

**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

Compte rendu de la table ronde sur les défis et la coordination des programmes de clémence

Annexe au compte rendu succinct de la 127^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

5 juin 2018

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé des discussions qui se sont tenues lors de la 127^e réunion du Groupe de travail n° 3 du 5 juin 2018.

D'autres documents relatifs à ces discussions peuvent être consultés à l'adresse suivante : www.oecd.org/competition/challenges-and-coordination-of-lenieny-programmes.htm.

Pour toute question relative au présent document, veuillez prendre contact avec M^{me} Despina Pachnou (+33 1 45 24 95 25 ; despina.pachnou@oecd.org).

JT03446088

Compte rendu de la table ronde sur les défis et la coordination des programmes de clémence

Par le Secrétariat

1. Introduction

Sous la présidence de **M. Frédéric Jenny**, le Groupe de travail n° 3 a tenu le 5 juin 2018 une table ronde sur le thème « Défis et coordination des programmes de clémence ».

Pour introduire la table ronde, le Président évoque brièvement le rôle déterminant des programmes de clémence dans la détection et la sanction d'infractions au droit de la concurrence. Il fait remarquer toutefois qu'au cours des deux à trois dernières années le nombre de demandes de clémence a connu une baisse dans plusieurs pays. Le Président souligne également que l'efficacité des programmes de clémence varie sensiblement d'un pays à l'autre et qu'il serait intéressant d'examiner les raisons de ces différences. De nombreuses juridictions cherchent actuellement à renforcer l'attractivité et l'efficacité de leurs programmes de clémence. Le sujet de cette table ronde est donc particulièrement d'actualité.

Le Président explique que la session s'organisera autour des thèmes suivants : (1) les points forts et défauts des programmes de clémence, ainsi que leur articulation avec les autres mécanismes (p. ex. : outils à destination des lanceurs d'alerte non impliqués, ou actions de renseignement des autorités, comme le filtrage des ententes) ; (2) l'élaboration et la mise en œuvre des programmes de clémence, et leur relation avec les actions privées et les sanctions pénales pour les personnes physiques ; et (3) les défis consécutifs à la multiplication des régimes de concurrence et des programmes de clémence dans le monde, et les propositions visant à améliorer la coordination de ces programmes.

Le Président présente les intervenants : Catarina Marvão (chargée de cours adjointe à l'Institut de technologie de Dublin), Brent Snyder (directeur général de la Commission de la concurrence de Hong Kong) et Scott Hammond (partenaire au cabinet de Gibson, Dunn & Crutcher de Washington, et co-président du groupe de travail sur le droit de la concurrence au sein du même cabinet).

Il invite ensuite **Michael Saller**, du Secrétariat de l'OCDE, à présenter brièvement la note de référence du Secrétariat. M. Saller indique que le principal objectif des programmes de clémence est de détecter et décourager les comportements anticoncurrentiels, et de contrôler l'efficacité des actions engagées par les autorités de la concurrence sur la base des preuves produites par les candidats à la clémence. Un programme de clémence ne saurait être efficace que s'il s'appuie d'abord sur une solide expérience des autorités dans la détection des ententes (indépendamment des programmes de clémence), puis sur l'application de sanctions lourdes à l'encontre des membres d'une entente n'ayant pas déposé de demande de clémence ou qui ne peuvent bénéficier d'une mesure de clémence, et enfin sur la transparence et la prévisibilité de ce programme, de sorte que les potentiels candidats à la clémence sachent exactement les avantages et enjeux d'un tel programme. M. Saller précise que, dans le cas des ententes internationales, les coûts inhérents à une demande de clémence auprès de plusieurs juridictions, les conditions parfois contradictoires requises dans ces différents pays pour demander la clémence, ainsi que la

variété des systèmes de marqueurs (soit les informations et communications initiales entre un candidat et une autorité de la concurrence pour réserver son rang dans le programme de clémence) ne font qu'augmenter les coûts globaux et les risques associés aux demandes de clémence, et pourraient même dissuader les membres d'une entente de solliciter la clémence. M. Saller souligne enfin l'importance d'assurer la coopération des candidats à la clémence avec les autorités de la concurrence jusqu'à la clôture des affaires.

2. Points forts et défauts des programmes de clémence

Scott Hammond présente un exposé sur les demandes de clémence et les probables motivations sous-jacentes. Il indique ainsi qu'au cours des dernières années, et ce, dans bon nombre de juridictions, les demandes d'immunité (par les demandeurs de premier rang) et de clémence (par les demandeurs suivants) ont enregistré une baisse, dont on peut supposer qu'elle s'explique par les coûts associés aux efforts de coopération et par les risques d'actions privées en dommages et intérêts. Il insiste par ailleurs sur la nécessité pour les autorités de la concurrence de promouvoir des politiques et une législation susceptibles de garantir la protection de leurs programmes de clémence, et la pérennité des avantages offerts par une perspective d'immunité ou de clémence. Les incitations aux signalements spontanés doivent être maintenues par les autorités elles-mêmes sur la base d'une application scrupuleuse des programmes de clémence, et d'un traitement transparent et bienveillant des candidats.

M. Hammond précise qu'il est essentiel de limiter l'exposition aux actions privées en dommages et intérêts pour les entreprises bénéficiant d'une immunité totale (demandeurs de premier rang). Il cite alors l'exemple de la directive européenne régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence (Directive 2014/104/EU), laquelle prévoit que le demandeur de premier rang, soit l'entreprise requérant l'immunité totale, verra les risques de dommages et intérêts limités au montant du préjudice, et ce, sans qu'elle soit tenue solidairement responsable. En 2004, les États-Unis ont également adopté une loi relative au renforcement des sanctions pénales en matière d'infractions au droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* [ACPERA]), laquelle limite au montant du préjudice la responsabilité des demandeurs d'immunité satisfaisant aux obligations de coopération (dans le cas contraire, ils se verraient imposer un triplement des dommages et intérêts) et supprime tout lien de solidarité. M. Hammond indique qu'il conviendrait d'évaluer l'impact des actions privées en dommages et intérêts sur les incitations au signalement spontané, mais aussi d'examiner les avantages potentiels d'un renforcement de ces incitations par une limitation aux préjudices directs uniquement, et non plus aux préjudices à la fois directs et indirects.

M. Hammond note qu'il n'existe aucun consensus quant à un possible effet de la répression pénale (dans les cas où elle est appliquée) sur la dissuasion des ententes, et le cas échéant si elle y concourt ou la réfrène. Néanmoins, lorsque les programmes de clémence protègent les candidats de sanctions aussi bien pénales qu'administratives, l'introduction de sanctions pénales peut à elle seule être une incitation majeure pour les signalements spontanés. Le Chili, par exemple, a introduit des sanctions pénales en cas d'entente et prévu dans le texte de la loi que la première entreprise à dénoncer une entente dont elle est partie se verrait protégée à la fois des sanctions administratives et des sanctions pénales, garantissant ainsi la prévisibilité et la transparence du mécanisme pour les entreprises. Ces nouvelles

dispositions eurent pour effet de renforcer l'attractivité du programme de clémence chilien et d'augmenter le nombre de recours à ce programme.

M. Hammond recommande enfin que les autorités de la concurrence fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour garantir la confidentialité des informations des procédures de clémence, et ce, afin de préserver les incitations au signalement spontané.

Le Président met en avant que la menace d'une répression civile est susceptible de décourager les membres d'ententes d'effectuer des signalements spontanés, mais également de les dissuader de participer tout simplement à des ententes cartellaires. Il convient alors de trouver le bon équilibre entre l'efficacité des programmes de clémence et l'effet dissuasif du risque d'actions civiles.

Le **ministère de la Justice des États-Unis** aborde ensuite la politique de clémence de sa Division antitrust pour les sociétés, laquelle constitue l'instrument d'enquête le plus efficace du ministère dans la lutte contre les ententes depuis sa révision il y a 25 ans. Ce programme a permis la détection des plus importantes ententes à l'échelle internationale et la poursuite des entreprises et dirigeants membres de ces ententes.

Le ministère précise que l'un des plus grands obstacles potentiels aux signalements spontanés est le coût croissant de ces dénonciations, dans la mesure où le nombre de juridictions auprès desquelles les entreprises peuvent demander la clémence (ou devraient envisager de le faire) a fortement augmenté, et que la multiplication des demandes entraîne naturellement un accroissement des coûts induits. Alors que de nouveaux mécanismes de lutte contre les ententes sont continuellement mis en place à travers le monde, le ministère considère que les avantages potentiels d'une demande de clémence l'emportent encore sur les coûts, notamment dans le cas des systèmes qui prévoient une immunité aux sanctions pénales pour les demandeurs de premier rang. Le ministère indique chercher à réduire la charge et les coûts pour les candidats à la clémence par un renforcement de la coopération et de la coordination avec les autres autorités de la concurrence destinataires d'une même demande de clémence.

Le ministère de la Justice des États-Unis aborde ensuite le risque d'exposition aux actions privées en dommages et intérêts. Bien que l'ACPERA ait limité la responsabilité des demandeurs de premier rang pouvant prétendre à la clémence au montant de base du préjudice et non plus à un montant triplé, mais aussi supprimé le principe de responsabilité solidaire avec les autres membres de l'entente, d'aucuns craignent que les avantages offerts par l'ACPERA ne soient pas aussi incitatifs qu'espéré. Certains membres d'ententes ont en effet pu conclure des transactions au montant de base des préjudices avec des plaignants privés, et dans ce cas, les dispositions de l'ACPERA ne sont pas plus avantageuses pour les demandeurs de clémence.

La politique de clémence américaine inclut un ensemble d'obligations clairement énoncées auxquelles doivent se soumettre les entreprises candidates. Ces sociétés doivent reconnaître leur participation à des activités antitrust illégales, mais également faire preuve d'une coopération totale et constante pendant toute la durée de l'enquête.

Le **Japon** décrit ensuite les facteurs qui font l'efficacité de son programme de clémence : 1) un système de marqueurs permettant de limiter les obstacles initiaux à la candidature et garantissant la prévisibilité du processus ; 2) la clémence pour les demandeurs au-delà du premier rang disposés à fournir des informations et des preuves ; 3) des avantages non négligeables pour les demandeurs de premier rang, lesquels permettent de maintenir les incitations à un signalement spontané rapide ; 4) la protection des déclarations contre leur divulgation devant les tribunaux pour les contentieux à titre privé ; et 5) des règles énoncées

de manière transparente sur les étapes et les conditions de demande et d'octroi de la clémence. L'autorité japonaise de la concurrence (*Japon Fair Trade Commission* [JFTC]) affiche une solide expérience en matière de détection d'ententes, laquelle est le fruit de ses propres enquêtes plutôt que de dispositifs de clémence, ce qui augmente le risque général de détection pour les membres d'ententes et encourage de fait les demandes de clémence. La JFTC reçoit ainsi en moyenne une centaine de demandes de clémence chaque année et des demandes de clémence ont été formulées dans plus de 80 % des affaires d'ententes.

L'**Allemagne** a introduit son propre programme de clémence en 2000, avec une révision en 2006 afin de renforcer sa transparence et sa prévisibilité. À l'heure actuelle, environ 50 % des affaires traitées par le Bundeskartellamt découlent de demandes de clémence.

Singapour mentionne ensuite les trois raisons du succès de son programme de clémence : 1) un programme clair et une autorité de la concurrence qui accompagne les candidats à la clémence dans leur demande afin qu'ils ne soient pas pénalisés pour avoir procédé à un signalement spontané ; 2) un marché (et notamment des experts spécialisés dans le droit de la concurrence pour les ententes internationales) conscient de l'existence d'un tel programme et de son fonctionnement ; et 3) une autorité de la concurrence qui informe les entreprises concernées qu'elles font l'objet d'une enquête. Quelque 40 % des décisions rendues à Singapour sur des accords anticoncurrentiels découlaient de demandes de clémence. Singapour dispose également d'un programme de dénonciation pour les lanceurs d'alerte non impliqués, lequel vient renforcer son programme de clémence.

Depuis 2013, la **Lettonie** a quant à elle reçu 12 demandes de clémence. En 2016, son autorité de la concurrence a mené une enquête qui a permis de révéler que 76 % des entreprises consultées ignoraient l'existence d'un programme de clémence national. Les petites et moyennes entreprises, en particulier, méconnaissent les politiques en place, les méthodes de collecte de preuves en interne ou encore les étapes à suivre pour demander la clémence. En 2017 et 2018, l'autorité lettone de la concurrence a renforcé la sensibilisation à la problématique des ententes, aux sanctions encourues et à la procédure de clémence, mais aussi communiqué sur les actions à mettre en œuvre en cas de participation d'une entreprise à une entente, dont les méthodes de collecte de preuves en interne et les moyens d'entrer en contact avec les services compétents. L'autorité a également publié des directives sur la procédure de demande de clémence et organisé des formations en coopération avec diverses agences de lutte contre la corruption ou en charge des marchés publics.

La **Croatie** indique pour sa part que la majorité des décisions prises dans les affaires d'ententes par son autorité de la concurrence n'ont pas été confirmées par les tribunaux administratifs. De ce fait, son programme de clémence paraît moins attractif, dans la mesure où les candidats potentiels peuvent douter de l'intérêt réel d'une demande de clémence. Par ailleurs, les candidats à la clémence hésitent à formuler une telle demande car il est particulièrement difficile de prévoir le montant des dommages et intérêts qui pourraient leur être imposés. Les candidats croates à la clémence courent également le risque de faire l'objet de poursuites dans d'autres pays, avec de nouveaux dommages et intérêts à la clé. Depuis 2010, la Croatie n'a reçu que deux demandes de clémence, et ce, pour la même affaire.

Israël aborde ensuite une affaire majeure découlant d'une demande de clémence, soit celle du cartel des élagueurs (condamnation de 17 entrepreneurs d'élagage pour soumission concertée en relation avec des appels d'offres pour des contrats importants avec le fournisseur d'énergie israélien et deux municipalités). Le demandeur a bénéficié d'une immunité grâce au programme de clémence, et accepté d'enregistrer ses réunions ou

conversations téléphoniques avec les autres membres de l'entente. Ces enregistrements ont permis aux enquêteurs d'obtenir une ordonnance du tribunal les autorisant à mettre sur écoute plusieurs complices. Ces éléments et les documents fournis par le demandeur furent les preuves principales sur lesquelles reposaient l'affaire. Le programme de clémence israélien ne rencontre toutefois que peu de succès, dans la mesure où certaines de ses dispositions peuvent rendre incertaine l'issue d'une demande de clémence. Israël envisage de supprimer la disposition disqualifiant les principaux membres d'une entente et les récidivistes de toute mesure de clémence, et ce, afin d'encourager les demandes et de renforcer la sécurité juridique.

Le **Brésil** explique ensuite que les petites et moyennes entreprises ont rarement recours à son programme de clémence. Cela peut s'expliquer par : 1) une méconnaissance du droit de la concurrence et du programme de clémence ; 2) un accès plus restreint à des conseils juridiques et une absence de programme de vigilance ; et 3) les risques pour la réputation que représente une demande de clémence, dans la mesure où un signalement aux autorités entraîne une reconnaissance de participation à une activité illégale (laquelle reconnaissance peut s'avérer nuisible pour l'entreprise concernée si cette information est diffusée sur son marché). Les secteurs d'activité dans lesquels les demandes de clémence sont les plus courantes sont celui de la construction (conséquence de l'opération *Lava Jato*) et ceux des pièces détachées automobiles et des composants électroniques (en raison des ententes internationales qui existent dans ces deux secteurs et qui affectent également le Brésil). Plus de 50 % des demandes de clémence sont concentrées dans ces trois secteurs d'activité.

Le **Taipei chinois** a récemment mis en place un programme de dénonciation afin d'encourager les tiers (principalement les employés) qui auraient connaissance d'actions concertées illégales à les signaler contre une compensation financière. Tout lanceur d'alerte qui fournit des preuves permettant la détection d'une entente pourrait ainsi recevoir entre 5 % et 20 % des amendes infligées en fonction de la solidité des preuves apportées. À ce jour, l'autorité de la concurrence a versé quatre compensations pour un total d'environ 22 000 USD.

Le **Royaume-Uni** décrit ensuite les initiatives mises en place pour mieux faire connaître son programme de clémence. La *Competition and Market Authority* (CMA) a ainsi mené de nombreuses opérations de sensibilisation, parmi lesquelles, en 2017, une campagne sur les réseaux sociaux et la création d'un module de formation en ligne visant à aider les acheteurs publics à détecter les soumissions concertées. La CMA a également adopté des mesures pour renforcer sa fonction de recherche sur les ententes et ainsi compléter ses mesures de clémence, y compris par l'ouverture d'une ligne téléphonique directe dédiée et l'introduction d'un programme de récompense pour les lanceurs d'alerte. Environ la moitié des affaires traitées par la CMA découlent de leurs activités de recherche ou de soumissions aussi bien internes à la CMA que provenant d'autres agences.

La **Lituanie** a publié des directives en matière de clémence en 2008 et depuis lors, cinq demandes ont été enregistrées auprès du Conseil de la concurrence lituanien. Ce dernier a étudié les autres méthodes possibles pour la détection d'ententes, dont une coopération directe avec le service spécial d'enquête (*Special Investigation Service* [SIS]) et l'autorité des marchés publics (*Public Procurement Authority* [PPA]). Dans plusieurs affaires, le Conseil a ainsi pu exploiter des écoutes réalisées par le SIS. Le Conseil organise également des formations pour le personnel de la PPA, lesquelles s'appuient sur les Lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics. Le Conseil de la concurrence lituanien a par ailleurs accès à la base de données de la PPA pour réaliser des filtrages et utiliser les résultats dans la détection d'éventuelles infractions.

3. Élaboration et mise en œuvre des programmes de clémence

Le Président donne la parole à Catarina Marvão afin d'aborder l'élaboration des programmes de clémence.

M^{me} Marvão considère que le programme de clémence de l'UE, tel qu'il est mis en œuvre, semble être plus généreux que ne le devrait être un programme de clémence optimal d'après les travaux effectués, non seulement au vu du niveau des réductions d'amendes accordées et du fait que tous les demandeurs au-delà du premier rang qui acceptent de coopérer bénéficient eux aussi de réductions d'amendes. Environ 52 % des membres d'une entente s'étant vu imposer une amende par l'Union européenne bénéficient d'une réduction de leur sanction. Les recherches montrent par ailleurs que les récidivistes sont plus enclins à signaler une entente et qu'ils obtiennent en moyenne une réduction plus importante en vertu de la clémence. Des éléments factuels montrent que certaines entreprises procèdent à des signalements d'ententes à tour de rôle : les mêmes entreprises s'entendent entre elles, et chaque entreprise différente dénonce une entente à un moment différent. **M^{me} Marvão** précise que les travaux réalisés indiquent que les programmes de clémence et les indemnités en cas de préjudices consécutifs à une entente sont tout à fait compatibles. Les actions privées peuvent améliorer l'efficacité des programmes de clémence dans les cas où la responsabilité du demandeur de premier rang est limitée ou écartée. Pour améliorer la mise en œuvre du droit des ententes, **M^{me} Marvão** préconise une générosité plus restreinte des programmes de clémence, des pénalités plus sévères (dont éventuellement l'introduction de sanctions pénales) et une simplification des demandes de dommages et intérêts.

M. Hammond précise que pendant toute la période où il travaillait au ministère de la Justice des États-Unis, aucune affaire d'entente internationale, ou nationale de grande ampleur, n'avait d'abord été détectée et initiée par le biais d'une action privée en dommages et intérêts, et seulement ensuite attiré l'attention du ministère qui aurait alors enquêté sur les actions visées et engagé les poursuites adéquates. La majorité des affaires d'entente les plus importantes ont en réalité été mises au jour grâce à des programmes de clémence. Les actions privées en dommages et intérêts ont un puissant effet dissuasif sur la participation à des ententes et font partie de l'arsenal de sanctions prévues pour lutter contre ces ententes. Toutefois, bien que la réparation des préjudices soit nécessaire, la détection (découlant de mesures de clémence) reste plus importante que la dissuasion. **M. Hammond** fait remarquer que les peines d'emprisonnement à l'encontre des dirigeants d'entreprise ont également un effet particulièrement dissuasif sur les ententes.

En 2009, la **Hongrie** a introduit des marqueurs pour tous les types de demandes de clémence (1/A pour une immunité avant l'ouverture d'une affaire, 1/B pour une immunité dans les affaires en cours et 2 pour une réduction des amendes). Un grand nombre de marqueurs pour les demandes de type 1/B et 2 ont pu être enregistrés. La Hongrie a néanmoins supprimé les marqueurs 1/B et 2 en 2013, comptant sur le fait que la suppression des marqueurs dans les affaires en cours encouragerait les entreprises à formuler des demandes d'immunité de type 1/A auprès de l'autorité de la concurrence compétente, et que la détection des ententes n'en serait que facilitée. Dans la mesure où cette suppression ne s'est pas traduite par une augmentation des demandes de type 1/A, une réintroduction des marqueurs de type 1/B et 2 est toutefois envisagée afin de permettre à la Hongrie de mieux caractériser les ententes.

Le **Canada** indique étudier une possible révision de ses programmes d'immunité et de clémence afin de faire en sorte que les dossiers constitués soient parfaitement préparés pour

les poursuites et d'obtenir une coopération pleine et en temps opportun des candidats. Pour atteindre cette parfaite préparation aux poursuites, le Bureau de la concurrence canadien (le « Bureau ») a proposé de durcir les règles d'admissibilité en requérant des demandeurs qu'ils apportent des preuves fiables et crédibles sur l'ensemble des éléments constituant l'infraction, et qu'ils fournissent des témoignages audio ou vidéo sous serment à un stade avancé de l'enquête. Le Bureau a également proposé un calendrier plus serré pour la production de preuves et la mise en place d'une procédure spécifique pour les recours au privilège légal.

La **Corée** a introduit son programme de clémence en 1997. En 2005, elle a modifié les règles de clémence afin de renforcer la prévisibilité par une réduction des pouvoirs discrétionnaires de l'autorité coréenne de la concurrence (*Korean Fair Trade Commission* [KFTC]). Le demandeur de premier rang bénéficie ainsi désormais d'une immunité totale, alors qu'une éventuelle réduction des sanctions était auparavant la prérogative de la KFTC. Les meneurs ont par ailleurs maintenant la possibilité d'obtenir la clémence, et ce, afin d'éliminer toute incertitude pour un demandeur quant à son éventuel statut de membre principal d'une entente et donc à la possibilité d'obtenir la clémence. Les demandes de clémence des entreprises ayant agi de manière à en contraindre d'autres à se joindre à l'entente restent irrecevables. Depuis 2005, le nombre de demandes n'a cessé d'augmenter. Jusqu'alors, la KFTC ne traitait en moyenne qu'une seule affaire d'entente par an découlant d'une demande de clémence. Entre 2005 et 2016, les demandes de clémence ont augmenté de manière significative et représentaient ainsi environ 65 % des affaires d'entente. Le droit de la concurrence coréen requiert des candidats à la clémence une pleine coopération avec la KFTC jusqu'à la clôture du dossier et qu'ils apportent des éléments de preuve suffisants pour caractériser l'entente. Dans le cas contraire, la KFTC est habilitée à refuser la clémence.

Singapour indique garantir une immunité totale aux candidats à la clémence lorsque l'autorité de la concurrence ignorait l'existence de l'infraction concernée ou d'une entente avant la demande de clémence. Cette autorité préserve toutefois toute latitude pour déterminer des réductions de sanctions, à hauteur de 50 % maximum, pour les demandeurs suivants. De manière générale, les demandeurs coopératifs bénéficient d'une réduction généreuse, à condition (a) qu'ils aient formulé leur demande en temps opportun ; (b) qu'ils coopèrent de manière pleine et entière ; et (c) que cette coopération ait une valeur ajoutée pour l'enquête. Dans la mesure où il est acquis pour les entreprises que les autorités se montrent justes et généreuses lorsque ces conditions sont remplies et qu'elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire sur la réduction des sanctions, il existe pour ces entreprises une réelle incitation à coopérer pour bénéficier d'une réduction des amendes à hauteur de 50 %. Les pénalités appliquées à Singapour peuvent être relativement élevées, ce qui incite d'autant plus les entreprises à faire le nécessaire pour obtenir une réduction des sanctions.

Contrairement au cas de Singapour, la **JFTC** ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans l'octroi de réductions des amendes pour les demandeurs au-delà du premier rang. Ainsi, les demandeurs de deuxième rang japonais bénéficient automatiquement d'une réduction fixe de 50 % et les demandeurs de troisième, quatrième et cinquième rang d'une réduction de 30 % à condition qu'ils formulent leurs demandes avant l'ouverture de l'enquête de la JFTC, et ce, quel que soit le degré de coopération ou la qualité des éléments de preuve fournis. Ces réductions fixes et non discrétionnaires renforcent la transparence et la prévisibilité du programme de clémence japonais et incitent les demandes de clémence au-delà du premier rang, mais n'encouragent toutefois pas ces demandeurs à coopérer de manière pleine et entière. Le Japon envisage ainsi de donner à la JFTC la possibilité de définir le niveau de ces réductions, en fonction du degré de coopération, de l'opportunité

de la demande et de la valeur ajoutée des preuves fournies, ou encore de leur importance dans la constitution du dossier.

L'**Espagne** expose ensuite les avantages et inconvénients de la clémence pour les personnes physiques, et précise que dans la mesure où la réglementation espagnole prévoit la possibilité d'imposer des amendes aux responsables et dirigeants d'entreprise, son programme de clémence est également accessible aux personnes physiques. La possibilité pour les personnes physiques de bénéficier de la clémence est considérée comme une incitation pour les entreprises à tenter d'être les premières à formuler leur demande.

La **Pologne** indique que les candidats à la clémence coopèrent uniquement dans le cadre des procédures administratives auprès de son autorité de la concurrence, et pas dans le cadre des procédures judiciaires devant les tribunaux. La Pologne envisage par conséquent d'imposer comme condition à la clémence la coopération continue des demandeurs, et ce, jusque devant les tribunaux contre les décisions de l'autorité de la concurrence.

Brent Snyder confirme que l'existence d'avantages fixes pour les demandeurs au-delà du premier rang ne fait que réduire les incitations à coopérer de manière pleine et entière. Aux États-Unis, le ministère de la Justice est parvenu à rendre incitative cette coopération sans fournir de pourcentage de réduction défini pour les sanctions encourues, et en déterminant ces réductions au cas par cas en fonction des faits de l'espèce. Le ministère de la Justice américain affiche toutefois depuis longtemps une certaine prévisibilité dans ses décisions. Sur la base de cet historique, les entreprises peuvent vérifier les avantages dont ont pu bénéficier d'autres demandeurs et ainsi anticiper les éventuels avantages que peut représenter pour elles une coopération avec les autorités compétentes. À Hong Kong, dont un droit de la concurrence et une politique de clémence sont entrés en vigueur il y a seulement deux ans, les potentiels demandeurs au-delà du premier rang ne disposent pas d'un historique suffisant pour avoir cette visibilité. Hong Kong est en cours d'évaluation de sa politique de clémence et définira sûrement des avantages fixes pour ces demandeurs au-delà du premier rang, tout en garantissant une certaine flexibilité dans les réductions de sanctions. Il serait même question de permettre d'étendre certains avantages aux demandeurs de deuxième rang et au-delà afin d'encourager une coopération plus diligente et de meilleure qualité, mais aussi l'octroi d'avantages plus incitatifs indépendamment de l'ordre chronologique de formulation des demandes.

La COFECE (*Comisión Federal de Competencia Económica*), autorité de la concurrence du **Mexique**, ne divulgue pas aux procureurs les noms des candidats à la clémence, dans la mesure où l'immunité protège aussi bien des sanctions administratives que pénales les candidats à la clémence dont la demande a abouti.

Le **Chili** a quant à lui introduit des mesures de répression pénale en 2016 et protège également des sanctions administratives et pénales les candidats à la clémence dont la demande a abouti. En 2017, le Chili a publié de nouvelles directives en matière de clémence, lesquelles ont été enrichies par les retours de diverses entités nationales et internationales (les associations des barreaux chilien et américain, ou encore l'Association internationale du barreau), du ministère de la Justice et de procureurs chiliens. Ces directives définissent ainsi les situations dans lesquelles un procureur peut engager des poursuites pénales au titre du droit de la concurrence.

Scott Hammond fait remarquer que pour le ministère de la Justice américain la transparence correspond au degré d'ouverture des enquêtes, à la clarté des sanctions pour les contrevenants et à la lisibilité des étapes et conditions des programmes de clémence pour les demandeurs. Cette transparence doit permettre aux entreprises de savoir quelles

sont les sanctions encourues si elles ne profitent pas d'un programme de clémence. Si les sanctions sont claires et suffisamment sévères, les entreprises s'abstiendront de participer à des ententes.

La **Commission européenne** s'exprime sur l'équilibre qui doit exister entre un encouragement des actions privées en dommages et intérêts, et une application publique du droit de la concurrence, notamment par le biais des programmes de clémence. Les actions privées et publiques sont complémentaires. D'une part, une application stricte du droit de la concurrence s'impose comme une condition préalable aux actions privées, dans la mesure où les actions communautaires en dommages et intérêts sont généralement des actions de suivi. D'autre part, le risque de devoir s'acquitter d'indemnités peut dissuader les entreprises de participer à des ententes. La directive européenne régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence (Directive 2014/104/EU) protège l'intervention publique en garantissant la confidentialité des déclarations des candidats à la clémence et en supprimant la responsabilité solidaire des demandeurs de premier rang pour les préjudices consécutifs à une entente. La Commission s'appuie sur les informations fournies par les demandeurs de deuxième et troisième rang pour rassembler des éléments de preuve respectant les normes particulièrement strictes de la Cour de justice de l'Union européenne, et récompense par conséquent ces demandeurs par le biais de réductions de peines s'ils apportent une valeur ajoutée à la constitution des dossiers. La Commission considère que les amendes qu'elle inflige aux entreprises ont un réel effet dissuasif.

4. Défis consécutifs à la multiplication des régimes de concurrence et des programmes de clémence dans le monde

Brent Snyder introduit ce volet de la discussion en indiquant que les clés de l'efficacité d'un programme de clémence sont la crainte des contrôles, la sévérité des sanctions et une politique de clémence à la fois transparente et prévisible. La crainte des contrôles ne peut exister que si les autorités de tutelle affichent un solide bilan en matière d'enquêtes menées à leur terme sans octroi de clémence, et ce, afin d'inciter les entreprises à dénoncer elles-mêmes les infractions de manière spontanée. Un certain nombre des demandes de clémence adressées au ministère de la Justice ne sont formulées qu'après l'ouverture d'une enquête par le ministère et une fois que cette ouverture est connue du public. M. Snyder souligne que les sanctions pénales applicables aux personnes physiques sont un complément essentiel aux programmes de clémence si ces programmes protègent les personnes physiques de ces mêmes sanctions pénales. Les sanctions pénales ne sont toutefois pas les seules sanctions pouvant cibler les personnes physiques. Hong Kong, par exemple, ne prévoit pas de sanctions pénales mais dispose d'un système d'amendes et d'interdictions d'exercer.

M. Snyder précise que la multiplication des actions privées et publiques à travers le monde a modifié la manière dont les entreprises abordent les signalements spontanés. Les entreprises parties à des ententes internationales doivent requérir la clémence dans un nombre croissant de juridictions différentes pour se protéger au mieux de poursuites éventuelles. Autrement dit, elles doivent pour cela investir toujours plus de temps et d'argent, tout en étant exposées à un risque accru d'actions en dommages et intérêts.

M. Snyder insiste par ailleurs sur la nécessité d'une plus grande convergence des politiques de clémence et d'une coopération renforcée dans l'application du droit de la concurrence, et ce, afin de préserver les incitations pour les programmes de clémence. Une convergence

sur les conditions d'obtention d'un marqueur de clémence constituerait par exemple un progrès. Les candidats à la clémence doivent faire face à différentes normes et conditions d'octroi de marqueurs, et les prendre toutes en considération pour garantir leurs chances de bénéficier de la clémence dans toutes les juridictions où ils pourraient faire l'objet de poursuites. Certaines de ces juridictions n'exigent que peu d'informations pour l'octroi d'un marqueur, alors que d'autres en exigent une quantité importante ; certaines demandent des déclarations écrites de présentation de l'information, et d'autres non. Le risque de ne pas remplir les conditions fixées par certains pays peut avoir un effet dissuasif important sur les demandes de clémence dans l'ensemble des juridictions concernées. La création d'un guichet unique pour les marqueurs, soutenue par le milieu des affaires, est une proposition pertinente mais qui n'est toutefois pas viable, notamment dans les juridictions qui appliquent des sanctions pénales, dans la mesure où il est peu probable qu'elles renoncent à leur pouvoir discrétionnaire de poursuite. Une plus grande normalisation reste toutefois possible et devrait être étudiée.

M. Snyder aborde également le besoin d'une certaine pertinence dans l'objet des enquêtes et dans ce qui peut être exigé des candidats à la clémence. Il indique ainsi qu'une renonciation des demandeurs à leur droit à la confidentialité ne devrait pas être une condition à la clémence. La confidentialité est une composante essentielle de l'efficacité des programmes de clémence. Certains candidats à la clémence peuvent avoir des raisons tout à fait valables de refuser de renoncer à leur droit à la confidentialité, notamment lorsque la capacité de certaines juridictions à protéger la confidentialité des informations pose question, tout comme leur capacité à protéger les entreprises d'une exposition aux actions civiles en dommages et intérêts. Les candidats à la clémence sont seuls propriétaires de leurs informations confidentielles et devaient eux-mêmes décider s'ils souhaitent ou non renoncer à cette confidentialité.

Une coordination renforcée entre les autorités répressives lors des enquêtes permettrait d'obtenir un rapport coût-efficacité plus élevé et de limiter d'une part la pression à laquelle les témoins sont soumis et d'autre part les risques d'incohérences dans leurs déclarations. Cette coordination peut prendre la forme d'auditions communes ou la centralisation des auditions en même lieu et sur une même période.

Le **BIAC** (Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE) insiste pour sa part sur le fait que l'exposition possible à des actions civiles en dommages et intérêts a un réel impact sur les décisions de demande de clémence. Limiter cet impact pour les demandeurs de premier rang semble par conséquent essentiel. Les demandeurs de premier rang devraient en outre bénéficier d'une immunité totale et avoir la garantie qu'elle leur sera accordée. Le BIAC précise sa proposition d'un système de marqueurs à guichet unique : le demandeur de premier rang pourrait demander en priorité si un marqueur de clémence est disponible dans les juridictions où il a fait une demande.

L'**Australie** et la **Nouvelle-Zélande** font état de leurs efforts communs de coopération, aussi bien de manière formelle que de manière informelle. Les agences des deux pays coopèrent depuis de nombreuses années dans le cadre d'enquêtes sur des infractions au droit de la concurrence. Cette coopération s'appuie sur des règles de concurrence de fond quasiment identiques (y compris en matière de clémence), des mécanismes de communication des informations et des accords de coopération inter-agences. Chaque année, elles travaillent en étroite collaboration sur deux ou trois enquêtes de grande ampleur et sur de nombreuses affaires de moindre importance. Le traitement commun des demandes de clémence et des dispenses de confidentialité facilite la gestion des dossiers. Elles coordonnent par ailleurs les demandes d'informations à l'intention des candidats et les

auditions des témoins potentiels, ainsi que leurs décisions. Les avantages d'une coopération sont notamment la hiérarchisation des ressources, et des enquêtes plus rapides et plus ciblées, permettant de garantir qu'aucune des deux agences ne passe à côté d'éléments critiques. Quant aux candidats à la clémence, cette coopération leur permet de répondre en même temps aux demandes d'informations des deux autorités, plutôt que de répondre séparément à des demandes redondantes ou d'aménager deux fois plus de disponibilités pour les auditions de leurs employés convoqués à titre de témoins.

La **Colombie** décrit ensuite l'affaire de l'entente du papier-linge. L'autorité de la concurrence colombienne a découvert l'existence d'une entente à la suite de perquisitions et d'une demande de clémence. Le demandeur de premier rang a bénéficié d'une immunité totale et des amendes ont été infligées aux autres membres de l'entente. Les autorités du Pérou et du Chili ont également mis au jour une entente dans le marché du papier-linge et infligé des sanctions aux contrevenants. De son côté, l'autorité de la concurrence de l'Équateur a transmis au secrétariat général de la Communauté andine les informations relatives aux demandes de clémence qu'elle avait reçues, considérant qu'il s'agissait d'une entente régionale. La Communauté andine, qui ne dispose d'aucun programme de clémence, a lancé une enquête sur cette entente, y compris à l'encontre des candidats à la clémence en Colombie. Cette situation risque de nuire aux politiques de clémence de toutes les juridictions impliquées si les candidats à la clémence n'ont pas la garantie que les informations qu'ils fournissent sont protégées et que leur immunité est assurée.

Le Président remercie les experts et les délégations, et clôt la session.