

**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 la pénalisation des ententes et des soumissions concertées**

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

9 juin 2020

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE résume les principales conclusions de la table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées qui s'est tenue durant la 131e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, le 9 juin 2020.

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]

**JT03469985**

## *Synthèse de la table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées*

Par le Secrétariat\*\*

Le 9 juin 2020, le Groupe de travail n° 3 a organisé une table ronde sur la pénalisation des ententes et des soumissions concertées.

Les principaux enseignements qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites des délégués et des interventions des experts et délégués qui ont pris part aux débats sont les suivants :

**1. On observe une tendance à l'introduction de sanctions pénales, et de plus en plus de juridictions peuvent infliger des sanctions pénales aux personnes physiques impliquées dans des ententes et soumissions concertées. Néanmoins, il n'existe pas de consensus international sur la pénalisation des ententes.**

Depuis quelques années, il est plus fréquent que les ententes et soumissions concertées donnent lieu à des sanctions pénales. Les soumissions concertées, en particulier, reçoivent de plus en plus souvent une qualification pénale. D'après des données de 2018, sur les 55 juridictions incluses dans la base de données « CompStats » (36 pays membres de l'OCDE, l'Union européenne, 14 pays participant au Comité de la concurrence et un pays associé au Comité), 26 juridictions ont la possibilité de prononcer une sanction pénale contre les personnes physiques en cas d'infraction aux règles sur les ententes et 10 juridictions ne sanctionnent pénalement que les soumissions concertées. Les données provenant de ces 55 juridictions montrent également que le nombre d'ententes ayant donné lieu à une peine de prison a augmenté, passant de 7 en 2015 à 49 en 2018. Néanmoins, certaines juridictions ont exclusivement recours à un régime administratif ou civil, estimant que les infractions au droit de la concurrence ne sont pas suffisamment considérées comme « contraires à la morale » pour qu'une répression pénale se justifie et que la pénalisation des ententes risque d'être trop dissuasive et de nuire à des instruments de détection tels que les programmes de clémence.

De plus, le recours aux sanctions pénales est fréquent, mais les caractéristiques et l'application de ces sanctions varient d'une juridiction à l'autre. Ainsi, dans certaines juridictions, la répression pénale concerne les ententes injustifiables, tandis que dans d'autres, elle vise uniquement les soumissions concertées. Autre point sur lequel il n'existe pas de consensus : la pertinence des peines de prison par rapport à d'autres formes de sanctions pénales visant les personnes physiques. À titre d'exemple, une peine de prison n'est pas toujours suffisamment dissuasive, si bien que d'autres sanctions – amendes, interdiction d'exercer, exclusion des marchés publics – pourraient constituer des armes de dissuasion puissantes.

Enfin, dans certaines juridictions dotées d'un régime de répression pénale des ententes, l'application des sanctions, en particulier l'exécution des peines de prison, est insuffisante.

**2. Deux théories de la sanction ont émergé dans le débat sur la pénalisation : la théorie de la dissuasion économique (selon laquelle il n'est justifié de sanctionner une infraction pénale que si cette sanction empêche la récidive ou en réduit le risque) et la**

---

\*Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les 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 d'un panel d'experts, des contributions orales et écrites des délégués, et de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

**théorie de la rétribution (selon laquelle la sanction pénale se justifie du seul fait que l'individu a commis un acte interdit et moralement répréhensible). La théorie de la dissuasion semble séduire davantage.**

Appliquée à la pénalisation des ententes et soumissions concertées, la théorie de la dissuasion défend l'idée que la prison semble être la sanction la plus efficace, les amendes imposées aux personnes physiques et aux entreprises n'étant peut-être pas assez dissuasives. En effet, les entreprises qui ont profité de l'infraction peuvent aisément dédommager les personnes physiques qui ont été condamnées à une peine d'amende. Quant aux amendes imposées aux entreprises, certains avancent qu'elles devraient être tellement élevées pour être efficaces qu'elles poseraient des problèmes juridiques et risqueraient d'avoir des retombées négatives, par exemple la liquidation de l'entreprise sanctionnée et sa sortie du marché.

Toutefois, il subsiste des questions quant à la possibilité de parvenir à une dissuasion optimale au moyen de sanctions pénales et quant à la manière de mesurer l'effet dissuasif de la répression pénale. Les peines de prison et autres sanctions pénales (travaux d'intérêt général, interdiction faite aux dirigeants d'entreprise d'occuper certains postes, par exemple) sont souvent complétées par d'autres mesures telles que sanctions pécuniaires, exclusion des marchés publics et publication de décisions judiciaires négatives pour l'image de l'entreprise. De surcroît, les peines d'emprisonnement sont souvent de courte durée ou assorties d'un sursis.

Quant à la théorie de la rétribution, elle assimile les ententes et soumissions concertées à un vol ou à de la tricherie. Or, la perception de la population n'est pas la même dans toutes les juridictions et, à tout le moins dans certaines d'entre elles, peu de données empiriques montrent que les ententes sont globalement perçues comme moralement répréhensibles.

**3. Les ententes, en particulier les soumissions concertées, sont souvent une composante d'un ensemble d'actes réprimés pénalement et peuvent s'accompagner de fraude, corruption ou blanchiment d'argent, par exemple. Les autorités de la concurrence peuvent avoir intérêt à travailler en étroite coopération avec d'autres autorités répressives, par exemple le ministère public et les services d'enquête sur la fraude et la corruption.**

Lorsque les ententes et soumissions concertées s'inscrivent dans le cadre d'un ensemble plus vaste d'infractions pénales, une approche coordonnée, l'échange d'informations et la confiance mutuelle peuvent renforcer l'efficacité de la répression. Les autorités de la concurrence doivent souvent sensibiliser le ministère public et coopérer avec différents partenaires. Il faut donc que les instruments de détection et d'enquête soient efficaces et bien coordonnés avec ceux que peuvent utiliser d'autres organes de répression.

La participation des autorités de la concurrence à la poursuite d'un comportement tombant sous le coup du droit pénal n'est pas la même selon les juridictions. La coordination revêt encore plus d'importance lorsque la procédure administrative et la procédure pénale se déroulent en parallèle et relèvent d'autorités différentes, et son absence est de nature à compromettre la répression des ententes dans son ensemble. Les juridictions dotées d'un régime strictement administratif peuvent aussi avoir intérêt à ce qu'une coopération plus étroite s'instaure avec le ministère public étant donné que, comme indiqué plus haut, les ententes peuvent s'inscrire dans le cadre d'un ensemble d'infractions plus vaste et que les autorités de la concurrence n'en ont pas nécessairement connaissance dès le départ.

**4. Les sanctions pénales peuvent avoir un fort effet dissuasif, mais il faut finalement mobiliser beaucoup de temps et de ressources pour qu'un régime de répression pénale – pouvant donner lieu à des peines privatives de liberté relativement lourdes – soit réellement efficace.**

Tous les régimes de concurrence ne sont pas conçus de manière à ce que la répression pénale soit efficace. Il faut que les juridictions se dotent progressivement d'institutions efficaces avant d'introduire un régime de répression pénale. Or, l'expérience montre que pour qu'un tel régime soit efficace, il faut préalablement déployer d'importants efforts de sensibilisation pour éduquer les partenaires et le grand public.

De plus, il faut également consacrer des moyens importants à l'acquisition de savoir-faire et d'expérience par les autorités de la concurrence. Il est aussi nécessaire que ces autorités soient investies de pouvoirs d'enquête plus forts, par exemple du pouvoir de procéder à des perquisitions et saisies et à des visites domiciliaires, d'interpeller et d'arrêter des personnes physiques. Dans certains cas, l'attribution de ces pouvoirs exige des modifications des institutions.

**5. Intégrer la répression pénale aux régimes civil et administratif existants suppose souvent d'importantes modifications procédurales, lesquelles risquent d'avoir un impact sur le coût des enquêtes et des poursuites visant les infractions au droit de la concurrence.**

L'introduction de sanctions pénales risque selon toute vraisemblance de rendre la norme de la preuve plus exigeante, par exemple d'entraîner le passage du critère de la « prépondérance des probabilités », qui exige des preuves convaincantes, à la norme qui exige que l'infraction soit démontrée « au-delà de tout doute raisonnable ». Les exigences de preuve risquent d'être plus difficiles à satisfaire, si bien que la durée des enquêtes sera plus longue. Autre élément de nature à compliquer la situation : la question de savoir s'il faut prouver l'intention délictueuse et, dans l'affirmative, de quelle manière.

La question du droit à un procès équitable occupe déjà une place centrale dans les procédures pénale comme administrative ou civile engagées en droit de la concurrence, et la répression pénale est de nature à faire naître des exigences supplémentaires en la matière. Il peut en effet être nécessaire d'appliquer à la répression des infractions au droit de la concurrence des principes pénaux matériels et procéduraux (présomption d'innocence, droit de ne pas s'auto-incriminer, par exemple) comportant des garanties plus fortes en matière de protection des droits de la défense. Ces garanties peuvent avoir un impact sur le processus de recueil d'informations mis en œuvre par les autorités de la concurrence et sur la durée des enquêtes. En outre, il peut arriver que les preuves recueillies dans le cadre de la procédure pénale ne puissent pas être utilisées dans la procédure administrative parallèle et inversement.

**6. Les programmes de clémence ne fonctionnent pas dans le vide, et la pénalisation influe sur les incitations adressées aux éventuels candidats à la clémence.**

Il importe d'analyser la relation entre pénalisation et clémence (administrative) et de déterminer si la pénalisation affaiblit ou renforce l'efficacité des programmes de clémence. Au moment de décider d'introduire ou non des sanctions pénales, les juridictions doivent comparer avec soin les avantages qui peuvent être attendus d'une action dissuasive plus forte avec les coûts que peut induire une moindre efficacité des instruments de détection.

La transparence et la prévisibilité sont au cœur des programmes de clémence. En cas de répression pénale des ententes, cela signifie que les personnes qui dénoncent une infraction ont l'assurance de bénéficier d'une immunité pénale ou, dans certaines juridictions, d'un allègement des sanctions pénales encourues. En principe, il faut à cette fin que les autorités de la concurrence soient responsables des poursuites ou de la procédure pénale. Dans les juridictions où tel n'est pas le cas, il existe des mécanismes pour renforcer la coopération avec le ministère public et pour atténuer le risque que des candidats à la clémence ne fassent l'objet de poursuites (ou ne bénéficient pas de sanctions plus légères).

**7. La coopération internationale est un élément indispensable à l'efficacité de la répression des ententes. Il existe cependant des obstacles juridiques et pratiques à la coopération entre régime pénal et régime administratif.**

Ces dernières années, certaines ententes internationales ont été l'occasion d'une coopération réussie entre juridictions dotées d'un régime pénal. Toutefois, la pénalisation engendre des problèmes pratiques parce que la coopération internationale (et en particulier l'échange d'informations) entre les juridictions dotées d'un régime administratif et celles qui peuvent infliger des sanctions pénales, en particulier condamner des personnes physiques à une peine de prison, se heurte à des obstacles. Ces obstacles peuvent conduire à limiter le recours à des méthodes de coopération informelles. L'imposition de limites légales à la coopération est motivée par le principe de « double incrimination », qui limite la coopération aux situations dans lesquelles l'infraction au droit de la concurrence a un caractère pénal aussi bien dans la juridiction à l'origine de la demande d'information que dans la juridiction destinataire de cette demande.

En principe, rien n'empêche de poursuivre pour infraction au droit de la concurrence une personne qui se trouve à l'étranger. Ainsi, aux États-Unis, le nombre de prévenus étrangers a augmenté ces dernières années et les demandes d'extradition formées par le ministère public sont fréquentes. Toutefois, les juridictions de plus petite taille en particulier se heurtent à des difficultés lorsqu'elles veulent poursuivre des personnes qui se trouvent à l'étranger.