

**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 la pénalisation des ententes et des soumissions concertées

Annexe au compte rendu succinct de la 131^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

9 juin 2020

Ce document est le compte rendu de la table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées qui s'est tenue pendant la 131^e réunion du Groupe de travail n° 3.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/daf/competition/criminalisation-of-cartels-and-bid-rigging-conspiracies.htm>

Pour toute question concernant ce document, veuillez prendre contact avec Mme Sabine ZIGELSKI
[+33 1 45 24 74 39; Sabine.Zigelski@oecd.org]

JT03469986

Compte rendu de la table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées

Le 9 juin 2020, le Groupe de travail n° 3 a organisé une table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées sous la présidence de M. Makan Delrahim, Procureur général adjoint, ministère de la Justice des États-Unis.

Le **Président** présente le thème et en souligne l'actualité, la *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* ayant récemment été actualisée et renforcée. Il fait observer qu'en cette période de hausse des dépenses publiques, les autorités de la concurrence restent vigilantes à l'égard des soumissions concertées. Il ajoute qu'une répression pénale sans concession, en particulier dirigée contre les personnes physiques, peut envoyer un message fort et avoir un effet dissuasif. Il précise que la table ronde a pour but d'examiner différentes approches en matière d'enquêtes et de poursuite des infractions pénales, notamment différents modes de coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités de poursuite, afin de repérer des domaines de convergence et de présenter des pratiques susceptibles d'être utiles à d'autres juridictions.

Le **Président** présente ensuite les trois experts devant intervenir au cours de la table ronde : le juge **James Donato**, juge au tribunal de district des États-Unis pour le district Nord de Californie ; **Barbara Rosenberg**, associée du cabinet Barbosa Müssnich Aragão, au Brésil ; **Peter Whelan**, professeur de droit et directeur du Centre for Business Law and Practice de l'Université de Leeds, au Royaume-Uni. Il les remercie pour leurs présentations vidéo et pour les autres supports préparés en vue de cette table ronde.

Encadré 1. Résumé des interventions vidéo des experts*

L'intervention vidéo du **juge James Donato** porte sur les outils et critères utilisés par les juges aux États-Unis pour apprécier les sanctions à infliger aux personnes physiques dans les affaires d'ententes.

Après une brève présentation des dispositions de l'article 3553 a) titre 18 du code des États-Unis, qui dispose que les sanctions prononcées par les tribunaux fédéraux doivent être justes et proportionnées, il présente les lignes directrices sur l'application des peines, qui, bien que facultatives, constituent une référence pour les juges. Il explique que dans les affaires d'ententes, la gravité de l'infraction – qui est un critère important pour la détermination de la sanction – dépend du volume d'activité touché par l'entente. Une fois la gravité de l'infraction appréciée, la sanction est adaptée au prévenu par différents moyens, notamment d'après un rapport préparatoire du United States Probation Office contenant des informations détaillées sur la situation personnelle du prévenu et d'après les déclarations orales et écrites de celui-ci.

Le juge Donato précise que les membres d'ententes sont souvent des ressortissants étrangers vivant en dehors des États-Unis et ne pouvant pas faire l'objet de poursuites de la part des autorités de poursuite fédérales, ce qui constitue un obstacle majeur à la répression des personnes physiques.

Enfin, il explique qu'aux États-Unis, la durée moyenne des peines de prison auxquelles sont condamnées les personnes impliquées dans des ententes ou ententes sur les prix est

comprise entre 18 et 20 mois. Il termine son intervention par une question non tranchée, déclarant qu'il est important d'examiner si la condamnation de personnes physiques à une peine d'emprisonnement est suffisamment dissuasive ou s'il est nécessaire de trouver d'autres sanctions, par exemple une interdiction temporaire d'occuper certains postes auxquels les intéressés auraient la possibilité de participer de nouveau à des activités collusoires tombant sous le coup du droit pénal.

L'intervention vidéo de **Barbara Rosenberg** porte sur les principales questions auxquelles sont confrontées les parties privées en matière de répression pénale ou administrative. Elle explique qu'il existe une incohérence entre les incitations adressées aux entreprises et celles visant les personnes physiques, en particulier dans les juridictions où l'application du droit de la concurrence relève d'un système dual, à la fois pénal et administratif, ce qui constitue un écueil majeur. Alors que la répression pénale inquiète fortement les personnes physiques, passibles de peines de prison, les entreprises, qui risquent une peine d'amende, ne voient pas de différence concrète entre répression administrative et répression pénale. Selon Mme Rosenberg, la répression pénale visant les personnes physiques peut avoir un impact négatif sur la volonté de coopérer avec les autorités de la concurrence, si les entreprises se préoccupent des conséquences pour leurs salariés ou si les personnes physiques qui coopèrent avec les autorités ne sont pas suffisamment protégées du risque de poursuites pénales.

Autre difficulté : la coordination nécessaire entre autorités d'une même juridiction. Ce problème se pose surtout dans les pays dotés d'un système dual ou lorsque d'autres autorités sont investies de pouvoirs d'enquête et de poursuite pour le même comportement. En pareil cas, il importe que les avocats sachent dans quelle mesure l'une des autorités publiques pourra utiliser les informations communiquées à une autre.

Mme Rosenberg ajoute que la coordination entre juridictions pose elle aussi des problèmes parce que la communication d'informations dans une juridiction peut déclencher la mise en cause de la responsabilité pénale, administrative ou civile dans une autre. Les parties doivent donc veiller à présenter les faits de la même manière dans toutes les juridictions pour réduire les risques juridiques.

Enfin, elle évoque brièvement quelques aspects pratiques, à savoir les difficultés liées aux règles applicables dans différentes juridictions en matière de représentation commune, de preuves nécessaires pour pouvoir solliciter la clémence administrative ou pénale, de délai de prescription, d'obligation ou non que les informations fournies le soient par écrit et de risque d'engagement de la responsabilité civile.

L'intervention de **Peter Whelan** porte sur certaines questions et certains problèmes théoriques et pratiques auxquels les partisans de la pénalisation des ententes se heurtent. M. Whelan fait observer que le débat est souvent axé sur la dissuasion, mais qu'il faudrait aussi prendre en compte des questions morales, par exemple la moralité du comportement d'entente, les normes sociales et la nature des sanctions pénales, de même que des aspects pratiques tels que les caractéristiques et le déroulement de la procédure pénale.

Pour ce qui est de la dissuasion, il estime que la condamnation des personnes physiques à une peine de prison est probablement la seule sanction dissuasive efficace contre les ententes étant donné que selon les estimations, les amendes ne sont efficaces que si elles représentent entre 150 et 200 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise fautive. Or, imposer des amendes aussi élevées poserait des problèmes juridiques et pourrait avoir des retombées négatives – risque de liquidation et de sortie du marché de l'entreprise sanctionnée par exemple. Les autres arguments avancés pour défendre la pénalisation

ont trait aux pouvoirs dont sont investies les autorités dans ce contexte et à l'impact positif que la pénalisation pourrait avoir sur les programmes de clémence, à condition que les personnes physiques bénéficient de l'immunité pénale. Selon lui, pour efficace qu'elle soit, la pénalisation n'est pas nécessairement une stratégie efficace de lutte contre les ententes compte tenu des coûts qu'elle induit.

Enfin, s'agissant de la question de la moralité, souvent méconnue dans ce débat, il se demande si l'entente est un comportement suffisamment répréhensible sur le plan moral pour justifier que l'on emprisonne des personnes qui sont en principe des membres productifs de la société. La loi n'a qu'un pouvoir limité quand il s'agit d'éduquer à la moralité, si bien qu'il faudrait s'efforcer de démontrer qu'il existe une norme sociale contre les ententes. Il pourrait être envisagé d'utiliser la norme contre le vol s'il peut être établi que le libre marché est accepté par la société et que les consommateurs ont un droit de propriété sur la majoration de prix due à l'entente. Toutefois, employer la norme contre le vol présente un inconvénient parce que dans beaucoup de juridictions, les ententes sont interdites même si elles ne sont pas mises en pratique et si rien n'a réellement été « volé » aux consommateurs.

Note : * Ces vidéos ont été mises en ligne avant les débats sur la page Internet de la table ronde.

Le **Président** ouvre les débats en invitant les États-Unis à présenter brièvement leur longue expérience en matière de répression pénale des ententes.

Les **États-Unis** expliquent que même si la répression pénale des ententes est née avec l'adoption de la loi Sherman, en 1890, elle a commencé dans sa version moderne il y a une trentaine d'années, lorsque le programme de clémence a été adopté dans sa forme actuelle. Le succès de la répression pénale est à mettre au crédit de la stratégie fondée sur trois piliers de la division antitrust du ministère de la Justice ; ces trois piliers sont la menace de sanctions lourdes, la peur de se faire détecter, et la transparence et la prévisibilité.

S'agissant de la menace de sanctions lourdes, la division estime qu'une peine d'emprisonnement constitue l'arme de dissuasion la plus efficace. Aux États-Unis, au fil des années, des centaines de personnes ont été condamnées à des peines de prison. La peine la plus longue infligée jusqu'à présent est de cinq ans, et la durée moyenne de la peine est passée d'environ 8 mois dans les années 90 à 19 mois ces vingt dernières années. Cette tendance a été favorisée par la décision prise par la division de durcir la répression des ententes internationales. Le renforcement de ses capacités et la coopération avec des autorités étrangères l'ont conduite à cesser de conclure des accords de négociation de peine ne prévoyant pas de prison. La délégation souligne qu'il a de surcroît fallu un certain temps pour que les juges, qui sont également tenus de respecter les lignes directrices sur l'application des peines pour éviter les disparités, commencent à imposer des peines dignes de ce nom. Enfin, la division tire parti du fait que le public et les tribunaux voient les ententes comme un comportement moralement répréhensible.

Pour ce qui est de la peur que l'entente soit détectée, la division s'attache à utiliser tous les instruments à sa disposition, dont le programme de clémence (qui demeure l'instrument le plus efficace) pour découvrir les ententes et enquêter.

Concernant la transparence et la prévisibilité, la division se mobilise pour expliquer toute évolution de ses pratiques et pour entretenir un dialogue transparent avec le public.

Enfin, la division est convaincue que son cadre institutionnel favorise l'efficacité de la répression pénale. Les procureurs, qui sont conscients que les exigences de preuve à satisfaire pour obtenir une condamnation pénale sont élevées, sont impliqués dès le début de l'enquête et savent requérir dans des affaires complexes devant les jurys. Le fait que la

division antitrust soit la seule autorité des États-Unis qui ait le pouvoir d'autoriser l'ouverture d'une procédure pénale contre les ententes injustifiables incite les prévenus à coopérer avec elle et atténue les conséquences collatérales.

Le **Président** fait observer qu'outre les États-Unis, d'autres juridictions ont une expérience de la répression pénale et infligent des peines de prison et d'autres sanctions aux personnes physiques et morales.

Le **Canada** explique que même si la soumission concertée et la fixation des prix sont des infractions pénales qui peuvent être punies de 14 ans de prison, en plus de 20 ans aucune personne reconnue coupable de ces infractions n'a exécuté une peine de prison. Les tribunaux canadiens ont préféré imposer des peines de prison avec sursis d'une durée inférieure à deux ans exécutées en milieu ouvert (plutôt qu'en prison) – assignation à résidence, respect d'une heure de rentrée et travaux d'intérêt général, par exemple.

Néanmoins, le risque de condamnation à une peine de prison s'est accru. Premièrement, la loi de 2012 sur la sécurité des rues et des communautés empêche les juges de prononcer des peines avec sursis en cas d'entente ou de soumission concertée. Deuxièmement, en 2018, la Cour d'appel du Québec a infirmé des peines avec sursis prononcées contre les membres d'un système de soumissions concertées également soupçonnés de fraude et de faux et les a condamnés à des peines de prison. Le chef de soumission concertée a été abandonné et les peines de prison avec sursis ne concernaient que les soupçons de fraude et de faux, mais les arguments avancés par la Cour d'appel du Québec concernant la gravité des infractions laissent penser que les membres d'ententes pourraient avoir à exécuter des peines de prison à l'avenir.

En conclusion, le Bureau de la concurrence souligne que pour que la dissuasion soit efficace, il faut que les auteurs d'infractions aient vraiment la perspective d'exécuter une peine de prison.

Israël fait observer qu'une répression pénale efficace des ententes mobilise beaucoup de ressources et suppose un engagement continu dans la durée. Il ne suffit pas de modifier la loi : il faut aussi que l'autorité adopte une stratégie. Israël estime qu'une répression pénale efficace passe par trois grandes étapes. Il faut d'abord créer un service d'enquête au sein de l'autorité. Il faut ensuite que l'autorité puisse poursuivre les ententes directement, sans avoir à passer par le Parquet général, qui a souvent peu de ressources à consacrer aux affaires d'ententes. Enfin, il faut que des ressources judiciaires soient affectées aux affaires d'ententes, souvent très complexes et caractérisées par une norme de preuve exigeante.

En conclusion, Israël souligne qu'il faut du temps pour convaincre les tribunaux de la gravité des infractions. Bon nombre d'entre eux sont réticents à sanctionner des dirigeants d'entreprises, *a fortiori* à les envoyer en prison. Jusqu'en 2016, seules deux affaires avaient donné lieu à une condamnation à une peine de prison. Depuis, des peines de prison relativement longues ont été prononcées dans quatre affaires.

Le **Taipei chinois** explique qu'une procédure pénale ne peut être engagée que si les membres de l'entente n'ont pas mis fin à leur comportement ou ne l'ont pas modifié alors qu'une décision administrative constatant une infraction leur avait ordonné de le faire. L'autorité a le pouvoir d'imposer des amendes aux personnes morales, mais la répression pénale est dirigée contre les personnes physiques. De plus, les poursuites pénales sont le fait de procureurs qui disposent de pouvoirs d'enquête relativement larges et qui doivent satisfaire à une norme de preuve plus exigeante que celle qui s'applique dans le cadre d'une procédure administrative. Une procédure pénale peut en effet aboutir à une condamnation à une peine d'amende ou de prison et avoir des conséquences plus lourdes sur la réputation.

La **Fédération de Russie** reconnaît que l'engagement de la responsabilité pénale est une arme de dissuasion importante. La délégation explique que les personnes impliquées dans une entente peuvent être mises en cause pénalement et risquent des sanctions pénales telles qu'amendes, interdiction d'exercer certaines activités ou d'occuper certains postes, travaux d'intérêt général et peines de prison d'une durée pouvant atteindre sept ans. En revanche, les entreprises ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pénales.

La procédure pénale est engagée et menée à bien par les autorités répressives et non par le Service fédéral antimonopole (FAS), mais elle repose souvent sur les enquêtes et décisions du FAS. En juin 2019, le gouvernement de la Fédération de Russie a pris un décret approuvant un programme interministériel de détection des ententes et autres accords restrictifs de concurrence et de lutte contre ces pratiques. Ce programme a renforcé la coopération entre le FAS et les autorités répressives. De plus, il est fréquent que les infractions au droit de la concurrence s'accompagnent d'autres infractions, par exemple de fraude et de corruption. L'ancien maire de Vladivostok, reconnu coupable de corruption et d'abus de pouvoirs officiels dans le cadre de la passation d'un marché public pour la construction de routes, en est une illustration célèbre. Il a été condamné à 15 ans d'emprisonnement, à une amende de 500 millions RUB et à une interdiction d'exercice d'une fonction publique d'une durée de dix ans. Pour statuer, le tribunal s'est notamment fondé sur des éléments fournis par le FAS.

Le **Président** passe ensuite aux juridictions dans lesquelles les autorités de la concurrence ne peuvent imposer que des sanctions administratives en cas d'entente, tandis que ce comportement peut également entraîner la commission d'autres infractions pénalement réprimées.

L'**Espagne** indique que la répression des ententes est une priorité absolue et que depuis l'entrée en vigueur de son programme de clémence, en 2009, des amendes ont été infligées dans 77 affaires d'ententes, dont 19 comportaient une soumission concertée. Les infractions au droit de la concurrence ne sont punies que par des sanctions administratives (dont une peine d'amende de 60 000 EUR maximum visant les personnes physiques), bien que le code pénal réprime un comportement qui s'apparente à une entente. La délégation souligne que la Directive ECN+ apporte de la clarté concernant la protection des candidats à la clémence contre les procédures pénales.

En plus d'infliger des amendes administratives aux personnes physiques, la Commission nationale des marchés et de la concurrence (CNMC) publie le nom des personnes sanctionnées. Cette publication est très négative pour leur image et constitue, selon la CNMC, une des raisons de l'augmentation du nombre de demandes de clémence provenant de personnes physiques.

Dans une affaire récente survenue dans le secteur des systèmes d'électrification et du matériel électromécanique pour le réseau ferré, des amendes ont été infligées à 14 personnes physiques et à 15 entreprises. De surcroît, les auteurs de l'infraction (hormis ceux qui avaient demandé la clémence) ont reçu l'interdiction de participer à de futurs appels d'offres publics. La CNMC estime que cette exclusion des marchés publics peut également être un moyen de dissuasion important.

La **Pologne** explique que les dirigeants d'entreprises qui participent intentionnellement à un accord anticoncurrentiel risquent une amende administrative dont le montant peut atteindre 2 000 000 PLN (soit environ 450 000 EUR). Ces amendes ne peuvent toutefois pas être infligées en cas de soumission concertée, la soumission concertée étant considérée comme une infraction pénale. Cette distinction empêche les interférences entre répression pénale et répression administrative, mais le libellé de l'article 305 du code pénal polonais, qui interdit les soumissions concertées, soulève des questions délicates, en particulier quant

à l'interprétation du terme « marché public » et à la preuve de certains éléments de l'infraction. Des amendements visant à résoudre ces problèmes sont actuellement à l'étude ; ils prévoient aussi d'alourdir la peine de prison encourue par les personnes impliquées dans une soumission concertée. Enfin, la mise en œuvre de la Directive ECN+ permettra sans doute de clarifier l'articulation entre droit de la concurrence et droit pénal, en particulier concernant la protection des candidats à la clémence contre les sanctions pénales.

La **Lituanie** souligne que même si les ententes ne sont pas des infractions pénales, l'autorité de la concurrence utilise souvent dans sa procédure administrative des preuves recueillies par d'autres autorités dans le cadre d'enquêtes pénales sur des infractions connexes comme l'infraction de corruption. Cette situation soulève plusieurs questions.

Premièrement, il y a un risque d'auto-incrimination, lequel peut compromettre la capacité de l'autorité de la concurrence à recueillir des témoignages oraux. Ce risque a également pour conséquence que l'autorité de la concurrence se voit parfois opposer un refus d'accès aux éléments de preuve recueillis dans le cadre de l'enquête pénale. Deuxièmement, le ministère public demande parfois à l'autorité de la concurrence de différer la publication de la communication des griefs tant que l'enquête pénale est en cours, ce qui fragilise cependant la procédure administrative. Troisièmement, le fait qu'un même comportement puisse faire l'objet à la fois d'une procédure pénale et de sanctions administratives pose le problème de la « double peine ».

Pour clôturer cette première partie des débats, le **Président** invite Business at OECD (le BIAC) à faire part de ses vues sur la pénalisation.

Pour le **BIAC**, la pénalisation des ententes ne peut être efficace que si l'accent est mis sur les peines d'emprisonnement des personnes physiques et si le risque d'incarcération est réel. L'image d'un dirigeant d'entreprise en prison personnalise les choses et contribue à éviter la récidive, entre autres.

Le BIAC relève cependant qu'il n'y a pas de consensus sur le fait que les peines de prison seraient plus dissuasives que des amendes administratives élevées. Il est difficile d'isoler et de quantifier l'effet dissuasif du risque d'incarcération par rapport à l'effet des amendes et autres sanctions administratives et des actions privées (actions collectives, par exemple). À titre d'exemple, certains chercheurs avancent que les actions collectives avec demande de triple dédommagement (*treble damages*) jouent un rôle déterminant dans la réussite de la stratégie de dissuasion des ententes aux États-Unis. Le BIAC estime qu'il faut analyser avec soin différents modèles avant d'opter pour un régime de répression privilégiant les peines de prison.

Avant de passer à la deuxième partie des débats, le **Président** invite le juge James Donato à faire part de ses commentaires sur les interventions et, en particulier, à s'exprimer sur le point de savoir si d'autres sanctions que la prison pourraient avoir le même effet dissuasif et si, dans l'affirmative, elles devraient être imposées dans le cadre d'une procédure pénale.

Le **juge Donato** répond qu'un Américain reconnu coupable d'une infraction au droit de la concurrence pourrait être privé du droit de vote, et que les entreprises hésitent peut-être à employer une personne condamnée. Il se montre en revanche sceptique quant à l'impact de sanctions pénales visant des ressortissants étrangers dans des affaires d'ententes survenant aux États-Unis.

Il explique que deux ressortissants étrangers contre lesquels il a récemment prononcé une peine de prison sont revenus aux États-Unis de leur propre chef pour purger leur peine. Ils ont cependant conservé leur emploi à l'étranger et l'un d'entre eux a même été promu après son retour dans son pays. Il en déduit que la condamnation à une peine de prison ne semble

pas avoir eu d'effet dissuasif sur eux ni sur les entreprises qui les emploient, qui sont des récidivistes notoires.

Enfin, il précise qu'en tant que juge, il peut simplement condamner une personne à une peine de prison ou prononcer une forme quelconque de maintien en liberté sous surveillance judiciaire. Il estime qu'une mesure d'interdiction serait un instrument très efficace, en ce qu'elle empêcherait les auteurs d'infraction d'accéder à un poste auquel ils pourraient faciliter une entente. Ce type de mesure existe dans la législation sur les valeurs mobilières.

Le **Président** souscrit à l'idée que les mesures d'interdiction sont un élément important, en particulier dans les secteurs qui contractent avec la puissance publique. Dans certains cas, ces mesures posent des problèmes qu'il faut traiter, par exemple si elles conduisent à exclure un concurrent d'un marché très concentré.

Le **Président** passe ensuite à la question des problèmes liés au fait que d'autres autorités que celle de la concurrence enquêtent et engagent des poursuites contre les ententes et à l'effet qui peut en résulter pour les programmes de clémence.

Le **Mexique** fait observer que la Commission fédérale de la concurrence économique (COFECE) dispose de pouvoirs d'enquête administratifs et que les procédures pénales visant les ententes relèvent du Parquet général et ne peuvent être ouvertes qu'à la suite d'une plainte formée par la COFECE. Depuis que les ententes ont été érigées au rang d'infraction pénale, en 2011, la COFECE a saisi le parquet à deux reprises. Elle entretient des relations régulières avec le Parquet général.

La COFECE a également le pouvoir de demander l'abandon des poursuites au cours d'un procès. Ce pouvoir ne doit être exercé que lorsque le prévenu respecte la décision administrative rendue par la COFECE et n'est pas considéré comme récidiviste. La COFECE tient également compte de l'engagement de l'intéressé à préserver et promouvoir la concurrence, de son casier judiciaire et des effets de l'infraction sur le bien-être social. À ce jour, elle n'a jamais saisi le parquet d'une demande d'abandon des poursuites.

Dans ses enquêtes, la COFECE s'attache de plus en plus à obtenir suffisamment de preuves pour satisfaire à la norme exigée par la procédure pénale et elle a pris des mesures pour renforcer ses moyens d'enquête – ce qui est essentiel pour améliorer l'efficacité de son programme de clémence. Elle travaille également à la mise en œuvre des recommandations de l'OCDE et à l'amélioration de la coopération avec le Parquet général.

Évoquant la contribution écrite de la Corée, le **Président** fait observer que le parquet a le pouvoir de demander à l'autorité coréenne de la concurrence (Korean Fair Trade Commission, KFTC) de lui renvoyer une affaire aux fins d'ouverture de poursuites, quand bien même la KFTC aurait décidé de ne pas le faire. Il donne la parole au Chili, qui semble appliquer un régime similaire.

Le **Chili** décrit le contexte qui a conduit à l'adoption de règles spéciales relatives aux poursuites pénales contre les ententes. Au Chili, la pénalisation des ententes avait le soutien de la population comme de la classe politique. Les professionnels de la concurrence étaient plus réservés parce qu'ils craignaient qu'elle ne nuise au bon fonctionnement du régime civil. La population semble être restée très favorable à la condamnation à des peines de prison. En conséquence, le Congrès national chilien a adopté un ensemble de règles de procédure selon lesquelles le ministère public ne peut ouvrir une enquête pénale qu'après que le Parquet national (FNE) a engagé des poursuites et que sa décision a été confirmée dans le cadre d'une procédure civile. De plus, seule une plainte du FNE permet l'ouverture d'une procédure pénale. Pour décider de renvoyer ou non une affaire devant une juridiction pénale, le FNE se fonde sur des critères définis dans ses lignes directrices de 2018. Ces

règles de procédure ont apparemment protégé le régime civil administré par le FNE, mais elles retardent l'ouverture d'une procédure pénale.

Le **Président** passe ensuite à l'articulation entre poursuites pénales, programmes de clémence et immunité.

L'**Australie** fait observer que le Commonwealth Director of Public Prosecutions (CDPP) se prononce de manière indépendante sur l'opportunité d'engager des poursuites pénales et sur les modalités de ces poursuites. Le CDPP et l'Australia Competition and Consumer Commission (ACCC) ont conclu un protocole d'accord dans lequel ils se sont engagés à coopérer dans les affaires d'ententes graves et dans d'autres affaires dont est saisi le CDPP. Ce protocole d'accord a été actualisé en 2014 et, parallèlement, l'ACCC a estimé qu'elle devait se doter de ses propres enquêteurs pénaux.

Lorsqu'il examine les demandes d'immunité, le CDPP applique les mêmes critères que ceux retenus par l'ACCC pour statuer sur des demandes d'immunité dans le cadre de procédures civiles et il tient compte des recommandations de l'ACCC. Le CDPP reconnaît qu'accorder l'immunité sert l'intérêt général, mais la procédure était initialement très longue, raison pour laquelle il a commencé à délivrer des « lettres de garantie » avant d'accorder officiellement une immunité pénale.

S'agissant des poursuites, le CDPP applique sa politique générale en la matière, examinant si les preuves sont suffisantes pour justifier l'ouverture de poursuites et si cette ouverture sert l'intérêt général. L'ACCC peut engager une procédure civile lorsque le CDPP décide de ne pas poursuivre au pénal. Ce type de situation est rare, mais l'ACCC a récemment décidé d'agir ainsi dans une affaire dans laquelle le CDPP a estimé ne pas avoir suffisamment de preuves pour engager des poursuites pénales contre une entreprise (alors qu'il en avait assez pour retenir le chef d'obstruction à la justice contre un dirigeant qui avait falsifié des preuves incriminant l'entreprise).

L'Australie se rallie à l'avis exprimé par Israël au sujet de la nécessité d'adopter une stratégie pour ouvrir des enquêtes pénales sur les ententes. Elle ajoute que la pénalisation suppose des relations entre les composantes de l'administration et avec les tribunaux pour l'acquisition des compétences nécessaires.

L'**Autriche** explique que les soumissions concertées peuvent être visées par une procédure administrative relevant de l'autorité fédérale de la concurrence (la BWB) ou d'une procédure pénale ouverte par le parquet. La BWB et le parquet travaillent en étroite coopération : les enquêtes et les perquisitions sont coordonnées ; la BWB est tenue de signaler tout comportement suspect au parquet, lequel lui communique souvent ses preuves.

On retrouve ce système dual dans le programme de clémence : les personnes physiques qui font une demande de clémence auprès de la BWB peuvent bénéficier d'une immunité pénale. Cette immunité ne peut être accordée que par le Parquet fédéral des ententes au sein du ministère de la Justice, qui ne participe ni à l'enquête du parquet ni à l'enquête de la BWB. Son impartialité est une garantie de sécurité pour les parties, et l'Autriche estime qu'il s'agit d'un système efficace, qui explique en partie le nombre élevé de demandes de clémence.

Le **Président** fait observer que les contributions de la Colombie et de la Finlande abordent le risque que la pénalisation ait des effets négatifs sur les programmes de clémence.

La **Colombie** rappelle une idée avancée dans la note de référence du Secrétariat de l'OCDE : les programmes de clémence ne fonctionnent pas dans le vide et lorsque les parties envisagent de solliciter la clémence, la responsabilité pénale et civile entre en ligne de compte. En Colombie, la pénalisation des soumissions concertées s'est traduite par une

faiblesse du nombre de demandes de clémence par rapport à ce qui est observé pour d'autres types d'infractions au droit de la concurrence. Les personnes physiques reconnues coupables sont passibles de 6 à 12 ans de prison, d'une peine d'amende comprise entre 200 et 1 000 fois le salaire minimum mensuel et d'une exclusion des marchés publics pendant huit ans.

Le programme de clémence ne prévoit pas une immunité pénale automatique, donnant plutôt aux candidats à la clémence la possibilité d'obtenir une réduction d'un tiers de la durée de la peine de prison et de 60 % du montant de l'amende, de même qu'une exclusion de plus courte durée des marchés publics. Par ailleurs, l'immunité qui protège de l'ouverture d'une procédure administrative est sans incidence sur la responsabilité civile. Enfin, l'immunité administrative n'empêche pas le parquet de faire usage des pouvoirs de poursuite larges dont il est investi pour poursuivre les salariés d'entreprises impliqués dans une soumission concertée, quel que soit leur rôle dans les entreprises en question.

Enfin, la Superintendance de l'industrie et du commerce cherche actuellement des moyens de renforcer sa coopération avec le Parquet général afin de mieux détecter, poursuivre et sanctionner les ententes.

Le **Président** fait observer que les infractions au droit de la concurrence sont souvent poursuivies avec d'autres infractions et demande à Peter Whelan s'il existe une corrélation entre cette pratique et la perception des ententes comme moralement répréhensibles dans certaines juridictions.

Peter Whelan explique qu'il est difficile de répondre à cette question en raison du manque de données empiriques. En théorie (et en dehors du fait qu'il y a effectivement des points communs entre les comportements constitutifs de ces infractions), le parquet peut avoir des raisons stratégiques d'associer le chef d'entente à d'autres chefs de poursuite comme la corruption. Premièrement, retenir des chefs supplémentaires peut se traduire par des peines de prison plus longues. Il est aussi possible que cette stratégie permette d'utiliser des pouvoirs d'enquête qui, dans certaines juridictions, sont réservés à des infractions graves punies de peines de prison plus longues. De surcroît, le ministère public préfère peut-être donner l'impression qu'il poursuit la corruption, plutôt que des ententes. Enfin, retenir plusieurs chefs de prévention peut lui permettre d'avoir une solution de repli s'il ne parvient pas à rassembler suffisamment de preuves concernant certains chefs de prévention.

Cette pratique est peut-être le signe que l'entente n'est pas un comportement « moralement sensible », ce qui explique que le ministère public tente de le coupler avec d'autres infractions, jugées contraires à la morale. Les résultats d'une récente enquête menée en Allemagne, dont il ressort que seuls 28 % des répondants estimaient que l'infraction d'entente justifiait une peine de prison, pourraient accréditer cette hypothèse. Peut-être est-ce la raison pour laquelle en Allemagne, les poursuites sont souvent engagées à la fois pour entente et pour fraude.

M. Whelan met toutefois en garde contre le fait que cette stratégie consistant à ajouter d'autres chefs au chef d'entente risque de compromettre les efforts déployés pour faire évoluer la perception des ententes, notamment parce ces affaires risquent de ne pas être présentées comme des affaires d'ententes. En Allemagne par exemple, des soumissions concertées ont été présentées comme des affaires de fraude aggravée, si bien que les chercheurs en ont conclu qu'il n'y avait pas d'antécédents de poursuites pénales pour soumission concertée ayant abouti, alors que cette pratique est bel et bien une infraction pénale.

Le **Président** invite ensuite Barbara Rosenberg à expliquer comment les autorités administratives et pénales se coordonnent dans les affaires d'ententes au Brésil.

Barbara Rosenberg souligne que dans un système dual, la coordination des autorités est un enjeu capital, pour les autorités comme pour les parties incriminées. Une mauvaise coopération entre les autorités peut avoir une incidence sur la répression des ententes : les éventuels candidats à la clémence risquent de renoncer à coopérer avec une autorité en l'absence de garanties limitant l'utilisation qu'une autre autorité peut faire des informations communiquées. Il en va ainsi, non seulement dans les juridictions dotées d'un système dual, à la fois administratif et pénal, mais aussi lorsque d'autres infractions, comme la corruption et la fraude, font l'objet d'une enquête et de poursuites de la part d'autres autorités que l'autorité de la concurrence. Il s'agit d'un écueil majeur au Brésil, où les poursuites administratives et pénales peuvent se dérouler en parallèle.

Enfin, elle ajoute qu'il s'agit là d'un domaine dans lequel les juridictions peuvent s'inspirer de celles qui ont déjà résolu ce type de problèmes.

L'**Australie** demande aux experts s'ils peuvent s'exprimer sur la nécessité qu'une coopération étroite s'établisse entre les autorités dans un système dual et sur le fait que le parquet dispose souvent de ressources insuffisantes pour poursuivre les ententes, alors que les parties incriminées dans ces affaires ont souvent des ressources importantes.

Peter Whelan relève que la coexistence de la répression administrative et de la répression pénale peut poser deux problèmes du point de vue du droit à un procès équitable. Le premier a trait à l'utilisation dans la procédure pénale d'informations recueillies dans un cadre administratif, en raison du risque de violation du droit à ne pas s'auto-incriminer, par exemple. Le deuxième est lié au fait que la publicité de la procédure administrative avant le procès pénal risque d'avoir une influence sur ce procès.

Sur le premier point, il faut qu'un mécanisme permettant d'éviter toute contamination croisée des preuves (une « muraille de Chine ») soit en place. Il peut aussi être utile qu'une loi définisse quels éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une procédure administrative ne peuvent pas être utilisés au pénal. Pour ce qui est de la publicité de la procédure administrative avant le procès, l'introduction d'un court délai d'attente entre les deux procédures permettrait peut-être que les effets de cette publicité disparaissent. En tout état de cause, il est difficile de faire valoir, à tout le moins en vertu du droit européen des droits de l'homme, que cette publicité constitue une violation des droits fondamentaux et doit emporter invalidation de la procédure pénale.

Le **Président** invite ensuite Barbara Rosenberg et le juge Donato à faire un dernier commentaire.

Barbara Rosenberg souligne qu'il ne faut pas faire abstraction du fait que l'intérêt des entreprises peut ne pas être le même que celui des personnes physiques, en particulier dans les pays où, comme au Brésil, les entreprises ne peuvent être visées que par une procédure administrative alors que les personnes physiques peuvent être visées par une procédure administrative et par des poursuites pénales. Lorsqu'elles conçoivent leurs régimes répressifs, les autorités doivent avoir conscience de ce que bon nombre de demandes de clémence sont la résultante d'enquêtes menées relativement à des opérations de concentration ou d'autres types d'enquêtes internes. Dans certains cas, les entreprises peuvent avoir un intérêt à demander la clémence même en l'absence de possibilité pour les personnes physiques d'obtenir une immunité pénale. Cet aspect est particulièrement important du point de vue des parties incriminées.

Le **juge Donato** estime encourageant le consensus international qui se dégage quant à la gravité de ces infractions et à la nécessité de mobiliser des ressources pour les poursuivre. En conclusion, il souligne que le secteur des technologies semble avoir été oublié et invite les autorités à s'y intéresser.

Le **Président** confirme que le secteur technologique pose effectivement des problèmes, notamment parce que certaines technologies sont de nature à faciliter la collusion sans même qu'un accord anticoncurrentiel soit nécessaire. Un débat est en cours sur ce point parmi les professionnels de la concurrence. Il est appelé à se poursuivre et portera notamment sur la nécessité que les autorités disposent d'instruments appropriés pour faire face à ces problèmes.

Le **Président** remercie les experts, les délégués et le Secrétariat et lève la séance.