

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

Annule & remplace le même document du 31 mai 2023

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

**L'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en
matière d'ententes – Note de référence**

- rédigée par le Secrétariat -

13 juin 2023

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de référence lors de la 137e réunion du Groupe de travail n° 3 du 13 juin 2023.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne représentent pas nécessairement le point de vue officiel de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents portant sur ce thème sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/competition/the-future-of-effective-lenieny-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-ententes.htm>

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco
[Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03521548

L'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes*

Les programmes de clémence constituent un puissant outil de détection pour les autorités de la concurrence. Au cours de la période 2015-2021, dans les juridictions de l'OCDE, le nombre de demandes de clémence a chuté de 58 %, une tendance qui peut être observée dans la plupart des régions. La présente note examine si et dans quelle mesure la baisse des demandes de clémence peut représenter une menace pour la répression des ententes et s'interroge sur les raisons qui peuvent expliquer cette tendance à la baisse. Elle s'intéresse également à l'influence positive des outils de détection complémentaires, tels que les systèmes de filtrage ou de lanceurs d'alerte, sur l'efficacité des programmes de clémence. Elle conclut qu'il est essentiel de disposer d'un large éventail d'outils de détection tant réactifs que proactifs (pour éviter de dépendre excessivement des programmes de clémence), associés à des sanctions sévères, et d'assurer leur cohérence avec d'autres instruments du droit de la concurrence ainsi qu'avec les politiques dans des domaines autres pour garantir l'efficacité de la détection et de la répression des ententes.

* La présente note a été élaborée par Gaetano Lapenta (spécialiste de la concurrence à la Division de la concurrence de l'OCDE) et enrichie des commentaires d'Ori Schwartz, Antonio Capobianco, Paulo Burnier, et Aura García Pabón, également de la Division de la concurrence de l'OCDE. Elle servira de document de référence lors des discussions de la session de juin 2023 du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi du Comité de la concurrence de l'OCDE : « *The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels* » (« Pour des programmes de clémence efficaces : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes »), <https://www.oecd.org/competition/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-ententes.htm>. Les opinions exprimées et les arguments développés dans ce document sont ceux de leur auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

Table des matières

L'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes	2
1. Introduction	5
2. La clémence hier et aujourd'hui : tendances récentes	6
3. Les facteurs qui peuvent expliquer la baisse des demandes de clémence	10
3.1. L'impact du temps sur les programmes de clémence	10
3.2. Effet de dissuasion général et recours excessif aux programmes de clémence	13
3.3. L'impact de l'action privée	14
3.4. Le risque de sanctions pénales	20
3.5. Les coûts liés à la charge administrative	23
3.6. Complexité des ententes et prévisibilité de la procédure de clémence	24
3.7. L'impact des transactions sur les demandes de clémence	27
3.8. Les enquêtes impliquant plusieurs juridictions et les risques posés par le manque de coordination des programmes de clémence	28
3.9. L'articulation de différents domaines de politique publique	29
4. L'avenir de la détection : au-delà des programmes de clémence	32
4.1. Faciliter les plaintes	34
4.2. Le filtrage des ententes	35
4.3. Renforcer les compétences internes des autorités en matière d'économie numérique	37
4.4. Les systèmes de lanceurs d'alerte	40
4.5. Une coopération internationale étroite pour améliorer la détection des ententes	41
5. Conclusions	44
Notes	46
Bibliographie	49
Graphiques	
Graphique 2.1. Nombre de juridictions de l'OCDE dotées d'un programme de clémence (1978 - 2021)	6
Graphique 2.2. Nombre total de demandes de clémence, par région (2015-2021)	7
Graphique 3.1. Nombre de demandes en fonction de l'ancienneté du programme de clémence dans les juridictions de l'OCDE	11
Graphique 3.2. Évolution des demandes de clémence dans une sélection de juridictions	17

Graphique 4.1. Méthodes volontaristes et réactives de détection des ententes	34
--	----

Encadrés

Encadré 3.1. Protéger les déclarations de clémence et les informations confidentielles contre leur divulgation devant les tribunaux	16
Encadré 3.2. La garantie d'une réparation intégrale dans d'autres sphères de politique publique : les Fair Funds du droit américain des valeurs mobilières	20
Encadré 3.3. Pénalisation des comportements anticoncurrentiels	21
Encadré 3.4. Initiatives récentes des autorités pour réduire la charge administrative des demandeurs de clémence	24
Encadré 3.5. Améliorer les caractéristiques intrinsèques des programmes de clémence : la transparence et la prévisibilité	26
Encadré 3.6. Modèles de guichet unique : l'exemple du Traité international de coopération en matière de brevets (PCT) pour les demandes sommaires, et les systèmes de marqueurs pour les ententes internationales	28
Encadré 3.7. La coordination des autorités répressives compétentes pour des faits répréhensibles distincts commis par des entreprises	31
Encadré 4.1. Les programmes de clémence sous l'angle de l'économie comportementale	33
Encadré 4.2. Le filtrage numérique au service de la détection des pratiques de soumission concertée	36
Encadré 4.3. Exemples d'autorités de la concurrence qui se sont dotées d'équipes spécialisées dans les nouvelles technologies pour détecter les comportements anticoncurrentiels	39
Encadré 4.4. Concevoir des systèmes de récompense pour les dénonciateurs : exemples récents aux États-Unis	41
Encadré 4.5. L'échange spontané de renseignements pour détecter les infractions fiscales	42

1. Introduction

1. Les programmes de clémence constituent un puissant outil pour les autorités de la concurrence en ce qu'ils permettent à la fois de renforcer la dissuasion en matière d'ententes en mettant à mal la confiance entre leurs membres et en déstabilisant les accords, et de faciliter les poursuites en portant à l'attention des autorités des comportements anticoncurrentiels secrets et des éléments de preuve. Les critères de réussite de ces programmes, que certains auteurs appellent « les 6 C », font l'objet d'un large consensus (Volpin et Chokesuwattanaskul, 2023^[1]). Il s'agit de (i) la clarté, (ii) la réciprocité des obligations (une limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités et un devoir de coopération totale du côté de l'entreprise), (iii) la crédibilité (de la menace de détection indépendamment de toute demande de clémence), (iv) la confidentialité, (v) la coopération et la coordination entre autorités et (vi) le contexte et la culture.

2. Malgré le large consensus sur ces critères et plusieurs réformes visant à les mettre en œuvre, le nombre de demandes de clémence a considérablement fléchi entre 2015 et 2021. Dans les juridictions de l'OCDE, le repli est de 58 %, et l'examen par région (Asie-Pacifique, Europe, Amérique latine et Caraïbes, Moyen-Orient et Afrique) confirme cette tendance. Ces derniers temps, les demandes de clémence sont reparties à la hausse dans certaines juridictions, mais il est encore trop tôt pour déterminer s'il s'agit d'une réelle inversion de la tendance baissière ou d'un événement ponctuel, non significatif sur le plan statistique.

3. Le nombre de demandes de clémence n'est certes qu'un indicateur très imparfait de l'efficacité des programmes de clémence, mais la (forte) dépendance des autorités de concurrence à leur égard amène à se demander si et dans quelle mesure la tendance à la baisse observée représente une menace pour la répression des ententes.

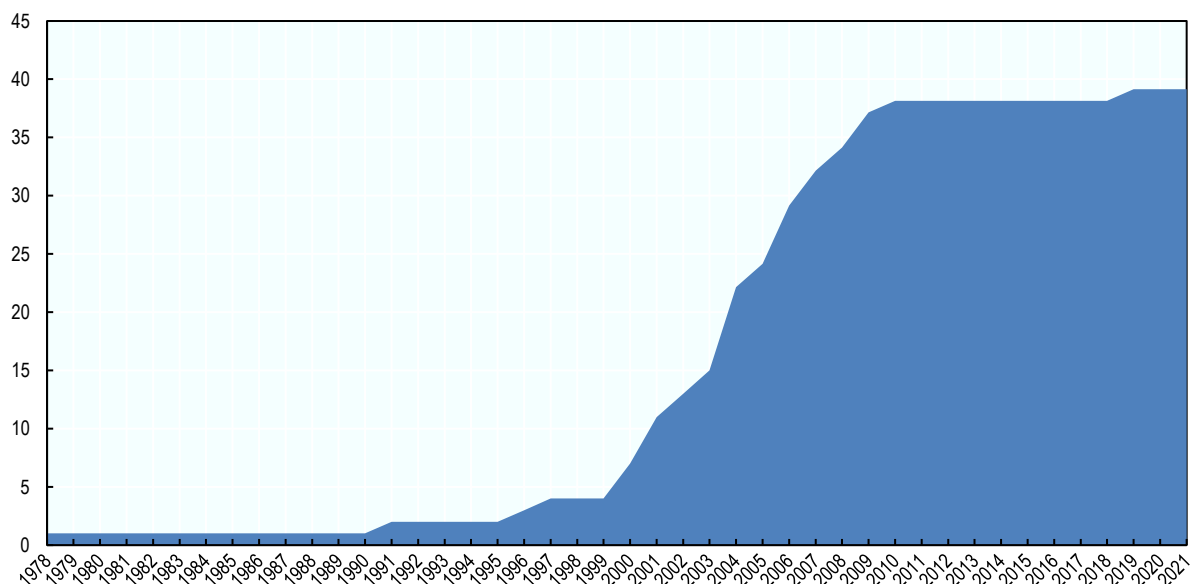
4. La présente note de référence entend répondre à trois questions :

- L'efficacité des programmes de clémence a-t-elle diminué depuis 2015, et dans quelle mesure la baisse des demandes de clémence constitue-t-elle une menace pour la répression des ententes ? (**Section 2.**)
- Quelles sont les raisons qui peuvent expliquer la baisse des demandes de clémence ? (**Section 3.**)
- Comment des outils de détection complémentaires (tels que les systèmes de filtrage des ententes ou de lanceurs d'alerte) peuvent-ils avoir un effet positif sur l'efficacité des programmes de clémence et compenser la baisse du nombre de demandes de clémence ? (**Section 4.**)

2. La clémence hier et aujourd'hui : tendances récentes

5. Les juridictions sont de plus en plus nombreuses à disposer d'un programme de clémence (Graphique 2.1).

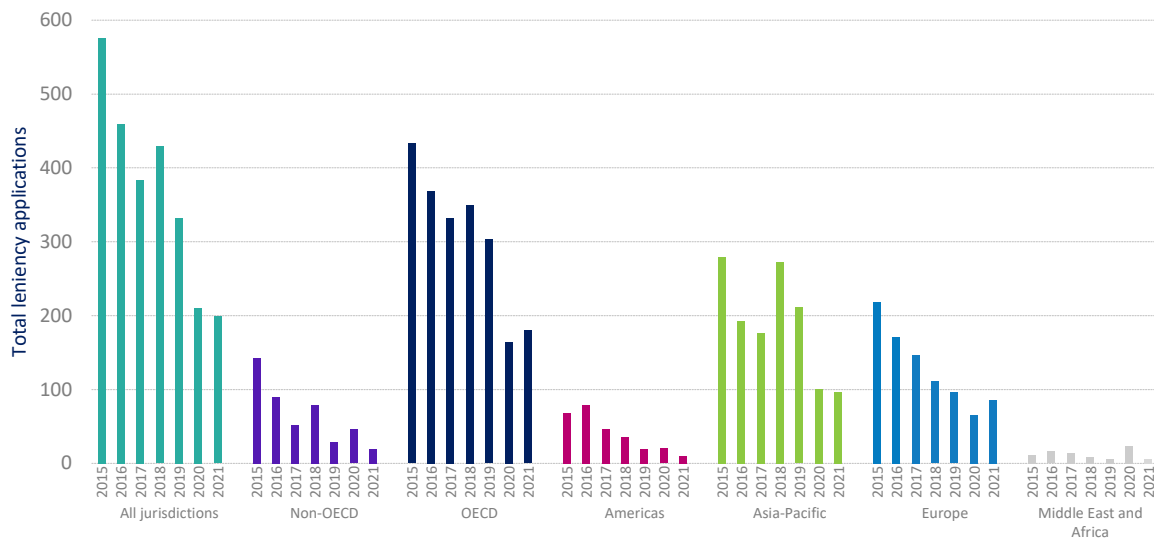
Graphique 2.1. Nombre de juridictions de l'OCDE dotées d'un programme de clémence (1978 - 2021)



Source : (OCDE, 2022^[2]).

6. Pourtant, au niveau mondial, le nombre de demandes de clémence a connu une **forte baisse** entre 2015 et 2021. Le Graphique 2.2 ci-dessous présente le nombre total de demandes de clémence dans 51 juridictions depuis 2015, regroupées par région ou en fonction de leur appartenance à l'OCDE.

Graphique 2.2. Nombre total de demandes de clémence, par région (2015-2021)



Note : ce graphique inclut les 51 juridictions qui ont fourni des données complètes sur les demandes de clémence aux fins de la base de données CompStats de l'OCDE pour les sept années étudiées et dans lesquelles un programme de clémence est en vigueur. Le nombre de demandes comprend celles effectuées par les premiers demandeurs d'immunité et les demandeurs ultérieurs. Certaines juridictions n'ayant pas communiqué leurs données, le nombre de demandes de clémence par région peut être sous-estimé.

Source : (OCDE, 2022^[2])

7. La tendance mondiale (« toutes juridictions ») affiche une baisse de 65 % sur une période de sept ans. Dans les juridictions de l'OCDE, le nombre de demandes de clémence a reculé de 58 %. Cette tendance se confirme si l'on procède à un examen par région. À l'échelle de l'Europe, la baisse globale est de 60 %. La région Asie-Pacifique a connu une baisse moins régulière, avec un repli global de 65 %, mais d'importants pics d'augmentation en 2018 et 2019, principalement portés par une juridiction. Dans la région Amérique latine et Caraïbes (ALC), la baisse est de 66 % depuis 2015 mais, sur les 13 juridictions dotées d'un programme de clémence, seules trois ont reçu au moins une demande de clémence par an ce qui, plus généralement, pointe une sous-utilisation des programmes de clémence dans la région (OCDE, 2022^[3]). En ce qui concerne les juridictions dans lesquelles au moins une demande de clémence a été faite et qui ont fourni des données aux fins de la base CompStats de l'OCDE (OCDE, 2022^[2]) pour l'ensemble de la période (ce qui exclut donc les juridictions dotées d'un programme de clémence mais qui n'ont pas reçu de demande), dans 82 % d'entre elles, le nombre de demandes de clémence était inférieur en 2021 à celui de 2015.

8. Il convient de noter que la baisse des demandes de clémence s'est amorcée avant la pandémie de Covid-19, le nombre moyen de demandes étant inférieur de 42 % en 2019 par rapport à 2015, bien que la pandémie ait pu accentuer la tendance en jouant sur la détection et les enquêtes (Meester, Garcia Pabon et Westrik, 2023^[4]). Dernièrement, dans certaines juridictions (comme le Brésil, l'UE, l'Italie), les demandes de clémence sont reparties à la hausse (OCDE, 2023^[5]), mais il est encore trop tôt pour déterminer s'il s'agit d'une réelle inversion de la tendance baissière ou d'un événement ponctuel non significatif sur le plan statistique.

9. Les données sur les demandes de clémence par région sont utiles pour comprendre les tendances générales pour l'ensemble des pays mais ne donnent pas d'indications sur leur répartition entre les pays. L'examen des données de la base CompStats de l'OCDE se rapportant aux demandes de clémence dans les pays de l'OCDE (OCDE, 2022^[2]) révèle que seules quatre juridictions n'ont reçu aucune demande de

clémence depuis 2015, tandis que six en ont reçu plus de 100 sur la même période. **En revanche, 70 % des pays de l'OCDE ont reçu moins de 50 demandes au total.**

10. Sous réserve des limites exposées ci-dessous quant à l'utilisation du nombre de demandes comme indicateur de l'efficacité des programmes de clémence, il en ressort deux grandes constatations :

- Le nombre de juridictions de l'OCDE dans lesquelles le programme de clémence n'a donné lieu à aucune demande est très limité.
- On constate cependant de **grandes disparités en ce qui concerne le nombre de demandes de clémence entre les différentes juridictions de l'OCDE**, quelques pays seulement affichant un très grand nombre de demandes de clémence.

11. Les données présentées par le Graphique 2.2 font clairement état d'une tendance à la baisse, dans le monde entier et dans toutes les régions (malgré quelques rares exceptions nationales, telles que mentionnées ci-dessus). Il serait toutefois abusif d'en conclure que les programmes de clémence ne constituent pas un outil de détection efficace. Idéalement, la réussite des programmes de clémence devrait être mesurée à l'aune non seulement du nombre total de demandes de clémence, mais également de la mesure dans laquelle ils contribuent à l'ouverture d'enquêtes et à leur simplification, au renforcement de l'effet de dissuasion et à la diminution de la formation d'ententes. Face à la difficulté de quantifier ces effets et à l'absence de données publiques sur le nombre de demandes de clémence pour chaque décision relative à une entente, **le nombre de demandes de clémence constitue un indicateur plus simple, bien qu'imparfait, pour mesurer la réussite des programmes de clémence.** Il convient de prendre en compte deux éléments :

- la mesure dans laquelle les autorités de concurrence peuvent s'appuyer sur les demandes de clémence dépend également de la **qualité** de ces dernières, et en particulier de la quantité et de la qualité des informations fournies. Si elle est bien étayée, une seule demande de clémence peut modifier la dynamique d'une entente et les enquêtes qui s'ensuivent, mais ces paramètres de qualité ne sont pas pris en compte dans les données ci-dessus.
- La baisse indéniable du nombre de demandes de clémence ne rend compte que partiellement de la réalité. Proportionnellement, la baisse des demandes de clémence a en effet été supérieure à celle du nombre de décisions en matière d'ententes (OCDE, 2022^[2]) ce qui, en théorie, semble indiquer que les programmes de clémence (et les autres outils de détection) ont conduit à une application efficace du droit, avec pour corollaires un renforcement de l'effet de dissuasion et une réduction du nombre d'ententes existantes et non détectées. Toutefois, cette conclusion paraît quelque peu optimiste et difficile à étayer par des données car elle ne tient pas compte d'un autre paramètre, à savoir le nombre d'ententes non détectées. En d'autres termes, alors que les données font état d'une baisse des demandes de clémence, elles ne permettent pas de déterminer avec certitude si les programmes de clémence sont également parvenus à réduire la **proportion d'ententes non détectées**. Bien qu'elles soient basées sur des hypothèses fortes, plusieurs études menées dans l'UE ainsi qu'aux États-Unis semblent indiquer que le ratio d'ententes non détectées est élevé et qu'il s'est montré relativement stable au cours des dernières décennies, ce qui contredit la conclusion (optimiste) selon laquelle la baisse des demandes de clémence serait liée à celle de la proportion d'ententes non détectées.¹

12. Au vu de ces deux réserves, il convient de se demander si la baisse du nombre de demandes de clémence est problématique pour les autorités de concurrence, sachant qu'elles disposent généralement de différents outils de détection, tant proactifs que réactifs.

13. Les programmes de clémence constituent pour les autorités de la concurrence un puissant outil en ce qu'ils permettent à la fois de renforcer la dissuasion en déstabilisant les ententes, et de faciliter les poursuites en portant à l'attention des autorités des comportements anticoncurrentiels secrets et les éléments de preuve qui s'y rapportent. C'est pourquoi certaines juridictions (notamment l'UE, le Royaume-

Uni et le Japon) **s'appuient largement sur les candidats à la clémence** pour détecter les ententes et enquêter sur ces dernières, et un nombre conséquent des affaires dont elles ont eu à connaître ont tiré profit de cet outil (Allen & Overy, 2020^[6]).

14. Ce constat se vérifie également si l'on examine des juridictions spécifiques **sur une longue période**. (Ysewyn et Kahmann, 2018^[7]) ont ainsi analysé les décisions sur des ententes rendues par la Commission européenne entre 2006 (année depuis laquelle la communication de la Commission relative à la clémence s'applique) et 2017 et ont constaté que, à deux exceptions près,² 100 % des enquêtes avaient été diligentées suite à des demandes de clémence. De même, en Espagne, entre 2010 (année de soumission des premières demandes de clémence) et 2022, sur 86 décisions prononcées dans des affaires d'ententes, 36 (soit 42 %) étaient fondées sur des demandes de clémence, auxquelles il convient d'ajouter huit décisions supplémentaires qui reposaient sur des informations concernant d'autres infractions mais recueillies lors de contrôles déclenchés par le dépôt d'une demande de clémence (CNMC, 2022, pp. 3-4^[8]).

15. Dans une enquête menée en 2017 auprès des États membres de l'OCDE, la majorité des répondants considéraient que leur programme de clémence constituait leur **outil le plus efficace** pour détecter les ententes, 57 % le jugeant « très efficace » et 7 % « efficace » (OCDE, 2019^[9]). Il ressort de cette même enquête que la proportion d'ententes détectées suite à des demandes de clémence s'échelonne de 45 à 55 % pour des pays comme le Canada, l'Allemagne, la Corée et la Nouvelle-Zélande, et à 80 % dans l'UE.

16. Le fait que les enquêtes sur les ententes résultent largement de demandes de clémence ne signifie pas nécessairement que d'autres types d'instruments n'ont pas leur importance. D'un côté, il se peut que l'introduction de programmes de clémence incite les autorités à **se désintéresser des affaires non liées à la clémence pour se concentrer sur celles qui reposent sur la clémence**, ces dernières étant moins gourmandes en ressources (notamment sur le plan des efforts de détection) et ne nécessitant pas d'initiative en amont. Mais d'un autre côté, cela n'implique pas nécessairement que la répression reposant sur d'autres outils de détection ait perdu de son intérêt. Certains auteurs avancent en effet que la baisse du nombre d'affaires non liées à des demandes de clémence pourrait être le fruit d'un programme de clémence efficace qui serait parvenu à réduire le nombre d'ententes (Harrington et Chang, 2015, p. 419^[10]). L'interaction avec des instruments autres que les programmes de clémence est un facteur non négligeable étant donné qu'elle influe sur la réussite du programme de clémence en incitant les entreprises à se manifester (voir la sous-section 3.2 ci-dessous).

17. Toutefois, les autorités de la concurrence étant fortement tributaires des demandes de clémence, et bien que d'autres outils de détection puissent être suffisamment puissants pour compenser la baisse de ces dernières, l'ampleur de cette baisse peut constituer une **menace sérieuse** pour la répression des ententes et donc nécessiter d'investir dans d'autres outils de détection (voir la section 4. ci-dessous) et, éventuellement, de réformer les programmes de clémence afin d'assurer leur efficacité dans le temps et de contrer la tendance à la baisse des demandes (voir section 3. ci-dessous).

18. Avant d'aborder ces sujets, il convient toutefois de s'interroger sur les causes sous-jacentes de la baisse des demandes de clémence.

3. Les facteurs qui peuvent expliquer la baisse des demandes de clémence

19. La section 2. ci-dessus a révélé qu'à l'échelle mondiale, la plupart des juridictions connaissent une baisse du nombre de demandes de clémence. Bien que cette baisse ne mette pas nécessairement en péril la répression des ententes dans la mesure où d'autres outils de détection sont suffisamment efficaces pour la compenser, le fait que les autorités s'appuient si largement sur les demandes de clémence laisse à craindre que, au moins à court terme, la baisse des demandes de clémence se révèle problématique pour la détection des ententes et les enquêtes en la matière.

20. La présente section s'intéresse aux facteurs qui peuvent expliquer cette baisse ainsi qu'aux mesures prises par les juridictions pour inverser la tendance. Il importe de préciser d'emblée qu'aucun de ces facteurs, pris individuellement, n'est suffisamment significatif pour expliquer à lui seul une baisse des demandes de clémence. **C'est plutôt leur conjonction, ainsi que les spécificités de chaque juridiction, qui contribue à déterminer les tendances.**

3.1. L'impact du temps sur les programmes de clémence

21. Les programmes de clémence constituent un puissant outil de détection. Cependant, une fois mis en place, il peut s'écouler un certain temps avant que l'autorité commence à recevoir des demandes de clémence et qu'elle puisse en tirer parti et en faire un complément utile aux autres outils de détection. En effet, tant les autorités que les entreprises doivent apprendre à manier ce nouvel instrument, et peser le pour et le contre en s'attachant à divers éléments, au-delà même du programme de clémence proprement dit. Une fois que l'autorité commence à s'appuyer sur son programme de clémence, **l'efficacité de ce dernier n'est pas stable dans le temps** ; elle peut varier pour différentes raisons, notamment parce que la réussite du programme de clémence conduit parfois à détourner les ressources limitées des autorités des autres outils de détection.

22. Les entreprises trouvent des moyens d'éviter la défection des participants à l'entente. Leur inclination et leur réticence à se manifester varient en fonction du taux de détection des autorités au fil du temps, de la probabilité perçue par les entreprises d'être sanctionnées, et de l'évolution du cadre juridique dans son ensemble.

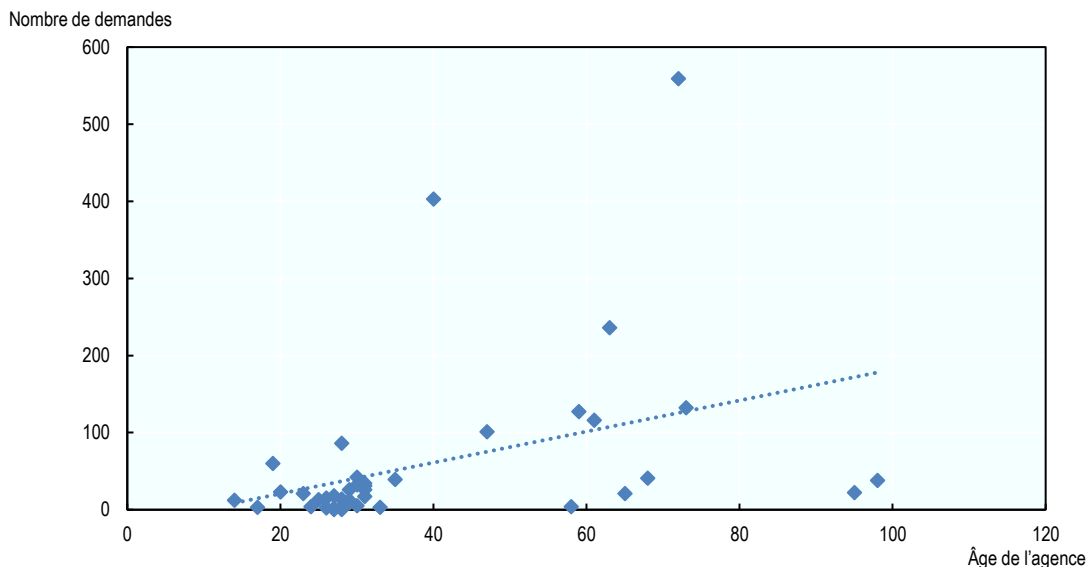
23. À long terme, la réussite du programme de clémence peut se traduire par un accroissement du nombre de décisions en matière d'ententes fondées sur des demandes de clémence et inciter les autorités à affecter une plus grande part de leurs ressources limitées aux affaires résultant du programme de clémence plutôt que d'investir dans d'autres types d'outils de détection. La menace d'une détection sur le long terme s'en trouve ainsi réduite, ce qui peut affecter la propension des entreprises à demander la clémence.

24. Les données disponibles permettent-elles de dégager un cycle de vie commun aux programmes de clémence dans les différentes juridictions ?

25. Les données issues des *Tendances de l'OCDE sur la concurrence* semblent aller dans le sens d'une corrélation entre le nombre de demandes et l'ancienneté du programme de clémence, ce qui indique qu'une fois mis en place, il peut falloir un certain temps pour que ce type de programme devienne un complément utile aux autres outils de détection.

26. Le Graphique 3.1 ci-dessous s'appuie sur les données fournies par les juridictions de l'OCDE et présente le nombre de demandes en fonction de l'ancienneté du programme de clémence.

Graphique 3.1. Nombre de demandes en fonction de l'ancienneté du programme de clémence dans les juridictions de l'OCDE



Note : le graphique a été réalisé à partir des données sur le nombre de demandes de clémence communiquées par les pays de l'OCDE pour la période 2015-2021.

Source : (OCDE, 2022^[2]) (OCDE, 2022^[3]).

27. Bien que la prudence s'impose en raison de l'échantillon limité de juridictions et de données, le nombre de demandes de clémence semble être faible lors de l'introduction du programme, connaître une hausse entre 12 et 24 ans à compter de son introduction, puis diminuer à nouveau. Plus précisément, l'âge moyen du programme des 20 juridictions qui présentent le nombre le plus élevé de demandes de clémence se situe entre 14 et 17 ans, tandis qu'il est de 6 ans pour les programmes de clémence les moins productifs (en utilisant le nombre de demandes comme indicateur, imparfait, de l'efficacité du programme). Ce constat se vérifie si l'on examine de plus près certaines régions. Dans la région ALC, le nombre de demandes de clémence est ainsi supérieur dans les juridictions dont le programme de clémence date de plus de 10 ans, tandis que les programmes mis en place depuis moins de 10 ans produisent généralement un nombre relativement faible de demandes (moins de cinq) (OCDE, 2022, p. 28^[3]).

28. L'une des explications possibles serait que les programmes de clémence donnent lieu à un nombre important de demandes dès lors que le temps écoulé depuis leur entrée en vigueur a permis aux autorités et aux entreprises de se familiariser avec leur fonctionnement, et que les entreprises ont pu

acquérir une confiance suffisante dans la manière dont l'autorité traite les demandes et les informations. Lorsqu'ils sont introduits pour la première fois, ils **constituent en effet un instrument de détection nouveau et puissant, qui vient s'ajouter à l'arsenal d'outils dont dispose l'autorité, sans affecter immédiatement l'efficacité des autres outils de détection et les ressources qui leur sont consacrées**. Ce dernier point a son importance étant donné que la propension des entreprises à se prévaloir de la clémence dépend également du risque qu'elles encourent d'être reconnues coupables et sanctionnées par une amende si elles renoncent à se manifester et à coopérer. En d'autres termes, l'efficacité du programme de clémence (en utilisant le nombre de demandes comme indicateur imparfait de cette efficacité) dépend également de **l'efficacité des autres outils de détection**, qui n'est pas d'emblée affectée par l'introduction du programme de clémence.

29. En revanche, à plus long terme, la situation est susceptible d'évoluer. Après un certain temps, les demandes de clémence peuvent diminuer pour différentes raisons.

30. La raison peut en être que la réussite du programme conduit les autorités à y recourir de manière croissante pour leurs enquêtes, avec pour effet de réorienter les ressources, limitées, consacrées à des outils de détection non liés à la clémence/proactifs (Harrington et Chang, 2012^[11]). Si, en conséquence, la perception générale qu'ont les entreprises de la probabilité d'être détectées et sanctionnées par une amende diminue, leur motivation à se manifester et à demander la clémence peut s'en trouver sapée.

31. Une autre explication (optimiste) serait qu'à long terme, les programmes de clémence renforcent la dissuasion, entraînant ainsi une baisse du nombre d'ententes. À cet égard, (Miller, 2009^[12]) a étudié l'impact des programmes de clémence sur la détection et la dissuasion en matière d'entente et examiné l'évolution des demandes de clémence et des ententes sur une longue période de mise en œuvre du programme de clémence à destination des entreprises du ministère de la Justice américain. L'auteur s'est appuyé sur des informations tirées de la pratique décisionnelle des États-Unis sur une période de 20 ans pour tenter de déterminer si le nombre d'ententes mises au jour avait augmenté immédiatement après l'introduction des programmes de clémence. Il a de fait constaté une **augmentation immédiate du nombre d'ententes découvertes**, ce qui correspond à une amélioration des capacités de détection apportée par cet outil réactif. Pour vérifier la pertinence de sa conclusion, il s'est ensuite intéressé aux facteurs susceptibles de fausser ce résultat, notamment la nature conjoncturelle du contentieux traité par le ministère américain de la Justice, l'affectation du budget de la Division Antitrust et les amendes infligées, et a déterminé que l'intégration de ces variables ne modifiait pas le résultat.

32. Cette conclusion semble corroborer l'hypothèse exposée ci-dessus selon laquelle l'introduction de programmes de clémence renforce (plus ou moins) immédiatement les capacités de détection, sans affecter d'emblée les ressources consacrées à d'autres outils de détection tels que les enquêtes d'office ou l'examen préalable des ententes, ni leur efficacité. L'effet global sur les capacités de détection est donc positif.

33. Qu'en est-il à long terme ? (Miller, 2009^[12]) a cherché à déterminer si le nombre d'ententes mises au jour dans le cadre des programmes de clémence diminuait après un certain temps. Il a constaté qu'après un pic suite à leur introduction, les chiffres revenaient rapidement à leurs niveaux précédents. Selon lui, ce constat parle en faveur d'un renforcement de l'effet de dissuasion et montre que le programme de clémence a atteint l'objectif affiché de réduire la formation d'ententes. Cette conclusion est toutefois assortie d'une réserve de taille qui empêche d'en généraliser la pertinence. Ce modèle théorique déduit la quantité d'ententes non découvertes des données se rapportant aux ententes effectivement découvertes (une mesure imparfaite puisqu'elle part de l'hypothèse que les ententes découvertes sont en quelque sorte représentatives du nombre total d'accords anticoncurrentiels).

34. La deuxième conclusion concernant le scénario à long terme nécessite donc un examen plus approfondi. La question qui se pose est la suivante : sur la base des données disponibles, peut-on affirmer (et dans quelles conditions) qu'à long terme les programmes de clémence entraînent une diminution du

nombre de demandes de clémence parce qu'ils renforcent l'effet de dissuasion et réduisent les taux d'ententes ?

35. (Harrington et Chang, 2015^[10]) ont tenté d'y répondre et de déterminer si les programmes de clémence avaient pour effet de renforcer la dissuasion et de réduire le nombre d'ententes, ce qui pourrait théoriquement expliquer la baisse du nombre de demandes de clémence constatée par (Miller, 2009^[12]) et corroborée par le Graphique 2.2. Ils en ont conclu que **les programmes de clémence avaient bien pour effet de réduire le taux d'ententes lorsqu'ils n'affectaient pas le recours aux outils autres que la clémence**. En revanche, dès lors que l'on intègre l'intensité du recours à ces autres outils (en tant que facteur endogène), les programmes de clémence peuvent porter les taux d'ententes à la baisse ou à la hausse, suivant la mesure dans laquelle les demandes de clémence rognent les ressources affectées par les autorités à la conduite d'affaires non liées à la clémence. La décision de se manifester étant influencée par un certain nombre de facteurs, et notamment par la probabilité générale d'être démasqué et condamné, **l'utilisation des outils autres que la clémence est essentielle** pour renforcer la motivation à se prévaloir du programme de clémence (voir la section 3.2 ci-dessous).

36. Un autre facteur pourrait expliquer l'évolution du nombre de demandes au fil du temps, à savoir le **processus d'essais et d'échecs** inhérent à la conception des programmes de clémence. Une fois les programmes mis en place, les autorités doivent contrôler leur efficacité et déterminer s'il conviendrait de procéder à des ajustements pour tenir compte d'aspects culturels, de l'évolution de la propension à se manifester, des modifications intervenues dans le cadre juridique général, ainsi que des pratiques et tendances internationales.³ Il peut falloir un certain temps pour que ces ajustements deviennent effectifs et produisent des résultats concrets, ce qui aura une incidence sur le nombre de demandes de clémence à long terme.

37. En résumé, à la lumière des données des *Tendances de l'OCDE sur la concurrence* et de la littérature citée, il semble qu'il existe une corrélation positive entre l'ancienneté du programme de clémence et le nombre de demandes, du moins pendant un certain temps. Lorsqu'ils sont mis en place, ces programmes offrent aux autorités un outil de détection puissant sans affecter immédiatement les autres outils de détection dont elles disposent. Le délai entre leur mise en place et l'arrivée de demandes de clémence peut dépendre de plusieurs facteurs, notamment de la connaissance du programme par les entreprises et de la confiance qu'elles lui portent, ainsi que de la crédibilité de l'autorité et de l'intensité de la répression. La littérature semble moins concluante sur les raisons pour lesquelles le nombre de demandes de clémence diminue à long terme. Parmi les éléments (liste non exhaustive) qui peuvent expliquer l'évolution du nombre de demandes figurent un effet dissuasif accru qui se traduit par une diminution du nombre d'ententes (Miller, 2009^[12]), le processus d'essais et d'échecs qui conduit à apporter des correctifs au programme au fil du temps, ou le fait que les autorités se reposent de manière excessive sur le programme de clémence, au détriment d'autres outils de détection, ce qui influe sur la probabilité que les entreprises soient démasquées, et donc sur leur motivation à solliciter l'immunité (Harrington et Chang, 2015^[10]).

3.2. Effet de dissuasion général et recours excessif aux programmes de clémence

38. L'inclination des entreprises à demander la clémence dépend, entre autres, de leur perception de la menace d'être démasquées et lourdement sanctionnées. Cette perception est elle-même tributaire de plusieurs facteurs, parmi lesquels :

- la réputation de sévérité de l'autorité dans son application du droit ; et
- l'efficacité des outils de détection autres que les programmes de clémence, tels que les mécanismes de filtrage et les différentes méthodes d'enquête d'office.

39. **La réputation de sévérité et d'indépendance de l'autorité dans son application du droit** est difficile à mesurer car elle est fonction non seulement de l'intensité de son activité de répression (avec des marqueurs comme le nombre de décisions portant sur des ententes, le nombre et le montant des amendes infligées), mais également de la perception de sa puissance et de sa crédibilité dans le cadre institutionnel plus large. Se forger une telle réputation prend du temps et nécessite le soutien large et continu tant du législateur que de la société, sachant que le temps ne suffit pas à lui seul à se bâtir une réputation, et qu'il se peut parfaitement qu'une autorité établie de longue date soit peu sévère et ne bénéficie que d'un faible soutien. L'âge de l'instance n'en reste pas moins un indicateur possible (bien que très imparfait) pour déterminer si l'autorité est ou non bien établie dans le cadre institutionnel plus large. Sans vouloir en tirer un lien de causalité direct, la mise en regard du nombre de demandes et de l'âge des autorités de la concurrence indique que ces dernières reçoivent leurs premières demandes après 12 à 14 ans d'existence et que leur nombre augmente avec l'ancienneté de l'autorité.

40. Le deuxième facteur susmentionné qui joue sur la propension des entreprises à solliciter la clémence est lié à **la probabilité d'être démasquées et de se voir infliger une amende**, même en l'absence de toute demande de clémence.

41. Les moyens financiers et humains des autorités de la concurrence sont limités. Les paramètres du volet clémence (par exemple, le nombre de demandes de clémence reçues par l'autorité) ont un impact significatif sur l'affectation de ces moyens, à savoir sur le nombre d'agents assignés aux poursuites ou sur le budget alloué au traitement des affaires qui font suite à des demandes de clémence par rapport à celles qui ne résultent pas de telles demandes. Les autorités n'ayant pas la main sur le nombre de demandes de clémence qu'elles reçoivent, **un programme de clémence qui porte ses fruits et qui suscite donc de nombreuses demandes peut phagocyter les ressources limitées des autorités au détriment d'autres outils de détection non liés à la clémence** (par exemple, les enquêtes d'office).

42. Plusieurs études ont démontré que l'existence d'un programme de clémence, dès lors que les ressources mobilisées pour les affaires de clémence sont comparables à celles qui le sont pour les autres affaires (et que les sanctions sont faibles) entraîne une hausse de la formation d'ententes en augmentant la charge de travail de l'autorité (en portant à son attention des affaires supplémentaires sans qu'il soit nécessaire de déployer immédiatement de nouvelles ressources, contrairement aux autres outils de détection qui nécessitent un personnel volontariste) et affaiblit la répression dans les affaires non liées à la clémence en les évinçant (Harrington et Chang, 2012^[11]). En d'autres termes, le programme de clémence peut devenir son propre bourreau (**victime de son succès**) et, à long terme, voir sa propre efficacité amoindrie en raison de la réduction des moyens consacrés aux outils de détection des affaires non liées à la clémence.

43. En somme, le **recours excessif au programme de clémence** au détriment d'autres outils de détection peut avoir pour conséquence fâcheuse d'amoindrir l'effet général de dissuasion et, partant, de nuire à l'efficacité du programme de clémence. En revanche, le fait que l'autorité soit perçue comme une instance indépendante, sévère dans son application du droit, qui détecte efficacement les ententes et inflige de lourdes amendes, même en l'absence de demande de clémence, aura une incidence positive sur l'efficacité du programme de clémence.

3.3. L'impact de l'action privée

44. L'action privée permet aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de saisir les tribunaux afin d'obtenir réparation pour le préjudice subi. Ces actions peuvent avoir une incidence négative sur l'inclination des membres d'une entente à solliciter l'immunité d'amendes administratives et pénales, et ce de deux façons : en augmentant le risque de divulgation d'informations commerciales qui peuvent être utilisées dans un contentieux privé, et en relevant le montant global des conséquences financières au titre des actions publiques et privées.

45. Le **risque** principal auquel font face les candidats à la clémence est que, alors qu'ils bénéficient de l'immunité d'amendes vis-à-vis de l'instance publique, ils soient **condamnés par les tribunaux à verser des dommages-intérêts**. Pour le candidat à la clémence, ce risque est accru par rapport aux autres membres de l'entente car il n'a généralement pas intérêt à faire appel de la décision de l'autorité de la concurrence, dont le caractère définitif interviendra donc plus tôt à son égard qu'à l'égard des parties qui décideront de faire appel, ce qui en fait la première cible, ainsi que la plus facile, des demandes de dommages et intérêts dont il est conjointement et solidairement responsable avec d'autres membres de l'entente. (RIC, 2019, p. 9^[13]) Le document (OCDE, 2015^[14]) relevait que, si le fait d'être plus facilement la cible d'actions en dommages et intérêts est la conséquence directe de la participation au programme de clémence, les candidats qui envisagent de demander la clémence auraient moins intérêt à le faire. Les législateurs s'efforcent donc de **limiter la responsabilité civile des demandeurs de clémence**. Dans l'UE par exemple, les demandeurs ne sont pas conjointement et solidairement responsables des autres participants à l'entente, et ne sont solidairement responsables du préjudice qu'à l'égard de leurs acheteurs directs ou indirects, ou à l'égard d'autres parties lésées dans la mesure où les autres entreprises impliquées dans l'infraction ne peuvent pas assurer une réparation intégrale aux victimes.⁴ De même, aux États-Unis, la loi de 2004 relative au renforcement des sanctions pénales en matière d'infractions au droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004) limite la responsabilité des demandeurs de clémence au montant du dommage (réel), et les exonère donc du triplement des dommages et intérêts. Plus récemment, en 2022, le Brésil a supprimé pour les demandeurs de clémence l'obligation de payer des dommages et intérêts doubles prévue pour les participants à une entente,⁵ tandis que la Colombie a exclu la responsabilité conjointe des demandeurs de clémence admis, limitant par le même fait leur responsabilité au montant du préjudice causé par leur participation à l'entente.⁶

46. Indépendamment de la responsabilité globale finale des demandeurs de clémence, les dommages et intérêts résultant d'actions privées comportent le risque (certes moindre) que des entreprises agissant en qualité de plaignants obtiennent **communication des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence**. Les plaignants peuvent en effet requérir des tribunaux qu'ils ordonnent la production des documents soumis à l'appui de la demande de clémence (qui peuvent être utiles pour évaluer les responsabilités et quantifier le préjudice et les surcoûts entraînés par l'entente). Le risque tient au fait que les déclarations faites lors de la demande de clémence peuvent contenir des informations non seulement sur les infractions commises par les autres participants à l'entente, mais également sur celles commises par le demandeur lui-même, ainsi que des informations sur ses discussions internes, ses stratégies commerciales et tarifaires, ses décisions de gestion, ses réseaux d'approvisionnement, etc. En d'autres termes, les plaignants peuvent choisir de se servir des actions privées en dommages et intérêts pour obtenir la divulgation des déclarations de clémence et ainsi se renseigner sur le comportement et les stratégies de l'entreprise visée.

47. La *Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* de 2019 incite à la **protection des déclarations de clémence contre toute divulgation** de manière à assurer un juste équilibre entre l'action publique et les actions privées et à préserver les incitations à solliciter la clémence. Sur la base de ces considérations, certains législateurs refusent l'accès aux déclarations de clémence aux fins des actions en dommages et intérêts.

Encadré 3.1. Protéger les déclarations de clémence et les informations confidentielles contre leur divulgation devant les tribunaux

Afin d'éviter d'empiéter sur une enquête en cours et de préserver la disposition à fournir des preuves, y compris des documents incriminant l'auteur d'une demande de clémence, l'article 6, paragraphe 6 de la Directive UE relative aux actions en dommages et intérêts exempte les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence de toute production devant un tribunal pour les besoins d'une action en dommages et intérêts.

L'article 5, paragraphe 1, de la directive fixe d'autres limites à la divulgation d'informations confidentielles, hors déclarations de clémence. Le 20 juillet 2020, la Commission européenne a adopté une Communication relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures sur l'initiative de la sphère privée qui identifie les mesures permettant de protéger ces informations lorsque les juridictions nationales font face à une demande de production de telles informations. Parmi ces mesures figurent l'occultation, les cercles de confidentialité, la désignation d'experts et les audiences à huis clos. Bien qu'elle ne soit pas contraignante, cette Communication fournit des orientations aux juridictions nationales pour atteindre le juste équilibre entre le droit d'accéder aux éléments de preuve nécessaires et la nécessité de protéger les informations confidentielles (Strouvali & Pantopoulou, 2021).

Source : article 6, paragraphe 6 de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (ci-après la Directive UE relative aux actions en dommages et intérêts) ; RIC (2019). Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions - Sous-groupe n° 2 du Groupe de travail sur les ententes ; Communication de la Commission relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures sur l'initiative de la sphère privée, JO C 242, 22.7.2020, p. 1–17, Strouvali, K., & Pantopoulou, E. (2021). Balancing Disclosure and the Protection of Confidential Information in Private Enforcement Proceedings: The Commission's Communication to National Courts. *Journal of European Competition Law & Practice*

48. Toutefois, bien que ce cadre fournisse aux demandeurs de clémence certaines garanties quant à l'utilisation de leurs déclarations de clémence à leur encontre, elle ne les protège pas totalement. Même si l'accès aux déclarations de clémence peut être interdit en tant que tel, les autorités de la concurrence disposent d'une certaine discrétion pour décider de ce qu'elles considèrent comme relevant du secret professionnel ou du secret des affaires et des informations qui peuvent être figurées dans la décision finale. En outre, après un certain temps, plus court que les délais de prescription applicables aux actions en dommages et intérêts, les informations sont généralement considérées comme historiques et comme ayant perdu leur caractère secret ou confidentiel, à moins que l'auteur de la demande d'immunité ne démontre le contraire.⁷ Enfin, certains législateurs ont opté pour un modèle différent qui ne limite pas la divulgation des documents, ce qui permet aux plaignants d'accéder à l'ensemble du dossier constitué par l'autorité, y compris aux informations communiquées dans le cadre du programme de clémence.⁸

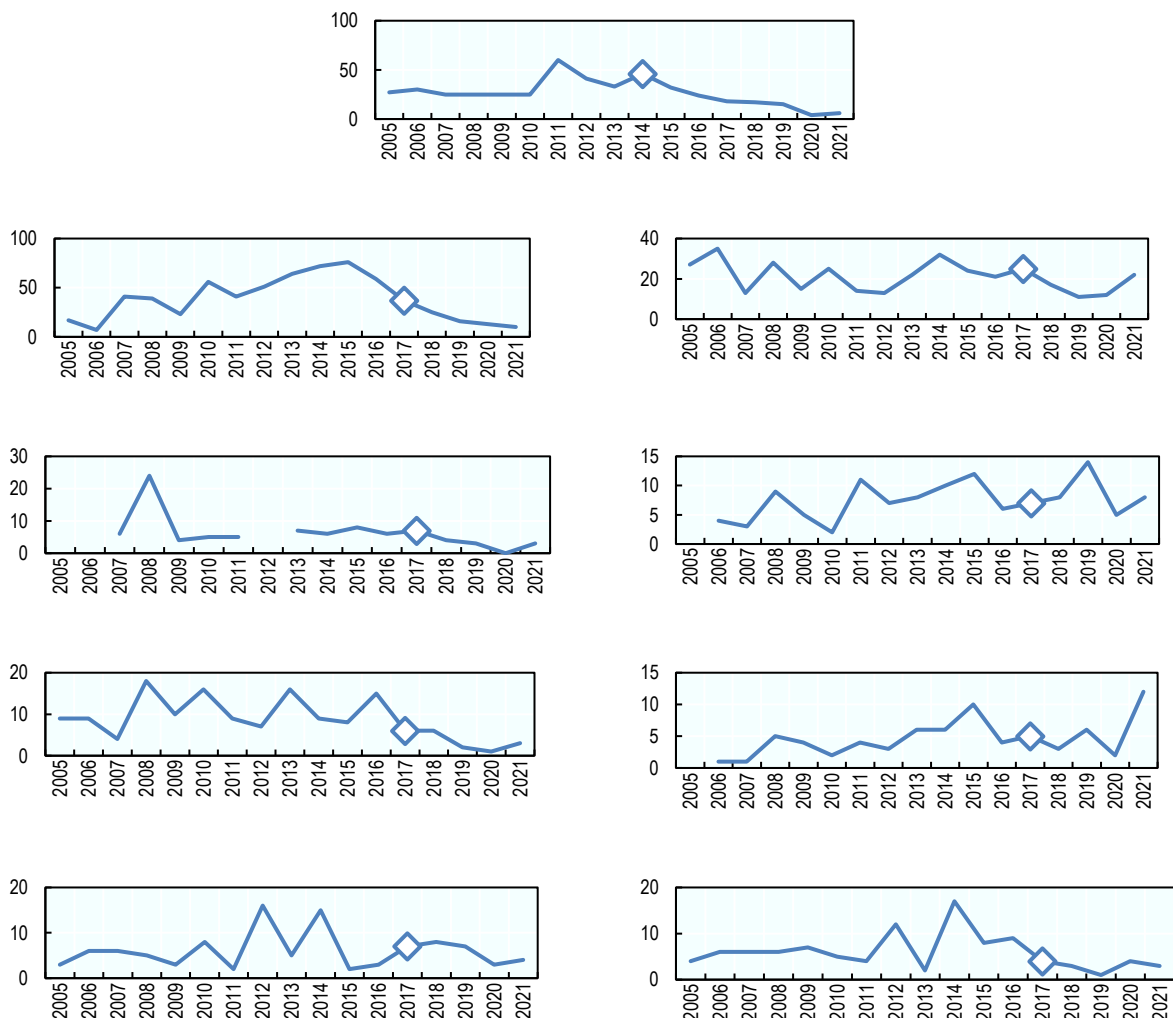
49. À la lumière des risques potentiels encourus par les candidats à la clémence abordés ci-dessus ainsi que des solutions retenues par les législateurs, il est permis de supposer, à première vue, que les participants à une entente tiennent compte des frais de justice potentiels et des dommages et intérêts pouvant résulter d'actions privées lorsqu'ils décident de soumettre ou non une demande de clémence. Même lorsque les dommages et intérêts résultant d'actions privées sont limités pour les demandeurs de clémence (par le biais, par exemple, d'une exclusion de la responsabilité conjointe et solidaire, ou de dommages et intérêts limités au montant du préjudice, sans possibilité de triplement), il reste qu'ils peuvent se révéler coûteux et entraîner des procédures longues et complexes.

50. **L'hypothèse selon laquelle la possibilité d'actions privées aurait une incidence négative sur l'efficacité des programmes de clémence** (mesurée à l'aide des demandes de clémence ou de la détection et de la dissuasion en matière d'ententes) est-elle confirmée par des études empiriques ? L'examen des 20 juridictions qui, d'après (OCDE, 2022^[2]), ont connu le plus grand nombre de demandes de clémence révèle que pour 11 d'entre elles, la tendance globale est en net repli sur la période 2007-2020, et que 16 affichent une baisse entre 2015 et 2020.

51. Le Graphique 3.2 présente l'évolution des demandes de clémence dans les neuf dernières juridictions à avoir introduit les actions privées parmi les 20 juridictions qui ont connu le plus grand nombre de demandes de clémence. Sur le graphique, le point indique l'année d'introduction des actions privées.

Graphique 3.2. Évolution des demandes de clémence dans une sélection de juridictions

Juridictions (au sein de l'UE) ayant récemment introduit les actions privées parmi les 20 premières juridictions (en nombre de demandes de clémence).



Source : (OCDE, 2022, p. 48^[2])

52. Après avoir introduit les actions privées, la majorité de ces neuf juridictions ont fait face à une baisse du nombre de demandes de clémence, bien que les données disponibles ne permettent pas d'établir un lien de causalité. Pour certaines juridictions, cette baisse s'est amorcée avant l'entrée en vigueur des actions privées (même si cela peut être dû au délai entre l'adoption de la Directive européenne relative aux actions en dommages et intérêts et sa transposition dans les systèmes juridiques nationaux), tandis que d'autres ont connu une baisse à court terme suivie d'une hausse des demandes de clémence. De manière plus générale, ces chiffres suggèrent, à tout le moins, que d'autres facteurs ont probablement contribué à la baisse des demandes de clémence (OCDE, 2022^[2]). L'examen des juridictions qui, tels les États-Unis, ont connu une baisse similaire au cours de la même période sans avoir modifié récemment leur législation en matière d'actions privées, semble le confirmer.

53. Des études empiriques se sont intéressées de plus près au lien de causalité. (Bodnar et al., 2021^[15]) ont mené une étude expérimentale dans laquelle les sujets placés de manière répétée dans une situation de triopole de Bertrand, avec des biens homogènes, décident de s'entendre sur les prix puis de présenter une demande de clémence. Ils ont envisagé des situations avec et sans actions privées et constaté, de manière empirique, que lorsqu'il devenait possible d'exercer une action privée en dommages et intérêts, les demandes de clémence diminuaient sensiblement (mais pas de manière significative) et que, par conséquent, les ententes devenaient plus stables.

54. Malgré sa nature expérimentale et les hypothèses spécifiques sur lesquelles il repose, cet exercice semble confirmer l'hypothèse initiale, malgré une importante réserve. À quelques exceptions près (voir *infra*), la littérature consacrée à ce sujet ne considère les actions privées que sous la forme d'actions de suite (l'action en dommages et intérêts est portée devant les tribunaux suite à une décision d'une autorité de concurrence concluant à une infraction), et fait abstraction des actions autonomes (qui ne s'appuient pas sur une décision antérieure reconnaissant une infraction).

55. Les actions autonomes peuvent améliorer la détection des ententes et étendre l'activité répressive dans son ensemble en compensant les ressources limitées des autorités ou en s'attaquant à des ententes sur lesquelles les demandeurs à l'action, qui sont directement affectés, disposent d'informations internes que les autorités de la concurrence peuvent ne pas posséder (Knight et Ste. Claire, 2019^[16]). Comme indiqué dans la section 3.2 ci-dessus, la hausse de la détection des ententes non liée à un programme de clémence a un effet positif sur l'incitation des entreprises à demander la clémence. En outre, la probabilité accrue d'être la cible d'actions autonomes, et donc d'encourir des sanctions dont le montant global sera plus important, peut accentuer la dissuasion et les défections, même si cela ne se traduira pas nécessairement par une augmentation des demandes de clémence, notamment de la part des entreprises craignant d'alerter sur leur comportement antérieur (Knight et Ste. Claire, 2019^[16]). Cela servira de fait l'objectif final des programmes de clémence, qui est de limiter la formation d'ententes, par opposition à ce qui serait leur objectif intermédiaire, à court terme, de donner lieu à un nombre élevé de demandes de clémence. L'étude menée par (Knight et Ste. Claire, 2019^[16]) semble indiquer qu'encourager les poursuites civiles sous la forme d'actions autonomes aura une incidence positive sur l'efficacité des programmes de clémence.

56. Qu'en est-il si l'on prend en considération les deux formes d'actions privées en dommages et intérêts ? Les conclusions ci-dessus sur les effets négatifs des actions privées sur les programmes de clémence se confirment-elles ?

57. Comme le relève (Lai, 2021^[17]), bien que l'étude de Knight et Ste. Claire repose sur un modèle dynamique simple de collusion comprenant à la fois des actions de suite et des actions autonomes, elle suppose qu'un participant à une entente sera systématiquement la cible d'actions de suite si l'entente est détectée par les autorités de la concurrence ou suite à une demande de clémence. Or, c'est loin d'être le cas, et les actions de suite restent limitées, notamment dans l'UE. Il n'est donc pas certain que la corrélation positive constatée entre les actions autonomes et les demandes de clémence reste valable si l'on intègre à l'équation le caractère incertain de l'introduction d'actions de suite par les victimes.

58. Pour remédier à cette faiblesse, (Lai, 2021^[17]) propose un modèle qui tient compte à la fois des actions de suite et des actions autonomes, à l'instar de Knight et Ste- Claire, mais qui s'en démarque en supposant que les membres d'une entente peuvent être sanctionnés dans le cadre d'actions publiques ou privées, mais pas (nécessairement) par les deux à la fois. Autrement dit, l'auteur part de l'hypothèse (plus réaliste) que l'introduction d'actions privées est incertaine et que, même lorsqu'une entente est sanctionnée par les autorités ou qu'une entreprise demande la clémence, les victimes peuvent ne pas tenter ensuite une action en dommages et intérêts. Son étude empirique l'amène à conclure que **les actions privées n'entraînent pas une réduction des demandes de clémence dans tous les cas de figure**. Plus précisément :

- En ce qui concerne les **actions de suite**, celles-ci *pourraient* avoir un impact négatif sur les demandes de clémence lorsque le législateur prévoit des incitations sans opérer de distinction quant au défendeur. En revanche, lorsque le législateur incite seulement les victimes à tenter des actions qui ne font pas suite à des demandes de clémence, les entreprises qui ont sollicité la clémence bénéficient en quelque sorte d'un bouclier (ou, à tout le moins, ne se trouvent pas plus exposées aux demandes de dommages et intérêts que les autres participants à l'entente, voir ci-dessus), ce qui réduit le coût d'une demande de clémence pour les membres d'une entente et les incite donc davantage à se manifester.
- Pour ce qui est des **actions autonomes**, (Lai, 2021^[17]) conclut, comme (Knight et Ste. Claire, 2019^[16]), à leur impact positif sur les programmes de clémence grâce à des capacités de détection accrues (ce qui entraîne davantage de demandes de clémence) ou à une dissuasion et une désistance accrues (ce qui réduit la formation d'ententes).
- En ce qui concerne les **actions privées en général**, lorsque le législateur n'opère pas de distinction entre les actions de suite et les actions autonomes, l'impact sur la clémence n'est pas déterminé.

59. Pourtant, à la lumière des cadres juridiques actuels en matière de responsabilité civile des demandeurs de clémence (voir ci-dessus dans cette sous-section) et compte tenu du caractère prédominant des actions de suite par rapport aux actions autonomes, l'idée qui prévaut est que l'action privée a une incidence négative sur la propension à solliciter la clémence et, partant, sur l'efficacité des programmes de clémence (OCDE, 2018, pp. 8-10^[18]) (RIC, 2019^[13]). (Ysewyn et Kahmann, 2018^[7]) relève, eu égard au système de l'UE, qu'alors que les actions privées ont pu renforcer l'effet de dissuasion, le système risque désormais d'être **victime de son propre succès**, avec des entreprises qui préféreront ne pas coopérer plutôt que de s'exposer à des procédures de dommages et intérêts longues et coûteuses.

60. Pour éviter que l'efficacité des systèmes d'actions privées ne sape celle des programmes de clémence, certains auteurs proposent d'accorder aux demandeurs de clémence une immunité totale contre les actions privées en dommages et intérêts, tout en conservant la responsabilité conjointe et solidaire des membres de l'entente qui n'ont pas sollicité la clémence afin de garantir aux victimes, autant que faire se peut, la réparation intégrale de leur préjudice (Buccrossi, Marvao et Spagnolo, 2020^[19]). Toutefois, ces dernières risqueraient alors de ne pas se voir totalement indemnisées si les participants à l'entente ne sont pas en mesure de payer l'intégralité des dommages et intérêts. Pour pallier ce risque, certains auteurs suggèrent de transposer dans le domaine de la concurrence des dispositifs en vigueur dans d'autres domaines, tels que les fonds d'indemnisation (Hornkohl, 2022^[20]).

Encadré 3.2. La garantie d'une réparation intégrale dans d'autres sphères de politique publique : les Fair Funds du droit américain des valeurs mobilières

Afin de garantir l'indemnisation complète des investisseurs lésés par des infractions à la législation sur les valeurs mobilières, la section 308(a) de la loi Sarbanes-Oxley de 2002 a introduit le concept de fonds d'indemnisation dénommés « Fair Funds ».

L'article 7246(a) du 15 US Code est désormais libellé comme suit :

Si, dans le cadre d'une action judiciaire ou administrative intentée par la Commission au titre de la législation applicable aux valeurs mobilières, la Commission obtient le prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne pour violation de ladite législation, ou si cette personne consent, aux fins du règlement du litige, à une telle amende civile, le montant de cette dernière s'ajoute et est intégré, à l'initiative ou sur les instructions de la Commission, à un fonds d'indemnisation ou à tout autre fonds établi au profit des victimes de cette infraction.

Ainsi, la SEC distribue les amendes qu'elle perçoit aux investisseurs lésés par une infraction à la législation sur les valeurs mobilières, une fraude par exemple. Une étude empirique de (Velikonja, 2015) a démontré que ces amendes étaient très efficaces, puisque leur montant correspond au montant moyen obtenu suite à une action collective, et qu'elles ont permis de dédommager les investisseurs plus efficacement que les contentieux privés en matière de valeurs mobilières.

Source :

Velikonja, U. (2015). Public Compensation for Private Harm: Evidence from the SEC's Fair Fund Distributions. *Stanford Law Review*, 67, 331-395. Issu de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400189

Hornkohl, L. (18 février 2022). A Solution to Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds. Issu de *Kluwer Competition Law Blog*: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>

61. En résumé, s'il est possible de réduire **les arbitrages entre actions privées et programmes de clémence** (par exemple, en n'encourageant que certaines actions en dommages et intérêts, en limitant la responsabilité civile des demandeurs de clémence tout en l'aggravant pour les autres membres de l'entente, ou en limitant la divulgation des déclarations de clémence), il est impossible de les écarter totalement. Le choix entre privilégier une réparation intégrale par le biais de l'action privée et renforcer les programmes de clémence relève *in fine* de la **décision des pouvoirs publics**. Plusieurs auteurs semblent plus favorables à la préservation de l'efficacité des programmes de clémence compte tenu de leur contribution significative à l'amélioration de la détection et de la répression des ententes, plutôt qu'à la poursuite d'un objectif de réparation intégrale qui est, de toute façon, difficile à atteindre (Crave, 2015^[21]). En outre, l'indemnisation totale des victimes (potentielles) n'en pâtira pas nécessairement : en préservant l'efficacité des programmes de clémence, la dissuasion est renforcée, ce qui permet de prévenir l'inefficacité de la répartition des ressources induite par les ententes et, partant, d'éviter (directement et en amont) le préjudice pour les consommateurs (Buccirossi, Marvao et Spagnolo, 2020^[19]).

3.4. Le risque de sanctions pénales

62. En 2022, 21 juridictions de l'OCDE prévoient des sanctions pénales pour les comportements anticoncurrentiels, même si leur application et leur portée varient considérablement (voir Encadré 3.3).

Encadré 3.3. Pénalisation des comportements anticoncurrentiels

Dans un nombre croissant de juridictions, certains comportements anticoncurrentiels sont sanctionnés pénalement.

L'incrimination est souvent limitée aux ententes injustifiables ou aux soumissions concertées, au motif que les pratiques soumises à la « règle de raison » ou les restrictions par effet « *ne se prêtent pas à des poursuites pénales* » (Wagner-von Papp, Viros, Zimmer, Kovacic, & Stephan, 2016) car cela risquerait d'abaisser la norme d'incarcération par rapport à d'autres lois pénales (Sokol, 2019).

Si les États-Unis sont le chef de file de la pénalisation des ententes, elle trouve également des adeptes en Europe et ailleurs. Parmi les juridictions qui ont pénalisé les ententes injustifiables figurent, entre autres, l'Afrique du Sud, l'Australie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Estonie, la Fédération de Russie, la France, la Grèce, l'Irlande, Israël, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, Oman, les Philippines, la République Slovaque, la Roumanie, le Royaume-Uni et la Slovénie.

Dans de nombreuses autres juridictions (dont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Finlande, la Hongrie, l'Italie, la Pologne, le Portugal et la Turquie), le champ d'application des sanctions pénales est limité aux soumissions concertées.

Enfin, même dans les systèmes juridiques qui ne prévoient pas de sanctions pénales pour les comportements anticoncurrentiels, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les amendes sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles sont *de facto* de nature pénale.

Source :

Wagner-von Papp, F., Viros, D., Zimmer, D., Kovacic, W., & Stephan, A. (2016). Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges. *Concurrences Review*, 2, 14-44

Sokol, D. (2019). Reinvigorating Criminal Antitrust? *William & Mary Law Review*, 60(4). Issu de <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol60/iss4/12>

OCDE. (2020). Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement - Note de référence du Secrétariat

63. En théorie, l'impact de la pénalisation des ententes sur l'efficacité des programmes de clémence peut être double.

64. Premièrement, les sanctions pénales peuvent **donner « plus de poids au bâton »** en renforçant les incitations à demander la clémence et en rendant ainsi la carotte de l'immunité plus attrayante (Beaton-Wells, 2014_[22]). Lorsque les participants à une entente sont menacés de sanctions pénales, la décision de solliciter la clémence n'est plus un choix d'entreprise résultant d'une mise en balance des intérêts économiques, il devient un choix personnel entre risquer ou non l'emprisonnement, avec la stigmatisation sociale et morale qui y est attachée. Ce risque peut alors renforcer les incitations à demander la clémence dans l'objectif d'échapper à la sévérité d'une telle sanction personnelle. Cela suppose toutefois que les représentants des entreprises aient connaissance des sanctions et les perçoivent comme une menace probable. Or, les données empiriques suggèrent qu'une partie importante du monde des affaires n'a qu'une connaissance très limitée du risque d'emprisonnement lié aux pratiques anticoncurrentielles (Beaton-Wells et Parker, 2012_[23]).

65. Deuxièmement, compte tenu de la stigmatisation sociale attachée aux sanctions pénales, les membres de l'entente qui risquent une peine d'emprisonnement peuvent **se montrer plus vigilants et mettre en place des sanctions strictes en interne** (par exemple, boycott, cessation des relations contractuelles, représailles) pour prévenir les écarts et les défections, parce que les enjeux (personnels)

en cas de détection sont plus lourds. En outre, plusieurs juridictions n'accordent l'immunité contre les sanctions pénales qu'au premier demandeur, ce qui peut dissuader les suivants qui souhaiteraient bénéficier d'une indulgence à l'égard des amendes administratives de fournir des informations précieuses (OCDE, 2018, p. 11^[18]).

66. Au vu de ces deux effets potentiels opposés, comment la pénalisation des ententes et les programmes de clémence s'articulent-ils à la lumière des données empiriques ?

67. En Australie, les chiffres montrent qu'au cours des quatre années qui ont suivi l'introduction, en 2009, de sanctions pénales pour les personnes reconnues coupables d'infractions en matière d'ententes, les demandes de clémence reçues par l'ACCC ont diminué. Bien que cela puisse être dû à une dissuasion accrue de former des ententes (et donc à une diminution du nombre d'ententes à dénoncer), il semble plus probable que, au moins à court terme, l'introduction de sanctions pénales ait en fait stabilisé les ententes existantes (Beaton-Wells, 2014, p. 137^[22]). À l'occasion d'une étude menée au Royaume-Uni, des avocats ont d'ailleurs fait part de leur « *réelle préoccupation que l'infraction pénale dissuade les entreprises de solliciter la clémence* » (Stephan, 2014^[24]). En outre, si l'on considère l'efficacité des programmes de clémence plus largement, au-delà du nombre de demandes, même lorsque les premiers demandeurs sont à l'abri des sanctions pénales, les employés des demandeurs suivants peuvent être moins enclins à coopérer à l'enquête en cours en raison du risque d'emprisonnement (bien qu'atténué) qu'ils courent, en particulier dans les procès devant jury des systèmes de *common law* dans lesquels le jury peut se montrer sceptique face à des témoins qui ont admis leur implication et ont tout intérêt à incriminer d'autres personnes pour échapper à une sanction (plus sévère) (Beaton-Wells, 2017^[25]).

68. Les données empiriques recueillies aux États-Unis semblent indiquer des tendances opposées. Suite à la refonte en 1993 du programme de clémence à destination des entreprises qui a, entre autres, exempté tous les dirigeants, administrateurs et employés qui se manifestaient de poursuites pénales, le nombre de demandes de clémence adressées à la Division Antitrust du ministère de la Justice a été multiplié par vingt (Hammond, 2010^[26]). Bien qu'il soit difficile de mesurer l'influence des différences entre les juridictions et d'autres variables lors de telles comparaisons, les écarts dans les conclusions pourraient être attribuables aux spécificités du droit de la concurrence américain. La nature pénale des manquements aux règles de la concurrence sous-tend l'ensemble du droit américain de la concurrence et traduit la conviction généralisée que ce type de comportement est nocif et que les participants à l'entente méritent d'être traités en graves criminels, « *au même titre que les auteurs de détournements de fonds, de fraudes boursières et autres vols de nature économique* » (Baker, 2011^[27]). L'adoption du nouveau programme de clémence est intervenue à un moment où la répression pénale s'intensifiait aux États-Unis ce qui, conjugué à la perception déjà largement répandue de la nature criminelle de ce comportement, a peut-être stimulé les demandes de clémence. Toutefois, il n'est pas certain que cette perception et cette conscience soient partagées dans d'autres juridictions ce qui, comme indiqué ci-dessus, est susceptible d'influer sur la mesure dans laquelle les sanctions pénales accroissent la propension à se manifester et à solliciter la clémence.

69. La relation entre les régimes pénaux et les programmes de clémence mériterait de faire l'objet d'études et d'une compréhension plus approfondies et, pour l'heure, nous ne disposons **pas d'éléments concluants**. De récents travaux de recherches ont montré que les preuves empiriques soutenant l'hypothèse selon laquelle la pénalisation aurait pour effet d'accroître la quantité ou la qualité des demandes de clémence étaient limitées (Beaton-Wells, 2017^[25]). En dehors de l'exemple américain, certaines données empiriques semblent même suggérer que les sanctions pénales pourraient conduire à une baisse du nombre de demandes de clémence et que les personnes pourraient être moins disposées à coopérer lorsqu'elles encourent des poursuites pénales (même avec une réduction des sanctions) (Beaton-Wells, 2017^[25]) (OCDE, 2022^[28]).

3.5. Les coûts liés à la charge administrative

70. Lorsqu'elles envisagent de demander la clémence, les entreprises tiennent compte non seulement de la probabilité d'obtenir l'immunité d'amendes ou leur réduction, mais aussi des **coûts induits par la demande**. En effet, lorsqu'elles sollicitent l'immunité ou la clémence, les entreprises sont tenues de fournir des preuves et de coopérer avec l'autorité de concurrence. Elles doivent recueillir des éléments attestant de comportements qui peuvent avoir eu lieu plusieurs années auparavant, souvent dans le secret, et interroger des employés, dont certains auront peut-être quitté l'entreprise entre-temps. Ce processus peut impliquer des coûts et des délais importants avant que l'entreprise puisse reprendre ses activités habituelles, en particulier lorsque l'entente visée par l'enquête est complexe, avec éventuellement des procédures relevant de différentes juridictions.

71. Lors d'une enquête menée par l'Autorité de la concurrence française en 2014, 10 % des entreprises et 22 % des avocats ont déploré la lourdeur administrative et les coûts induits par les demandes de clémence (Autorité de la concurrence, 2014^[29]). Le classement par ordre d'importance des principaux freins aux demandes de clémence du point de vue à la fois des avocats et des entreprises révèle que la **lourdeur administrative de la procédure** (formalisme et délais) est le principal obstacle à la formulation d'une demande de clémence (Autorité de la concurrence, 2014, pp. 6-7^[29]). Plus récemment, lors d'une enquête réalisée entre décembre 2019 et mars 2020, 17 % des praticiens et 13 % des autorités de réglementation estimaient qu'au cours des cinq années précédentes, le niveau très élevé de la charge administrative et des obligations de coopération constituait la cause principale de la baisse des demandes d'immunité (Covington/Brussels School of Competition, 2020^[30]).

72. Les autorités de la concurrence ont tenté d'alléger la charge pesant sur les entreprises de différentes manières, qui sont illustrées dans les exemples suivants Encadré 3.4.

Encadré 3.4. Initiatives récentes des autorités pour réduire la charge administrative des demandeurs de clémence

Outil électronique

En 2019, la Commission européenne a introduit un outil sécurisé baptisé eLeniency qui permet aux entreprises de soumettre en ligne des déclarations de clémence et des réponses aux demandes de renseignements, ainsi que des documents et des éléments de preuve. L'outil a été modernisé en 2022 pour que les parties puissent accéder facilement et en toute sécurité au dossier, y compris aux déclarations des entreprises et à d'autres documents qui n'étaient jusqu'alors accessibles que dans les locaux de la Commission.

Agents dédiés

La demande de clémence peut être un processus lourd, en particulier pour les petites entreprises qui n'ont pas nécessairement l'habitude de ce type de procédures et qui ne disposent pas en interne de spécialistes de la concurrence. Pour faciliter le processus, certaines autorités ont créé des postes d'agents chargés de la clémence, qui ont pour mission de fournir des conseils informels et d'échanger avec les personnes qui envisagent de présenter une demande de clémence. Les Pays-Bas se sont dotés d'un agent de clémence en 2006, tandis que la France dispose d'un Conseiller clémence depuis 2011. En 2022, la Commission européenne a également créé la fonction d'agent de clémence, qui constitue le premier point de contact pour les demandeurs potentiels de clémence. Les conseils informels fournis par ces agents seront particulièrement utiles en cas de comportement nouveau ainsi que lorsque le demandeur potentiel n'est pas certain que son comportement puisse faire l'objet d'une demande de clémence.

Source : *Pratiques anticoncurrentielles : La Commission améliore l'outil eLeniency pour permettre aux entreprises d'accéder en ligne aux documents relatifs à la clémence et à la transaction* (communiqué de presse de la Commission européenne, 30 septembre 2022) ; Foire aux questions (FAQ) de la Commission européenne sur la clémence (version mise à jour en octobre 2022).

73. La hausse des coûts administratifs, également portée par la complexité croissante des ententes et la longueur des enquêtes (voir la section 3.6 ci-dessous), a pu jouer sur l'inclination à demander la clémence.

3.6. Complexité des ententes et prévisibilité de la procédure de clémence

74. Il est permis de supposer que la **complexité croissante des ententes** a pu entraîner, avec le temps, une augmentation des coûts de coopération et de l'imprévisibilité pour les entreprises, et que cette augmentation a affecté leur motivation à demander la clémence. De plus en plus, les entreprises mettent au point des stratagèmes sophistiqués pour nouer des ententes, avec des accords non seulement sur les paramètres traditionnels de la concurrence (par exemple, les prix), mais également sur d'autres aspects (comme l'innovation). La plus grande complexité de la réalité du monde des affaires a tendance à estomper la frontière entre les pratiques licites et les comportements anticoncurrentiels, et certains comportements qui font l'objet d'enquêtes tels que les ententes en étoile, les ententes entre acheteurs ou les échanges d'informations, **ne sont pas toujours évidents** et nécessitent des investigations et des analyses poussées.⁹ En outre, l'utilisation des **outils numériques**, et notamment des algorithmes, aux fins de la collusion peut accroître la complexité des enquêtes : les interactions entre concurrents peuvent manquer de clarté et la preuve directe de (l'intention de) la collusion ne pas être immédiatement disponible, ce qui exigera des demandeurs de clémence des efforts supplémentaires pour apporter des preuves utiles et

pertinentes (par exemple, sur le fonctionnement interne des algorithmes, les données qu'ils utilisent, des éléments permettant de distinguer entre un comportement parallèle licite et une collusion anticoncurrentielle tacite, etc.). En outre, comme le confirme l'enquête réalisée en 2019 par l'OCDE et le RIC, la coopération entre les juridictions en matière de répression des ententes s'est intensifiée depuis 2012 (OCDE, 2022, p. 16^[31]), et les enquêtes impliquant **plusieurs juridictions et autorités** se sont généralisées, aggravant la lourdeur des procédures pour les entreprises qui doivent parfois s'appuyer sur plusieurs conseillers juridiques et procéder en amont à des vérifications et enquêtes internes dans plusieurs juridictions. Enfin, il ressort de plusieurs études empiriques que la clémence a allongé la durée des procédures d'enquête (Vanhaverbeke et Buts, 2020^[32]) (et donc le temps consacré à la coopération ainsi que son coût), et que (même indépendamment de l'impact de la clémence) **la durée des procédures portant sur des ententes** est devenue très imprévisible (Ysewyn et Kahmann, 2018, p. 54^[7]) en raison de la complexité et de la sophistication accrues du monde des affaires. Qui plus est, les tribunaux ont progressivement durci les conditions de leur contrôle et soumis les affaires de concurrence à un examen plus détaillé (da Cruz Vilaça, 2018^[33]), ce qui a augmenté pour les entreprises la possibilité de gagner en appel mais a également eu pour effet d'allonger le délai de reprise de leur activité normale.

75. Tous ces éléments contribuent à accroître le temps et le coût de la coopération pour les demandeurs de clémence, ce qui a un impact significatif sur leur propension à solliciter la clémence. Plusieurs autorités de la concurrence se sont efforcées de simplifier les procédures afin d'en améliorer la prévisibilité et la transparence (voir Encadré 3.5 ci-dessous).

Encadré 3.5. Améliorer les caractéristiques intrinsèques des programmes de clémence : la transparence et la prévisibilité

La prévisibilité est essentielle pour garantir la réussite d'un programme de clémence. Les entreprises doivent être informées de l'existence et des caractéristiques du programme de clémence, et en particulier de ce qu'elles peuvent escompter en échange de leur coopération.

D'un côté, la transparence permet aux entreprises de comprendre en amont les avantages qu'elles auraient à se manifester. Le manuel de lutte contre les ententes du RIC souligne que « *les autorités de la concurrence doivent veiller à ce que leurs politiques de clémence soient claires, complètes, régulièrement mises à jour, diffusées comme il se doit, appliquées de manière cohérente et suffisamment intéressantes pour les demandeurs en ce qui concerne les contreparties auxquelles ils peuvent prétendre* ». La Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables recommande pour sa part de clarifier les règles et les procédures qui régissent les programmes de clémence ainsi que les avantages qui en découlent, et de définir clairement le type et la qualité des informations qui peuvent être prises en compte pour l'admission à la clémence.

D'un autre côté, un certain degré d'incertitude est nécessaire pour inciter les entreprises à fournir un maximum d'informations. C'est en effet précisément l'impossibilité de déterminer a priori le montant exact de la réduction de l'amende ou si les informations qu'elles fournissent suffiront à atteindre le seuil de « valeur probante » requis qui incite les entreprises à coopérer pleinement (Forrester & Berghe, 2015).

Dans l'objectif d'améliorer la transparence, la prévisibilité et l'accessibilité de son programme de clémence, la Commission européenne a publié en octobre 2022 des orientations sous la forme d'une foire aux questions (FAQ). Par ce document, la Commission entend notamment préciser les détails des protections et avantages juridiques et fait part de son intention d'échanger sur les demandes de clémence potentielles selon le principe de l'anonymat.

Toujours dans l'optique d'améliorer la transparence, l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence a publié en 2022 des Lignes directrices en matière de clémence, adoptées suite à une consultation publique. Ces lignes directrices renseignent sur :

- les exigences générales applicables aux demandes de clémence ;
- les conditions spécifiques applicables aux demandes tant d'immunité d'amendes que de réduction de leur montant ;
- la procédure à suivre lors d'une demande de clémence ;
- la protection des employés des entreprises sollicitant la clémence dans le volet pénal ;
- la protection des demandeurs de clémence dans le cadre des procédures d'indemnisation et le traitement des déclarations de clémence par l'autorité.

Source : Foire aux questions (FAQ) sur la clémence de la Commission, version d'octobre 2022, consultable à l'adresse https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/leniency_FAQs_2.pdf ; Nouvelles lignes directrices en matière de clémence de l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence, <https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/afca-publishes-new-lenieny-guideline> ; Forrester, I., & Berghe, P. (2015). Leniency: The Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow? In C. Beaton-Wells, & C. Tran, *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*. Hart Publishing.

3.7. L'impact des transactions sur les demandes de clémence

76. Dans les pays de l'OCDE, sur la période 2017-2021, environ 40 % (en moyenne) des enquêtes sur les ententes se sont soldées par des transactions (OCDE, 2022^[2]). Les procédures de transaction comportent en effet des avantages significatifs pour les autorités de la concurrence, à savoir des coûts réduits et une clôture plus rapide des procédures. Les membres de l'entente bénéficient de leur côté de frais de justice réduits et d'amendes moins importantes.

77. Toutefois, des **transactions trop généreuses** peuvent nuire à l'efficacité des programmes de clémence. La principale préoccupation tient au fait que la réduction des amendes escomptée dans le cadre d'une transaction peut diminuer la motivation à demander la clémence en réduisant la menace d'amendes lourdes. Plutôt que de se dénoncer et de fournir des informations sur l'existence d'un accord anticoncurrentiel, les membres de l'entente pourraient adopter une stratégie « attentiste », c'est-à-dire attendre que l'autorité détecte l'entente et constitue un dossier à leur rencontre puis résoudre ou non, en fonction de la solidité du dossier, de coopérer et de s'engager dans une transaction en vue d'obtenir une réduction de l'amende (même si le montant de la réduction peut être inférieur à celui qu'elles auraient obtenu par le biais de la clémence). Il ressort d'un récent examen par les pairs de la politique de concurrence en Équateur que les accords d'engagements avaient de fait réduit l'efficacité du programme de clémence en incitant les entreprises à attendre l'ouverture d'une enquête et la divulgation d'informations confidentielles recueillies par l'autorité dans le cadre de la procédure de clémence (OCDE-BID, 2021, p. 101^[34]).

78. Les procédures de transaction peuvent en outre produire un effet plus indirect sur les programmes de clémence en affaiblissant d'emblée la dissuasion. Parce qu'elles réduisent la sanction attendue, les transactions peuvent en effet affecter l'effet de dissuasion (qui découle de la menace de lourdes amendes) et porter la formation d'ententes à la hausse, ce qui conduira à réduire l'efficacité des programmes de clémence.

79. C'est pourquoi la réduction des amendes dans le cadre des procédures de transaction doit être **suffisamment faible** pour préserver la motivation à solliciter la clémence (en particulier pour les tranches inférieures des programmes de clémence, c'est-à-dire pour les demandeurs de rang inférieur) mais **suffisamment élevée** pour inciter les entreprises à conclure des transactions.

80. La question de la détermination du juste montant pour la clémence et les transactions a été étudiée plus avant par (Dijkstra et Seifert, 2022^[35]). Les auteurs se sont demandé comment, pour une autorité de la concurrence disposant de moyens financiers limités, définir au mieux la politique de fixation des amendes en cas de coexistence des procédures de clémence et de transaction. Dans le but d'optimiser la fréquence de la coopération (ce qui devrait être une priorité pour les autorités de la concurrence et constitue l'un des principaux objectifs des programmes de clémence et des procédures de transaction), il conviendrait d'accorder aux demandeurs de clémence des réductions d'amende maximales et aux entreprises qui concluent une transaction des réductions d'amende minimales dès lors que les incitations à demander la clémence sont élevées. Si les réductions des amendes (ainsi que les facteurs supplémentaires abordés dans les sections ci-dessus) n'incitent pas suffisamment à demander la clémence, la meilleure politique consisterait à octroyer des réductions d'amende maximales aux entreprises qui s'engagent dans des transactions afin de s'assurer de leur coopération (bien qu'ultérieure). Toutefois, le montant global de l'amende doit tenir compte des réductions accordées dans le cadre des deux procédures, et ce pour éviter que les demandeurs ultérieurs ne parviennent à une quasi-immunité d'amende en cumulant les réductions accordées au titre de la clémence et celles accordées au titre de la transaction, ce qui pourrait compromettre les incitations à demander en premier lieu l'immunité et, partant, l'efficacité des programmes de clémence (Ascione et Motta, 2008^[36]).

81. En résumé, compte tenu des imbrications entre les procédures de transaction et les programmes de clémence, le niveau de la réduction de l'amende dans le cadre des premières dépend strictement de

la capacité à persuader les membres d'une entente de demander la clémence, qui est elle-même tributaire d'un certain nombre de facteurs décrits aux sections 3.2, 3.3 et 3.4 ci-dessus. S'il convient de donner la priorité à la clémence (qui appuie la détection *et* contribue à la simplification des enquêtes), il faut également, lorsque les parties optent pour la procédure de transaction, déterminer les réductions d'amende accordées dans le cadre de cette dernière afin de ne pas saper l'efficacité des programmes de clémence. **La prise en compte des effets des transactions sur les programmes de clémence** est d'autant plus importante que la fréquence du recours aux procédures de transaction et d'engagements est en hausse, ainsi qu'il ressort de (OCDE, 2023, p. 20^[5]).

3.8. Les enquêtes impliquant plusieurs juridictions et les risques posés par le manque de coordination des programmes de clémence

82. Le nombre croissant de juridictions de l'OCDE disposant d'un programme de clémence dans le domaine de la concurrence (voir Graphique 2.1 ci-dessus) soulève la question de leur coordination (ou d'une absence de coordination).

83. Le risque d'être sanctionné par des autorités de la concurrence de différentes juridictions peut davantage inciter les entreprises à se dénoncer. C'est peut-être encore plus vrai pour les jeunes autorités de la concurrence dont le taux de répression n'est pas nécessairement suffisant pour appuyer leur programme de clémence.

84. Or, sans « guichet unique », une entreprise qui sollicite la clémence dans un pays et prend l'initiative de révéler une entente internationale s'expose à un **risque de poursuites dans d'autres pays** ; en effet, sa demande d'immunité auprès d'une autorité de la concurrence ne lui confère pas automatiquement l'immunité dans d'autres juridictions (OCDE, 2018, p. 13^[18]), d'autant qu'il se peut qu'elle ne soit pas la première à demander la clémence dans toutes les juridictions. Il a donc été proposé de créer des **guichets uniques pour les demandeurs de clémence**, à l'image des modèles qui ont fait leurs preuves dans d'autres domaines de politique publique (voir Encadré 3.6 ci-dessous).

Encadré 3.6. Modèles de guichet unique : l'exemple du Traité international de coopération en matière de brevets (PCT) pour les demandes sommaires, et les systèmes de marqueurs pour les ententes internationales

Pour s'assurer l'immunité dans le contexte d'une entente internationale, les participants à l'entente peuvent être amenés à présenter des demandes auprès de différentes autorités de concurrence. Cette procédure peut se révéler fastidieuse et, une fois la confiance rompue avec les autres membres de l'entente et la course à la clémence lancée, ils courent le risque de ne pas être les premiers à demander l'immunité auprès d'une ou de plusieurs autres autorités.

Dans l'UE, afin d'alléger la procédure et d'éviter que les membres d'ententes à l'échelle de l'Union voient leur responsabilité engagée dans plusieurs juridictions et soient ainsi dissuadés de demander la clémence, la directive ECN+, qui s'inspire du programme modèle du REC, permet aux demandeurs qui ont sollicité la clémence auprès de la Commission de soumettre des demandes sommaires aux autorités nationales de la concurrence concernant la même entente. La Commission examine alors l'affaire et, si elle décide de ne pas y donner suite, l'autorité nationale de la concurrence doit permettre à l'entreprise de présenter une demande complète, qui sera considérée comme ayant été présentée à la date de la demande sommaire, pour autant que cette dernière porte sur les mêmes produits et les mêmes territoires concernés ainsi que sur la même durée de l'entente que la demande de clémence déposée auprès de la Commission.

Au niveau mondial, l'OCDE (2022) s'est basée sur les guichets uniques du droit des brevets pour proposer un modèle dans lequel le participant à une entente pourrait obtenir un marqueur auprès d'un organisme ou d'une juridiction désignée, qui en aviserait ensuite toutes les juridictions concernées. Le marqueur établirait une priorité dans toutes les juridictions.

Ce modèle s'inspire du Traité international de coopération en matière de brevets (PCT) adopté au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Une demande en vertu du PCT peut être envoyée à n'importe quel office des brevets participant, ce qui évite d'avoir à multiplier les demandes nationales tout en garantissant la priorité de la demande de brevet dans toutes les juridictions participantes. Ce n'est qu'une fois que le demandeur décide de poursuivre la procédure qu'il devra déposer ses demandes nationales individuelles et que des décisions nationales seront prises sur la délivrance du brevet.

Source :

Source : Directive (UE) 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

OCDE. (2022). Thinking out of the competition box: enforcement co-operation in other policy areas - Note de référence du Secrétariat.

85. Les risques liés aux demandes de clémence dans le cadre d'ententes internationales augmentent à mesure que les autorités de la concurrence renforcent leur coopération bilatérale et multilatérale. Et ces risques ne sont pas purement théoriques. Pour en citer un exemple, à la suite d'un dépôt de demandes de clémence et d'un échange d'informations entre le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou, plusieurs enquêtes ont été ouvertes à l'encontre de membres d'une même entente dans toute l'Amérique latine (OCDE, 2016^[37]), et le Secrétariat général de la Communauté andine (SGCAN) a infligé une amende en se fondant sur des informations obtenues (et transmises au SGCAN) par l'Équateur dans le cadre d'une demande de clémence.¹⁰

86. Certains accords de coopération bilatéraux et multilatéraux entre autorités de concurrence tiennent compte du risque que l'échange d'informations obtenues dans le cadre de demandes de clémence compromette l'efficacité des programmes de clémence, car il peut accroître pour les entreprises la menace de faire l'objet d'enquêtes multiples dans plusieurs juridictions lorsqu'elles demandent l'immunité auprès d'une seule autorité. La [Recommandation de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence](#) (2014) reconnaît ce risque en excluant du champ d'application de ses dispositions relatives à l'échange d'informations tout régime particulier adopté au niveau national concernant l'échange d'informations reçues d'un demandeur sollicitant le bénéfice de la clémence. D'autres accords bilatéraux ou multilatéraux confirment la pertinence de cette question.¹¹ Les dispositions de divers accords de coopération concernant l'échange d'informations sur la clémence sont répertoriées dans [l'inventaire de l'OCDE des accords de coopération internationale en matière de concurrence](#).

3.9. L'articulation de différents domaines de politique publique

87. Alors que, dans le domaine de la concurrence, les programmes de clémence accordent l'immunité de procédure (ou des réductions d'amende) aux entreprises qui fournissent des informations sur leur comportement illicite, les entreprises qui coopèrent **s'exposent à un risque de poursuites dans d'autres domaines du droit**, au sein de la même juridiction ou dans un autre pays. C'est notamment le cas pour les **faits de corruption et de soumission concertée**, ce dernier type d'infraction étant souvent accompagné de faits de corruption d'agents publics. Dans le même ordre d'idée, faire abstraction des **externalités des sanctions** imposées dans d'autres domaines du droit peut affecter la disposition des entreprises ou des personnes physiques à fournir des informations et des preuves dans le cadre d'un

programme de clémence relevant du droit de la concurrence (OCDE, 2022, p. 36^[28]), par exemple lorsque, dans sa législation sur les marchés publics, une juridiction offre à l'autorité des marchés publics ou aux organismes qui en dépendent la possibilité d'exclure le soumissionnaire à titre de sanction (OCDE, 2022, p. 29^[28]).

88. Le risque s'exerce dans les deux sens car, lorsque des programmes de clémence sont en place dans différents domaines de politique publique et qu'ils ne sont pas coordonnés, la portée des incitations à solliciter le bénéfice de la clémence au titre de l'un des programmes peut se trouver réduite par le fait que le bénéficiaire de la clémence s'expose à un risque de condamnation dans un autre domaine du droit. Ce peut être le cas dans les domaines réglementaires avec des infractions qui font intervenir plusieurs instances, par exemple lorsque des participants à une entente violent des réglementations environnementales dans le cadre de leur stratégie de maximisation des bénéfices (Spagnolo et Luz, 2017^[38]).

89. Le risque n'est pas que théorique. Ainsi, dans l'affaire *YIRD*, UBS s'est vu octroyer l'immunité et a ainsi échappé à une amende de 2,5 milliards EUR au titre de l'application du droit de la concurrence, mais a ensuite été poursuivie pour fraude électronique par le ministère de la Justice et a dû s'acquitter d'amendes auprès de la Commodity Futures Trading Commission des États-Unis et de la Financial Services Authority du Royaume-Uni de l'époque (Ysewyn et Kahmann, 2018, p. 55^[7]).

90. Plusieurs juridictions, dont le Brésil, les États-Unis et le Mexique, ont récemment mis en place des programmes de clémence pour les délits de corruption. Toutefois, ces programmes sont rarement intégrés au programme de clémence du droit de la concurrence, et ils relèvent d'instances différentes qui ne coopèrent pas nécessairement avec les autorités de la concurrence (Spagnolo et Luz, 2017^[38]). Le programme de clémence en matière de concurrence du ministère de la Justice américain, par exemple, dispose expressément que son avis de clémence conditionnelle ne protège pas le demandeur contre des poursuites pénales qu'engageraient d'autres instances pour des infractions ne relevant pas du droit de la concurrence, même lorsque les pots-de-vin ont été versés en vue de la violation en question des règles de concurrence.¹² En d'autres termes, le participant à une soumission concertée qui a également corrompu un agent public n'aura pas la garantie de l'immunité de sanctions pénales (ou de leur réduction) pour ses dirigeants et employés au regard des faits de corruption s'il sollicite la clémence pour les infractions relevant du droit de la concurrence, et devra négocier cette immunité séparément avec les différentes instances de poursuites concernées, sous réserve que le cadre juridique national le permette.

91. Le défaut de coordination est encore plus important dans le cas d'ententes internationales avec versement de pots-de-vin et faits de corruption à l'étranger. La [Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales](#) exige des parties qu'elles érigent en infraction la corruption d'agents publics étrangers et en définit les critères. Cette situation ajoute à la complexité des affaires d'ententes, qui peuvent relever d'un grand nombre d'autorités de la concurrence et autres instances de poursuites, et affaiblit les incitations à dénoncer les ententes lorsqu'il s'ensuit un risque de poursuites pour corruption d'agents publics étrangers (Spagnolo et Luz, 2017, p. 757^[38]).

Encadré 3.7. La coordination des autorités répressives compétentes pour des faits répréhensibles distincts commis par des entreprises

La collaboration et l'intégration des différentes autorités qui ont à connaître d'infractions commises par les entreprises sont essentielles pour assurer une application efficace de la législation et éviter que leurs actions respectives ne se nuisent mutuellement. Si les programmes et les politiques des différentes instances de répression manquent de coordination, l'entreprise risque, en demandant la clémence en vertu d'un ensemble donné de règles, de fournir des informations sur d'autres pratiques illicites et d'être poursuivie par une instance réglementaire distincte, sans bénéficier de l'immunité ou d'un traitement plus clément. Comme l'expliquent Auriol, Hjelmeng et Søreide (2017) :

« Les juridictions doivent veiller à ce que les différents outils s'articulent correctement, et à ce qu'ils aillent dans le même sens plutôt que de s'opposer les uns aux autres. Au minimum, les diverses institutions chargées de l'application de la loi doivent envisager les différentes réactions possibles lorsqu'un comportement illicite d'une entreprise est détecté, et coordonner leurs propres réactions de manière planifiée, en se fondant sur des principes et une stratégie. »

Pour parvenir à cette coordination et éviter que des programmes de clémence distincts ne se nuisent mutuellement, Spagnolo & Luz (2017) proposent un guichet unique qui permettrait aux contrevenants de dénoncer simultanément différents faits et de bénéficier d'un traitement indulgent pour l'ensemble de ces faits, sous réserve qu'ils remplissent certaines conditions. Selon ce modèle, les entreprises pourraient déclarer les différents faits dont elles se sont rendues coupables à n'importe quelle autorité, qui se rapprocherait ensuite des autres instances susceptibles d'être compétentes pour l'infraction potentielle signalée afin qu'elles s'associent au processus. Ce système permettrait aux autorités comme aux demandeurs de gagner du temps et de réduire les coûts en faisant l'économie de demandes multiples, tout en facilitant le processus de déclaration pour les petites entreprises qui ne disposent pas toujours des ressources et des compétences nécessaires pour traiter simultanément avec plusieurs instances réglementaires.

Au Royaume-Uni, sans qu'il s'agisse à proprement parler d'un modèle de guichet unique, la CMA et le Serious Fraud Office (SFO) ont signé un protocole d'accord en 2020. Le SFO a accepté, dans les cas où la CMA accorde sa clémence par le biais d'un avis de renonciation à agir, de ne pas poursuivre son bénéficiaire pour d'autres infractions liées aux violations de la législation sur les ententes. Cependant, le SFO conserve (en théorie) la possibilité de ne pas se conformer à l'avis de renonciation à agir qui a accordé l'immunité et d'engager des poursuites contre la personne concernée, par exemple s'il a déjà commencé ses investigations.

De même, au Brésil, la CADE a mis en place une collaboration étendue avec d'autres instances d'application de la loi, tels que les procureurs d'État et les procureurs fédéraux, notamment en ce qui concerne leurs programmes de clémence respectifs (Menčík, 2021).

Source :

Auriol, E., Hjelmeng, E., & Søreide, T. (2017). Deterring Corruption and Cartels: In Search of a Coherent Approach. *Concurrences*(1)
 Spagnolo, G., & Luz, R. (2017). Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing. *Journal of Competition Law & Economics*, 729-766
 Menčík, J. (2021). United we stand, divided we fall - The role of inter-agency cooperation in enforcement of bid rigging conspiracies. *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica* 1, 57-74. Repris de https://karolinum.cz/data/clanek/8904/lurid_67_1_0057.pdf
 OCDE, les auteurs.

4. L'avenir de la détection : au-delà des programmes de clémence

92. La section 3. ci-dessus a examiné les raisons possibles du déclin des demandes de clémence et la façon dont les juridictions ont tenté d'y remédier en réformant leurs programmes de clémence. Mais ces réformes seront-elles suffisantes pour inverser la tendance à la baisse, et est-il même possible d'en éliminer les causes sous-jacentes ?

93. En effet, l'efficacité des programmes de clémence dépend non seulement de leurs caractéristiques intrinsèques, telles que la transparence et la prévisibilité, mais également de **facteurs externes sur lesquels le législateur et les autorités de concurrence n'ont pas de prise**. Par conséquent, il est légitime de se demander si la bonne stratégie est de s'efforcer d'inverser la tendance en réformant les programmes de clémence eux-mêmes, ou si les juridictions devraient prendre acte de ce que les autorités de concurrence doivent **s'appuyer dans une (plus) large mesure sur d'autres outils complémentaires** pour détecter les ententes et enquêter sur ces dernières (Meester, Garcia Pabon et Westrik, 2023^[4]).

94. Traditionnellement, lorsqu'il s'agit de définir les éléments qui dissuadent de former une entente puis de solliciter une immunité ou y incitent, la plupart des programmes de clémence envisagent l'entreprise comme une entité collective plutôt que comme une somme d'individus qui ne prennent pas nécessairement des décisions rationnelles visant à maximiser les bénéfices de leur entreprise. Or, différents facteurs socio-économiques, personnels, démographiques et culturels, qui échappent au contrôle des autorités de la concurrence, jouent un rôle majeur dans la décision de demander la clémence (voir Encadré 4.1 ci-dessous).

Encadré 4.1. Les programmes de clémence sous l'angle de l'économie comportementale

La décision de plusieurs personnes de former une entente dépend non seulement de la perspective de générer des bénéfices pour l'entreprise, mais aussi de facteurs personnels, culturels ou psychologiques. Par exemple, la culture de l'entreprise, et en particulier les objectifs qu'elle fixe à ses cadres dirigeants, revêtent une importance capitale. Lorsque l'entreprise conditionne la rémunération à la réalisation d'objectifs à court terme (par le biais, par exemple, de primes attachées à des objectifs de chiffre d'affaires), les dirigeants peuvent être enclins à opter pour le moyen le plus rapide de les atteindre, y compris par un comportement collusif, plutôt que de travailler sur des stratégies à long terme, incertaines, d'innovation produits ou d'acquisition de nouveaux clients. C'est encore plus vrai si l'on considère que les coûts potentiels induits par un tel comportement (par exemple, les amendes pour infraction) concernent un avenir qui peut être lointain, contrairement au gain concret qui se matérialisera à court terme. La culture d'entreprise et l'importance accordée au respect des règles jouent un rôle fondamental dans la prévention des comportements anticoncurrentiels.

Outre les facteurs tenant à la culture de l'entreprise, des caractéristiques démographiques (sexe, âge, éducation), socio-économiques (revenu, profession) et personnelles (attitude, sens moral, aversion pour le risque) interviennent également dans la décision de collusion et de dénonciation de ce type de comportement (Combe & Monnier, 2020). En effet, les ententes donnent naissance à **des réseaux informels et à des interactions sociales fréquentes, et permettent de développer des relations interpersonnelles et des cercles professionnels communs**. Solliciter la clémence implique de rompre la confiance inhérente à ces réseaux et de renoncer à ces relations interpersonnelles. Dans une étude portant sur 15 ententes allemandes, Haucap & Heldman (2022) ont constaté que les **personnes qui participaient à des ententes présentaient un niveau élevé d'homogénéité** en termes d'âge, de sexe, d'origine géographique et d'expérience dans le secteur. Ces éléments créent un « *sentiment d'appartenance à un groupe qui a un impact positif sur les convictions et les attentes* », ce qui stabilise les ententes et fait qu'il est plus difficile de se résoudre à rompre la confiance et à dénoncer.

Source :

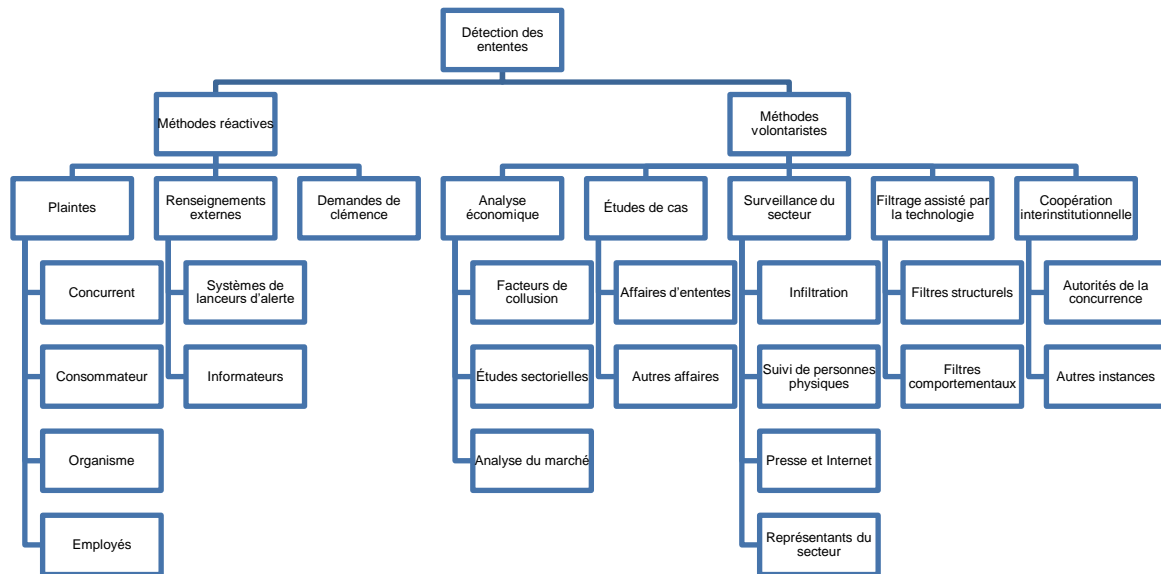
Combe, E., & Monnier, C. (2020). Why Managers Engage in Price Fixing? An Analytical Framework. *World Competition*, 43(1), 35-60
 Haucap, J., & Heldman, C. (2022). The Sociology of Cartels. CESifo Working Papers
 OCDE, les auteurs.

95. En d'autres termes, la décision de demander la clémence ne répond pas à un simple exercice de mise en balance des avantages et des pertes économiques, mais **dépend de plusieurs facteurs (inter)personnels qui ne peuvent être modifiés par la loi**. Les programmes de clémence peuvent certes renforcer les incitations économiques et rationnelles des entreprises à se manifester, mais ils ne peuvent produire un impact décisif sur les déterminants purement personnels de ces décisions.

96. Il convient donc de se demander s'il est possible, à court ou moyen terme, d'inverser la tendance à la baisse des demandes de clémence afin de préserver l'efficacité des programmes de clémence en tant qu'outil de détection. Dans la négative, la clémence devrait-elle rester l'outil principal de détection des ententes, ou faudrait-il que les autorités investissent davantage dans d'autres instruments de détection, complémentaires ? Outre qu'ils contribuent au renforcement des capacités de détection, les outils de détection complémentaires tels que les mécanismes de filtrage ou les systèmes d'alerte peuvent également avoir, à long terme, une incidence positive sur l'efficacité des programmes de clémence en augmentant la menace de détection et, partant, les incitations rationnelles à se manifester.

97. Le Graphique 4.1 ci-dessous livre un aperçu des différentes méthodes de détection volontaristes et réactives.

Graphique 4.1. Méthodes volontaristes et réactives de détection des ententes



Source : OCDE, les auteurs, adapté de (Hüschelrath, 2010^[39]).

98. La plupart de ces outils de détection ont été examinés lors de précédentes tables rondes de l'OCDE (OCDE, 2013^[40]) (OCDE, 2016^[41]) (OCDE, 2017^[42]) (OCDE, 2018^[43]) (OCDE, 2020^[44]) et ne seront pas abordés dans cette note, à moins qu'ils n'aient connu récemment des évolutions importantes. Par conséquent, sans prétendre à l'exhaustivité, cette section livre une vue d'ensemble succincte des initiatives récentes et des outils de détection innovants qui ont fait l'objet de développements significatifs au cours des dernières années. Elle met également en lumière les défis auxquels font face les autorités de la concurrence pour renforcer les outils de détection susceptibles de se substituer aux programmes de clémence ou de les compléter.

4.1. Faciliter les plaintes

99. Les plaintes portant sur des violations potentielles du droit de la concurrence constituent une source majeure d'informations. Certaines autorités considèrent qu'elles restent la principale méthode de détection des ententes (RIC, 2021, p. 16^[45]). Ces plaintes peuvent émaner de différentes parties ; il peut s'agir des acheteurs directs ou indirects de biens faisant l'objet d'une entente, des concurrents, des membres insatisfaits d'une entente ou des employés mécontents de l'un des membres de l'entente, ou encore de personnes du grand public qui ont connaissance d'un problème ou soupçonnent l'existence d'une entente.

100. Afin de **faciliter le dépôt de plainte** puis leur traitement par les autorités de la concurrence (filtrage des plaintes dépourvues de fondement juridique et de celles qui méritent une enquête plus approfondie, efficacité de la réponse apportée aux plaignants), le RIC recommande à titre de bonne pratique de mettre en place un système formel pour recevoir et traiter les plaintes et pour y répondre (RIC, 2021, p. 14^[45]).

101. Pour citer un exemple, dans l'objectif d'encourager les plaintes en matière de droit de la concurrence, la CADE a récemment remodelé sa plateforme *Clique Denúncia* afin de la rendre plus

conviviale et d'offrir un environnement plus sûr aux témoins tout en leur permettant de suivre l'état d'avancement du dossier.¹³ Suite à la mise à disposition de la nouvelle version de la plateforme, le nombre de plaintes déposées auprès du CADE a atteint un niveau record en 2020.¹⁴

102. Imposer des obligations de déclaration aux autorités nationales (par exemple, aux autorités chargées des marchés publics) ou faciliter les échanges d'informations lorsqu'elles soupçonnent l'existence d'une entente est un moyen de stimuler les plaintes qui peuvent conduire à l'ouverture d'enquêtes, comme le souligne la *Recommandation de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*.

4.2. Le filtrage des ententes

103. De plus en plus d'autorités ont recours à des mécanismes de filtrage pour détecter les comportements anticoncurrentiels. Il s'agit de méthodes empiriques qui utilisent des ensembles de données numériques pour évaluer les marchés et le comportement des entreprises en vue d'en dégager des caractéristiques et des modèles, puis d'en tirer des conclusions sur la probabilité, le risque ou l'existence de comportements anticoncurrentiels.

104. À l'instar de (OCDE, 2013^[40]), le document (OCDE, 2022^[46]) classe les mécanismes de filtrage en deux catégories :

- Les **filtres structurels**, qui visent à identifier les marchés présentant des traits propices à la collusion sur la base de leurs caractéristiques structurelles, notamment leur concentration, les barrières à l'entrée, la communication fréquente entre un petit nombre d'entreprises, l'homogénéité des produits, la lenteur du rythme de l'innovation, la symétrie et la possibilité de mise en commun des coûts.
- Les **filtres comportementaux**, qui s'intéressent aux activités d'une entreprise pouvant indiquer une collusion en cherchant à détecter des comportements inhabituels et inexplicables susceptibles de pointer l'existence d'une entente.

105. Pour ce qui est de leurs objectifs, la principale différence entre ces deux types de filtres réside dans le fait que les filtres structurels visent à déterminer les marchés dans lesquels il est plus probable qu'une entente *se forme*, tandis que les filtres comportementaux cherchent à déterminer ceux dans lesquels une entente *s'est formée* (Harrington et Imhof, 2022^[47]).

106. La quantité croissante de données et de méthodes permettant de les recueillir ainsi que l'émergence de nouvelles technologies de collecte et d'analyse automatisées ont permis aux autorités de mettre au point de nouveaux modes de filtrage.

107. Bien qu'elles puissent décider de ne pas révéler leurs méthodes de détection afin d'éviter que les entreprises adaptent leur comportement pour déjouer les filtres, les informations disponibles publiquement indiquent que les autorités sont de plus en plus nombreuses à créer des filtres, en particulier pour détecter les soumissions concertées (voir Encadré 4.2 ci-dessous).

Encadré 4.2. Le filtrage numérique au service de la détection des pratiques de soumission concertée

Brésil

L'autorité brésilienne de la concurrence, CADE, a développé *Cérebro* (le « Cerveau »), outil qui se fonde sur l'exploration de données et sur des tests statistiques pour détecter des systèmes de soumissions suspects dans la passation des marchés publics. *Cérebro* inclut :

- un entrepôt de données qui combine des bases de données publiques et privées dans une unique base de données consultable ;
- une exploration des données sur i) les modèles et similitudes de comportement des concurrents, ii) des faits suspects, iii) des signes de simulation de la concurrence ;
- des tests (modèles) statistiques basés sur i) la littérature universitaire consacrée aux filtres d'ententes statistiques, ii) de précédentes affaires d'ententes, iii) la théorie microéconomique.

Les outils d'exploration des données permettent d'automatiser des analyses qui exigeaient auparavant des travaux de la part des enquêteurs et des fonctionnaires chargés des affaires. Les objectifs de *Cérebro* sont doubles : trouver des indices d'ententes dans les procédures de passation des marchés publics, comme des faits non plausibles ou des modèles comportementaux, et fournir des preuves pour la réalisation de perquisitions, d'une part et, d'autre part, soutenir et améliorer les investigations.

Colombie

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a développé un outil, dénommé Sherlock, qui analyse les données sur la passation des marchés publics afin d'aider les enquêteurs à identifier des signes ou schémas qui suggèrent un comportement collusif.

Cet outil permet aux enquêteurs d'accéder à des données publiquement accessibles récupérées sur internet dans un format lisible. La SIC entreprend maintenant d'automatiser l'application de filtres pour des marqueurs identifiés par des organisations internationales comme l'OCDE en utilisant des techniques d'apprentissage automatique et d'apprentissage profond.

Singapour

La Commission de la concurrence et des consommateurs de Singapour (Competition and Consumer Commission of Singapore (« CCCS »)) dispose d'un outil de détection des soumissions concertées (Bid Rigging Detection Tool (« BRDT »)) qu'elle a développé en interne. Le BRDT analyse les prix et les schémas de soumission sur la base d'indicateurs quantitatifs qui signalent un comportement suspect de la part de soumissionnaires.

Le CCCS, en collaboration avec l'Agence gouvernementale de technologie, développe également un logiciel de comparaison de documents qui permet une exploration en profondeur des dossiers d'offres soumis dans le cadre de soumissions « suspectes ». Le logiciel utilise des techniques d'analyse de textes afin de générer des scores de similitude permettant d'effectuer des comparaisons au niveau des phrases et d'un document entier. Les enquêteurs peuvent ainsi se concentrer sur des phrases et des documents similaires, plutôt que de devoir passer au peigne fin de grands volumes de documents, ce qui réduit considérablement le temps et les efforts nécessaires pour analyser les preuves, et minimise le risque de négliger des documents importants en raison d'une erreur humaine.

Source : repris de OCDE, 2022. Les outils de filtrage des données dans les enquêtes de concurrence – Note de référence du Secrétariat à l'appui de la Table ronde sur la politique de la concurrence.

108. Bien qu'ils soient utiles, les mécanismes de filtrage des ententes comportent un risque de faux positifs et de faux négatifs, ce qui peut amener les autorités à consacrer leurs ressources limitées à des cibles non pertinentes. En outre, les filtres sont conçus pour des types d'infractions potentielles et des marchés différents, et il n'existe pas de filtre parfait qui puisse, à lui seul, identifier toutes les violations quel que soit le marché. De nouvelles évolutions technologiques telles que l'apprentissage automatique pourraient contribuer à remédier à cette lacune (OCDE, 2022^[46]). Étant donné que l'apprentissage automatique est moins structuré et davantage axé sur les données, et qu'il déduit des règles de classification à partir d'un ensemble de données d'entraînement et fait des prédictions sur des données nouvelles, il peut permettre de combiner plusieurs filtres en fonction du contexte pour repérer les activités collusoires dans différentes situations.

109. Lors de la table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE de novembre 2022 intitulée *Les outils de filtrage des données dans les enquêtes de concurrence*, les autorités ont fait état des difficultés posées par la collecte de données pour le filtrage des ententes et exposé les différentes méthodes qu'elles utilisent, les compétences et les ressources nécessaires pour les mettre en œuvre, et l'importance de la coopération internationale dans la mise au point des filtres.

4.3. Renforcer les compétences internes des autorités en matière d'économie numérique

110. Comme l'indiquait déjà (OCDE, 2013^[40])

« Les dispositifs de détection proactive doivent être mis en œuvre non seulement en raison de leurs qualités intrinsèques, mais également parce qu'ils peuvent produire des externalités positives en termes d'amélioration de l'efficacité des programmes d'amnistie et de clémence. »

111. Les outils de détection proactive peuvent utiliser des méthodes traditionnelles (exploitation de données économiques, études de cas, surveillance du secteur et coopération entre autorités) ou recourir à des outils numériques et technologiques plus avancés (voir la sous-section 4.2 ci-dessus).

112. Ces derniers nécessitent toutefois d'investir dans les connaissances et les compétences. À l'instar de ce que l'on a pu observer dans les années 80 lorsque les autorités ont monté des équipes d'économistes spécialisés pour mettre en œuvre une nouvelle approche économique fondée sur des données économiques, un nombre croissant d'autorités recrutent aujourd'hui des spécialistes de la science des données, des ingénieurs et des experts en nouvelles technologies. En 2022, 19 des 32 autorités étudiées par Global Competition Review avaient créé un service chargé des données, et 15 d'entre elles s'étaient dotées d'un directeur en science des données (Meester, Garcia Pabon et Westrik, 2023^[41]). Certains auteurs considèrent cette transformation induite par la technologie comme « *l'une des cinq avancées majeures des trois dernières décennies dans le domaine de la concurrence, au même titre que l'introduction des programmes de clémence* » (Kovacic, 2022^[48]).

113. Si ces nouvelles fonctions se résument parfois à un **directeur des technologies ou en science des données**, elles prennent très souvent la forme de **services spécialisés à part entière** qui englobent des compétences informatiques diverses, l'apprentissage automatique, la science des données et les mécanismes de filtrage des ententes. Ces services dédiés travaillent également avec des prestataires externes en vue de créer de nouveaux outils d'enquête fondés sur la technologie des algorithmes, le big data et l'intelligence artificielle.

114. L'une de leurs principales missions est de réunir et d'analyser des données afin de détecter d'éventuels actes illicites et d'instruire les affaires. Loin de s'en remettre exclusivement aux traditionnelles demandes de données, les autorités ont entrepris de constituer leurs propres ensembles de données et de réunir de nouveaux types de données provenant de différentes sources (demandes de données ad hoc

adressées à des entreprises, données obtenues auprès de sources publiques et privées, extraction de données).

115. En 2021, la Commission hellénique de la concurrence a publié un rapport sur le droit et l'économie de la concurrence à l'ère du numérique qui contient un tableau détaillé des équipes spécialisées dans les technologies numériques et la criminalistique informatique des pays membres de l'OCDE et du groupe des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) (Commission hellénique de la concurrence, 2021, p. 119^[49]). Encadré 4.3 Le tableau ci-dessous fournit quelques exemples de fonctions spécialisées dans les nouvelles technologies créées depuis peu.

Encadré 4.3. Exemples d'autorités de la concurrence qui se sont dotées d'équipes spécialisées dans les nouvelles technologies pour détecter les comportements anticoncurrentiels

Royaume-Uni : l'équipe DaTa de la CMA

L'unité Data, Technology and Analytics (DaTa) de la CMA vise à intégrer l'ingénierie des données, l'apprentissage automatique et l'intelligence artificielle dans les enquêtes relevant du droit de la concurrence. L'unité a d'ores et déjà créé une plateforme analytique pour stocker, traiter et analyser les offres et les données complexes avec souplesse et rapidité. Elle a également mis au point un logiciel qui lui permet de détecter les problèmes potentiels en utilisant notamment l'extraction de données pour identifier les prix de revente imposés ou les flambées des prix (Hunt, 2022). Ces outils fournissent effectivement des informations à la CMA pour identifier de potentielles violations du droit de la concurrence.

Danemark : des spécialistes de la science des données pour détecter les ententes

L'Autorité danoise de la concurrence a recruté des spécialistes de la science des données pour son département chargé des enquêtes et des ententes, ainsi que pour celui qui est chargé de l'analyse du marché et de l'économie. En 2019, elle a lancé un projet visant à détecter les ententes et les soumissions concertées en passant au crible les données relatives aux marchés publics. L'outil (appelé BidViewer) utilise l'apprentissage automatique en combinant plusieurs indicateurs dans un seul modèle pour identifier les comportements suspects. L'outil a été mis à la disposition d'autres autorités (Espagne, Suède, Royaume-Uni).

Grèce : l'unité de criminalistique informatique de la Commission hellénique de la concurrence

La Commission hellénique de la concurrence (CHC) a créé une unité criminalistique informatique en octobre 2020, qui est dirigée par un économiste et coopère avec plusieurs experts en mégadonnées, qui interviennent en tant qu'experts externes pour la Commission. La CHC est également sur le point de mettre en place une plateforme d'infrastructure de gestion des données massives, conçue sur mesure par un contractant externe, qui permettra de télécharger automatiquement et en temps réel des données publiques émanant de sources différentes (observatoire des prix des supermarchés, prix des carburants, prix des fruits et légumes, données sur les marchés publics, etc.). La CHC a nommé des experts pour concevoir un programme d'extraction de données brutes à partir d'informations non structurées disponibles sur Internet au format pdf et dans d'autres formats, et de les extraire sous forme de fichiers éditables au format csv (valeurs séparées par des virgules). Les données doivent principalement servir à la détection des ententes, mais fournissent également un environnement intégré d'analyse des données, grâce à plusieurs outils sur mesure ou logiciels standard qui permettent de visualiser et d'analyser des données. La CHC a également engagé des prestataires de services afin de développer un modèle de données et des tableaux de bord intégrés, ainsi que des logiciels sur mesure.

Canada : le Dirigeant principal de l'application numérique de la loi

En 2019, le Bureau de la concurrence du Canada a recruté un Dirigeant principal de l'application numérique de la loi pour l'aider à surveiller l'espace numérique ainsi que pour cerner et évaluer de nouvelles techniques d'enquête. Le Dirigeant a notamment une mission de conseil sur le développement d'outils et de compétences à même d'appuyer les enquêtes du Bureau dans le domaine de l'économie numérique.

Source :

OCDE. 2022. *Les outils de filtrage des données dans les enquêtes de concurrence – Note de référence du Secrétariat à l'appui de la Table ronde sur la politique de la concurrence.*

Hunt, S. (2022). Hunt, S. (2022). The technology-led transformation of competition and consumer agencies: The Competition and Markets Authority's experience. Discussion paper.
 Commission hellénique de la concurrence. 2021. Computational Competition Law and Economics : Issues, Prospects - Inception Report.

116. Grâce aux nouvelles compétences numériques des autorités de la concurrence, comme en témoigne la Table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE de novembre 2022 sur *Les outils de filtrage des données dans les enquêtes de concurrence*, on trouve désormais plusieurs affaires d'application du droit en matière d'entente qui se sont appuyées sur les résultats de mécanismes de filtrage, notamment au Brésil, en Corée, en Italie, au Mexique et en Suisse.¹⁵

4.4. Les systèmes de lanceurs d'alerte

117. Les systèmes de lanceurs d'alerte permettent aux employés d'une entreprise de signaler de manière anonyme des infractions au droit de la concurrence sans craindre de représailles de la part de leur employeur. Ce type de programme existe déjà dans d'autres domaines de politique publique, notamment dans ceux de la passation de marchés publics, de la fraude fiscale ou encore de la délinquance financière, et des études empiriques ont confirmé qu'ils se révélaient très efficaces en aboutissant à des sanctions pécuniaires et des peines d'emprisonnement plus lourdes, tout en facilitant les enquêtes grâce aux précieuses informations qu'ils permettent d'obtenir (Spagnolo et Nyrreröd, 2019^[50]). Étant donné qu'ils ne requièrent aucun aveu de participation à des activités illégales, les systèmes de lanceurs d'alerte peuvent également **contribuer à pallier une lacune importante des programmes de clémence**. En effet, lorsqu'une pratique est considérée comme « immorale », il peut être plus difficile pour les dirigeants de se manifester et d'admettre ouvertement leur comportement (Combe et Monnier, 2020^[51]). A contrario, le rejet par la société de ce qui est perçu comme immoral peut inciter les employés à dénoncer le comportement à partir du moment où cela ne nécessite aucune reconnaissance de responsabilité ou d'implication.

118. Les systèmes de lanceurs d'alerte prévoient souvent une **contrepartie financière en échange du signalement et de la coopération de son auteur**. Cette forme de rétribution contrebalance d'emblée le coût des représailles auxquelles s'exposent les employés qui coopèrent (licenciement, mise au ban dans la profession, réaffectation ou rétrogradation) et dont le lien de causalité avec la dénonciation est difficile à démontrer.

119. Les autorités de la concurrence ont récemment introduit des outils numériques de signalement des infractions au droit de la concurrence. Ainsi, l'Italie a mis en place il y a peu une **plateforme qui permet d'envoyer des informations cryptées** par l'intermédiaire d'un prestataire de services tiers qui garantit l'anonymat tout en permettant l'échange d'informations avec l'autorité de la concurrence. La protection des personnes qui signalent des violations du droit de la concurrence est organisée par la Directive relative à la protection des lanceurs d'alerte, qui prévoit par exemple des exigences minimales de protection contre les représailles ou encore l'obligation d'établir des canaux de signalement internes garantissant la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte.¹⁶ La Commission européenne a lancé en 2017 son propre outil, qui a été récemment réformé et étendu.

120. Bien que ces outils aient permis (ou devraient permettre) aux autorités d'obtenir des renseignements précieux, quelques observateurs en soulignent deux lacunes potentielles.

121. *Premièrement*, si les employés signalent de possibles infractions aux autorités de la concurrence, la capacité des entreprises à obtenir l'immunité au titre d'un programme de clémence pourrait être compromise, les autorités étant déjà en possession d'éléments de preuve de l'infraction. En d'autres termes, l'efficacité du système de lanceurs d'alerte peut saper celle du programme de clémence et réduire la motivation d'une entreprise à se manifester.

122. *Deuxièmement*, malgré quelques exceptions notables (en Corée du Sud, en Hongrie, au Royaume-Uni et en Slovaquie), la plupart des outils de dénonciation ne sont pas assortis d'incitations financières pour les employés qui dénoncent les faits. Or, lorsqu'elles sont suffisamment conséquentes, ces **contreparties se montrent efficaces pour accroître la détection et les sanctions** en cas de comportement illicite d'une entreprise. Aux États-Unis par exemple, entre 1986 et 2022, 69 % (50,4 milliards USD) des 72,6 milliards USD engrangés par le ministère de la Justice dans le cadre d'affaires de fraude civile impliquant des fonds publics sont le fruit de signalements de lanceurs d'alerte. Pour la seule année 2022, 86 % des 2,2 milliards USD obtenus par le ministère de la Justice l'ont été suite à des accords et des jugements dans des affaires civiles portant sur des faits de fraude et de revendications mensongères à l'égard de l'administration américaine, qui étaient fondés sur des informations reçues dans le cadre de programmes de rémunération des lanceurs d'alerte.¹⁷ En revanche, l'absence de récompense ou une récompense insuffisante peut ne pas offrir aux employés l'assurance nécessaire que le risque de représailles sera compensé d'emblée.

123. À la lumière de ces considérations, des sénateurs américains ont présenté dernièrement un projet de loi qui permettrait d'accorder une contrepartie financière à ceux qui signalent des violations du droit de la concurrence.¹⁸ Bien qu'en l'état il ne s'agisse encore que d'une proposition dans le domaine de la concurrence, des récompenses similaires ont récemment été introduites ou remaniées dans d'autres domaines (voir Encadré 4.4 ci-dessous).

Encadré 4.4. Concevoir des systèmes de récompense pour les dénonciateurs : exemples récents aux États-Unis

La Securities and Exchange Commission (SEC) peut octroyer une contrepartie financière aux personnes qui communiquent des informations nouvelles et de haute qualité aboutissant à des poursuites et à une amende de plus d'un million USD. Le montant de la récompense représente de 10 à 30 % de la somme collectée. Afin de renforcer les incitations financières, des modifications récentes permettent au dénonciateur d'obtenir le montant maximal (30 % des sommes collectées suite à des poursuites) dès lors que le montant potentiel de la récompense est inférieur à 5 millions USD et qu'il n'existe pas de circonstances défavorables tels un signalement tardif ou un motif de culpabilité.

Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux, les États-Unis ont adopté un nouveau programme (31 U.S.C. § 5323) concernant les violations des titres II et III de la loi sur le secret bancaire (*Bank Secrecy Act*) qui a été incorporé à la loi sur l'autorisation de la défense nationale de 2020/2021 (*National Defense Authorization Act*, NDAA) dont il constitue désormais une section substantielle. Le programme de lutte contre le blanchiment de capitaux prévoit que le Congrès affecte des crédits annuels pour rémunérer les lanceurs d'alerte à hauteur de 30 % des sanctions infligées.

Source : Nyrreröd, T., & Spagnolo, G. (2021). A Fresh Look at Whistleblower Rewards. Stockholm Institute of Transition Economics - Working Paper.

4.5. Une coopération internationale étroite pour améliorer la détection des ententes

124. Les ententes sont souvent formées par des entreprises qui opèrent par-delà des frontières, et leurs activités illégales peuvent avoir un impact significatif sur la concurrence et le bien-être des consommateurs dans plusieurs pays. Une coopération renforcée entre les autorités de la concurrence, qu'elle soit formelle ou informelle, peut améliorer la détection. En premier lieu, elle facilite l'échange d'informations, ce qui accroît la capacité à détecter et à poursuivre les ententes, qui plus est lorsque les

informations sont échangées spontanément, sans avoir fait l'objet d'une demande préalable. La coopération internationale a déjà fait la preuve de son efficacité dans d'autres domaines de politique publique en permettant de mieux détecter les faits répréhensibles.

Encadré 4.5. L'échange spontané de renseignements pour détecter les infractions fiscales

Le *Manuel de l'OCDE sur l'échange de renseignements à des fins fiscales* fournit des conseils pratiques aux fonctionnaires chargés de l'échange de renseignements à des fins fiscales. Il considère les échanges spontanés de renseignements comme un outil précieux pour mettre au jour des faits de fraude fiscale. Cette occasion se présente lorsqu'un vérificateur ou un enquêteur découvre des détails sur un revenu ou une transaction qui semble être imposable dans une autre juridiction mais où l'impôt dû n'a peut-être pas été payé. En échangeant spontanément des renseignements, les autorités fiscales peuvent découvrir des faits d'évasion fiscale dans des cas spécifiques, par exemple lorsqu'une personne assujettie à l'impôt obtient une réduction ou une exonération de l'impôt dans une juridiction, ce qui entraînerait une augmentation de l'impôt ou de l'assujettissement à l'impôt dans l'autre juridiction. Le Manuel de l'OCDE propose en annexe un modèle utilisable pour les échanges spontanés de renseignements.

Source :

Manuel de l'OCDE sur l'échange de renseignements à des fins fiscales, 2021

OCDE. (2012). Improving International Co-operation in Cartel Investigations - Background Note by the Secretariat for the Global Forum on Competition. Issu de www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf

125. En second lieu, outre les échanges de renseignements sur de possibles actes répréhensibles, une coopération internationale plus étroite peut permettre aux autorités de mettre en œuvre une collecte d'informations efficace, par exemple en établissant en amont le profil des marchés de produits qui font l'objet d'enquêtes sur des ententes dans d'autres pays, en vue de détecter et de dissuader d'adopter des comportements similaires sur les marchés nationaux (OCDE, 2012^[52]).

126. La Recommandation concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence adoptée par l'OCDE en 2014 dispose que

« dans le cadre de la coopération avec d'autres Adhérents, les Adhérents devraient se communiquer, lorsque cela est approprié et possible, les informations utiles qui permettront à leur autorité de la concurrence de mener une enquête et de prendre des mesures adaptées et efficaces concernant des pratiques anticoncurrentielles et des fusions ayant des effets anticoncurrentiels. »

127. Selon une enquête conjointe de l'OCDE et du RIC réalisée en 2019, 56 % des adhérents qui ont répondu ont utilisé cette section de la Recommandation de l'OCDE (OCDE, 2022, p. 56^[31]). Cependant, la nature confidentielle des informations reste un obstacle à la coopération dans plusieurs juridictions, en particulier lorsqu'il n'y a pas de base légale aux échanges d'informations. De nombreuses juridictions recourent aux **dispenses** de confidentialité comme instrument de divulgation de ce type d'informations, non seulement dans les procédures de contrôle des concentrations mais également, de plus en plus, dans le contexte des demandes de clémence. En l'absence du consentement de la source d'information, certaines législations nationales adoptent des **dispositions sur le partage des sources d'information** afin d'échanger des renseignements confidentiels, tandis que d'autres habilite les autorités à conclure des **accords internationaux de seconde génération** (OCDE, 2022^[31]). Parmi les pays qui ont récemment mis en œuvre la première solution figurent, notamment, l'Australie,¹⁹ la Nouvelle-Zélande,²⁰ le Canada,²¹ le Royaume-Uni,²² et l'Allemagne.²³ Les accords de seconde génération permettant l'échange d'informations confidentielles ont quant à eux augmenté, avec par exemple des accords entre le Canada

et le Japon (2017), le Canada et la Nouvelle-Zélande (2016), l'Australie et le Japon (2015), l'Australie et la Nouvelle-Zélande (2013), l'Union européenne et la Suisse (2013), et les États-Unis et l'Australie (1999).

5. Conclusions

128. La présente note de référence a révélé que, sur la période 2015-2021, le nombre de demandes de clémence a **diminué dans la plupart des juridictions et régions de l'OCDE**. Dans les juridictions de l'OCDE, le nombre de demandes de clémence a reculé de 58 %. En ce qui concerne les régions, l'Europe et la région Amérique latine et Caraïbes ont enregistré une baisse globale de 60 % et 66 % respectivement. Dans la région Asie-Pacifique, la baisse s'est montrée moins régulière, avec une baisse globale de 65 %, mais des pics d'augmentation significatifs en 2018 et 2019, principalement sous l'impulsion d'une seule juridiction. Plus récemment, certaines juridictions ont connu une reprise des demandes de clémence, mais il est encore trop tôt pour déterminer s'il s'agit véritablement d'une inversion de la tendance à la baisse ou d'un événement ponctuel, non significatif sur le plan statistique.

129. Il est important de garder à l'esprit que le nombre de demandes de clémence est un indicateur très imparfait pour mesurer l'efficacité des programmes de clémence étant donné qu'il ne reflète pas la qualité des demandes reçues ni l'impact des programmes de clémence sur la formation des ententes et la dissuasion. Toutefois, compte tenu de l'absence de données sur la proportion d'ententes non détectées et à la lumière de certaines études empiriques, il semble permis de supposer que la **baisse des demandes de clémence peut constituer une menace pour la répression des ententes**, en particulier pour les autorités qui s'appuient largement sur cet outil de détection.

130. La présente note a examiné les causes possibles de cette tendance à la baisse en s'appuyant sur les données et études empiriques disponibles. L'introduction des **actions privées** et une **dépendance probablement excessive des autorités à l'égard des programmes de clémence**, ainsi que la réorientation de leurs ressources limitées qui s'est ensuivie, au détriment des outils de détection autres que la clémence, semblent avoir joué un rôle majeur. En particulier, un programme de clémence réussi peut devenir son propre bourreau (**victime de son succès**) et, à long terme, voir sa propre efficacité amoindrie en raison de la réduction des moyens consacrés aux outils de détection des affaires non liées à la clémence.

131. Il n'est toutefois pas possible d'en tirer des conclusions définitives quant à l'incidence spécifique des différentes modifications intervenues dans les politiques publiques sur le nombre de demandes de clémence. Il importe donc de les envisager conjointement à d'autres facteurs, tels que l'application de sanctions pénales, les coûts liés à la charge administrative et à la complexité croissante des ententes, l'impact des accords de transaction, les risques découlant de l'absence de coordination des programmes de clémence entre les juridictions, et les interactions avec d'autres domaines du droit sanctionnant des infractions qui font intervenir plusieurs instances (comme la corruption, la passation des marchés publics).

132. Renforcer les **outils complémentaires de détection proactifs** est important pour deux raisons. Premièrement, parce que cela permet d'accroître la probabilité de détection et que la menace accrue qui en découle aura un effet positif sur la propension des entreprises à demander la clémence. Deuxièmement, parce que certains facteurs socio-économiques, personnels, démographiques et culturels tiennent une place majeure dans la décision de solliciter la clémence. Or, ces facteurs échappent au contrôle des autorités de concurrence, et il est difficile de les influencer par une réforme des programmes de clémence. Les outils de détection proactifs restent donc essentiels, que le programme de clémence porte ou non ses fruits.

133. Sans reprendre les discussions et les conclusions des dernières tables rondes de l'OCDE, la présente note d'information a livré une présentation succincte des nouvelles initiatives et des outils de détection innovants qui ont connu une évolution significative au cours des dernières années, et souligné les difficultés rencontrées par les autorités de concurrence pour **améliorer les outils de détection susceptibles de remplacer ou de compléter** les programmes de clémence. Les mécanismes de filtrage des ententes, soutenus par de solides compétences internes dans le domaine du numérique, de la science des données et de l'informatique, constituent un outil de détection fondamental. Les autorités ont non seulement investi dans ces innovations, mais elles ont également réformé les méthodes traditionnelles telles que les mécanismes de plainte, les systèmes de lanceurs d'alerte et la coopération nationale et internationale.

134. Il est essentiel de disposer d'un **large éventail d'outils de détection tant réactifs que proactifs**, associés à des **sanctions sévères**, et d'assurer leur **cohérence avec d'autres instruments du droit de la concurrence (comme les actions privées ou les sanctions pénales) ainsi qu'avec les politiques dans d'autres domaines du droit** pour garantir l'efficacité de la détection et de la répression des ententes.

Notes

¹ Selon certaines études (certes peu récentes) qui se sont efforcées de calculer le ratio d'ententes non détectées, la probabilité que des ententes ne soient pas détectées est forte. (Combe, Monnier et Legal, 2008^[64]) ont ainsi estimé que la probabilité annuelle qu'une entente soit mise au jour dans l'UE était d'environ 13 %, alors que les taux de détection se situent entre 10 et 20 % en tenant compte des programmes de clémence. L'une des limites de cette étude est qu'elle se fonde sur le délai de détection (la durée écoulée entre la formation de l'entente et sa découverte) des ententes qui ont fait l'objet d'une condamnation par la Commission européenne, puisque que l'on ne dispose pas de données sur les ententes non détectées ou non sanctionnées. D'après des ultérieures, la détection des ententes dans l'UE s'est le plus souvent maintenue entre 10 % et 20 % entre 1985 et 2009 (Ormosi, 2014^[57]). De même, (Bryant et Eckard, 1991^[65]) ont estimé qu'aux États-Unis, entre 1961 et 1988, la probabilité annuelle qu'une entente soit détectée s'élevait à 13 à 17 % environ.

² Cependant, les deux seules enquêtes qui ne résultaient pas d'une demande d'immunité (affaire AT.39780 - *Enveloppes* et affaire AT.39952 - *Bourses d'électricité*) ont abouti à une décision dans le cadre de la procédure de transaction, ce qui signifie que les parties ont reconnu leur participation à l'entente et leur responsabilité en la matière.

³ <https://globalcompetitionreview.com/article/korean-lenieny-applications-directly-affected-us-decline-lawyer-says>

⁴ Voir l'article 11, paragraphe 4, de la directive UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts.

⁵ Voir la loi du Brésil n° 14.470 du 16 novembre 2022.

⁶ Voir l'article 66 de la loi colombienne n° 2195 de 2022.

⁷ Voir l'arrêt dans l'affaire C-162/15 *Evonik Degussa c. Commission européenne* [2017].

⁸ Aux États-Unis, la loi de 2004 relative au renforcement des sanctions pénales en matière d'infractions au droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, ACPERA) limite la responsabilité des demandeurs de clémence et exige qu'ils coopèrent avec les plaignants au civil sans pour autant modifier les règles en matière de divulgation des dossiers d'enquête du ministère de la Justice. Le Canada n'a pour sa part pas encore légiféré sur ce point et, bien que le Bureau de la concurrence ait pour politique de ne pas communiquer ses informations, il s'y résout si une décision de justice l'impose.

⁹ <https://globalcompetitionreview.com/article/eu-reviewing-leniency-policy-amidst-drop-in-first-in-applications-enforcer-says>

¹⁰ <https://globalcompetitionreview.com/article/andean-enforcer-reissues-cartel-fines-based-controversial-leniency-application>

¹¹ Voir les exemples de l'accord Australie-Japon (2015) et de l'accord UE-Suisse (2013).

¹² Voir ministère américain de la Justice, Division Antitrust, Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program (publié le 3 janvier 2023), question 13.

¹³ <https://www.gov.br/cade/en/matters/news/complaints-to-cade-about-antitrust-violations-surged-after-the-remodelling-of-the-clique-denuncia-platform>

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ De plus amples informations sont disponibles à l'adresse www.oecd.org/competition/data-screening-tools-for-competition-investigations.htm.

¹⁶ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (la « Directive sur la protection des lanceurs d'alerte »).

¹⁷ <https://www.justice.gov/opa/pr/false-claims-act-settlements-and-judgments-exceed-2-billion-fiscal-year-2022>.

¹⁸ Voir le projet de réforme soumis au Sénat et visant à mieux protéger la concurrence dans l'économie américaine, à modifier la loi Clayton et notamment les critères de l'acquisition illégale, à lutter contre les comportements anticoncurrentiels d'exclusion qui nuisent à la concurrence et aux consommateurs et à renforcer les capacités du ministère de la Justice et de la Federal Trade Commission à faire respecter le droit de la concurrence, entre autres objectifs. Le texte du projet peut être consulté à l'adresse https://www.klobuchar.senate.gov/public/_cache/files/e/1/e171ac94-edaf-42bc-95ba-85c985a89200/375AF2AEA4F2AF97FB96DBC6A2A839F9.sil21191.pdf.

¹⁹ Section 155AAA, www.australiancompetitionlaw.org/legislation/provisions/2010cca155AAA.html

²⁰ Sections 99I et 99J, loi portant réforme du commerce (coopération internationale, et frais) de 2012,

loi publique n° 84, adoptée le 23 octobre 2012, www.legislation.govt.nz/act/public/2012/0084/latest/DLM1576307.html.

²¹ Article 29 de la loi canadienne sur la concurrence, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-34/page5.html#docCont>; Bulletin d'information sur la sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence, Bureau de la concurrence, 10 octobre 2007, www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cbbc.nsf/eng/01277.html.

²² Article 243 de la loi sur les entreprises du Royaume-Uni de 2002, www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/243.

²³ § 50d (1) et 50e de la loi allemande contre les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) disponible à l'adresse : http://www.gesetze-iminternet.de/englisch_gwb/

Bibliographie

- Allen & Overy (2020), *Global cartel enforcement report*, https://www.allenoverly.com/global/-/media/allenoverly/2_documents/news_and_insights/campaigns/global_cartel_enforcement_control/global_cartel_enforcement_2020.pdf?rev=2f6ab3678cba4f16a9f9966933827684. [6]
- Ascione, A. et M. Motta (2008), « Settlements in cartel cases », *MPRA Paper*. [36]
- Auriol, E., E. Hjelmeng et T. Søreide (2017), « Deterring Corruption and Cartels: In Search of a Coherent Approach », *Concurrences* 1. [66]
- Autorité de la concurrence (2014), *Etude relative au programme de clémence français*. [29]
- Baker, D. (2011), *Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model?*. [27]
- Beaton-Wells, C. (2017), « Criminal sanctions for cartel conduct: the leniency conundrum », *Journal of Competition Law & Economics*. [25]
- Beaton-Wells, C. (2014), « Immunity for cartel conduct: revolution or religion? An Australian case study », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2/1, pp. 126-169, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnt012>. [22]
- Beaton-Wells, C. et C. Parker (2012), « Education Before Enforcement? Key Insights from Cartel Research », *Australian Business Law Review*. [23]
- Bodnar, O. et al. (2021), « The Effects of Private Damage Claims on Cartel Activity: Experimental Evidence », *Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE) Discussion Paper*. [15]
- Bryant, P. et E. Eckard (1991), « Price Fixing: The Probability of Getting Caught », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 73/3, pp. 531-536. [65]
- Buccirossi, P., C. Marvao et G. Spagnolo (2020), « Leniency and Damages: Where is the Conflict? », *Journal of Legal Studies*, pp. 335-379. [19]
- CNMC (2022), *Contribution from Spain to the Latin American and Caribbean Competition Forum – Session I: Strengthening incentives for leniency agreements*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)10/en/pdf). [8]
- Combe, E. et C. Monnier (2020), « Why Managers Engage in Price Fixing? An Analytical Framework », *World Competition*, vol. 43/1, pp. 35-60. [51]

- Combe, E., C. Monnier et R. Legal (2008), « Cartels: the Probability of Getting Caught in the European Union », *Bruges European Economic Research papers*. [64]
- Commission hellénique de la concurrence (2021), *Computational Competition Law and Economics: Issues, Prospects - Inception Report*. [49]
- Covington/Brussels School of Competition (2020), *Immunity and Leniency Survey 2019/2020*. [30]
- Crave, D. (2015), *Why leniency does not undermine compensation*. [21]
- da Cruz Vilaça, J. (2018), « The intensity of judicial review in complex economic matters - recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU », *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 173-188. [33]
- Dijkstra, P. et J. Seifert (2022), « Cartel Leniency and Settlements: A Joint Perspective », *Review of Industrial Organization*, <https://doi.org/10.21203/rs.3.rs-2155039/v1>. [35]
- Forrester, I. et P. Berghe (2015), *Leniency: The Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow?*, Hart Publishing. [63]
- Hammond, S. (2010), *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*. [26]
- Harker, M., S. Peyer et K. Wright (2011), « Judicial scrutiny of merger decisions in the EU, UK and Germany », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 60/1, pp. 93-124. [62]
- Harrington, J. et M. Chang (2015), « When can we expect a corporate leniency program to result in fewer cartels? », *The Journal of Law & Economics*, vol. 58/2, pp. 417-449, <https://www.jstor.org/stable/10.1086/684041>. [10]
- Harrington, J. et M. Chang (2012), « Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program », *Working Paper*. [11]
- Harrington, J. et D. Imhof (2022), « Cartel screening and machine learning », *Stanford Computational antitrust*, <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2022/08/harrington-imhof-2022.pdf>. [47]
- Haucap, J. et C. Heldman (2022), « The Sociology of Cartels », *CESifo Working Papers*. [61]
- Hornkohl, L. (2022), *A Solution to Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds*, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-lenieny-problem-combining-private-enforcement-lenieny-exemptions-with-fair-funds/>. [20]
- Hunt, S. (2022), « The technology-led transformation of competition and consumer agencies: The Competition and Markets Authority's experience », *Discussion paper*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1085931/The_technology_led_transformation_of_competition_and_consumer_agencies.pdf. [60]
- Hüschelrath, K. (2010), « How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1/6, pp. 522-528, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpq047>. [39]

- Knight, T. et C. Ste. Claire (2019), « Reconciling the Conflict: Antitrust Leniency Programs and Private Enforcement », *Working Paper*. [16]
- Kovacic, B. (2022), *US Perspective on the Regulation of Digital Markets*. [48]
- Lai, S. (2021), « Incentivizing private antitrust enforcement to promote leniency applications », *Journal of Competition Law & Economics*, pp. 728-749, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab009>. [17]
- Meester, W., A. Garcia Pabon et D. Westrik (2023), « Competition Enforcement: The OECD shares, in its Competition Trends Report, the Main Developments in Competition Enforcement around the World », *Concurrences*, vol. Chroniques/Issue No. 2, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2023/chroniques/competition-enforcement-the-oecd-shares-in-its-competition-trends-report-the>. [4]
- Menčík, J. (2021), « United we stand, divided we fall - The role of inter-agency cooperation in enforcement of bid rigging conspiracies », *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica 1*, pp. 57-74, https://karolinum.cz/data/clanek/8904/lurid_67_1_0057.pdf. [59]
- Miller, N. (2009), « Strategic Leniency and Cartel Enforcement », *American Economic Review*. [12]
- Nyreröd, T. et G. Spagnolo (2021), « A Fresh Look at Whistleblower Rewards », *Stockholm Institute of Transition Economics - Working Paper*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3871748. [58]
- OCDE (2023), *Tendances de l'OCDE sur la concurrence 2023*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/a6892327-fr>. [5]
- OCDE (2022), « Competition Trends in Latin America and the Caribbean 2022 », *OECD Business and Finance Policy Papers*, n° 10, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/472518b6-en>. [3]
- OCDE (2022), *Interdiction d'exercer des fonctions d'administrateur et interdiction de soumissionner pour infraction au droit de la concurrence - - Note de référence du Secrétariat pour le Comité de la concurrence*. [28]
- OCDE (2022), *La coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence : rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de l'OCDE de 2014*, <https://www.oecd.org/daf/competition/cooperation-internationale-enquetes-et-procedures-de-concurrence-rapport-sur-la-recommandation-de-2014.pdf>. [31]
- OCDE (2022), *Les outils de filtrage des données dans les enquêtes de concurrence – Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2022\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2022)5/fr/pdf). [46]
- OCDE (2022), *OECD Competition Trends 2022*. [2]
- OCDE (2022), *Thinking out of the competition box: enforcement co-operation in other policy areas - Background note by the Secretariat*. [67]
- OCDE (2020), *L'utilisation d'études de marché pour aborder les problèmes de concurrence émergents - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)5/Fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)5/Fr/pdf). [44]

- OCDE (2020), *Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement - Note de référence du Secrétariat.* [68]
- OCDE (2019), *Examen de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables - Rapport du Secrétariat.* [9]
- OCDE (2018), *Défis et coordination des programmes de clémence – Note de référence du Secrétariat dans le cadre du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi.* [18]
- OCDE (2018), *Les pouvoirs d'enquête en pratique – Sous-session 1: Inspections inopinées à l'ère numérique - Note de réflexion du Secrétariat -*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)7/fr/pdf). [43]
- OCDE (2017), *Méthodologies pour les études de marchés -- document de référence du Secrétariat pour le Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2017\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2017)1/fr/pdf). [42]
- OCDE (2016), *Le rôle des études de marché en tant qu'instrument de promotion de la concurrence - Note de référence du Secrétariat en vue de la réunion du Forum Mondial sur la Concurrence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)4/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)4/fr/pdf). [41]
- OCDE (2016), *Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Rules, reforms and challenges - Background paper by the Secretariat prepared for the 14th Latin American and Caribbean Competition Forum*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)5/en/pdf). [37]
- OCDE (2015), *Les relations entre action publique et actions privée - Note du Secrétariat pour le Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi.* [14]
- OCDE (2013), *Table ronde sur les enquêtes d'office relatives aux ententes et sur l'utilisation de filtres pour détecter les ententes - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2013\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2013)14/fr/pdf). [40]
- OCDE (2012), *Improving International Co-operation in Cartel Investigations - Background Note by the Secretariat for the Global Forum on Competition*, <https://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>. [52]
- OCDE (2012), *Leniency for Subsequent Applicants - Background Note by the Secretariat for the Competition Committee.* [69]
- OCDE-BID (2021), *Peer Review of Competition Law and Policy: Ecuador.* [34]
- Ormosi, P. (2014), « A tip of the iceberg? The probability of catching cartels », *Journal of Applied Econometrics*, vol. 29/4, pp. 549-566, <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26608981>. [57]
- RIC (2021), *Chapter 4: Cartel Case Initiation*, http://internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/01/CWG_ACEM_Case_Initiation_CH4-2021.pdf. [45]
- RIC (2019), *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions - Cartel Working Group.* [13]
- RIC (2019), *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions - Subgroup 2 of the Cartel Working Group.* [70]

- Sokol, D. (2019), « Reinvigorating Criminal Antitrust? », *William & Mary Law Review*, vol. 60/4, [56]
<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol60/iss4/12>.
- Spagnolo, G. et R. Luz (2017), « Leniency, collusion, corruption, and whistleblowing », *Journal of Competition Law & Economics*, pp. 729-766. [38]
- Spagnolo, G. et T. Nyrreröd (2019), « Financial incentives for whistleblowers: A short survey », *SITE Working Paper 50*, <http://hdl.handle.net/10419/249245>. [50]
- Stephan, A. (2014), « Four Key Challenges to the Successful Criminalisation of Cartel Laws », *Journal of Antitrust Enforcement*. [24]
- Strouvali, K. et E. Pantopoulou (2021), « Balancing Disclosure and the Protection of Confidential Information in Private Enforcement Proceedings: The Commission's Communication to National Courts », *Journal of European Competition Law & Practice*. [55]
- Vanhaverbeke, L. et C. Buts (2020), « A Quantitative Analysis of the Efficiency of the EU's Leniency Policy », *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 4/1, pp. 12-22. [32]
- Velikonja, U. (2015), « Public Compensation for Private Harm: Evidence from the SEC's Fair Fund Distributions », *Stanford Law Review*, vol. 67, pp. 331-395, [54]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400189.
- Volpin, C. et P. Chokesuwattanaskul (2023), *Leniency programmes*, Edward Elgar Publishing Limited, <https://doi.org/10.4337/9781839102875>. [1]
- Wagner-von Papp, F. et al. (2016), « Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges », *Concurrences Review*, vol. 2, pp. 14-44. [53]
- Ysewyn, J. et S. Kahmann (2018), « The decline and fall of the leniency programme in Europe », *Concurrences* 1, pp. 44-59. [7]