accompagne d'une norme de preuve plus exigeante, et fait donc peser une charge plus élevée sur les autorités de la concurrence et/ou les autorités poursuivantes. Ainsi, la preuve circonstancielle peut ne pas être suffisante pour poursuivre pénalement, comme en atteste la pratique des juridictions pénales dont les condamnations se fondent essentiellement sur des preuves directes. En conséquence, des pouvoirs d'enquête suffisants pourront devoir être conférés aux autorités de la concurrence, si elles sont investies du pouvoir de poursuivre les infractions pénales d'entente. Ces pouvoirs pourront exiger, dans certains cas, des ajustements du modèle institutionnel existant.

137. Enfin, les modèles institutionnels exigent souvent que les autorités de la concurrence coopèrent avec d'autres parties prenantes de leur pays. Toute forme de coopération adoptée devrait garantir un degré suffisant de souplesse en ce qui concerne ces différentes parties prenantes, et identifier les priorités en termes de répression. La pénalisation exige également de repenser la coopération internationale, peut-être en faisant participer les procureurs, qui détiennent des pouvoirs (exclusifs) de répression pénale dans de nombreuses juridictions, et ont jusqu'à présent été moins ouverts aux débats internationaux (Calliari, 2015^[29]).

138. Pour conclure, la pénalisation ne peut fonctionner qu'en tant que complément d'autres sanctions infligées à des entreprises, et uniquement pour les ententes injustifiables. Toutefois, tous les systèmes répressifs ne sont pas adaptés à la pénalisation à l'heure actuelle. Le soutien politique et social est également essentiel et la focalisation – au moins initialement – sur les soumissions concertées, en raison de l'impact direct qu'elles ont sur les contribuables, pourrait contribuer à obtenir une adhésion suffisante des parties prenantes clés et du grand public.¹⁴⁰ Il est également crucial de réévaluer constamment l'équilibre au sein de la répression pénale et avec la répression administrative/civile (parallèle), tant en termes de systèmes institutionnels qu'en termes de sanctions pouvant être infligées.

Notes de fin de document

¹ Voir, cependant, Wils (2013, p. 25^[3]) observant que « *la prudence s'impose avant de tirer du nombre d'infractions actuellement détectées une conclusion quelconque à propos de l'efficacité des politiques actuelles* ». En ce qui concerne l'Union européenne, il note qu'à court terme, une politique de répression plus forte détecterait un plus grand nombre d'ententes ayant survécu au cadre répressif antérieur, mais que ses effets positifs ne pourraient être observés qu'à long terme en ce qui concerne les ententes nouvelles.

Voir également Ginsburg & Cheng (2019, p. 6^[36]) arguant que les procédures engagées pour lutter contre les ententes sont poussives, car il faut plusieurs années pour aboutir à boucler une affaire aboutissant à un grand nombre de sanctions pendant une même année.

² (Connor, 2016, p. 12^[19]) (« *il existe un grand nombre de facteurs concrets et réels qui suggèrent que l'insuffisance de la dissuasion est la norme en ce qui concerne l'infraction d'entente. En premier lieu, nous savons que certaines entreprises se livrent à la collusion en série dans une mesure très importante – certains membres de grandes ententes ont été condamnés à 30 ou 40 reprises pour fixation de prix au cours des 20 dernières années. La véritable récidive est moins répandue mais toujours fréquente* »). Voir également (Meurer, Kovacic et Marshall, 2018^[85]).

³ La base de données ICStats compile des données internationales sur les ententes collectées par le Professeur John Connor depuis 1985. Elle a été acquise par l'OCDE en 2017 et peut être consultée à l'adresse suivante : <http://bit.ly/OECD-ICStats>.

⁴ Pour une opinion opposée, limitée aux États-Unis, voir Werden, Hammond & Barnett (2011^[71])

⁵ Sur ce point, Wils estime que « *c'est une mauvaise idée de rechercher uniquement la responsabilité des personnes physiques au titre des violations de la législation sur les ententes* », et que trois raisons principales justifient de rendre les entreprises responsables de ces violations: a) les entreprises sont les mieux placées pour empêcher ces violations (de la manière la plus efficace); b) si elles ne sont pas tenues responsables (et bénéficient des violations) les entreprises seraient incitées, de manière perverse, à encourager des violations par leurs employés ; et c) les entreprises influencent largement le comportement de leurs employés sous la forme d'objectifs et d'incitations.

⁶ La *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* de 2019 définit les « ententes injustifiables » comme « *les accords anticoncurrentiels, les pratiques concertées anticoncurrentielles ou les arrangements anticoncurrentiels entre concurrents effectifs ou potentiels visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou partager ou diviser des marchés, par exemple par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité* ».

⁷ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, (2004), p. 408.

⁸ « *L'activité de l'entente implique la coopération à des décisions de gestion, notamment le choix des prix, la production ou les clients à server, et non pas la coopération à des fonctions de l'entreprise comme la recherche ou la distribution* ».

⁹ Même si la répression pénale est limitée aux soumissions concertées, la répression effective peut être d'ampleur significative. Dans certaines de ces juridictions, le nombre de cas ayant donné lieu à cette répression est même supérieur à celui observé dans les juridictions où toutes les ententes injustifiables sont des infractions pénales. En Allemagne, par exemple, plus de 260 personnes ont été mises en examen pour des soumissions concertées et plus de 180 ont été condamnées (dont beaucoup à des peines d'emprisonnement) entre 1998 et 2008. (Shaffer, Nesbitt et Weber Waller, 2015^[7]).

¹⁰ DoJ (2019), « Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks at the Procurement Collusion Strike Force Press Conference », 5 November 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-procurement-collusion-strike>.

¹¹ Voir, *ex multis*, (Whelan, 2017, p. 9_[13]). Voir également OCDE (2019, p. 62_[18]).

¹² La dissuasion économique a deux variantes : la « dissuasion générale », c'est-à-dire le fait de sanctionner l'auteur de l'infraction pour dissuader des tiers de la commettre, et la « dissuasion spécifique », c'est-à-dire le fait de dissuader l'auteur de l'infraction de commettre d'autres infractions.

¹³ Selon Wils (2005_[8]), toutefois, les actions en dommages et intérêts ne traitent pas le problème lié au fait que des amendes optimales seraient trop élevées car elles excéderaient également la capacité des entreprises à les payer.

¹⁴ La perte d'efficacité économique est estimée à environ 50% de la marge bénéficiaire (citant (Easterbrook, 1985_[92])) ou à une fourchette comprise entre 3% et 20% de la surfacturation (citant (Connor et Lande, 2012_[94])).

¹⁵ Par exemple, l'article 23(2) du Règlement N° 1/2003 de l'UE (Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1, 4.1.2003, p. 1-25) impose un plafond de 10% du chiffre d'affaires de la société.

¹⁶ Bien que cette indemnisation puisse ne pas être autorisée dans certaines juridictions, par exemple en Australie (voir <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels>).

¹⁷ (Posner, 1980_[72]) et (Posner, 2010, pp. 282-284_[73]). Pour une critique de ces arguments, voir (Ginsburg, 2018_[90]). Pour une tentative de rapprochement entre la théorie économique et la théorie juridique, avec des modèles alternatifs tenant compte des avantages de l'incarcération et de sa « fonction sociale utile », voir (Dau-Schmidt, 1984_[93]).

¹⁸ Contribution des États-Unis.

¹⁹ (Barker et Reeves, 1977, pp. 630-631_[95]) (voir, en particulier, Arthur L. Liman : « [p]our un homme d'affaires, toutefois, la prison est l'enfer et l'analyse conventionnelle risque-récompense s'effondre lorsque le risque est la prison. La menace de l'emprisonnement demeure donc la plus grande force de dissuasion en ce qui concerne les violations de la législation sur les ententes. »)

²⁰ Les études consacrées aux ententes concluent généralement qu'environ 15% à 30% de toutes les ententes sont détectées. Voir (Connor, 2016, p. 12_[19]).

²¹ « [L']équilibre optimal entre les peines infligées aux entreprises et celles infligées aux personnes physiques qui servirait au mieux l'objectif de la dissuasion est une question délicate (et peu étudiée) qui se pose aux juridictions pénales. »

²² En particulier dans des pays comme les États-Unis où le triplement des dommages et intérêts incite fortement des parties à engager des actions privées sur le fondement de la législation antitrust. Il convient de noter qu'en vertu de la section 4A du Clayton Act, le gouvernement victime peut également réclamer le triplement des dommages et intérêts pour des infractions d'entente. Toutefois, il n'a invoqué cette disposition que dans un nombre très limité d'affaires au cours des 30 dernières années.

Par exemple, Ducci (2018_[11]) a noté que « en augmentant la probabilité de la détection, les actions privées peuvent atténuer certains des problèmes liés à l'incapacité des entreprises à payer et la nécessité de recourir à des sanctions pénales ».

²³ La section 2(h) de la Loi irlandaise (modifiée) sur la concurrence de 2012 dispose que « [s]i une personne est condamnée pour une infraction en vertu de la présente loi, le tribunal la condamnera à payer à l'autorité de la concurrence compétente une somme égale aux frais et dépens, calculés par le tribunal, encourus par cette autorité en relation avec l'enquête et la détection de l'infraction et les poursuites auxquelles elle a donné lieu, à moins que le tribunal ne considère qu'il existe des raisons spéciales et substantielles de ne pas procéder à cette condamnation. »

²⁴ Ducci (2018_[11]) observe que les ententes peuvent être comparées à un « crime sans victime », c'est-à-dire à un crime qui cause un dommage global considérable, alors que l'impact sur des victimes individuelles est minime.

²⁵ (Barnett, 2006_[6]) (« rien n'est plus dissuasif ... que la menace d'une lourde peine d'emprisonnement dans une prison des États-Unis »).

²⁶ Selon Whelan (2013_[10]), « on devrait créer une infraction pénale d'entente qui a un degré suffisant de contenu moral ».

²⁷ L'analyse de Whelan se fonde sur les travaux que le Professeur Stuart Green a consacrés à la délinquance en col blanc (Green, 2007_[88]).

²⁸ Il faut également établir que les clients ont supposé que le membre de l'entente est en concurrence avec ses concurrents.

²⁹ Voir les règles d'exclusion dans le système pénal britannique en vertu de la section 188A(1) de l'Enterprise Act 2002, tel que modifié par l'Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (c. 24). Pour une analyse, voir Whelan (2017, pp. 22-23_[13]).

³⁰ (Shaffer, Nesbitt et Weber Waller, 2015, p. 28_[7]). Plus de 20 pays ont pénalisé les ententes entre 2000 et 2015. Ces pays incluent plus de la moitié des États membres de l'UE, bien que les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Autriche (cette dernière, à l'exception des soumissions concertées) aient dépenalisé le droit de la concurrence. Ils ont observé que cette tendance à la pénalisation semble être « le produit d'intérêts portés à la répression transnationale plutôt que le résultat d'une approche ascendante nationale ».

³¹ La base de données CompStats de l'OCDE compile actuellement des données provenant des autorités de la concurrence de 55 pays, dont 37 sont des pays membres de l'OCDE (36 pays de l'OCDE et l'UE), 14 sont des membres participant au Comité de la concurrence de l'OCDE et 1 est un membre associé du Comité de la concurrence de l'OCDE. La base de données couvre actuellement la période 2015-2018.

³² Sokol note que l'application de la pénalisation à d'autres pratiques pourrait être problématique car elle pourrait dissuader des comportements de prise de risque, lesquels pourraient également présenter des avantages proconcurrentiels. La dissuasion ne serait donc pas optimale.

³³ Au Canada, les soumissions concertées et les ententes sont illégales *en soi* et passibles de sanctions pénales en vertu des sections 45 et 47 de la Loi canadienne sur la concurrence.

³⁴ En Irlande, en plus des ententes injustifiables, d'autres pratiques anticoncurrentielles peuvent donner lieu à des poursuites pénales, mais seules les ententes injustifiables sont passibles de peines d'emprisonnement (voir <https://www.ccpc.ie/business/enforcement/criminal-enforcement/cartels/>).

³⁵ En Nouvelle-Zélande, la pénalisation a été introduite en avril 2019 et entrera en vigueur en avril 2021. Une précédente initiative de pénalisation a été abandonnée en 2015.

³⁶ Aux États-Unis, certaines infractions au droit de la concurrence, autres que les infractions d'entente, restent des infractions pénales « en théorie » mais ne donnent pas lieu à des poursuites en pratique. En fait, le texte de la loi Sherman couvre tous les types d'accords restrictifs et de pratiques unilatérales restreignant la concurrence. Sokol (2019_[25]) observe que l'application de sanctions pénales à ces pratiques pourrait se heurter à des arguments tirés de la Constitution, notamment a) désuétude (c-à-d.. loi ne faisant plus autorité en raison du fait qu'elle n'est pas appliquée, d'une manière similaire à ce que l'on observe lorsqu'il est question de moralité) et b) nullité en raison du caractère vague.

Pour une étude récente, voir Norton Rose Fulbright (2016, pp. 6-9_[28]).

³⁷ Voir, *ex multis*, (OCDE, 2018_[78] ; Forrester, 2013_[91]).

³⁸ Bien qu'au Canada les amendes sont infligées par un tribunal spécialisé, plutôt que directement par l'autorité administrative.

³⁹ Section 79 de l'Australia Competition and Consumer Act 2010.

⁴⁰ Loi contre la délinquance économique (Loi No. 8,137/90). Cette tendance à l'emprisonnement s'observe également dans la modification apportée à la législation pénale brésilienne en 2011, qui a transformé les peines d'emprisonnement et d'amende de peines alternatives en peines cumulatives.

⁴¹ Section 45(2) de la Loi canadienne sur la concurrence (R.S.C., 1985, c. C-34) telle que modifiée par la loi sur l'exécution du budget de 2009. Voir également <https://www.osler.com/uploadedFiles/17110-Significant%20Changes%20to%20Canada's%20Competition%20Law%20and%20Foreign%20Investment%20Regime.pdf>.

⁴² (OCDE, 2018, p. 126_[78]).

⁴³ Voir <https://www.cpcic.gc.ca/business/enforcement/criminal-enforcement/cartels/>.

⁴⁴ Il est intéressant de noter que la Cour suprême israélienne, saisie d'un recours contre la condamnation qu'un tribunal régional avait infligée à deux cadres ayant participé à une entente dans le secteur des câbles électriques, a établi qu'en principe une peine d'emprisonnement (non substituable par des travaux d'intérêt général) est la sanction appropriée pour des membres d'une entente, en raison du préjudice causé au marché par cette conduite (voir OCDE (2004, p. 10_[84])).

⁴⁵ Loi japonaise anti-monopole modifiée (2009).

⁴⁶ (OCDE, 2018, p. 5_[75]). Voir également Mena Labarthe (2017, p. 29_[86]).

⁴⁷ Sections 73A-74 de la Loi sud-africaine sur la concurrence No 89 de 1998.

⁴⁸ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004 (ACPERA), Pub. L. No. 108-237, 118 Stat. 661 (2004). Outre la loi fédérale, de nombreux États ont des lois pénales antitrust qui prévoient des peines d'emprisonnement.

⁴⁹ Pour une étude des ordonnances de disqualification dans certains pays membres de l'OCDE, voir OCDE (2019, p. 64_[18]).

⁵⁰ Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA).

Voir OCDE (2016_[74]) qui examine la question de savoir si des interdictions professionnelles (non limitées aux dirigeants) devraient également s'appliquer.

⁵¹ Voir également McConnell, C. (2019), *Pushing antitrust forward with Putin's support: an interview with Igor Artemiev*, <https://globalcompetitionreview.com/article/1210817/pushing-antitrust-forward-with-putin%E2%80%99s-support-an-interview-with-igor-artemiev>.

⁵² Voir <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>. Pour une analyse récente, voir Ginsburg & Cheng (2019_[36]) qui notent que cette chute peut également découler de la dissuasion efficace produite par la répression, au moins parmi les entreprises américaines.

⁵³ Affaire *Commonwealth Director of Public Prosecutions v Nippon Yusen Kabushiki Kaisha* (voir <https://www.accc.gov.au/media-release/australia%E2%80%99s-first-criminal-cartel-charge-laid-against-nyk>). Voir également OCDE (2018, p. 29_[41]).

⁵⁴ Pour une analyse de la situation actuelle et des développements récents, voir Norton Rose Fulbright (2016, pp. 20-23_[28]).

⁵⁵ Pour une synthèse des différentes condamnations prononcées dans l'affaire *Home Heating Oil*, voir <https://www.cpcic.gc.ca/business/enforcement/criminal-enforcement/criminal-court-cases/home-heating-oil-cartel/>. Voir également OCDE (2006, pp. 116-117_[59]) (contribution de l'Irlande).

⁵⁶ Voir <https://www.ccpc.ie/business/enforcement/criminal-enforcement/>. Sur ces jugements qui font date en Irlande, voir Gorecki (2018_[89]).

⁵⁷ Par exemple, la Loi Sherman ne définit pas de critères orientant le choix du DoJ entre une procédure pénale et une procédure civile.

⁵⁸ Voir également la doctrine citée dans la note de bas de page 16 de (Wils, 2013_[3]).

⁵⁹ Par exemple, des agents qui se livrent à une pratique de fixation de prix pour le compte de l'entreprise.

⁶⁰ Voir OCDE (2012_[77]) et la table ronde de l'OCDE de 2019 sur *The standard of review by courts in competition cases*, <http://www.oecd.org/daf/competition/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm>.

⁶¹ Selon certains experts, tel est le cas également du régime (administratif) européen, où le droit à un procès équitable devrait déjà s'appliquer à la suite de l'affaire *Menarini* (CEDH, *A. Menarini Diagnostics srl c. Italie*, deuxième chambre, 27 septembre 2011). Sur le « renforcement des droits » des défendeurs afin de respecter l'article 6 du Règlement sur la CEDH, voir Whelan (2014, pp. 117-141_[34]).

⁶² Contre cette théorie, Whelan (2014_[34]) note que la combinaison des deux fonctions entraîne en soi des coûts élevés résultant des arbitrages internes et du processus de contrôle judiciaire (complet).

⁶³ Par exemple, la protection contre l'auto-incrimination est consacrée par le Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis, tandis que la présomption d'innocence est inscrite dans l'article 27 de la Constitution italienne.

⁶⁴ Une autre question se pose : celle de savoir si la société paiera (ou est autorisée à payer) les frais de la représentation de ces personnes par un avocat séparé.

⁶⁵ 18 U.S.C. § 3282.

⁶⁶ Ces questions sont souvent tranchées par les tribunaux des États-Unis, depuis l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis rendu en 1910 dans l'affaire *United States v. Kissel*, 218 U.S. 601 (1910).

⁶⁷ Loi No. 12,529/2011. Voir également OCDE (2019, p. 13 and 174_[42]) (Dans l'examen par les pairs du Brésil en 2019, l'OCDE a noté que le délai de prescription en matière pénale (lié à la longueur des enquêtes et des poursuites) aboutit dans la majorité des cas à ce que les personnes condamnées pour des infractions d'entente n'exécutent pas leur peine, et a donc recommandé que le Brésil modifie ses règles de prescription afin que le délai de prescription soit fixé à l'avance, plutôt qu'en fonction des peines infligées dans chaque cas individuel).

⁶⁸ *Sanchez et al. v. United States*, no. 19-288.

⁶⁹ Par exemple, *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946), et, plus récemment, *United States v. Champion International Corporation*, 557 F.2d 1270 (9th Cir. 1977).

⁷⁰ Par exemple, Cour suprême de l'Alberta, *Rex v. McGavin Bakeries, Ltd.*, 3 W.W.R. (N.S.) 289 (1951).

⁷¹ *Atl. Sugar Refineries Co. v. A.G.Can.*, [1980], 2 S.C.R.644.

⁷² L'intention présuppose la rationalité (l'essence même de la dissuasion économique). À défaut d'intention entièrement rationnelle, d'autres formes d'intention peuvent être introduites dans les éléments constitutifs de l'infraction d'entente, mais cela alourdit le fardeau de la preuve (Whelan, 2013_[10]).

⁷³ Article L. 420-6 du Code de commerce français.

⁷⁴ Wils (2005_[8]) s'interroge sur la question de savoir s'il en découle une « inéquité dans les procédures diligentes sur le fondement du droit de la concurrence ».

⁷⁵ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

⁷⁶ Cette exigence de « malhonnêteté » correspond au critère pénal posé dans l'affaire *Ghosh* (R v Gosh ([1982] QB 1053).

⁷⁷ (OCDE, 2019, p. 38^[18]) (« *Ainsi, l'autorité italienne de la concurrence juge que la coopération avec d'autres institutions, y compris avec les autorités chargées des marchés publics, le pouvoir judiciaire (dans le cas d'enquêtes pénales) et l'autorité italienne de lutte contre la corruption est particulièrement efficace pour déceler les ententes.* »)

⁷⁸ (OCDE, 2012^[70]) et (OCDE, 2009^[79]). Voir également (OCDE, 2019^[80]) et (OCDE, 2014^[81]).

⁷⁹ (OCDE, 2010^[83]).

⁸⁰ (Groupe de travail du RIC sur les cartels, 2015^[97]).

⁸¹ Ainsi qu'il a été noté au paragraphe 2.1.2, les études consacrées aux ententes parviennent généralement à la conclusion qu'environ 15% à 30% de toutes les ententes sont détectées.

⁸² Sections 199-200 de l'UK Enterprise Act 2002.

⁸³ (Jones et Kovacic, 2019, p. 8^[87]). Voir également FAS (2018), "Fas Creates a New Web-Service: "Big Digital Cat", 22 October 2018, <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=53478>. En outre, l'OCDE a organisé, le 30 janvier 2018, un atelier d'une journée avec des responsables d'autorités de la concurrence sur le filtrage des ententes à l'ère du numérique (les travaux de cet atelier sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/competition/workshop-on-cartel-screening-in-the-digital-era.htm>).

⁸⁴ Ces limitations sont également observées dans les juridictions administratives. Par exemple, l'article 21 du Règlement UE N° 1/2003 permet à la Commission européenne de procéder à des inspections dans d'autres locaux, y compris au domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises faisant l'objet d'une enquête, mais cette décision « *ne peut être exécutée sans autorisation préalable de l'autorité judiciaire nationale de l'État membre concerné* ». Une disposition similaire s'applique aux autorités de la concurrence des États membres de l'UE en vertu de l'article 7(2) de la « Directive ECN+ » (Directive (UE) N° 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur).

⁸⁵ Le texte du Mémorandum (en italien) est disponible à l'adresse suivante : https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/Protocollo_GdF_AGCM.pdf.

⁸⁶ Article L. 463-5 du Code de commerce français.

⁸⁷ Il convient de noter que l'échange d'informations entre les procureurs et les autorités de la concurrence peut être limité par des règles de confidentialité rigoureuses, applicables aux informations recueillies par les autorités de la concurrence lors de l'interrogatoire de personnes physiques, qui interdisent l'utilisation de ces informations dans une procédure pénale.

⁸⁸ « *Le CDPP n'engagera une procédure que s'il considère : (i) qu'il existe des preuves suffisantes justifiant de poursuivre ; et (ii) qu'il ressort des faits de la cause et de toutes les circonstances entourant l'affaire que les poursuites seraient d'intérêt public.* »

⁸⁹ SIC (2015), communiqué de presse « *Fiscalía y Superindustria firman convenio para fortalecer la lucha contra la cartelización empresarial y otras formas de colusión en contrataciones públicas* », 5 décembre 2015, <https://www.sic.gov.co/noticias/fiscalia-y-superindustria-firman-convenio-para-fortalecer-la-lucha-contra-la-cartelizacion-empresarial-y-otras-formas-de-colusion-en-contrataciones-publicas>.

⁹⁰ Article 43 de la Loi grecque sur la concurrence. Voir également OCDE (2018, pp. 126-129^[78]) pour des exemples de coopération entre le HCC et le ministère public.

⁹¹ AGCM (2018), communiqué de presse «The Italian Competition Authority and the Public Prosecutor's Offices of Milan and Rome signed a memorandum of understanding», 13 January 2018, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/1/alias-2493> et texte intégral (en italien) disponible à l'adresse suivante : https://www.agcm.it/dotcmsDOC/normativa/Protocollo_10-01-18_PrRM_Agcm.pdf et https://www.agcm.it/dotcmsDOC/normativa/Protocollo_11-01-18_PrMI_Agcm.pdf. Voir également (Pedersoli, 2018^[27]).

⁹² Voir <https://www.gov.uk/government/publications/cma-and-sfo-memorandum-of-understanding> et <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-between-the-cma-and-the-crown-office-scotland>.

⁹³ Barnett a souligné l'importance pour les autorités poursuivantes d'incriminer les infractions d'entente avec d'autres infractions, également pour inciter à la coopération à l'encontre d'autres membres de l'entente.

Voir également O'Loughlin (2016, pp. 127-128^[68]) suggérant que le système de grand jury aux États-Unis donne au DoJ « *l'opportunité d'exploiter ses pouvoirs pour aider à l'enquête* ».

⁹⁴ Viros (2016, p. 25^[31]) fait allusion à « *la nature accessoire des condamnations pour infractions d'entente* » en France.

⁹⁵ Voir, par exemple, l'article L. 462-3 du Code de commerce français.

⁹⁶ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

⁹⁷ Wils (2013^[3]) a exprimé un certain scepticisme à propos des effets des programmes de conformité sur la prévention des violations. Il a relevé qu'il n'existe aucune preuve empirique dans le domaine des ententes et qu'il peut être impossible d'en obtenir, étant donné que les infractions empêchées par des programmes de conformité antitrust ne peuvent pas être répertoriées puisque, de ce fait même, elles ne sont pas traitées par des autorités de la concurrence. Il a également soutenu qu'étant donné que les autorités de la concurrence sont des observateurs extérieurs des pratiques des entreprises, il est pratiquement impossible de fournir une liste de contrôle des caractéristiques requises pour que ces programmes soient efficaces et pris en compte dans les décisions des autorités de la concurrence.

⁹⁸ Les conditions d'un DPA sont négociées entre le DoJ et le défendeur. En vertu du DPA, le DoJ peut porter des accusations contre un défendeur, mais s'engage à ne pas poursuivre sur la base de ces accusations, en échange de l'engagement du défendeur de respecter certaines exigences. Le DoJ s'engage à abandonner ces accusations si le défendeur satisfait à ces exigences. En revanche, si le défendeur viole les conditions du DPA, le gouvernement peut engager des poursuites contre lui.

⁹⁹ Voir Hammond (2010^[52]), décrivant la stratégie de la « carotte et du bâton » de la Division Antitrust.

Pour une étude des programmes de clémence, voir OCDE (2018^[54]).

¹⁰⁰ Cet argument est également partagé par Ginsburg et Cheng (2019^[36]), qui ajoutent d'autres explications possibles.

¹⁰¹ Pour contrer cet effet négatif, il a été suggéré qu'une solution possible pourrait consister à instaurer un système de clémence « unifié » ou « multi-juridictionnel ». Toutefois, il existe un risque que les demandeurs se coordonnent afin que chacun des membres de l'entente obtienne une immunité dans une juridiction (voir (Wagner-von Papp, 2016, p. 23^[45]).

¹⁰² Au Royaume-Uni, la CMA délivre des « *lettres de non-lieu* ». Un modèle de lettre de non-lieu à l'intention des personnes physiques est fourni en Annexe B au Guide de 2013 intitulé « Applications for leniency and no-action in cartel cases: OFT's detailed guidance on the principles and process », qui a ensuite été adopté par la CMA (voir <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>). Sur le Mexique, voir Mena Labarthe (2017, p. 29^[86]).

¹⁰³ Directive (UE) N° 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, considérant 64.

¹⁰⁴ Ibid., article 23(2).

¹⁰⁵ Ibid., considérant 64.

¹⁰⁶ Selon Wagner-von Papp (2016^[45]), l'importance d'accorder une immunité automatique au titre des poursuites pénales a été démontrée « *par la plus grande efficacité du programme d'immunité de 1993 aux États-Unis comparée au programme précédent qui offrait une immunité discrétionnaire* ».

¹⁰⁷ Le SPPC est une organisation gouvernementale fédérale responsable de mettre l'action publique en mouvement et de poursuivre pour le compte du Procureur général du Canada. Le Directeur des poursuites pénales (DPP) dirige le SPPC.

¹⁰⁸ La loi No. 12,529/2011 a modifié l'autorité compétente pour conclure des accords de clémence et conféré ce pouvoir à la CADE, vis sa Superintendance générale.

¹⁰⁹ « *Cette co-signature ne signifie pas, toutefois, que [le Service fédéral des poursuites] ne va pas poursuivre des infractions qui ne sont pas liées à des infractions d'entente, mais ouvre la voie à la négociation d'accords de collaboration avec ce service des poursuites.* »

¹¹⁰ Voir Bureau de la concurrence du Canada, « Immunity and Leniency Programs under the Competition Act », <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html>, para. 35; DoJ (1993), Corporate Leniency Policy, <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>, p. 4 ; et DoJ (2008), Frequently Asked Questions About the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters (2017), <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>, question 24.

¹¹¹ Par exemple, aux États-Unis, pour la certification du caractère non collusoire des soumissions en vertu du FCA.

¹¹² Ces autres infractions incluent « *celles qui sont mentionnées dans la loi cadre sur les marchés publics (Loi No. 8.666/1993), et à l'article 288 du Code pénal (entente délictueuse)* ».

¹¹³ La question de l'interprétation des « infractions liées » peut finalement être tranchée par les tribunaux (voir Calliari (2015^[29])).

¹¹⁴ ACPERA.

¹¹⁵ « *La différence essentielle entre la négociation de peine aux États-Unis et les transactions devant la Commission européenne tient au fait que les accords de négociation de peine aux États-Unis exigent habituellement que les entreprises concernées coopèrent de manière précoce, continue et substantielle à la réalisation de l'enquête, y compris en fournissant des preuves et des témoignages, et elle tient également au fait que ces accords peuvent conduire à une réduction significative de l'amende. En revanche, une transaction conclue avec la Commission européenne accordera une réduction limitée de l'amende, en échange d'une renonciation à certains droits procéduraux par les parties à la procédure, mais sans exiger une coopération à la conduite d'une partie substantielle de l'enquête* ».

Une transaction peut également conduire à l'immunité pénale, par exemple en Grèce, où l'immunité de poursuites pénales s'applique à ceux qui ont conclu avec succès un accord transactionnel.

¹¹⁶ En outre, le DoJ inclut habituellement dans les accords de négociation de peine conclus avec les entreprises, des dispositions qui protègent la plupart des employés de l'entreprise contre des poursuites, en échange de leur coopération complète, sincère et continue à l'enquête. Les employés bénéficiant de cette protection sont donc effectivement des tiers bénéficiaires de l'accord de négociation de peine conclu avec leur entreprise. Il est important de noter que cela ne s'applique pas aux personnes qui sont exclues du bénéfice de l'accord de négociation de peine conclu avec leur entreprise.

¹¹⁷ Il s'agit de la « clémence » tel que ce terme est employé dans le contexte du système de répression de l'infraction pénale d'entente aux États-Unis.

¹¹⁸ Par exemple, cinq personnes ont plaidé coupable dans la récente enquête pour soumissions concertées et entente frauduleuse pour gonfler les prix de travaux d'isolation.

Selon le DoJ, les accords de négociation de peine confèrent les avantages suivants aux avocats, à la communauté des milieux d'affaires et au système judiciaire : transparence, proportionnalité, sécurité, rapidité, caractère définitif et coopération (voir OCDE (2006, pp. 167-169_[59])).

Le DoJ peut également choisir de ne pas poursuivre des pratiques supplémentaires déclarées, en dérogeant aux lignes directrices sur la détermination des sanctions ou, dans des ententes séparées, au moyen du mécanisme « Clémence+ ».

¹¹⁹ DoJ, Model Annotated Corporate Plea Agreement (Mis à jour en dernier lieu le 14 mars 2019) et Model Annotated Individual Plea Agreement (Mis à jour en dernier lieu le 31 décembre 2018), <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement>.

¹²⁰ Powers (2020_[65]) a également souligné l'importance d'une coopération précoce, qui doit commencer « essentiellement au moment même où l'entreprise se voit notifier l'ouverture de l'enquête pénale ».

¹²¹ Contribution du Canada.

¹²² « Mais trop d'intervention des tribunaux sape l'efficacité des accords de négociation de peine, car elle introduit de l'insécurité des négociations. Ainsi, il devrait y avoir une certaine sorte de « dialogue » entre l'autorité de la concurrence et les tribunaux ».

¹²³ Les accords d'entente sont considérées comme « internationales » lorsque deux entreprises participant à l'infraction au moins ont leur siège dans des pays différents, quelle que soit la couverture géographique des activités de l'entente.

¹²⁴ Dans le document OCDE (2012_[62]) le Canada a fait observer que « les autorités opérant dans un pays où l'autorité chargée des poursuites est civile ou administrative peuvent être confrontées à des défis supplémentaires en matière de partage d'informations de ceux d'une autorité opérant dans un pays où l'autorité chargée des poursuites est pénale, s'il existe une possibilité que les informations servent à solliciter des peines d'emprisonnement à l'encontre d'une personne physique ».

¹²⁵ (OCDE, 2005_[2]), Annexe 2 – pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur les ententes injustifiables.

Nonobstant cette limitation, il a été noté que « dans certains cas, les autorités pénales nationales peuvent contraindre l'autorité de la concurrence à divulguer les informations reçues d'une autorité poursuivante étrangère » (voir OCDE (2013, p. 135_[61])).

¹²⁶ Contribution des États-Unis.

¹²⁷ Voir également OCDE (2005, p. 38_[2]) : cela a été confirmé par la Cour d'appel canadienne à propos de la convention d'entraide judiciaire conclue entre les États-Unis et le Canada (« La Cour a confirmé que la Convention n'exige pas une « double incrimination » de l'« infraction ». La Convention institue plutôt une obligation de donner effet à des demandes concernant certaines « infractions » telles que définies dans la Convention, et de fournir certaines formes d'assistance également définies dans la Convention, sous réserve de diverses stipulations limitées ») ; et OCDE (2012, p. 216_[62]) (contribution de la Nouvelle-Zélande).

¹²⁸ Article IX de l'Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/01/15/311076.pdf>.

¹²⁹ Dans cette affaire qui a fait date, le DoJ a poursuivi au pénal douze entreprises et quatorze personnes physiques, dont onze cadres qui ont été condamnés à une peine d'emprisonnement (voir Hammond (2010_[52])).

Voir l'accord de négociation de peine, *United States v Dr. Kuno Sommer*, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/10/sommer.pdf>.

¹³⁰ DoJ (2020), communiqué de presse « Former Air Cargo Executive Extradited From Italy for Price-Fixing », 13 janvier 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-air-cargo-executive-extradited-italy-price-fixing>.

¹³¹ DoJ (2020), communiqué de presse « Extradited Former Automotive Parts Executive Pleads Guilty of Antitrust Charge », 3 mars 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/extradited-former-automotive-parts-executive-pleads-guilty-antitrust-charge>.

¹³² DoJ (2019), communiqué de presse « More Charges Announced in Ongoing Investigation into Bid Rigging and Fraud Targeting Defense Department Fuel Supply Contracts for U.S. Military Bases in South Korea - Two Additional Companies Agree to Plead Guilty and Enter into Civil Settlements; Indictment Against Seven Individuals Unsealed », 20 mars 2019, <https://www.justice.gov/opa/pr/more-charges-announced-ongoing-investigation-bid-rigging-and-fraud-targeting-defense>.

¹³³ Le pays recevant une demande d'extradition n'est pas nécessairement le pays d'origine du fugitif ou le pays dont il est ressortissant, mais pourrait également être le pays où le fugitif est situé (même temporairement).

¹³⁴ Voir, par exemple, la tentative initiale avortée qui a été faite par les États-Unis pour extraditer M. Ian Norris du Royaume-Uni (*Norris v Government of the United States of America and others* [2008] UKHL 16) (Stephan, 2008, pp. 11-16_[26]).

¹³⁵ DoJ (2020), communiqué de presse « Extradited Former Automotive Parts Executive Pleads Guilty to Antitrust Charge », 3 mars 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/extradited-former-automotive-parts-executive-pleads-guilty-antitrust-charge>.

¹³⁶ Affaire C-191/16, *Romano Piscioti v Bundesrepublik Deutschland*, arrêt du 10 avril 2018, ECLI:EU:C:2018:222.

¹³⁷ Les incitations incluent également « *la pression qu'ils ressentent du fait d'objectifs de performance ambitieux* ».

¹³⁸ Pour une revue des facteurs augmentant l'efficacité d'un régime de sanctions pénales, voir OCDE (2005, pp. 28-29_[2]).

¹³⁹ En Nouvelle-Zélande, le Commerce (Criminalisation of Cartels) Amendment Act 2019 a été adopté en avril 2019 et n'entrera en vigueur qu'en avril 2021 (voir <https://www.mbie.govt.nz/business-and-employment/business/competition-regulation-and-policy/reviews-of-the-commerce-act-1986/criminalisation-of-cartels-2018/>).

¹⁴⁰ Un autre moyen d'obtenir l'adhésion consiste à se concentrer sur des affaires concernant des produits vendus ou des services fournis aux consommateurs.

Bibliographie

- Abry-Diaw de Baye, K. (2020), « EU: The criminalisation of competition law breaches - Another attempt to square the circle? », *Concurrences Review*, vol. N° 1-2020/Art. N° 92669, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2020/international/kane-abry-diaw-de-baye>. [96]
- Barker, D. et B. Reeves (1977), « The Paper Label Sentences: A Critique », *The Yale Law Journal*, vol. 86, pp. 619-644, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6406&context=yjlj>. [95]
- Barnett, T. (2006), *Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model*, [6] <https://www.justice.gov/atr/speech/criminal-enforcement-antitrust-laws-us-model>.
- Beaton-Wells, C. (2016), *Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence - Le dilemme de la clémence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)7/fr/pdf). [23]
- Beaton-Wells, C. et F. Haines (2010), « The Australian Conversion: How the Case for Cartel Criminalisation was Made », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 1/4, pp. 499-521, https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0004/1676047/BeatonWellsandHainesHowtheCaseforCartelCriminalisationwasmade20112.pdf. [67]
- Beaton-Wells, C. et C. Parker (2013), « Justifying Criminal Sanctions for Cartel Conduct: A Hard Case », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1/1, pp. 1-22, <http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jns009>. [21]
- Beaton-Wells, C. et C. Tran (dir. pub.) (2015), *Leniency Theory and Complex Realities, Draft of: Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities*, Hart Publishing, <https://ssrn.com/abstract=2537470>. [15]
- Becker, G. (1968), « Crime and Punishment: an Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76/2, pp. 169-217, <http://www.jstor.org/stable/1830482>. [12]
- Burnier Da Silveira, P. (dir. pub.) (2017), *Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*, Wolters Kluwer. [38]
- Burnier Da Silveira, P. (dir. pub.) (2017), *New Competition Policy in Mexico*, Wolters Kluwer. [86]
- Burnier Da Silveira, P. et W. Kovacic (dir. pub.) (2019), *The 'Car Wash Operation' in Brazil*, Wolters Kluwer. [46]

- Calliari, M. (2015), « Criminalization of Cartels and Leniency: An Exercise in Complexity », [29]
CPI Antitrust Chronicle, vol. September 2015 (1),
<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/CalliariSep-151.pdf>.
- Coffee Jr., J. (1992), « Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models-And What Can Be Done About It », [69]
The Yale Law Journal, vol. 101, pp. 1875-1893,
<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol101/iss8/5>.
- Connor, J. (2016), *Lutte à l'échelon mondial contre les ententes internationales : Introduction succincte et résumé*, [19]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)9/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)9/fr/pdf).
- Connor, J. et R. Lande (2012), « Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays », [94]
Cardozo Law Review 34, pp. 427-484, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1917657>.
- Dau-Schmidt, K. (1984), « Sentencing Antitrust Offenders: Reconciling Economic Theory with Legal Theory », [93]
William Mitchell Law Review, vol. 9, pp. 75-100,
<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/873>.
- Delrahim, M. (2019), *Wind of Change*: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs*, [48]
<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.
- Ducci, F. (2018), « Cartel Criminalization in Europe: Addressing Deterrence and Institutional Challenges », [11]
Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 51/1,
<https://ssrn.com/abstract=3285405>.
- Duke, A., J. Duns et B. Sweeney (dir. pub.) (2015), *Criminalizing Cartels: A Global Trend*, [7]
Edward Elgar, <https://ssrn.com/abstract=2288871>.
- Easterbrook, F. (1985), « Detering Antitrust Damages », [92]
Journal of Law and Economics, vol. 28/2, pp. 445-467, <https://doi.org/10.1086/467094>.
- Geradin, D. (2013), « Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils », [47]
Journal of Antitrust Enforcement,
<https://ssrn.com/abstract=2241452>.
- Ginsburg, D. (2018), « Posner on Antitrust Remedies: The Good, the Bad, and the Very Ugly », [90]
The Antitrust Source, vol. October,
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/2018-2019/atsource-october2018/oct18_ginsburg_10_18f.pdf.
- Ginsburg, D. et C. Cheng (2019), « The Decline in U.S. Criminal Antitrust Cases: ACPERA and Leniency in an International Context », [36]
George Mason Law & Economics Research Paper, vol. No. 19-31, <https://ssrn.com/abstract=3460091>.
- Gorecki, P. (2018), « Cartel Sentencing in Ireland: Criminal Standards of Proof, But Civil Sanctions », [89]
MPRA Paper 89817, University Library of Munich, Germany,
https://mpra.ub.uni-muenchen.de/89817/1/MPRA_paper_89817.pdf.
- Green, S. (2007), *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford. [88]

- Grenfell, M. (2012), « The Canada's Federal Court calls for tougher criminal sentences for infringing cartel criminal offences (Maxzone) », *e-Competitions*, vol. September 2012/Art. N° 72329, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2012/The-Canada-s-Federal-Court-calls>. [60]
- Groupe de travail du RIC sur les cartels (2015), *Relationship between Competition Agencies and Public Procurement Bodies*, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/public-procurement-relationships/>. [97]
- Hammond, S. (2010), *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades*, <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. [52]
- Harding, C. (2012), « Hard Core Cartel Conduct as Crime: The Justification for Criminalisation in the European Context », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3/2, pp. 139-153, <http://dx.doi.org/doi/10.1177/203228441200300204>. [20]
- Himes, J. et M. Perez (2019), « Blowing the Whistle on the Lack of Antitrust Whistleblower Protection », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. August 2019, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/08/CPI-Himes-Perez.pdf>. [50]
- Ince, S. et G. C. (2008), *The Marine Hose Cartel: A New Era in International Co-operation*, <https://www.mondaq.com/uk/Criminal-Law/57462/The-Marine-Hose-Cartel-A-New-Era-In-International-Co-Operation>. [64]
- Jones, A. et W. Kovacic (2019), « Fighting Supplier Collusion in Public Procurement: Some Proposals for Strengthening Competition Law Enforcement », *Competition Policy International, Antitrust Chronicle* April, <https://ssrn.com/abstract=3375632>. [87]
- K&L Gates (2020), *Russian Competition Regulators, Mount Up: Russian Authorities Crack Down on Anti-Competitive Agreements With Uptick in Criminal Liability for Antitrust Violations*, <https://www.jdsupra.com/legalnews/russian-competition-regulators-mount-up-44910/>. [30]
- Klawiter, D. (2019), « U.S. Cartel Investigations: The Next Big Thing? », *Competition Policy International* August, <https://www.competitionpolicyinternational.com/u-s-cartel-investigations-the-next-big-thing/>. [53]
- Kovacic, W. et al. (dir. pub.) (2016), « Criminal enforcement of competition law: Implications of US experience », *Concurrences Review*, vol. N° 2-2016/Art. N° 78515, <http://ssrn.com/abstract=2782090>. [24]
- Kovacic, W. et al. (dir. pub.) (2016), « Individual criminal sanctions in France », *Concurrences Review*, vol. N° 2-2016/Art. N° 78515, <http://ssrn.com/abstract=2782090>. [31]
- Kovacic, W. et al. (dir. pub.) (2016), « Introduction », *Concurrences Review*, vol. N° 2-2016/Art. N° 78515, <http://ssrn.com/abstract=2782090>. [45]

- Landes, W. (1983), « Optimal Sanctions for Antitrust Violations », *University of Chicago Law Review*, vol. 50, pp. 652-678, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2543&context=journal_articles. [16]
- Lobel-Lastmann, N. (2008), « The UK Court of Appeal’s judgment in the Marine Hoses cartel shows the interplay between UK criminal investigation and US plea agreement (Whittle / Allison & Brammar) », *e-Competitions Bulletin*, vol. November 2008/Art. N° 23525, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/november-2008/the-uk-court-of-appeal-s-judgment-in-the-marine-hoses-cartel-shows-the-en>. [63]
- Lowe, P., M. Marquis et G. Monti (dir. pub.) (2013), *Quis custodiet ipsos custodes? Assessing the Judicial Role in a Lawful System of Competition Enforcement*, Hart Publishing. [91]
- Meurer, M., W. Kovacic et R. Marshall (2018), « Serial Collusion by Multi-Product Firms », *Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper*, vol. 18/18, <https://ssrn.com/abstract=3235398>. [85]
- Morphet, L. et N. Hlatshwayo (2017), « South Africa: The Criminalisation of Cartel Conduct », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8/1, pp. 36-40, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw056>. [32]
- Norton Rose Fulbright (2016), *Competition World, 2e trimestre*, <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/competition-world--q2-2016.pdf?la=en&revision=b9603d3d-536c-458f-b475-8a7cc9c2836b>. [28]
- O’Loughlin, P. (2016), « The Criminal Enforcement of Antitrust Law – The Importance of Building an Enforcement Culture and How To Create It », *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 5/1, pp. 116-145, <http://dx.doi.org/10.14324/111.2052-1871.065>. [68]
- OCDE (2020), *OECD Competition Trends 2020*, <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>. [1]
- OCDE (2019), *2018 Annual Report on Competition Policy Developments in Denmark*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2019\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2019)7/en/pdf). [43]
- OCDE (2019), *Examen de la Recommandation de 1998 de l’OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/examen-de-la-recommandation-ocde-de-1998-concernant-une-action-efficace-contre-les-ententes-injustifiables.htm>. [18]
- OCDE (2019), *Fighting Bid Rigging in the Procurement of Public Works in Argentina*, <http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-procurement-public-works-Argentina-EN-web.pdf>. [80]
- OCDE (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*, <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm>. [42]

- OCDE (2019), *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0452>. [4]
- OCDE (2018), *2017 Annual Report on Competition Policy Developments in Israel*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2018\)9/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2018)9/en/pdf). [44]
- OCDE (2018), *Défis et coordination des programmes de clémence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/fr/pdf). [54]
- OCDE (2018), *Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia*, <http://www.oecd.org/daf/competition/pecuniary-penalties-competition-law-infringements-australia-2018.htm>. [41]
- OCDE (2018), *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Greece*, <http://oe.cd/clp-gr>. [78]
- OCDE (2018), *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Brazil*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)13/en/pdf). [33]
- OCDE (2018), *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Canada*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)25/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)25/en/pdf). [56]
- OCDE (2018), *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Chile*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)3/en/pdf). [57]
- OCDE (2018), *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Mexico*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)9/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)9/en/pdf). [75]
- OCDE (2018), *Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Russian Federation*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2018\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2018)24/en/pdf). [55]
- OCDE (2016), *Sanctions in Antitrust Cases*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf). [74]
- OCDE (2015), *Annual Report on Competition Policy Developments in the Netherlands*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2016\)34/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2016)34/en/pdf). [39]
- OCDE (2014), *Droit et politique de la concurrence en Roumanie - Examen par les pairs*, <http://www.oecd.org/daf/competition/Romania-Competition-Law-Policy-2014-FR.pdf>. [82]
- OCDE (2014), *Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia, A Secretariat Report on Colombian Procurement Laws and Practices*, <https://www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-colombia.htm>. [81]
- OCDE (2014), *Synthèse de l'audition consacrée au renforcement de la coopération dans la mise en oeuvre du droit de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/enhanced-enforcement-cooperation.htm>. [58]
- OCDE (2013), *Asia-Pacific Competition Update, vol. 8, janvier*, https://www.oecd.org/daf/competition/OECD_NEWSLETTER_8_final.pdf. [49]

- OCDE (2013), *Coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence: Rapport du Secrétariat sur l'enquête de l'OCDE et du RIC consacrée à la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence*, [61]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Coopérationinternationale2013.pdf>.
- OCDE (2012), *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, [62]
<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>.
- OCDE (2012), *OECD Roundtable on Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, DAF/COMP/GF(2012)16, [70]
<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>.
- OCDE (2012), *Procedural Fairness and Transparency*, [77]
<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/50235955.pdf>.
- OCDE (2012), *Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, [76]
<http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>.
- OCDE (2010), *Collusion and Corruption in Public Procurement*, [83]
<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf>.
- OCDE (2009), *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, [79]
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/ententes/42340181.pdf>.
- OCDE (2006), *Plea Bargaining*, [59]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2007\)38/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2007)38/en/pdf).
- OCDE (2006), *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, [35]
<https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.
- OCDE (2005), *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, [2]
<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/35863307.pdf>.
- OCDE (2004), *Annual Report on Competition Policy Developments in Israel, January 2003 – April 2004*, [84]
<https://www.oecd.org/israel/34720615.pdf>.
- OCDE (2003), *Cartel Sanctions against Individuals*, [14]
<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>.
- OCDE (2003), *Les ententes injustifiables : Progrès récents et défis futurs*, Éditions OCDE, Paris, [9]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264101838-fr>.
- Pedersoli (2018), *The Development of Antitrust Enforcement in Italy and the Benefits of an Effective Antitrust Compliance*, [27]
<https://pedersoli.it/wp-content/uploads/2018/02/Newsletter-EN-Antitrust-Enforcement-and-Compliance.pdf>.
- Posner, R. (2010), *Economic Analysis of the Law*, 8e édition, Aspen Publishers. [73]

- Posner, R. (1980), « Optimal Sentences for White-Collar Criminals », *American Criminal Law Review*, vol. 17/4, pp. 409-418, https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1843/. [72]
- Powers, R. (2020), *The State of Criminal Antitrust Enforcement in 2020*, [65]
<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-powers-delivers-remarks-state-criminal>.
- Samuel, G. (2009), *Cartel reform and compliance with the Trade Practices Act*, [37]
<https://www.accc.gov.au/system/files/Cartel%20reform%20and%20compliance%20with%20the%20Trade%20Practices%20Act.pdf>.
- Sokol, D. (2019), « Reinvigorating Criminal Antitrust? », *William & Mary Law Review*, vol. 60, [25]
p. 1546, <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol60/iss4/12>.
- Stephan, A. (2017), « An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation », *Legal Studies*, vol. 37/4, pp. 621-646, <https://doi.org/10.1111/lest.12165>. [22]
- Stephan, A. (2008), « The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba? », *CCP Working Paper*, vol. 08/19, [26]
<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-19.pdf>.
- Strange, B. (2019), « Romano Piscioti v Bundesrepublik Deutschland: Increased Risk of Extradition for EU Citizens after Involvement in US Cartels », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10/2, pp. 89-90, [66]
<http://dx.doi.org/https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy085>.
- Trebilcock, M. et E. Iacobucci (2010), « Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, pp. 455-471, [40]
<http://lawcommons.luc.edu/luclj/vol41/iss3/5>.
- Werden, G. (2009), « Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime », *European Competition Journal*, vol. 5/1, pp. 19-36, <http://dx.doi.org/10.5235/ecj.v5n1.19>. [5]
- Werden, G., S. Hammond et B. Barnett (2011), *Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States since 1999*, <https://www.justice.gov/atr/file/518331/download>. [71]
- Whelan, P. (2017), *Competition Law and Criminal Justice*, [13]
https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/news/Paper_Dr_Peter_Whelan.pdf.
- Whelan, P. (2014), *The Criminalization of European Cartel Enforcement, Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford University Press. [34]
- Whelan, P. (2013), « Cartel Criminalization and the Challenge of 'Moral Wrongfulness' », [10]
Oxford Journal of Legal Studies, vol. 33/3, pp. 535-561,
<http://dx.doi.org/10.1093/ojls/gqt010>.
- Wils, W. (2013), « Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement », [3]
Journal of Antitrust Enforcement, vol. 1/1, pp. 52-81, <https://ssrn.com/abstract=2176309>.

- Wils, W. (2006), « Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice », *World Competition*, vol. 29/2, <https://ssrn.com/abstract=883102>. [17]
- Wils, W. (2005), « Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 28/2, <https://ssrn.com/abstract=684921>. [8]
- Zimmer, D. (2016), « Individual sanctions in German competition law: The case for a criminalisation of antitrust offences? », *Concurrences Review*, vol. N° 2-2016/Art. N° 78515, <http://ssrn.com/abstract=2782090>. [51]

Bibliographie supplémentaire

- Amato, J. et K. Goldstein (2019), *Is it Per Se Unconstitutional to Apply the Per Se Rule in a Criminal Antitrust Prosecution?*, <https://www.winston.com/en/competition-corner/is-it-per-se-unconstitutional-to-apply-the-per-se-rule-in-a-criminal-antitrust-prosecution.html>.
- Beaton-Wells, C. (2011), « Australia’s Criminalisation of Cartels: Will It be Contagious? », *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, <https://ssrn.com/abstract=3403894>.
- Commission européenne (2014), Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : « Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003: bilan et perspectives », COM/2014/0453 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0453&from=FR>.
- Connor, J., A. Foer et S. Udwin (2010), « Criminalizing Cartels: An American Perspective », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 1, n° 2, pp. 199-217, <https://doi.org/10.1177/203228441000100207>.
- Davies, S., F. Mariuzzo et P. Ormosi (2018), « Quantifying the Deterrent Effect of Anticartel Enforcement », *Economic Inquiry*, vol. 56, n° 4, pp. 1933-1949, <https://ssrn.com/abstract=3240837>.
- Ghosal, V. et D. Sokol (2014), « The Evolution of U.S. Cartel Enforcement », *The Journal of Law & Economics*, vol 57, n° 3, pp. S51-S65, www.jstor.org/stable/10.1086/676070.
- Ginsburg, D. (2010), « The Future of Behavioral Economics in Antitrust Jurisprudence », *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-future-of-behavioral-economics-in-antitrust-jurisprudence/>.
- Griffin, J. (2003), *The Modern Leniency Program after Ten Years – « A Summary Overview of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program »*, <https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>.

- Groupe de travail du RIC sur les ententes (2006), *Co-operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*, <https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006.pdf>.
- Groupe de travail du RIC sur les ententes (2005), *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties*, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_BuildingBlocks.pdf.
- Hammond, S. (2004), *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>.
- Harding, C. (2006), « Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels », *Critical Criminology*, vol. 14, pp. 181-205, <https://doi.org/10.1007/s10612-006-9000-6>.
- Jones, A., R. Anderson et W. Kovacic, « Preventing Corruption, Supplier Collusion and the Corrosion of Civic Trust: A Procompetitive Program to Improve the Effectiveness and Legitimacy of Public Procurement », *George Mason Law Review*, <https://ssrn.com/abstract=3289170>.
- Mariniello, M. (2013), *Do European Union fines deter price-fixing?*, <https://bruegel.org/2013/05/do-european-union-fines-deter-price-fixing/>.
- Mariuzzo, F., P. Ormosi et Z. Majied (2019), *Public and Private Sanctions: The Case of Cartels*, <https://ssrn.com/abstract=3315305>.
- McAdams, R. et T. Ulen (2008), « Behavioral Criminal Law and Economics », *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper* n° 440, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1299963>.
- Mosunova, N. (2015), « An Examination of Criminalization of Russia's Anti-Bid Rigging Policy », *Russian Law Journal*, vol. 3, n° 4, <https://www.russianlawjournal.org/jour/article/viewFile/117/113.pdf>.
- Muraca, C. (2018), « Cultural and Political Forces in the Criminalization of Cartels: A Case Study on the Chilean Experience », *World Competition*, vol. 41, n° 4, pp. 579-602, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/RenderPDF?file=Journals//WOCO//WOCO2018031.pdf>.
- OCDE (2014), *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence*, <https://www.oecd.org/daf/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm>.
- Parker, C. (2012), « Economic Rationalities of Governance and Ambiguity in the Criminalization of Cartels », *British Journal of Criminology*, vol. 52, pp. 974-996, <https://ssrn.com/abstract=2336827>.

Paukštė, R. (2020), *Competition law enforcement in public procurement markets: recent national investigations and trends in the EU*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=efe671c6-810d-4670-8fd2-957a5434b701>.

Powers, R. (2020), *A Matter of Trust: Enduring Leniency Lessons for the Future of Cartel Enforcement*, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-richard-powers-delivers-remarks-13th-international>.

Reeves, A. et M. Stucke (2011) « Behavioral Antitrust », *Indiana Law Journal*, vol. 86, n° 4, <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol86/iss4/7>.

Remaly, B. (2020), *Enforcers differ on whether and why leniency is declining*, <https://globalcompetitionreview.com/article/1214885/enforcers-differ-on-whether-and-why-leniency-is-declining>.

Schkade, D., C. Sunstein et D. Kahneman (1999), « Do People Want Optimal Deterrence? », *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 77*, <https://ssrn.com/abstract=166168>.

Smuda, F. (2012), « Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law », *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 12-050*, <https://ssrn.com/abstract=2118566>.