

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

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

**SYNTHÈSE DES DISCUSSIONS SUR L'UTILISATION DES MARQUEURS DANS LES
PROGRAMMES DE CLÉMENCE**

16 décembre 2014

Cette synthèse par le Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions de la discussion tenue lors de la Session III de la 120ème réunion du Groupe de travail n° 3 de l'OCDE tenue le 16 décembre 2014.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur la page internet:
<http://www.oecd.org/daf/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>*

Veillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco pour toute question concernant ce document [tél. : +33 1 45 24 98 08 ; courriel : antonio.capobianco@oecd.org].

JT03396054

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

SYNTHÈSE^(*)

Par le Secrétariat

Les points suivants ressortent du document de référence, des contributions nationales et des discussions de la table ronde sur l'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence :

- (1) ***De l'avis général, les programmes de clémence jouent un rôle crucial dans la répression des ententes, en offrant un traitement de faveur aux sociétés et/ou aux individus qui décident de divulguer l'existence d'une entente aux autorités et de coopérer lors de l'enquête. Pour inciter davantage les sociétés à se faire connaître et à coopérer, de nombreux pays ont introduit dans leurs programmes de clémence des systèmes de marqueurs. Un marqueur permet aux demandeurs de réserver, durant une période limitée, leur place dans la file d'attente du programme de clémence, afin de leur laisser le temps de recueillir les informations complémentaires qui sont nécessaires pour finaliser la demande.***

Les ententes injustifiables sont unanimement reconnues comme la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et constituent donc en enjeu majeur de l'application du droit en la matière par de nombreuses autorités de la concurrence. Toutefois, les ententes opèrent généralement dans le secret, ce qui complique leur détection et les poursuites. Pour pallier ce handicap, la plupart des pays du monde, et notamment les 34 membres de l'OCDE, ont mis en place des programmes de clémence qui offrent aux contrevenants un traitement indulgent lors des poursuites en contrepartie de leur coopération avec les enquêteurs. Il existe deux types de programmes de clémence : ceux qui accordent une amnistie uniquement au premier complice qui se manifeste, et ceux qui, en plus d'octroyer l'immunité au premier contrevenant divulguant les faits, récompensent aussi les demandeurs suivants par un traitement plus indulgent.

Les programmes de clémence ont pour objectif de maximiser les incitations pour les membres d'une entente à se faire connaître et à coopérer sans délai, afin de permettre aux autorités de mettre rapidement au jour une entente secrète et de conduire une enquête plus efficacement. L'immunité totale n'étant accordée qu'au premier complice qui se manifeste, et le seuil requis pour que les demandeurs suivants bénéficient d'un traitement clément, ainsi que le degré d'indulgence de ce traitement, dépendant en partie de la promptitude de la coopération et en partie de sa qualité, les membres d'une entente doivent se faire connaître le plus tôt possible pour bénéficier au maximum des avantages prévus par le programme de clémence.

Pour être traités avec plus d'indulgence, les demandeurs doivent également atteindre les seuils fixés, ce qui suppose généralement qu'ils communiquent toutes informations et tous éléments de preuve concernant leur participation à une entente. Il en résulte inéluctablement une tension entre la nécessité de déposer d'urgence une demande et celle de prendre le temps requis pour réunir l'ensemble des éléments de preuve nécessaires pour que cette demande aboutisse.

^(*) Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime du Comité de la concurrence. Il présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de la table ronde, dans les contributions écrites des délégués ainsi que dans la note de synthèse du Secrétariat.

Pour y remédier, de nombreuses juridictions ont introduit dans leurs programmes de clémence un système de marqueurs. Un marqueur est un mécanisme permettant au candidat à un programme de clémence de communiquer aux autorités de la concurrence des informations initiales limitées concernant une entente, en contrepartie d'un engagement des autorités de réserver sa place dans la file d'attente durant une période déterminée. Le demandeur dispose ainsi de plus de temps pour mener à bien son enquête interne et réunir tous les éléments de preuve nécessaires pour finaliser sa demande de clémence.

De nombreuses délégations considèrent que les systèmes de marqueurs sont une composante utile des programmes de clémence et qu'ils contribuent à leur fonctionnement optimal. Cette position est confirmée par le fait que les demandeurs ont généralement tendance à utiliser les systèmes de marqueurs mis à disposition dans le cadre d'un programme de clémence, ainsi que par les expériences très positives dont font état les délégations concernant leurs systèmes de marqueurs.

- (2) ***Malgré leurs points communs, les systèmes de marqueurs nationaux présentent de nombreuses différences. Celles-ci portent essentiellement sur la quantité d'informations requises pour qu'une demande de marqueur aboutisse, sur le délai accordé pour parachever la demande, sur le caractère automatique ou facultatif du marqueur, sur l'existence d'un marqueur pour les demandeurs suivants et sur la possibilité pour les demandeurs de solliciter un marqueur de manière anonyme.***

La table ronde montre que les systèmes de marqueurs présentent de nombreuses caractéristiques communes, à commencer par leur objet, qui est : (1) de renforcer les incitations pour les entreprises à utiliser les programmes de clémence ; (2) d'apporter de la certitude aux entreprises ; et (3) d'améliorer la qualité des éléments de preuve recueillis au moyen du processus de clémence. Il existe cependant des différences marquées, concernant (1) la disponibilité de marqueurs seulement pour le premier demandeur d'amnistie ou également pour les demandeurs suivants ; (2) les informations exigées pour obtenir un marqueur (dans certains pays ou territoires, les exigences sont strictes, alors qu'elles sont plus souples ailleurs) ; (3) les délais impartis à un demandeur de marqueur pour parachever sa demande de clémence (allant de 2 semaines à 90 jours) ; et (4) la possibilité pour les autorités d'accorder une extension de la période initiale.

- (3) ***S'agissant du type et de la quantité d'informations requises par les autorités de la concurrence pour qu'une demande de marqueur aboutisse, certains pays énumèrent l'ensemble des conditions à remplir par le demandeur pour obtenir un marqueur (systèmes prescriptifs), alors que d'autres autorisent une certaine souplesse quant au type d'informations à fournir (systèmes non prescriptifs).***

Les pays non prescriptifs sont plus souples quant aux types d'information nécessaires à l'obtention d'un marqueur. Il s'agit en général des informations suffisantes pour déterminer si un marqueur est ou non disponible, telles qu'une description de la nature générale de la conduite et du produit ou service en cause. Cette approche privilégie la vitesse et la flexibilité au détriment de l'exhaustivité et de l'exactitude.

La majorité des pays qui se sont dotés de systèmes de marqueurs optent pour une approche prescriptive qui définit les informations supplémentaires que la demande de marqueur doit contenir. L'Union européenne et ses États membres, dont les programmes de clémence s'inspirent du Programme modèle du Réseau européen de la concurrence (REC) en matière de clémence, relèvent de cette catégorie, et imposent aux demandeurs de fournir des informations telles que la durée estimée de l'entente, l'identité des autres participants, une liste des autres autorités approchées par les demandeurs ou les raisons pour lesquelles un marqueur devrait être attribué.

Le cadre général de l'action répressive influe également sur la quantité d'informations requise par un pays pour qu'une demande de marqueur aboutisse. Les pays qui prévoient des sanctions pénales exigent en général moins d'informations afin d'éviter aux demandeurs de devoir conduire une enquête interne avant de soumettre une demande de marqueur. Lorsque les ententes sont poursuivies au pénal, il est primordial que les enquêtes internes soient diligentées avec soin afin de ne pas compromettre des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés au cours d'une procédure pénale future.

- (4) *Le délai accordé par les autorités à un demandeur de marqueur dont la requête a abouti pour parachever sa demande de clémence varie sensiblement d'un pays à l'autre. Certains pays imposent un délai ferme, relativement court, et non susceptible de prolongation. Ils craignent surtout qu'une prolongation augmente le risque de fuite d'information qui mettrait en péril l'enquête des autorités. D'autres pays décident au cas par cas, en donnant des indications générales sur ce qui serait un délai « normal », « minimal » ou « habituel ». D'autres pays prévoient des périodes relativement longues et accordent des prolongations pour permettre aux enquêtes internes de recueillir les preuves les plus complètes et les meilleures possibles.*

Globalement, le délai initial va de deux semaines à 90 jours. De nombreux pays sont prêts à accorder des délais initiaux plus longs lorsqu'il est raisonnable de supposer que la collecte des éléments de preuve requis pour finaliser la demande de clémence nécessitera plus de temps. Ce sera le cas dans les affaires caractérisées par des conduites complexes, l'existence de demandeurs étrangers, la localisation des éléments de preuve dans plusieurs pays, ou un nombre élevé de salariés qui doivent être interrogés, etc. Environ 65 % des membres de l'OCDE sont prêts à accorder une prolongation, dans les affaires où cela est effectivement justifié, lorsque le demandeur accomplit un effort de bonne foi, même si cette possibilité n'est pas expressément prévue dans les lignes directrices publiques des autorités. Certaines autorités prennent également en compte, lors de la détermination du délai pour le marqueur, la nécessité de se coordonner avec d'autres pays. En général, les autorités s'efforcent de trouver un équilibre entre un délai raisonnable pour recueillir les informations nécessaires et vérifier leur exhaustivité et leur exactitude, et un délai suffisamment court pour ne pas mettre en péril l'intégrité et la confidentialité de l'enquête.

- (5) *S'agissant de la nature du processus d'attribution du marqueur, la plupart des autorités privilégient une approche facultative plutôt qu'automatique. En fait, rares sont les pays qui font le choix d'un système d'attribution automatique de marqueur à un demandeur qui a communiqué les informations de base requises.*

Si la distinction entre systèmes de marqueurs automatique et facultatif n'est pas toujours nette dans la pratique répressive des diverses autorités, dans la mesure où, même dans les pays dotés d'un système automatique, les autorités déterminent si le demandeur a fourni les informations requises, différents pays soulignent les avantages d'un système totalement facultatif. À cet égard, certaines délégations précisent que, bien que les demandes de marqueur soient rarement rejetées, cela s'est produit lorsqu'après examen des informations soumises, l'autorité compétente a conclu qu'un demandeur n'était pas fondé à dénoncer une infraction au droit de la concurrence. L'Union européenne a en outre l'avantage de disposer, dans le contexte du Réseau européen de la concurrence (REC), d'un système de marqueurs facultatif qui lui permet de rejeter les demandes se rapportant à une conduite qu'une autre autorité membre du REC serait mieux à même de se saisir.

- (6) ***La table ronde montre que seule une minorité de pays prévoient la disponibilité de marqueurs pour les demandeurs suivants. Dans la plupart des cas, le marqueur est réservé au premier complice qui se fait connaître.***

De nombreux pays accordent un traitement indulgent, sous une forme ou sous une autre, aux demandeurs suivants qui atteignent les seuils requis, et le degré de clémence dépend parfois de l'ordre de la demande. Dans ces systèmes, des marqueurs peuvent être attribués aux demandeurs suivants pour leur permettre de conserver leur deuxième ou troisième place dans la file d'attente. L'objectif est d'accroître la prévisibilité et le degré de certitude du processus, afin d'encourager plus de demandeurs à se faire connaître. Toutefois, la plupart des pays n'autorisent pas l'attribution de marqueurs aux demandeurs suivants. Ce refus est motivé par le risque de neutraliser la course entre les demandeurs suivants pour communiquer rapidement des éléments de preuve de la meilleure qualité.

- (7) ***Il existe un accord général sur la nécessité de veiller à une confidentialité rigoureuse du processus de clémence, pour en préserver l'attractivité pour les demandeurs et assurer l'efficacité des enquêtes des autorités. Seuls quelques pays autorisent les demandes de marqueur anonymes ; la plupart protègent la confidentialité de l'identité du demandeur.***

Certains pays offrent aux demandeurs potentiels la possibilité d'entrer en contact avec les autorités de manière anonyme pour s'enquérir de la disponibilité d'un marqueur, éliminant ainsi un facteur potentiellement dissuasif pour les demandeurs inquiets des conséquences éventuelles d'une divulgation dans l'hypothèse où un marqueur leur serait refusé. Dans leur très grande majorité, des règles rigoureuses imposent aux autorités de protéger la confidentialité de l'identité de l'auteur de la demande et du contenu de celle-ci. L'objet de ces règles est de préserver la confidentialité à titre de condition préalable fondamentale du processus de clémence dans son ensemble. Toutefois, dans le cas des ententes internationales impliquant de multiples pays, la coordination des enquêtes entre les diverses autorités peut nécessiter une dérogation, au moins partielle, aux obligations de confidentialité leur incombant. De ce fait, de nombreuses autorités sollicitent des demandeurs une dispense de confidentialité pour qu'elles puissent échanger avec leurs homologues dans d'autres pays et mener une action coordonnée.

- (8) ***Les différences d'approche de la clémence et des marqueurs d'un pays à l'autre peuvent avoir une incidence sur l'incitation, pour les demandeurs potentiels, à se faire connaître dans certains des pays affectés par l'entente. Pour faciliter le dépôt de demandes multiples, les entreprises proposent la mise en place d'un système de guichet unique pour les marqueurs. La table ronde montre que l'idée d'un tel guichet unique pour les marqueurs ne manque pas d'attrait et qu'elle semble réalisable d'un point de vue théorique, mais qu'il existe de nombreux obstacles pratiques à sa mise en œuvre qui nécessiteraient une analyse plus poussée.***

De l'avis général, la répression des ententes a considérablement bénéficié de la multiplication des programmes de clémence dans le monde, et les marqueurs constituent une caractéristique importante qui contribue à ce succès. Cette évolution positive a néanmoins également accru la complexité de la réglementation pour les demandeurs potentiels désireux d'informer plusieurs autorités de l'existence d'une entente multinationale. Bien que les éléments disponibles ne soient pas suffisants pour prouver que cette complexité réglementaire a une incidence sur les incitations pour les sociétés à recourir aux programmes de clémence dans certains pays, le système de guichet unique envisagé pour les marqueurs pourrait contribuer à atténuer ce risque éventuel.

Le mécanisme de guichet unique pour les marqueurs permettrait à un demandeur potentiel de nouer un contact avec un seul pays et de réserver sa place dans la file d'attente dans tous les pays participant au programme de clémence. L'intérêt pour les demandeurs est évident, car ce système éliminerait le risque que le statut d'un demandeur en matière de clémence diffère d'un pays à l'autre. Du point de vue des autorités, le mécanisme présenterait l'avantage de permettre à un plus grand nombre de pays d'être avertis de l'existence de l'entente, et notamment à ceux que le demandeur ne songerait pas à saisir en priorité, ce qui contribuerait à renforcer la dissuasion mondiale. Le système pourrait également réduire la nécessité d'échanger des informations entre autorités et faciliter la coordination à un stade extrêmement précoce de la procédure d'enquête.

Concrètement, un mécanisme de guichet unique nécessiterait qu'une ou plusieurs autorités désignées jouent le rôle de chambre « de compensation » pour les marqueurs dans les affaires d'ententes internationales. L'autorité ou les autorités « de compensation » informeraient immédiatement les autres membres du système, à réception d'une demande de marqueur, de la date et du contenu de celle-ci. En l'absence de marqueur dans un des pays membres, l'autorité concernée pourrait rejeter la demande de guichet unique, sans que ce refus empêche l'octroi de marqueurs au demandeur dans les autres pays participant au système. Après attribution d'un marqueur suite à une demande présentée au guichet unique, le demandeur devrait finaliser sa demande de clémence dans chaque pays concerné, conformément aux règles nationales en vigueur. Le système serait volontaire pour les autorités, qui pourraient décider de rejoindre, ou non, le dispositif de guichet unique, ainsi que pour les demandeurs qui pourraient, à leur gré, ne pas demander de marqueur délivré par guichet unique, mais demander des marqueurs uniquement dans certains pays.

Les participants à la table ronde concluent que l'idée d'un guichet unique pour les marqueurs ne manque pas d'attrait, mais que des obstacles concrets rendraient sa mise en œuvre difficile. L'Union européenne indique, par exemple, que l'idée d'un guichet unique a été étudiée dans le contexte du REC, avant d'être rejetée en raison des nombreuses difficultés pratiques qu'elle induit, notamment : la difficulté de déterminer l'existence d'un marqueur dans les divers pays concernés, encore aggravée par le fait qu'au stade de la demande de marqueur, le périmètre précis de la conduite n'est pas toujours connu, de sorte qu'il est difficile de déterminer l'existence d'un marqueur lorsque plusieurs pays sont concernés. D'autres délégations soulignent que ces difficultés sont amplifiées au vu des différentes procédures en jeu dans les systèmes de sanctions pénales et administratives, et que ces systèmes pénaux et administratifs prévoient des seuils différents pour l'attribution de marqueurs.