

**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

**Résumé de la table ronde intitulée l'avenir des programmes de clémence : améliorer la
détection et la dissuasion en matière d'ententes**

Annexe au compte rendu succinct de la 137e réunion du Groupe de travail no 3

13 juin 2023

Ce document établi par le Secrétariat de l'OCDE présente un résumé des débats qui ont eu lieu lors de la table ronde intitulée l'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes, organisée par le Groupe de travail n° 3 le 13 juin 2023.

Les opinions exprimées et les arguments avancés ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/competition/the-future-of-effective-lenency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-cartels.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio CAPOBIANCO.
Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03544914

Résumé de la table ronde intitulée l'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes

Par le Secrétariat¹

Le 13 juin 2023, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde intitulée l'avenir des programmes de clémence : améliorer la détection et la dissuasion en matière d'ententes. Les principaux enseignements qui se dégagent de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites et du débat avec les experts et les délégués sont les suivants :

1. De plus en plus de juridictions sont dotées d'un programme de clémence.

Ces dernières années, la plupart des enquêtes pour ententes ont été ouvertes à la suite d'une demande d'immunité ou de clémence, ce qui est révélateur de l'importance de cet outil de détection stratégique. Face à ce succès, de plus en plus de juridictions ont décidé d'appliquer leur programme ou d'en introduire un.

Ces programmes suscitent donc un intérêt de plus en plus grand, mais leur efficacité suppose qu'un certain nombre de conditions soient réunies, lesquelles ne se matérialisent qu'avec le temps. Dans la période qui suit l'entrée en vigueur du programme, le nombre de demandes de clémence risque d'être faible. Les juridictions auraient donc intérêt à diversifier de manière stratégique leurs outils de détection des ententes. Il est indispensable qu'existe une menace crédible de détection en dehors du programme de clémence, souvent dans le cadre d'enquêtes ouvertes d'office.

Il y a donc en général une corrélation positive entre l'ancienneté d'un programme de clémence et le nombre de demandes : plus le programme est ancien, plus les demandes sont nombreuses. Comme il est nécessaire que les acteurs soient convaincus de l'efficacité de la clémence et, parallèlement, que la menace de découverte des ententes soit crédible, la lutte contre les ententes passe par une approche globale, multidimensionnelle et inscrite dans la durée.

2. Malgré le succès des programmes de clémence, le nombre de demandes d'immunité ou de clémence est en baisse depuis quelques années. Cette diminution est imputable à un ensemble de facteurs plutôt qu'à une cause unique.

Bien que les programmes de clémence soient très répandus, les données de l'OCDE montrent que le nombre de demandes a diminué d'environ 65 % entre 2015 et 2021². Même si cette tendance semble marquer le pas et si le nombre de demandes s'est redressé dans beaucoup de juridictions en 2022, les participants à la table ronde ont évoqué plusieurs raisons susceptibles d'expliquer la baisse.

Parmi les causes importantes mentionnées figure la **complexité croissante** des ententes et, par conséquent, des demandes de clémence. Cette complexité est due à la sophistication

¹ Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime des membres du Comité de la concurrence. Il récapitule néanmoins les points essentiels qui se dégagent de la note de référence, des débats qui ont eu lieu au cours de la table ronde et des contributions écrites des délégués.

² OCDE (2023), OECD Competition Trends 2023, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/bcd8f8f8-en>

des méthodes de collusion, à l'absence de ligne de démarcation claire entre pratiques licites et anticoncurrentielles et à l'utilisation d'outils numériques comme les algorithmes à des fins de collusion. La coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence, l'allongement de la durée des enquêtes et l'augmentation du contrôle juridique viennent accroître cette complexité, entraînant un alourdissement des formalités administratives, une hausse des frais juridiques et une augmentation du coût des demandes pour les entreprises et les individus, autant de difficultés qui finissent par décourager les membres d'ententes de solliciter la clémence.

Cette complexité a en outre entraîné un **allongement de la durée des procédures**, en particulier dans les affaires d'entente internationale ou lorsque les programmes de clémence pâtissent d'un manque de coordination entre juridictions. Cet allongement peut aussi dissuader de demander la clémence.

Autre facteur d'explication possible de la baisse du nombre de demandes : l'impact des **recours privés**. Les membres d'ententes peuvent être réticents à déposer une demande d'immunité de peur de voir leur responsabilité globale s'alourdir en raison, à la fois de l'action publique et de recours privés. Les candidats à la clémence sont plus exposés au risque d'avoir à payer des dommages et intérêts parce qu'en général, les décisions rendues à leur encontre par les autorités de la concurrence deviennent définitives avant celles rendues contre les autres participants à l'entente, si bien qu'ils courent un risque plus grand d'être reconnus conjointement et solidairement responsables avec les co-auteurs.

C'est pourquoi il est fréquent que le législateur limite la responsabilité civile des demandeurs de clémence. Cette limite peut prendre la forme d'une dérogation au principe de responsabilité conjointe et solidaire en faveur du candidat à la clémence ou encore d'un plafonnement des dommages et intérêts qu'il peut avoir à verser. Les recours privés sont un facteur de complexité et d'incertitude supplémentaire susceptible de décourager les auteurs d'ententes de déposer une demande de clémence. Le risque qu'un auteur qui a obtenu l'immunité soit ensuite condamné à verser des dommages et intérêts constitue un vrai problème. La clémence le protège certes de sanctions dans le cadre de la procédure engagée par les autorités, mais il peut rester exposé au risque d'être visé par un recours privé potentiellement lourd de conséquences financières. De surcroît, la possibilité que la déclaration de clémence soit rendue publique pendant la procédure conduite par les autorités peut également avoir un effet dissuasif en raison des conséquences involontaires qu'elle est susceptible d'avoir dans le cadre du recours privé.

La crainte de devoir affronter des batailles juridiques coûteuses et complexes, conjuguée avec les incertitudes qui entourent l'issue des recours privés, qu'ils soient engagés consécutivement à l'action publique ou indépendamment de cette action, peut influencer sur la volonté des membres d'une entente de coopérer avec les autorités.

Les participants à la discussion ont aussi insisté sur les risques liés au **manque de coordination des programmes de clémence dans le cadre d'enquêtes impliquant plusieurs juridictions**. Si la peur d'être sanctionnées par plusieurs autorités de la concurrence est de nature à inciter les entreprises à se dénoncer, l'absence de procédure de guichet unique pour le dépôt des demandes de clémence expose les entreprises qui sollicitent la clémence dans un pays au risque d'être poursuivies dans un autre.

Enfin, les **politiques relatives aux possibilités de transaction** sont aussi susceptibles d'avoir une incidence sur l'efficacité des programmes de clémence parce que dans le cas où les avantages découlant de la coopération dans le cadre d'une procédure de transaction sont trop généreux, elles réduisent l'intérêt qu'un participant à une entente peut avoir à se dénoncer et à coopérer dans le cadre du programme de clémence. Il peut en résulter un effet dissuasif et un impact négatif sur la détection des ententes.

3. Les juridictions confrontées à un recul des demandes de clémence réforment leur programme. ce qui est indispensable pour que ces programmes continuent de contribuer efficacement à la découverte et à la sanction des ententes.

Face à ce recul, beaucoup de pays adoptent des mesures pour protéger les candidats à la clémence. Ils le font souvent en limitant la responsabilité civile de ces demandeurs, ce qui suppose d'empêcher qu'ils puissent être considérés conjointement responsables avec les autres auteurs de l'entente et implique de limiter l'accès aux déclarations de clémence. Ces mesures de protection doivent permettre que les entreprises aient intérêt à se dénoncer et à coopérer avec les autorités et préserver l'équilibre entre action publique et recours privés.

Face à la diminution du nombre de demandes de clémence, il est primordial de préserver l'efficacité des programmes de clémence, qui jouent un rôle essentiel dans la détection et la poursuite des ententes. Des mesures telles que la possibilité que la responsabilité personnelle des dirigeants d'une entreprise impliquée dans une entente soit engagée, la révision des limites appliquées au nombre de demandeurs de clémence et l'amélioration de la cohérence et de la clarté du système de clémence peuvent y contribuer.

Il est aussi indispensable de trouver le juste équilibre entre les mécanismes de réduction des amendes lorsque l'entreprise participe à une procédure de transaction. Ces mécanismes doivent permettre que les entreprises aient à la fois intérêt à demander la clémence et à opter pour une procédure de transaction. Cette recherche d'équilibre doit tenir compte de divers facteurs et avoir pour principal objectif de favoriser la coopération entre les entreprises et les autorités de la concurrence.

Il est important de ne pas oublier que les facteurs culturels jouent un rôle non négligeable dans la décision de solliciter ou non la clémence. De ce fait, il n'existe vraisemblablement pas de recette unique susceptible de fonctionner pour toutes les juridictions.

4. Pour qu'un programme de clémence soit efficace, il faut faire en sorte que les entreprises aient un grand intérêt à dénoncer volontairement un comportement nuisible à la concurrence. C'est pourquoi il est indispensable d'accroître la menace de détection. Augmenter la probabilité que des pratiques d'entente soient découvertes et déclenchent l'ouverture de poursuites est un moyen, pour les autorités de la concurrence, d'encourager les entreprises à prendre les devants en demandant la clémence, ce qui est bénéfique aux autorités comme aux entreprises impliquées.

Il y a menace de détection dès lors qu'une entreprise participant à une entente court un risque d'être découverte plus grand que les avantages qu'elle peut retirer de l'entente. Cette menace a un effet dissuasif puissant et décourage les entreprises de prendre part à un accord anticoncurrentiel. Elle envoie un message clair, à savoir que les ententes ne peuvent pas passer inaperçues et que leur découverte est lourde de conséquences.

Pour que le fonctionnement des programmes de clémence soit optimal, il faut trouver un juste équilibre entre des mesures incitant les entreprises à se dénoncer et une menace de détection crédible. Le risque de condamnation à des amendes élevées et la possibilité que les personnes physiques impliquées soient poursuivies au pénal peuvent fortement motiver les entreprises à demander la clémence. Elles comprennent en effet que la clémence est un moyen d'atténuer les conséquences potentiellement désastreuses de la participation à une entente.

Le fait qu'une autorité s'en remette trop à la clémence au prix d'un moindre recours à des outils de détection proactifs est pour beaucoup dans la baisse du nombre de demandes de clémence. Ce choix réduit en effet la probabilité de découvrir les auteurs d'ententes, qui ont de ce fait moins intérêt à se dénoncer.

De surcroît, si les programmes de clémence permettent aux entreprises de signaler volontairement leur implication dans une entente, la détection proactive au moyen d'enquêtes indépendantes ouvertes d'office joue aussi un rôle important dans l'application du droit de la concurrence. Ces enquêtes, ouvertes à l'initiative des autorités de la concurrence, contribuent de façon importante à la découverte d'ententes qui, en leur absence, ne seraient pas signalées. Elles jouent un rôle complémentaire précieux et garantissent une approche plus globale de la détection. En déclenchant des enquêtes indépendantes, les autorités de la concurrence envoient un message fort, signalant qu'elles assurent une surveillance étroite des marchés et ne s'en remettent pas exclusivement aux demandes de clémence pour découvrir les ententes.

5. La découverte des infractions au droit de la concurrence repose sur la mobilisation d'une diversité d'instruments, dont des outils proactifs et des outils réactifs. Ces dernières années, des progrès ont été accomplis dans la mise au point d'outils de détection innovants autres que les programmes de clémence traditionnels.

Parmi ces stratégies figurent les **actions de formation et de sensibilisation** mises en œuvre par les autorités de la concurrence pour sensibiliser aux préjudices causés par les ententes. Ces actions ont pour but de sensibiliser les entreprises, les autres autorités nationales et les autorités de réglementation sectorielle au caractère illicite des ententes et aux dommages qu'elles causent, de même que de les informer sur les techniques de détection. Elles contribuent à une augmentation du nombre d'ententes signalées aux autorités, que ce soit à travers les demandes de clémence ou à travers d'autres canaux. Les autorités font appel à diverses stratégies pour faire connaître l'existence de leur programme de clémence – articles dans les médias, sites Internet et interventions lors de conférences. La mise en œuvre de campagnes de sensibilisation conçues sur mesure, par exemple s'adressant à certains secteurs d'activité ou aux agents chargés de la passation de marchés, est un moyen d'améliorer encore la détection. Ces campagnes peuvent s'adresser aux consommateurs, aux entreprises en général, et à des publics particuliers comme les services chargés de la passation des marchés et d'autres organismes publics.

Autre outil de plus en plus utilisé par les autorités : les **mécanismes de filtrage** exploitant les données numériques. Ces mécanismes analysent les caractéristiques d'un marché et du comportement des entreprises pour repérer un éventuel comportement anticoncurrentiel. L'augmentation du volume de données disponibles et les progrès de la collecte de données et des techniques d'analyse permettent aux autorités de mettre au point des méthodes de filtrage plus sophistiquées pour la détection des ententes et d'autres infractions au droit de la concurrence.

Par ailleurs, les autorités se mobilisent pour que leur système de **plainte** soit plus facile à utiliser et plus sécurisé. Elles créent notamment à cette fin un environnement plus sûr pour les entreprises et les personnes physiques désireuses de dénoncer des violations du droit de la concurrence. Par ailleurs, imposer aux autorités nationales, par exemple celles chargées de la passation de marchés ou le ministère public, l'obligation de signaler des activités évocatrices d'une entente lorsqu'elles ont des soupçons peut conduire à une augmentation du nombre de plaintes susceptibles de justifier l'ouverture d'enquêtes.

Les outils de **lancement d'alerte**, qui permettent aux salariés de signaler anonymement des infractions au droit de la concurrence, ont fait la preuve de leur efficacité. Il est fréquent (même si ce n'est pas systématique) que ces programmes incluent des incitations financières en faveur des salariés signalant une infraction et qu'ils limitent les risques de représailles. Beaucoup d'autorités de la concurrence ont créé des plateformes numériques de lancement d'alerte réservées au signalement d'infractions au droit de la concurrence, élargissant ainsi l'éventail des outils dont elles disposent pour détecter les pratiques anticoncurrentielles et y remédier.

6. Les autorités de la concurrence doivent chercher à la fois à préserver l'efficacité du programme de clémence et à faire une plus grande utilisation d'autres méthodes de détection, mais le juste équilibre n'est pas facile à trouver.

Les programmes de clémence ont fait la preuve de leur efficacité en matière de détection d'ententes et exigent en général moins de ressources que d'autres méthodes de détection. Ils ont néanmoins besoin de ressources, fût-ce en moindre quantité que d'autres outils. Les autorités de la concurrence doivent donc apporter beaucoup de soin à l'affectation des ressources pour bien concilier les différents instruments de détection dont elles disposent.

Autre tâche particulièrement délicate : la gestion d'éventuels conflits entre les programmes de clémence et les dispositifs de lancement d'alerte. Si les deux mécanismes favorisent le signalement de violations du droit de la concurrence, leurs exigences et conséquences ne sont pas les mêmes. Les autorités de la concurrence doivent donc définir des procédures claires pour garantir leur compatibilité et faire ainsi en sorte qu'ils fonctionnent ensemble plutôt que l'un contre l'autre.

7. Même si la recherche de l'équilibre optimal entre préservation de l'efficacité du programme de clémence et utilisation d'autres méthodes de détection est un exercice ardu, ces outils peuvent fonctionner en synergie, en particulier lorsqu'ils conduisent à une demande de clémence après l'ouverture d'une enquête. Parmi les stratégies de détection précieuses, figurent la coopération internationale entre autorités de la concurrence et la coopération avec d'autres organismes publics, notamment les organismes de passation des marchés et le ministère public. Cette coopération est particulièrement importante dans le contexte des affaires de soumission concertée.

En collaborant avec les organismes compétents en matière de commande publique, les autorités de la concurrence peuvent utiliser les informations recueillies dans le cadre de leurs enquêtes et acquérir ainsi une connaissance plus complète des pratiques d'entente éventuelles. Cette collaboration est de nature à accélérer sensiblement la détection des ententes.

Par ailleurs, la coopération internationale entre autorités de la concurrence est d'autant plus importante que beaucoup d'ententes ont une dimension internationale, si bien qu'une juridiction seule peut difficilement les détecter et enquêter à leur sujet. Cette coopération, qui peut être formelle ou informelle, permet l'échange d'informations et de bonnes pratiques et la coordination des efforts déployés pour faire respecter le droit de la concurrence. Elle est indispensable à l'amélioration de la détection des ententes parce qu'elle permet aux autorités de repérer des ententes internationales qui, en son absence, échapperaient à leur contrôle, d'ouvrir des enquêtes et d'engager des poursuites concernant ces ententes.

Quant à la collaboration avec d'autres organismes publics et avec les autorités chargées de la passation des marchés, elle permet d'accéder à une mine d'informations potentiellement précieuses pour la détection d'ententes. L'accès des autorités de la concurrence à ces informations permet d'obtenir une vision plus complète des pratiques d'entente potentielles. L'exploitation de ce savoir collectif conduit à réagir plus vite et plus efficacement aux pratiques anticoncurrentielles et aide à bâtir des dossiers juridiquement irréfutables.

En plus de faciliter la détection, la coopération rationalise le processus d'enquête. Elle évite les doublons et permet ainsi aux autorités de la concurrence de concentrer leurs ressources sur les affaires qui risquent le plus d'aboutir à des poursuites. Ces gains d'efficacité revêtent une importance toute particulière dans le cadre de la lutte contre les ententes transnationales, qui exige une collaboration entre plusieurs juridictions. En mettant en commun leurs ressources et leurs compétences, les autorités permettent non seulement que

les ententes soient détectées, mais aussi qu'elles donnent lieu à des poursuites sans délai et de manière efficace.