

HARD CORE CARTELS

THIRD REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF THE 1998 RECOMMENDATION

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Pursuant to Article 1 of the Convention signed in Paris on 14th December 1960, and which came into force on 30th September 1961, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shall promote policies designed:

- to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

The original Member countries of the OECD are Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. The following countries became Members subsequently through accession at the dates indicated hereafter: Japan (28th April 1964), Finland (28th January 1969), Australia (7th June 1971), New Zealand (29th May 1973), Mexico (18th May 1994), the Czech Republic (21st December 1995), Hungary (7th May 1996), Poland (22nd November 1996), Korea (12th December 1996) and Slovak Republic (14th December 2000). The Commission of the European Communities takes part in the work of the OECD (Article 13 of the OECD Convention).

© OECD 2005

Permission to reproduce a portion of this work for non-commercial purposes or classroom use should be obtained through the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, for every country except the United States. In the United States permission should be obtained through the Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, or CCC Online: <http://www.copyright.com/>. All other applications for permission to reproduce or translate all or part of this book should be made to OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

FOREWORD

In 1998 the OECD initiated an anti-cartel programme with the adoption of the Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. This publication is the third comprehensive report by the OECD Competition Committee about the ongoing fight against cartels. Earlier reports were published in 2000 and 2003.

The report focuses on four topics, including progress in member countries and observer countries in fighting cartels; public awareness of the harm caused by cartels; effective sanctions against cartel conduct, in particular sanctions against individuals; and international cooperation in cartel cases.

The report finds that efforts to detect, investigate, and prosecute domestic and international cartels have continued in OECD member and observer jurisdictions at very high levels. More competition authorities have focused efforts and resources on the prosecution of cartels. Severe sanctions are being imposed against cartels. Cooperation among competition authorities in investigations of cartels has reached unprecedented levels and exchanges of cartel enforcement know-how have intensified. While this represents significant progress, much remains to be done. The Report concludes that more countries should expand their awareness programmes, and work more extensively with procurement officials in an effort to fight bid rigging more effectively. Countries should seek opportunities to further increase corporate fines, and should consider introducing and imposing sanctions against individuals, including criminal sanctions. The report also identifies opportunities to enhance international cooperation in cartel investigations, highlighting in particular the Committee's Best Practices for formal information exchange in cartel investigations. The report concludes with an outline of the Competition Committee's future work related to the fight against cartels.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	7
1. Trends in Anti-Cartel Enforcement	8
1.1 <i>Developments in Member Countries and Observers</i>	9
1.2 <i>Illustrative Examples of Recent Cartel Investigations</i>	12
1.3 <i>Work of International Bodies Related to Cartels</i>	17
2. Raising Public Awareness of the Harm Caused by Cartels	18
2.1 <i>Bid Rigging - Raising Procurement Officials’ Awareness of Cartels</i>	20
3. Harm and Sanctions	25
3.1 <i>Estimates of Harm Caused by Cartels</i>	25
3.2 <i>Sanctions, in Particular Sanctions Against Individuals</i>	26
4. International Cooperation, Including Exchange of Information in Cartel Investigations	29
4.1 <i>Enforcement Cooperation</i>	30
4.2 <i>Best Practices for the Formal Exchange of Information</i>	33
4.3 <i>The Interface Between Public and Private Enforcement in International Cartel Cases</i>	35
4.4 <i>International Agreements</i>	37
5. Conclusions	38
5.1 <i>Raising Public Awareness</i>	39
5.2 <i>Sanctions</i>	39
5.3 <i>International Cooperation</i>	40
5.4 <i>Next Steps</i>	40

Annex 1. Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels46

Annex 2. Best Practices by the Competition Committee for the formal exchange of information between competition authorities in hard core cartel investigations 51

Introduction

On 25 March 1998 the Council adopted its Recommendation concerning Effective Action Against Hard Core Cartels.¹ The Recommendation condemns hard core cartels as the most egregious violations of competition law. It calls upon member countries to ensure that their laws adequately prohibit such cartels and that they provide for effective sanctions, enforcement procedures, and investigative tools with which to combat them. Further, the Recommendation urges member countries to cooperate with one another in prosecuting hard core cartel conduct.

Since the adoption of the Council Recommendation, the Competition Committee has considered the anti-cartel effort as one of its top priorities, as documented in the Committee's reports to the Council on the implementation of the Recommendation. In 2000, the Competition Committee submitted the first report to the Council on the implementation of the Council Recommendation (the "First Report").² The First Report noted that in the two years since the Recommendation there had been progress in raising the public consciousness about the harmfulness of cartels and in prosecuting them. The First Report explored in depth the topics of international co-operation in cartel investigations and the obstacles to more effective co-operation.

In 2002, the Competition Committee submitted the second report on the implementation of the Council Recommendation (the "Second Report"), which focused on the harm caused by cartels, investigative tools, sanctions, and international cooperation. The Second Report included a review of the estimated harm caused by cartels, and concluded that "the total harm from cartels is significant indeed, surely amounting to many billions of dollars each year."³ The Second Report also compared estimates of unlawful gains from cartels in a number of cases with the financial sanctions imposed in the same cases, and found that in virtually all of the examined cases the fines imposed were below the level of fines that would be considered an optimal deterrent, and in most cases were substantially below that level. The Second Report concluded a summary of anti-cartel enforcement actions as follows:

In sum, cartels are unambiguously bad. They cause harm amounting to many billions of dollars each year. They interfere with competitive markets and with international trade. They affect both developed and developing countries, and their effect in the latter may be especially pernicious. Their participants operate in secret, knowing that their conduct is unlawful. Their detection and prosecution should be a top priority of governments everywhere.⁴

The Second Report received a great deal of public attention and played an important role in member countries' reviews of their anti-cartel regimes.⁵ For example, a Government-established Commission in *Australia* that examined reforms of Australian competition laws recommended the introduction of criminal sanctions for hard-core cartels, referring, among other sources, to the findings of the Second Report concerning the harm caused by cartels and its comparison between harm and financial sanctions.⁶ *Japan* is another country that used the findings of the Second Report in its review of cartel enforcement.

This is the third report by the Competition Committee on the implementation of the Council Recommendation and the progress of member countries in the fight against hard core cartels, and the last in the series of reports since the adoption of the Recommendation. It summarises recent Committee activities, which focused on efforts to raise public awareness of the harm caused by cartels, sanctions against individuals, and international cooperation. The Report also provides an overview of major developments in member countries' anti-cartel efforts. It concludes with an overview of topics that the Competition Committee intends to address in the future in its ongoing anti-cartel work.

By way of overall conclusions, this report demonstrates that efforts to detect, investigate, and prosecute domestic and international cartels have continued in OECD member countries at very high levels. More countries are catching up and improving their enforcement regimes in line with developments in the most advanced jurisdictions. As a result, more competition authorities have focused efforts and resources on the prosecution of cartels, frequently aided by new laws and regulations that provide for greater enforcement powers. Severe sanctions are being imposed against cartels. Cooperation among authorities in investigations of cartels has reached unprecedented levels. However, as competition authorities intensify their anti-cartel efforts and compare their experiences, it also becomes evident that more should be done to strengthen laws and prosecute cartels, in order to combat more aggressively what has recently been called the "*supreme evil of antitrust*."⁷

1. Trends in Anti-Cartel Enforcement

The previous two reports covered a period of record fines and individual sanctions for several competition authorities. A survey for this Report showed that some member countries, especially those that had prosecuted the vitamins and lysine cartels during previous reporting periods, have seen a moderate decline in the number of decisions and in total fines. However, the survey demonstrated aggressive enforcement efforts at very high levels in many

countries, and competition authorities in more countries than ever bring important cases that resulted in significant sanctions. For example:

- In *Germany*, the Cartel Office imposed total fines of more than €700 million on a cartel in the cement industry;
- In 2002, the *European Commission* imposed a fine of €249.6 million on Lafarge for participation in a plasterboard cartel, the highest fine ever imposed on a company with regard to a single cartel infringement;
- The *United States* reported the second highest fine total in FY 2004 (\$359.8 million); the 10,501 total jail days imposed in FY 2002 were the highest number of jail days imposed in Division history;
- *Hungary* imposed total fines of HUF 8,375 million on cartels in 2004, more than ten times the amount of total fines imposed in the previous year.

The following section highlights some of the major developments in several OECD member countries and non-Member observers to the Competition Committee, focusing on legislative and regulatory changes, as well as changes in enforcement policy.⁸ Clearly, there has been significant progress in terms of focusing public opinion on the fight against hard core cartels and winning the support of lawmakers to strengthen enforcement tools and statutory fines. This overview is followed by examples of successful enforcement action against some major cartels discovered in recent years.

1.1 Developments in Member Countries and Observers

Australia: Proposed new legislation that would substantially strengthen anti-cartel enforcement; proposed reforms include: criminalisation of cartels, increased corporate fines, the possibility of barring individuals from office as directors or managers in public corporations, and a prohibition against indemnifying individuals for sanctions imposed on them;

Austria: Proposed new legislation that would introduce a modern antitrust regime as well as a leniency programme.

Brazil: Creation of an intelligence centre for cartel investigation by one of the antitrust agencies, which started to work closely with the federal police and prosecutors and to use new investigatory techniques in cartel

investigations, including dawn raids and wiretapping, and received first leniency applications;

Canada: Review of legislation was initiated to consider introducing a per-se prohibition of hard core cartels; immunity programme is being reviewed to improve and clarify the program;

France: Implemented legislation that created a leniency programme and a new procedure that provides for the imposition of lesser sanctions on companies that do not contest the accuracy of the charges brought against them; introduced a new system of fines, with maximum fines of up to 10 percent of annual revenues.

Germany: Proposed amendments to the Cartel Act that would allow for improved cooperation with competition authorities in and outside Europe, provide for new decision making powers, change the method of calculating the maximum fine to a turnover-based approach, expand powers to skim off unlawful gains, and improve possibilities of private enforcement; imposed record fines in 2003 totalling € 717 million, and more than €3 million against individuals;

Hungary: Created a cartel unit within the competition authority which has been very successful in investigating cartels; adopted a notice on fines which contributed to greater transparency and the imposition of substantially increased fines; adopted a leniency programme which has already triggered leniency applications;

Israel: Introduced a leniency program; obtained criminal convictions of individuals in numerous cases, including the first case in which executives had to serve jail time for their participation in a cartel;

Korea: Imposed record fines in cartel cases. 2004 amendments to the competition act increased maximum fines, introduced a new leniency programme to increase predictability and incentives for applicants, and a reward system for cartel informants; initiated a programme to better detect suspected cases of bid rigging;

Japan: Adopted new legislation in 2002 that increased the maximum amount of fines from ¥ 100 million to ¥ 500 million. New legislation has been adopted in 2005 that increases surcharge rates and introduces a leniency program;

Mexico: Proposed amendments to the competition law that would strengthen the competition authority's investigatory powers, substantially increase maximum fines, and introduce a leniency program;

The Netherlands: Introduced a leniency programme which has triggered numerous leniency applications; substantially increased fines for failure to cooperate with competition authority in investigations; proposed legislation that would introduce financial sanctions against individuals;

Portugal: Introduced a new competition law that provides for maximum fines of 10 percent of annual revenues, and the possibility of sanctions against individuals;

Turkey: A 2003 amendment to the Competition Act strengthened the competition authority's investigative powers and facilitated to collection of fines; further amendments are planned that would increase fines, and introduce a leniency programme as well as a commitment mechanism;

United Kingdom: Introduced criminal sanctions for individuals participating in cartels with a maximum jail sentence of five years. Expanded investigatory powers for the OFT;

United States: In 2004, the Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act increased maximum corporate fines from \$10 million to \$100 million; the maximum individual fine from \$350,000 to \$1 million, and the maximum jail time from 3 to ten years. The Act also strengthened the Antitrust Division's Amnesty Program by limiting a corporate amnesty applicant's private damages exposure to the damages actually inflicted by the applicant's conduct, provided the applicant cooperates with private plaintiffs in their damage actions against remaining cartel members.

European Union: Since May 1, 2004, the enforcement of EC antitrust rules is governed by Regulation 1/2003, which allows both the Commission and the national competition authorities to better focus their resources on the fight against hard core cartels by means of more effective sharing of enforcement tasks and increased cooperation. For this purpose, the Commission and national competition authorities have established the European Competition Network (ECN). The system created for case allocation, mutual information exchanges and consultations, as well as the extension of assistance in investigations to include cooperation between the national competition authorities, facilitates the investigation of cartels.

Regulation 1/2003 also strengthened the investigation powers of the European Commission by introducing the rights to seal any business premises and books or records, inspect other than business premises (for instance private homes), interview any person who may be in possession of useful information and record the answers, as well as by extending the right to ask oral questions during an inspection to a right to question any member of staff. The Commission adopted in February 2002 a new leniency policy, and has adopted a practice of taking oral statements in leniency applications. Options to strengthen private enforcement are also being considered, which could further increase deterrence against cartels.

1.2 Illustrative Examples of Recent Cartel Investigations

Combating international cartels remains a high priority for OECD members and observers. International cartels are especially difficult to detect as they use the most sophisticated measures to conceal their activities, the amount of commerce affected by these cartels is disproportionately large, and they are widely considered the most harmful type of cartel because of the magnitude of the harm that they inflict on businesses and consumers. There have been large international cartels that were discovered during the reporting period. Two of these investigations are described below.

Recent Examples of international cartels

Rubber Chemicals

In Canada, the Competition Bureau discovered that several producers of rubber chemicals had conspired to fix prices and share customers. Their cartel involved regular meetings, communications with other producers, agreements to coordinate the timing and amounts of price increases for certain rubber chemicals and to share customers and sales volumes, and the exchange of sales data and customer information on a periodic basis in order to monitor and enforce adherence to the agreement. Crompton Corporation admitted that it participated with other rubber chemical suppliers in an international conspiracy to increase the price of certain rubber chemicals and was sentenced to a fine of \$9 million for its part in the international price fixing conspiracy.

In the United States, the Antitrust Division has obtained over \$100 million in fines after investigating the same cartel. Crompton pled guilty and was sentenced to pay a \$50 million criminal fine. Bayer AG, a German manufacturer of rubber chemicals, pled guilty and was sentenced in December 2004 to pay a \$66 million fine for its participation in the cartel. Two Crompton executives were charged with participating in the cartel. In November 2004, a Bayer executive was also charged with participating in the rubber chemicals cartel. All three have agreed to plead guilty and cooperate with the continuing investigation. The Bayer executive has since then agreed to serve a four month prison term, and pay a US \$50,000 fine. The Crompton

executives' sentencings have been postponed pending completion of their cooperation.

The European Commission's investigation of the cartel continues.

DRAM Cartel

In September 2004, the Antitrust Division charged Infineon Technologies AG (Infineon), a German manufacturer of dynamic random access memory (DRAM), with participating in an international cartel to fix the price of DRAM sold to computer manufacturers. DRAM is the most commonly used semiconductor memory product, providing high-speed storage and retrieval of electronic information for a wide variety of computer, telecommunication, and consumer electronic products. Infineon pled guilty and was sentenced to pay a \$160 million fine, at that time the third largest fine in the history of the Antitrust Division. In December 2004, four executives of Infineon and its subsidiary, Infineon Technologies North America Corporation, were charged with participating in the international conspiracy to fix prices in the DRAM market. The executives, three German citizens and a US citizen, pled guilty and were each sentenced to pay a \$250,000 criminal fine and serve prison terms in the US ranging from four to six months for their participation in the DRAM conspiracy. Since then, the Korean company Hynix has been sentenced to pay a fine of US \$185 million, which currently ranks as the third largest fine in the history of the Antitrust Division. Several Hynix executives face the possibility of criminal charges.

While competition authorities from the most experienced competition regimes typically have been leading investigations of international cartels, other countries are getting involved as well. For example, *Mexico* opened an investigation into the citric acid cartel, following a guilty plea by Archer Daniels Midland and other companies before the US Department of Justice for participating in a price fixing agreement in the citric acid market. The Mexican competition authority imposed fines on Archer Daniels Midland as well as on Haarmann & Reimer Corp. and F. Hoffmann-La Roche, Ltd.

Korea also contributed to the prosecution of international cartels. In what was the first case of extra-territorial application of Korean competition law to an international cartel, the Korean Fair Trade Commission in 2002 imposed surcharges of about 11.2 billion won (approximately US \$8.5 million), along with a corrective order, on 6 graphite electrodes manufacturers, including four Japanese companies (Showa Denko, Nippon Carbon, Tokai Carbon, SEC), one German company (SGL Carbon) and one US company (UCAR International). *Korea* estimated that Korean purchasers of graphite electrodes, who purchased 90 percent of their total demand from cartel participants, had suffered damages of approximately 183.7 billion won (approximately US \$139 million) as a result of the global cartel.

The involvement of a greater number of countries in the prosecution of international cartels is of great significance. A larger number of prosecuting jurisdictions can increase the exposure of cartel participants to fines and thus contribute to greater deterrence of international cartels. This will require, of course, that in a greater number of jurisdictions fines reach levels at which they can be considered an effective deterrent.

Much of the attention concerning anti-cartel enforcement is directed at large, international cartels, given the significant harm they cause. There is no doubt, however, that the harm caused by domestic cartels also is very great, in light of the large number of these agreements. In addition, even a purely domestic cartel can cause substantial harm. Moreover, while international cartels frequently are found to devise the most sophisticated regimes to operate their cartels, there are also examples of domestic conspiracies that set up highly effective schemes to support cartels of significant duration. The German cement cartel, the Israeli floor tile cartel, and the Dutch construction industry cartel illustrate these concerns.

German Cement Cartel

Shortly after the adoption of a leniency programme and the creation of the Special Unit for Combating Cartels, the German Cartel Office received information from the construction industry about suspected cartel activity among cement producers. Evidence seized during a nation-wide search of 30 cement companies in July 2002, and during further searches of several small and medium-sized cement manufacturers in 2003, confirmed that the investigated cement producers had operated anti-competitive market allocation and quota agreements, some of them since the 1970s, and continued to do so until 2002, in four regional cement markets in eastern Germany, Westphalia, northern Germany and southern Germany.

The Cartel Office first imposed fines totalling approx. € 660 million in cartel proceedings against the six largest German manufacturers, including Alsen AG, Dyckerhoff AG, HeidelbergCement AG, Lafarge Cement GmbH, Readymix AG, and Schwenk Zement KG. Further fines of €41 million were imposed on six medium-sized cement manufacturers and dealers in 2003, bringing the total fines imposed in the cement cartel to more than €700 million.⁹

Israeli Floor Tile Cartel

In 2002, the Israeli competition authority successfully concluded the prosecution of a nation-wide floor tiles cartel and obtained criminal convictions of several tile manufacturers and their executives, including for the first time the imposition of unconditional jail sentences on several individuals. The investigation had revealed that all the major manufacturers of floor tiles in Israel had participated in a cartel for 14 years, which allocated markets, set quotas and fixed prices. A special economic

advisor was responsible for enforcing the cartel. He kept all the records of the cartel agreements, ensured that the cartel participants did not “cheat” by violating the terms of the cartel, arbitrated disputes among floor tiles companies that complained about breaches of the cartel, sanctioned companies that violated the cartel arrangements, and even sent private investigators to ensure that no manufacturer exceeded its quota.

The Dutch Construction Industry Cartel

Starting in 2002, the Netherlands competition authority investigated companies in the construction industry and uncovered evidence of large-scale collusive activities. In early 2004, as the investigation progressed, the Director-General of the competition authority as well as the Dutch Minister of Economic Affairs called upon construction companies to come forward and notify the competition authority of their practices. Almost 500 construction companies, including all major construction companies in the Netherlands, notified the authority of their cartel activities. The notifications and ongoing investigations documented an industry-wide culture of collusive behaviour. For many years, many companies had been involved in regular consultations prior to tenders to allocate "entitlements" to upcoming construction projects, and had used a system of "entitlements" and obligations to allocate future construction contracts. Many of these practices had continued despite a prohibition decision of the European Commission in the early 1990s.

The scale of the cartel prompted the competition authority to offer companies involved in the cartel an accelerated sanctions procedure: Companies which agreed to be collectively represented by a single person before the authority, rather than individually defending their cases, were offered some reduction in fines; companies that did not participate in the accelerated procedures remain subject to individual procedures. Under the accelerated procedure, the competition authority already imposed total fines exceeding € 100 million on participants in cartels in the infrastructure and civil engineering sector, with individual fines of up to €18.8 million. Investigations into other sectors of the construction industry continue.

A significant portion of domestic cartels that member countries described in the survey for this Report concerned bid rigging in procurement procedures. This observation, although not based on a comprehensive survey, supports the conclusion that bid rigging cartels are a pervasive phenomenon that deserves greater attention. The Committee recently had a roundtable discussion on bid rigging cartels and competition authorities' efforts to reach out to procurement officials. The results of this discussion are summarised further below.¹⁰

During the reporting period, competition authorities discovered ample evidence of the well-known fact that cartel participants are not honest business people who inadvertently became involved in unlawful conduct, but that cartel participants are fully aware of the unlawful and harmful nature of their conduct, devise sophisticated regimes to operate their cartels, and sometimes go to great

lengths to hide the existence of their agreements. This point was already illustrated by the above description of the floor tile cartel in *Israel*, and below are additional illustrative examples:

The Peroxide Cartel

In 2003, the European Commission imposed cartel fines totalling nearly €70 million on Atofina, Peroxid Chemie, Laporte (now known as Degussa UK Holdings), Perorsa, and AC Treuhand AG for operating a European-wide cartel in organic peroxide chemicals.¹¹ The cartel was remarkable in several respects: First, the cartel was active for almost thirty years. Cartel activities had begun in 1971 and lasted until the end of 1999 which makes it the longest-lasting cartel ever uncovered by the Commission. Second, the cartel had a particularly sophisticated and orderly setup: Back in 1971, the producers agreed to a written contract, spelling out in considerable detail the functioning of the cartel. The producers asked a Swiss consultancy called AC Treuhand to help organise the cartel. Its role was to organise the cartel, to mediate between the parties, and also to collect and audit statistics. AC Treuhand and the other parties to the agreement met regularly, often in Zurich. The incriminating documents were printed on pink paper and stored in Zurich. The producers were allowed only to consult these documents in the premises of AC Treuhand, but not to take the original documents home. The pink colour of the paper ensured that sensitive documents were not intentionally or inadvertently taken. Other documents were faxed to the private homes of some collaborators. Travel reimbursements were made directly from Switzerland to the participants attending the cartel meetings, so no trace could have been found in the offices.¹²

Copper Plumbing Tubes Cartel

In 2004, the Commission imposed a total of €222.3 million in fines on participants in a cartel concerning copper plumbing tubes. The Commission discovered that the companies operated a well-structured, classic cartel with codenames, meetings in anonymous airport lounges, with the clear objective of avoiding competition through the allocation of production volumes and market shares, the setting of price targets and increases as well as other commercial terms for plain copper plumbing tubes. During the first European-wide meeting in Zurich, one of the participants noted *“The objective is to keep the prices in the high price level countries high – if possible to increase even more.”*

Carbon Brushes Cartel

An investigation by the United States Department of Justice uncovered not only price fixing in the carbon brush industry, but also egregious acts of obstruction of justice. The Antitrust Division uncovered an elaborate plot to obstruct not only its price-fixing investigation, but also a potential investigation by the European Commission. The Morgan Crucible Company plc, headquartered in the UK, gave the Division false information in an attempt to convince it that their price-fixing meetings with competitors were legitimate business meetings. They provided their co-conspirator

company with a written “script” containing this false information, requested that it follow the script when questioned by the Division, and warned its co-conspirator that if the US investigation proceeded, the price-fixing investigation would spread to the EU. Officials associated with Morgan Crucible also destroyed documents relevant to the price-fixing investigation, even going so far as to create a document destruction task force. The Antitrust Division charged Morgan Crucible with obstruction of justice arising from witness tampering and document destruction. Morgan Crucible pled guilty to the obstruction charges and its US subsidiary, Morganite, Inc., pled guilty to price fixing. The companies were fined a total of \$11 million. Also, three Morgan personnel have pled guilty to obstruction offences, served prison sentences in a US prison and each paid a \$20,000 fine. The former Chairman of the Carbon Division and CEO of Morgan Crucible was indicted in 2004 for price fixing of carbon brushes, carbon current collectors, and mechanical carbon products, conspiracy to obstruct justice, witness tampering, and corruptly persuading others to destroy documents. The Division is seeking his extradition from the UK on all counts of his indictment.

In 2004, Morgan Crucible also pled guilty to obstruction of justice charges in Canada for wilfully providing false and incomplete evidence to Competition Bureau Investigators.

1.3 Work of International Bodies Related to Cartels

The topic of anti-cartel enforcement continues to be a key topic at competition policy events sponsored by governments and educational and private sector organisations. International organisations such as the *United Nations Conference on Trade and Development* continue to discuss the effects of cartels on trade and the appropriate response to this threat.

The *International Competition Network* ("ICN") also started to address cartel enforcement issues. In 2004, the ICN created a Cartel Working Group which addresses legal and conceptual challenges of anti-cartel enforcement, as well as enforcement techniques. Annual meetings of enforcement officials to discuss in particular the latest developments in enforcement techniques against cartels, which began in 1999, continue under the umbrella of the ICN. The latest of these conferences were held, respectively, in Brussels, *Belgium* and Sydney, *Australia*. These conferences and the ICN's work product on cartels give in particular non-OECD member countries a valuable opportunity to benefit from the expertise and knowhow in anti-cartel enforcement of the most experienced jurisdictions, thus strengthening worldwide efforts to combat cartels.¹³

2. Raising Public Awareness of the Harm Caused by Cartels

Making the public aware of the harm caused by cartels is an important part of a country's overall effort to combat cartels. Where the general public and in particular lawmakers are educated about the harm cartels cause to economies and the benefits of robust anti-cartel enforcement, they are more likely to support competition authorities and provide them with the necessary enforcement tools, including the ability to impose significant sanctions that can effectively deter cartels. Moreover, the more the business community and their counsel are aware of anti-cartel efforts, sanctions that can be imposed, and leniency programmes, the more likely it is that businesses will comply with the law or, where cartels have been formed, inform the competition authority about them. Recognising the importance of raising awareness of the harm caused by cartels, the Committee recently organised a roundtable discussion on this topic, the results of which are summarised below.

There are various methods countries can use to educate the public about cartels, including outreach to stakeholders, speeches, publications, websites, and pro-active media relations, and most importantly aggressive anti-cartel enforcement that receives good press coverage and public attention. Member countries with greater resources and experience in anti-cartel enforcement tend to have more comprehensive outreach programmes. The programmes developed in *Canada* and the *United States* are good examples of what competition authorities can do to educate the public about cartels.

The *United States* has developed one of the most comprehensive programmes to reach out to various constituents. The Antitrust Division found it useful to adapt presentations about its criminal enforcement programme according to target groups it intends to reach, distinguishing among presentations to other agencies involved in the investigation of cartels; purchasing officials; business executives; members of the antitrust bar; the general public; and lawmakers. Presentations to investigative agents tend to be fairly basic, focusing on crime, harm, investigative techniques, and prosecution statistics. Presentations to purchasing officials focus on harm and on signs of bid rigging, and are designed to give purchasing agents some tools to detect suspicious conduct. Programmes for business executives focus on the status of the Antitrust Division's enforcement program, on compliance programmes, and on methods to detect cartel activity within companies. Presentations to members of bar associations tend to be more detailed and technical, in particular with respect to leniency programmes, plea bargaining, and prosecution issues. A periodically updated status report on developments in the criminal enforcement programme is provided to business executives and bar members in connection with speeches given by Division officials. Additional materials to

increase awareness of cartels are available on the Antitrust Division's website,¹⁴ where speeches announcing and explaining the Antitrust Division's policy with respect to the prosecution of cartels also can be found.¹⁵

A strong media relations programme can be an important part of a country's efforts to educate the public about cartels. *Canada* is a member country that has a particularly well-developed and active media programme aimed to inform the public about the Competition Bureau's work and to deter businesses from engaging in cartel activity. As part of its media strategy, the Competition Bureau's new releases emphasise the harm caused by cartels for consumers as well as the penalties involved. News releases and media interviews also are used to highlight the Bureau's immunity programme. Bureau spokespersons are encouraged to explain bid rigging to reporters who call looking for information. A recent media analysis showed the positive result of this active strategy as the number of media reports dealing annually with criminal enforcement activities is substantial and increasing. In addition, the Competition Bureau's media relations programme also targets lawmakers and governments to highlight the Bureau's work, and to demonstrate that the Bureau is using its resources effectively.

While presentations to core constituents as well as active media relations programmes are important components of programmes to raise public awareness of cartels, active cartel enforcement, in particular successful cases against cartels that have a direct impact on consumers' pockets, is the most important and effective tool. Several members reported that cases in which significant fines were imposed on cartel participants received great attention by the media and the general public. One example is a case brought by *Israel* against an insurance cartel which was considered a major breakthrough in anti-cartel enforcement because the prosecution of distinguished and reputable executives in the business community substantially contributed to greater public awareness of cartels and the severity of the offence.

The nature or size of fines, and the volume of affected commerce, however, are not necessary ingredients of a good case. There are examples of cases that significantly contributed to greater public awareness where the affected commerce was limited and the total harm was relatively small, compared to some global cartels, but where consumers were directly affected and experienced the benefits of anti-cartel enforcement. Two of these cases are described below.

Examples of cases that were particularly effective in raising public awareness

The UK Football Replica Kit Cartel

An OFT investigation unearthed evidence of several agreements or concerted practices to set a minimum price for certain football replica kits, including top-selling England and Manchester United shirts. The agreements, which were intended to cover key selling periods such as the Euro 2000 tournament, were policed through informal meetings and monitoring retail customers, some of whom were threatened with stock cancellations if they failed to stick to agreed prices. Ten suppliers were fined a total of £18.6 million in August 2003 for engaging in unlawful price-fixing, including JJB Sports (£8.373m), Umbro (£6.641m), Manchester United (£1.652m), and Allsports (£1.35m).

At the time the OFT detected the cartel, the kits were sold at approximately £45 per kit. Following enforcement action, prices fell by 30 percent or more, and remained at those lower levels. The football replica kit cartel was a good case because, even though the product involved was not important for the economy as a whole, individuals and families could directly experience the harm caused by cartels and the benefits of anti-cartel enforcement.

Korean Apartment Price Cartel

In 2003, following increases in apartment prices that were mainly attributed to increases of the price at which construction companies sold apartments to individuals before actual construction, and after observing that construction companies had set their prices almost uniformly in two areas in Korea, the Korean Fair Trade Commission carried out on-spot investigations and uncovered two cartels involving 16 construction companies which had uniformly set prices for apartments. The KFTC estimated that the two cartels had raised prices by a total of almost 500 billion won (approximately US \$380 million), harming the final purchasers of these apartments by the same amount. In addition, given the fact that the higher apartment prices in the two areas under investigation had had an impact on prices in other areas, the actual damage caused by the cartels was presumed to be much greater. The KFTC imposed surcharges of more than 25 billion won (approximately US \$20 million) on cartel participants. The case attracted great public attention and national press coverage because ownership of houses and apartments has become an increasingly important goal for Koreans.

2.1 *Bid Rigging - Raising Procurement Officials' Awareness of Cartels*

Member countries also discussed efforts to raise cartel awareness among procurement officials and procurement authorities. Bid rigging continues to be a great concern in virtually every jurisdiction. Every year, annual reports of enforcement activities in member countries and observers to the Committee

reveal cases of bid rigging.¹⁶ Frequently, the best placed authority to detect signs of unlawful bidding arrangements is the procurement authority as it has good knowledge of the relevant industry sector, and can observe patterns in bidding processes that could indicate unlawful collusive activity. Moreover, procurement authorities can to some extent influence how bidding procedures are organised to make the formation of cartels more difficult. Yet, the roundtable discussion demonstrated that programmes to systematically educate procurement officials exist only in a few member countries, while some other countries have more recently started to develop their own, more limited programmes. This suggests that in many countries procurement authorities and officials are not yet sufficiently aware of the danger of cartels among companies participating in bidding procedures and of the important role they can play in preventing and detecting cartels.

Canada and the *United States* belong to the jurisdictions with the most comprehensive programmes for procurement officials. The competition authorities in both countries organise seminars, speeches, and other educational programmes to reach out to the procurement community. The *United States* has published a checklist of suspicious behaviour and suspicious statements that should help procurement officials to detect signs of possible collusion, in addition to brochures that inform procurement officials of the danger of cartels.¹⁷ In *Canada*, the Competition Bureau has developed a multimedia presentation about how to identify signs of bid rigging, provide information to the Bureau, and prevent bid rigging from occurring. The programme is available on CD ROM and on the Competition Bureau's website.¹⁸ The Canadian efforts also specifically emphasise possible reforms to the procurement process, and educate procurement officials about ways to adjust the process to safeguard against bid rigging.

In certain circumstances, a competition authority may decide that advising procurement officials alone is not sufficient, at least not in certain sectors. In *Korea*, for example, the competition authority directly monitors the procurement process of government authorities in several sectors, including electricity, defence, and highway construction, recognising that these areas could be particularly vulnerable to bid rigging.

In several countries, efforts to involve procurement authorities in discovering and preventing cartels are more recent. Some of these more recent initiatives, however, already show positive results. Once procurement officials get the message about bid rigging cartels, especially if that message is reinforced through successful enforcement action that results in lower prices, there is great interest in the work of the competition authority and willingness to support the fight against cartels. A case in point is *Sweden*. There, the

increased interest in bid rigging was triggered by a case brought against a cartel among asphalt producers that had targeted road building projects by the Swedish Road Building Association as well as by local governments. The case is described in greater detail below. Media reports highlighted the losses for taxpayers caused by the cartel, as well as the beneficial effects of the enforcement action as prices dropped by approximately 20 percent after the competition authority uncovered the cartel. Since then, the competition authority has launched a new programme against bid rigging cartels. The programme has been presented to and adopted by, for example, the association of local governments which are responsible for procurement contracts.

The Swedish example is important in two aspects: First, it confirms that good cases, especially if they receive good media coverage, can significantly contribute to greater awareness about cartels. In this respect, working with procurement officials is no different from educating the general public. Second, in its effort to strengthen the awareness of cartels among procurement officials, the Swedish competition authority provided them with a checklist for the detection of signs of bid rigging, which closely follows the above mentioned checklist developed by the *United States*. In at least one case a Swedish local authority relied on the checklist to provide information about suspicious activity during a bidding process, and prompted the competition authority to open a case. This was only a small step in the more effective fight against bid rigging, but it demonstrates that competition authorities can benefit from the experiences of others and programmes that already exist in order to more effectively reach out to public procurement officials.

The role of procurement officials in the combat against bid rigging cartels should not be limited to the detection of cartels once they have occurred. Competition authorities can advise procurement authorities of several measures to make bid rigging less likely. This includes adjustments to procurement procedures that make the formation of cartels more difficult and/or more costly.¹⁹ For example, as a small number of competitors and greater similarities among competitors increase the likelihood of collusion, procurement authorities should seek a larger number and a better mix of competitors. Second, the frequency of interaction among participants in procurement procedures increases the potential of collusion. Varying the scope of tenders can help, as it might ensure that the same parties were not always participating in tender procedures. Third, stability of demand, such as contracts of a similar size that come up for bids at regular intervals, facilitates bid rigging cartels. Again, procurement authorities can adjust procedures to reduce the risk of collusion.

There are other ways in which procurement rules can be strengthened to prevent bid-rigging from occurring. For example, the *United States* considers

the threat of debarment from future government contracts of companies convicted of bid rigging offences an effective tool to deter cartels and achieve greater compliance with the law. Many companies regularly participating in public procurement consider possible debarment from future government contracts as a serious risk. Quite often procurement officials are willing to suspend debarment pending the implementation of a rigorous compliance program, combined with the right to conduct surprise inspections of books and bidding processes, thus ensuring greater compliance rates in the future. More countries could adopt this sanction. EU public procurement rules, for example, authorise national authorities of EU member states to exclude bidders that have been found guilty of bid rigging, provided the authorities are authorised to do so under their respective national procurement laws. However, it appears that few, if any, EU member states provide for debarring as a possible sanction in bid rigging cases.

In some countries, every participant in a procurement procedure is required to sign a written statement of compliance or a statement of independent bid determination. Such statements are considered another effective measure that procurement officials can adopt to reduce instances of bid rigging cartels. They can deter bid rigging by requiring disclosure of all material facts about any communications and arrangements they have entered into with competitors regarding the tender call, or by requiring bidders to certify that there were no consultations, communications or agreements with competitors relating to pricing or intent to submit an offer.

Examples of Bid Rigging Cartels

Hungarian Motorway Construction Cartel

In 2003, the Hungarian competition authority (“GVH”) launched an investigation into suspected bid rigging in connection with a tender for a motorway construction project, and later extended the investigation to another tender procedure. Evidence discovered by the GVH established that several major construction firms, including subsidiaries of foreign companies, had agreed among them about the identity of the winning bidders for the construction works contracts. They also agreed that the winning bidder would subcontract parts of the construction works to the other cartel participants. The total fines amounted to HUF 7,04 billion (approximately €28 million), by far the largest fine ever imposed in the history of Hungarian anti-cartel enforcement.

Portuguese Cartel for Blood Glucose Monitoring Reagents

The Portuguese Competition Authority opened an investigation into a suspected bid rigging cartel for blood glucose monitoring reagent strips, following a complaint from a hospital in Coimbra. The hospital had launched a public invitation to tender for Blood Glucose Monitoring Reagent packages. Bids were submitted by five companies, but the hospital decided not to award the contract when all five bidders submitted bids with a uniform price (€20), which constituted a sharp increase from the prices charged for the same product a year earlier (between € 11.37 and € 14.96). Following an investigation of the suspicious bids, the competition authority determined that the alignment of the prices could not have occurred without a cartel agreement. The authority imposed a fine of approximately € 660,000 on each of the five defendant companies (Abbot Laboratórios, Bayer Diagnósticos Europe, Johnson & Johnson, Menarini Diagnósticos, and Roche Farmacêutica Química) for a total fine of almost €3.2 million.

Swedish Asphalt Cartel

The Swedish competition authority investigated the asphalt industry which was suspected of rigging bids for many road construction projects. The main target of the suspected cartel was the Swedish National Road Administration, but many local municipalities were also affected. A subsidiary of the National Road Administration is suspected of participating in the cartel as well, which, if proven, would make the National Road Administration at the same time a perpetrator and a target of unlawful cartel activity. The Competition authority is seeking a court judgment imposing fines of SEK 1.6 billion (approximately US \$225 million) on the cartel participants.

While the case is still pending before a Swedish court, the competition authority's enforcement action already has had significant benefits: The case received extensive media coverage, with several reports highlighting the losses for taxpayers caused by the cartel. The beneficial effects of the enforcement action have been very apparent as procurement officials observed that prices dropped by approximately 20 percent. As a result of the greater awareness among procurement officials of the harm cartels can cause, the competition authority launched a new programme against bid rigging cartels in 2004, following an initiative of the association of local governments. The programme gives the competition authority the opportunity to inform procurement officials about how to detect signs of bid rigging, and encourage them to report suspicious activity.

3. Harm and Sanctions

3.1 *Estimates of Harm Caused by Cartels*

A major contribution of the Second Report was its survey of cartel cases where the harm caused by cartels could be estimated and compared with sanctions that were imposed in the same cases. With respect to those cases, the Second Report demonstrated that financial sanctions imposed on cartels remained significantly below the level at which they could be considered an optimal deterrent.²⁰

The Competition Committee did not engage in a similar exercise in preparation of this Report. However, the anecdotal evidence that some member countries were able to provide re-affirms the findings of the Second Report. As regards overcharges, for example, *Japan* has estimated that recent cartels raised prices on average by 16.5 percent. In *Sweden* and *Finland*, competition authorities observed price declines of 20 percent-25 percent following enforcement action against asphalt cartels, suggesting unlawful mark-ups of a similar magnitude. Along the same lines, in the above mentioned football replica kits case in the *United Kingdom*, long-term price reductions in the order of 30 percent were observed following the OFT's enforcement action. In *Israel*, the competition authority observed that prices declined by approximately 40 percent-60 percent after it uncovered a bid rigging cartel among envelope producers. And estimates in the *United States* suggest that some hard core cartels can result in prices increases of up to 60 percent or 70 percent.

Recent research on overcharges in cartel cases, based on a review of a large number of cartels, estimated that the average overcharge is somewhere in the 20 percent - 30 percent range, with higher overcharges for international cartels than for domestic cartels.²¹

As regards the level of financial sanctions, anecdotal evidence gathered for this Report confirms the conclusions reached in the Second Report. For example, data from several cartels in *Japan* suggested that fines remained substantially below the harm that the cartels were estimated to have caused. At these levels, financial sanctions cannot be considered an optimal deterrent, especially considering that not all cartels are discovered and financial sanctions therefore should substantially exceed the harm caused by a cartel. The Second Report suggested, for example, that based on conservative estimates a fine would have to be three times the actual gain realised by the cartel to be an effective deterrent.²²

3.2 *Sanctions, in Particular Sanctions Against Individuals*

After examining the level of financial sanctions imposed in cartel cases, the Second Report observed with respect to sanctions against individuals:

Whether or not it is legally possible to impose an optimal organisational fine and practically possible to calculate it in a given case, actually imposing it might present problems. The optimal fine could simply be too large for the entity to bear, causing bankruptcy and possible exit from the market, which itself could diminish competition. *Thus, there is a place for sanctions against natural persons, placing them at risk individually for their conduct.* Such sanctions can complement organisational fines and provide an enhancement to deterrence. The laws of several OECD countries, but less than half, permit the imposition of administrative fines on natural persons for cartel conduct. In a distinct minority of countries cartel conduct is a crime, punishable by imprisonment, as well as by fines. The prospect of spending time in jail can be a powerful deterrent for businesspeople considering entering into a cartel agreement. Not all countries consider that criminalising cartel conduct is appropriate, however. Such a step may conflict with existing social or legal norms in a jurisdiction. It also has the effect of imposing a higher burden of proof on the prosecutor and it may make it more difficult to acquire evidence in certain circumstances, as additional procedural safeguards apply in criminal investigations.²³

Following the adoption of the Second Report, the Committee examined more closely the role of sanctions against individuals, including criminal sanctions, in anti-cartel enforcement, but also the challenges that the introduction of such sanctions can create. The results of this discussion are summarised below.²⁴

The Case for Sanctions Against Individuals

An analysis of financial sanctions imposed on cartels strongly supports the case for sanctions against individuals: It is widely believed that corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and that the threat of individual sanctions can be an important complement to corporate, financial sanctions. Individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence. In addition, sanctions against individuals also can increase the effectiveness of leniency programmes as they are a powerful incentive for individuals to reveal information about existing cartels and to cooperate in investigations. They can

thus create a greater likelihood that someone will defect from a cartel arrangement and offer information and co-operation and make leniency programmes more effective. In addition, even after a cartel has been disclosed, the threat of sanctions against individuals, and the possibility to avoid them through co-operation, will strengthen a competition authority's position during its investigation.

In addition, there is anecdotal evidence that criminal sanctions against individuals can have deterrent effects. For example, there have been instances of cartel members locating cartel meetings outside the *United States* in the (mistaken) belief that they could escape the threat of criminal sanctions under US antitrust law. There are also more recent examples of cartels carving out the United States from their operations to avoid the risk of criminal sanctions. That the threat of criminal sanctions weighs much heavier than financial sanctions is further evidenced by the experience of the United States where individuals repeatedly offered to pay high financial fines if they could avoid jail time, but nobody has ever offered to go to jail in order to avoid paying a fine.²⁵

However, there is no systematic empirical evidence available to prove the deterrent effects of criminal sanctions or, more importantly, to assess whether the marginal benefit of introducing sanctions against individuals in the form of less harm from cartel activity exceeds the additional costs that a system of criminal sanctions entails, including the costs of prosecution as well as of administering a prison system. Given the nature of cartel activity, there also appears to be agreement that it would be virtually impossible to generate the relevant data. Countries that use sanctions against individuals in cartel cases do so because they believe that corporate sanctions alone cannot ensure adequate deterrence, and that individual sanctions, including imprisonment, can be useful instruments in the fight against cartels.

Ultimately, each country must determine its own, "right" mix of sanctions that has the most effective deterrent effects against cartels.²⁶ A strong case can be made that cartel enforcement will be more effective if sanctions against individuals are part of that mix. In each jurisdiction, however, this decision depends on a number of factors, including a jurisdiction's cultural and legal environment, its enforcement history in cartel cases, the relationship between a competition authority and courts and prosecutors, as well as the resources of a competition authority. Countries might, for example, consider other mechanisms to provide greater incentives for individuals to defect from cartels, which could be adopted as an alternative or as a complement to individual sanctions. *Korea*, for example, introduced a reward system for individuals who inform the KFTC about a cartel, thus creating incentives for individuals to defect from cartels that do not rely on the threat of sanctions.²⁷ Other countries

and jurisdictions might seek to encourage private enforcement of competition laws to more effectively deter cartels.

A Trend Towards Criminalisation

While the number of OECD members and observers that have actually imposed sanctions against individuals is relatively small, there is a trend toward accepting that sanctions against individuals can contribute to more effective anti-cartel enforcement. The *United Kingdom* has introduced criminal sanctions and initiated its first cases under the new legal regime. In *Australia*, there has been broad support for a criminal sanctions system, and its adoption can be expected soon. And discussions about the benefits of a criminal sanctions system have resumed elsewhere. One such example is *Sweden*, where a Commission proposed in 2004 to criminalise cartel conduct. The Swedish Competition Authority, however, while not objecting to criminalisation as such, raised concerns that the proposal in the way it was designed would actually hamper effective cartel enforcement.²⁸

Factors to Enhance the Effectiveness of a Criminal Sanctions Regime

If a jurisdiction decides to introduce criminal sanctions, several factors should be taken into account to ensure that criminal sanctions contribute as effectively as possible to anti-cartel enforcement while trying to minimise the costs associated with a criminal enforcement regime. Especially where the authority to criminally prosecute cartels has been allocated to public prosecutors and not the competition authority, proper coordination between prosecutors and the competition authority can be of the greatest importance. First, competition authorities may have to work closely with prosecutors to persuade them to bring cases against cartels. In several member countries and observers, including, for example, *Israel* and *Norway*, competition authorities have experienced difficulties in persuading prosecutors to take up cartel cases. In addition, close cooperation will be important to ensure the effectiveness of leniency programmes. Individuals as well as corporations might be more reluctant to voluntarily provide information about cartels under a competition authority's leniency programme if they fear the possibility of criminal prosecutions of individuals. Clear and transparent rules must assure individuals and corporations who come forward and seek leniency that individuals will also have protection against criminal prosecution. In the *United Kingdom*, for example, the competition authority and the public prosecutor's office have made public statements to that effect, assuring leniency applicants that leniency would extend also to criminal prosecutions.

The proper definition of the criminal offence can be another factor that can affect the effectiveness of a criminal sanctions system. Members that recently introduced criminal sanctions, or are considering introducing them, have closely examined this question and concluded that the definition of a criminal cartel offence should be different from the general prohibition of restrictive agreements in the competition act. In addition to protecting rights of defence more effectively by providing greater legal certainty, there were also concerns that criminal sanctions might have excessive deterrent effects if the conduct to which they apply is not clearly defined. These countries, including the *United Kingdom* and *Australia*, therefore opted for, or are considering, a provision that would specify various acts that constitute a criminal cartel offence in a way similar to the definition of hard core cartels in the 1998 Hard Core Cartel Recommendation.

However, using a specific definition of a criminal cartel offence is not a necessary condition for a successful criminal enforcement regime. Countries that obtain criminal convictions based on the general language of their competition statutes, such as the *United States* and *Israel*, rely on consistent case law, prosecutorial discretion, and, sometimes, approval or exemption systems to ensure that there is no uncertainty about the scope of the criminal offence and to avoid the potential risk of over-deterrence.

Relying on the general competition law definition of anticompetitive conduct can hinder criminal enforcement, however, if there is no recognition of a per-se cartel offence. Otherwise, elements of a competition law violation such as market definition, entry barriers, and effects on competition may have to be proven under criminal standards, providing for insufficient deterrence and making it exceedingly difficult to obtain criminal convictions in courts. This has been the experience in *Canada*. As a result, alternative models are currently under consideration that could include a more effective, specific criminal provision for hard core cartels while encouraging pro-competitive alliances.

4. International Cooperation, Including Exchange of Information in Cartel Investigations

Supporting efforts of member countries to strengthen international cooperation in cartel investigations remains a priority area for the Committee. More effective international cooperation can enhance the ability of authorities to detect and investigate international cartels, and reduce the risk of inconsistencies between enforcement regimes.

The Second Cartel Report studied developments in international cooperation in cartel investigations in great detail.²⁹ It observed that the

enforcement community had increasingly become aware of international and global cartels and the substantial harm they cause, and that cooperation among competition authorities to discover and investigate such cartels had substantially increased. The Second Report noted that cooperation was the strongest within a relatively small group of jurisdictions, although other countries were engaged in international cooperation in some cases as well. In most cases cooperation was limited to "informal cooperation" where agencies informally discuss such matters as investigative strategies, market information and witness evaluations, but do not exchange evidence that has been generated by an investigation and is protected by domestic confidentiality laws. The Second Report, however, also recognised that, even though informal cooperation can be quite useful and sometimes help to advance investigations considerably, in many cases investigations of international cartels were significantly constrained by the inability of competition authorities to formally exchange information.³⁰

Many of these trends have continued. OECD members and observers have found that international cooperation in discovering, investigating, and prosecuting international cartels has reached unprecedented levels. New investigative strategies have been used successfully, such as coordinated, simultaneous surprise inspections in several jurisdictions. Confidentiality waivers in cases of simultaneous leniency applications have created more opportunities for multi-jurisdictional cooperation. In several cases, countries were able to assist others in providing access to evidence and witnesses located in their jurisdictions. More countries than ever cooperate by exchanging knowhow and expertise in cartel enforcement, in particular in the field of investigative techniques. The number of bilateral cooperation agreements has substantially increased.³¹ One enforcement official recently concluded: "Cooperation among competition law enforcement authorities has undergone a sea change in the past five years," and "[o]ur cooperation with foreign antitrust authorities has never been more effective."³²

Despite appreciable progress, however, substantial room for improvement remains in the area of international cooperation. Most importantly, often cooperation among competition authorities does not include the formal exchange of confidential information. If a greater number of competition authorities were authorised to exchange confidential information in cartel investigations, efforts to detect, investigate and prosecute international cartels would be more effective.

4.1 *Enforcement Cooperation*

In many cases of successful cooperation in investigations of international cartels, OECD members have continued to rely on informal cooperation,

including the discussion of investigative strategies, market information, and witness evaluations. Despite its limitations, informal cooperation can be very effective and contribute to more effective enforcement. A recently developed form of successful informal cooperation is the coordination of surprise inspections in several jurisdictions which enable the participating authorities to maintain the surprise element of their investigations and to avoid the possible destruction of evidence.

Cooperation through Coordinated Inspections³³

In February 2003, for the first time an international cartel investigation went overt simultaneously in four jurisdictions: In investigations of suspected cartel activities related to heat stabilisers and impact modifiers, the Canadian Competition Bureau, the European Commission, the Japanese Fair Trade Commission, and the Antitrust Division of the US Department of Justice coordinated simultaneous searches, the servicing of subpoenas and drop-in interviews. In Europe, officials from the European Commission and Member States searched 14 companies located in six Member States as a part of these parallel efforts. Overall, more than 250 investigators and agents were involved in the simultaneous launching of these investigations on three continents.

Cooperation through exchanges of information that is not considered confidential also proved helpful in many cases. Frequently, the 1995 OECD Cooperation Recommendation³⁴ continues to provide the framework for this type of cooperation, especially between OECD members that have not entered into a bilateral cooperation agreement. *Korea*, for example, reported that it notified several other competition authorities in accordance with the 1995 Recommendation when it initiated cartel investigations, and received support from several of the notified authorities which provided non-confidential information from their own investigations. It considered the information it received of substantial help in its own investigation.

Successful cooperation among competition authorities is also supported by a regular exchange of knowhow and expertise related to enforcement activities, including tools and techniques for the detection of cartels, investigative techniques and evidence gathering, such as electronic searches, and case management. Annual meetings of cartel enforcers focusing on the practical aspects of cartel enforcement, which began in 1999, have come under the umbrella of the ICN since 2004. In the most recent meeting in Sydney, *Australia*, the two-day meeting was combined with a two day workshop focusing on leniency programmes. These meetings not only enable participants to exchange ideas and learn about "best practices" in cartel enforcement. They also provide important opportunities to develop close working relationships,

which in turn can facilitate better enforcement cooperation among an increasing number of jurisdictions.

Despite the achievements in international cooperation through various forms of informal cooperation, in many cases members realised that informal cooperation has its limits and that the inability to exchange confidential information can seriously hamper cartel investigations. *Turkey*, for example, found that the absence of a formal cooperation mechanism authorising the exchange of confidential information with the *European Commission* limited its ability to investigate cartels. In one case, Turkey investigated suspected cartel activity in the gas insulated switchgear industry, which appeared to operate outside Turkey, but affected the Turkish market as well. The same suspected cartel was simultaneously investigated by the European Commission. Despite Turkey's request for cooperation, however, the Commission was unable to exchange any confidential information in the absence of an instrument authorising the exchange of confidential information. The inability to obtain information from abroad significantly impeded Turkey's ability to investigate this cartel.

Where international agreements authorise formal cooperation, competition authorities have used them in an increasing number of cases to more effectively investigate cartels. Cooperation under these instruments can include search operations at the request of another country. *Germany*, for example, undertook extensive search operations at the request of the *United States*. In one case it is reported that more than 100 police officers and Cartel office staff simultaneously searched business premises in several German states following a request for assistance in a cartel investigation by the United States.

Cooperation in cartel investigations in the European Union has undergone substantial reforms under the new legal framework introduced by Regulation 1/2003, which entered into force on May 1, 2004. The Regulation introduced far-reaching cooperation mechanisms within the European Competition Network, which comprises the competition authorities in EU member states and the European Commission. In addition to authorising the exchange of confidential information among competition authorities, the Regulation also authorises competition authorities to request assistance of other competition authorities in investigations of suspected infringements of arts. 81 and 82, including investigations of suspected cartels.³⁵ The first such requests for assistance have been issued in cartel cases, resulting in inspections on behalf of the requesting EU member state.

4.2 *Best Practices for the Formal Exchange of Information*

Competition authorities have consistently found that the ability to exchange confidential information can substantially contribute to more effective cooperation and enforcement in international cartel cases. The Committee therefore has for many years sought ways to promote the sharing of confidential information in cartel investigations, consistent with the mandates of the 1995 Cooperation Recommendation³⁶ and the 1998 Hard Core Cartel Recommendation.³⁷ Much of the Committee's work has been documented in the Second Report. The Second Report also described the Committee's discussions with the business community, represented by the OECD's Business and Industry Advisory Committee (BIAC), including issues on which the two sides tended to disagree.³⁸ In addition, the Committee studied practices and rules related to information exchanges in other law enforcement areas where international cooperation is common. In these areas, such as securities regulation and tax, authorities appear to operate under significantly less restrictive regimes concerning confidentiality protection, and therefore exchange information much more frequently in international investigations.

More recently, better coordination of leniency programmes has led to increased opportunities to share confidential information and better cooperate. The number of leniency applications submitted simultaneously to more than one competition authority has increased, and simultaneous leniency applications can include waivers of confidentiality rights. Such waivers create more opportunities for multi-jurisdiction cooperation by enabling the competition authorities involved to share information they have received in the leniency applications. However, even in cases where leniency applicants are willing to give waivers, a broader authority to exchange confidential information would be desirable because confidentiality waivers cover only information submitted by the leniency applicants, and competition authorities usually cannot share incriminating information that they obtain as a result of these applications. For example, where a competition authority obtains documents during a dawn raid that was triggered by information provided by a leniency applicant, any such documents usually are still subject to confidentiality protections and cannot be shared with authorities in other jurisdictions.

Based on its ongoing work related to information exchanges, the Committee embarked on the development of Best Practices for the formal exchange of information in cartel investigations in 2004, and adopted the final version of the Best Practices in October 2005. The laws of many member countries prevent competition authorities from exchanging confidential information in cartel investigations, or severely restrict their ability to do so. The Best Practices aim to identify safeguards that member countries should

consider applying when they authorise competition authorities to exchange confidential information in cartel investigations. It is hoped that by identifying appropriate safeguards for information exchanges, the Best Practices would assist member countries to remove obstacles to effective cooperation by authorising the exchange of confidential information in cartel investigations. During the drafting process, the Committee continued extensive discussions with the business community and bar associations to better understand their concerns.

The Best Practices are based on the following principles:³⁹

- International treaties or domestic laws authorising a competition authority to exchange confidential information in certain circumstances should provide for safeguards to protect the confidentiality of exchanged information. On the other hand, such safeguards should not apply where competition authorities exchange information that is not subject to domestic law confidentiality restrictions.
- Member countries should generally support information exchanges in cartel investigations. It should, however, always be at the discretion of the requested jurisdiction to provide the requested information in a specific case, or to provide it only subject to conditions, and there should be no obligation to act upon such a request. A country may decline a request for information, for example, because honouring the request would violate domestic law or would be contrary to public policy in the requested jurisdiction. In addition, information exchanges should not inadvertently undermine hard core cartel investigations, including the effectiveness of amnesty/leniency programmes.
- When initiating an exchange of information, jurisdictions should act with the necessary flexibility in light of the circumstances of each case. They should consider engaging in initial consultations, for example to assess the ability of the jurisdiction receiving the request for information to maintain the confidentiality of information in the request as well as the confidentiality of exchanged information.
- Appropriate safeguards should apply in the requesting jurisdiction when it is using the exchanged information. In this context, the Best Practices address in particular the use of exchanged information for other public law enforcement purposes, disclosure to third parties, and efforts to avoid unauthorised disclosure.

- Information exchanges should provide safeguards for the rights of parties under the laws of member countries. The Best Practices specifically mention the legal profession privilege and the privilege against self incrimination. In this context, member countries may have to take into account differences in the nature of sanctions for violations of competition laws concerning hard core cartels in different jurisdictions.
- In light of concerns that prior notice to the source of information can severely disrupt and delay investigations of cartels, the Best Practices advise against giving prior notice, unless required by domestic law or international agreement. Competition authorities may, on the other hand, consider ex-post notice if such notice would not violate a court order, domestic law, or an international agreement, or jeopardise the integrity of an investigation.

Thus, the Best Practices envisage a robust and credible framework of safeguards to protect confidential business information against unauthorised disclosure, without undermining the ability of competition authorities to effectively cooperate in cartel investigations.

4.3 *The Interface Between Public and Private Enforcement in International Cartel Cases*

A number of issues recently have emerged at the interface between public enforcement and private enforcement in international cartel cases. They have highlighted that the interaction between public enforcement and private enforcement can sometimes lead to inconsistencies, and that increased private litigation with broader rights in one jurisdiction could undermine public enforcement efforts against cartels elsewhere, with uncertain net effects on global deterrence of cartels.

Discovery procedures in private litigation before US courts emerged as one area that has received particular attention. The concern has been that the use of discovery procedures in private antitrust litigation before US courts to obtain access to documents that the defendants had submitted in non- US investigations of the same cartel could impede anti-cartel efforts outside the United States. In particular, the *European Commission* has intervened before US courts based on the concern that allowing discovery of leniency applications could substantially undermine its leniency programme. *Canada* intervened on similar grounds and opposed or tried to limit discovery of documents related to cartel investigations and prosecutions in its jurisdiction.⁴⁰ The outcomes of these cases have been mixed, and not all courts have accepted the views of

foreign governments and enforcement authorities seeking to protect the integrity of their enforcement programmes.⁴¹ One response to rulings in favour of broad discovery rights has been an adjustment in the European Commission's leniency policy which now permits oral statements in leniency applications.⁴² Ultimately, however, the potential that civil procedure discovery rules in one country might interfere with public anti-cartel enforcement in another jurisdiction cannot be completely eliminated.

A second important development at the interface between private litigation and public law enforcement against cartels concerned the reach of US antitrust laws in private litigation. In private litigation that followed the prosecution of the well-known *Vitamins* and *Art Auctions* cartels, as well as a cartel for heavy-lift barge services, all of which adversely affected US customers, foreign plaintiffs sought to use US courts to obtain damages from foreign cartel participants where the plaintiffs had been harmed by cartel conduct outside the United States.

The important policy questions raised in these cases with regard to international anti-cartel enforcement prompted several governments to intervene before the Supreme Court in *Empagran*,⁴³ urging the Court to limit the reach of US antitrust law. Their principal point was that even if most countries agreed that price fixing should be condemned, an unreasonable extension of US antitrust law and its private enforcement regime with treble damages would unduly interfere with the policy decisions of foreign jurisdictions on how to remedy anti-competitive conduct that occurred in their territories and how to provide relief to private plaintiffs. They also argued that permitting independently injured foreign plaintiffs to pursue private remedies under US antitrust laws could undermine anti-cartel enforcement as it could reduce the incentives for cartel participants to cooperate under leniency programmes in the United States and elsewhere. On the other hand, interveners on behalf of the foreign plaintiffs had argued that increased availability of private enforcement in the United States would result in greater deterrence of global cartels, thus ultimately benefiting foreign countries as well. The Court refrained from deciding between the two opposing empirical assertions concerning greater global deterrence. Instead, it relied on comity considerations and the need to avoid unreasonable interference with foreign sovereign interests to hold in favour of a more restrictive construction of the relevant US statute,⁴⁴ at least in the narrow factual circumstances where the worldwide cartel had adversely affected US and foreign customers, but the foreign effects had been "independent" of any adverse domestic effects.⁴⁵

These cases have raised issues which require further study. Competition authorities, in general, look favourably at private litigation in cartel cases in

which customers seek damages for losses they incurred as a result of cartel conduct. The risk of significant damage awards in private litigation can provide a further deterrent against cartels. For this reason, the Second Cartel Report encouraged member countries to explore "means for permitting cartel victims to recover monetary damages from cartel operators, consistent with a country's legal norms and in a way that would avoid unnecessary and vexatious litigation."⁴⁶ The European Commission and EU member states also started to examine ways to encourage more private enforcement of European competition law.

Civil litigation, however, has the potential to interfere with public law enforcement, in the same jurisdiction as well as in foreign jurisdictions. The role of competition authorities in resolving tensions between private and public enforcement in international cartel enforcement frequently will be limited, as they have little influence over procedural rules, including rules concerning the gathering of evidence. They might in certain cases be able to adjust their own enforcement procedures to protect the integrity of their anti-cartel programmes, and sometimes may intervene in court proceedings to argue in favour of rules that limit inconsistencies between enforcement regimes.

The Committee has begun discussions of private litigation in competition cases and intends to further study this area, with a view toward supporting member countries in efforts to provide more opportunity for private enforcement, and to increase the understanding of rules applicable in private litigation in other member countries in order to adjust to such rules.

4.4 *International Agreements*

The survey for this Report disclosed that the number of international cooperation agreements continues to grow significantly. Several have been signed since the adoption of the Second Report, and a growing network of bilateral agreements covers not only cooperation between OECD members, but also cooperative relationships between OECD members and non-members. Such international agreements can include state-to-state cooperation agreements, inter-agency cooperation agreements, mutual legal assistance agreements ("MLAT"), as well as competition-related provisions in bilateral free trade agreements.⁴⁷

While MLATs are not competition specific, they can play an important role in international cartel cases as they provide the authority for formal cooperation, including the exchange of confidential information, if the conduct under investigation amounts to a criminal offence. MLATs have been used in several more recent investigations of international cartels to obtain evidence

located in the territory of another jurisdiction. The MLAT between *Canada* and the *United States* is probably one of the most frequently used MLATs in cartel cases. In an important case, Canadian courts recently upheld the Canadian Competition Bureau's ability to use the MLAT for Canada-US cartel cooperation after parties under investigation for suspected cartel activity in the United States had challenged the MLAT's use to exchange information in cartel cases.⁴⁸

Canadian courts upholding the use of the Canada/US MLAT in antitrust cases

The *Falconbridge* case had its origin in an MLAT request by the US Department of Justice in connection with its investigation into possible antitrust offences by Falconbridge and Noranda in relation to sulphuric acid. After the request for assistance was approved, documents were seized and gathered pursuant to search warrants and an order for production of records. When the Commissioner of Competition sought authorisation to send the records to the United States, Falconbridge and Noranda brought cross applications to have the search warrants and evidence gathering orders set aside, and for a declaration that the MLAT and implementing domestic legislation were not available in aid of the investigation of a Sherman Act violation.

The court rejected Falconbridge's and Noranda's argument that the alleged offence under section 1 of the Sherman Act did not fall within the definition of "offence" under the MLAT. The court also rejected the argument that the MLAT requires "reciprocity" or "dual criminality" such that any alleged offence in the requesting country must also be an offence within the requested country. In this case, the alleged conduct did not amount to an offence under Canadian laws. The court confirmed that the MLAT does not have "a reciprocal offence" or "dual criminality" requirement in terms of the "offence." Rather, the MLAT sets out an obligation to give effect to requests regarding certain "offences" as defined in the MLAT and to give certain kinds of assistance also as set out in the MLAT and subject to various stipulated limitations. The Court of Appeal recognised that this interpretation of the MLAT "places Canada in the position of providing assistance in situations for which it would never have occasion to make a demand." The Court was of the view, however, that this is "precisely what the Treaty envisages."

5. Conclusions

This Report, the final report on the implementation of the Council Recommendation and the progress of member countries in the fight against hard core cartels, has documented that efforts to fight domestic and international cartels have advanced in many respects. Legislative changes in several member countries have conferred greater investigative powers on competition

authorities, authorised stiffer sanctions, and increased the opportunities to effectively cooperate with foreign competition authorities. More competition authorities have created specialised cartel units and/or prioritised the fight against cartels among their activities. High fines are imposed on a regular basis. Cooperation has become much more common, and exchanges of cartel enforcement knowhow have intensified. But much remains to be done.

5.1 *Raising Public Awareness*

There has been a significant increase in the awareness of the harm caused by hard core cartels in many countries. Vigorous campaigns to inform the public about the nature of cartels and the danger they pose, and to enhance public support for the anti-cartel efforts have been developed in some member countries. More countries, however, should consider opportunities to create and expand their own awareness programmes that reach out to key constituents, following the examples of successful programmes that already exist elsewhere. High profile cases, especially those that directly affect consumers, are often the most effective vehicles to increase public awareness of cartels.

In many countries, there is also room to work more extensively with procurement officials in an effort to fight bid rigging more effectively. Bid rigging cartels are pervasive, so virtually every country can benefit from a more aggressive approach against them. Several countries have developed comprehensive programmes to reach out to procurement authorities, in particular to inform procurement officials about the harm caused by bid rigging cartels, to discuss with them how procurement procedures can be adjusted to make the formation of cartels less likely, and to inform them about ways to monitor markets for possible signs of bid rigging. Countries that have not yet undertaken similar efforts should consider developing their own programmes, taking into account programmes that already exist elsewhere, to make procurement officials effective allies in anti-cartel enforcement efforts.

5.2 *Sanctions*

A policy of imposing strong sanctions for cartel conduct is an indispensable part of a successful anti-cartel programme. High financial sanctions have become more common in many countries. But this is not the case in all countries, and it appears that sanctions are not yet at optimal levels. Countries therefore should seek opportunities to further increase corporate fines for participating in cartels.

To enhance both deterrence and the effectiveness of leniency programmes, countries also should consider introducing and imposing sanctions against

individuals, including criminal sanctions where it would be consistent with social and legal norms. If a country accepts that corporate sanctions alone cannot ensure adequate deterrence, and that criminal sanctions can be a useful instrument in the fight against cartels, it should consider measures that maximise the benefits of criminal sanctions and limit their costs. These measures include: securing broad public support for a criminal sanctions regime, persuading prosecutors and judges that cartels should be criminally prosecuted and that criminal sanctions should be imposed, and close cooperation between competition authorities and public prosecutors.

5.3 *International Cooperation*

Cooperation among competition authorities in cartel investigations has become more common. Cooperative relationships between countries, including the exchange of enforcement knowhow and expanded work relationships at the level of enforcement officials, have increased. These developments are critical for more successful efforts to discover and prosecute international cartels. Further means of enhancing international cooperation in cartel investigations should be considered. In particular, countries should consider authorising their competition authorities to exchange confidential information with foreign competition authorities, provided appropriate safeguards against unauthorised disclosure are in place such as those developed in the Committee's Best Practices for formal information exchange in cartel investigations. Countries that prosecute cartel conduct as a crime should consider exploring ways of making more effective use of MLATs. Ways should be examined of coordinating leniency programmes, especially by encouraging leniency applicants to simultaneously apply in as many countries as possible.

5.4 *Next Steps*

The Competition Committee will continue to consider the anti-cartel effort as one of its top priorities. It intends to focus on the following areas:

- *Enforcement Procedures:* Examine the potential use, in particular in civil law jurisdictions, of plea bargaining-type procedures in cartel prosecution to use resources more effectively;
- *Role of Prosecutors:* Discuss ways to ensure more effective cooperation and coordination with public prosecutors in criminal enforcement regimes;
- *Harm:* Gather more information about harm caused by cartels, and methods to measure harm;

- *Leniency Programmes:* Continue discussions of effective leniency programmes, including ways to better coordinate leniency programmes;
- *Cooperation & Information Exchange:* Continue promoting enhanced opportunities for competition authorities to exchange information in cartel investigations; and
- *Private Enforcement:* Examine ways to permit cartel victims to recover monetary damages from cartel operators in a greater number of cases, taking into account issues arising at the interface between private and public enforcement against cartels.

NOTES

1. Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels.
2. Implementation of the Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels: First Report by the Competition Committee.
3. Implementation of the Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels: Second Report by the Competition Committee, at 9.
4. Second Report, *supra* note 3, at 13.
5. The Second Report was also recognised in the academic literature on cartels. *See, e.g.*, John M. Conner, *Price Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence* (2005); on file with OECD.
6. Review of the Trade Practices Act 1974 (Dawson Report), Chapter 10, Penalties and other remedies 150-63 (2003). The Dawson Report cautioned that the introduction of criminal sanctions should be conditioned on the ability to reach satisfactory conclusions on a number of important preliminary questions, such as the definition of a criminal offence. As reported further below, new legislation has been proposed in the meantime which would introduce many of the reforms discussed in the Dawson Report.
7. *Verizon Communications v. Trinko*, 540 US 398, 408 (2004).
8. Much of this information is available in greater detail in the annual reports on competition enforcement activities which member countries and observers to the Committee file with the Competition Committee and which are available on the OECD Competition web site, at www.oecd.org/competition.
9. At the time of this Report, the Cartel Office's orders imposing fines are not yet final since most of the companies concerned filed appeals.
10. *See* the discussion of raising the awareness of procurement officials of the harm caused by cartels, *infra*, at 20.
11. AKZO received full immunity from fines for having revealed the cartel.
12. Until May 2004, private homes could not be searched by the Commission.
13. Information about the ICN's activities related to cartel enforcement is available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/cartels.html>.

14. *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For; Antitrust Enforcement and the Consumer*; available at <http://www.usdoj.gov/atr/contact/newcase.htm>.
15. <http://www.usdoj.gov/atr>.
16. Annual Reports of competition policy developments are available at <http://www.oecd.org/competition>.
17. Available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/primer-ncu.htm>.
18. <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02296e.html>
19. WTO law as well as EU law impose requirements on national procurement laws that might limit the extent to which such laws can be adjusted to make the formation of cartels more difficult. However, even within the framework set forth by WTO and EU procurement rules, adjustments can be made to reduce the likelihood of cartels.
20. Second Report, *supra* note 3, at 22.
21. Conner, *supra* note 5, at 67. The author used estimates from more than 500 cartel episodes. See also Gregory J. Werden, *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, Economic Analysis Group Discussion Paper 30 (2003) (estimating average price increase of more than 20 percent).
22. Second Report, *supra* note 3, at 22. The Second Report also acknowledged, though, that some believe that as few as one in six or seven cartels is detected and prosecuted, implying a multiple of at least six.
23. Second Report, *supra* note 3, at 23 (emphasis added).
24. Cartels: Sanctions Against Individuals (2005). A complete version of the roundtable discussion is available at:
<http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf>. Strengthening private enforcement of competition laws against cartel participants can also increase deterrence. However, since this topic was not addressed during the roundtable on sanctions against individuals, it is not discussed in the following text.
25. *Id.*, at 105. The United States emphasised that it would not accept an offer to pay a fine in lieu of a prison sentence.
26. In determining the "right" mix of sanctions, a country may also decide that concerns about a risk of bankruptcy should not be taken into account when imposing fines on corporations, thus eliminating a factor that could result in lower financial, corporate fines.
27. Several commentators have suggested that a reward scheme could be an effective tool to uncover cartels and could also make the formation of cartels

- more costly and therefore less likely. See Cécile Aubert, Patrick Rey, & William E. Kovacic, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, 23 Int'l J. Indust. Org. (forthcoming).
28. Sweden, Annual Report on Competition Policy for 2004 (2005), available at: <http://www.oecd.org/competition>. Claes Norgren, Intervention at the Conference on Antitrust Reform in Europe, Brussels, 2005, available at http://www.kkv.se/press/Pdf/tal_cn_050309.pdf.
 29. Second Report, *supra* note 3, at 24.
 30. Second Report, *supra* note 3, at 26-30.
 31. See also *infra*, at 37.
 32. Scott D. Hammond, *An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, presentation before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, January 10, 2005, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>.
 33. Commission Press Release IP 03/33 (February 14, 2003). The same strategy has successfully been used in other cases as well. See, e.g., Commission Press Release IP 03/107, May 14, 2003 (coordinated inspections in the copper concentrate sector).
 34. Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, C(95)130/FINAL, available at: <http://www.oecd.org/competition>.
 35. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, O.J. L1/1 (2004), arts. 12 (exchange of information) and 22 (assistance). See also Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities, O.J. C101/43 (2004).
 36. *Supra*, note 34.
 37. *Supra*, note 1.
 38. Second Report, *supra* note 3, at 33. For a detailed discussion of some of these issues see also Scott D. Hammond, *Beating Cartels at Their Own Game – Sharing Information in the Fight Against Cartels*, presentation before the Competition Policy Research Center, Fair Trade Commission of Japan, November 20, 2003, available at: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201614.pdf>.
 39. The text of the Best Practices is available at: <http://www.oecd.org/competition>. See also Annex 2.
 40. In re Vitamins Antitrust Legislation, Misc. No. 99-197 (TFH) MDL No. 1285 (D.D.C. Dec. 18, 2002), 2002 US Dist LEXIS 25815.

41. *Compare* In re Methionine, Case No. C-99-3491 CRB (N.D. Cal. July 29, 2002) (motion to compel discovery of leniency statements denied) *with* In re Vitamins Antitrust Legislation, Misc. No. 99-197 (TFH) MDL No. 1285 (D.D.C. Dec. 18, 2002) (leniency submission held to be discoverable).
42. For a description of the European Commission's concerns raised by these cases *see, e.g.*, Oliver Guersent, *The Fight Against Secret Horizontal Agreement in the EC Competition Policy*, in 2003 Fordham Corp. Law Inst. 43, 51-53 (B. Hawk ed. 2004).
43. Hoffmann-La Roche v. Empagran, 124 S. Ct. 2359 (2004).
44. Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982, 15 USC. § 6a (2000) ("FTAIA").
45. The Supreme Court remanded the case to the appeals court for further consideration of the plaintiffs' argument that the foreign conduct and domestic conduct were linked (and not "independent"), and therefore the foreign conduct fell under the jurisdiction of US antitrust laws. On remand, the appeals court affirmed the dismissal of the plaintiffs' antitrust claims for lack of subject matter jurisdiction under the FTAIA on the ground that the domestic (US) effects of the defendants' conduct did not proximately cause the foreign plaintiffs' injuries. *Empagran v. Hoffmann-LaRoche*, 2005 US App. LEXIS 12743 (D.C. Cir. June 28, 2005). *But see* In re Monosodium Glutamate Antitrust Litigation, 2005 US Dist. LEXIS 8424, 2005-1 Trade Cas. (CCH) ¶74781 (D. Minn. May 2, 2005) (court upholding subject matter jurisdiction under the FTAIA on the ground that domestic effects of an international cartel and foreign plaintiffs' injuries were sufficiently linked).
46. Second Report, *supra* note 3, at 36.
47. Examples of cooperation agreements in competition matters between OECD members include agreements and MOUs of the Korean Fair Trade Commission with the Mexican competition authority and the Australian ACCC; an agreement among the ACCC, the New Zealand Commerce Commission, and the UK's Office of Fair Trading and Department of Industry and Commerce; an agreement between the governments of Canada and Mexico; and an agreement between Japan and the European Community. Examples of cooperation agreements with non-OECD members include a fair trade agreement between Korea and Chile; the Korean Fair Trade Commission's MOUs with CIS countries; an MOU between the Canadian and Chilean competition authorities; and Australia's free trade agreements with Thailand and Singapore. Overall, the member countries and observers participating in the survey for this Report reported some 30 new bilateral cooperation agreements, if MLATs are included.
48. *Canada (Commissioner of Competition) v. Falconbridge Ltd.* [2003] O.J. No. 1563 (Ont. C.A.), *leave to appeal denied*, *Canada (Commissioner of Competition) v. Falconbridge Ltd.* [2003] S.C.C.A. No. 302, File No. 29845.

ANNEX 1

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST HARD CORE CARTELS

(Adopted by the Council at its 921st session on 25 March 1998)

THE COUNCIL,

Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14th December 1960;

Having regard to previous Council Recommendations' recognition that "effective application of competition policy plays a vital role in promoting world trade by ensuring dynamic national markets and encouraging the lowering or reducing of entry barriers to imports"; and that "anticompetitive practices may constitute an obstacle to the achievement of economic growth, trade expansion, and other economic goals of Member countries";

Having regard to the Council Recommendation that exemptions from competition laws should be no broader than necessary and to the agreement in the Communiqué of the May 1997 meeting of the Council at Ministerial level to "work towards eliminating gaps in coverage of competition law, unless evidence suggests that compelling public interests cannot be served in better ways";

Having regard to the Council's long-standing position that closer co-operation is necessary to deal effectively with anticompetitive practices in one country that affect other countries and harm international trade, and its recommendation that when permitted by their laws and interests, Member countries should co-ordinate investigations of mutual concern and should comply with each other's requests to share information from their files and to obtain and share information obtained from third parties;

Recognising that benefits have resulted from the ability of competition authorities of some Member countries to share confidential investigatory information with a foreign competition authority in cases of mutual interest, pursuant to multilateral and bilateral treaties and agreements, and considering that most competition authorities are currently not authorised to share investigatory information with foreign competition authorities;

Recognising also that co-operation through the sharing of confidential information presupposes satisfactory protection against improper disclosure or use of shared information and may require resolution of other issues, including potential difficulties relating to differences in the territorial scope of competition law and in the nature of sanctions for competition law violations;

Considering that hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others; and

Considering that effective action against hard core cartels is particularly important from an international perspective -- because their distortion of world trade creates market power, waste, and inefficiency in countries whose markets would otherwise be competitive -- and particularly dependent upon co-operation -- because they generally operate in secret, and relevant evidence may be located in many different countries;

I. RECOMMENDS as follows to Governments of Member countries:

A. CONVERGENCE AND EFFECTIVENESS OF LAWS PROHIBITING HARD CORE CARTELS

1. Member countries should ensure that their competition laws effectively halt and deter hard core cartels. In particular, their laws should provide for:

- a) effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels; and
- b) enforcement procedures and institutions with powers adequate to detect and remedy hard core cartels, including powers to obtain documents and information and to impose penalties for non-compliance.

2. For purposes of this Recommendation:

- a) a “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or

share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce;

- b) the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realisation of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country's own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws. However, all exclusions and authorisations of what would otherwise be hard core cartels should be transparent and should be reviewed periodically to assess whether they are both necessary and no broader than necessary to achieve their overriding policy objectives. After the issuance of this Recommendation, Members should provide the Organisation annual notice of any new or extended exclusion or category of authorisation.

B. INTERNATIONAL CO-OPERATION AND COMITY IN ENFORCING LAWS PROHIBITING HARD CORE CARTELS

1. Member countries have a common interest in preventing hard core cartels and should co-operate with each other in enforcing their laws against such cartels. In this connection, they should seek ways in which co-operation might be improved by positive comity principles applicable to requests that another country remedy anticompetitive conduct that adversely affects both countries, and should conduct their own enforcement activities in accordance with principles of comity when they affect other countries' important interests.

2. Co-operation between or among Member countries in dealing with hard core cartels should take into account the following principles:

- a) the common interest in preventing hard core cartels generally warrants co-operation to the extent that such co-operation would be consistent with a requested country's laws, regulations, and important interests;
- b) to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information, Member countries' mutual interest in preventing hard core cartels warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition

authorities and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process;

- c) a Member country may decline to comply with a request for assistance, or limit or condition its co-operation on the ground that it considers compliance with the request to be not in accordance with its laws or regulations or to be inconsistent with its important interests or on any other grounds, including its competition authority's resource constraints or the absence of a mutual interest in the investigation or proceeding in question;
- d) Member countries should agree to engage in consultations over issues relating to co-operation.

In order to establish a framework for their co-operation in dealing with hard core cartels, Member countries are encouraged to consider entering into bilateral or multilateral agreements or other instruments consistent with these principles.

3. Member countries are encouraged to review all obstacles to their effective co-operation in the enforcement of laws against hard core cartels and to consider actions, including national legislation and/or bilateral or multilateral agreements or other instruments, by which they could eliminate or reduce those obstacles in a manner consistent with their important interests.

4. The co-operation contemplated by this Recommendation is without prejudice to any other co-operation that may occur in accordance with prior Recommendations of the Council, pursuant to any applicable bilateral or multilateral agreements to which Member countries may be parties, or otherwise.

II. INSTRUCTS the Competition Law and Policy Committee:

- 1. to maintain a record of such exclusions and authorisations as are notified to the Organisation pursuant to Paragraph I A 2 b;
- 2. to serve, at the request of the Member countries involved, as a forum for consultations on the application of the Recommendation; and
- 3. to review Member countries' experience in implementing this Recommendation and report to the Council within two years on any further

action needed to improve co-operation in the enforcement of competition law prohibitions of hard core cartels.

III. INVITES non-Member countries to associate themselves with this Recommendation and to implement it.

ANNEX 2

BEST PRACTICES FOR THE FORMAL EXCHANGE OF INFORMATION BETWEEN COMPETITION AUTHORITIES IN HARD CORE CARTEL INVESTIGATIONS

These Best Practices for the formal exchange of information¹ between competition authorities in hard core cartel investigations² (“Best Practices”) have been developed under the sole responsibility of the OECD’s Competition Committee.

The OECD gives high priority to effective competition law enforcement, particularly against hard core cartels.³ This has been recognised in recent acts by the OECD Council, which also encouraged member countries to cooperate in their law enforcement activities:

- The Council’s Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade recommended that, when permitted by their laws and consistent with their interests, Member countries should co-ordinate competition investigations of mutual concern and should comply with each other’s requests to share information.

¹ Throughout this document “exchanging information” and “providing information” are meant to refer to situations in which one competition authority shares information with, or otherwise makes information available to, another competition authority, including reciprocal exchanges of information between two competition authorities and the provision of information which one competition authority has obtained at the request of another competition authority.

² Throughout this document “investigation of a hard core cartel” is meant to include all steps related to the enforcement of competition laws against hard core cartels.

³ Throughout this document “hard core cartel” is meant to refer to hard core cartels as defined in the Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels.

- Furthermore the Council's Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels recognised that member countries' mutual interest in preventing hard core cartels warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition authorities and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process, to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information.
- The latter Recommendation also encouraged member countries to review all obstacles to their effective co-operation in the enforcement of laws against hard core cartels and to consider actions, including national legislation and/or bilateral or multilateral agreements or other instruments, by which they could eliminate or reduce those obstacles in a manner consistent with their important interests.

The Best Practices are based on these two Council Recommendations and draw from the Committee's previous work on the fight against hard core cartels, and in particular the subject of information exchanges in hard core cartel investigations.⁴

Consistent with these Council Recommendations and in light of the Competition Committee's work on the topic of information exchanges in cartel investigations, the Committee believes that member countries should generally support information exchanges and should, in accordance with their laws, seek to simplify and expedite the process for exchanging information in order to avoid imposing unnecessary burdens on competition authorities and to allow an effective and timely information exchange.

The Competition Committee also recognises that:

⁴ The Committee's previous work on the subject of information exchanges in hard core cartel investigations has been documented in reports by the Committee to the Council on the implementation of the Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels. The Committee also held roundtable discussions on various issues related to cooperation and information exchanges in hard core cartel investigations. Representatives of the business community contributed to the Committee's discussions, and their views have been taken into account in developing these Best Practices.

- a member country may decline to comply with a request for information, or limit or condition its co-operation;
- the exchanging of confidential information presupposes effective safeguards (i) to protect against improper disclosure or use of exchanged information; and (ii) for privileged information, in particular information subject to the legal profession privilege, as well as for other rights under the laws of member countries involved in the exchange of information, which may have to take into account differences in the nature of sanctions for violations of competition laws concerning hard core cartels in different jurisdictions;
- information exchanges should not inadvertently undermine hard core cartel investigations, including the effectiveness of amnesty programs, and that, to that end, most member countries have adopted policies pursuant to which they do not exchange information obtained from an amnesty applicant without the applicant's prior permission;
- member country authorities should seek to ensure that information exchanges do not have negative consequences for informants, for example by deciding not to disclose their identities in certain cases;
- regional organisations and regional agreements may imply a very close cooperation which requires less safeguards than set out in these Best Practices.

Based on the above, the Competition Committee believes that member countries should take note of the following Best Practices when they enter into international agreements, or adopt domestic legislation, authorising the exchange of confidential information in investigations of hard core cartels under their competition laws, and in their policies and practices applicable to such exchanges:

I. Information Exchanges Covered by These Best Practices

A. These Best Practices apply to situations where (i) for the purposes of the investigation of hard core cartels under the competition laws of the requesting jurisdiction a competition authority in one jurisdiction provides information obtained from private sources to a competition authority in another jurisdiction; (ii) the competition authority would normally, under domestic law, be prohibited from disclosing such information to other competition authorities; and (iii) the disclosure of such information can occur only because it is authorised in certain circumstances by an international agreement or domestic

law. International agreements and domestic laws authorising such disclosure, as well as policies and practices of competition authorities applicable to such exchanges, should provide for the safeguards identified in these Best Practices.

B. The Best Practices should apply to exchanges of information that has been obtained on behalf of a foreign competition authority following a request for assistance as well as information already in the possession of the requested jurisdiction.

C. These Best Practices do not apply to:

- (i) Exchanges of information not subject to domestic law restrictions and which competition authorities therefore are free to exchange without authorisation by international agreement or domestic law;
- (ii) Information exchanges among members of a regional organisation or parties to a regional agreement that have adopted specific rules governing information exchanges among competition authorities, unless such exchanges involve information originating from a jurisdiction that is outside the regional organisation or not party to the regional agreement; and
- (iii) Information exchanges in the context of private litigation.

II. Safeguards for Formal Exchanges of Information

A. *Authority to Exchange Information*

1. Before making a formal request for information, a requesting jurisdiction should seek to consult with the requested jurisdiction to understand the circumstances under which the requested jurisdiction can act upon the request, in particular, whether it may have any disclosure requirements with respect to the information in the request and/or whether it would have to give notice to the source of the information. The requested jurisdiction should confirm that it will to the fullest extent possible consistent with its laws maintain the confidentiality of the information in the request.
2. The requesting jurisdiction should provide sufficient information as is necessary for the requested jurisdiction to act upon the request. The requesting jurisdiction should explain to the

requested jurisdiction in detail how the request for information located in the territory of the requested jurisdiction concerns the requesting jurisdiction's investigation of a violation of the requesting jurisdiction's competition laws concerning hard core cartels.

3. The requested jurisdiction should have discretion to provide or not to provide the requested information. Reasons for declining to provide the requested information might include, but are not limited to: (i) the requesting jurisdiction's investigation relates to conduct that would not be deemed hard core cartel conduct by the requested jurisdiction; (ii) honouring the request would be unduly burdensome for the requested jurisdiction or might undermine an ongoing investigation; (iii) the requested jurisdiction believes that confidential information may not be sufficiently safeguarded in the requesting jurisdiction; (iv) the execution of the request would not be authorised by the domestic law of the requested jurisdiction; or (v) honouring the request would be contrary to the public interest of the requested jurisdiction.
4. The requested jurisdiction may offer to provide the requested information only subject to conditions and/or limitations on use or disclosure. It should at least consider doing so if otherwise it would have to decline the request for information.

B. Provisions Concerning Confidentiality, Use, and Disclosure in the Requesting Jurisdiction

1. The requesting jurisdiction should identify its domestic confidentiality laws and related practices so that the requested jurisdiction can consider the requesting jurisdiction's ability to maintain the confidentiality of the exchanged information.
2. The exchanged information should be used or disclosed by the requesting jurisdiction solely for purposes of the investigation of a hard core cartel under the requesting jurisdiction's competition laws in connection with the matter specified in the request and solely by the enforcement authorities in the requesting jurisdiction, unless the laws of the requested jurisdiction provide the power to approve the use or disclosure of the exchanged information in other matters related to public law enforcement, and the requested jurisdiction has granted

such approval in accordance with its domestic law requirements prior to the use of the information in such other matter in the requesting jurisdiction.

3. The requesting jurisdiction should confirm that it will to the fullest extent possible consistent with its laws: (i) maintain the confidentiality of the exchanged information; and (ii) oppose the disclosure of information to third parties for the use of such information in private civil litigation, unless it has informed the requested jurisdiction about such third party request for disclosure of the information, and the requested jurisdiction has confirmed that it does not object to the disclosure.
4. The requesting jurisdiction should ensure that its privilege against self incrimination is respected when using the exchanged information in criminal proceedings against individuals.
5. The requesting jurisdiction should take all necessary measures to ensure that an unauthorised disclosure of exchanged information does not occur. In addition, it should make information available about the consequences under its domestic law in the event of such unauthorised disclosure. If, under exceptional circumstances, an unauthorised disclosure of exchanged information occurs, the requesting jurisdiction should take steps to minimise any harm resulting from the unauthorised disclosure, including promptly notifying the requested jurisdiction, and to ensure that such unauthorised disclosure does not recur. The requested jurisdiction should consider whether it is appropriate to notify the source of the information about the unauthorised disclosure.

C. *Protection of Legal Profession Privilege*

1. The requested jurisdiction should apply its own rules governing information subject to and protected by the legal profession privilege when obtaining the requested information.
2. The requesting jurisdiction should, to the fullest extent possible, (i) formulate its request in terms that do not call for information that would be protected by the legal profession privilege under its law; and (ii) ensure that no use will be made of any information provided by the requested jurisdiction that is

subject to legal profession privilege protections of the requesting jurisdiction.

D. *Notice to Source of the Exchanged Information*

1. If an information exchange is made consistent with these Best Practices, the requested jurisdiction should not give prior notice of the exchange to the source of the information, unless such notice is required under its domestic laws or an international agreement.
2. If the requested jurisdiction provides notice to the source of the information of the fact that information has been exchanged, it should do so only if such notice does not violate a court order, domestic law, or an obligation under a treaty or other international agreement, or jeopardise the integrity of an investigation in either the requesting or requested jurisdiction.
3. Prior to giving notice to the source of the information in accordance with Sections D.1 or D.2, the requested jurisdiction should, where practicable, consult with the requesting jurisdiction.

III. Transparency

To the extent possible without compromising legitimate enforcement objectives, jurisdictions should ensure that their relevant laws and regulations concerning information exchanges covered by these Best Practices are publicly available.

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.