

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

**Annexe au compte rendu succinct de la 127<sup>e</sup> réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi**

**5 juin 2018**

Le présent document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la 127<sup>e</sup> réunion Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi le 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-leniency-programmes.htm](http://www.oecd.org/competition/challenges-and-coordination-of-leniency-programmes.htm).

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M<sup>me</sup> Despina Pachnou (+33 1 45 24 95 25 ; [despina.pachnou@oecd.org](mailto:despina.pachnou@oecd.org)).

**JT03446087**

## Synthèse

Par le Secrétariat\*

Le Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence de l'OCDE a tenu le 5 juin 2018 une table ronde sur le thème « Défis et coordination des programmes de clémence ». La note de référence du Secrétariat de l'OCDE, les documents soumis par les délégués, ainsi que les contributions des spécialistes du panel et des délégués ayant participé à la discussion ont mis en exergue les principaux points suivants :

**1. La réussite des programmes de clémence dépend des résultats de chaque juridiction en matière d'application du droit de la concurrence, ainsi que des caractéristiques inhérentes à chaque programme. La transparence, la prédictibilité, la fixité des conditions d'accès aux programmes et la garantie d'octroi de leurs avantages sont des facteurs essentiels à l'efficacité des programmes de clémence.**

Ces programmes donnent aux entreprises qui ont enfreint les dispositions du droit de la concurrence la possibilité de dénoncer elles-mêmes leur comportement illicite et de fournir des informations et des preuves de l'infraction en contrepartie d'une immunité totale ou d'une réduction des sanctions. Les délégués et spécialistes conviennent que l'efficacité d'un programme de clémence dépend des conditions définies ci-après.

D'abord, les autorités de la concurrence doivent afficher une solide expérience dans la détection des ententes, et ce, indépendamment des programmes de clémence, de sorte que les entreprises contrevenantes redoutent réellement les conséquences d'une détection des infractions commises et préfèrent ainsi dénoncer elles-mêmes les comportements illicites.

Ensuite, les membres d'ententes n'ayant pas déposé de demande de clémence ou qui ne peuvent bénéficier d'une mesure de clémence doivent se voir imposer des sanctions sévères, afin que la situation des candidats à la clémence soit préférable à celles des non-candidats.

Enfin, les programmes de clémence doivent être transparents et prévisibles, de sorte que les candidats potentiels à la clémence sachent comment formuler leur demande, quelles sont les conditions à respecter et quels sont les avantages réels du programme (soit le type et le niveau d'immunité aux sanctions, et la probabilité d'octroi de ces avantages), mais aussi quelles sont les conséquences auxquelles ils s'exposent s'ils ne bénéficient pas du programme de clémence (soit le type et le niveau des sanctions infligées, et la probabilité d'application de ces sanctions). La transparence et la prévisibilité d'un système sont le fruit de règles claires et constantes, et d'une application systématique de ces règles par les autorités et de leur approche générale de la clémence. Dans la mesure où elles ne disposent pas d'un historique offrant une visibilité suffisante pour les entreprises, les juridictions ayant récemment mis en place un droit de la concurrence et des politiques de clémence doivent définir de manière claire les avantages offerts aux demandeurs, et ce, directement dans les textes de loi.

---

\* Cette synthèse ne représente pas nécessairement le point de vue unanime des membres du Groupe de travail n° 3. Il récapitule les points essentiels dégagés des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde, ainsi que des avis des experts présents, des contributions orales et écrites des délégués ainsi que de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

**2. Les caractéristiques inhérentes à chaque programme de clémence déterminent son efficacité. L'immunité totale pour le demandeur de premier rang, appliquée aussi bien aux personnes morales que physiques, la protection de la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence et la disponibilité d'un système de marqueurs ont été identifiés comme les principaux facteurs incitatifs du recours aux programmes de clémence.**

Certains facteurs spécifiques peuvent contribuer à la réussite d'un programme en assurant pour les candidats potentiels à la clémence des incitations aux signalements spontanés.

Les délégués conviennent que les demandeurs de premier rang devraient bénéficier d'une immunité totale aux sanctions au titre du droit de la concurrence. Si, par ailleurs, les juridictions prévoient des sanctions pénales pour les personnes physiques, celles-ci peuvent être un complément essentiel aux programmes de clémence à condition que ces programmes protègent les personnes physiques de ces mêmes sanctions pénales.

Les autorités de la concurrence doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour assurer la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Les experts indiquent que les dispenses de confidentialité ne devraient pas être obligatoires, ni même conditionner l'accès à la clémence. Il peut en effet exister des situations justifiant la nécessité de refuser toute renonciation au droit à la confidentialité, en raison notamment de l'incapacité de certaines juridictions à protéger la confidentialité des informations des affaires, et à empêcher une exposition éventuelle aux actions civiles en dommages et intérêts.

De nombreux pays considèrent les 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 jusqu'à la finalisation du dossier) facilitent grandement l'accès aux programmes de clémence et favorisent les dépôts de demandes.

Différentes juridictions notent que les demandes au-delà du premier rang accompagnées d'informations et autres éléments probants s'avèrent également très utiles. Ces juridictions encouragent ainsi vivement ce type de demandes par l'octroi de réductions d'amendes (mais sans immunité totale) aux candidats concernés. Ces demandes au-delà du premier rang prouvent principalement leur utilité si (a) elles sont formulées en temps opportun ; (b) le candidat coopère de manière pleine et entière ; et (c) cette coopération présente une valeur ajoutée pour l'enquête. La perspective de sanctions fortes constitue une incitation supplémentaire pour les demandeurs suivants, notamment si l'octroi de la clémence se traduit par une réduction significative des sanctions. Différentes juridictions signalent que l'application de réductions discrétionnaires importantes semble plus efficace que des réductions légales à taux fixe.

Les discussions montrent que les autorités pourraient pérenniser les incitations aux signalements spontanés grâce à une application scrupuleuse des programmes de clémence et à un traitement juste des demandeurs.

**3. Le risque d'exposition à des actions civiles en dommages et intérêts peut avoir un effet dissuasif sur la participation à des ententes, mais limiter les incitations à solliciter la clémence. Les juridictions doivent avoir conscience de l'impact potentiel des actions privées sur les signalements spontanés et doivent ainsi mettre en place les mesures nécessaires pour garantir l'efficacité de l'intervention publique.**

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 en dommages et intérêts sont souvent des actions de suivi. D'autre part, le risque de devoir s'acquitter d'indemnisations peut dissuader les entreprises de participer à des ententes.

Les délégués cherchent également à déterminer dans quelle mesure les actions privées en dommages et intérêts limitent les incitations aux signalements spontanés. Chaque candidat à la clémence fournit des informations sur une entente à laquelle il a été partie, et il risquerait d'être visé par des actions en dommages et intérêts si le plaignant venait à prendre connaissance du contenu de sa demande de clémence. C'est pour éviter ces situations que de nombreuses juridictions ont limité la responsabilité des demandeurs de premier rang.

À titre d'exemple, la directive européenne régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence (Directive 2014/104/EU) dispose que les demandeurs de premier rang ne sont pas soumis à une responsabilité solidaire. La loi américaine relative au renforcement des sanctions pénales en matière d'infractions au droit de la concurrence (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) 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.

**4. La multiplication des régimes de concurrence et des programmes de clémence dans le monde génère aussi bien de nouvelles possibilités que des défis pour une meilleure efficacité des programmes de clémence. Un manque de coordination et des obligations contradictoires entre juridictions sont susceptibles d'accroître les incertitudes entourant les avantages des demandes de clémence multiples, et d'avoir un effet négatif sur les incitations à destination des candidats potentiels liés à des affaires d'ententes internationales.**

À mesure que se multiplient les régimes de concurrence à travers le monde, les entreprises parties à des ententes internationales s'exposent à des actions répressives initiées par un nombre croissant d'autorités de tutelle. Les membres d'une entente qui envisagent de déposer une demande de clémence doivent d'abord identifier toutes les autorités de la concurrence potentiellement compétentes pour connaître de l'infraction, puis comprendre et étudier les conditions nécessaires au dépôt d'une demande auprès de chacune d'elles, et enfin demander la clémence auprès de ces autorités dans l'idéal simultanément ou, à défaut, au moyen d'une demande sommaire. Chaque autorité conduit ensuite sa propre enquête, selon ses propres règles.

Pour les candidats potentiels, déposer différentes demandes de clémence entraîne non seulement une charge et des coûts supplémentaires, mais aussi la nécessité de se conformer à des obligations de coopération différentes, voire contradictoires, imposées par les diverses autorités concernées (et la possibilité de se voir refuser la clémence dans certaines juridictions uniquement). Cette multiplication des demandes conduit également à une exposition plus importante à d'éventuelles actions en dommages et intérêts. Les incitations à demander la clémence peuvent par conséquent perdre de leur intérêt, dans la mesure où le risque de ne pouvoir remplir les conditions de la clémence dans certaines juridictions pourrait dissuader des candidats potentiels de formuler une demande auprès de quelque autorité que ce soit.

Plusieurs délégations indiquent que le nombre de demandes d'immunité (pour les candidats de premier rang) et de clémence (réduction des sanctions pour les candidats suivants) a connu une baisse notable. Le ralentissement des demandes de candidats au-delà du premier rang n'est pas un phénomène nouveau, étant donné que le coût cumulé des demandes de

clémence auprès de différentes juridictions sans perspective d'une immunité totale n'a fait que dissuader les dépôts de demande. À l'inverse, la baisse du nombre de demandes d'immunité est une tendance plus récente, qui peut s'expliquer par l'augmentation des conditions préalables de coopération imposées par les autorités de la concurrence (lesquelles conditions rendent incertaine l'issue des demandes formulées), mais aussi par une exposition accrue aux actions civiles en dommages et intérêts.

Malgré les coûts croissants que représentent des demandes parallèles auprès de différentes autorités, leurs avantages potentiels peuvent rester particulièrement incitatifs, notamment lorsque les demandeurs de premier rang bénéficient, dans les juridictions concernées, d'une immunité contre les sanctions ciblant les personnes physiques et d'une limitation de leur responsabilité au montant des préjudices.

#### **5. La convergence des programmes de clémence et de la coopération des autorités de la concurrence peut permettre de réduire la charge et les coûts représentés par les demandes de clémence, et d'aider au maintien des incitations pour les candidats à la clémence.**

Les délégués ont abordé les bienfaits d'une convergence renforcée des politiques de clémence et d'une meilleure coordination des actions répressives 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 demandeurs devant faire face à différentes normes et conditions d'octroi de marqueurs doivent toutes les prendre en considération pour évaluer leurs chances de bénéficier de la clémence dans toutes les juridictions où ils pourraient faire l'objet de poursuites.

Une meilleure coordination des autorités répressives lors des enquêtes permettrait d'atteindre un rapport coût-efficacité plus élevé, mais aussi de limiter la pression suscitée par les enquêtes et les incohérences qui pourraient en résulter. Cette coordination peut se traduire par une synchronisation des délais et calendriers des principales tâches, par une rationalisation des demandes d'informations et par l'organisation d'auditions communes ou consécutives des témoins. Une coordination renforcée offre de nombreux avantages et permet notamment de réaliser des économies sur les ressources allouées aux enquêtes, d'éviter les doublons dans les demandes d'informations, de mener des enquêtes plus rapides et plus ciblées, et de garantir qu'aucune des 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 de plusieurs autorités différentes.