

## **DIAPOSITIVE 1**

[ICN Curriculum Module II-2]

## **DIAPOSITIVE 2**

RICHARD WHISH: Bonjour. Mon nom est Richard Whish, j’enseigne le droit de la concurrence au King's College de Londres et je vais vous présenter le module ICN sur le programme et la politique de clémence. Vous allez entendre des responsables de diverses autorités de concurrence du monde entier et vous assisterez à des reconstitutions de réunions présumées d’ententes. Mais tout d’abord, qu’entend-on par politique et programme de clémence?

La clémence est un terme général désignant un système dans lequel une entreprise participant à une entente est exemptée en tout ou en partie de la sanction qui lui aurait été infligée si elle n’avait pas dénoncé cette entente à une autorité de concurrence.

Il convient sans doute tout d’abord d’expliquer que la terminologie utilisée dans ce domaine varie selon les régions du monde.

Il est souvent question du «démouciateur» (*whistleblower*) – autrement dit, la première entreprise qui informe une autorité de concurrence de l’existence d’une entente. Il est fréquent que le démouciateur échappe entièrement à toute sanction – on parle parfois d’«amnistie», terme surtout utilisé aux États-Unis. En Europe, nous avons tendance à préférer le terme «immunité», même si ces deux termes, amnistie et immunité, sont synonymes dans ce contexte.

Dans de nombreux pays, l’entreprise qui transmet à une autorité de concurrence des preuves utiles sur une entente peut voir sa sanction réduite, même si elle n’est pas la première entreprise à révéler l’existence de l’entente. Elle bénéficie alors de la «clémence» et reçoit une sanction plus légère

Dans un souci de clarté, cette vidéo parlera de l’immunité – l’exemption totale de sanctions – et de la clémence – la réduction des sanctions qui auraient normalement été infligées. Toutefois, on entend par «programme ou politique de clémence», l’exemption totale ou partielle de sanctions.

## **DIAPOSITIVE 3**

RICHARD WHISH: D’entrée de jeu, il est important de définir précisément les éléments fondamentaux d’un programme de clémence efficace. Il existe aujourd’hui un large consensus à ce sujet. Primo, il faut prévoir des sanctions sévères à l’égard des membres d’une entente qui n’en informent pas une autorité de concurrence. Secundo, il doit être parfaitement clair que les participants à des ententes qui n’en informent pas une autorité de concurrence seront très certainement découverts et sanctionnés. Tertio, le programme de clémence proprement dit doit être transparent et prévisible afin que les entreprises sachent exactement comment introduire une demande auprès d’une autorité de concurrence.

## **DIAPOSITIVE 4**

RICHARD WHISH: Quels sont les avantages d’une politique de clémence? N’oublions pas qu’il est difficile pour les autorités de concurrence de mettre au jour les ententes. Les entreprises qui participent aux ententes – ayant pour objet la fixation des prix ou la répartition des marchés, par

exemple – savent souvent que ce qu’elles font est illégal et qu’elles doivent prendre des précautions pour ne pas se faire prendre

Une politique de clémence efficace encourage les entreprises qui participent à des ententes à s’adresser à l’autorité de concurrence pour l’informer de leurs activités. L’autorité de concurrence reçoit ainsi des preuves internes directes des comportements adoptés, tandis que l’entreprise en question bénéficie d’une réduction totale ou partielle de sa sanction. C’est une situation «gagnant-gagnant» si l’autorité de concurrence peut punir les autres membres de l’entente et si la demande de clémence entraîne un sursis total ou partiel

Il convient d’ajouter que l’existence même d’une politique de clémence peut suffire à déstabiliser l’entente. Au final, si la politique de clémence est efficace, l’autorité de concurrence découvrira et sanctionnera plus d’ententes; l’effet dissuasif de la législation est accru, car il est ainsi démontré que les ententes seront découvertes et punies; il en résulte aussi une concurrence accrue – autrement dit: moins d’ententes – avec tous les avantages qu’apporte la concurrence: baisse des prix, meilleurs services, plus d’innovation et choix plus vaste pour les consommateurs

Assistons maintenant à une réunion d’entente fictive.

## **DIAPOSITIVE 5**

*[Dans une réunion]*

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): Je suis sûr qu’il sera là dans 5 minutes. Ah, le voilà! Peter, content de te voir. Merci d’être venu. Entre.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Désolé, mon avion avait beaucoup de retard.

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): Ce n’est pas grave. Merci à tous pour votre patience. Commençons la réunion. J’ai parlé récemment à Jeff, de Johannesburg, et la situation semble très préoccupante. Les prix des matières premières grimpent à nouveau et nous devons faire face à une surcapacité.

MEMBRE DE L'ENTENTE C: Très mauvaise nouvelle.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Et pour couronner le tout, nos clients nous mettent en concurrence pour obtenir les meilleurs prix. Nous sommes vraiment mis sous pression.

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): La situation est devenue intenable pour nous tous. Il est temps de revenir à notre accord antérieur.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Pourrais-tu être plus précis...?

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): Nous augmentons tous nos prix au niveau mondial et, dans le même temps, nous arrêtons de démarcher nos clients respectifs et nous nous limitons à notre propre territoire. Je pensais que nous étions d’accord, ça marchait. Ensuite, nous avons tous commencé à vendre aux clients des autres.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): As-tu des chiffres concrets?

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): Oui, pour conserver notre marge bénéficiaire actuelle, nous devons augmenter le prix final d'au moins 3% en moyenne. Vous êtes tous d'accord? Si oui, n'oubliez pas que cela ne marche que si, entre nous, nous nous abstenons de tout démarchage auprès des clients des autres.

Je propose donc d'appliquer une hausse de 2% en Europe, 4% en Asie, 3% sur le continent américain et 2% en Afrique.

Si nous sommes tous d'accord, commençons alors le mois prochain. Pour n'éveiller aucun soupçon, je propose que nous procédions comme la dernière fois – je commence et vous me suivez deux semaines plus tard.

Nous devons rester en contact, rendez-vous donc dans un mois et nous verrons si ça marche. Si vous avez des questions, utilisez vos portables privés. Pas d'e-mail! Mieux vaut éviter toute trace de cette conversation et de l'accord...

*[Dans in chambre d'hôtel]*

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Non, tout va bien. Je suis juste un peu soucieux car Alex a proposé que nous augmentions tous à nouveau les prix.

Oui, tout de suite, comme nous l'avions fait auparavant...

J'avoue que cet accord ne me plaît pas beaucoup. C'est toujours très risqué.....Je devrais appeler les avocats....

Bon, je rentrerai demain à l'heure prévue – oui, promis, bisous...

RICHARD WHISH: Bien entendu, dénoncer une entente auprès d'une autorité de concurrence est une décision très importante pour une entreprise. Elle n'agira qu'après avoir pesé le pour et le contre, l'avantage le plus évident étant que le dénonciateur peut espérer être totalement exempté de toute sanction.

*[Au bureau d'un avocat]*

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Est-ce illégal?

AVOCAT: Oui, vous pourriez avoir de sérieux ennuis. Ce que vous m'avez décrit là est une entente, c'est contraire au droit de la concurrence et les autorités de concurrence du monde entier risquent de bientôt s'intéresser à vos activités. Elles pourraient vous infliger une amende assez salée, sans parler d'une éventuelle enquête personnelle contre vous-même et, selon l'importance de l'entente, vous risquez même la prison...

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Mais je n'en suis pas l'instigateur....

AVOCAT: Cela n'a aucune importance pour les autorités. Vous participez à l'entente et ça leur suffit.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Nous sommes peut-être allés trop loin. Que me conseillez-vous de faire à présent?

AVOCAT: Il faudrait déterminer quels sont les pays concernés par l'entente et savoir ainsi quelles sont les autorités susceptibles d'ouvrir une enquête. Entre-temps, vous pourriez introduire une demande de clémence, ce qui permettrait de réduire l'amende. Et si vous êtes le premier membre de l'entente à introduire une telle demande, vous pourriez bénéficier d'une immunité totale. Votre entreprise doit toutefois se décider au plus vite, car le temps joue contre vous.

RICHARD WHISH: Pour pouvoir bénéficier de l'immunité, il est essentiel que l'entreprise en question soit la première à s'adresser à l'autorité de concurrence. Elle doit ensuite apporter une coopération véritable et totale durant la procédure

Ajoutons toutefois un autre point important. Dans certains pays, une entreprise qui en a forcé d'autres à participer à une entente ou qui a fait office de meneur dans l'entente ne peut bénéficier d'aucune immunité.

## **DIAPOSITIVE 6**

ERIC VAN GINDERACHTER (Directeur, Direction Cartels, DG COMP): Le régime de clémence de l'UE a été introduit en 1996 avant d'être modifié et amélioré en 2002 et 2006. Aujourd'hui, les conditions d'octroi de l'immunité d'amendes sont clairement définies dans une communication de la Commission de 2006 (ci-dessous "la communication sur la clémence").

Cette communication énonce que pour bénéficier de l'immunité, l'entreprise qui sollicite la clémence doit.

D'abord, être la première à transmettre des informations et des preuves sur une entente qui affecte l'UE.

Secondement, fournir des informations permettant à la Commission, soit d'effectuer des inspections ciblées liées à l'entente, soit de constater une infraction à la législation de l'UE relative aux ententes;

Troisièmement, dévoiler sa propre participation à l'entente.

Il est essentiel pour un participant à une entente d'être le premier à coopérer avec la Commission, car les entreprises qui présentent leur demande plus tard ne pourront bénéficier que de réductions d'amendes et non d'une immunité totale.

D'après l'expérience, réserver l'immunité totale à la première entreprise à solliciter la clémence et à elle seule peut en effet créer une dynamique qui déstabilise l'entente, et installe une course

parmi ses membres à se présenter en premier aux autorités. Le succès du programme de clémence de la Commission le confirme ainsi, beaucoup d'enquêtes étant déclenchées par des demandes d'immunité.

Avant d'aborder plus en détail les différents cas d'immunité et les conditions à remplir pour en bénéficier, il faut souligner que l'immunité proposée par la Commission couvre les sanctions administratives, ce qui est normal puisque c'est le seul type de sanctions que la Commission puisse infliger.

Le programme de clémence de la Commission prévoit deux standards de preuve permettant d'accorder l'immunité en fonction de la date du dépôt de la demande, qui est capitale. L'immunité peut être accordée à un membre d'une entente qui fournit des informations privilégiées alors que la Commission ne dispose pas encore d'informations suffisantes pour mener des inspections.

Dans cette hypothèse, l'entreprise demandant l'immunité doit fournir à la Commission des renseignements lui permettant d'effectuer une inspection ciblée, autrement dit des renseignements précis sur les recherches à effectuer, où et chez qui.

Selon la communication, il s'agit d'une appréciation effectuée «ex ante», c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'incidence si l'inspection faisant suite à la demande produit ou non des résultats, ou est effectuée ou non. L'appréciation se fondera exclusivement sur la nature et la qualité des informations fournies par l'entreprise.

Toutefois, l'entreprise doit, dans le même temps, s'abstenir de prendre des démarches pouvant compromettre les inspections lorsqu'elle prépare sa demande d'immunité. Les services de la Commission ont pour habitude de discuter avec l'entreprise de la collecte et la transmission d'informations et de preuves. Lors de ces discussions, les entreprises peuvent poser toutes les questions qu'elles souhaitent, que ce soit sur les seuils d'immunité ou sur les mesures qu'elles entendent prendre pour recueillir les preuves qui risqueraient d'avertir les autres membres de l'entente.

Après les inspections, l'immunité peut aussi être accordée lorsque la Commission a déjà mené une inspection concernant une entente présumée ou lorsqu'elle a d'ores et déjà suffisamment de preuves en sa possession pour mener une telle inspection.

Dans ce cas, l'entreprise doit transmettre des informations et des preuves qui permettent à la Commission de constater l'infraction. Le standard de preuve nécessaire est plus élevé, et correspond à celui requis pour que la Commission puisse adopter une décision de constatation d'infraction. C'est pourquoi il est bien supérieur au standard de preuve appliqué en cas d'une demande préalable à l'inspection.

Dans les faits, l'immunité est en général accordée dans le premier cas, c'est-à-dire avant le début de l'enquête.

RICHARD WHISH: Nous savons donc à présent que pour bénéficier de l'immunité, une entreprise doit s'adresser la première à une autorité de concurrence. Nous avons aussi appris que dans l'Union européenne, par exemple, il est essentiel que cette entreprise fournisse à la Commission des preuves permettant d'ouvrir une enquête ou d'adopter une décision d'infraction.

Nous avons aussi appris que les entreprises qui demandent la clémence doivent respecter un certain nombre d'obligations. L'une d'elles est de fournir des preuves. La manière dont celles-ci doivent être apportées peut varier d'un pays à l'autre, mais nous pouvons relever quelques traits communs.

## **DIAPOSITIVE 7**

*[Que doit faire exactement un demandeur d'immunité fournir à bénéficier de l'immunité?]*

DIOGO THOMSON DE ANDRADE (autorité de la concurrence brésilienne): La détermination des informations à transmettre aux autorités est un sujet très intéressant auquel les autorités du monde entier doivent faire face. La question est intéressante car souvent les entreprises et les avocats ne disposent pas d'informations complètes sur leur comportement au moment de la demande. Ils doivent agir vite pour, premièrement, obtenir le marqueur, ensuite, le conserver, en fournissant les renseignements demandés; et enfin, signer l'accord.

Quelles informations doit-on transmettre à l'autorité? Une fois que les informations deviennent disponibles, elles doivent être immédiatement transmises à l'autorité, même s'il existe encore des doutes quant à leur pertinence par rapport à l'affaire. Il est donc utile de donner à l'autorité des détails qui étaient très importants lorsque l'entreprise a décidé de participer à l'entente.

Des renseignements tels que:

- Quels étaient les produits et les marchés ciblés?
- Quels concurrents ou entreprises ont participé à l'entente?
- Qui a participé aux réunions et qui était chargé des contacts avec les autres entreprises?
- Quels sont les avantages de l'entente?
- Quelles sont les sanctions prévues pour les entreprises qui ne respectent pas les accords?
- Qui était chargé de faire respecter l'accord et pourquoi d'autres entreprises ne le respectent-elles pas?
- Quelle est l'historique de l'entente?

Une fois les informations transmises, il est essentiel que l'entreprise puisse prouver ses dires. Mais comment? En fournissant à l'autorité des rapports écrits sur des accords, des dossiers des réunions, des preuves de l'existence des réunions, comme des réservations de restaurant, la comptabilité des services de voyage, des carnets, des cartes de visite, ou des preuves sur les

conversations et les décisions qui ont eu lieu dans le cadre de l'entente, comme l'historique des appels, les témoignages, etc.

## **DIAPOSITIVE 8**

**RICHARD WHISH:** Même lorsqu'elle bénéficie d'une immunité conditionnelle, une entreprise doit continuer à apporter une coopération totale et véritable. Il ne suffit pas de dénoncer l'entente et d'ensuite s'effacer de la procédure. C'est un aspect très important pour l'autorité de concurrence.

*[Quel est le rôle de l'immunité tout au long de l'enquête?]*

**COMMISSION DE LA CONCURRENCE DE L'AFRIQUE DU SUD:** Une fois que l'immunité est demandée, elle peut être accordée à condition que l'entreprise coopère entièrement pendant l'enquête et lors des poursuites engagées contre l'entente.

L'immunité finale n'est accordée qu'au terme de ces procédures. Il est important qu'une relation de confiance soit instaurée entre l'entreprise et l'autorité de concurrence, surtout après l'octroi de l'immunité conditionnelle.

N'oubliez pas que la notion-même de la coopération est souvent non définie. L'entreprise est censée apporter une coopération honnête et rapide.

La coopération peut prendre diverses formes et il ne peut y en avoir une énumération exhaustive. Chaque affaire doit donc être appréciée cas par cas et répondre aux exigences de chaque autorité nationale.

Je vais à présent énoncer les grands principes qui sont largement universels. La règle la plus importante est que l'entreprise doit s'abstenir de tout comportement pouvant nuire à l'enquête et aux poursuites de l'entente. En cas de doute, elle doit consulter l'autorité de concurrence.

Cela signifie notamment que l'entreprise ne doit informer aucun tiers, y compris les autres membres de l'entente, de sa demande d'immunité. Dans le cas où l'entreprise doit respecter des obligations d'information auprès d'autres instances – par exemple, si la divulgation est demandée par la Bourse – elle doit en informer l'autorité de concurrence.

Cette dernière peut, dès le début, obliger l'entreprise à mettre fin à sa participation à l'entente immédiatement ou elle peut l'autoriser à y demeurer dans le cas où son départ éveillerait les soupçons des autres membres de l'entente. Afin de respecter ses obligations, l'entreprise doit veiller à l'entière collaboration de ses salariés pendant la procédure.

L'entreprise ne peut détruire, falsifier ou dissimuler des informations, des preuves et des documents relatifs à l'entente.

Elle ne doit faire aucune fausse déclaration concernant les faits matériels de l'entente ni agir de façon malhonnête.

Si chaque autorité de concurrence peut avoir une définition légèrement différente de la coopération continue, il existe quelques indicateurs pratiques, à savoir:

- Participer à des réunions et des entretiens avec l'autorité de concurrence;
- Transmettre des déclarations, des preuves, des documents et des renseignements;
- Décoder et expliquer les raccourcis, acronymes et systèmes de cryptage qu'ont pu utiliser les membres de l'entente;
- Répondre à la demande de preuves, documents et renseignements complémentaires;
- Mener ses propres enquêtes internes et transmettre les conclusions à l'autorité de concurrence;
- Produire des témoins et retrouver des témoins qui auraient depuis lors quitté leur emploi; et
- Apporter des témoignages véridiques durant l'enquête et la procédure.

En conclusion, l'obligation la plus importante pesant sur l'entreprise est de coopérer de bonne foi et autant que ses moyens le lui permettent.

## **DIAPOSITIVE 9**

**RICHARD WHISH:** Lors de l'élaboration d'un programme de clémence, il est important d'établir des règles de fond qui sont raisonnables et efficaces, par exemple sur le type de preuves à fournir et sur la nécessité d'une coopération véritable et totale. Il est toutefois aussi important de veiller à ce que les aspects procéduraux de ce programme de clémence soient conçus de manière cohérente. Les demandeurs potentiels de clémence doivent connaître de façon la plus éclairée possible les procédures à suivre. Les autorités de concurrence doivent envisager la création d'un système de «marqueurs» et réfléchir à la manière de les «perfectionner». Un autre aspect est de savoir si les entreprises doivent pouvoir introduire des demandes «hypothétiques» concernant des ententes potentielles. Une autre question est celle de la forme que doit prendre une demande de clémence, et surtout si elle doit être écrite ou orale.

*[Immunité - Procédure de demande]*

**MARCUS BEZZI** (Commission australienne de la concurrence et des consommateurs): J'aimerais vous présenter quelques règles générales concernant les demandes de clémence.

Premièrement, les demandes hypothétiques: de nombreuses agences, dont l'ACCC, encouragent les entreprises à les approcher sur une base hypothétique. Dans un tel cas, les entreprises peuvent prendre contact avec l'agence et demander si, en cas d'existence d'une entente, elles pourraient demander et bénéficier de l'immunité.

Les agences ne confirmeront ni infirmeront si une enquête sur cette entente est d'ores et déjà ouverte, mais informeront le demandeur si un marqueur qui fixe sa position dans l'ordre des demandes d'immunité est disponible.

La plupart des autorités utilisent un système de marqueurs. Un marqueur accorde à une entreprise une durée de temps limitée pour rassembler les informations lui permettant de démontrer qu'elle remplit les conditions pour obtenir une immunité conditionnelle. Une fois qu'une entreprise détient le marqueur pour une entente spécifique, aucun autre membre de la même entente ne pourra, par la suite, prendre cette place dans l'ordre d'arrivée des demandes d'immunité. Cela vaut même pour l'entreprise qui répondrait immédiatement à toutes les conditions. Cela signifie

qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait réuni un dossier complet sur l'entente pour occuper la première place dans l'ordre des demandes.

Après l'obtention du marqueur, une demande d'immunité ou de clémence conditionnelle est introduite. Si une entreprise décide de soumettre une demande d'immunité totale, l'octroi d'une immunité totale et continue est subordonné d'abord à la primauté chronologique de la demande, ensuite au caractère entier de la déclaration et de la coopération, aux efforts consentis pour assurer la coopération de tous les dirigeants, agents et salariés et, enfin, au fait de ne pas avoir contraint d'autres entreprises à participer à l'entente ou d'en avoir été le meneur évident.

En résumé, voici les étapes principales généralement constatées dans une procédure de clémence:

- Premièrement, l'entreprise va prendre contact avec l'agence et demander un marqueur.
- Deuxièmement, l'entreprise va introduire une demande officielle d'immunité dans le délai prévue par la loi.
- La demande sera ensuite examinée par l'autorité.
- Dans les juridictions disposant d'un procureur distinct en matière criminelle, l'autorité adressera souvent des recommandations à ce dernier.

Enfin, une décision d'acceptation ou de rejet de la demande sera rendue et communiquée à l'entreprise.

Nous pouvons à présent résumer les conditions qu'une entreprise doit remplir pour pouvoir demander l'immunité:

- Primo, elle doit être la première à s'adresser à l'autorité de concurrence.
- Secundo, elle doit apporter une coopération totale et véritable durant la procédure.
- Tertio, elle doit fournir à l'autorité de concurrence les preuves nécessaires à l'enquête

## **DIAPOSITIVE 10**

RICHARD WHISH: Bien entendu, lorsqu'une entreprise envisage d'introduire une demande de clémence, sa décision sera fortement influencée par les sanctions encourues au cas où une infraction serait constatée. Plus les sanctions encourues sont lourdes, plus la motivation de dénoncer l'entente est grande.

Les sanctions peuvent varier d'un pays à l'autre, ce qui peut avoir une incidence sur le contenu du programme de clémence. Voyons ce qu'il en est en Australie. nous nous intéresserons ensuite au régime aux Etats-Unis.

## **DIAPOSITIVE 11**

*[L'immunité de sanctions de l'entente et des amendes en Australie]*

MARCUS BEZZI: J'aimerais aborder trois sujets: les sanctions civiles et pénales qui sont applicables aux ententes en Australie, les procédures que doivent suivre les particuliers et les

entreprises pour obtenir l'immunité des poursuites et le traitement de la coopération des salariés dans les enquêtes sur les ententes.

Je vais d'abord présenter les sanctions pénales et civiles qu'encourent les personnes physiques en Australie.

Les personnes physiques et les personnes morales sont civilement et pénalement responsables de leur participation à des ententes sur des marchés concernant des citoyens, des activités économiques et des consommateurs australiens. Pour les personnes physiques, les infractions pénales en cas d'entente peuvent entraîner des peines d'emprisonnement allant jusqu'à 10 ans et des amendes dont le montant peut atteindre 220 000 AU\$ par infraction. En ce qui concerne les sanctions civiles, les amendes pour les individus sont de l'ordre de 500 000 AU\$ par infraction.

Les entreprises sont passibles d'une amende allant jusqu'à 10 millions d'AU\$, 3 fois les gains, ou 10 % du chiffre d'affaires, le montant retenu étant celui le plus élevé des trois. Un individu peut se voir interdire la gestion d'une entreprise s'il a enfreint les lois luttant contre les ententes.

D'autres remèdes sont aussi prévues par la loi, comme l'indemnisation des victimes de l'entente, les injonctions, la publication de la décision de sanction et d'autres mesures que la juridiction peut prendre. L'ACCC applique deux principes aux parties qui coopèrent dans les affaires en matière civile. Sa politique d'immunité accorde une immunité conditionnelle à la première entreprise qui coopère, et s'applique aux procédures civiles initiées par l'ACCC.

L'ACCC reçoit toutes les demandes d'immunité et de clémence. Elle est chargée de statuer, en vertu de sa politique d'immunité, sur l'octroi d'une immunité de procédure au civil dans les affaires d'entente et, au titre de la politique de coopération, sur l'octroi des réductions de sanction au civil lorsque des poursuites sont engagées.

Le directeur du ministère public pour le Commonwealth, le CDPP, est chargé de l'octroi de l'immunité pénale dans les procédures pénales d'entente. Il prend ses décisions sur recommandation de l'ACCC. La politique de coopération suivie par l'ACCC lors des poursuites porte plus largement sur les activités de protection de la concurrence et des consommateurs de l'ACCC. La politique de coopération est généralement applicable lors des poursuites engagées par l'ACCC contre une entente si une partie obtient l'immunité au titre de la politique d'immunité. Une deuxième entreprise ayant introduit une demande par la suite peut faire l'objet d'un traitement de clémence au titre de la politique de coopération.

Le droit australien interdit actuellement aux entreprises d'indemniser les salariés sanctionnés pour leur participation à une entente. La demande d'immunité que l'ACCC accorde à une entreprise sera étendue à tout dirigeant, agent et salarié désigné, qu'il soit en fonction ou ayant été en fonction dans le passé dans l'entreprise qui demande aussi l'immunité. Ces personnes doivent aussi remplir les conditions prévues par notre politique. L'ACCC peut aussi étendre l'immunité aux entreprises détenues ou contrôlées en tout ou en partie par l'entreprise demanderesse d'immunité.

Cette immunité "dérivée" accordée à un particulier tel qu'un dirigeant, un membre de la direction ou un salarié en fonction sera maintenue même s'il quitte l'entreprise par la suite. Toutefois, si

l'individu en question ne remplit pas ses obligations, l'ACCC peut annuler son immunité. L'ACCC peut alors invoquer la participation à l'entente dans tout procès civil contre cet individu.

## **DIAPOSITIVE 12**

*[L'immunité de sanctions de l'entente et des amendes aux États-Unis]*

GARY SPRATLING (Partenaire chez Gibsun, Dunn & Crutcher LPP): En ce qui concerne la lutte contre les ententes dans le monde, une différence notable existe entre les systèmes juridiques en particulier lorsque des personnes physiques sont exposées à des poursuites judiciaires personnelles et, notamment, lorsqu'elles sont susceptibles d'encourir des peines d'emprisonnement pour leur comportement dans le cartel. Il s'agit probablement de la différence principale qui existe entre les pays qui considèrent les ententes comme des infractions juridiques graves – une différence qui aura des incidences sur la portée, le fonctionnement et le caractère incitatif des programmes de clémence.

La législation américaine prévoit des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans et des amendes jusqu'à 1 million de dollars maximum pour les personnes coupables d'entente. Si l'année dernière, pour des raisons diverses, le nombre et la durée des peines d'emprisonnement infligées aux États-Unis ont diminué, la tendance générale de ces dernières années reflète une accentuation des poursuites pénales contre les individus, avec davantage de personnes physiques poursuivies, des peines d'emprisonnement prononcées pour des périodes plus longues et une fréquence accrue d'incarcération.

La politique de clémence du ministère de la justice américain accorde une protection maximale aux entreprises et à leurs salariés qui choisissent de déclarer eux-mêmes une infraction avant l'ouverture d'une enquête: il n'y aura aucune poursuite pénale, ni condamnation, ni amende pour l'entreprise, *ni* poursuite à l'encontre des dirigeants, membres de la direction ou salariés de l'entreprise qui reconnaissent de manière sincère et entière leur participation à l'activité illégale et apportent une coopération totale, continue et entière à la division Antitrust lors de son enquête.

Si le risque des peines d'emprisonnement encourues par les dirigeants est la mesure la plus dissuasive, la promesse d'une immunité pénale et d'aucun emprisonnement pour ces dirigeants est la mesure pouvant inciter le plus à se dénoncer.

En conclusion, mon expérience dans l'administration publique et en tant qu'avocat n'a fait que donner raison à la politique de la division Antitrust.

Pour les entreprises comme pour les individus, la menace que représente la prison est un facteur décisif qui les pousse à prendre des mesures plus sérieuses pour éviter de participer à des ententes ou, s'ils y ont participé, à demander le bénéfice d'une politique de clémence pour se faire connaître et dénoncer l'entente, dans l'espoir que les cadres éviteront la prison.

## **SLIDE 13**

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Après avoir pesé le pour et le contre, mon entreprise a décidé que nous devons absolument demander immédiatement l'immunité.

AVOCAT: D'accord. C'est une excellente décision. Voyons si l'immunité est toujours disponible et demandons un marqueur.

MEMBRE DE L'ENTENTE B (Peter): Pardon, je voudrais encore éclaircir un point. Je sais que vous me l'avez déjà expliqué en détail mais pourriez-vous répéter: que se passe-t-il si les informations que nous avons envoyées à l'autorité d'un pays sont transmises aux autorités d'autres pays? Et comment ces autorités coopèrent-elles entre elles?

RICHARD WHISH: Les autorités de concurrence coopèrent entre elles dans leurs efforts de lutte contre les ententes sur le plan international dans la mesure où la loi les y autorise. De nombreuses ententes ont un caractère transnational, il est donc parfois inévitable que plusieurs autorités de concurrence souhaitent poursuivre la même entente

La coopération peut être particulièrement utile lorsqu'elle a lieu avant la réalisation des enquêtes surprises auprès des membres présumés de l'entente

L'Union européenne a conclu avec un certain nombre d'autorités de concurrence des accords officiels en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence au plan international – par ex. les USA, le Canada, la Corée et le Japon.

#### **DIAPOSITIVE 14**

*[La coopération entre les autorités de la concurrence - stratégie d'enquête coordonnée]*

TAKIJIRO KONO (Autorité japonaise de la concurrence (JFTC): Dans le cas d'une entente internationale, il arrive qu'une entreprise sollicite simultanément l'immunité auprès de plusieurs autorités de concurrence. Ainsi une coopération entre autorités pourrait avoir lieu.

L'un des schémas typiques consiste à élaborer une stratégie d'enquête. Si l'enquête est toujours confidentielle, les autorités de concurrence s'efforcent de réunir et de préserver au maximum les preuves, tout en empêchant les participants à l'entente de les détruire.

Les autorités de concurrence échangent par exemple leurs avis sur les dates et les heures des enquêtes, ainsi que sur les personnes et les lieux qui sont ciblés. Pour rendre ce système totalement efficace, il peut être nécessaire d'échanger les renseignements fournis par l'entreprise demandant l'immunité. Durant cette phase, il est essentiel d'obtenir l'autorisation nécessaire. Accordée par l'entreprise à une autorité de concurrence, cette autorisation permet à cette dernière de fournir à d'autres autorités, non seulement l'identité de l'entreprise mais aussi des renseignements spécifiques transmis par celle-ci.

En règle générale, sans autorisation, les autorités de concurrence ne peuvent pas fournir ces renseignements car l'identité de l'entreprise et les informations la concernant sont souvent jugées confidentielles par cette entreprise.

La violation d'une obligation de confidentialité peut entraîner des sanctions pénales ou administratives dans de nombreux pays. Il est vrai que sans autorisation, les autorités de concurrence pourraient échanger des informations générales telles que la nature générale de l'infraction présumée, car ce type d'informations n'est pas considéré comme un secret d'entreprise. Toutefois, il est aussi vrai qu'il existe des ententes internationales pour lesquelles cet échange d'informations générales ne suffit pas pour faire aboutir l'enquête. J'insiste donc sur le fait que l'autorisation accordée par l'entreprise joue un rôle crucial lors de la phase précédant l'enquête.

Dernier point, mais non le moindre, une fois que les autorités de concurrence accordent l'immunité, la coopération entre ces dernières ne pourra pas placer l'entreprise dans une situation plus défavorable. Autrement dit, la coopération ne pourra jamais nuire à la situation de l'entreprise.

## **DIAPOSITIVE 15**

**RICHARD WHISH:** Un autre point qui mérite d'être mentionné est que, dans l'Union européenne, la Commission européenne coopère aussi avec toutes les autorités nationales de concurrence des États membres au sein du réseau européen de la concurrence.

*[Coopération au sein du Réseau Européen de la Concurrence]*

**BRUNO LASSSERRE** (Autorité de la concurrence française): Comme vous le savez, la lutte contre les ententes est considérée comme la priorité numéro un par la plupart sinon l'ensemble des membres du réseau européen de la concurrence (REC). Les membres du REC ont très vite compris que la mise en commun des indices recueillis au niveau national était une manière efficace de déceler les affaires d'entente de dimension européenne. L'affaire du verre automobile en 2008 en est l'un des exemples les plus parlants.

Parmi tous les instruments dont disposent les autorités de concurrence, les programmes de clémence ont joué un rôle clé dont l'importance s'est rapidement accrue. Seuls 4 membres du REC disposaient d'un tel programme il y a dix ans. Aujourd'hui, 26 d'entre eux en ont un.

L'adoption des programmes de clémence a reçu un soutien politique marqué, au niveau tant national qu'europpéen, ce qui a indirectement favorisé la convergence et la cohérence. Le programme modèle du REC en matière de clémence de 2006, rédigé par l'autorité française de la concurrence et l'Office of Fair Trading britannique, a joué un rôle capital à cet égard.

Ce programme permet d'éviter les incohérences entre les programmes nationaux en instaurant des principes de fond et de procédure garantissant un traitement convergent des demandes en Europe. Ce qui revient à encourager les demandes au niveau national. La situation actuelle est-elle idéale? Certainement pas! Nous devons encore apporter des améliorations. Ainsi, dans les affaires concernant plusieurs pays déclenchées par des demandes de clémence déposées devant la Commission européenne ou une ou plusieurs autorités de concurrence, la réattribution est une question sensible, car chaque membre du REC s'efforcera de préserver la position de l'entreprise qui a fait la demande et les avantages de son programme de clémence. Il convient aussi d'accorder une attention particulière à l'échange d'informations liées aux demandes de clémence.

Un autre aspect est le mécanisme des demandes sommaires. Il s'agit d'un formulaire succinct de demande de clémence qui peut être envoyé aux autorités nationales de la concurrence dans le cadre du programme modèle du REC lorsqu'une demande de clémence est d'abord déposée auprès de la Commission européenne. Le but est de protéger la position des entreprises au niveau national en attendant qu'une décision soit prise au sujet de l'attribution de l'affaire au niveau européen ou national. Aujourd'hui, la plupart des autorités de concurrence utilisent ces demandes sommaires. Ce mécanisme ne concerne toutefois pas tous les types de réattribution. C'est un problème que nous nous efforçons de résoudre.

Les membres du REC réfléchissent aussi à la manière de coordonner les législations nationales afin de mieux protéger les documents relatifs à la clémence contre la divulgation par des tiers. Mais c'est une question qui devra au final être résolue par les législateurs nationaux. Rétrospectivement, je pense que l'Europe a adopté un système moderne, cohérent et efficace de programmes de clémence. Nous ferons tout pour l'améliorer encore à l'avenir. Mais je pense que, ensemble, nous avons élaboré l'un des meilleurs mécanismes permettant une coopération fructueuse et une rapide expansion.

RICHARD WHISH: Nous venons d'examiner certaines questions importantes que les membres du REC doivent prendre en compte. Il en existe évidemment d'autres

L'une est par exemple la relation complexe qui existe entre les systèmes qui considèrent les ententes sur les marchés comme une infraction pénale et les systèmes «administratifs» comme celui de la Commission européenne qui utilisent un modèle administratif pour faire respecter la législation luttant contre les ententes

Une autre question compliquée est celle de la relation entre les règles régissant la mise en œuvre de la législation contre les ententes et les actions civiles en dommages et intérêts intentées par les victimes de ces ententes

Abordons à présent un autre sujet. La plupart des autorités de concurrence qui enquêtent sur les ententes commencent par procéder à des «descentes à l'aube».

*[Inspection surprise dans l'entreprise de l'Entente A]*

AVOCAT (du membre de l'entente A): Cette inspection est en train d'avoir lieu car votre entreprise est soupçonnée d'être impliquée dans une entente ... En tant que votre avocat, je dois connaître tous les faits.

MEMBRE DE L'ENTENTE A (Alexander): Bon, il est évident que nous nous sommes parlés ... nous nous rencontrons tout le temps lors des conférences, etc... Le monde est petit après tout ... Et oui, nous avons un peu discuté sur les prix ...

AVOCAT (du membre de l'entente A): Bon, si c'est ainsi que les choses se sont passées, vous devriez envisager de coopérer avec l'autorité de concurrence. Nous pouvons vérifier, mais je suis pratiquement sûr que l'immunité totale n'est probablement plus envisageable, mais cette coopération pourrait peut-être réduire le montant de votre amende.

## **DIAPOSITIVE 16**

RICHARD WHISH: Jusqu'à présent, une grande partie de la présentation a porté sur l'immunité – les situations dans lesquelles une entreprise est totalement exonérée de toute amende en contrepartie de la révélation de l'existence d'une entente à une autorité de concurrence. Cependant, il est important de comprendre qu'il existe également des circonstances dans lesquelles une entreprise peut, en contrepartie de sa coopération, bénéficier d'une réduction de ses sanctions, même si l'immunité totale ne lui est pas accordée.

En règle générale, les obligations d'un demandeur de clémence cherchant à obtenir une réduction de ses sanctions sont similaires à celles d'un demandeur d'immunité. Toutefois, il est toujours important de vérifier les règles applicables à chaque système particulier afin de comprendre précisément ce dont peut bénéficier un demandeur de clémence.

Nous allons écouter à présent des intervenants venant de l'Union européenne, du Japon, des États-Unis et d'Allemagne. Nous noterons un bon nombre de caractères spécifiques à chaque système et étudierons la façon dont les réductions de sanctions sont déterminées.

## **DIAPOSITIVE 17**

*[Réduction des amendes - perspective européenne]*

KRIS DEKEYSER (Chef d'unité, Direction Cartels, DG Concurrence, Commission européenne): En vertu de la communication de la Commission sur la clémence de 2006, les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues pour bénéficier de l'immunité totale, mais qui néanmoins coopèrent avec la Commission dans le cadre de l'enquête, peuvent bénéficier d'une réduction de l'amende qui, à défaut, leur aurait été infligée.

Afin de pouvoir prétendre à une telle réduction du montant de l'amende, l'entreprise doit premièrement, dévoiler sa propre participation à l'entente; deuxièmement, coopérer pleinement avec la Commission; et troisièmement, contribuer à aider la Commission à démontrer l'existence de l'infraction en fournissant de nouveaux éléments (valables) de preuve.

Voyons tout d'abord quelles sont les conditions en matière de coopération: fondamentalement elles sont les mêmes que pour une entreprise sollicitant l'immunité d'amende, à l'exception du test de contrainte.

Cela signifie que l'entreprise sollicitant la clémence doit:

- Coopérer avec la Commission européenne de manière véritable, totale et permanente dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure administrative.
- Également mettre fin immédiatement à sa participation à l'infraction suspectée, sauf accord contraire de la Commission en vue de préserver l'intégrité des inspections.
- Ne doit pas détruire, falsifier ou dissimuler des preuves de l'entente présumée et ne doit pas non plus divulguer l'existence et la teneur de sa demande, sauf à d'autres autorités de la concurrence auprès desquelles des demandes parallèles ont été déposées.

Pour pouvoir bénéficier d'une réduction d'amende, l'entreprise sollicitant la clémence doit fournir de nouveaux éléments de preuve présentant une valeur ajoutée significative par rapport à ceux figurant déjà dans le dossier de la Commission au moment où les nouveaux éléments de preuve sont fournis.

Dans la pratique, on considère que les éléments de preuve présentés par une entreprise sollicitant la clémence apportent ce que l'on appelle une «VAS » (valeur ajoutée significative) s'ils renforcent, par leur nature même et leur degré de précision, la capacité de la Commission à établir l'existence de l'entente présumée.

Le fait de choisir la notion de «valeur ajoutée significative» comme étalon en matière de réduction d'amende encourage les membres d'une entente à coopérer au plus vite, étant donné que la probabilité, pour l'entreprise qui est la suivante à solliciter la clémence, d'ajouter une valeur ajoutée significative à l'enquête, diminue considérablement à chaque nouvelle présentation d'informations.

En outre, la récompense obtenue pour la coopération dépend de l'ordre dans lequel les demandeurs retenus atteignent le seuil de «valeur ajoutée significative»:

- La première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative se verra accorder une réduction d'amende de l'ordre de 30 à 50%;
- La deuxième obtiendra une réduction de l'ordre de 20 à 30%, et
- Les entreprises suivantes pourront obtenir une réduction allant jusqu'à 20%.

Vous voyez que, contrairement à d'autres régimes de répression des ententes, le programme de clémence de la Commission européenne ne prévoit pas de limitation en ce qui concerne le nombre d'entreprises pouvant demander une réduction d'amende et bénéficier d'une telle réduction. Cependant, plus vous intervenez tard, plus il vous est difficile d'apporter encore une valeur ajoutée significative et d'obtenir effectivement une réduction. Ainsi, les entreprises qui envisagent de coopérer ont tout intérêt à le faire dès que possible.

Le niveau exact de réduction au sein d'une fourchette donnée est déterminé en toute fin de procédure, et dépend (i) de la date à laquelle les éléments de preuve ont été communiqués (c'est-à-dire de la date de coopération) et (ii) de la mesure dans laquelle les preuves transmises apportent une valeur ajoutée significative (en d'autres termes, la qualité des éléments de preuve et de la coopération).

Comment la Commission évalue-t-elle ces éléments? Un principe directeur dans ce domaine peut être d'examiner dans quelle mesure le candidat a fourni les cinq éléments clés de l'entente: qui, quoi, quand, où et pourquoi. Et pour dresser un tableau complet, il faudrait également ajouter «comment».

Dans la pratique, la Commission tient compte de plusieurs éléments, parmi d'autres tout aussi importants:

- Les éléments de preuve contemporains des faits (tels que des comptes rendus de réunions de l'entente rédigés au moment de l'infraction) ont une plus grande valeur que les éléments de preuve établis ultérieurement (tels que des déclarations effectuées au moment de la demande de clémence).
- Les preuves à charge se rattachant directement aux faits en question (comme le compte rendu interne d'un appel téléphonique démontrant un accord sur les prix) seront généralement considérées comme ayant une plus grande valeur que les preuves qui ne présentent qu'une utilité indirecte (comme le fait de mentionner que l'appel téléphonique a eu lieu).
- Les éléments permettant par eux-mêmes d'établir un fait et ne requérant pas la corroboration par d'autres sources auront plus de valeur que les éléments de preuve qui doivent être confirmés ou étayés. La Commission estimera que des éléments «déterminants, pris isolément» ont davantage de valeur que, par exemple, une déclaration d'entreprise qui n'est pas corroborée par d'autres éléments de preuve.

Enfin, si un candidat à la clémence fournit des éléments de preuve «déterminants» qui augmentent la gravité ou la durée de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, la Commission ne tiendra pas compte de ces faits complémentaires pour fixer le montant de l'amende de cette entreprise. Nous appelons cela l'«immunité partielle».

## **DIAPOSITIVE 18**

*[Réduction des amendes - perspective japonaise]*

TAKUJIRO KONO (autorité japonaise de la concurrence, JFTC) La Japan Fair Trade Commission (l'autorité japonaise de la concurrence, ci-après «JFTC»), impose des amendes aux entreprises qui participent à des ententes.

Si les demandes de clémence sont présentées au cours de l'année où l'enquête a commencé et qu'elles remplissent les conditions, la JFTC peut décider de réduire les amendes de 30 %. Ce taux de réduction des amendes est le même pour toutes les demandes de clémence retenues. Permettez-moi d'exposer les principales conditions: tout d'abord, la demande de réduction de l'amende doit être adressée au plus tard 20 jours après la date du début de l'enquête.

Deuxièmement, l'entreprise doit présenter à la JFTC un rapport écrit, intitulé «formulaire n° 3», accompagné des preuves correspondantes, avant la date limite de dépôt. Dans le formulaire n° 3, l'entreprise doit décrire les faits, la période pendant laquelle ils ont été commis, les noms et fonctions des personnes impliquées et la façon dont elles ont agi. Ces informations doivent être rédigées en japonais et, s'il est nécessaire d'entamer une procédure de recherche dans d'autres pays, une entreprise peut substituer un rapport oral aux parties importantes du formulaire n° 3.

Pour que la demande soit acceptée, le formulaire n° 3 doit être transmis par télécopie. Aucune autre méthode n'est acceptée. Cette limitation ne s'applique qu'au formulaire n° 3. Ainsi, les pièces justificatives peuvent être transmises par d'autres moyens, tels que par livraison directe ou par courrier recommandé. Toutefois, si deux entreprises ou davantage demandent à bénéficier d'une réduction, l'ordre des demandes est fixé selon l'ordre de transmission du formulaire n° 3.

Le nombre de demandes est limité: tout d'abord, le nombre total de demandes, avant et après le début de l'enquête, est fixé à 5 au maximum. Le nombre de demandes après le début de l'enquête ne peut être supérieur à 3. Par exemple, si trois entreprises ont introduit des demandes avant le début de l'enquête, seules deux pourront le faire par la suite. De même, si la JFTC reçoit 4 demandes avant le début de l'enquête, seule une entreprise pourra demander ensuite une réduction de son amende.

Les informations transmises par le candidat à la clémence doivent porter sur des faits autres que ceux déjà connus de la JFTC. À la différence des programmes de clémence d'autres juridictions, celui du Japon ne prévoit pas la prise en compte du degré de valeur ajoutée apporté par les éléments de preuve communiqués. Enfin, depuis sa création en 2006, le programme de clémence de la JFTC a connu un grand succès.

## **DIAPOSITIVE 19**

*[Réduction des amendes - perspective américaine]*

GARY SPRATLING (Partenaire chez Gibson, Dunn & Crutcher LPP): Il est largement reconnu que la transparence et la prévisibilité de la part des autorités de concurrence vis-à-vis des entreprises et des individus qui se dénoncent et coopèrent sont très importantes pour le succès des régimes de répression des ententes dans chaque pays.

Cela est surtout vrai pour l'entreprise qui sera la première à dénoncer une entente et qui, de ce fait, pourra bénéficier d'une immunité totale d'amendes en vertu des politiques de clémence applicables. Mais cette prévisibilité est tout aussi importante pour les entreprises qui envisagent de transmettre des informations et de coopérer alors qu'une autre entreprise s'est déjà assuré le bénéfice de l'immunité et que, de ce fait, il est désormais impossible de prétendre à une réduction d'amendes à 100%.

Les autorités de concurrence adoptent des approches différentes pour indiquer à la deuxième, la troisième, ou la quatrième entreprise et ainsi de suite qui coopère dans quelle mesure leur coopération pourrait se transformer en une réduction des amendes. La Commission européenne a apparemment adopté une approche qui a été suivie par de nombreux pays: elle prévoit – comme volet officiel dans sa politique de clémence – des barèmes spécifiques de réduction.

Le ministère américain de la justice, au contraire, n'a pas de politique déclarée fixant des barèmes de réduction. En effet, la politique officielle relative à la clémence n'aborde même pas clairement la façon dont seront traitées les entreprises qui coopèrent après l'octroi de l'immunité à une autre.

Toutefois, les États-Unis ont un système de sanction qui repose sur des lignes directrices très détaillées et bien structurées en matière de condamnation, et sur une pratique pour décider des amendes et d'autres aspects de droit pénal par le biais de transactions pénales.

Au cours des 25 dernières années, plus de 90 % des entreprises poursuivies pour une infraction pénale aux règles sur les ententes ont choisi de conclure des transactions pénales avec la division Antitrust du ministère américain de la justice.

Étant donné que les ententes sont considérées comme des infractions pénales aux États-Unis, les lignes directrices américaines concernant la détermination des peines (les «Sentencing Guidelines») constituent le point de départ pour déterminer le montant de l'amende d'une entreprise ayant commis une infraction d'entente, comme c'est le cas également pour toutes les infractions pénales. Ces lignes directrices qui se présentent sous la forme d'un manuel d'instruction de 600 pages, décrivent la manière de calculer les sanctions qui sont à infliger aux organisations et aux personnes physiques pour tout type de délit, et prévoient des règles spécifiques pour les infractions d'ententes. Pour résumer rapidement ces règles relatives aux ententes, le montant de base de l'amende applicable à une entreprise représentera généralement 20% du volume du commerce américain affecté par cette entente au cours de la durée totale de l'entente.

Le montant de base de l'amende est ensuite multiplié par des multiplicateurs minimaux et maximaux correspondant au degré de culpabilité de l'entreprise, ce dernier étant fondé sur des facteurs tels que le nombre de salariés, l'implication dans l'infraction ou la tolérance vis-à-vis de celle-ci de la part du personnel de haut niveau, le passé de l'entreprise en matière d'infractions pénales, d'éventuelles obstructions à la justice de la part de l'entreprise, ainsi que le niveau de coopération de l'entreprise et de la reconnaissance de sa responsabilité.

La méthodologie illustrée dans les lignes directrices sur la détermination des sanctions indique généralement une fourchette où le défendeur encourt une amende maximale qui représente le double du montant de l'amende minimale; par exemple, si l'amende minimale est de 200 millions dollars, l'amende maximale sera de 400 millions dollars, ou si l'amende minimale est de 500 millions dollars, l'amende maximale sera d'1 milliard dollars.

Toutefois, les lignes directrices prévoient que les entreprises qui coopèrent et font avancer l'enquête de manière significative peuvent bénéficier, uniquement sur requête publique, d'un montant d'amende en-dessous du seuil minimum prévu par ces mêmes lignes directrices, ce mécanisme étant dénommé «downward departures».

C'est à ce stade que le système américain devient hybride, car la détermination de l'amende d'un défendeur passe d'un calcul fondé sur une formule à un calcul qui intègre des réductions discrétionnaires, allant de quelques points de pourcentage à (en de rares cas) plus de 50 %, selon la façon dont les autorités évaluent le moment choisi pour coopérer et la qualité de la coopération du défendeur, étant entendu que le montant final de l'amende est approuvé par le tribunal.

On me demande souvent si, en l'absence de lignes directrices publiées en matière de réduction des amendes, les conseils juridiques d'éventuelles entreprises qui choisissent de coopérer après l'octroi de l'immunité sont en mesure de prédire de manière éclairée et fiable l'avantage que leur client pourrait retirer d'une «intervention» en deuxième, troisième ou quatrième position.

La réponse est oui. Même si l'approche américaine est différente, elle fournit aux conseils expérimentés la possibilité de prédire avec une précision considérable comment les entreprises qui coopèrent de façon tardive seront traitées.

Cette prévisibilité est bien réelle car l'approche américaine est fondée sur deux pratiques importantes de la division Antitrust du ministère de la justice.

Tout d'abord, ce service s'engage à négocier des solutions équilibrées entre des parties se trouvant dans des situations comparables – équilibrées non seulement entre les défendeurs dans une affaire en cours, mais également entre les différentes affaires et dans le temps.

Le deuxième principe guidant sa pratique est la transparence, permettant ainsi aux membres du barreau d'observer comment le ministère de la justice applique sa politique de traitement comparable et comment il arrive à une décision de réduction d'amende accordée au défendeur, en vertu des lignes directrices concernant la détermination des sanctions, en fonction de sa coopération dans des circonstances différentes.

Avant de conclure, il me reste à faire une observation importante: en comparant l'approche américaine avec celle de la Commission européenne et d'autres qui lui sont comparables, il est utile de rappeler que le système américain comporte une étape supplémentaire dans sa procédure, qui est la poursuite des individus.

La division Antitrust insiste régulièrement sur l'exclusion d'un certain nombre de personnes de la protection dont bénéficie l'entreprise dans le cadre des transactions pénales. Ces personnes sont ensuite exposées à des sanctions pénales et doivent répondre séparément de leurs actes devant les autorités publiques. Les entreprises qui coopèrent plus rapidement et qui fournissent des informations contenant plus de valeur verront moins de dirigeants condamnés à des peines de prison et pour des durées moins longues.

En conclusion, la prévisibilité et la fiabilité dépendent entièrement de la concordance et de la cohérence globales des décisions prises par les autorités de concurrence. Que l'on regarde les barèmes de réduction d'amendes, les lignes directrices clairement définies sur le calcul des amendes, les politiques de sanctions, les transactions pénales ou les discours publics, l'enseignement essentiel à tirer que nous connaissons tous est le suivant: les actions parlent plus fort que les mots.

## **DIAPOSITIVE 20**

*[Réduction des amendes - perspective allemande]*

CHRISTOF VOLLME (autorité allemande de la concurrence, *Bundeskartellamt*): L'autorité fédérale allemande de la concurrence (Bundeskartellamt) a lancé en 2006 son nouveau programme de clémence. C'est actuellement l'un des programmes de clémence les plus couronnés de succès au monde.

Le système des marqueurs est l'un des piliers de ce succès. La procédure de demande commence toujours par un marqueur qu'il s'agisse d'une demande d'immunité ou d'une demande de réduction d'amende.

Le moment du placement du marqueur est décisif pour le statut de la demande. Le marqueur peut être placé oralement ou par écrit, en allemand ou en anglais. Le marqueur peut également être placé pendant le déroulement d'une enquête et c'est souvent ce qui se produit. Les demandes peuvent être présentées sous la forme de procès-verbaux.

Le marqueur doit contenir des informations détaillées sur:

- Premièrement, le type et la durée de l'infraction.
- Deuxièmement, les marchés de produits et les marchés géographiques en cause.
- Troisièmement, l'identité des parties concernées.
- Et quatrièmement, le nom des autres autorités de concurrence auxquelles des demandes ont été ou vont être adressées.

Le Bundeskartellamt confirme immédiatement par écrit au demandeur qu'un marqueur a été placé, en précisant la date et l'heure de réception. En outre, le Bundeskartellamt fixe un délai maximum de 8 semaines pour la rédaction d'une demande de clémence.

Dans sa demande, le demandeur doit fournir des informations contribuant de manière significative à démontrer l'existence de l'infraction. Tous les éléments de preuve recueillis au cours d'une enquête ne seront pas considérés comme des éléments de preuve soumis par le candidat à la clémence.

Les documents démontrant l'existence de l'infraction doivent être fournis s'ils sont disponibles. Si aucun document de ce type n'est disponible, il peut être suffisant de nommer les salariés impliqués dans l'entente et désireux de se présenter à un entretien et de confirmer l'information.

La demande peut également être présentée oralement et/ou en anglais. Si le Bundeskartellamt accepte une demande en anglais, le demandeur est tenu de fournir une traduction écrite en allemand sans retard indu.

Dans un premier temps, le Bundeskartellamt informe le demandeur uniquement de l'ordre d'arrivée de sa demande et lui indique qu'il peut en principe bénéficier d'une réduction s'il coopère de manière complète et continue avec le Bundeskartellamt.

Une décision concernant une réduction est prise au plus tôt après la lecture et l'examen de l'ensemble des informations et des éléments de preuve obtenus lors d'une enquête réalisée antérieurement et/ou fournis par d'autres candidats à la clémence. Dans la plupart des cas, le Bundeskartellamt informe le demandeur du montant concret de la réduction obtenue après avoir présenté la communication des griefs.

Le Bundeskartellamt peut réduire le montant de l'amende à concurrence de 50%. Le montant de la réduction est fondé sur la valeur probante des éléments fournis lors de la demande et de son ordre d'arrivée. Le classement de la demande est essentiel, mais il n'est que l'un des éléments que le Bundeskartellamt prend en compte. Dans certains cas, une demande d'un classement inférieur, mais d'une meilleure valeur probante, a bénéficié d'une réduction plus importante qu'une demande mieux classée, mais de faible valeur probante.

## **DIAPOSITIVE 21**

**RICHARD WHISH:** De toute évidence, une entreprise qui présente une demande de clémence à une autorité de concurrence se dénonce en avouant qu'elle a pris part à un comportement illicite

Vous venez d'entendre des propos sur les types de preuves que les entreprises devront fournir à l'autorité de concurrence. Je vous propose maintenant d'écouter ce qu'entend la Commission européenne par déclaration d'entreprise.

*[Les déclarations des entreprise - perspective européenne]*

**MARISA TIERNO CENTELLA** (Direction Cartels, DG COMP): Une déclaration d'entreprise est une description détaillée de ce que savent d'une entente les candidats à la clémence. Elle est spécialement élaborée pour être présentée dans le cadre de la demande de clémence.

Compte tenu de leur rôle, les déclarations d'entreprise doivent contenir des informations détaillées sur les éléments clés de l'entente. Par exemple, son objectif, les entreprises et les personnes concernées, ainsi que la description du comportement en cause. D'autres types d'informations, tels que les données financières, les informations internes ou les secrets d'affaires, sont à exclure de la déclaration d'entreprise.

La Commission européenne accepte les déclarations d'entreprise tant écrites qu'orales. Permettez-moi de faire observer que nous ne faisons aucune différence entre ces deux versions pour ce qui est de leur valeur probante, de leur traitement lors de l'accès au dossier et de la détermination avec laquelle nous les protégeons contre toute divulgation. Toutefois, le demandeur peut préférer faire une déclaration orale lorsqu'il redoute des actions en dommages et intérêts.

Concrètement, la communication d'une déclaration orale nécessite que le demandeur, généralement représenté par son conseil juridique, se présente à la Commission afin de dicter la déclaration et d'en faire un enregistrement audio. Cet enregistrement audio fait par la suite l'objet d'une transcription dont l'exactitude est vérifiée par l'avocat. Ce qui est important en l'espèce, c'est que tant l'enregistrement que la transcription sont des documents de la Commission, dont l'accès est strictement limité.

Au cours de l'accès au dossier, les parties à la procédure disposeront d'un accès total aux déclarations d'entreprise tant écrites qu'orales. Si cet accès garantit leurs droits de la défense, il n'est accordé que dans les locaux de la Commission et aucune copie ne peut être effectuée. Tout cela vise à garantir que la Commission garde le contrôle sur les déclarations d'entreprise et qu'elles ne deviennent pas publiques.

Comme je l'ai mentionné précédemment, cette pratique se justifie par le fait que des tierces parties pourraient demander l'accès aux déclarations d'entreprise effectuées dans le cadre d'une demande de clémence. Dans ce contexte, il convient de souligner que, pour être couronné de succès, un programme de clémence doit suffisamment rassurer les candidats potentiels quant à la protection des déclarations d'entreprise contre toute divulgation. Dans le cas contraire, la divulgation de ces

déclarations fournies sur une base volontaire pourrait nuire gravement à l'efficacité d'un programme de clémence et à la lutte contre les ententes. En particulier, bien que le droit à réparation ne puisse être ignoré, les entités qui coopèrent avec l'autorité de concurrence ne peuvent pas se retrouver dans une situation plus défavorable en ce qui concerne les actions civiles que les membres de l'entente qui refusent de coopérer.

En outre, en raison du caractère complémentaire de la mise en œuvre des règles de concurrence par la sphère publique et la sphère privée, il est dans l'intérêt, d'une part, de l'autorité publique de contrôle et, d'autre part, des justiciables privés, que les déclarations d'entreprise soient bien protégées, car c'est grâce à une mise en œuvre efficace des règles que des actions privées en dommages et intérêts sont possibles et sont devenues plus courantes.

## **DIAPOSITIVE 22**

**RICHARD WHISH:** Je pense que nous avons compris maintenant qu'un système de clémence doit être conçu très soigneusement. Il convient d'inciter au maximum les entreprises à dénoncer les ententes pour bénéficier de la clémence, mais aussi d'éviter toute mesure dissuasive. Réfléchissons à quelques points particulièrement importants.

Tout d'abord, il devrait être possible pour les entreprises d'obtenir automatiquement l'immunité plutôt que de laisser cette décision à la discrétion de l'autorité de concurrence.

Ensuite, les autorités de concurrence devraient mettre en place un système de marqueur permettant à un candidat à la clémence de savoir qu'il peut préserver sa position dans l'ordre d'arrivée.

Enfin, il est très important que le candidat à la clémence puisse être certain que toute déclaration qu'il fera ne sera pas divulguée sans son consentement à une autre autorité de la concurrence ou, par exemple, à des tiers.

Par ailleurs, nous avons vu qu'il est souhaitable, dans la pratique, de permettre aux candidats à la clémence de faire leur déclaration oralement, plutôt que par écrit. Cela peut être très important, par exemple, lorsqu'une juridiction tente d'obtenir la divulgation de documents écrits.

Deux dernières remarques importantes. Premièrement, il est judicieux, dans la pratique, de permettre aux candidats à la clémence de prendre contact avec une autorité de concurrence, même une fois que cette autorité a entamé une enquête.

Et enfin, il est opportun de disposer d'un système permettant aux entreprises d'introduire des demandes de renseignements fictives afin de savoir comment une éventuelle demande de clémence serait traitée dans la pratique.

Nous espérons donc que cette vidéo vous a permis de mieux comprendre à quoi devrait ressembler un bon programme de clémence. Et rappelez-vous qu'un programme de clémence efficace devrait avoir pour effet de diminuer le nombre d'ententes et de renforcer la concurrence.