

LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

**TROISIÈME RAPPORT
SUR LA MISE EN ŒUVRE
DE LA RECOMMANDATION DE 1998**

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1er de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

© OCDE 2005

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tél. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT PROPOS

L'OCDE a lancé en 1998 un programme de lutte contre les ententes avec l'adoption d'une recommandation du Conseil concernant la lutte efficace contre les ententes injustifiables. Cette publication est le troisième rapport d'ensemble du Comité de la concurrence concernant la lutte engagée contre les ententes. Des rapports antérieurs ont été publiés en 2000 et 2003.

Ce rapport se concentre sur quatre sujets à savoir, les progrès accomplis dans les pays membres et les pays observateurs dans la lutte contre les ententes ; la prise de conscience dans l'opinion publique des dommages causés par les ententes; les sanctions réelles appliquées à l'encontre des ententes, y compris les sanctions contre les individus ; et la coopération internationale en matière d'entente.

D'après le rapport, les efforts entrepris pour détecter, enquêter et poursuivre les ententes domestiques et internationales ont été poursuivis dans les pays membres comme chez les observateurs à très haut niveau. Davantage d'autorités de concurrence ont consacré efforts et ressources à la poursuite des ententes. Des sanctions sévères ont été imposées à l'encontre des ententes. La coopération entre autorités de concurrence dans des enquêtes en matière d'entente a atteint des niveaux sans précédent, et les échanges de savoir faire pour lutter contre les ententes se sont intensifiés. Quoique ceci représente un progrès sensible, beaucoup reste à faire. Le rapport conclue que davantage de pays devrait étendre leur programme visant à accroître la prise de conscience, et travailler de manière plus étroite avec les fonctionnaires en charge des marchés publics dans un souci de lutter plus efficacement contre les soumissions concertées. Les pays devraient chercher des moyens d'accroître encore les amendes imposées aux entreprises, et envisager d'introduire des sanctions contre les individus y compris des sanctions pénales. Le rapport identifie également les moyens de renforcer la coopération internationale dans des enquêtes en matière d'entente, notamment au travers des Pratiques Exemplaires du Comité en matière d'échange d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquête sur les ententes injustifiables. Le rapport conclue avec une esquisse du programme futur du Comité de la concurrence en matière de lutte contre les ententes.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
1. Tendances relatives à l'action contre les ententes	9
1.1 Développements dans les pays membres et les pays observateurs.....	10
1.2 Exemples illustratifs d'enquêtes récentes contre les ententes ...	13
1.3 Travaux des organisations internationales concernant les ententes.....	19
2. Sensibilisation à la nocivité des ententes	19
2.1 Soumissions concertées – sensibilisation des responsables des marchés publics.....	22
3. Préjudice et sanctions	27
3.1 Estimation du préjudice causé par les ententes.....	27
3.2 Sanctions à l'encontre des personnes physiques.....	28
4. La coopération internationale, y compris l'échange d'informations dans les enquêtes sur les ententes	32
4.1 Coopération pour l'application des lois.....	33
4.2 Pratiques recommandées pour l'échange officiel d'informations.....	36
4.3 Interface entre les poursuites publiques et privées dans les affaires d'entente internationale.....	38
4.4 Accords internationaux.....	41

5. Conclusions	43
5.1 Sensibilisation de l'opinion.....	43
5.2 Sanctions	44
5.3 Coopération internationale.....	44
Annexe 1 : projet de recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables	51
Annexe 2 : pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur les ententes injustifiables	56

Introduction

Le 25 mars 1998, le Conseil a adopté sa recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.¹ La recommandation condamne les ententes injustifiables, violations les plus flagrantes du droit de la concurrence. La recommandation appelle les pays membres à s'assurer que leurs lois interdisent ces ententes de manière adéquate, à instaurer des sanctions, des procédures d'exécution et des modalités d'enquête efficaces pour les combattre. De plus, la recommandation invite instamment les pays membres à coopérer aux poursuites contre les ententes injustifiables.

Depuis l'adoption de la recommandation du Conseil, le Comité de la concurrence a fait de l'action contre les ententes une de ses grandes priorités, comme en témoignent les rapports relatifs à la mise en œuvre de la recommandation qui ont été soumis par le Comité au Conseil. En 2000, le Comité de la concurrence a soumis au Conseil son premier rapport sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil (« premier rapport »).² Le premier rapport soulignait qu'au cours des deux années suivant l'adoption de la recommandation des progrès avaient été faits sur le plan de la sensibilisation de l'opinion publique à la nocivité des ententes, ainsi que sur le plan des poursuites engagées contre ces pratiques. Le premier rapport comportait un examen approfondi de la coopération internationale dans les enquêtes concernant les ententes et des obstacles à une coopération plus efficace.

En 2002, le Comité de la concurrence a soumis son deuxième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil (« deuxième rapport »), qui mettait l'accent sur les instruments d'enquête, les sanctions et la coopération internationale. Le deuxième rapport s'efforçait d'estimer le préjudice causé par les ententes et arrivait à la conclusion que « le préjudice total causé par les ententes est effectivement considérable et s'élève certainement à plusieurs milliards de dollars chaque année ».³ Il comparait également l'estimation des gains illicites réalisés grâce aux ententes dans un certain nombre d'affaires avec les sanctions pécuniaires infligées ; dans presque toutes les affaires considérées, les amendes étaient inférieures au montant qui aurait constitué une dissuasion optimale et, dans la plupart des cas, elles se situaient bien au-dessous de ce niveau optimal. Le deuxième rapport résumait l'action contre les ententes en ces termes :

En conclusion, les ententes sont, sans ambiguïté, néfastes. Elles causent un préjudice s'élevant à plusieurs milliards de dollars chaque année. Elles faussent le libre jeu de la concurrence sur le marché et les échanges internationaux. Elles affectent tant les pays développés que les pays en développement et leur effet

sur ces derniers peut être particulièrement pernicieux. Leurs participants opèrent en secret en sachant que leur comportement est illégal. Tous les gouvernements du monde doivent se donner comme priorité de les détecter et d'engager des poursuites pour les sanctionner.⁴

Le deuxième rapport a eu un large retentissement et joué un grand rôle dans la réévaluation, par les pays membres, de leur action contre les ententes.⁵ Par exemple, *en Australie*, une commission gouvernementale chargée d'examiner la réforme du droit de la concurrence a recommandé l'introduction de sanctions pénales contre les ententes injustifiables, s'appuyant, entre autres, sur les conclusions du deuxième rapport concernant les préjudices causés par ces ententes et sur la comparaison contenue dans le rapport entre le préjudice et les sanctions pécuniaires.⁶ Le *Japon* s'est lui aussi basé sur les conclusions du deuxième rapport dans son examen de la mise en œuvre des sanctions contre les ententes.

Ce document est le troisième rapport du Comité de la concurrence sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil et sur les progrès accomplis par les pays membres dans la lutte contre les ententes injustifiables ; c'est le dernier de la série de rapports publiés suite à la recommandation. Il résume les activités récentes du Comité, qui ont été axées sur une meilleure sensibilisation de l'opinion aux effets préjudiciables des ententes, sur les sanctions contre les personnes physiques et sur la coopération internationale. Le rapport rend compte également des développements majeurs en matière de lutte contre les ententes dans les pays membres. En conclusion, le rapport dresse la liste des sujets que le Comité de la concurrence se propose de traiter à l'avenir dans le cadre des travaux qu'il consacre à la lutte contre les ententes.

La conclusion générale qu'on peut tirer du présent rapport est la suivante : les pays membres de l'OCDE ont continué à déployer des efforts vigoureux de détection, d'enquête et de poursuite d'ententes nationales et internationales. De plus en plus de pays actualisent et améliorent leurs procédures d'exécution en s'alignant sur les mesures prises par les pays les plus avancés. Par conséquent, plus d'autorités de la concurrence ont concentré leurs efforts et leurs ressources sur la poursuite des ententes, en tirant souvent parti de nouvelles lois et de nouveaux règlements renforçant les pouvoirs d'exécution. Des sanctions sévères sont imposées aux ententes. La coopération entre les autorités dans les enquêtes sur les ententes a atteint des niveaux sans précédent. Toutefois, alors même que les autorités de la concurrence intensifient leur lutte contre les ententes et comparent leurs expériences, il est clair qu'il reste encore beaucoup à faire pour renforcer les lois et poursuivre de manière plus intensive ce que l'on a appelé récemment « le mal suprême de l'antitrust ».⁷

1. Tendances relatives à l'action contre les ententes

Les deux rapports précédents couvraient une période où plusieurs autorités de la concurrence ont imposé des amendes et des sanctions individuelles d'un niveau record. L'enquête réalisée aux fins du présent rapport montre que dans certains pays membres, surtout ceux qui avaient engagé des poursuites contre les ententes de la lysine et des vitamines au cours des périodes couvertes par les rapports précédents, il y a eu une légère baisse du nombre de décisions et du montant total des amendes. Toutefois, on constate un effort d'exécution à très haut niveau dans beaucoup de pays et que les autorités de la concurrence sont plus nombreuses que jamais à engager des poursuites qui aboutissent à de lourdes sanctions. Par exemple :

- En *Allemagne*, l'Office des cartels a infligé des amendes s'élevant à plus de 700 millions d'euros à une entente dans l'industrie du ciment ;
- En 2002, la *Commission européenne* a imposé une amende de 249.6 millions d'euros à Lafarge pour participation à l'entente concernant les plaques de plâtre, soit la plus forte amende jamais infligée à une société dans une seule affaire d'entente ;
- Aux *États-Unis*, le total des amendes pour l'exercice 2004 (359.8 millions de dollars) n'a été supérieur qu'une fois dans le passé ; les 10.501 jours de prison prononcés au cours de l'exercice 2002 représentent le chiffre le plus élevé dans l'histoire de la Division antitrust ;
- La *Hongrie* a infligé en 2004 un montant total d'amendes de 8.375 millions de forints pour cause d'entente, soit plus de dix fois le total des amendes prononcées l'année précédente.

La section suivante est consacrée aux principaux développements dans plusieurs pays membres de l'OCDE et pays observateurs auprès du Comité de la concurrence ; elle porte essentiellement sur les changements législatifs et réglementaires ainsi que sur l'évolution de la politique de mise en œuvre.⁸ Manifestement des progrès ont été accomplis dans la sensibilisation de l'opinion publique et la lutte contre les ententes injustifiables, et on a réussi à obtenir le concours du législateur pour renforcer les procédures d'exécution et augmenter les amendes légales. Cet aperçu sera suivi d'exemples illustrant des poursuites réussies contre des ententes majeures mises à jour ces dernières années.

1.1 Développements dans les pays membres et les pays observateurs

Allemagne : projet de loi modifiant la loi sur les ententes, pour améliorer la coopération avec les autorités de la concurrence en Europe et dans le reste du monde, instaurer de nouveaux pouvoirs de décision, modifier le mode de calcul de l'amende maximale (sur la base du chiffre d'affaires), élargir les cas de confiscation des gains illicites et ouvrir de nouvelles possibilités d'action privée ; des amendes records d'un montant total de 717 millions d'euros ont été infligées en 2002, avec des amendes de plus de 3 millions d'euros prononcées à l'encontre de personnes physiques ;

Australie : projet de loi visant à renforcer très sensiblement l'action contre les ententes ; les réformes proposées comprennent : l'incrimination des ententes, l'augmentation des amendes dans le cas des personnes morales, la possibilité d'exclure l'exercice d'un mandat d'administrateur ou de fonctions de direction dans les entreprises publiques et l'interdiction d'indemnisation lorsque des sanctions ont été infligées à une personne physique ;

Autriche : projet de loi qui introduirait un régime antitrust moderne ainsi qu'un programme de clémence ;

Brésil : une des agences antitrust a créé une cellule de renseignement sur les ententes, qui travaille en collaboration étroite avec la police fédérale et les procureurs et qui a commencé à utiliser de nouvelles techniques d'investigation dans les procédures contre les ententes, notamment la descente sur les lieux et la mise sur écoute de lignes téléphoniques, et a reçu les premières demandes de clémence ;

Canada : a entamé une révision de sa législation afin de considérer la possibilité d'introduire une interdiction automatique des ententes injustifiables ; un régime d'immunité est examiné dans un souci d'amélioration et de clarification ;

Corée : a infligé des amendes d'un niveau record dans des affaires d'ententes. En 2004, la loi sur la concurrence a été modifiée de façon à augmenter l'amende maximale, à introduire un nouveau programme de clémence (afin d'accroître la prévisibilité et de renforcer les incitations pour les demandeurs) et à instaurer un système de récompense des informateurs ; lancement d'un programme permettant de mieux détecter les cas de truquage d'appel d'offres ;

États-Unis : En 2004, la loi « Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act » a porté les amendes pouvant être infligées aux personnes morales de 10 millions de dollars à 100 millions, l'amende maximale pouvant frapper une personne physique de 350 000 dollars à 1 million de dollars et la peine maximale d'emprisonnement de 3 à 10 ans. La loi a renforcé également le programme d'amnistie de la Division antitrust en limitant les dommages dont est passible une personne morale demandant l'amnistie aux dommages effectifs qu'elle a causés, dès lors que le demandeur coopère avec les parties à une action au civil en dommages et intérêts contre les autres membres de l'entente ;

France : a introduit un programme de clémence et une nouvelle procédure de réduction des sanctions pour les sociétés qui ne contestent pas l'exactitude de l'accusation ; a mis en place un nouveau régime d'amendes, avec maximum pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel ;

Hongrie : a créé au sein de l'autorité de la concurrence une division des ententes qui a mené avec succès plusieurs enquêtes ; a adopté un régime d'amendes qui a contribué à plus de transparence et a nettement augmenté les amendes pouvant être infligées ; a mis en place un programme de clémence qui a déjà suscité des demandes ;

Israël : a introduit un programme de clémence ; a obtenu la condamnation pénale de nombreuses personnes physiques ; pour la première fois, des dirigeants d'entreprise ont été condamnés à des peines de prison pour leur participation à une entente ;

Japon : a adopté en 2002 une nouvelle législation portant l'amende maximale de 100 millions de yen à 500 millions. En 2005, une nouvelle loi a augmenté le taux de l'amende administrative et a introduit un programme de clémence ;

Mexique : projet de loi modifiant la loi de la concurrence, visant à renforcer les pouvoirs d'enquête de l'autorité de la concurrence, à alourdir très nettement les amendes maximales et à introduire un programme de clémence ;

Pays-Bas : ont mis en place des mesures de clémence qui ont suscité de nombreuses demandes d'application ; les amendes pour non coopération avec l'autorité de la concurrence ont été sensiblement relevées ; projet de loi prévoyant des sanctions financières à l'encontre des personnes physiques ;

Portugal : a adopté une nouvelle loi sur la concurrence, qui comporte des amendes maximales de 10 % du chiffre d'affaires annuel et la possibilité de sanctions à l'encontre des personnes physiques ;

Royaume-Uni : mise en place de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques participant à des ententes, avec peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ; élargissement des pouvoirs d'enquête de l'OFT ;

Turquie : en 2003, une modification de la loi sur la concurrence a renforcé les pouvoirs d'enquête de l'autorité de la concurrence et a facilité le recouvrement des amendes ; on prévoit d'autres modifications pour accroître les amendes et pour mettre en place des mesures de clémence et un mécanisme d'engagement ;

Union européenne : depuis le 1^{er} mars 2004, la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE est régie par le règlement n° 1/2003, qui permet à la Commission européenne et aux autorités nationales de la concurrence de mieux tirer parti des moyens dont ils disposent pour lutter contre les ententes en se répartissant plus efficacement l'application du droit de la concurrence et en coopérant plus étroitement. A cet effet, la Commission et les autorités nationales de la concurrence ont créé le Réseau européen de la concurrence. Le système mis en place pour la répartition des affaires, pour l'information mutuelle et les consultations ainsi que pour la coopération en matière d'enquête, élargie à la coopération entre autorités nationales de la concurrence, facilitera les investigations en cas d'entente.

Le règlement n° 1/2003 a par ailleurs renforcé les pouvoirs d'enquête de la Commission européenne ; elle peut désormais apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux, livres et documents, inspecter des locaux autres que commerciaux (par exemple, le domicile d'une personne privée) et interroger toute personne pouvant être en possession d'informations utiles et enregistrer ses réponses ; en outre, le droit d'interroger oralement une personne lors d'une inspection vaut pour tout membre du personnel. La Commission a adopté en février 2002 une nouvelle politique de clémence, avec la possibilité de déposition orale pour les demandes de clémence. Diverses solutions de nature à renforcer les actions privées sont également envisagées afin de rendre plus dissuasives les mesures anti-ententes.

1.2 Exemples illustratifs d'enquêtes récentes contre les ententes

La lutte contre les ententes internationales reste une des hautes priorités des pays membres de l'OCDE et des pays observateurs. Les ententes internationales sont particulièrement difficiles à détecter car elles s'appuient sur les dispositifs les plus sophistiqués pour dissimuler leurs activités ; le volume des transactions commerciales auxquelles elles donnent lieu est extrêmement élevé et on considère qu'il s'agit du type le plus pernicieux d'entente en raison de l'ampleur des préjudices qu'elles infligent aux entreprises et aux consommateurs. Des ententes internationales de grande envergure ont été mises à jour pendant la période sous revue. Deux de ces ententes sont décrites ci-dessous.

Exemples récents d'ententes internationales

Produits chimiques pour caoutchouc

Au Canada, le Bureau de la concurrence a découvert que plusieurs fabricants de produits chimiques pour caoutchouc s'étaient concertés en vue de la fixation des prix et de la répartition des clients. L'entente comportait des réunions régulières, des communications avec les autres producteurs et des accords visant à coordonner la date et le montant des hausses de prix de certains produits et à répartir la clientèle, avec échange périodique de données sur les ventes et sur la clientèle pour faire respecter l'entente. Crompton Corporation a admis qu'elle avait participé, avec d'autres fournisseurs de produits chimiques pour caoutchouc, à une entente internationale ayant pour but d'augmenter le prix de certains produits chimiques pour caoutchouc ; elle a été condamnée à une amende de 9 millions de dollars pour sa participation à cette entente internationale sur les prix.

Aux États-Unis, la Division antitrust a obtenu des amendes d'un total de plus de 100 millions de dollars à l'issue d'une enquête portant sur la même entente. Crompton a plaidé coupable et s'est vu infliger une amende pénale de 50 millions de dollars. Bayer AG, fabricant allemand de produits chimiques pour caoutchouc, a plaidé coupable et a été condamné, en décembre 2004, à une amende de 66 millions de dollars pour sa participation à l'entente. Deux dirigeants de Crompton ont été accusés de participation à l'entente. En novembre 2004, un dirigeant de Bayer a été, lui aussi, accusé d'avoir participé à l'entente concernant les produits chimiques pour caoutchouc. Tous les trois ont plaidé coupables et accepté de coopérer à la poursuite de l'enquête en cours. Le dirigeant de Bayer a accepté une condamnation à quatre mois d'emprisonnement et à une amende de 50.000 USD. Les peines n'ont pu encore être prononcées dans le cas des dirigeants de Compton, dans l'attente de la fin de la coopération de leur part. L'enquête de la Commission dans cette affaire se poursuit.

L'entente DRAM

En septembre 2004, la Division antitrust a accusé Infineon Technologies AG (Infineon), fabricant allemand de mémoires informatiques DRAM, de participation à une entente internationale en vue de la fixation des prix de DRAM vendues aux fabricants d'ordinateurs. La mémoire DRAM est le produit semi-conducteur utilisé le plus couramment dans les mémoires ; elle permet le stockage et la récupération rapides de l'information électronique pour une large gamme d'ordinateurs, de produits de télécommunication et de produits d'électronique grand public. Infineon a plaidé coupable et a été condamné à une amende de 160 millions de dollars, ce montant se situant alors en troisième place en termes de sévérité des sanctions. En décembre 2004, quatre dirigeants d'Infineon et de sa filiale Infineon Technologies North America ont été accusés de participation à une entente internationale de fixation des prix sur le marché des DRAM. Ces dirigeants, trois citoyens allemands et un citoyen américain, ont plaidé coupable et chacun d'eux a été condamné une amende pénale de 250 000 dollars et à une peine d'emprisonnement aux États-Unis variant entre quatre et six mois pour leur participation à l'entente. Depuis lors, l'entreprise coréenne Hynix a été condamnée à une amende de 185 millions de dollars, ce montant se situant aujourd'hui en troisième place dans l'histoire de la Division antitrust. Plusieurs dirigeants de Hynix risquent des poursuites pénales.

Ce sont surtout les autorités de la concurrence les plus expérimentées qui ont mené des enquêtes sur les ententes internationales, mais d'autres pays s'y impliquent également. Par exemple, le *Mexique* a ouvert une enquête sur l'entente pour l'acide citrique après qu'Archer Daniels Midland et d'autres entreprises américaines eurent admis leur culpabilité devant le Département de la Justice des États-Unis pour leur participation à une entente en vue de la fixation des prix sur le marché de l'acide citrique. L'autorité mexicaine de la concurrence a infligé des amendes à Archer Daniels Mildand, ainsi qu'à Haarmann & Reimer Corp. et à F. Hoffmann-La Roche Ltd.

La *Corée* a contribué, elle aussi, à la poursuite d'ententes internationales. En 2002, à l'occasion de la première application extraterritoriale de la loi coréenne de la concurrence à une entente internationale, la Commission coréenne de la concurrence a infligé des amendes administratives d'environ 11.2 milliards de won (environ 8.5 millions de dollars des États-Unis) et rendu une ordonnance dans une affaire d'entente entre six fabricants d'électrodes en graphite, à savoir quatre entreprises japonaises (Showa Denko, Nippon Carbon, Tokai Carbon, SEC), une entreprise allemande (SGL Carbon) et une entreprise américaine (UCAR International). La Corée a considéré que les acheteurs coréens d'électrodes en graphite, qui avaient acquis 90 % de leur demande totale auprès des participants à l'entente, avaient subi un préjudice d'environ

183.7 milliards de won (environ 139 millions de dollars des États-Unis) à cause de cette entente internationale.

La participation d'un plus grand nombre de pays aux poursuites engagées contre les ententes internationales est très importante. Le fait que les pays engageant des poursuites soient de plus en plus nombreux augmente le risque d'une amende pour les participants à une entente et contribue ainsi à une meilleure dissuasion. Bien entendu, pour obtenir ce résultat, il faut qu'un plus grand nombre de pays infligent des amendes suffisamment élevées pour constituer une dissuasion efficace.

L'action anti-ententes vise très souvent les ententes internationales de grande envergure, parce qu'elles causent un grave préjudice. Toutefois, le préjudice résultant des ententes nationales est lui aussi, sans aucun doute, très important étant donné le grand nombre de ce type d'ententes. Qui plus est, même une entente strictement nationale peu être extrêmement dommageable. Enfin, bien que les ententes internationales mettent souvent sur pied les systèmes les plus élaborés, on a vu également des collusions nationales créer durablement des dispositifs extrêmement efficaces. L'entente allemande dans le ciment, l'entente israélienne dans le carrelage et l'entente néerlandaise dans la construction en sont d'excellents exemples.

L'entente allemande dans le secteur du ciment

Peu de temps après l'introduction d'un programme de clémence et la création de l'unité spéciale pour la lutte contre les ententes, l'Office des ententes de l'Allemagne a reçu des informations de l'industrie de bâtiment concernant des activités suspectes d'entente entre les cimentiers. Les pièces saisies au cours de la perquisition lancée à l'échelle nationale en juillet 2002 auprès de 30 cimentiers et au cours d'autres perquisitions auprès de plusieurs petites et moyennes entreprises de ciment en 2003 ont confirmé que les cimentiers en cause s'étaient entendus pour se répartir les marchés et avaient fixé des quotas de vente. Certains avaient débuté ces activités dans les années 1970 et les avaient continuées jusqu'en 2002 sur quatre marchés régionaux du ciment en Allemagne orientale, en Westphalie, en Allemagne du nord et Allemagne du sud.

L'Office des ententes a infligé des amendes d'un total d'environ 660 millions d'euros aux six plus grands cimentiers allemands, à savoir : Alsen AG, Dyckerhoff AG, Heidelberg Cement AG, Lafarge Zement GmbH, Readymix AG et Schuvenk Zement KG. D'autres amendes, de 4 millions d'euros, ont été infligées à six fabricants et distributeurs moyens de ciment en 2004, soit un total de 700 millions d'euros d'amendes pour l'entente du ciment.⁹

L'entente israélienne dans le secteur du carrelage

En 2002, l'autorité israélienne de la concurrence a mené à bien les poursuites à l'encontre d'une entente nationale dans le secteur du carrelage et a obtenu la condamnation pénale de plusieurs entreprises de carrelage et de leurs dirigeants, imposant pour la première fois des peines d'emprisonnement sans sursis. L'enquête a révélé que tous les principaux fabricants de carrelage en Israël avaient participé à une entente depuis 14 ans et que cette entente avait réparti les marchés, établi des quotas et fixé les prix. Un conseiller économique spécial était chargé de faire respecter l'entente. Il consignait toutes les opérations de l'entente et veillait à ce que les participants ne « trichent » pas en violant les clauses de l'entente. Il servait également d'arbitre dans les différends entre les entreprises de carrelage qui signalaient des manquements à l'entente, sanctionnait les entreprises qui ne s'y pliaient pas et allait jusqu'à mandater des détectives privés pour vérifier que les fabricants ne dépassaient pas les quotas de vente.

L'entente néerlandaise dans le bâtiment/travaux publics

A partir de 2002, l'autorité néerlandaise de la concurrence a enquêté sur des entreprises du secteur du BTP et mis à jour des activités collusoires à grande échelle. Au début de 2004, alors que l'enquête avançait, le Directeur général de l'autorité de la concurrence et le ministre néerlandais de l'Economie ont demandé aux entreprises du BTP de notifier leurs pratiques à l'autorité de la concurrence. Près de 500 entreprises du bâtiment, dont toutes les grandes entreprises néerlandaises, ont procédé à cette notification. Ces notifications et les enquêtes en cours ont révélé l'existence, dans l'ensemble de la profession d'une « culture » de la collusion. Durant de nombreuses années, beaucoup d'entreprises s'étaient régulièrement concertées avant les appels d'offres pour s'allouer des « droits » sur les marchés futurs et avaient mis en œuvre un système de « droits et obligations » pour la répartition des marchés à venir. Ces pratiques avaient souvent subsisté, malgré une décision de la Commission européenne du début des années 1990 qui les interdisait.

La dimension de l'entente a conduit l'autorité de la concurrence à proposer aux entreprises impliquées une procédure de sanction accélérée : les entreprises qui acceptaient d'être collectivement représentées auprès d'elle plutôt que d'assurer leur défense individuellement pouvaient bénéficier d'une certaine réduction des amendes, les entreprises qui ne participaient pas à la procédure accélérée faisaient l'objet d'une procédure individuelle. Dans le cadre de la procédure accélérée, l'autorité de la concurrence a déjà infligé des amendes totales de 100 millions d'euros aux membres d'ententes dans le secteur des travaux publics, avec des amendes individuelles pouvant aller jusqu'à 18.8 millions d'euros. L'enquête se poursuit pour d'autres activités relevant du BTP.

Pour une large part, les ententes nationales décrites par les pays membres dans le cadre de l'enquête réalisée en vue de ce rapport concernent des soumissions concertées à l'occasion d'appels d'offres. Bien qu'elle ne se base pas sur une enquête très approfondie, cette observation renforce la conclusion selon laquelle les soumissions concertées constituent un phénomène très répandu auquel il faudrait accorder plus d'attention. Le Comité a organisé récemment une table ronde au sujet des soumissions concertées et de l'action menée par les autorités de la concurrence auprès des agents chargés des marchés publics. Les résultats de ces discussions sont résumés plus loin.¹⁰

Au cours de la période examinée, les autorités de la concurrence ont accumulé de très nombreuses preuves démontrant que les participants à des ententes illicites ne sont pas d'honnêtes hommes d'affaires qui se trouvent impliqués par inadvertance dans des pratiques illégales, mais qu'au contraire les opérateurs d'ententes sont pleinement conscients de l'illégalité et de la nocivité de leur conduite, qu'ils élaborent des systèmes sophistiqués pour leurs activités et qu'il se donnent parfois beaucoup de peine pour dissimuler leurs ententes. La description de l'entente dans le secteur du carrelage en Israël en est une illustration. Nous présentons d'autres exemples ci-après.

L'entente du peroxyde

En 2003, la Commission européenne a imposé des amendes d'un total de presque 70 millions d'euros à Atofina, Peroxide Chemie, Laporte (aujourd'hui Degussa UK Holdings), Perorsa et AC Treuhand AG pour avoir participé à l'échelle européenne à une entente concernant les produits chimiques à base de peroxyde organique, à l'échelle de l'Europe.¹¹ Cette entente présente des caractéristiques remarquables sur plusieurs plans ; premièrement, elle a opéré pendant trente ans : ces activités ont commencé en 1971 et se sont poursuivies jusqu'à fin 1999, ce qui fait d'elle l'entente de la plus longue durée jamais découverte par la Commission. Deuxièmement, l'entente opérait dans le cadre d'un système particulièrement sophistiqué et bien organisé. En 1971, les fabricants de ces produits ont rédigé un contrat qui établissait par écrit et en détail le fonctionnement de l'entente. Les fabricants ont demandé à une société suisse de conseil, AC Treuhand, de les aider à organiser l'entente. Son rôle était d'organiser l'entente, de servir de médiateur entre les parties et de recueillir des statistiques et de les vérifier. AC Treuhand et les autres participants à l'entente se réunissaient régulièrement, souvent à Zurich. Les documents de nature compromettante étaient imprimés sur papier rose et conservés à Zurich. Les fabricants ne pouvaient les consulter que dans les locaux de AC Treuhand et ne pouvaient pas sortir les originaux. La couleur rose du papier assurait que les documents sensibles ne seraient pas emportés à dessein ou par inadvertance. D'autres documents étaient envoyés par télécopieur au domicile de certains collaborateurs. Les remboursements des frais de voyage étaient envoyés directement de la Suisse à ceux qui assistaient aux réunions de l'entente, de façon qu'on n'en retrouve pas de traces dans les bureaux.¹²

L'entente des tuyaux de cuivre

En 2004, la Commission a infligé des amendes d'un total de 222.3 millions d'euros aux participants à une entente concernant les tuyaux de plomberie en cuivre. La Commission a découvert que les entreprises impliquées menaient des activités bien structurées dans le cadre d'une entente classique avec noms de code et réunions dans des salles anonymes d'aéroport ; l'objectif était très clair : éviter la concurrence par l'attribution des parts de marché et des volumes de production, par la fixation et l'augmentation des prix, ainsi que par d'autres conditions commerciales. Au cours de la première réunion européenne à Zurich, un des participants a fait observer : « L'objectif est de maintenir les prix élevés dans les pays où le niveau des prix est élevé et de les augmenter si possible ».

L'entente des balais de carbone

Une enquête menée par le Département de la Justice des États-Unis a révélé l'existence, dans l'industrie des balais de carbone, non seulement d'un dispositif de fixation des prix, mais aussi de mesures flagrantes destinées à entraver la bonne marche de la justice. La Division antitrust a découvert un complot sophistiqué visant à entraver non seulement son enquête sur la fixation des prix, mais aussi une investigation potentielle par la Commission européenne. La société Morgan Crucible Company plc, dont le siège social est en Grande Bretagne, a donné à la Division de fausses informations afin de la convaincre que les réunions de fixation des prix avec ses concurrents étaient des réunions d'affaires légitimes. La société avait donné à son co-conspirateur un « scénario » écrit contenant de fausses informations, lui conseillant de s'y tenir lorsqu'il serait interrogé par la Division et l'avertissant que si l'enquête aux États-Unis se poursuivait, elle s'étendrait à l'Union européenne. Des responsables de Morgan Crucible avaient également détruit des documents pertinents pour l'enquête, mettant même sur pied une équipe pour la destruction des documents. La Division antitrust a accusé Morgan Crucible d'entrave à la justice par subornation de témoins et destruction de documents. Morgan Crucible a plaidé coupable pour entrave à la justice, et sa filiale américaine, Morganite Inc., a plaidé coupable pour fixation des prix. Elles ont été condamnées à des amendes d'un total de 11 millions de dollars. De plus, trois salariés de Morgan ont plaidé coupable pour entrave à la justice, ont purgé des peines de prison aux États-Unis et ont payé des amendes de 20 000 dollars. En 2004, l'ancien Président de la Division du carbone et Directeur général de Morgan Crucible a été inculpé pour fixation des prix des balais de carbone, des collecteurs de courant au carbone et des produits mécaniques en carbone, entrave à la justice, subornation de témoins et corruption en vue d'inciter autrui à détruire des documents. La Division a demandé son extradition du Royaume-Uni pour tous ces chefs d'accusation.

En 2004, l'entreprise Morgan Crucible a plaidé coupable également d'entrave à la justice au Canada, admettant qu'elle avait soumis délibérément des preuves fausses et incomplètes aux enquêteurs du Bureau de la concurrence.

1.3 Travaux des organisations internationales concernant les ententes

La mise en œuvre de la législation contre les ententes reste l'un des principaux sujets de discussion lors des manifestations consacrées à la politique de concurrence qui sont organisées par les gouvernements, les milieux universitaires et le secteur privé. Des organisations internationales tels que la *Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement* continuent à examiner les effets des ententes sur le commerce et les mesures à prendre face à cette menace.

Le *Réseau international de la concurrence* (« RIC ») a commencé lui aussi à se pencher sur les questions qui ont trait à la mise en œuvre du droit de la concurrence. En 2004, le RIC a créé un groupe de travail sur les ententes, qui étudie les aspects juridiques et conceptuels de l'application des mesures contre les ententes ainsi que les modalités d'exécution. Des réunions annuelles des responsables de l'application des lois, dont le but est de rendre compte, en particulier des développements les plus récents en matière de modalités d'exécution des mesures contre les ententes, continuent d'être organisées dans le cadre des activités du RIC. Les deux dernières conférences ont eu lieu à Bruxelles et à Sydney. On notera que ces conférences et les résultats des travaux du RIC sur les ententes constituent, pour les pays non membres de l'OCDE, une occasion unique de bénéficier de l'expertise et du savoir-faire des autorités les plus expérimentées, renforçant ainsi les efforts internationaux de lutte contre les ententes.¹³

2. Sensibilisation à la nocivité des ententes

Sensibiliser le public au préjudice causé par les ententes est un volet essentiel de l'action menée contre les pratiques concertées. Lorsque le public et, plus particulièrement, le législateur sont conscients de la nocivité économique des ententes et des avantages d'une action antitrust vigoureuse, ils sont plus susceptibles d'appuyer les autorités de la concurrence et de leur fournir les outils dont elles ont besoin, notamment le pouvoir d'infliger de très lourdes sanctions qui exercent un effet efficace de dissuasion. En outre, plus les milieux d'affaires et leurs conseillers juridiques seront au fait des efforts antitrust, des sanctions qui peuvent être infligées et des programmes de clémence, plus forte sera la probabilité que les entreprises respectent la loi ou, lorsque des ententes sont en place, les signalent aux autorités. Reconnaisant l'importance de la sensibilisation à la nocivité des ententes, le Comité a organisé récemment une table ronde sur ce thème, dont les conclusions sont résumées ci-après.

Les pays peuvent utiliser différentes méthodes pour informer le public au sujet des ententes. Ces méthodes comprennent les rencontres avec les parties

concernées, les conférences, les publications, les sites web et l'action auprès des médias et, surtout, des mesures efficaces abondamment commentées dans les médias, de manière à attirer l'attention du public. Les pays membres disposant de ressources plus importantes et d'une plus grande expérience dans le domaine de la lutte contre les ententes ont généralement des programmes plus complets de communication externe. Les programmes mis au point au *Canada* et aux *États-Unis* illustrent bien ce que les autorités de la concurrence peuvent faire pour informer le public au sujet des ententes.

Les *États-Unis* ont créé l'un des programmes les plus complets de communication externe. La Division antitrust a jugé utile d'adapter ses présentations décrivant le programme de mesures pénales à chaque groupe visé : autres organismes participant aux enquêtes sur des affaires d'ententes, responsables des achats, dirigeants d'entreprises, avocats spécialisés dans le droit de la concurrence, grand public, législateur. Les présentations aux enquêteurs ont une forme simple et directe et elles mettent l'accent sur l'infraction, le préjudice, les techniques d'investigation et les statistiques concernant les poursuites. Les présentations aux responsables des achats soulignent le préjudice et attirent l'attention sur le truquage des appels d'offres ; il s'agit de donner aux responsables des achats des outils leur permettant d'identifier des comportements suspects. Les programmes destinés aux dirigeants d'entreprises mettent l'accent sur le programme d'exécution de la Division antitrust, sur les mesures répressives et sur les méthodes de détection des comportements d'entente au sein des entreprises. Les présentations aux avocats sont plus détaillées et plus techniques, surtout en ce qui concerne les programmes de clémence, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et les aspects concernant les poursuites. Les dirigeants d'entreprises et les avocats sont régulièrement informés des faits nouveaux en matière d'application du droit de la concurrence, en liaison avec les allocutions prononcées par les responsables de la Division. D'autres informations concernant les ententes sont disponibles sur le site web de la Division antitrust,¹⁴ où l'on peut consulter les discours annonçant et expliquant la politique de la Division antitrust pour les poursuites visant les ententes.¹⁵

Un programme efficace de relations avec les médias peut jouer un grand rôle dans l'information du public. Le *Canada* a mis sur pied un programme médias particulièrement bien conçu et très dynamique pour informer le public de l'action menée par le Bureau de la concurrence et pour dissuader les entreprises de participer à des ententes. Le Bureau de la concurrence met l'accent, dans ses communiqués récents, sur le préjudice subi par les consommateurs du fait des ententes et sur les sanctions prévues. Les communiqués de presse et les interviews dans les médias servent également à attirer l'attention sur le programme de clémence du Bureau. Les porte-parole du

Bureau sont chargés d'expliquer le truquage des offres aux journalistes qui demandent des renseignements. Une analyse récente a révélé les résultats positifs de cette stratégie dynamique, car le nombre des comptes rendus que les médias consacrent chaque année aux affaires pénales est très élevé et ne cesse de croître. De plus, le programme de relations avec les médias du Bureau de la concurrence s'adresse également aux législateurs et aux gouvernements afin de leur faire connaître les activités du Bureau et de démontrer qu'il utilise efficacement ses ressources.

Les présentations à des groupes stratégiques de citoyens, de même que des relations dynamiques avec les médias, sont importantes pour sensibiliser le public aux ententes, mais la poursuite active des ententes, surtout lorsqu'elles sont très dommageables pour les consommateurs, est l'outil le plus efficace. Plusieurs pays membres ont signalé que les affaires où de très lourdes amendes ont été infligées aux participants à des ententes ont suscité un grand intérêt de la part du public et des médias. L'une de ces affaires est celle de la poursuite en *Israël* d'une entente entre assureurs ; elle a marqué un tournant dans la lutte contre les ententes, parce que l'inculpation d'honorables dirigeants d'entreprises a contribué largement à sensibiliser l'opinion aux comportements d'entente et à la gravité de l'infraction.

Cependant, la nature ou le montant des sanctions, pas plus que le volume des transactions commerciales en cause, ne constituent pas toujours les éléments d'un « très bon » cas. On a des exemples d'affaires qui ont beaucoup plus sensibilisé l'opinion, malgré le caractère limité des opérations en cause et du préjudice, que certaines ententes internationales. Mais, dans ces affaires, les consommateurs avaient subi des effets directs et avaient bénéficié directement des poursuites en justice. Deux de ces affaires sont décrites ci-dessous.

Exemples d'affaires particulièrement efficaces pour la sensibilisation de l'opinion

L'entente britannique pour les tenues de football

Une enquête de l'OFT a révélé l'existence de plusieurs ententes ou pratiques concertées visant à fixer un prix minimum pour certaines répliques de tenues de football, notamment les maillots « England » et « Manchester United », les plus vendus. Les ententes, qui étaient en vigueur pendant des périodes cruciales de vente telles que l'Euro 2000, étaient gérées au moyen de réunions informelles et d'une surveillance des détaillants, dont certains étaient menacés d'annulation de leurs commandes s'ils ne respectaient pas les prix établis. Dix fournisseurs ont dû payer des amendes de £ 18.6 millions au total en août 2003 pour participation à une fixation illégale des prix, à savoir JJB Sport (£ 8.373 millions), Umbro (£ 6.641 millions), Manchester United (£ 1.652 million) et Allsports (£ 1.35 million).

Au moment où l'OFT a découvert l'entente, les tenues se vendaient à environ £ 45 l'unité. Après les poursuites, les prix ont baissé de 30 % ou plus et sont restés à ce niveau plus bas. L'entente pour les tenues de football a eu beaucoup d'impact car, bien que le produit ne soit pas important pour l'ensemble de l'économie, les consommateurs et leurs familles ont subi directement un préjudice et ont pu constater les bienfaits de la lutte contre les ententes.

Entente coréenne concernant les prix des appartements

En 2003, suite à une hausse des prix des appartements attribuée principalement au relèvement des prix auxquels les constructeurs vendaient sur plan des appartements aux particuliers, et après avoir remarqué que ces constructeurs fixaient des prix presque uniformes dans deux régions de la Corée, la Commission coréenne de la concurrence (KFTC) a mené des enquêtes sur place et a découvert deux ententes impliquant 16 entreprises qui avaient fixé des prix de vente uniformes. La KFTC a estimé que les deux ententes avaient augmenté les prix d'un montant total de presque 500 milliards de won (environ 380 millions de dollars des États-Unis), infligeant un préjudice de la même valeur aux acheteurs de ces appartements. De plus, étant donné que les prix plus élevés des appartements dans ces deux régions ont eu un impact sur les prix dans d'autres régions, le préjudice effectif était sans doute beaucoup plus important. La KFTC a infligé des amendes administratives de plus de 25 milliards de won (environ 20 millions de dollars des États-Unis) aux participants aux ententes. Cette affaire a eu énormément d'écho dans tous les médias nationaux, car l'accession à la propriété d'une maison ou d'un appartement est devenu un objectif prioritaire pour les Coréens.

2.1 *Soumissions concertées – sensibilisation des responsables des marchés publics*

Les pays membres ont commenté également des efforts de sensibilisation des agents et organismes chargés des marchés publics. Le truquage des appels d'offres reste un problème inquiétant dans presque tous les pays. Chaque année, les rapports annuels rendant compte de la lutte contre les ententes dans les pays membres signalent des affaires de soumissions concertées.¹⁶ Souvent, c'est l'autorité adjudicatrice qui est la mieux placée pour déceler les indices de truquage des offres, car elle connaît bien le secteur d'activité et peut repérer, lors de la procédure de soumission des offres, des éléments laissant supposer la présence d'ententes illicites. Qui plus est, l'autorité adjudicatrice peut exercer une certaine influence sur la manière dont se déroulent les soumissions, de façon à rendre une entente plus difficile. Pourtant, les discussions de la table ronde ont révélé que des programmes de formation systématique des agents chargés des marchés publics n'existent que dans quelques pays membres, tandis que d'autres pays n'ont mis sur pied que récemment des programmes plus limités. On peut donc penser que dans beaucoup de pays les autorités

adjudicatrices ne sont pas encore suffisamment conscientes du danger d'entente entre les soumissionnaires, ni du rôle de premier plan qu'elles peuvent jouer dans la prévention et la détection des ententes.

Le *Canada* et les *États-Unis* font partie des pays ayant les programmes les plus complets de formation des agents chargés des marchés publics. Les autorités de la concurrence des deux pays organisent des colloques, des conférences et d'autres programmes de formation à l'intention des responsables des marchés publics. Les *États-Unis* ont publié une liste de contrôle recensant les énonciations et comportements suspects, qui devrait aider les agents chargés des marchés publics à détecter une éventuelle collusion. Des brochures informant les agents chargés des marchés publics du danger des ententes ont été diffusés également.¹⁷ Au *Canada*, le Bureau de la concurrence a préparé une présentation multimédia concernant la façon de détecter des soumissions concertées, de fournir des informations au Bureau et de prévenir le truquage d'offres. Ce programme est disponible sur CD ROM et sur le site web du Bureau de la concurrence.¹⁸ Les efforts du *Canada* mettent l'accent également sur les réformes possibles de la procédure de passation des marchés et informent les agents chargés des marchés publics quant aux mesures à prendre pour modifier la procédure afin d'écarter les soumissions concertées.

Dans certaines circonstances, une autorité de la concurrence peut décider qu'il ne suffit pas de conseiller les agents chargés des marchés publics, surtout dans certains secteurs. En *Corée*, par exemple, l'autorité de la concurrence supervise directement la passation des marchés publics dans plusieurs secteurs, dont l'électricité, la défense et la construction de routes, reconnaissant que ces secteurs se prêtent particulièrement à des soumissions concertées.

Dans plusieurs pays, les efforts visant à impliquer les agents chargés des marchés publics dans la détection et la prévention des ententes sont plus récents. Cependant, certaines de ces initiatives ont déjà donné de bons résultats. Une fois que les agents chargés des marchés publics comprennent bien le mécanisme de truquage des offres et, surtout, constatent que des poursuites réussies se traduisent par une baisse des prix, ils manifestent un grand intérêt pour l'action de l'autorité de la concurrence et sont prêts à appuyer la lutte contre les ententes. La *Suède* illustre bien ce phénomène. Dans ce pays, l'intérêt pour la question des soumissions concertées a été déclenché par les poursuites à l'encontre d'une entente de fabricants d'asphalte, qui visait les projets de construction de routes de l'Association suédoise de construction de routes et de certaines collectivités locales. Cette affaire est commentée ci-après. Les médias ont souligné les pertes subies par les contribuables à cause de l'entente ainsi que les effets bénéfiques des poursuites, les prix ayant baissé d'environ 20 % après la mise à jour de l'entente. Depuis lors, l'autorité de la concurrence a mis en

place un nouveau programme contre les ententes par soumissions concertées. Ce programme a été notamment adopté par l'Association des collectivités locales.

L'exemple suédois est très instructif de deux points de vue. D'abord, il confirme que les poursuites réussies, surtout si les médias les font bien connaître au public, peuvent contribuer pour beaucoup à la sensibilisation aux ententes. Ensuite, dans le cadre de l'action qu'elle mène pour sensibiliser les agents chargés des marchés publics aux ententes, l'autorité suédoise de la concurrence leur a fourni une liste des indices de truquage des offres ; cette liste suit de près celle des États-Unis. On sait que dans un cas au moins, une autorité locale suédoise s'est basée sur la liste pour fournir des informations concernant des activités suspectes au cours d'une procédure de soumission, ce qui a conduit l'autorité de la concurrence à ouvrir une enquête. Cela n'est qu'un pas dans la voie d'une lutte plus efficace contre les soumissions concertées, mais on voit bien que les autorités de la concurrence peuvent bénéficier de l'expérience d'autres pays et de programmes en vigueur pour mieux sensibiliser les agents chargés des marchés publics.

Le rôle des agents chargés des marchés publics ne devrait pas se limiter à la lutte contre les ententes par soumissions concertées une fois que ces dernières se sont constituées. Les autorités de la concurrence peuvent conseiller aux autorités adjudicatrices plusieurs mesures à prendre pour réduire la probabilité de ces pratiques. Il s'agit de modifier la procédure de soumission, de manière à rendre une entente plus difficile et/ou plus coûteuse.¹⁹ Par exemple, puisqu'un petit nombre de concurrents et une grande similitude entre les concurrents augmente la probabilité de collusion, les autorités adjudicatrices devraient s'adresser à un plus grand nombre de soumissionnaires plus diversifiés. Par ailleurs, la fréquence des interactions entre les participants aux procédures de soumission augmente aussi la probabilité de collusion. Par conséquent, varier la portée des appels d'offres pourrait être utile, afin que ce ne soit pas toujours les mêmes entreprises qui participent. Enfin, la stabilité de la demande, par exemple lorsque des marchés de même dimension font l'objet d'appel d'offres à intervalles réguliers, facilite les ententes. Cette fois encore, les autorités adjudicatrices peuvent modifier la procédure en vue de réduire le risque de collusion.

Il existe encore d'autres moyens de renforcer la réglementation des marchés publics de façon à prévenir le truquage des appels d'offres. Par exemple, les *États-Unis* considèrent que menacer les entreprises convaincues de soumissions concertées d'interdiction de participation aux marchés publics est un moyen efficace de prévenir les ententes et de faire respecter la loi. De nombreuses entreprises qui soumissionnent fréquemment à des marchés publics

jugent très sérieux le risque d'exclusion des marchés publics. Souvent, les agents chargés des marchés publics consentent à lever l'interdiction si un programme rigoureux de mise en conformité est adopté et s'ils obtiennent l'autorisation de procéder à des inspections inopinées des documents et de vérifier que les procédures ont été respectées, assurant ainsi un respect plus strict de la loi à l'avenir. D'autres pays pourraient adopter cette sanction. Par exemple, les règles de l'UE concernant les marchés publics permettent aux autorités nationales des États membres de l'UE d'exclure les soumissionnaires coupables de truquage d'offres, dès lors que le droit national ne s'y oppose pas. Cependant, on observe que très peu d'États membres de l'UE utilisent l'exclusion des soumissionnaires comme sanction en cas de soumissions concertées.

Dans certains pays, chaque soumissionnaire à un marché public doit signer une déclaration écrite par laquelle il s'engage à respecter la loi, ou certifie que son offre est indépendante. Ces déclarations constituent un autre outil efficace que les agents chargés des marchés publics peuvent adopter afin de réduire le nombre d'ententes par soumissions concertées. Ce type de déclaration peut prévenir le truquage d'offres en exigeant la divulgation de tous les faits importants concernant les communications et les arrangements avec les concurrents qui se rattachent à l'appel d'offres, ou encore en demandant aux soumissionnaires de certifier qu'il n'y a pas eu de consultations, communications ou accords avec des concurrents pour ce qui est du prix offert ou de l'intention de soumission.

Exemples d'ententes par soumissions concertées

Entente hongroise pour la construction d'une autoroute

En 2003, l'autorité hongroise de la concurrence (GVH) a ouvert une enquête pour suspicion de soumissions concertées à un projet de construction d'une autoroute ; elle a ensuite élargi l'enquête à un autre appel d'offres. GVH a établi que plusieurs grandes entreprises de premier plan, y compris des filiales de sociétés étrangères, avaient décidé entre elles de l'identité des soumissionnaires qui devaient remporter le marché. Elles étaient convenues également que le soumissionnaire choisi passerait des contrats de sous-traitance, dans le cadre du projet de construction, aux autres participants à l'entente. Le total des amendes infligées s'est élevé à 7.04 milliards de forints (environ 28 millions d'euros), de loin l'amende la plus lourde jamais imposée depuis l'application de mesures antitrust en Hongrie.

Entente portugaise pour les bandelettes réactives de surveillance de la glycémie

L'autorité portugaise de la concurrence a ouvert une enquête sur une entente des fabricants de bandelettes réactives de surveillance de la glycémie, suite à une plainte déposée par un hôpital de Coimbra. L'hôpital avait lancé un appel d'offres pour des bandelettes réactives mesurant la glycémie. Cinq sociétés ont soumis des offres, mais l'hôpital n'a pas attribué le marché lorsqu'il a constaté que les cinq soumissionnaires avaient fait des offres proposant le même prix (20 euros), qui représentait une hausse considérable par rapport au coût du même produit l'année précédente (entre 11.37 et 14.96 euros). Après investigation, l'autorité de la concurrence a pu établir que l'uniformité des prix ne pouvait s'expliquer autrement que par l'existence d'une entente illicite. L'autorité a infligé une amende d'environ 660 000 euros à chaque société inculpée (Abbot Laboratórios, Bayer Diagnosticos Europe, Johnson & Johnson, Menarini Diagnosticos et Roche Farmacêutica Quimica), pour un total de presque 3.2 millions d'euros.

Entente suédoise pour l'asphalte

L'autorité suédoise de la concurrence a mené une enquête dans l'industrie de l'asphalte, suspectée de truquer les offres soumises pour un grand nombre de projets de construction de routes. La principale cible de l'entente suspectée était l'Administration nationale des routes, mais l'entente visait aussi beaucoup de communes. Une filiale de l'Administration nationale des routes est soupçonnée d'avoir participé à l'entente également. Si ce fait était prouvé, l'Administration nationale des routes serait en même temps opérateur et victime d'une entente illicite. L'autorité de la concurrence a demandé au tribunal compétent d'imposer des amendes d'un total de 1.6 milliard de couronnes (environ 225 millions de dollars des États-Unis) aux participants à l'entente. Bien que l'affaire soit encore en instance, l'action de l'autorité de la concurrence a déjà eu des effets très bénéfiques. L'affaire a été amplement médiatisée et plusieurs reportages ont mis l'accent sur les dommages causés par l'entente aux contribuables. Les résultats de l'intervention de l'autorité de la concurrence ont été très nets, car les agents chargés des marchés publics ont vu les prix baisser de 20 %. Grâce à la sensibilisation des agents chargés des marchés publics aux dommages dus aux ententes, l'autorité de la concurrence a pu lancer un nouveau programme contre les ententes pour soumissions concertées en 2004, à la suite d'une initiative des collectivités locales. Ce programme donne à l'autorité de la concurrence la possibilité d'informer les agents chargés des marchés publics des moyens de détecter les indices de soumissions concertées et les encourage à signaler les activités suspectes.

3. Préjudice et sanctions

3.1 Estimation du préjudice causé par les ententes

Une des contributions majeures du deuxième rapport a été l'examen d'affaires d'ententes où les préjudices pouvaient être évalués et comparés aux sanctions infligées. En se basant sur ces cas, le deuxième rapport a démontré que les sanctions pécuniaires infligées en cas d'entente restaient bien au-dessous du niveau où elles pourraient constituer une dissuasion optimale.²⁰

Le Comité de la concurrence ne s'est pas livré à une telle étude en vue de la préparation du présent rapport. Cependant, les exemples rapportés par certains pays membres confirment les conclusions du deuxième rapport. En ce qui concerne les amendes administratives, par exemple, le *Japon* estime que les ententes récentes ont fait augmenter les prix, en moyenne de plus de 16.5 %. En *Suède* et en *Finlande*, les autorités de la concurrence ont constaté des baisses de prix de 20 à 25 % après la poursuite des ententes pour l'asphalte, les marges illicites étant sans doute du même ordre. Dans l'affaire précitée des tenues de football au *Royaume-Uni*, les prix à long terme ont diminué de 30 % après les poursuites engagées par l'OFT. En *Israël*, l'autorité de la concurrence a noté que les prix ont baissé d'environ 40 à 60 % après la mise à jour de soumissions concertées entre les fabricants d'enveloppes. Aux *États-Unis*, on estime que certaines ententes injustifiables peuvent faire monter les prix de 60 à 70 %.

Des recherches récentes consacrées aux amendes administratives dans les affaires d'entente, prenant en compte un grand nombre d'ententes, estiment que l'amende moyenne se situe entre 20 à 30 % et que les ententes internationales donnent lieu à des amendes plus lourdes que les ententes nationales.²¹

En ce qui concerne le niveau des sanctions pécuniaires, les informations recueillies pour la préparation de ce rapport confirment les conclusions du deuxième rapport. Par exemple, les données concernant plusieurs ententes au *Japon* montrent que les amendes sont restées de loin inférieures aux estimations du préjudice. À ces niveaux, les sanctions pécuniaires ne peuvent pas être considérées comme une dissuasion optimale, surtout quand on sait que toutes les ententes illicites ne sont pas découvertes ; par conséquent, les sanctions pécuniaires devraient être supérieures de beaucoup au préjudice. Le deuxième rapport laissait entendre, par exemple, que selon des estimations modérées, l'amende devrait être égale à trois fois le gain illicite pour constituer une dissuasion efficace.²²

3.2 *Sanctions à l'encontre des personnes physiques*

Après avoir examiné les sanctions pécuniaires infligées aux ententes, le deuxième rapport se prononçait comme suit à propos des sanctions frappant les personnes physiques :

Qu'il soit ou non légalement possible d'infliger une amende optimale à l'entreprise et pratiquement possible de la calculer dans un cas donné, le fait d'infliger réellement cette amende pourrait poser des problèmes. L'amende optimale pourrait simplement être trop lourde à supporter pour l'entreprise, ce qui entraînerait sa faillite et sa sortie possible du marché, et, dès lors, réduirait la concurrence. On pourrait donc envisager des sanctions contre des personnes physiques, qui leur feraient encourir un risque individuel au titre de leur comportement. Ces sanctions pourraient compléter les amendes infligées à l'entreprise et accroître l'effet dissuasif. Les lois de plusieurs pays de l'OCDE permettent, pour moins de la moitié d'entre eux, d'infliger des amendes administratives à des personnes physiques pour comportement d'entente. Dans une petite minorité de pays, le comportement d'entente constitue un délit pénal, passible de peines d'emprisonnement et d'amendes. La perspective d'être emprisonné peut fortement dissuader les collaborateurs des entreprises de conclure un accord d'entente. Cependant, les pays n'envisagent pas tous d'incriminer le comportement d'entente. Cette mesure pourrait entrer en conflit avec les normes sociales ou légales en vigueur dans un ressort juridictionnel donné. Elle pourrait avoir pour effet d'alourdir la charge de la preuve incombant au ministère public et rendre plus difficile la collecte des preuves dans certaines circonstances, car des sauvegardes procédurales additionnelles s'appliquent en matière pénale.²³

Après l'adoption du deuxième rapport, le Comité a examiné de plus près le rôle des sanctions à l'encontre des personnes physiques, y compris les sanctions pénales, dans la répression des ententes, mais aussi les difficultés que pouvait créer l'introduction de ce type de sanction. Les conclusions de cet examen sont résumées ci-après.²⁴

Le bien-fondé des sanctions à l'encontre des personnes physiques

L'analyse des sanctions pécuniaires infligées aux ententes va tout à fait dans le sens de sanctions à l'encontre des personnes physiques. On considère généralement que les sanctions frappant les personnes morales sous forme d'amendes ne sont presque jamais assez lourdes pour constituer une dissuasion optimale et que la menace de sanctions personnelles peut être un complément important aux sanctions pécuniaires prononcées à l'encontre des personnes

morales. Les sanctions à l'encontre des personnes physiques sont de nature à inciter davantage les dirigeants et les salariés à résister aux pressions qui peuvent conduire l'entreprise à participer à des activités illicites, augmentant ainsi l'efficacité de la dissuasion. De plus, les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent accroître l'efficacité des programmes de clémence, étant donné qu'elles incitent fortement à révéler des informations concernant les ententes en place et à coopérer avec les enquêteurs. Ces sanctions peuvent donc augmenter la probabilité qu'un individu se dissocie d'une entente et qu'il fournisse des informations et offre sa coopération, les programmes de clémence étant ainsi plus efficaces. Qui plus est, même lorsqu'une entente a déjà été découverte, le risque de sanctions individuelles et la possibilité d'éviter ces sanctions par la coopération renforcent la position de l'autorité de la concurrence au cours de l'enquête.

De plus, les faits montrent que les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent avoir des effets dissuasifs. Par exemple, on a vu des cas où des opérateurs d'entente ont organisé des réunions à l'extérieur des *États-Unis* croyant (à tort) qu'ils échapperaient aux sanctions pénales prévues par la loi antitrust des *États-Unis*. Il existe aussi des exemples plus récents d'ententes qui excluent les *États-Unis* de leur champ d'application afin d'éviter le risque de sanctions pénales. Le risque de sanctions pénales pèse plus lourd que le risque de sanctions pécuniaires. C'est la leçon qu'on peut également tirer de l'expérience des *États-Unis*, où les auteurs d'infractions proposent généralement de payer de fortes amendes s'ils peuvent, ce faisant, éviter l'emprisonnement ; bien entendu, personne n'a jamais proposé d'aller en prison pour éviter une amende.²⁵

Toutefois, il n'existe pas d'éléments empiriques systématiques démontrant l'effet dissuasif des sanctions pénales et, surtout, permettant d'évaluer si l'avantage marginal de sanctions à l'encontre de personnes physiques, prenant la forme d'une réduction du préjudice dû aux ententes, est supérieur au coût additionnel lié à des sanctions pénales, notamment le coût correspondant des poursuites et de l'administration du système pénitentiaire. Étant donné la nature des activités d'entente, on admet en général qu'il serait pratiquement impossible d'obtenir les données pertinentes. Les pays qui sanctionnent les personnes physiques en cas d'entente le font parce qu'ils considèrent que les sanctions à l'encontre des personnes morales ne constituent pas une dissuasion suffisante et que les sanctions individuelles, notamment l'emprisonnement, peuvent être efficaces dans la lutte contre les ententes.

En définitive, chaque pays doit déterminer son propre dosage « idéal » de sanctions ayant l'effet dissuasif maximal à l'égard des ententes.²⁶ L'argument selon lequel l'action contre les ententes sera plus efficace si des sanctions

peuvent être infligées aux personnes physiques est très solide. Toutefois, dans chaque pays, la décision dépend d'un certain nombre de facteurs, y compris l'environnement culturel et juridique, les antécédents en matière de répression des ententes illicites, les relations entre l'autorité de la concurrence et les tribunaux et procureurs, ainsi que les ressources de l'autorité de la concurrence. Par exemple, un pays pourrait envisager d'autres mécanismes pouvant inciter davantage à se dissocier d'une entente illicite ; ces mécanismes pourraient être alternatifs aux poursuites individuelles ou les compléter. La *Corée*, par exemple, a introduit récemment un système de récompense des individus qui fournissent des informations à la KFTC au sujet d'une entente illicite, incitant ainsi les individus à se dissocier d'une entente par un moyen qui ne dépend plus de la menace de sanctions.²⁷ D'autres pays pourront faire en sorte que les actions privées en justice jouent un plus grand rôle dans l'application du droit de la concurrence, de manière à ce que leur dispositif ait un effet plus dissuasif à l'égard des ententes.

Tendance à la pénalisation

Bien que peu de pays membres de l'OCDE et de pays observateurs aient effectivement imposé des sanctions à l'encontre de personnes physiques, la tendance à considérer que les peines individuelles peuvent contribuer à une action plus efficace contre les ententes s'accroît. Le *Royaume-Uni* a introduit des sanctions pénales et a engagé des poursuites dans une première série d'affaires sous le nouveau régime juridique. En *Australie*, les sanctions pénales bénéficient d'un large appui et un dispositif pénal pourrait être adopté très prochainement. Le débat concernant les avantages d'un régime de sanctions pénales se poursuit dans d'autres pays. En *Suède*, par exemple, une commission a recommandé en 2004 l'incrimination du comportement d'entente. L'autorité suédoise de la concurrence, tout en n'écartant pas le principe d'une pénalisation, a exprimé des réserves à propos de cette recommandation en faisant valoir que le régime proposé, tel qu'il était conçu, pourrait en fait rendre la détection des ententes plus difficile.²⁸

Facteurs augmentant l'efficacité d'un régime de sanctions pénales

Si un pays décide d'introduire des sanctions pénales, plusieurs facteurs doivent être pris en compte pour faire en sorte que les sanctions pénales contribuent aussi efficacement que possible à l'action contre les ententes tout minimisant les coûts associés à un tel régime. Dans les pays où le pouvoir de poursuivre les ententes en justice appartient au procureur et pas à l'autorité de la concurrence, une bonne coordination entre l'autorité de la concurrence et le procureur peut être primordiale. Tout d'abord, l'autorité de la concurrence peut être amenée à collaborer étroitement avec le procureur pour le convaincre de

poursuivre les participants à une entente. Dans plusieurs pays membres et pays observateurs, notamment *Israël* et la *Norvège*, les autorités de la concurrence ont éprouvé des difficultés à convaincre les procureurs de poursuivre une entente. De plus, une collaboration étroite sera nécessaire pour assurer l'efficacité des programmes de clémence. Les individus, aussi bien que les entreprises, pourraient se montrer plus réticents à fournir volontairement des informations concernant des ententes dans le cadre du programme de clémence d'une autorité de concurrence s'ils doivent craindre la possibilité de poursuites pénales individuelles. Des règles claires et transparentes doivent assurer aux individus et aux entreprises qui font spontanément une demande de clémence une protection contre des poursuites pénales. Au *Royaume-Uni*, par exemple, l'autorité de la concurrence et le Bureau du procureur public ont fait des déclarations en ce sens, assurant les demandeurs de clémence que la clémence s'applique également aux poursuites pénales.

La définition de l'infraction pénale peut, elle aussi, influencer sur l'efficacité d'un régime de sanctions pénales. Les pays membres qui ont introduit récemment des sanctions pénales, ou qui se proposent de le faire, ont examiné la question en détail et sont arrivés à la conclusion que la définition de l'infraction pénale d'entente devrait être différente de l'interdiction générale des accords restrictifs résultant de la loi sur la concurrence. Il faut en effet une plus grande sécurité juridique pour mieux protéger les droits de la défense, mais on peut craindre également que les sanctions pénales aient un effet dissuasif excessif si le comportement auquel elles s'appliquent n'est pas défini clairement. Ces pays, le *Royaume-Uni* et l'*Australie*, ont choisi, ou sont en train d'étudier une disposition qui préciserait les divers actes constituant une infraction pénale, à l'instar de ce qui a été fait pour la définition des ententes injustifiables dans la recommandation de 1998 concernant les ententes injustifiables.

Toutefois, employer une définition précise de l'infraction pénale d'entente n'est pas une condition nécessaire pour le succès d'un régime de répression pénale. Les pays qui obtiennent des condamnations pénales sur la base du libellé général de leur loi de la concurrence, notamment les *États-Unis* et *Israël*, s'appuient sur une jurisprudence constante, l'appréciation du procureur, et parfois un régime d'approbation ou d'exemption, pour faire en sorte qu'il n'y ait pas d'incertitude quand à la portée de l'infraction pénale et pour éviter un éventuel risque de dissuasion excessive.

Se baser sur la définition générale que la loi de la concurrence donne du comportement anticoncurrentiel peut entraver les poursuites pénales lorsque l'entente n'est pas automatiquement frappée d'interdiction. Sinon, il est possible que les éléments d'une violation de la loi de la concurrence, tels que la définition du marché, les barrières à l'entrée et les effets sur la concurrence,

doivent être démontrés selon les normes du droit pénal, rendant la dissuasion trop faible et l'inculpation pénale trop difficile. Cela a été le cas au Canada. Par conséquent, on étudie actuellement d'autres solutions qui comporteraient une incrimination plus efficace et plus précise des ententes injustifiables, tout en encourageant les alliances qui favorisent la concurrence.

4. La coopération internationale, y compris l'échange d'informations dans les enquêtes sur les ententes

Soutenir les pays membres dans leurs efforts visant à renforcer la coopération internationale dans les enquêtes sur les ententes reste une priorité pour le Comité. Une coopération internationale plus efficace peut renforcer la capacité des autorités de détecter les ententes internationales, de conduire les enquêtes qui s'y rapportent et de réduire le risque d'incohérence entre les différents systèmes d'application des lois.

Le deuxième rapport sur les ententes injustifiables a examiné dans le détail l'évolution de la coopération internationale dans les enquêtes sur les ententes.²⁹ Il constatait que les autorités de la concurrence étaient de plus en plus conscientes de l'extrême nocivité des ententes internationales et mondiales, et des préjudices considérables qu'elles infligent ; le rapport notait aussi une nette intensification de la coopération entre les autorités de concurrence pour la détection des ententes et les enquêtes correspondantes. Il remarquait que la collaboration était la plus intense au sein d'un petit groupe de pays, bien que d'autres pays coopèrent également dans certaines affaires internationales. Dans la plupart des cas, il s'agit d'une « coopération informelle », où les autorités examinent ensemble, de manière informelle, les stratégies d'enquête, les données relatives aux marchés et la valeur des témoignages, mais n'échangent pas des éléments de preuve qui ont été recueillis dans le cadre d'une enquête et qui sont protégés par des lois nationales de confidentialité. Toutefois, le deuxième rapport reconnaît également que même si la coopération informelle peut être très utile et peut parfois faire avancer énormément certaines affaires, souvent l'enquête sur une entente internationale est fortement entravée par l'impossibilité, pour les autorités de la concurrence, d'échanger des informations de manière officielle.³⁰

Beaucoup de ces évolutions se sont poursuivies. Les pays membres de l'OCDE et les observateurs sont d'avis que la coopération internationale pour la détection, les investigations et la poursuite d'ententes internationales a atteint des niveaux sans précédent. On a utilisé avec succès de nouvelles stratégies d'enquête telles que les inspections inopinées coordonnées, menées simultanément dans plusieurs pays. La renonciation à la confidentialité lorsque plusieurs demandes de clémence sont faites simultanément a créé de nouvelles

occasions de coopération entre pays. Dans plusieurs affaires, des pays ont pu prêter leur concours à d'autres pays en leur donnant accès à des preuves et à des témoins se trouvant sur leur territoire. Plus de pays que jamais coopèrent en échangeant leur savoir-faire et leur l'expertise dans la poursuite des ententes, surtout en ce qui concerne les techniques d'investigation. Le nombre d'accords bilatéraux de coopération a beaucoup augmenté.³¹ Un responsable de l'application des lois a conclu récemment : « La coopération entre les autorités de concurrence a changé du tout au tout au cours des cinq dernière années », et « notre coopération avec les autorités antitrust d'autres pays n'a jamais été plus efficace ».³²

Cependant, malgré des progrès appréciables, il reste encore beaucoup à faire en matière de coopération internationale. Surtout, il est fréquent que la coopération entre les autorités de concurrence n'inclue pas l'échange formel d'informations confidentielles. Si un plus grand nombre d'autorités de concurrence étaient autorisées à échanger des informations confidentielles dans les enquêtes sur les ententes, on pourrait plus efficacement détecter, enquêter et poursuivre en cas d'entente internationale.

4.1 *Coopération pour l'application des lois*

Dans de nombreux cas de coopération réussie à l'occasion d'enquêtes concernant les ententes internationales, les pays membres de l'OCDE ont continué à s'appuyer sur la coopération informelle, notamment pour l'examen des stratégies d'enquête, les informations relatives aux marchés et l'évaluation des témoins. Malgré ses limites, la coopération informelle peut être très fructueuse et contribuer à des poursuites plus efficaces. Une forme récente de coopération informelle réussie est la coordination d'inspections inopinées dans plusieurs pays, qui permet aux autorités participantes de préserver l'élément de surprise dans leurs investigations et d'éviter la destruction éventuelle d'éléments de preuve.

Coopération au moyen d'inspections coordonnées³³

En février 2003, pour la première fois, une enquête sur une entente internationale a été déclenchée simultanément dans quatre juridictions. Dans le cadre d'investigations concernant des activités suspectes dans le secteur des stabilisateurs thermiques et des modificateurs d'impact, le Bureau canadien de la concurrence, la Commission européenne, la Commission japonaise de la concurrence et la Division antitrust du Département de la Justice des États-Unis ont coordonné des perquisitions simultanées, des mandats de comparution et des interrogatoires surprises. En Europe, des représentants de la Commission européenne et des pays membres ont perquisitionné les locaux de 14 entreprises situées dans six pays membres, dans le cadre de ces actions parallèles. En tout, plus de 250 enquêteurs et agents ont été impliqués dans l'exécution simultanée de ces enquêtes sur trois continents.

La coopération par l'échange d'informations qui ne sont pas considérées comme confidentielles s'est avérée utile aussi dans de nombreux cas. Souvent, la recommandation de 1995 de l'OCDE sur la coopération³⁴ continue à fournir un cadre pour ce type de coopération, surtout entre les pays membres de l'OCDE qui n'ont pas conclu d'accords bilatéraux de coopération. La *Corée*, par exemple, a signalé qu'elle a avisé plusieurs autres autorités de la concurrence, en conformité avec la recommandation de 1995, lors de l'ouverture d'une enquête sur une entente et qu'elle a reçu l'appui de plusieurs des autorités avisées, qui lui ont fourni des informations non confidentielles recueillies au cours de leurs propres enquêtes. La *Corée* considère que l'information reçue lui a été d'une grande utilité dans ses investigations.

Le succès de la coopération entre les autorités de concurrence est confirmé par l'échange régulier de savoir-faire et d'expertise dans le domaine de l'application des lois, notamment pour ce qui concerne les outils et techniques de détection des ententes, les modalités d'investigation et de collecte d'éléments de preuves (recherches électroniques, par exemple) et la gestion des affaires d'ententes. Les réunions annuelles des responsables de l'application des lois, qui mettent l'accent sur les aspects pratiques et qui ont débuté en 1999, se poursuivent dans le cadre du RIC depuis 2004. Lors de la dernière réunion de Sydney, la session de deux jours a été combinée avec des ateliers mettant l'accent sur les programmes de clémence. Ce type de rencontre permet aux participants de se renseigner sur les « meilleures pratiques » pour la lutte contre les ententes. Ces réunions offrent l'occasion de développer des relations étroites de travail, qui peuvent faciliter une meilleure coopération, dans les affaires d'ententes, entre un nombre croissant de juridictions.

Malgré les réussites de la coopération internationale via les différentes formes de la coopération « informelle », les pays membres ont pu se rendre compte dans plusieurs affaires que la coopération informelle avait des limites, et que l'impossibilité d'échanger des informations confidentielles pouvait entraver sérieusement les enquêtes. Par exemple, la *Turquie* a signalé que l'absence de mécanismes formels de coopération autorisant les échanges d'informations confidentielles avec la *Commission européenne* avait limité ses possibilités d'enquête dans des affaires d'entente. Dans une affaire de suspicion d'activités d'entente dans le secteur des appareillages hermétiquement clos, qui semblaient avoir lieu en dehors de la Turquie, mais affectaient le marché turc, la même entente faisait l'objet d'investigations de la part de la Commission européenne. Malgré la demande de coopération formulée par la Turquie, la Commission n'a pas pu échanger d'informations confidentielles en l'absence de mécanisme autorisant l'échange d'informations confidentielles. Le fait de ne pas pouvoir obtenir des informations de source étrangère a entravé considérablement les possibilités d'enquête de la Turquie sur cette affaire d'entente.

Lorsque les accords internationaux autorisent la coopération formelle, les autorités de la concurrence s'en sont servies dans un nombre croissant de cas, afin d'enquêter plus efficacement sur une entente. La coopération au titre de ces accords peut inclure des perquisitions à la demande d'un autre pays. L'*Allemagne*, par exemple, a procédé à de vastes perquisitions à la demande des *États-Unis*. Dans une affaire, plus de 100 policiers et agents de l'Office des ententes ont perquisitionné simultanément dans plusieurs régions de l'Allemagne suite à une demande d'entraide formulée par les États-Unis dans le cadre d'une enquête sur une entente.

Dans l'Union européenne, la coopération pour les enquêtes concernant une entente a fait l'objet de réformes majeures, un nouveau cadre ayant été mis en place par le règlement n° 1/2003, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004. Ce règlement a introduit des mécanismes de coopération de vaste portée via le Réseau européen de la concurrence, dont font partie les autorités de la concurrence des États membres de l'UE et la Commission européenne. Tout en autorisant l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de la concurrence, le règlement permet aux autorités de la concurrence de demander l'entraide des autres autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur des infractions aux articles 81 et 82, y compris en cas de suspicion d'entente. Les premières demandes d'entraide ont concerné des affaires d'entente ; à ce titre, des inspections ont été effectuées dans un État membre à la demande d'un autre État membre.³⁵

4.2 *Pratiques recommandées pour l'échange officiel d'informations*

Les autorités de la concurrence ont constaté à maintes reprises que la possibilité d'échanger des informations confidentielles peut contribuer pour beaucoup à une coopération et une répression plus efficaces dans les affaires d'entente internationale. Par conséquent, le Comité s'efforce depuis de nombreuses années de promouvoir l'échange d'informations confidentielles dans les enquêtes sur les ententes, en conformité avec la recommandation de 1995 sur la coopération³⁶ et avec la recommandation de 1998 concernant les ententes injustifiables.³⁷ Le deuxième rapport rend compte d'une grande partie des activités du Comité dans ce domaine. Il signale également les discussions du Comité avec les milieux d'affaires, représentés par le Comité consultatif économique et industriel (BIAC) auprès de l'OCDE, y compris sur les points de divergence entre les deux parties.³⁸ De plus, le Comité a étudié les pratiques et les règles relatives à l'échange d'informations dans d'autres domaines de l'application des lois où la coopération internationale est courante. Dans ces domaines, notamment la réglementation des valeurs mobilières et la fiscalité, les autorités semblent appliquer des régimes beaucoup moins restrictifs en termes de protection de la confidentialité, et de ce fait, elles échangent des informations bien plus souvent dans les enquêtes internationales.

Plus récemment, grâce à une meilleure coordination des programmes de clémence, les possibilités d'échange d'informations confidentielles et de coopération plus étroite se sont accrues. Le nombre de demandes de clémence soumises simultanément à plus d'une autorité de la concurrence a augmenté et les demandes simultanées de clémence peuvent comporter une renonciation au droit à la confidentialité. Ces renoncements multiplient les possibilités de coopération entre pays en permettant aux autorités de la concurrence concernées de partager les informations provenant de demandes de clémence. Toutefois, même dans les cas où les demandeurs de clémence renoncent au droit à la confidentialité, un plus large pouvoir d'échange d'informations confidentielles serait souhaitable parce que la renonciation au droit à la confidentialité ne vaut que pour les informations fournies par les demandeurs de clémence et, en général, les autorités de la concurrence ne peuvent pas échanger les informations incriminantes qu'elles obtiennent grâce à ces demandes. Par exemple, lorsqu'une autorité de la concurrence obtient des documents au cours d'une descente surprise déclenchée par des informations émanant d'un demandeur de clémence, ces documents restent normalement protégés par les règles de confidentialité et ne peuvent pas être communiqués aux autorités d'autres pays.

A partir de ses travaux concernant l'échange d'informations, le Comité a commencé d'élaborer en 2004 des Pratiques recommandées pour l'échange

officiel d'informations dans les enquêtes sur les ententes. Les Pratiques recommandées ont pour but d'identifier les sauvegardes que les pays membres devraient envisager d'appliquer lorsqu'ils autorisent les autorités de la concurrence à échanger des informations confidentielles dans le cadre d'enquêtes sur une entente. En identifiant les sauvegardes nécessaires pour l'échange d'informations, les Pratiques recommandées aideront les pays membres à lever les obstacles à une coopération efficace. Lors de la rédaction des Pratiques recommandées, le Comité a poursuivi ses fructueuses discussions avec les milieux d'affaires et les représentants des barreaux afin de mieux tenir compte de leurs préoccupations.

Les Pratiques Recommandées sont basées sur les principes suivants :³⁹

- Les conventions internationales ou les législations nationales autorisant une autorité de la concurrence à échanger des informations confidentielles dans certaines circonstances devraient protéger la confidentialité des informations échangées. En revanche, ces sauvegardes ne devraient pas s'appliquer lorsque les autorités de la concurrence échangent des informations qui ne sont pas soumises à des restrictions en matière de confidentialité prévues en droit interne.
- Les pays membres devraient d'une façon générale appuyer les échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes concernant des ententes. Toutefois, la fourniture des informations demandées dans un cas d'espèce devrait toujours être laissée à l'appréciation de la juridiction requise, ou bien celle-ci devrait pouvoir l'assortir de conditions. Il ne devrait pas y avoir obligation de donner suite à une demande. Un pays pourra rejeter la demande si, par exemple, l'exécution de cette demande est contraire à son droit interne ou à son ordre public. En outre, les échanges d'informations ne devraient pas nuire à une enquête concernant une entente injustifiable, et notamment à l'efficacité d'un programme d'amnistie ou de clémence.
- Pour engager un échange d'informations, les autorités devraient agir avec la souplesse qu'exige chaque cas d'espèce. Elles devraient envisager d'entamer au départ des consultations, par exemple pour évaluer dans quelle mesure la juridiction requise sera à même de préserver la confidentialité des informations contenues dans la demande et celle des informations échangées.
- Des garanties adéquates devraient être appliquées dans la juridiction requérante pour l'utilisation des informations échangées. Dans ce contexte, les Pratiques recommandées règlent en particulier le cas de l'utilisation des informations échangées à d'autres fins d'application

des lois, de la divulgation à des tiers et des mesures à prendre pour éviter une divulgation non autorisée.

- Les échanges d'informations devraient protéger les droits des parties en vertu des législations des pays membres. Les Pratiques recommandées visent expressément le secret professionnel applicable à certaines professions juridiques et la protection contre l'auto-incrimination. Dans ce contexte, les pays membres pourront devoir prendre en compte les différences de nature des sanctions pour violation du droit de la concurrence du fait d'une entente injustifiable qui sont appliquées dans les différents pays.
- La notification préalable à la source d'information pouvant gravement perturber et retarder une enquête sur une entente, les Pratiques recommandées ne préconisent pas cette notification, sauf si l'obligation de notification résulte du droit interne ou d'une convention internationale. Les autorités de la concurrence peuvent en revanche envisager une notification a posteriori si elle n'est pas contraire à une décision de justice, au droit interne ou à une convention internationale ou si elle ne compromet pas l'intégrité d'une enquête.

Ainsi, les Pratiques recommandées prévoient un cadre crédible de sauvegardes pour préserver les informations confidentielles d'une divulgation non autorisée, sans nuire à une coopération efficace des autorités de concurrence dans les enquêtes sur les ententes.

4.3 *Interface entre les poursuites publiques et privées dans les affaires d'entente internationale*

Récemment, on a vu apparaître un certain nombre de problèmes se situant à l'interface entre les poursuites publiques et privées dans les affaires d'entente internationale. Les interactions entre les poursuites publiques et privées peuvent parfois aboutir à des incohérences, et des droits plus larges d'action privée dans une juridiction pourraient nuire aux poursuites engagées par l'autorité publique dans d'autres juridictions, avec au total un résultat incertain en termes de dissuasion des ententes.

Les procédures de divulgation des preuves dans les litiges privés dont connaissent les tribunaux américains retiennent particulièrement l'attention. En particulier, on craint que la mise en œuvre de ces procédures dans les litiges antitrust privés dont sont saisis les tribunaux américains, dans le but d'avoir accès à des documents soumis par les défendeurs au cours d'une enquête portant sur la même entente mais conduite en dehors des États-Unis, puisse entraver les

opérations antitrust en dehors des États-Unis. Plus précisément, la *Commission européenne* est intervenue devant les tribunaux américains pour exprimer son inquiétude en cas de révélation des demandes de clémence, mesure pouvant nuire considérablement à son programme de clémence. Le *Canada* est intervenu devant les tribunaux américains pour des raisons similaires et s'est efforcé de limiter la divulgation de documents relatifs aux enquêtes sur les ententes et sur les poursuites dans sa juridiction.⁴⁰ Les résultats ont été mitigés ; tous les tribunaux n'ont pas accepté la position des gouvernements et des responsables de l'application des lois des pays étrangers qui essayaient de protéger l'intégrité de leur dispositif de répression des ententes.⁴¹ Une des réactions aux jugements accordant de larges droits de divulgation a été une modification à la politique de clémence de la Commission européenne, qui admet maintenant les dépositions orales dans les demandes de clémence.⁴² Mais, en fin de compte, on ne saurait écarter entièrement la possibilité que les règles de divulgation en matière civile d'un pays entravent les poursuites publiques dans une autre juridiction.

Une autre question importante se situant à l'interface entre les actions privées et publiques en cas d'entente concerne la portée des lois antitrust des États-Unis dans les litiges privés. Dans l'instance privée qui a suivi les poursuites publiques pour les célèbres ententes dans les secteurs des *vitamines* et de la *vente aux enchères des œuvres d'art*, ainsi que pour l'entente relative aux services de barge de gros tonnage, qui avaient toutes trois été préjudiciables aux consommateurs américains, des demandeurs étrangers ont voulu obtenir, via les tribunaux américains, des dommages intérêts des participants étrangers à l'entente, alors que les dommages subis par ces demandeurs résultaient de pratiques qui s'étaient produites en dehors des États-Unis.

Les questions importantes de répression des ententes au niveau international soulevées par ces affaires expliquent le fait que plusieurs gouvernements soient intervenus devant la Cour Suprême dans l'affaire *Empagran*⁴³ pour lui demander de limiter la portée de la législation antitrust des États-Unis. Leur principal argument était que même si la plupart des pays considèrent que la fixation des prix doit être condamnée, un élargissement déraisonnable de la loi antitrust américaine et de son régime privé d'application, comportant la possibilité d'obtenir des dommages intérêts triples, entraverait indûment les décisions des juridictions étrangères quant aux mesures à prendre pour remédier à des comportements d'entente intervenus sur leurs territoires et quant aux modalités de réparation du préjudice subi par les demandeurs privés. Ces gouvernements ont fait valoir également que permettre à des demandeurs étrangers ayant subi un préjudice spécifique d'exercer une action privée en réparation dans le cadre de la législation antitrust des États-Unis pourrait entraver la poursuite des ententes, car les participants à des ententes étaient ainsi moins incités à coopérer dans le cadre de programmes de clémence aux États-

Unis et ailleurs. En revanche, les intervenants pour le compte des demandeurs étrangers ont invoqué le fait que de plus larges possibilités d'action privée aux États-Unis auraient plus d'effet dissuasif à l'égard des ententes internationales, ce qui serait, en fin de compte, un avantage pour les pays étrangers aussi. La Cour ne s'est pas prononcée pour ou contre ces positions empiriques contradictoires à propos de la dissuasion au niveau mondial. Elle s'est fondée sur la notion de courtoisie et sur la nécessité d'éviter une interférence déraisonnable avec les intérêts d'États souverains pour se prononcer en faveur d'une interprétation plus restrictive de la loi américaine,⁴⁴ du moins dans les circonstances concrètes spécifiques où une entente internationale avait fait subir un préjudice à des consommateurs des États-Unis et d'autres pays, mais où les effets à l'étranger étaient « indépendants » de tout effet national.⁴⁵

Ces affaires ont soulevé des points qui appellent un examen plus approfondi. Les autorités de la concurrence, en général, ont un préjugé favorable à l'égard des actions privées dans les affaires d'entente où les consommateurs demandent des dommages intérêts pour réparer le préjudice qu'ils ont subi. Le risque d'attribution de dommages intérêts élevés dans les actions privées peut avoir un effet dissuasif supplémentaire à l'égard des ententes. Pour cette raison, le deuxième rapport sur les ententes encourage les pays membres à étudier « des moyens de permettre aux victimes d'ententes de recouvrer des dommages intérêts compensatoires auprès des opérateurs des ententes, conformément aux normes légales du pays et de manière à éviter la multiplication d'actions judiciaires inutiles ». ⁴⁶ La Commission européenne et les États membres de l'UE ont commencé à examiner également comment élargir les possibilités d'action privée pour l'application du droit européen de la concurrence.

Cependant, les actions civiles peuvent entraver les poursuites publiques, dans une même juridiction aussi bien que dans des juridictions étrangères. Le rôle des autorités de la concurrence dans la résolution des tensions entre les poursuites privées et publiques des ententes internationales est souvent limité, car ces autorités ont peu d'influence sur les règles de procédure, notamment celles qui concernent la collecte des preuves. Les autorités de la concurrence peuvent dans certains cas adapter leurs propres procédures de poursuite pour protéger l'intégrité de leurs programmes anti-ententes et elles interviennent parfois dans des procès afin de défendre des règles à même de réduire l'incohérence entre différents régimes d'application de la loi.

Le Comité a entamé des discussions sur les actions privées dans les affaires de concurrence et a l'intention d'entreprendre une étude plus approfondie de cette question afin d'appuyer les pays membres dans leur effort d'élargissement des possibilités d'action privée ; il se propose également de

faire mieux connaître les règles régissant les actions privées dans les autres pays membres, afin de pouvoir s'adapter à ces règles.

4.4 Accords internationaux

L'enquête réalisée en vue du présent rapport montre que les accords de coopération internationale se multiplient. Plusieurs accords ont été signés depuis l'adoption du deuxième rapport, et un réseau de plus en plus dense d'accords bilatéraux couvre non seulement la coopération entre les pays membres de l'OCDE, mais aussi celle entre les pays membres de l'OCDE et les pays non membres. Il peut s'agir d'accords de coopération entre deux pays, d'accords de coopération entre autorités de la concurrence et de conventions d'entraide judiciaire. Par ailleurs, les accords bilatéraux de libre-échange comportent des dispositions en matière de concurrence.⁴⁷

Bien que les conventions d'entraide judiciaire ne concernent pas spécifiquement la concurrence, elles peuvent jouer un grand rôle dans les affaires d'entente internationale, étant donné qu'elles fixent les conditions de la coopération officielle, y compris par l'échange d'informations confidentielles, si le comportement faisant l'objet de l'enquête constitue une infraction pénale. Les conventions d'entraide judiciaire ont été utilisées dans plusieurs enquêtes récentes sur des ententes internationales dans le but d'obtenir des éléments de preuve localisés dans une autre juridiction. La convention entre le *Canada* et les *États-Unis* est probablement l'un des traités d'entraide judiciaire les plus souvent utilisés dans le contexte des ententes. Dans une affaire importante, les tribunaux canadiens ont confirmé que le Bureau canadien de la concurrence pouvait utiliser la convention d'entraide judiciaire aux fins de coopération entre le Canada et les États-Unis dans des affaires d'ententes ; les parties faisant l'objet d'enquêtes pour suspicion d'entente aux États-Unis avaient contesté l'utilisation de la convention pour l'échange d'informations dans des affaires d'entente.⁴⁸

Les tribunaux canadiens confirment la possibilité d'utiliser la convention d'entraide judiciaire entre le Canada et les États-Unis dans les affaires d'entente

L'affaire *Falconbridge* a débuté par une demande d'entraide judiciaire de la part du Département de la Justice des États-Unis, dans le cadre de son enquête sur d'éventuels délits d'entente commis par Falconbridge et Noranda dans le secteur de l'acide sulfurique. La demande d'entraide ayant été acceptée, des documents ont été saisis au moyen de mandats de perquisition et d'une ordonnance de production de preuves. Lorsque le Commissaire de la concurrence a demandé l'autorisation d'envoyer les documents aux États-Unis, Falconbridge et Noranda ont fait des demandes reconventionnelles visant à annuler les mandats de perquisition et l'ordonnance de production de preuves et à obtenir un jugement déclaratoire précisant que la convention d'entraide judiciaire et la législation nationale d'application ne pouvaient pas être utilisées pour aider à la conduite d'une enquête concernant une violation de la loi Sherman.

La Cour a rejeté l'argument de Falconbridge et Noranda selon lequel l'infraction alléguée en vertu de l'article 1^{er} de la loi Sherman ne constituait pas une « infraction » selon la convention d'entraide judiciaire. La Cour a rejeté également le moyen selon lequel la convention exigeait la « réciprocité » ou la « double incrimination », de sorte que toute infraction commise avec le pays requérant devait également être une infraction dans le pays requis. En l'espèce, les agissements présumés ne constituaient pas une infraction en droit canadien. Les tribunaux ont confirmé que la convention ne posait pas une condition de réciprocité ou de double incrimination. La convention établit l'obligation de donner suite aux demandes visant certaines « infractions », telles qu'elles sont définies dans la convention, et de fournir certaines modalités d'aide également prévues dans la convention et assujetties à une série de restrictions explicites. La Cour d'appel a reconnu que cette interprétation de la convention forçait le Canada à fournir son aide dans des situations où il n'aurait jamais l'occasion de présenter une demande. Toutefois, elle a jugé que tel était précisément ce que la convention envisageait.

5. Conclusions

Ce rapport final sur la mise en œuvre de la recommandation du Conseil et les progrès accomplis par les pays membres dans la lutte contre les ententes injustifiables a mis en lumière les avancées, sur de nombreux points, de la lutte contre les ententes nationales et internationales. Des réformes législatives dans plusieurs pays membres ont renforcé les pouvoirs d'investigation des autorités de la concurrence, ont autorisé des sanctions plus sévères et ont accru les possibilités de coopération efficace avec les autorités étrangères de la concurrence. De plus en plus d'autorités de la concurrence ont créé des unités spécialisées dans les ententes et/ou ont fait de la lutte contre les ententes une activité prioritaire. De lourdes amendes sont infligées régulièrement. La coopération est aujourd'hui beaucoup plus courante et l'échange d'expertise en matière de répression des ententes s'est développé. Mais il reste beaucoup à faire.

5.1 *Sensibilisation de l'opinion*

La prise de conscience des effets dommageables des ententes injustifiables s'est accrue considérablement dans de nombreux pays. Des campagnes intensives visant à informer le public de la nature des ententes et du danger qu'elles représentent, et à mobiliser davantage le public en faveur de la lutte contre les ententes, ont été menées dans certains pays membres. Toutefois, plus de pays devraient envisager de créer ou d'élargir leurs propres programmes de sensibilisation destinés à des groupes clés de citoyens, en suivant l'exemple de programmes réussis en place dans d'autres pays. Les affaires très médiatisées, surtout celles qui affectent les consommateurs directement, sont souvent le moyen le plus efficace d'attirer l'attention du public sur les ententes.

Dans un grand nombre de pays, il serait bon de coopérer plus intensément avec les agents chargés des marchés publics, afin de lutter plus efficacement contre les soumissions concertées. Ce type d'entente existe partout ; c'est pourquoi pratiquement tous les pays pourraient bénéficier d'une approche plus incisive. Plusieurs pays ont mis en place des programmes complets à l'intention des autorités adjudicatrices ; il s'agit en particulier d'informer les responsables concernés du préjudice causé par ces ententes, d'examiner avec eux comment modifier les procédures de soumission de façon à réduire la probabilité de création d'ententes, et de leur faire connaître les moyens de surveiller les marchés pour détecter d'éventuels indices de truquage des offres. Les pays qui n'ont pas encore pris des mesures de ce genre devraient envisager de créer leurs propres programmes, à la lumière de ceux qui existent ailleurs, afin que les agents chargés des marchés publics deviennent des alliés efficaces dans la lutte contre les ententes.

5.2 *Sanctions*

Des sanctions sévères sont une composante indispensable de tout programme efficace de lutte contre les ententes. Dans de nombreux pays, les amendes pécuniaires élevées sont aujourd'hui plus courantes. Mais cela n'est pas le cas partout, et il semble que les sanctions ne se situent pas encore à des niveaux optimaux. Par conséquent, les pays devraient s'efforcer d'aggraver encore les amendes qui peuvent être infligées aux personnes morales pour participation à une entente.

Afin de renforcer l'effet dissuasif et l'efficacité des programmes de clémence, les pays devraient envisager également l'introduction et l'imposition de sanctions à l'encontre des personnes physiques, et notamment de sanctions pénales lorsqu'elles sont conformes aux normes sociales et juridiques. Si un pays admet que des sanctions frappant uniquement les personnes morales ne constituent pas à elles seules une dissuasion adéquate et que les sanctions pénales peuvent être un outil efficace dans la lutte contre les ententes, il devrait envisager des mesures qui optimisent les avantages des sanctions pénales tout en limitant leur coût. Ces mesures sont les suivantes : obtenir un soutien public très large pour un régime de sanctions pénales, convaincre les procureurs et les juges que la poursuite pénale des ententes est nécessaire et qu'il faut imposer des sanctions pénales, et établir une coopération étroite entre les autorités de la concurrence et les procureurs publics.

5.3 *Coopération internationale*

La coopération entre les autorités de la concurrence dans les enquêtes sur les ententes est maintenant courante. Les relations de collaboration entre les pays, notamment via l'échange de savoir-faire en matière de poursuites et une coopération plus large entre les responsables de l'application des lois, se sont multipliées. Ces évolutions sont essentielles pour une détection et une répression plus efficaces des ententes internationales. Il faudrait envisager des moyens supplémentaires pour renforcer la coopération internationale dans les enquêtes sur les ententes. Plus précisément, les pays devraient envisager d'habiliter leurs autorités de la concurrence à échanger des informations confidentielles avec des autorités étrangères de la concurrence, dès lors qu'il existe des garanties adéquates contre la divulgation non autorisée de ces informations, du type de celles décrites dans les Pratiques recommandées du Comité pour les échanges officiels d'informations dans les enquêtes concernant des ententes. Les pays où les comportements d'entente constituent une infraction pénale devraient se demander comment utiliser plus efficacement les conventions d'entraide judiciaire. Il faudrait aussi examiner comment coordonner les programmes de clémence, surtout en encourageant les

demandeurs de clémence à faire leur demande simultanément dans autant de pays que possible.

Le Comité de la concurrence continuera d'accorder à la lutte contre les ententes une de ses plus hautes priorités. Il mettra l'accent sur :

- *Les procédures d'application des lois* : examiner l'utilisation qui pourrait être faite, surtout dans les pays de droit civil, des procédures de jugement sur négociation de la peine dans les poursuites concernant des ententes, afin de mieux tirer parti des ressources disponibles ;
- *Le rôle des procureurs* : discuter des moyens d'assurer une coopération et une coordination plus efficaces avec les procureurs dans le cadre de poursuites pénales ;
- *Le préjudice* : recueillir plus d'informations sur le préjudice dû aux ententes et sur les moyens de mesurer le préjudice ;
- *Les programmes de clémence* : poursuivre les discussions sur les programmes efficaces de clémence et les méthodes qui permettraient de mieux coordonner ces mesures ;
- *La coopération et l'échange d'informations* : Continuer à promouvoir et à améliorer les possibilités, pour les autorités de la concurrence, d'échanger des informations dans les enquêtes sur les ententes ;
- *Les actions privées* : examiner comment les victimes d'ententes pourraient obtenir des dommages intérêts des opérateurs d'ententes dans un plus grand nombre de cas, en tenant compte des problèmes qui se situent à l'interface entre l'application publique et privée des lois contre les ententes.

NOTES

1. Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.
2. Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : premier rapport du Comité de la Concurrence.
3. Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : deuxième rapport du Comité de la concurrence, p.3.
4. Deuxième rapport, *supra* note 3, p. 14.
5. Le deuxième rapport a également été cité dans les ouvrages spécialisés consacrés aux ententes. *Voir, par exemple*, John M. Conner, *Price Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence* (2005).
6. « Review of the Trade Practices Act 1974 » (Dawson Report), chapitre 10 : « Penalties and other remedies » 1250-63 (2003). Le rapport Dawson précisait que l'introduction de sanctions pénales ne pouvait se faire avant qu'on soit arrivé à des conclusions satisfaisantes sur un certain nombre de questions préliminaires importantes, telles que la définition d'une infraction pénale. Comme on le verra ci-après, le projet de loi soumis depuis lors aurait pour effet d'introduire bon nombre des réformes recommandées dans le rapport Dawson.
7. *Verizon Communications c. Trinko*, 540 U.S. 398, 408(2004).
8. Ces informations sont en grande disponibles sous une forme plus détaillée dans les rapports annuels d'activité que les pays membres et les observateurs au Comité de la concurrence soumettent à ce dernier ; ces rapports annuels peuvent être consultés sur le site de l'OCDE, www.oecd.org/competition.
9. Au moment de la préparation de ce rapport, les amendes prononcées par l'Office des ententes ne sont pas finales, car la plupart des entreprises impliquées ont interjeté appel.
10. Voir les observations consacrées à la sensibilisation des agents chargés des marchés publics au préjudice causé par les ententes, paragraphe 11.
11. AKZO a bénéficié d'une immunité complète pour avoir dénoncé l'entente.
12. Jusqu'en mai 2004, la Commission ne pouvait pas perquisitionner un domicile privé.

13. Des renseignements sur les activités du RIC concernant la lutte contre les ententes sont disponibles sur le site :
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/cartel.html>.
14. *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For; Antitrust Enforcement and the Consumer*; disponible sur : <http://www.usdoj.org/atr/contact/newcase.html>.
15. <http://www.usdoj.gov/atr>.
16. Les rapports annuels sur la politique de concurrence sont disponibles sur : <http://www.oecd.org/competition>.
17. Disponibles sur <http://www.usdoj.gov/atr>.
18. <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02296e.html>.
19. Le droit de l'UMC et de l'UE impose aux législations nationales concernant les marchés publics des conditions qui pourraient limiter la portée des modifications qu'il est possible d'apporter à ces législations afin de rendre la création des ententes plus difficile. Toutefois, même dans le cadre des règles de l'OMC et de l'UE s'appliquant aux marchés publics, des modifications sont possibles pour réduire la probabilité d'ententes.
20. Deuxième rapport, *supra* note 3.
21. Conner, *supra* note 5, p. 67. L'auteur a utilisé des estimations basées sur plus de 500 affaires d'ententes. Voir aussi Gregory J. Werden, *The effects of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Grandall and Winston Overlook*, Economic Analysis Group Discussion Paper 30 (2003). Discussion du groupe d'analyse économique, Papier 30 (2003) (situant l'augmentation moyenne estimée à plus de 20%).
22. Deuxième rapport, *supra* note 3. Le deuxième rapport admet aussi que, selon certains observateurs, une seule entente sur six est détectée et fait l'objet de poursuites, ce qui implique un nombre effectif six fois plus élevé.
23. Deuxième rapport, *supra* note 3 (c'est nous qui soulignons).
24. Ententes : Sanctions à l'encontre des personnes physiques (2005). Une version complète de la table ronde est disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf>. Elargir les possibilités d'action privée contre les ententes peut également renforcer l'effet dissuasif. Ce thème, qui n'a pas été abordé lors de la table ronde sur les sanctions à l'encontre des personnes physiques, ne sera pas examiné dans la suite du présent rapport.
25. *Idem*, p.105. Les *États-Unis* soulignent qu'une offre de payer une amende au lieu de purger une peine d'emprisonnement ne serait pas acceptée.

26. Pour déterminer le dosage adéquat de sanctions, un pays peut également considérer que le risque de faillite ne doit pas être pris en compte en cas d'amende frappant une personne morale, ce qui élimine un facteur allant dans le sens d'amendes plus faibles à l'encontre des personnes morales.
27. Plusieurs commentateurs ont suggéré qu'un programme de récompense serait un outil efficace pour la détection des ententes et qu'il pourrait également rendre la création d'une entente plus coûteuse et, par conséquent, moins probable. Voir Cécile Aubert, Patrick Rey & William E. Kovacic, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, Int'l J. Indust. Org. [à paraître].
28. Suède, rapport annuel sur la politique de la concurrence pour 2004 (2005), disponible à : <http://www.oecd.competition>. Claes Norgen, intervention à la Conférence sur la réforme de l'antitrust en Europe, Bruxelles, 2005, disponible à : http://www.kkv.se/press/pdf/tal_cn_050309.pdf.
29. Deuxième rapport, *supra* note 3.
30. Deuxième rapport, *supra* note 3.
31. Voir également à 22.
32. Scott D. Hammond, *An Overview of Recent Development in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, présenté à la réunion d'hiver des dirigeants de l'Association du Barreau américain, 10 janvier 2005, disponible à : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>.
33. Communiqué de presse IP 03/33 (14 février 2003) de la Commission. La même stratégie a été employée avec succès dans d'autres affaires d'entente. Voir, par exemple, le communiqué de presse IP 03/107, 14 mai 2003 (inspections coordonnées dans le secteur des concentrés de cuivre).
34. Recommandation du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, C(95)130/FINAL, disponible à : <http://www.oecd.org/competition>
35. Règlement (CE) N°1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O. L1/1 (2004), articles 12 (échange d'informations) et 22 (assistance). Voir aussi la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de la concurrence, J.O. C101/43 (2004).
36. *Supra*, note 32.
37. *Supra*, note 1.
38. Deuxième rapport, *supra* note 3. Pour un examen détaillé de certaines de ces questions, voir aussi Scott D. Hammond, *Beating Cartels at Their Own Game - Sharing Information in the Fight Against Cartels*, présenté devant le

Competition Policy Research Center, Fair Trade Commission of Japan, 20 novembre 2003, disponible à :

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201614.pdf>.

39. Le texte des Pratiques recommandées est disponible à :
<http://www.oecd.org/competition>.
40. *In re Vitamins Antitrust Legislation*, misc. No. 99-197 (TFH) NDL N° 1285 (D.D.C. 18 décembre 2002), 2002 U.S. Dist. LEXIS 25815.
41. Comparer *In re Methionine*, affaire N° C-99-3491 CRB (N.D. cal. 29 juillet 2002) (requête visant à la divulgation des demandes de clémence rejetée) à *In re Vitamins Antitrust Legislation*, Misc. N° 99-197 (TFH) MDL N°1285 (D.D.C. 18 décembre 2002) (demande de clémence jugée divulgable).
42. Pour une description des préoccupations de la Commission européenne suscitées par ces affaires, voir, par exemple, Olivier Guersent, *The Fight Against Secret Horizontal Agreement in the EC Competition policy*, dans 2003 FORDHAM CORP. LAW INST. 43, 51-53 (B. Hawk ed. 2004).
43. *Hoffmann-La Roche c. Empagran*, 124S. Ct. 2359 (2005).
44. Foreign Trade Improvement Act de 1982, 15 U.S.C. § 6a (« FTAIA »).
45. La Cour Suprême a renvoyé l'affaire à la Cour d'Appel pour plus ample examen du moyen soulevé par le demandeur selon lequel le comportement à l'étranger et le comportement aux États-Unis étaient liés (et pas « indépendants »), de sorte que le comportement à l'étranger relevait de la loi américaine. Sur renvoi, la Cour d'Appel a confirmé le rejet de l'action pour irrecevabilité dans le cadre de la FTAIA, les effets du comportement du défendeur aux États-Unis n'étant pas la cause immédiate du préjudice subi par les demandeurs étrangers. *Empagran v. Hoffmann-LaRoche*, 2005 U.S. App. LEXIS 12743 (D.C. Cir. 28 juin 2005). Mais voir *In re Monosodium Glutamate Antitrust Litigation*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8424, 2005-I Trade Cas. (CCH) ¶74781 (D. Minn. 2 mai 2005) (recevabilité au titre de la FTAIA ; lien suffisant entre les effets d'une entente internationale dans le pays et le préjudice subi par les demandeurs).
46. Deuxième rapport, *supra* note 3.
47. Exemples d'accords de coopération en matière de concurrence entre les pays membres de l'OCDE : accords et protocoles d'accord de la KFTC (Corée) avec l'autorité mexicaine de la concurrence et l'ACCC (Australie) ; accord entre l'ACCC, la New Zealand Commerce Commission et l'Office of Fair Trading et le Department of Industry and Commerce (Royaume-Uni) ; accord entre les gouvernements du Canada et du Mexique ; accord entre le Japon et la Communauté européenne. Pour la coopération avec les pays non membres de l'OCDE : accord entre la Corée et le Chili ; protocole d'accord KFTC (Corée)/pays de la CEI ; protocole d'accord entre les autorités de la

concurrence du Canada et du Chili ; accords de libre-échange de l'Australie avec la Thaïlande et Singapour. Au total, les pays membres et observateurs ayant participé à l'enquête en vue du présent rapport ont signalé une trentaine de nouveaux accords bilatéraux de coopérations (y compris les conventions d'entraide judiciaire).

48. Canada (Commission of Competition) v. Falconbrige Ltd [2003] J.O. N° 1563 (Ont. C.A.), *demande d'autorisation d'appel rejetée*, Canada (Commission of Competition) v. Falconbrige Ltd [2003] S.C.C.A. N° 302, dossier N° 29845.

ANNEXE 1

RECOMMANDATION DU CONSEIL CONCERNANT UNE ACTION EFFICACE CONTRE LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

(Adoptée par le Conseil lors de sa 921^{ème} session, le 25 mars 1998)

LE CONSEIL,

Vu l'article 5b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

Vu les Recommandations précédentes du Conseil reconnaissant "que l'application efficace de la politique de la concurrence joue un rôle essentiel pour le développement des échanges internationaux car elle assure un fonctionnement dynamique des marchés à l'échelon national et favorise la diminution ou la réduction des obstacles à l'accès rencontrés par les importations étrangères" ; et "que les pratiques anticoncurrentielles peuvent constituer un obstacle à la croissance économique, à l'expansion des échanges et à d'autres objectifs économiques des pays Membres" ;

Vu la Recommandation du Conseil visant à ce que les exemptions du droit de la concurrence ne soient pas plus larges qu'il est nécessaire et l'accord intervenu dans le Communiqué de la réunion du Conseil au niveau des Ministres de 1997 visant à "combler les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, sauf à prouver que les intérêts primordiaux de la collectivité ne peuvent être servis par des moyens plus efficaces" ;

Vu la position adoptée de longue date par le Conseil, selon laquelle une coopération plus étroite est nécessaire pour agir efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises situées dans un pays susceptibles d'affecter les intérêts d'autres pays Membre et qui ont des effets préjudiciables sur les échanges internationaux, et la recommandation selon laquelle, si leurs législations les y autorisent et si cela ne va pas à l'encontre de leurs intérêts légitimes, les pays Membres devraient coordonner les enquêtes d'intérêt mutuel et se conformer aux demandes d'autres pays Membres visant à l'échange d'informations figurant dans leurs dossiers et à l'obtention d'informations de tiers ainsi qu'à l'échange de ces informations ;

Reconnaissant les résultats spécifiques dont s'accompagne la possibilité, pour les autorités de la concurrence de certains pays Membres, d'échanger avec une autorité étrangère chargée de la concurrence des informations confidentielles concernant une enquête dans des cas d'intérêt mutuel, en vertu de conventions et d'accords de nature multilatérale et bilatérale, et considérant que la plupart des autorités chargées de la concurrence n'ont actuellement pas le droit d'échanger avec des autorités étrangères chargées de la concurrence des informations concernant une enquête ;

Reconnaissant en outre que la coopération sous forme de partage d'informations confidentielles suppose préalablement une protection contre toute divulgation ou utilisation abusive de ces informations et peut imposer de résoudre d'autres problèmes, comme les éventuelles difficultés relatives aux différences de champ d'application territoriale du droit de la concurrence ou de nature des sanctions dont sont passibles les infractions au droit de la concurrence ;

Considérant que les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres ; et

Considérant qu'une action efficace contre les ententes injustifiables revêt une importance toute particulière du point de vue international, parce qu'en faussant les échanges internationaux ces ententes sont source de pouvoir de marché, de gaspillage et d'inefficience dans des pays dont les marchés seraient sinon concurrentiels, et qu'une telle action est tout spécialement tributaire d'une coopération, parce que ces ententes ont généralement un caractère secret et que les éléments de preuve s'y rapportant peuvent être situés dans un grand nombre de pays,

I. RECOMMANDE ce qui suit aux gouvernements des pays Membres :

A. CONVERGENCE ET EFFICACITE DES LEGISLATIONS INTERDISANT LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

1. Les pays Membres devraient faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et aie un effet dissuasif à l'égard de ces ententes. Cette législation devrait en particulier prévoir :

- a) des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à ces ententes ;
- b) des procédures et des instances d'exécution dotées de pouvoirs d'enquête suffisants pour déceler les ententes injustifiables et y remédier, y compris les prérogatives nécessaires pour obtenir des documents et des informations et prononcer des sanctions en cas d'inexécution.

2. Aux fins de la présente Recommandation :

- a) on entend par "entente injustifiable" 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 ;
- b) la catégorie des ententes injustifiables ne comprend pas les accords qui (i) sont raisonnablement liés à la réalisation licite d'éléments d'efficacité par réduction des coûts ou accroissement de la production, (ii) sont exclus, directement ou indirectement, du champ d'application des législations de la concurrence d'un pays Membre ou (iii) qui sont autorisés conformément à ces législations. Toutefois, toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait sinon une entente injustifiable devrait se faire dans la transparence et être réexaminée périodiquement afin de déterminer si elle est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser ses objectifs primordiaux. Après la publication de la présente Recommandation, les pays Membres devront notifier chaque année à l'Organisation l'adoption ou la prorogation de telles exclusions ou catégories d'autorisation.

B. COOPERATION ET COURTOISIE INTERNATIONALES POUR L'APPLICATION DES LEGISLATIONS INTERDISANT LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

1. Les pays Membres ont un intérêt commun à empêcher les ententes injustifiables et ils devraient coopérer pour l'application des législations qu'ils ont adoptées contre ces ententes. Ils devraient à cet égard rechercher les moyens susceptibles d'améliorer la coopération en appliquant les principes de courtoisie positive aux demandes visant à ce que l'autre pays remédie à un comportement anticoncurrentiel préjudiciable pour les deux pays et ils devraient exercer leurs propres activités d'exécution conformément aux principes de courtoisie lorsque ces activités affectent des intérêts importants d'autres pays.

2. La coopération entre les pays Membres dans le domaine des ententes injustifiables devrait reposer sur les principes suivants :

- a) l'intérêt commun à empêcher les ententes injustifiables justifie généralement une coopération, dans la mesure où cette coopération serait compatible avec les lois, la réglementation et les intérêts importants du pays requis ;
- b) dans la mesure compatible avec les lois, la réglementation et les intérêts importants des pays Membres, et sous réserve de sauvegardes efficaces pour préserver les informations commercialement sensibles et les autres informations confidentielles, l'intérêt mutuel des pays Membres à empêcher les ententes injustifiables appelle une coopération pouvant comprendre l'échange de documents et informations en leur possession avec les autorités étrangères chargées de la concurrence et la collecte de documents et informations pour le compte d'autorités étrangères chargées de la concurrence, sur une base volontaire et si nécessaire par voie de contrainte ;
- c) un pays Membre peut refuser d'exécuter une demande d'entraide ou limiter sa coopération ou la subordonner à certaines conditions parce qu'il considère que l'exécution de la demande ne serait pas conforme à ses lois ou sa réglementation, ne correspondrait pas à ses intérêts importants ou pour tout autre motif, y compris des contraintes en matière de ressources de son autorité chargée de la concurrence ou l'absence d'un intérêt mutuel dans l'enquête ou l'instruction concernée ;

- d) les pays Membres devraient convenir de procéder à des consultations sur les questions concernant la coopération.

Afin d'établir un cadre pour leur coopération dans la lutte contre les ententes injustifiables, les pays Membres sont encouragés à envisager de conclure des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conformes à ces principes.

3. Les pays Membres sont encouragés à examiner tous les obstacles à une coopération efficace pour la mise en oeuvre des législations contre les ententes injustifiables et à envisager des actions, y compris des législations nationales et/ou des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux, leur permettant d'éliminer ou d'atténuer ces obstacles en conformité avec leur intérêts importants.

4. La coopération envisagée dans la présente Recommandation ne préjuge pas de toute autre coopération pouvant exister conformément aux Recommandations antérieures du Conseil, en vertu de tout accord bilatéral ou multilatéral applicable auquel les pays Membres peuvent être partie ou à tout autre titre.

II. CHARGE le Comité du droit et de la politique de la concurrence :

1. de tenir un registre des exclusions et autorisations notifiées à l'Organisation en vertu du paragraphe I A 2b.;

2. de faire office, à la demande des pays Membres concernés, de forum pour les consultations se rapportant à l'application de la Recommandation ;

3. d'examiner l'expérience des pays Membres dans l'application de la présente Recommandation et de faire rapport au Conseil dans les deux ans sur toute autre action nécessaire pour améliorer la coopération dans la mise en oeuvre des interdictions des ententes injustifiables édictées par le droit de la concurrence.

III. INVITE les pays non membres à s'associer à cette Recommandation et à la mettre en oeuvre.

ANNEXE 2

PRATIQUES EXEMPLAIRES EN MATIÈRE D'ÉCHANGES D'INFORMATIONS ENTRE AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE D'ENQUÊTES SUR LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

Ces pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations¹ entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables² (« les Pratiques exemplaires ») ont été élaborées sous la seule responsabilité du Comité de la concurrence de l'OCDE.

L'OCDE accorde une grande priorité à la mise en œuvre efficace du droit de la concurrence, notamment à l'encontre des ententes injustifiables³. C'est ce qu'ont reconnu des actes récents du Conseil de l'OCDE qui a aussi encouragé ses pays membres à coopérer dans le cadre de leurs opérations de mise en œuvre du droit :

- La Recommandation du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, a recommandé aux pays membres, conformément à leur droit et dans le respect de leurs intérêts, de

¹ Dans tout ce document, les expressions « échanger des informations » et « fournir des informations » font référence à des situations dans lesquelles une autorité de la concurrence échange des informations avec une autre autorité de la concurrence ou met sinon des informations à la disposition de cette dernière, y compris des échanges réciproques d'informations entre deux autorités de la concurrence et la fourniture d'informations qu'une autorité de la concurrence a obtenues à la demande d'une autre autorité de la concurrence.

² Dans tout ce document, l'expression « enquête concernant une entente injustifiable » couvre toutes les mesures de mise à exécution du droit de la concurrence appliquées à l'encontre des ententes injustifiables.

³ Dans tout ce document, le terme « entente injustifiable » renvoie à la définition qui en est donnée dans la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.

coordonner leurs enquêtes d'intérêt mutuel en matière de concurrence et de satisfaire à leurs demandes mutuelles d'échange d'informations.

En outre la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables,

- a reconnu que, sous réserve de sauvegardes efficaces pour préserver les informations commercialement sensibles et les autres informations confidentielles, l'intérêt mutuel des pays membres à empêcher les ententes injustifiables appelle une coopération pouvant comprendre l'échange de documents et d'informations en leur possession avec les autorités étrangères chargées de la concurrence et la collecte de documents et d'informations pour le compte d'autorités étrangères chargées de la concurrence, sur une base volontaire et si nécessaire par voie de contrainte ;
- Cette dernière Recommandation a encouragé les pays membres à examiner tous les obstacles à une coopération efficace pour la mise en oeuvre des législations contre les ententes injustifiables et à envisager des actions, y compris des législations nationales et/ou des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux, leur permettant d'éliminer ou d'atténuer ces obstacles en conformité avec leur intérêts importants ;

Les Pratiques exemplaires reposent sur ces deux Recommandations du Conseil et s'inspirent de travaux antérieurs du Comité sur la lutte contre les ententes injustifiables et plus précisément sur le thème des échanges d'informations dans les enquêtes en matière d'ententes injustifiables⁴.

Conformément à ces Recommandations du Conseil et à la lumière des travaux du Comité de la concurrence sur le thème des échanges d'informations dans les enquêtes en matière d'ententes, le Comité estime que les pays membres

⁴ Les travaux précédents du Comité sur le thème des échanges d'informations dans les enquêtes relatives à des ententes injustifiables ont été consignés dans des rapports du Comité au Conseil sur la mise en oeuvre de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables. Le Comité a par ailleurs organisé des tables rondes sur divers thèmes touchant à la coopération et aux échanges d'informations dans les enquêtes relatives à des ententes injustifiables. Des représentants des milieux d'affaires ont contribué aux discussions du Comité et leurs points de vue ont été pris en compte lors de l'élaboration des présentes Pratiques exemplaires.

doivent soutenir de façon générale les échanges d'informations et doivent, conformément à leur droit, s'efforcer de simplifier et d'accélérer le processus d'échange d'informations pour éviter d'imposer des contraintes inutiles aux autorités de la concurrence et permettre des échanges d'informations efficaces et en temps opportun.

Le Comité de la concurrence reconnaît en outre :

- qu'un pays membre peut refuser de satisfaire une demande d'informations ou fixer des limites ou des conditions à sa coopération.
- que l'échange d'informations confidentielles suppose des garanties efficaces (i) contre une divulgation ou une utilisation impropre des informations échangées, et (ii) des informations privilégiées, notamment des informations relevant du secret professionnel applicable à certaines professions juridiques, ainsi que des autres droits aux termes des lois des pays membres impliqués dans l'échange d'informations qui peuvent devoir tenir compte de différences selon les juridictions quant à la nature des sanctions en cas de violations de dispositions du droit de la concurrence sur les ententes injustifiables ;
- que les échanges d'information ne doivent pas porter préjudice, par inadvertance, aux enquêtes sur les ententes injustifiables, y compris l'efficacité des programmes d'amnistie, et qu'à cet effet, la plupart des pays membres ont adopté des principes aux termes desquels ils n'échangent pas d'informations obtenues d'une personne ayant demandé à bénéficier de mesures d'amnistie sans l'autorisation préalable de ladite personne ;
- que les autorités des pays membres doivent s'efforcer de s'assurer que les échanges d'informations n'ont pas de conséquences négatives pour les informateurs, par exemple en décidant de ne pas divulguer leur identité dans certaines affaires ;
- reconnaissant que les organisations régionales et les accords régionaux peuvent impliquer une coopération très étroite qui nécessite moins de garanties que ne le prévoient les présentes Pratiques exemplaires.

Compte tenu de ce qui précède, le Comité de la concurrence pense que les pays membres doivent prendre note des Pratiques exemplaires énoncées ci-après lorsqu'ils concluent des accords internationaux ou adoptent des textes législatifs internes, autorisant l'échange d'informations confidentielles dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables en vertu de leur droit de la

concurrence ainsi que de leurs principes et pratiques applicables à de tels échanges.

I. Échanges d'informations relevant des Pratiques exemplaires

A. Ces Pratiques exemplaires s'appliquent aux situations dans lesquelles (i) une autorité de la concurrence d'une juridiction fournit, à des fins d'enquêtes visant des ententes injustifiables en vertu du droit de la concurrence de la juridiction requérante, des informations obtenues de sources privées à une autorité de la concurrence compétente dans une autre juridiction ; (ii) l'autorité de la concurrence a normalement l'interdiction, conformément au droit interne, de divulguer de telles informations à d'autres autorités de la concurrence ; et (iii) la divulgation de ces informations ne peut intervenir que si elle a été autorisée dans certaines circonstances par un accord international ou le droit interne. Les accords internationaux et les lois internes autorisant une telle divulgation, ainsi que les principes et pratiques des autorités de la concurrence applicables à ces échanges doivent prévoir les garanties définies dans les présentes Pratiques exemplaires.

B. Les Pratiques exemplaires devraient s'appliquer aux échanges d'informations qui ont été obtenues pour le compte d'une autorité étrangère de la concurrence à la suite d'une demande d'entraide ainsi que d'informations se trouvant déjà en possession de la juridiction requise.

C. Ces Pratiques exemplaires ne s'appliquent pas :

(i) aux échanges d'informations qui ne sont pas soumises à des restrictions prévues par le droit interne et que les autorités de la concurrence sont donc libre d'échanger sans autorisation par un accord international ou par le droit interne.

(ii) aux échanges d'informations entre membres d'une organisation régionale ou entre parties à un accord régional qui ont adopté des règles spécifiques relatives aux échanges d'informations entre autorités de la concurrence, sauf si ces échanges portent sur des informations provenant d'une juridiction située en dehors du territoire des membres de l'organisation régionale ou qui n'est pas partie à l'accord régional ; et

(iii) aux échanges d'informations intervenant dans le contexte d'actions en justice à caractère privé.

II. Garanties concernant les échanges officiels d'informations

A. *Pouvoir d'échanger des informations*

1. Avant de formuler une demande officielle d'informations, la juridiction requérante doit s'efforcer de consulter la juridiction requise afin de mieux comprendre les conditions dans lesquelles la juridiction requise peut donner suite à la requête et de savoir notamment si la juridiction requise a prévu des dispositions relatives à la divulgation des informations concernées par la requête et/ou si elle est tenue d'aviser la source des informations. La juridiction requise devrait confirmer que, dans toute la mesure où son droit interne l'y autorise, elle préservera la confidentialité des informations concernées par la requête.
2. La juridiction requérante devrait fournir les informations nécessaires et suffisantes pour que la juridiction requise puisse donner suite à la requête qui lui a été adressée. La juridiction requérante devrait expliquer précisément à la juridiction requise en quoi la demande d'informations se trouvant sur le territoire de la juridiction requise concerne l'enquête menée par la juridiction requérante à propos d'une violation des dispositions sur les ententes injustifiables du droit de la concurrence de la juridiction requérante.
3. La fourniture des informations demandées devrait être laissée à l'appréciation de la juridiction requise. Le refus de fournir les informations demandées peut être justifié, de façon non exclusive, par les motifs suivants : (i) l'enquête menée par la juridiction requérante porte sur un comportement qui ne serait pas considéré comme une forme d'entente injustifiable par la juridiction requise ; (ii) la satisfaction de cette demande représenterait une charge excessive pour la juridiction requise ou pourrait porter préjudice à une enquête en cours; (iii) la juridiction requise estime que les informations confidentielles ne sont peut-être pas suffisamment protégées dans la juridiction requérante ; (iv) l'exécution de cette demande ne serait pas autorisée par le droit interne de la juridiction requise ; ou (v) la satisfaction de cette demande irait à l'encontre de l'intérêt général dans la juridiction requise.
4. La juridiction requise peut proposer de ne fournir les informations demandées que moyennant des conditions et/ou des restrictions quant à leur utilisation ou leur divulgation. Elle devrait à tout le

moins l'envisager dans le cas où elle serait sinon tenue de ne pas satisfaire la demande d'informations.

B. *Divulgence dans la juridiction requérante*

1. La juridiction requérante devrait préciser les lois internes applicables en matière de confidentialité, ainsi que les pratiques correspondantes, afin que la juridiction requise puisse déterminer la capacité effective de la juridiction requérante à préserver la confidentialité des informations échangées.
2. Les informations échangées ne devraient être utilisées ou divulguées par la juridiction requérante qu'aux fins de l'enquête sur une entente injustifiable aux termes du droit de la concurrence de ladite juridiction en relation avec l'affaire mentionnée dans la demande, et ce uniquement par les autorités chargées de l'application des lois dans la juridiction requérante, à moins que le droit de la juridiction requise ne prévoit le pouvoir d'approuver l'utilisation ou la divulgation des informations échangées dans d'autres affaires liées à l'application des lois par la puissance publique, et que la juridiction requise ait donné son approbation conformément aux dispositions de son droit interne préalablement à l'utilisation de ces informations pour ces autres affaires dans la juridiction requérante.
3. La juridiction requérante devrait confirmer que, dans toute la mesure du possible au regard de ses lois, elle : (i) préservera la confidentialité des informations échangées ; et (ii) s'opposera à la divulgation à des parties tierces privées d'informations destinées à être utilisées dans le cadre de d'actions en justice privées, à moins qu'elle n'ait informé la juridiction requise de la demande de divulgation des informations formulée par des parties tierces et que la juridiction requise n'ait confirmé qu'elle ne s'oppose pas à ladite divulgation.
4. La juridiction requérante doit veiller à ce que son privilège relatif au droit de ne pas témoigner contre soi-même est respecté lors de l'utilisation des informations échangées dans le cadre de poursuites pénales à l'encontre de personnes physiques.
5. La juridiction requérante devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il n'y ait pas de divulgation non autorisée d'informations échangées. En outre, elle devrait donner des

informations sur les conséquences que pourrait avoir une telle divulgation non autorisée aux termes de son droit interne. Si, dans des circonstances exceptionnelles, une divulgation non autorisée d'informations échangées se produit, la juridiction requérante devrait prendre des mesures pour minimiser les préjudices pouvant en résulter, notamment en avisant rapidement la juridiction requise, et veiller à ce qu'une telle divulgation non autorisée ne se reproduise pas. La juridiction requise devrait déterminer s'il convient d'aviser la source de cette information de cette divulgation non autorisée.

C. *Protection du secret professionnel applicable à certaines professions juridiques*

1. La juridiction requise devrait appliquer ses propres règles concernant les informations couvertes et protégées par le secret professionnel applicable à certaines professions juridiques lors de l'obtention des informations requises.
2. La juridiction requérante devrait, dans toute la mesure du possible, (i) formuler sa demande de manière à ne pas solliciter des informations qui seraient protégées par le secret professionnel applicable à certaines professions juridiques en vertu de sa législation ; et (ii) elle devrait en outre veiller à ce qu'il ne soit fait aucun usage d'une information fournie par la juridiction requise relevant du secret professionnel applicable à certaines professions juridiques dans la juridiction requérante.

D. *Notification à la source des informations échangées*

1. Si un échange d'informations a lieu conformément à ces Pratiques recommandées, la juridiction requise ne doit pas notifier préalablement cet échange à la source de l'information, à moins d'y être tenue aux termes de son droit interne ou d'un accord international.
2. Si la juridiction requise avise la source des informations que lesdites informations ont été échangées, elle ne doit le faire que si cette notification n'est contraire à une décision de justice, au droit interne ou à une obligation découlant d'un traité ou d'un autre accord international, ou encore qu'elle ne compromette pas l'intégrité d'une enquête menée dans la juridiction requérante ou requise.

3. Avant d'aviser la source des informations conformément aux Sections D.1 ou D.2, la juridiction requise doit, lorsque c'est possible, consulter la juridiction requérante.

III. Transparence

Dans la mesure du possible, sans compromettre leurs objectifs légitimes de mise en œuvre du droit, les juridictions devraient veiller à ce que leurs lois et règlements concernant les échanges d'informations relevant de ces Pratiques exemplaires soient accessibles au public.