



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. générale
26 août 2010
Français
Original: anglais

**Sixième Conférence des Nations Unies
chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble
de principes et de règles équitables convenus
au niveau multilatéral pour le contrôle
des pratiques commerciales restrictives**

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble

**Recours aux programmes de clémence pour faire appliquer
le droit de la concurrence contre les ententes injustifiables
dans les pays en développement**

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

De nombreux observateurs considèrent que les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence. Les programmes de clémence sont actuellement le moyen le plus efficace de détecter des ententes et d'obtenir des éléments permettant d'en prouver l'existence et les effets, mais ils ne sont efficaces que si les parties à une entente qui ne chercheraient autrement pas à bénéficier de mesures de clémence estiment suffisamment probable la perspective d'être lourdement sanctionnées. Ces programmes reposent sur un ensemble de sanctions dont le but est d'inciter les membres d'une entente à se dénoncer à l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence. Les programmes de clémence de différents pays peuvent mutuellement renforcer ces incitations afin d'attirer les membres d'ententes internationales. Une poignée de pays en développement ont mis en place des programmes de clémence pour lutter contre les ententes. Si d'autres pays en développement devaient suivre leur exemple, il faudrait un engagement politique en ce sens pour en garantir l'efficacité.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Théorie sur l'efficacité des programmes de clémence	4
A. Entente dans une seule juridiction	6
B. Entente dans deux juridictions.....	9
C. Ententes multiples dans une seule juridiction.....	12
D. Mise en pratique de la théorie.....	12
II. Programmes de clémence dans les pays en développement.....	13
A. Expérience de cinq pays à revenu intermédiaire.....	13
B. Expérience des pays en développement dotés de programmes moins dynamiques.....	16
C. Discussion	17
III. Possibilités d'action	18
Références.....	20

Introduction

1. De nombreux observateurs considèrent que les ententes injustifiables¹ constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence. Les parties à une entente bénéficient de certains avantages aux dépens de leurs contreparties, qui sont, elles, trompées et dupées. D'autres incidences (opérations non réalisées, renonciation à des investissements et à des innovations, corruption éventuelle pour permettre aux membres de l'entente de poursuivre leurs activités dans de bonnes conditions) viennent alourdir la facture. Par conséquent, de nombreux pays cherchent à prévenir la formation d'ententes et à en favoriser la dissolution. L'arsenal de leurs politiques de lutte contre les ententes comprend les poursuites, les sanctions ou d'autres formes de procédure; les ententes sont cependant souvent secrètes, ce qui ne les rend pas toujours faciles à détecter. L'autorité chargée de la concurrence peut y parvenir à l'occasion d'autres enquêtes, grâce à des «tuyaux» ou encore, parfois, à des études de marché. Il n'en reste pas moins que les programmes de clémence, qui incitent les membres d'une entente à se dénoncer à l'autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence, sont aujourd'hui le moyen le plus efficace de détecter des ententes et d'obtenir des preuves de leur existence.

2. Un programme de clémence est un système connu du public d'«exonération partielle ou totale des sanctions autrement applicables au membre d'une entente qui signale sa participation à une entente à une autorité chargée de faire appliquer le droit de la concurrence». Pour en bénéficier, la partie à l'entente doit se dénoncer elle-même et remplir certaines autres conditions. Le plus souvent, elle doit confesser son appartenance à une entente, cesser les activités exercées dans le cadre de celle-ci et coopérer sans restriction en apportant des preuves déterminantes afin d'aider à poursuivre les autres membres. De son côté, l'autorité de la concurrence s'engage, de façon transparente et crédible, à appliquer un ensemble prévisible de sanctions ayant pour but d'inciter les parties à une entente à solliciter la clémence. Le fait que l'offre de bénéficier d'une clémence intégrale ou très étendue ne s'adresse qu'au premier demandeur est d'une importance capitale; l'éventuelle diminution de la sanction appliquée au deuxième et au troisième demandeur est en effet loin d'être aussi intéressante.

3. Pour être efficace, un programme de clémence doit au moins remplir les conditions suivantes:

- a) Être assorti d'une politique de lutte contre les ententes suffisamment active pour que les membres d'une entente estiment que le risque d'être démasqués et sanctionnés est grand s'ils *ne* demandent *pas* à bénéficier de mesures de clémence;
- b) Imposer des sanctions lourdes et plus ou moins prévisibles aux parties à une entente qui ne demandent pas le bénéfice de la clémence. La sanction imposée au premier demandeur doit être bien moins sévère que celle imposée aux suivants;
- c) Être assez transparent et prévisible pour permettre à ceux qui pourraient éventuellement solliciter la clémence de prévoir le traitement qui leur sera réservé;

¹ L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) définit une entente «injustifiable» comme suit: «un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité» (OCDE, 1998). Tout au long de la présente communication, le terme «entente» s'entend d'«entente injustifiable».

d) Protéger suffisamment les informations pour que le demandeur ne soit pas plus exposé à des poursuites autre part que ceux qui n'ont pas fait cette démarche, ceci afin d'attirer les parties à des ententes internationales.

4. Quelque 50 juridictions ont reconnu avoir un programme de clémence visant les ententes. Parmi les pays à revenu moyen ou faible, le Brésil, le Mexique, la Fédération de Russie et l'Afrique du Sud ont mis en œuvre des programmes de ce type. Le Chili les a rejoints il y a peu. Leurs programmes sont analogues à ceux des États-Unis et de l'Union européenne (UE), notamment, les juridictions qui reçoivent probablement le plus grand nombre de demandes de clémence, et fonctionnent en parallèle avec eux. En revanche, la plupart des pays à revenu moyen ou faible en sont dépourvus. Au cours des vingt dernières années, les demandes de clémence ont permis de mettre au jour environ 100 ententes internationales, sans compter un nombre indéterminé d'ententes nationales.

5. Le présent document examine les conditions et caractéristiques qui déterminent l'efficacité d'un programme de clémence. Il passe en revue les programmes des quelques pays à revenu moyen ou faible qui ont une expérience en la matière et traite brièvement des éventuelles caractéristiques des pays en développement susceptibles d'influer sur leur efficacité. Enfin, il propose des possibilités d'action pour les pays en développement.

I. Théorie sur l'efficacité des programmes de clémence

6. L'accès aux marchés, les chocs extérieurs et les changements survenus dans le secteur considéré sont les causes les plus courantes de la dissolution d'une entente. Après recension de la littérature spécialisée, il appert que les problèmes de négociation en sont plus fréquemment à l'origine que la tricherie. Les ententes les plus réussies prévoient des mécanismes chargés de faire face aux changements extérieurs, ce qui fait qu'il est alors moins besoin de renégocier. La tricherie, en revanche, peut empêcher des membres de certaines ententes de se fédérer.

7. L'application du droit de la concurrence figure également parmi les causes de la dissolution d'une entente. Toutefois, malgré la sévérité de plus en plus grande des sanctions prises ces dix dernières années, le fait que l'on continue de découvrir de nouvelles ententes indique que ces sanctions n'ont pas un effet dissuasif suffisant². Cela s'explique en partie par le fait que les ententes mises au jour ne sont pas sanctionnées dans toutes les juridictions où elles ont causé un préjudice et que les sanctions imposées ne prennent pas en compte le préjudice subi par les marchés étrangers³.

² Aux États-Unis, les amendes calculées selon les Principes directeurs pour les condamnations «sont probablement beaucoup trop faibles pour prévenir la formation de la plupart des ententes» (Connor et Lande, 2008: 2216). La détection des ententes est toujours d'actualité: en septembre 2009, la Division antitrust avait mené 144 enquêtes qui attendaient l'ouverture d'une instruction devant un grand jury (le chiffre le plus important depuis 1992) concernant très probablement d'éventuelles ententes (États-Unis, 2010).

³ «Les spécialistes des ententes internationales de l'époque moderne estiment généralement que les politiques actuelles en matière de concurrence ne peuvent guère empêcher la récurrence car elles ... visent à réparer le préjudice causé sur les marchés nationaux ... [ou] se contentent d'interdire les ententes sans [imposer de sanctions suffisamment sévères].» Dans le cas des ententes internationales mises au jour entre 1990 et 2005, le montant médian de la sanction pécuniaire totale correspondait à 3,5 % des ventes. Sur les 14 ententes mondiales figurant dans l'échantillon qui ont été sanctionnées à quatre reprises (au Canada, dans l'Union européenne (UE) et deux fois aux États-Unis), le montant moyen de la sanction pécuniaire totale correspondait à 16,3 % des ventes. Les ententes mondiales, bien qu'elles lèssent l'ensemble des marchés, sont rarement sanctionnées en dehors de l'Amérique du

8. Les programmes de clémence ont pour but d'inciter les membres d'une entente à se faire connaître, à faire des aveux et à aider les responsables de l'application du droit de la concurrence. Ils visent à porter un coup à la confiance et aux avantages mutuels sur lesquels repose une entente. Ils récompensent un ou quelques rares dénonciateurs en leur imposant des sanctions très atténuées par rapport à ce qu'elles devraient être, mais pas les autres membres de l'entente. En d'autres termes, les programmes de clémence rendent la dénonciation plus intéressante, surtout si l'on est le premier à dénoncer une entente, que la poursuite de ses activités au sein de celle-ci.

9. S'il peut sembler injuste ou discriminatoire d'appliquer des sanctions distinctes à un même comportement illicite, toute partie à une entente peut bénéficier de programmes de clémence (si elle est la première à en faire la demande ou, pour certains programmes, la deuxième ou la troisième) à des conditions identiques.

10. Les programmes de clémence visent les ententes secrètes. Comme celles-ci sont illégales et activement poursuivies dans de nombreuses juridictions importantes sur le plan économique, leurs membres souhaitent les garder secrètes: ils limitent, détruisent ou camouflent les preuves de leur existence, de leurs activités ou de leurs effets. Le membre d'une entente qui cherche à bénéficier de mesures de clémence en décrit le fonctionnement, apporte des preuves aux responsables de l'application de la loi et les leur explique, voire témoigne contre les autres membres.

11. Une politique de clémence efficace alourdit la sanction prévue en cas de constitution d'entente. Même si certaines parties à une entente se voient infliger une sanction atténuée, la hausse du nombre d'enquêtes qui s'ensuit signifie que davantage de parties sont sanctionnées, ce qui fait plus que compenser la diminution des amendes imposées à celles auxquelles on a accordé la clémence. La perspective de sanctions plus lourdes décourage les ententes.

12. La clémence se distingue du règlement. Elle intervient plus en amont, avant que l'organe chargé de la concurrence ne connaisse l'existence de l'entente ou, dans le cadre de certains programmes, avant qu'il n'ait suffisamment d'éléments de preuve pour aller plus loin (en engageant des poursuites, par exemple). Le règlement, quant à lui, est un accord passé entre les parties après que l'organe en question a achevé son enquête mais avant que l'organe juridictionnel n'ait rendu son verdict. Il vise à réduire les coûts et les délais engendrés par le prononcé de la décision de justice.

13. Les paragraphes qui suivent décrivent la manière dont les programmes de clémence modifient les raisons qui incitent les parties à une entente à agir, d'abord dans le cadre d'une seule juridiction puis de deux. Ce dernier cas de figure concerne les ententes internationales.

Nord et de l'Europe. Même si le niveau optimal des amendes qu'il faudrait imposer pour prévenir la formation d'ententes est sujet à discussion, il est manifeste que les niveaux actuels sont trop bas (Connor, 2006: 198).

Les poursuites engagées dans l'affaire de l'entente sur les câbles pétroliers sous-marins constituent un bon exemple de sanctions imposées qui ne prennent pas en compte le préjudice causé autre part. L'accord de plaidoyer trouvé aux États-Unis garantit expressément que les chefs d'accusation retenus aux États-Unis se limitent aux activités commerciales exercées dans ce pays et que les chefs d'accusation retenus au Royaume-Uni se limitent aux approvisionnements de celui-ci (Réseau international de la concurrence, 2009b: 4-8). Le Brésil a trouvé un accord distinct (OCDE, 2009: par. 17).

A. Entente dans une seule juridiction

14. Pour décider si elle doit se dénoncer auprès des autorités ou poursuivre ses activités au sein de l'entente, la partie concernée compare les coûts et les avantages de trois options possibles: continuer au sein de l'entente, la dissoudre discrètement ou chercher à bénéficier de mesures de clémence. La première et la dernière possibilités font l'objet des lignes qui suivent. Il est raisonnable d'opter pour la voie médiane (la dissolution discrète de l'entente) si le risque de sanction a augmenté mais que le programme de clémence n'est pas intéressant.

15. Les coûts et avantages sont fonction des marchés et des mesures prises par les autorités de la concurrence. Par les mesures et les programmes de clémence qu'elles mettent en place pour lutter contre les ententes, ces entités incitent les membres d'une entente à provoquer la dissolution de celle-ci ou à présenter des demandes de clémence.

16. Solliciter le bénéfice de la clémence, ce qui met fin à une entente, signifie sacrifier de futurs avantages et, si la clémence n'est pas accordée intégralement, subir d'éventuelles sanctions. Si une entente ne risque guère d'être sanctionnée ou si les sanctions imposées sont faibles, les pertes certaines occasionnées par la recherche de mesures de clémence l'emportent sur le faible risque d'être démasqué et sanctionné: la réaction des membres d'une entente sera alors de ne pas solliciter la clémence et d'ignorer la législation antitrust.

17. Même si les incitations sont assez attrayantes pour susciter des demandes de clémence, les ententes et leurs membres ne sont pas tous pareils: une entente extrêmement lucrative peut perdurer alors qu'une moins rentable cessera. Les entreprises qui ont davantage peur du risque peuvent rechercher la clémence si elles ne sont pas sûres d'avoir enfreint la loi ou si elles ne souhaitent pas courir le risque, même minime, d'être démasquées et sanctionnées.

18. Pour susciter des demandes de clémence, il faut que l'exonération totale ou partielle prévue par le programme de clémence, en cas d'autodénonciation, soit importante et prévisible. Si la sanction appliquée en cas de participation à une entente est trop faible, il n'y a guère d'avantage à demander à bénéficier de la clémence. Par «sanction», on n'entend pas, en l'occurrence, la peine maximale figurant dans le recueil des lois mais celle que l'on peut s'attendre à voir infliger. Cela tient compte, entre autres choses, des sanctions imposées dans des affaires précédentes, des politiques suivies en matière de règlement et des délais escomptés pour le paiement des amendes. Il faut que les sanctions, avec ou sans clémence, soient plus ou moins prévisibles pour permettre aux demandeurs potentiels de soupeser, sans entrer dans les détails, les avantages et les inconvénients d'une demande de clémence. Cette prévisibilité peut être accrue par la suppression du pouvoir discrétionnaire des autorités d'engager ou non une action: si un demandeur satisfait à certaines conditions bien définies, la clémence est automatiquement accordée. Cela aurait aussi pour effet de renforcer le sentiment d'équité et d'impartialité. L'existence de principes directeurs publics, associée à une formation telle que l'atelier sur les ententes organisé par le Réseau international de la concurrence pour harmoniser la politique arrêtée et sa mise en œuvre, contribue à cette prévisibilité.

19. Le premier demandeur à solliciter le bénéfice de la clémence doit recevoir un traitement beaucoup plus favorable que le deuxième. En effet, si celui-ci reçoit le même traitement que le premier, quel avantage y a-t-il à se hâter? Chaque partie à une entente n'a qu'à attendre jusqu'à ce qu'elle presume qu'une première demande a été faite. Les parties concernées peuvent ainsi éviter de se lancer dans une course à qui fera sa demande en premier. De nombreux programmes offrent une clémence totale (aucune sanction) au premier demandeur; d'autres programmes peuvent offrir une réduction limitée par exemple à la moitié ou aux deux tiers des sanctions qui seraient autrement infligées.

20. La notion de sanction englobe des répercussions de toutes sortes aux sanctions infligées par les institutions gouvernementales s'ajoutent les sanctions informelles exercées par l'environnement social. Plus les sanctions sociales encourues pour avoir «livré» des partenaires sont importantes par rapport à celles qui s'attachent au fait d'être considéré comme partie à une entente, plus les sanctions officielles doivent être adaptées pour garantir l'efficacité du programme de clémence. Les sanctions sociales peuvent être assez lourdes dans les pays en développement, où la confiance et les relations personnelles jouent généralement un grand rôle en affaires. Elles peuvent même recouvrir des manifestations de violence et d'ostracisme. Il convient également de se pencher sur les sanctions imposées dans le cadre des actions de suivi: voir à cet égard les paragraphes suivants.

21. Dans certaines juridictions, les particuliers sont passibles de poursuites pour constitution d'une entente. Les sanctions prévues peuvent prendre la forme d'amendes, de peines d'emprisonnement ou d'interdictions temporaires ou permanentes de remplir des fonctions de direction ou d'encadrement dans une entreprise. Les programmes de clémence, dans les juridictions où les particuliers encourrent des sanctions, accordent traditionnellement l'immunité de poursuites aux employés de l'entreprise qui coopèrent en même temps que la clémence à l'entreprise en question. Le fait de ne pas accorder d'incitations aux particuliers risque de compromettre un programme de clémence qui vise les entreprises. Si les particuliers ne se voient pas accorder l'immunité de poursuites tout comme l'entreprise pour laquelle ils travaillent, ils peuvent chercher à la dissuader de demander la clémence en partie par crainte pour leur propre sort. Certains programmes permettent aux particuliers de solliciter la clémence indépendamment de l'entreprise qui les emploie ou les employait.

22. L'offre de clémence modifie la manière dont est perçue la probabilité d'être démasqué. Les calculs que fait chaque membre de l'entente quant à l'opportunité de demander la clémence tiennent compte de ceux des autres membres. Si l'un d'eux est sur le point de faire des aveux, il peut penser que d'autres sont dans le même cas, peut-être parce qu'ils sont tous exposés aux mêmes phénomènes d'accès aux marchés, de chocs extérieurs et de changements survenus dans le secteur considéré. Une partie à une entente peut aussi arriver à la conclusion qu'une autre est tentée de passer aux aveux pour des raisons qui ne tiennent qu'à elle. Puisqu'une révélation tardive est assortie de sanctions, elle revoit sa conception du risque qu'il y a à continuer d'attendre et se précipite pour avouer son appartenance à une entente. Dans certains cas, seules quelques minutes séparent le dépôt de la première demande de clémence de celui de la deuxième.

23. En d'autres termes, une entente peut rester stable pendant longtemps. À un certain moment peut survenir un changement qui amène les parties à revoir leurs attentes. Elles peuvent alors se précipiter pour se dénoncer. Les facteurs à l'origine d'un tel changement peuvent être un choc sur les marchés, des changements dans les politiques de lutte contre les ententes mises en œuvre par l'autorité de la concurrence ou des modifications de l'actionnariat, les nouveaux propriétaires pouvant avoir découvert l'existence de l'entente en cours et demander à bénéficier de mesures de clémence afin d'atténuer leur responsabilité ou de prendre leurs distances par rapport à un comportement jugé pénalement répréhensible dans leur culture d'origine.

24. Les programmes de clémence diffèrent en ce qui concerne l'identité de ceux qui peuvent s'en prévaloir. Un grand nombre considère qu'un demandeur est admissible, que l'organe de la concurrence ignore l'existence de l'entente, ou qu'il la connaisse mais n'ait pas suffisamment de preuves pour engager des poursuites. Beaucoup excluent tout le monde sauf le premier demandeur, ou les deux ou trois premiers. Cela n'est pas aussi strict qu'il le paraît à première vue, car ceux qui les rejoignent plus tard peuvent obtenir une diminution de leur sanction dans le cadre d'une procédure de règlement. Certains programmes excluent les demandeurs qui ont contraint d'autres membres à faire partie de

l'entente ou qui étaient les instigateurs de cette dernière. De nombreux programmes permettent aux demandeurs potentiels, avant de faire une demande, de se renseigner, souvent de manière anonyme, pour savoir s'ils peuvent bénéficier du programme.

25. De nombreux programmes exigent «des révélations complètes et franches ainsi qu'une coopération constante de la part du demandeur et, le cas échéant, des membres de sa direction, de son encadrement et de ses employés». Il arrive souvent aussi qu'ils exigent de lui qu'il cesse ses activités au sein de l'entente, même si certaines autorités de la concurrence peuvent lui enjoindre de continuer afin d'aider à poursuivre les autres parties à l'entente.

26. Bon nombre de programmes de clémence ont un système de «marqueur» qui détermine la place du demandeur sur la liste, mais les exigences en matière de renseignements et de coopération doivent être satisfaites dans un certain délai.

27. La clémence est accordée de manière conditionnelle. Elle peut être retirée si un demandeur ne respecte pas ses obligations concernant, par exemple, la constance de sa coopération. Même si l'incertitude entourant les conditions qui président à son retrait enlève de sa prévisibilité au programme, le fait de ne pas la retirer aux demandeurs qui ne respectent pas leurs obligations risque de saper l'efficacité du programme.

Autres points

28. Les responsables de l'application du droit de la concurrence peuvent rendre un programme de clémence plus efficace en ciblant davantage les ressources affectées à la détection des ententes: ainsi, quelques mois après avoir annoncé qu'elle visait plus particulièrement les secteurs des infrastructures et de la construction, par exemple, la Commission de la concurrence sud-africaine a reçu des demandes de clémence émanant respectivement du secteur des produits en béton précontraint et de celui des tuyaux en PVC et en polyéthylène haute densité⁴. Cette façon de procéder risque toutefois de voir les ententes se multiplier en dehors du secteur visé. Il est aussi possible d'allouer des ressources en partant du principe que la constitution d'ententes est un comportement appris.

29. En effectuant des «études de profilage des ententes», les autorités s'intéressent aux autres marchés sur lesquels opèrent également des parties à une entente qui ont été démasquées. Des entreprises ou un particulier participant à une entente peuvent constituer d'autres ententes grâce aux emplois précédemment occupés et aux relations de travail nouées.

30. L'atténuation des sanctions proposée dans le cadre d'un règlement peut compromettre l'efficacité du programme de clémence. En effet, la perspective de bénéficier par ce biais de réductions très importantes fait perdre de son intérêt à l'offre de clémence; c'est ainsi que la Commission européenne, par exemple, a tenté de contrer cet effet contre-productif en limitant ces réductions à 10 % comparé aux réductions offertes par certains programmes de clémence, qui peuvent aller jusqu'à 100 %.

31. Dans certaines juridictions, les affaires d'entente font l'objet de poursuites engagées non pas par l'autorité de la concurrence, mais par une autre institution telle que le ministère public, par exemple. Si l'on peut comprendre que les demandeurs potentiels de clémence aient du mal à croire que les promesses faites par une institution en lient une autre, il n'en demeure pas moins, que certaines autorités de la concurrence, comme celles du Brésil et de

⁴ Cette dernière demande peut aussi avoir été motivée par une affaire sans rapport avec elle: une enquête sur une fusion et l'interdiction de celle-ci.

l'Australie, ont convaincu leur parquet respectif d'appliquer le programme de clémence pour lutter contre les ententes.

32. Le choix d'appliquer le droit administratif, civil ou pénal (ou aucun droit) aux ententes a des répercussions sur le comportement des entreprises. Les amendes infligées dans le cadre du droit administratif ou civil peuvent être considérées comme un coût de l'activité économique parmi d'autres. Le droit pénal peut non seulement imposer des amendes substantielles aux entreprises et des sanctions aux particuliers, mais aussi véhiculer le jugement que porte la société sur un comportement délictueux. Il donne ainsi plus de poids aux programmes de clémence puisque les sanctions peuvent être plus lourdes et s'appliquer à des particuliers. Néanmoins, les poursuites pénales entraînent des coûts et des contraintes; le niveau de preuve plus élevé qu'elles exigent demande davantage de ressources. Si un organe différent poursuit les infractions, il convient de mettre au point les modalités de la coordination et de fixer des priorités. Parmi les juridictions qui poursuivent les ententes au pénal figurent l'Australie, le Brésil, le Canada, le Royaume-Uni et, depuis quelques dizaines d'années, les États-Unis.

33. Un système de lutte contre la corruption bien rôdé doit venir compléter un programme de clémence. Un fonctionnaire peut, par exemple, subordonner l'octroi de mesures de clémence à l'obtention d'un pot-de-vin⁵. Dans un cas où un fonctionnaire chargé d'appliquer la législation sur la concurrence avait tenté d'extorquer un pot-de-vin à un demandeur potentiel de clémence, celui-ci a signalé la tentative d'extorsion à la police et le fonctionnaire indélicat a été condamné.

34. Les questions qui viennent d'être évoquées se posent que l'entente opère au niveau national ou international. La partie qui suit traite de celles qui se posent dans le cas d'ententes présentes dans deux juridictions ou plus.

B. Entente dans deux juridictions

35. Dans le cas d'une entente susceptible d'être sanctionnée dans deux juridictions ou plus, d'autres éléments sont à prendre en considération, que ce soit par les membres de cette entente ou par les responsables de l'application du droit de la concurrence. Les programmes de clémence peuvent avoir des effets l'un sur l'autre, que ceux-ci soient positifs ou négatifs. Les actions de suivi peuvent également réduire l'efficacité de ces programmes, mais les responsables de l'application des lois peuvent en atténuer les effets négatifs. Les petits pays doivent tenir compte de considérations qui leur sont propres. Ces questions sont traitées dans les paragraphes qui suivent.

1. Retombées

36. Les programmes de clémence peuvent se renforcer mutuellement. Une demande faite simultanément auprès de multiples juridictions, assortie d'une décharge leur permettant d'échanger des renseignements confidentiels, permet de mener des enquêtes coordonnées sur les autres parties à l'entente. Même si les autorités de la concurrence sont incitées à encourager les demandeurs de clémence à faire en même temps une demande

⁵ Clarke et Evenett (2003) expriment la crainte de voir les lois antitrust et les mesures prises pour les appliquer favoriser la corruption de fonctionnaires et le harcèlement du secteur privé (note de bas de page 39).

auprès d'autres juridictions⁶, de nombreuses autorités se contentent de leur demander s'ils ont déposé une demande autre part ou s'ils ont l'intention de le faire.

37. En revanche, un programme de clémence peut être compromis si une autre juridiction impose de lourdes sanctions sans offrir de mesures de clémence avantageuses, que la seconde juridiction soit totalement dépourvue d'un tel programme ou que celui-ci ne soit pas intéressant. La menace de la sanction infligée par la seconde juridiction décourage ceux qui présentent une demande auprès de la première. Supposons par exemple que la juridiction A soit dotée d'un programme de clémence bien conçu, mais que la juridiction B n'en ait pas ou en ait un qui n'est pas motivant. Si le fait de solliciter la clémence auprès de A accroît le risque de sanction dans B, cette démarche perd de son intérêt. (Ces retombées négatives sont nulles si la sanction infligée dans la seconde juridiction est minime ou hautement improbable.) L'effet est réel: «Le temps nous [Division antitrust, Département de la justice des États-Unis] a appris qu'il arrive parfois que les membres d'ententes internationales ne demandent pas à bénéficier d'une amnistie dans une juridiction parce qu'ils couraient plus de risques dans une autre juridiction ne disposant pas d'une politique d'amnistie transparente et prévisible.».

38. Les actions de suivi engagées au civil par des particuliers au titre de la législation antitrust pour obtenir des dommages-intérêts peuvent, de même, réduire l'efficacité des programmes de clémence dans le monde entier. De telles actions font souvent suite à la condamnation au pénal de parties à une entente aux États-Unis et peuvent énormément alourdir les conséquences financières d'une condamnation. L'enjeu de l'arrêt rendu en 2004 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hoffmann-LaRoche c. Empagran* était l'identité de l'organe compétent, parmi les juridictions du pays, pour entamer des actions en dommages-intérêts au civil au titre de la législation antitrust. Plusieurs gouvernements, dont celui des États-Unis, ont argumenté, dans leurs exposés écrits en qualité d'*amicus curiae*, en faveur d'une limitation de compétence car ils craignaient que leurs programmes de clémence ne perdent en efficacité si les parties à une entente qui en bénéficient peuvent être poursuivies en dommages-intérêts aux États-Unis. Même si la Cour n'a pas tranché, elle a limité sa compétence en invoquant le principe de la courtoisie internationale.

39. Les responsables de l'application du droit de la concurrence tentent d'atténuer ces retombées négatives en limitant les renseignements dont on peut disposer pour entamer des actions de suivi, par exemple. Ainsi, certains gardent à jamais confidentielle l'identité des entreprises auxquelles des mesures de clémence ont été accordées. Nombre d'entre eux acceptent des déclarations d'entreprises sans aucune trace écrite tout en préservant leur caractère confidentiel⁷. Plus généralement, les principes de la courtoisie internationale autorisent à penser que les tribunaux n'enjoindront pas aux parties de produire des documents si ceux-ci doivent nuire à l'application de la loi dans une autre juridiction. Afin de limiter les répercussions des actions engagées au civil par des particuliers au titre de la législation antitrust aux États-Unis, la loi de 2004 sur l'amélioration et la réforme des sanctions pénales en matière de lutte antitrust a notamment ramené la responsabilité du bénéficiaire des mesures de clémence du triple des dommages-intérêts à leur montant réel.

40. Des exigences incompatibles découragent les parties à une entente de solliciter la clémence auprès de plusieurs juridictions, l'une pouvant par exemple exiger que le

⁶ «Huit ou plus» est le plus grand nombre de juridictions auprès desquelles une demande de clémence a été déposée en même temps, début 2008 (Hammond, 2008).

⁷ Dans des observations faites à la Nouvelle-Zélande, l'Association internationale du barreau (IBA) a averti celle-ci que des pièces écrites peuvent nuire à un particulier demandant à bénéficier de mesures de clémence dans le cadre de «procédures engagées dans d'autres juridictions et d'actions en dommages-intérêts» (IBA, 2009: point 2.15 a)).

demandeur poursuive ses activités au sein de l'entente afin de rassembler des preuves ou de garantir le bon déroulement de l'enquête, tandis que l'autre lui demande d'y mettre fin sans délai. Des conditions désavantageuses pour les demandeurs dans une seconde juridiction découragent aussi les demandes.

41. En résumé, les actions menées dans d'autres juridictions peuvent soit renforcer, soit affaiblir un programme de clémence. Les différents programmes peuvent renforcer mutuellement leur efficacité en incitant les parties concernées à demander le bénéfice de la clémence auprès de plusieurs juridictions. Si des demandes simultanées, assorties de décharges permettant d'échanger des renseignements confidentiels, peuvent faciliter le déroulement d'enquêtes coordonnées et plus efficaces, une juridiction qui impose de lourdes sanctions sans offrir de mesures de clémence intéressantes sape les programmes des autres juridictions. Les actions en dommages-intérêts engagées au civil par des particuliers au titre de la législation antitrust réduisent également les incitations à rechercher la clémence. Les responsables de l'application des lois peuvent atténuer les retombées négatives en réduisant le volume des informations dont on peut disposer pour engager des actions de suivi et en modifiant les conditions incompatibles ou désavantageuses imposées aux demandeurs de clémence. La partie qui suit examine la situation d'une juridiction susceptible d'imposer tout au plus une faible amende aux parties à une entente.

2. Les petits pays

42. Les caractéristiques des petits pays modifient l'importance relative de certains des points évoqués ci-dessus. Le nombre d'entreprises ou d'entrepreneurs peut y être faible, les sanctions maximales peuvent y être légères et il peut être facile pour les parties à une entente internationale d'éviter ces pays. Ces caractéristiques peuvent influencer sur la conception d'un programme de clémence, voire sur les avantages qu'il offre.

43. Une population limitée d'entreprises et d'entrepreneurs peut accroître l'importance relative des sanctions informelles, rendant du même coup moins intéressante la réduction des sanctions officielles octroyée dans le cadre d'un programme de clémence. L'importance pratique de ce point est toutefois sujet à débat. Les fonctionnaires jamaïcains estiment ainsi qu'il est plus difficile de détecter des ententes et d'enquêter sur celles-ci dans un petit pays parce que les liens entre tous sont étroits, que les informateurs risquaient fort d'engendrer une exclusion sociale, voire des agressions physiques, et que des mesures non officielles peuvent compromettre les enquêtes menées par l'autorité chargée de la concurrence. Par contre, Singapour, avec une population inférieure de plus de moitié bien qu'ayant un PIB 10 fois plus élevé (à parité de pouvoir d'achat), a reçu sa première demande de clémence en 2010 après avoir rendu sa première décision dans le cadre d'une violation de la loi sur les ententes en 2008 et s'être dotée d'un programme de clémence en 2009. Bien qu'il soit encore trop tôt pour se prononcer, une population peu nombreuse n'empêche pas forcément un tel programme de réussir à mettre au jour des ententes au niveau national.

44. Les parties à une entente internationale verront probablement peu d'intérêt à solliciter la clémence dans une petite juridiction. Premièrement, qui dit marchés restreints dit sanctions légères, même si les surtaxes imposées en cas d'ententes peuvent être supérieures. Dans le bref laps de temps pendant lequel une partie à une entente demande à bénéficier de mesures de clémence, celle-ci accorde un moins haut degré de priorité aux juridictions où les risques encourus sont faibles ou les procédures lentes: il vaut mieux risquer une légère sanction que compromettre la possibilité de bénéficier de la clémence là où l'on risque d'être lourdement sanctionné. Deuxièmement, la faiblesse des gains éventuels pourrait influencer sur d'autres décisions de l'entreprise: la responsabilité devient plus théorique si l'on peut éviter de se rendre dans une juridiction, d'y être extradé ou d'y détenir des actifs.

45. Ainsi, un petit pays risque de rencontrer des obstacles plus importants à la mise au point d'un programme de clémence efficace, même si c'est peut-être moins le cas pour les ententes nationales. De nombreux pays en développement peuvent probablement être considérés comme des «petits pays» sur le plan économique.

C. Ententes multiples dans une seule juridiction

46. Les programmes de clémence misent de plus en plus sur les incitations. Ils reposent sur le principe que les sociétés sont généralement présentes sur de nombreux marchés et que les comportements d'entente appris sur un marché peuvent se répéter sur un autre. Certaines dispositions incitent par conséquent les membres d'une entente à dénoncer l'existence des autres ententes auxquelles ils sont parties.

a) Le programme «Amnesty Plus» invite une entreprise faisant l'objet d'une enquête sur une entente à présenter une demande de clémence pour avoir participé à une autre entente, et ce afin d'obtenir une réduction de la sanction qui lui sera infligée non seulement pour cette dernière, mais aussi pour la première entente déjà visée par une enquête;

b) Le programme «Penalty Plus» permet d'imposer une sanction plus lourde à une entreprise qui aurait pu bénéficier du programme «Amnesty Plus», mais a décidé de ne pas le faire, et qui est par la suite condamnée pour avoir participé à une autre entente;

c) La «question omnibus» est posée aux personnes qui témoignent sous serment dans le cadre d'une enquête sur une entente. Celles-ci sont en effet priées de dire si elles connaissent l'existence d'une entente sur un autre marché que celui considéré. Comme elles peuvent être sanctionnées pour faux témoignage, elles sont davantage prêtes à dénoncer d'autres ententes.

47. Cette politique de la carotte ou du bâton semble bien fonctionner. Ainsi, en 2004, plus de la moitié des enquêtes menées aux États-Unis sur des ententes encore en vigueur ont été ouvertes grâce aux informations divulguées dans le cadre d'enquêtes entreprises sur d'autres marchés. Les ententes sur les vitamines (12 marchés distincts) ont par exemple été découvertes l'une après l'autre lors d'une série d'enquêtes qui se sont enchaînées. Une autre série d'enquêtes, partant d'une entente sur la lysine, a permis de détecter des ententes sur l'acide citrique, le gluconate de sodium, l'érythorbate de sodium et le maltol. D'autres juridictions ont été encouragées à adopter des dispositions similaires.

D. Mise en pratique de la théorie

48. Les mesures de clémence offertes aux parties à des ententes ont permis de faire progresser la plupart des enquêtes menées aux États-Unis et par la Commission européenne. Connor s'est penché sur les programmes de clémence appliqués en cas de participation à une entente en se fondant sur les informations du domaine public, bien évidemment incomplètes. Selon lui, 87 ententes – et ce chiffre ne cesse d'augmenter – visant au moins deux continents, ont été mises au jour entre 1990 et 2008 à la suite de demandes de clémence. Il estime que 133 amnisties (clémence totale) ont été accordées dans le monde entier, soit 43 par la Commission européenne, 42 par les États-Unis, 20 par le Canada, 15 par neuf autorités nationales de la concurrence de l'Union européenne et 13 par la République de Corée, l'Afrique du Sud, le Brésil et l'Australie.

49. La formation de nouvelles ententes semble avoir été freinée. Une étude a en effet révélé que le nombre de celles-ci avait atteint son maximum au début des années 90 aux niveaux mondial, européen et nord-américain. En Amérique du Nord, la baisse du nombre

de nouvelles ententes observée depuis lors serait attribuable à divers facteurs survenus aux États-Unis, dont l'imposition de sanctions plus lourdes (la fixation des prix étant devenue un crime en 1987 et l'amende réglementaire infligée aux entreprises étant passée de 1 million de dollars avant 1990 à 100 millions de dollars après 2004), la priorité accrue accordée aux poursuites contre les ententes internationales après 1992, les améliorations apportées aux programmes de clémence et la capacité démontrée d'engager des poursuites qui donnent lieu à des condamnations (par exemple les affaires de la lysine et de l'acide citrique en 1995 et 1996). En Europe, ce déclin s'inscrit dans la suite logique de la priorité dorénavant accordée aux enquêtes sur les ententes. Les causes des changements observés au niveau mondial n'ont par contre pu être identifiées.

II. Programmes de clémence dans les pays en développement⁸

50. Une poignée de pays en développement combattent activement les ententes, notamment en appliquant des programmes de clémence, mais il s'avère que ce n'est pas le cas de la vaste majorité d'entre eux. Le présent chapitre traite des différences systématiques qui pourraient exister entre pays développés et pays en développement et qui influeraient sur l'efficacité d'un programme de clémence si une juridiction menait une lutte active contre les ententes. Il présente tout d'abord l'expérience de cinq pays à revenu intermédiaire qui ont mis en œuvre de réels programmes de clémence pour lutter contre les ententes et décrit plus brièvement quelques programmes dont certains éléments ont déjà été mis en place.

A. Expérience de cinq pays à revenu intermédiaire

51. Cinq pays à revenu intermédiaire – l'Afrique du Sud, le Brésil, le Chili, le Mexique et la Fédération de Russie – ont mis en place des programmes de clémence dynamiques. Ces programmes ne diffèrent guère de ceux mis en œuvre par les pays développés traditionnels. Leur expérience, décrite ci-après, pourrait en partie expliquer la raison pour laquelle un plus grand nombre de pays en développement n'appliquent pas de tels programmes et indiquer si leur mise en place s'avérerait utile.

1. Afrique du Sud

52. La Commission de la concurrence a établi un programme de clémence en 2004, puis l'a révisé en 2008. La loi sur la concurrence prévoit qu'une entreprise membre d'une entente peut se voir infliger une amende pouvant atteindre 10 % de son chiffre d'affaires annuel. La loi sur la concurrence telle que modifiée en 2009 aura pour résultat, au moment de son entrée en vigueur, de criminaliser les ententes et de rendre les particuliers passibles de poursuites. D'aucuns se sont demandés si les modifications apportées accroîtraient l'efficacité du processus. La politique de clémence prévoit d'accorder une clémence totale (immunité) uniquement au premier demandeur admissible; ceux qui présentent une demande de clémence par la suite peuvent bénéficier d'une réduction de leur sanction dans le cadre d'un accord en matière de règlement. Cette politique a été revue entre autres choses pour permettre aux demandeurs de connaître à l'avance les critères d'admissibilité. Depuis l'entrée en vigueur d'autres modifications, les parties concernées peuvent présenter une demande orale ou «sans aucune trace écrite» et un système de marqueur a été adopté. Cinquante-quatre demandes de clémence avaient été reçues fin septembre 2009, dont plus

⁸ Dans le présent document, l'expression «pays en développement» s'entend des pays à revenu faible ou intermédiaire tels que définis par la Banque mondiale.

des deux tiers dans les douze mois ayant précédé le 30 juin 2009. Beaucoup d'entre elles concernaient les secteurs de la construction, de l'énergie et des transports.

53. La principale priorité, durant les premières années qui ont suivi l'établissement des institutions modernes en 1999, n'était pas d'engager des poursuites en cas de formation d'entente. Les ressources disponibles servaient plutôt à examiner les fusions, à sensibiliser le public aux nouvelles règles sur la concurrence ainsi qu'à établir et vérifier les pratiques et les procédures pertinentes. En 2003, le Commissaire a annoncé que davantage d'efforts et de ressources seraient consacrés aux ententes. D'importantes amendes ont été infligées, dans le cadre de règlements, à des entreprises ayant participé à une entente, notamment 20 millions de rand (International Health Distributors) et 223 000 rand (Pretoria Association of Attorneys), en 2003 et 2004. Ces règlements, qui ont eu un grand retentissement, annonçaient alors clairement que les ententes entraîneraient dorénavant de lourdes sanctions. Le programme de clémence, offrant une porte de sortie aux parties à des ententes, a été adopté en février 2004. La première demande a été reçue la même année.

2. Brésil

54. Au Brésil, les ententes sont assujetties à la fois au droit administratif et au droit pénal. En cas de participation à une entente, les amendes administratives imposées aux entreprises varient entre 1 et 30 % de leur chiffre d'affaires total, et les amendes infligées aux particuliers varient entre 10 et 50 % de l'amende imposée à leur entreprise respective. Parmi les autres sanctions, on retrouve l'exclusion des marchés publics ou l'impossibilité d'obtenir des crédits auprès de la banque officielle pendant cinq ans. Les sanctions pénales incluent quant à elles des amendes pénales et des peines d'emprisonnement de deux à cinq ans.

55. Les mesures de clémence à l'égard des ententes ont vu le jour en 2000 suite aux modifications apportées à la loi. Le premier accord de clémence a été conclu en 2003. Au milieu de l'année 2009, une quinzaine d'accords de ce type avaient été signés et au moins 29 dirigeants avaient été reconnus coupables par un tribunal pénal d'avoir participé à une entente. Le nombre de mandats de perquisition exécutés pour obtenir des éléments prouvant l'existence d'une entente, indice d'une lutte active contre les ententes, est en constante augmentation: il est passé de 30 entre 2003 et 2006, à 84 en 2007 et à 93 en 2008.

56. Le programme de clémence permet à un demandeur de bénéficier d'une réduction de un à deux tiers de la sanction pécuniaire qui lui serait autrement infligée, en fonction de la coopération et de la bonne foi qu'il démontre. Si l'autorité ne connaît pas l'existence de l'entente lorsqu'elle reçoit la demande, elle peut même accorder une immunité totale. Les particuliers peuvent également être exonérés de poursuites aux niveaux administratif et pénal. Le demandeur doit être le premier à approcher les autorités, ne pas avoir été l'instigateur de l'entente, confesser son appartenance à celle-ci, cesser d'exercer des activités au sein de l'entente et coopérer à l'enquête de manière efficace. Il doit présenter une demande au Secrétariat du droit économique du Ministère de la justice (SDE) et fournir suffisamment d'informations pour assurer la condamnation du contrevenant. Pour bénéficier de la demande de clémence présentée par l'entreprise dont il fait partie, un particulier doit signer l'accord de coopération au même titre que celle-ci. Les particuliers peuvent présenter une demande de clémence à titre individuel si leur entreprise n'en présente aucune. Un système de marqueur permet de réserver la place du demandeur sur la liste pendant trente jours. Le programme prévoit également une procédure «Leniency Plus».

57. La loi sur la concurrence actuelle a été adoptée en 1994. En 2000, l'OCDE a recommandé de réaffecter entre autres à la lutte contre les ententes les ressources auparavant consacrées au contrôle de fusions anodines. Le SDE a été habilité à effectuer des perquisitions surprise et à accorder des mesures de clémence en 2000, mais les policiers fédéraux n'ont été autorisés à participer aux enquêtes sur les ententes inter-États et

internationales qu'en 2002. En 2003, le SDE a procédé à une réorganisation interne pour mettre l'accent sur les ententes et a conclu des accords avec les forces de police fédérales et le ministère public pour mener conjointement des enquêtes aux niveaux pénal et civil. La même année, le Conseil administratif de la défense économique (CADE) a commencé à infliger d'importantes amendes, et le SDE a procédé à deux perquisitions surprise. La première demande de clémence a été présentée en octobre 2003. Les amendes imposées dépassaient 40 millions de R\$, les demandeurs ayant sollicité la clémence n'ayant en rien contribué à cette somme. Quinze accords de clémence avaient été conclus à la fin de cette année. Les amendes ont augmenté au fil des ans, passant de 1 % du chiffre d'affaires total dans la première décision du CADE, en 1999, à 22,5 % dans une décision rendue en 2008.

3. Chili

58. Les ententes sont devenues la principale priorité de la FNE (Fiscalía Nacional Económica), l'autorité de la concurrence. L'amende la plus élevée imposée depuis 2009 en cas de participation à une entente est d'environ 8 millions de dollars, bien que le montant maximal pouvant être infligé aux entreprises et aux particuliers soit d'environ 22,5 millions de dollars.

59. La clémence (partielle ou totale) a été rendue possible grâce aux modifications à la loi sur la concurrence qui sont entrées en vigueur en 2009. Pour bénéficier de mesures de clémence, le demandeur doit être le premier à solliciter la clémence; ne pas être l'instigateur de l'entente; fournir des informations «précises, exactes et vérifiables» qui contribuent réellement à soutenir la requête auprès du Tribunal; cesser d'exercer des activités au sein de cette entente; et garder sa demande secrète jusqu'à ce que la FNE porte des accusations ou classe le dossier. La FNE ne peut demander au Tribunal de la concurrence une réduction supérieure à 50 % de l'amende maximale réclamée pour des parties à l'entente ne bénéficiant pas de mesures de clémence. Les modifications législatives ont également élargi les moyens d'enquête de façon à inclure les perquisitions surprise et l'écoute téléphonique, sous réserve d'obtenir un mandat de l'autorité judiciaire compétente.

60. Un projet de loi, présenté au Parlement en 2009, permettrait d'engager des poursuites pénales contre des particuliers participant à une entente et d'imposer des peines d'emprisonnement maximales de cinq ans. Il étendrait également la protection du programme de clémence aux sanctions pénales.

4. Mexique

61. Les ententes formées au Mexique sont visées par les dispositions administratives appliquées par la Commission fédérale de la concurrence et par le droit pénal. Les entreprises, tout comme les particuliers, sont passibles de poursuites. Les dispositions pénales ne sont toutefois pas appliquées dans la pratique.

62. Le Mexique a mis en place un programme de clémence en 2006 en modifiant la loi sur la concurrence et ses règlements d'application. Le premier demandeur peut être intégralement exonéré de sanctions administratives; les demandeurs suivants peuvent bénéficier de réductions variant entre 20 et 50 % des amendes qui leur seraient autrement infligées. Les demandes de clémence doivent être présentées avant la fin de l'enquête portant sur l'entente visée. Le demandeur doit fournir suffisamment d'éléments prouvant l'existence de l'entente, coopérer sans restriction et de façon continue avec l'autorité de la concurrence et satisfaire à toutes les requêtes de celle-ci. L'autorité de la concurrence fera de son mieux pour préserver l'anonymat du demandeur pendant tout le processus, y compris une fois l'enquête terminée.

63. Le programme de clémence a pâti de l'absence de procédures formelles concernant la prise de décisions et le calcul des réductions lorsqu'il a été mis en place, mais ces lacunes ont depuis été comblées. De nouvelles lignes directrices traiteront d'une éventuelle procédure «Leniency plus», de la responsabilité des particuliers, de la coopération internationale et des demandes présentées verbalement. Cinq demandes de clémence ont été reçues en 2008 et deux autres durant le premier semestre de 2009.

5. Fédération de Russie

64. Les ententes formées dans ce pays sont passibles de sanctions administratives. Aucune disposition pénale n'est appliquée à cet égard. En 2007, un programme de clémence a été mis en place grâce à des modifications législatives, ce qui a permis à huit entreprises de se dénoncer elles-mêmes. L'autorité de la concurrence a intensifié ses activités en 2008, ouvrant 355 enquêtes sur l'existence d'accords restrictifs ou de pratiques concertées – une catégorie plus vaste que les simples «ententes» –, soit une augmentation de 54 % par rapport à 2007. Les amendes infligées dans les cas d'ententes ont atteint 1,5 milliard de roubles en 2008, soit 359 fois plus que l'année précédente. Le programme permettait toutefois alors la présentation de demandes de clémence simultanées. Trente-sept compagnies d'assurance avaient ainsi demandé la clémence en même temps dans l'affaire Rosbank. Leurs demandes avaient été acceptées et aucune amende n'avait été imposée. Les modifications apportées en 2009, entre autres au Code des infractions administratives, limitaient la réduction des sanctions au premier demandeur et n'autorisaient plus les demandes simultanées.

B. Expérience des pays en développement dotés de programmes moins dynamiques

65. En **Inde**, la loi sur la concurrence autorise la Commission de la concurrence à imposer une sanction moins sévère au membre d'une entente qui fournit des informations complètes, exactes et essentielles concernant cette entente. En vertu du Règlement n° 4 de 2009, le premier demandeur peut être totalement exonéré d'une sanction si la Commission ou le Directeur général ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour prouver l'existence de la violation lorsqu'il divulgue ces éléments. Les deuxième et troisième demandeurs peuvent obtenir une réduction de 50 et 30 %, respectivement. Un système de marqueur a été mis en place, et la demande doit alors être complétée dans un délai de quinze jours. Les mesures de clémence peuvent être retirées si le demandeur ne coopère pas sans restriction. L'identité du demandeur et les renseignements qu'il divulgue demeurent confidentiels.

66. En **Tunisie**, l'article 19 de la loi sur la concurrence prévoit une clémence totale pour le membre d'une entente qui est le premier à solliciter la clémence si l'organe d'application de la loi ne connaissait pas déjà l'existence de ladite entente.

67. En **Égypte**, l'article 26 de la loi sur la concurrence accorde une réduction de la sanction aux parties à une entente qui contribuent «à divulguer et à établir les éléments du crime au moment de l'instruction, des perquisitions, de l'inspection, de l'enquête ou du procès». L'amende maximale est d'environ 40 millions d'euros.

68. Au **El Salvador**, les modifications apportées en 2007 à la loi sur la concurrence ont renforcé les pouvoirs d'enquête conférés à l'autorité de la concurrence – en permettant les perquisitions surprise effectuées dans le cadre d'un mandat de perquisition – et augmenté le montant des amendes. Certaines ententes ont fait l'objet de poursuites. El Salvador met actuellement au point un programme de clémence.

69. Au **Pakistan**, l'article 39 de la loi de 2009 sur la concurrence permet à la Commission de la concurrence d'imposer une sanction moins sévère aux entreprises ayant

dénoncé une entente «de manière complète et exacte», selon qu'elle estime nécessaire. La Commission peut également procéder à des perquisitions et à des saisies.

70. La grande majorité des pays en développement ne sont pas dotés d'un programme de clémence qui inciterait les membres d'une entente à se dénoncer eux-mêmes. La **Zambie** constitue un bon exemple à cet égard. La loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales interdit expressément les ententes, et les particuliers et entreprises participant à une entente sont passibles de poursuites. L'amende maximale est d'environ 2 000 dollars et la peine d'emprisonnement maximale est de cinq ans, mais le représentant du ministère public peut décider de ne pas poursuivre une personne qui coopère sans restriction en fournissant des éléments de preuve essentiels à la poursuite. La lutte contre les ententes s'avère difficile, notamment pour les raisons suivantes: ces éléments se trouvent souvent à l'étranger, l'autorité de la concurrence dispose de ressources financières et humaines limitées, le Gouvernement est souvent impliqué (la loi sur la concurrence ne s'applique pas aux opérations auxquelles le Gouvernement est partie) et d'autres institutions publiques sont peu disposées à participer à cette lutte. «Le fait que certaines institutions clefs ne participent pas à la lutte contre les ententes, ou ne sont peut-être pas obligées d'y participer, ... nuit à l'efficacité de celle-ci. Compte tenu de ce qui précède, il semble qu'un programme de clémence expressément axé sur la concurrence ne soit pas nécessairement une panacée pour mener des enquêtes sur les ententes et engager des poursuites à cet égard en Zambie, voire dans d'autres pays partageant le même niveau de développement.».

C. Discussion

71. Un programme de clémence ne peut être efficace si les ententes ne sont pas réellement et lourdement sanctionnées. Sans cette condition préalable, il va de soi qu'un tel programme n'a aucune raison d'être. L'identification des obstacles nuisant de près ou de loin à la lutte contre les ententes déborde le cadre du présent document⁹.

72. Un petit nombre de pays à revenu intermédiaire se sont dotés il y a quelques années de programmes de clémence intéressants pour lutter contre les ententes. Qu'est-ce qui différencie ces pays des autres? Tout d'abord, aucun d'entre eux n'est un pays à faible revenu. Au moins deux – le Brésil et l'Afrique du Sud – ont décidé après quelques années de réaffecter à la répression des ententes les ressources jusqu'alors consacrées au contrôle des fusions. Ces juridictions sont donc passées d'un contrôle, dans le cadre duquel les parties étaient désireuses de fournir des informations et de renforcer les compétences de leur personnel, à une répression, activité à laquelle ces mêmes parties se montrent moins impatientes de coopérer. On sait également que l'intensification de la lutte contre les ententes avait tout juste précédé ou accompagné l'établissement d'un programme de clémence, formant deux volets d'une même stratégie. Ce qui distingue finalement ces pays demeure cependant incertain.

⁹ Une étude menée en 2004 auprès des autorités de la concurrence des pays en développement a révélé que la quasi-totalité d'entre elles pâtissent de l'absence d'une culture de la concurrence, tant au sein d'autres administrations que dans le grand public. La lenteur avec laquelle des poursuites étaient engagées contre les ententes constituait un problème fréquent. «Un personnel inexpérimenté, des instruments d'enquête inadaptés, le manque de compréhension et de coopération de la part du public et l'insuffisance des pouvoirs de sanction» faisaient partie des facteurs entravant les efforts de répression des ententes (OCDE, 2009).

73. Les différences systématiques qui existent entre les pays à revenu élevé et les autres pays influent-elles sur l'efficacité d'un programme de clémence? Certains des facteurs dont il a été reconnu ailleurs qu'ils affectaient la politique de concurrence des pays émergents – c'est-à-dire la domination étatique de l'économie au moins jusque dans les années 80 et les monopoles d'État qui ont suivi, le niveau de développement très variable des différents secteurs, ainsi que divers facteurs socioéconomiques et politiques – pourraient fort bien avoir une incidence sur l'efficacité d'un programme de clémence dans une juridiction qui lutte activement contre les ententes.

a) Il pourrait devenir inconcevable pour une société cherchant à atteindre son plein développement dans une économie dirigée par l'État de dénoncer des ententes si elle estime que celles-ci jouent maintenant le rôle que l'État tenait auparavant¹⁰;

b) Le niveau de développement très variable des différents secteurs pourrait indiquer que certaines ententes comptent dans leurs rangs des membres qui appartiennent à l'économie «souterraine». De telles entités hésiteraient avant de solliciter la clémence, car cela les rendrait vulnérables à l'application d'autres lois;

c) «Divers facteurs socioéconomiques et politiques» pourraient s'entendre de pouvoirs économiques et politiques concentrés ou étroitement liés. Les demandes de clémence pourraient être limitées, tel que mentionné dans la section traitant des petits pays, ou faire référence aux institutions fragiles qui sont moins en mesure de s'engager dans les processus menant à un programme de clémence intéressant.

74. En résumé, les programmes de clémence en vigueur dans les pays à revenu intermédiaire dynamiques font partie intégrante de stratégies plus globales de répression des ententes. Même s'ils sont semblables à ceux adoptés dans les pays à revenu élevé, ces programmes pourraient être conçus différemment si les pays à plus faible revenu commençaient également à lutter activement contre les ententes.

III. Possibilités d'action

75. S'il est vrai que les programmes de clémence sont actuellement les outils les plus efficaces pour détecter les ententes, ils ne sont valables que s'ils sont associés à une recherche intensive pour en démasquer les membres et à l'application de lourdes sanctions. De nombreux pays développés, mais une poignée seulement de pays à revenu intermédiaire, combattent activement les ententes et sont dotés d'un programme de clémence. D'autres pays en développement bénéficieraient-ils aussi de l'établissement de leur propre programme de clémence?

76. Pour que son programme de clémence soit avantageux, une juridiction doit mener une lutte active contre les ententes. Dans le cas contraire, les efforts déployés pour établir un tel programme seraient fort probablement voués à l'échec.

77. Un pays ne peut compter sur les mesures de répression ou les programmes de clémence mis en place dans d'autres pays. Les mesures appliquées par des pays étrangers sont par exemple totalement inutiles dans le cas d'ententes exclusivement nationales. Les ententes internationales peuvent s'étendre au monde entier, sauf dans les juridictions où les

¹⁰ Ce commentaire rejoint une position défendue par la Commission de la concurrence de Papouasie-Nouvelle-Guinée, selon laquelle les acteurs du marché sont habitués à l'ancien système où l'État fixait les prix et les marges de bénéfice. «La Commission est convaincue que... le partage des marchés et la fixation des prix se poursuivent en Papouasie-Nouvelle-Guinée, mais... peu de plaintes ou d'éléments prouvant l'existence de ces pratiques lui ont été présentés» (Papouasie-Nouvelle-Guinée, 2009).

parties estiment que l'application de la législation antitrust leur fait courir trop de risques, et certains éléments laissent même entendre que les majorations des membres de telles ententes sont plus élevées dans les pays où la répression n'est guère vigoureuse. Un pays ne peut donc tabler sur les poursuites engagées par un autre pays. S'agissant des programmes de clémence, la tendance est de restreindre la diffusion des informations fournies par les demandeurs ayant sollicité la clémence. Un pays ne peut par conséquent s'en remettre à un autre pour obtenir des informations qui lui permettront d'engager une action de suivi au niveau national. En résumé, ce n'est pas à d'autres pays qu'il appartient de lutter contre les ententes.

78. Les efforts déployés par une juridiction pour combattre les ententes internationales peuvent être compromis si d'autres juridictions imposent de lourdes sanctions sans offrir de mesures de clémence avantageuses: le risque d'être poursuivis par d'autres juridictions non notifiées décourage en effet les parties à une entente de solliciter la clémence. En revanche, le fait qu'une partie présente simultanément une demande de clémence dans de multiples juridictions, tout en l'assortissant d'une décharge permettant d'échanger des renseignements confidentiels, permet aux diverses juridictions de mener des enquêtes coordonnées sur les ententes, facilitant ainsi la tâche des pays souhaitant engager des poursuites. Considérées dans leur ensemble, ces répercussions laissent penser que des pays profitent de la situation lorsque d'autres intensifient leur lutte contre les ententes et adoptent des programmes de clémence efficaces. Les autorités de la concurrence plus expérimentées fournissent alors une assistance technique à leurs homologues moins chevronnés.

79. L'expérience de quelques pays à revenu intermédiaire montre que, lorsqu'un pays s'attache sérieusement à combattre les ententes, il lui est plus facile de détecter les ententes nationales et internationales quand il dispose d'un programme de clémence.

80. Les pays en développement présentent certaines caractéristiques qui peuvent diminuer l'efficacité de ces programmes. Ainsi, des liens étroits entre les entreprises, une économie souterraine importante et une culture de la concurrence marginale diminuent l'intérêt des incitations. En effet, les membres d'une entente internationale sollicitent prioritairement la clémence dans les juridictions où ils encourent entre autres choses des sanctions plus lourdes, ce qui pourrait ne pas être le cas de nombreux pays en développement. Ceux-ci auraient peut-être plutôt avantage à renforcer leurs capacités institutionnelles. Qui plus est, les régimes juridiques peuvent prévoir des procédures de règlement qui offrent des solutions de remplacement appropriées. En pareil cas, les coûts inhérents à un programme de clémence expressément axé sur les ententes peuvent, dans certaines juridictions, excéder les avantages de ce programme.

81. Les autorités de la concurrence pourraient souhaiter se poser les questions suivantes:

- a) Un programme de clémence fait-il partie intégrante d'une politique active de lutte contre les ententes?
- b) Les caractéristiques inhérentes aux pays en développement influent-elles sur la conception du programme de clémence?
- c) Les juridictions plus grandes et plus dynamiques peuvent-elles adopter des mesures ou des politiques qui réduiraient le préjudice causé par des ententes dans d'autres pays? L'Ensemble de règles et de principes sur la concurrence prévoit-il un rôle pour les organisations internationales telles que la CNUCED?