

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

Note de Mme Caron Beaton-Wells

- Session IV -

1er et 2 décembre 2016

Cette note de Mme Caron Beaton-Wells (Professeur en droit de la concurrence, Directrice du Global Competition and Consumer Law Program, Faculté de Droit de l'Université de Melbourne) est soumise à la session IV du 15e Forum mondial sur la concurrence des 1 et 2 décembre 2016.

Les opinions et les arguments exprimés dans cette note ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur
www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm*

Veillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson pour toute question concernant ce document [tél. : +33 1 45 24 18 77 ; courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03418207

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE – LE DILEMME DE LA CLÉMENCE

-- Caron Beaton-Wells* --

Résumé

Alors qu'un nombre substantiel de juridictions prévoient désormais des sanctions pénales pour les pratiques collusoires, le débat reste vif sur la question de savoir si les sanctions de cette nature, l'incarcération de personnes physiques notamment, sont un complément légitime et efficace à l'arsenal de mesures réprimant ces pratiques.

Le débat est pluridimensionnel, ce qui tient en partie au fait que « les sanctions pénales compliquent la tâche de tout système juridique, car elles ont des répercussions sur chacune des composantes de la procédure. » L'une de ces composantes est la politique de clémence. Celle-ci est généralement considérée comme l'instrument le plus utile dont disposent les autorités de la concurrence pour détecter les ententes injustifiables, mener l'enquête, engager des poursuites et, au bout du compte, décourager ces pratiques.

Il est significatif d'observer que la multiplication des régimes pénaux et des politiques de clémence dans le monde s'est produite simultanément – les deux étant intervenues au cours des 10 à 15 dernières années. Pourtant, la relation entre ces deux phénomènes importants et, à maints égards, sujets à controverse, n'est pas encore pleinement comprise.

D'une part, on peut considérer que l'attribution de la qualification pénale aux ententes et les politiques de clémence à leur égard se renforcent mutuellement. On peut en effet estimer que les sanctions pénales rehaussent l'efficacité de la politique de clémence et, à l'inverse, qu'une politique de clémence s'accorde avec la volonté de traduire les grands contrevenants en justice.

D'autre part, on peut estimer que ces deux pratiques se contredisent et peuvent même se nuire réciproquement. La menace de sanctions pénales risque en fait de compromettre l'efficacité des politiques de clémence, lesquelles peuvent à leur tour porter atteinte à l'intégrité et à l'efficacité du droit pénal.

Une approche à cet ensemble complexe de questions consiste à examiner le lien entre les deux politiques sous deux angles, pratique et normatif. Toute juridiction qui a recours à une politique de clémence et envisage d'introduire des sanctions pénales doit réfléchir à la façon dont ces deux régimes s'articuleront sur ces deux plans.

Du point de vue pratique, une question essentielle consiste à déterminer si les sanctions pénales renforcent ou amoindrissent l'efficacité de la politique de clémence. Pour y répondre, il convient de prendre en considération les éléments suivants :

- Détection des pratiques collusoires : i) un nombre limité de données empiriques viennent appuyer la thèse selon laquelle l'existence de sanctions pénales augmente sensiblement la quantité ou la qualité des demandes reçues en application de la procédure de clémence ; et ii) quelques-unes permettent de penser que, dans certaines circonstances, l'existence de sanctions pénales réduirait le nombre de demandes de clémence ;
- Enquête et poursuites : i) dans un cadre pénal, les preuves risquent d'être moins nombreuses compte tenu de la réticence des individus menacés de poursuites à coopérer

*

Professeur de droit de la concurrence, directeur, [Programme de la concurrence mondiale et du droit de la consommation](#), Université de Melbourne Law School, c.beaton-wells@unimelb.edu.au, +61 3 8344 1004. Ce document s'appuie sur les travaux antérieurs publiés de l'auteur, y compris C Harding, C Beaton-Wells et J Edwards, «'Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement: Happily Married on Uneasy Bedfellows'» à C Beaton-Wells et C Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch 12; C Beaton-Wells, 'Leniency Policies: Effectiveness-Testing' in N Charbit and E Ramundo (eds), *William Kovacic, An Antitrust Tribute Liber Amoricum - Vol II*, Institut de droit de la concurrence (2014), 303; C Beaton-Wells, 'Immunity policy for cartel conduct: revolution or religion? Une étude de cas australienne '(2014) 2 (1) *Journal of Antrust Enforcement* 126.

avec les enquêtes dans le cadre d'un programme de clémence ; et ii) le recours à des témoins bénéficiant de mesures de clémence peut compromettre la réussite d'un procès devant jury ;

- Effets dissuasifs : il est difficile de prédire que la conjugaison de sanctions pénales et d'une politique de clémence renforceront la dissuasion en l'absence de sensibilisation des milieux d'affaire au droit et aux sanctions applicables et à la façon dont la politique de clémence détermine leur application ;
- Globalement, toute évaluation des avantages d'une politique de clémence pour l'application du droit doit tenir compte des coûts sensiblement plus élevés associés à un système pénal, surtout dans les pays qui ne pratiquent pas la négociation de peine.

Du point de vue normatif, une question primordiale consiste à définir si la politique de clémence rehausse ou diminue l'efficacité d'un régime pénal, autrement dit si elle affaiblit la capacité du droit pénal à qualifier et à sanctionner de manière appropriée et légitime les pratiques qui justifient une procédure pénale. Pour examiner cette question, on pourra tenir compte des considérations suivantes :

- Le compromis sur la peine et l'injustice connexe qui sont associés à une politique de clémence risquent d'entamer la confiance de la population dans le système juridique et son administration, ou son appui à ces derniers, ce qui peut nuire à la légitimité de l'autorité de la concurrence ;
- Ces mêmes aspects peuvent également limiter les perspectives d'un respect fondé sur des normes du droit de la concurrence par les entreprises (autrement dit, un respect fondé sur le fait que les entrepreneurs considèrent le droit et son application comme légitimes et justes) ;
- La combinaison d'une politique de clémence et d'un régime pénal produit des incohérences théoriques et pratiques qui peuvent empêcher le droit pénal de jouer son rôle de sensibilisation des entrepreneurs et de la population aux raisons pour lesquelles les pratiques collusoires doivent faire l'objet de sanctions pénales.

Globalement, cette analyse indique que les avantages concrets dérivant de la combinaison d'une politique de clémence et de sanctions pénales pour pratiques collusoires sont sujets à caution, et que cette combinaison peut avoir des retombées défavorables sur le plan normatif. La conclusion selon laquelle les sanctions pénales et la politique de clémence sont des alliés gênants, sinon contre-nature, dans la guerre contre les ententes, reste ouverte.

1. Introduction

1. Bien que l'application d'amendes aux entreprises demeure la méthode dominante pour sanctionner les ententes, on a pu observer au cours de la décennie écoulée une évolution sensible de nombreuses juridictions vers l'instauration et le durcissement de sanctions pour pratiques collusoires envers des personnes physiques¹. Les autorités se sont notamment attachées à pénaliser cette pratique dans l'objectif particulier d'autoriser les peines d'emprisonnement à l'encontre de contrevenants individuels.

2. Les autorités des États-Unis ont été le fer de lance de cette évolution, l'incarcération étant dans ce pays la sanction privilégiée pour les ententes « injustifiables » depuis les années 90². Au cours des 10 à

¹ Voir, de manière générale, OCDE, [Cartels: Sanctions Against Individuals](#) (Les tables rondes, DAF/COMP(2004)39, 10 janvier 2005).

² Connor signale que depuis le début des années 90 le nombre de peines d'emprisonnement pour entente sur les prix aux États-Unis a augmenté plus rapidement que le nombre d'amendes pénales infligées aux entreprises. Voir J. Connor, « *Problems with Prison in International Cartel Cases* » à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166414, 20 juin 2011, 2. Par ailleurs, entre 2000 et 2002, le ministère de la Justice des États-Unis semble avoir consciemment modifié sa politique consistant à infliger des amendes croissantes aux entreprises en faveur de peines d'emprisonnement de plus en plus nombreuses et lourdes. Voir S. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last*

15 dernières années, plus de trente pays ont instauré des sanctions pénales, sous une forme ou une autre, pour les ententes. Fait notable, une forte majorité d'entre eux l'ont fait depuis 1995, plus de vingt depuis 2000, et la liste semble s'allonger³.

3. Cela dit, il convient de reconnaître que la façon dont les infractions d'entente ont été conçues et le degré d'application des sanctions pénales varient considérablement d'une juridiction à l'autre⁴. Par ailleurs, certains pays ont supprimé la qualification pénale des ententes⁵, d'autres ont sérieusement envisagé de l'instaurer avant d'y renoncer⁶. Cette hétérogénéité en matière d'adoption, de gestion et d'application de sanctions pénales permet de penser qu'il serait prématuré ou optimiste de qualifier la pénalisation des ententes d'évolution ou de tendance mondiales⁷.

4. L'attribution de la qualification pénale aux ententes soulève une série de problèmes et a produit un vaste corpus de commentaires et d'études, dont bon nombre mettent en évidence les fortes divergences d'opinion concernant à la fois sa légitimité et son efficacité dans le monde du droit de la concurrence.

Two Decades' (24^e session annuelle du National Institute on White Collar Crime, Miami, 25 février 2010) 3.

³ Pour une carte indiquant les pays qui ont établi ou, en 2014, étaient en train d'établir un régime pénal, voir A. Stephan, « *Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws* » (2014) 2(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 333, 335.

⁴ Varient selon les juridictions : les formes d'ententes auxquelles la responsabilité pénale s'applique (certaines l'appliquent par exemple seulement aux soumissions concertées) ; les éléments de l'infraction d'entente (certaines juridictions ont fait de la malhonnêteté l'élément moral/fautif de l'infraction) ; les sujets de la responsabilité pénale (certaines juridictions imputent la responsabilité pénale aux personnes morales et physiques, d'autres aux personnes physiques uniquement) ; l'éventail de sanctions ou de peines applicables et leur montant/durée maximum (certaines juridictions prévoient des amendes pénales en complément ou en remplacement des peines de prison pour les personnes physiques, la durée maximale des secondes étant comprise entre un et 14 ans selon les cas) ; le type d'organismes participant à l'enquête et aux poursuites pénales (certaines juridictions réservent ces fonctions au ministère public, d'autres autorisent les autorités de la concurrence à effectuer ce travail ; dans d'autres encore, c'est une responsabilité commune) ; et la proportion dans laquelle ces infractions ont donné lieu à des poursuites, ou à des poursuites qui ont abouti (en dehors des États-Unis, par exemple, le nombre de juridictions où des affaires d'entente ont fait l'objet de poursuites pénales est faible, et les statistiques des condamnations et peines d'emprisonnement sont fragmentaires).

⁵ L'Allemagne, par exemple, qui prévoyait des sanctions pénales pour différentes pratiques anticoncurrentielles entre 1923 et 1958. Entre 1958 et 1997, aucune sanction pénale ne s'appliquait au titre d'une législation particulière jusqu'à l'inscription, en 1997, d'une infraction de soumission concertée au Code pénal (infraction auparavant passible de poursuites en vertu de dispositions générales relatives à la fraude). Depuis les années 50, l'attribution de la qualification pénale aux ententes fait régulièrement l'objet de débats en Allemagne. Les raisons expliquant la résistance persistante à son application à d'autres infractions que les soumissions concertées sont expliquées dans F. Wagner von Papp, « *What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany* » dans C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 7, 157.

⁶ Dont, récemment, l'Indonésie et la Nouvelle-Zélande. Voir OCDE, « *Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence* », Note de référence du Secrétariat, Forum mondial sur la concurrence, Session IV, 1-2 décembre 2016, 32.

⁷ Voir C. Harding, « *Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels* » (2006) 14 *Critical Criminology* 181 ; G. Shaffer et N. Nesbitt, « *Criminalizing Cartels: A Global Trend?* » (2011) 12 *Sedona Conference Journal* 313 ; C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011).

Globalement, on peut dégager du débat sur les raisons justifiant les sanctions pénales pour entente deux thèmes essentiels et récurrents :

- La pénalisation des ententes en vue d'améliorer la réalisation des objectifs du droit de la concurrence, comme ceux liés à la détection, l'instruction et la prévention de ces pratiques (**justification pratique**) ;
- La pénalisation en vue de qualifier et de sanctionner correctement des pratiques fondamentalement délictueuses, par exemple gravement préjudiciables et/ou moralement répréhensibles (**justification normative**).

5. Les justifications pratiques ont trait aux avantages qu'un régime pénal promet en termes d'efficacité de la lutte contre les infractions. Les justifications normatives portent sur la question de savoir si une entente illicite doit être considérée comme une infraction pénale en raison de ses effets nocifs et/ou de son caractère moralement répréhensible, indépendamment de la question de savoir si sa qualification au pénal servirait la lutte contre ces pratiques.

6. Alors même que la pénalisation gagnait du terrain, plus de 50 juridictions ont adopté des procédures de clémence (parfois appelées procédures d'immunité ou d'amnistie) à l'appui de leurs activités de répression des pratiques collusoires⁸. Les autorités de la concurrence voient généralement dans cette procédure l'instrument le plus utile dont elles disposent pour lutter efficacement contre les ententes⁹.

7. Fondé sur le modèle de la théorie des jeux connu sous le nom de « dilemme du prisonnier »¹⁰, le recours à des politiques de clémence dans la lutte contre les ententes est justifié au motif qu'elles constituent le mécanisme le plus efficace et le moins coûteux de détecter et poursuivre en justice des activités généralement systématiques, intentionnelles et dissimulées¹¹. Elles sont également jugées avoir un effet dissuasif¹². Pour les autorités de la concurrence, ces avantages l'emportent sur tous les effets négatifs

⁸ Voir S. Hammond, « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades » (24^e session annuelle du National Institute on White Collar Crime, Miami, 25 février 2010) 3. Pour une analyse du développement des procédures de clémence, et notamment du rôle et de l'expérience du ministère de la Justice des États-Unis en la matière, voir A. O'Brien, « Leadership of Leniency », dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 2, 17.

⁹ Pour les tendances en matière d'adoption de procédures de clémence ou de révisions à ces procédures ces dernières années, voir Réseau international de la concurrence, « Trends and Developments in Cartel Enforcement » (9^e conférence annuelle du RIC, Istanbul, 29 avril 2010) 7.

¹⁰ Voir C. R. Leslie, « Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability » (2006) 31 *Journal of Corporation Law* 453-488.

¹¹ T. O. Barnett, « Seven Steps to Better Cartel Enforcement », dans Claus-Dieter Ehlermann et Isabella Atanasiu (dir. pub.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart Publishing, Oxford, 2007)141-52, 141, 146-8.

¹² G. Spratling, « Detection and Deterrence: Rewarding Informants for Reporting Violations » (2001) 69 *George Washington Law Review* 798-823 ; G. Spagnolo, [Divide et Impera: Optimal Leniency Programs](#) (Document de synthèse, École d'Économie de Stockholm, 12 janvier 2005) ; W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 337-338.

(sanctions dans l'ensemble plus légères) et toutes les retombées déplaisantes sur le plan politique ou moral¹³.

8. On peut donc dire que depuis la fin des années 90, les procédures de clémence et les sanctions pénales ont occupé une place substantielle, sur le plan théorique et pratique, dans la lutte contre les ententes partout dans le monde. Dans ce domaine, l'émergence parallèle de ces deux politiques n'est pas une coïncidence. Néanmoins, les raisons et les implications de cette évolution sont très peu étudiées.

9. Nous fondant sur le jugement de Kovacic concernant les interdépendances entre les différentes composantes d'un régime d'application de la loi¹⁴, nous partirons ici du principe que tout débat concernant les sanctions pénales pour entente, notamment en ce qui concerne leurs justifications pratiques et/ou normatives, doit impérativement tenir compte de la relation entre pénalisation et clémence. Cette relation et ses implications pour une juridiction qui envisage d'instaurer un régime pénal sont le thème central de notre exposé.

10. Le document est structuré comme suit. La partie 2 examine dans quelle mesure le renforcement des politiques de clémence appuie les arguments en faveur d'une pénalisation. L'analyse vérifie l'hypothèse selon laquelle l'efficacité des procédures de clémence apporte une justification pratique aux sanctions pénales. La partie 3 examine les éventuelles tensions entre le recours à des procédures de clémence et des sanctions pénales. L'analyse étudie la possibilité que les politiques de clémence fragilisent les éléments qui justifient une pénalisation pour des raisons normatives. Sur la base de ces analyses, la partie 4 résume les considérations qu'une juridiction qui fait appel à des procédures de clémence doit prendre en compte pour décider de l'instauration de sanctions pénales.

2. Procédures de clémence et sanctions pénales pour les ententes – considérations pratiques

11. Dans la mesure où la vague récente de pénalisation des ententes coïncide avec l'ère des politiques de clémence, le sentiment est fort que les secondes fournissent un argument pratique en faveur de la première. Le ministère de la Justice des États-Unis est assurément d'avis que la menace de sanctions pénales, de peines d'emprisonnement pour les personnes physiques notamment, renforce l'efficacité de ces politiques :

La première condition préalable à la mise en place d'un programme d'amnistie efficace est le risque pour ceux qui perdent la course à l'amnistie de se voir infliger des sanctions lourdes. Comme les ententes sont traitées comme des infractions pénales, civiles et/ou administratives selon les juridictions, les autorités des différents pays ont recours à des sanctions diverses. [Néanmoins], toutes choses étant égales par ailleurs, une juridiction qui n'applique ni le principe de responsabilité individuelle, ni des sanctions pénales, ne parviendra jamais à susciter des demandes d'amnistie comme le fait un programme qui dispose de ces outils¹⁵.

¹³ W. Wils, « Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice » (2007) 30 *World Competition: Law and Economics Review* 25.

¹⁴ W. Kovacic, « Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from U.S. Experience » dans C. Beaton-Wells et A. Ezzachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 3, 45, 48.

¹⁵ S. Hammond, « Cornerstones of an Effective Cartel Leniency Programme » (2008) 4(2) *Competition Law International* 4. Voir également l'argumentaire présenté dans S. Hammond, « When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom? », Discours prononcé à la 15^e session annuelle de l'Institute on White Collar Crime, 8 mars 2001.

12. Cette opinion semble avoir exercé une influence sur d'autres juridictions également. En Australie, par exemple, l'une des principales justifications à la pénalisation des ententes a été que celle-ci rehausserait l'efficacité du programme de clémence de l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC)¹⁶.

13. L'argument selon lequel le risque de poursuites pénales incite fortement les entreprises et leurs dirigeants à profiter de la procédure de clémence est intuitivement attrayant. Néanmoins, en tant que justification pratique de la pénalisation, il appelle également un examen approfondi. Il convient en particulier de vérifier si les sanctions pénales aident nécessairement une politique de clémence à mieux détecter les ententes, à enquêter sur ces affaires, à les poursuivre en justice et, à terme, à dissuader ces pratiques.

2.1 *Détection des ententes*

14. Rares sont les données empiriques qui corroborent l'idée selon laquelle l'existence de sanctions pénales augmente sensiblement le nombre de demandes reçues dans le cadre d'un programme de clémence. Un nombre remarquable d'études économiques se sont efforcées de vérifier l'influence de différentes conditions d'admissibilité et de différents avantages (s'agissant de ces derniers, le montant des amendes notamment) sur le recours à ces programmes¹⁷. Aucune étude ne semble toutefois s'être intéressée en particulier à l'effet des sanctions pénales sur la détection d'ententes dans le cadre d'une politique de clémence.

15. L'expérience des États-Unis est censée attester l'intérêt des sanctions pénales du point de vue des programmes de clémence. Or, cette expérience ne permet pas en soi de définir dans quelle mesure le nombre de demandes de clémence serait inférieur en l'absence de sanctions pénales. Un moyen de l'utiliser pour vérifier la thèse selon laquelle les sanctions pénales améliorent la détection des ententes dans le cadre de programmes de clémence consisterait à comparer les taux de détection résultant de la procédure de clémence du ministère de la Justice des États-Unis avant l'entrée en vigueur des sanctions pénales dans ce pays et après¹⁸.

16. Par ailleurs, force est de constater qu'il existe des juridictions qui disposent d'une politique de clémence, mais pas de sanctions pénales, et où cette politique est sans doute jugée tout aussi fructueuse. L'UE en est l'exemple le plus patent. Dans cette juridiction, les amendes aux entreprises sont la seule sanction disponible. Depuis 1996, le pourcentage d'affaires dévoilées dans le cadre du programme de clémence de la Commission européenne (CE) a régulièrement augmenté, passant de 10 % au cours de la période 1996- 2000 à 91 % au cours de la période 2011-15¹⁹. En Allemagne, où les sanctions pénales ne

¹⁶ Voir G. Samuel, « The Relationship between Private and Public Enforcement in Detering Cartels » (International Class Action Conference 2007, Sydney, 25 octobre 2007) 8.

¹⁷ Voir par exemple G. Spagnolo, [Divide et Impera: Optimal Leniency Programs](#) (Document de synthèse, École d'Économie de Stockholm, 12 janvier 2005).

¹⁸ Il faudrait pour cela comparer le nombre de demandes de clémence formulées dans le cadre de la procédure du ministère de la Justice pendant une période donnée avant l'intensification du programme de sanctions pénales avec le nombre de demandes recensées au cours d'une période de durée équivalente par la suite (voir note 2). Toute comparaison de cette nature serait complexe et éventuellement invalidée par les modifications apportées à la procédure de clémence et à d'autres éléments du régime d'application durant cette période.

¹⁹ W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 334. Il est vrai que les sanctions appliquées par la CE sont « lourdes » à tous égards, à tel point que certaines pourraient même être qualifiées de quasi-pénales. Entre 2012 et 2016, le total des amendes imposées pour entente s'est monté à 8 609 180 000 EUR, la plus élevée pour entente

s'appliquent qu'aux soumissions concertées²⁰, le Bundeskartellamt (l'Office fédéral allemand des ententes) a reçu entre 2001 et 2014 513 demandes de clémence (soit 36 par an en moyenne)²¹. Dans cette juridiction, la politique de clémence ne s'applique pas aux soumissions concertées²². La Commission sud-africaine de la concurrence a reçu ces dix dernières années plus de 500 demandes dans le cadre de son programme de clémence²³. Des sanctions pénales ont été instaurées en 2016.

17. Il est impossible de définir si le nombre de demandes de clémence dans ces juridictions et dans d'autres juridictions qui appliquent des sanctions administratives aurait été supérieur si un régime de sanctions pénales avait existé. Une comparaison entre le nombre de demandes reçues dans une juridiction disposant uniquement de sanctions administratives (comme l'UE) et celui des demandes reçues dans une juridiction appliquant des sanctions pénales (comme les États-Unis) au cours d'une même période pourrait apporter quelques éclairages. L'auteur n'a pas connaissance d'études de cette nature ; dans tous les cas, il serait extrêmement difficile de faire la part de l'influence des différences juridictionnelles et d'autres variables pour assurer la solidité des conclusions éventuellement tirées d'une telle comparaison.

18. Une autre approche consisterait à comparer le nombre de demandes de clémence reçues dans une juridiction avant l'instauration de sanctions pénales au nombre reçu après. L'auteur a établi cette comparaison pour l'Australie et a constaté que dans les années suivant l'introduction des sanctions pénales, le nombre de marqueurs et de présentations de l'information reçues dans le cadre du programme de clémence de l'ACCC a chuté²⁴, ce qui venait directement contredire la prédiction formulée par le Président de l'autorité selon laquelle la pénalisation donnerait au programme un « vigoureux coup de fouet »²⁵. Il serait utile de procéder à des comparaisons similaires dans d'autres juridictions – en temps opportun, en Afrique du Sud par exemple.

19. Cela dit, la difficulté que présentent ces comparaisons réside dans l'interprétation de leurs résultats. Une interprétation possible de la baisse du nombre de demandes de clémence après la

(2 926 499 000 EUR) ayant été appliquée en 2016 au cartel des camions, et la plus élevée imposée à une entreprise à ce jour (1 499 806 000 EUR) l'a été à Daimler, en relation avec ce cartel. Voir Commission européenne, *Cartel Statistics*, au 19 juillet 2016, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Pour la période comprise entre 2007 et 2013, le montant moyen des amendes s'est établi à 348 000 000 EUR par décision d'infraction (Stephan et Nikpay, 147).

²⁰ Ces sanctions ont été instituées en 1997 et s'appliquent dans le cadre du Code pénal allemand (voir la note 4).

²¹ Voir www.bundeskartellamt.de/EN/Banoncartels/Leniency_programme/leniencyprogramme_node.html.

²² Voir F. Wagner von Papp, « What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany » dans C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 7, 158, 175-177.

²³ Voir les rapports de la Commission sud-africaine de la concurrence à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/annual-reports/>.

²⁴ Le programme de clémence de l'ACCC a été instauré en 2005, et les sanctions pénales ont été introduites en 2009. En quatre ans, entre 2005 et 2009, 47 marqueurs ont été reçus (56 % du nombre total de marqueurs reçus entre 2005 et 2013), alors que durant les presque quatre années qui ont suivi 2009, 36 ont été reçus (43 % du total). 28 présentations d'informations ont été effectuées entre 2005 et 2009 (57 % du nombre total), 21 depuis 2009 (42 % du total). Voir C. Beaton-Wells, « Immunity policy for cartel conduct: revolution or religion? An Australian case-study » (2014) 2(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 126, 136-7.

²⁵ Voir Samuel, note 16.

pénalisation serait que l'instauration de sanctions pénales a dissuadé les ententes et qu'il y aurait donc relativement moins d'ententes à signaler qu'avant. Une autre explication serait que l'instauration de sanctions pénales a eu l'effet inverse, et a en fait stabilisé les ententes existantes en incitant leurs participants à mettre en place davantage de mécanismes de surveillance et de sanction interne pour défection, les risques en cas de détection étant maintenant beaucoup plus élevés. Une autre encore serait que la déclaration est désormais jugée beaucoup plus risquée que lorsque les ententes étaient une infraction civile, du fait que l'immunité complète n'est accordée qu'au premier demandeur ; les suivants doivent négocier l'accusation et/ou la peine avec le Procureur général du Commonwealth. On ne peut à l'évidence que spéculer sur ces interprétations.

20. Quelques éléments empiriques donnent à penser que la pénalisation pourrait diminuer les taux de déclaration dans le cadre des politiques de clémence. Selon des juristes spécialisés dans la concurrence au Royaume-Uni, il existerait dans cette juridiction, parmi les avocats de la défense tout au moins, « une réelle inquiétude que la qualification d'infraction pénale ne décourage les entreprises de déposer une demande de clémence »²⁶. Apparemment, ce serait parce qu'elles « n'ont aucun moyen de vérifier que l'immunité est toujours possible, de sorte que déposer une demande risquerait d'accélérer l'ouverture de poursuites fructueuses à l'encontre de leurs employés »²⁷. Au Royaume-Uni, seules les entreprises sont passibles d'amendes, et celles qui n'obtiennent pas l'immunité complète peuvent bénéficier de diminutions substantielles du montant de l'amende en cas de coopération. Néanmoins, les personnes physiques qui coopèrent une fois l'immunité accordée à une autre partie ne peuvent compter sur cet avantage. Leur coopération ne peut être prise en compte que pour la détermination de la peine.

21. Un effet similaire semble observable au niveau mondial. En particulier, la prolifération des programmes de clémence et l'essor des sanctions partout dans le monde semble créer une sorte de paradoxe. Dans le cas d'une entente internationale ayant des répercussions sur de nombreux marchés, la multiplication des programmes de clémence fait qu'il est difficile – sinon impossible – d'être le premier demandeur dans toutes les juridictions concernées. Dans la situation courante d'une perquisition chez plusieurs membres du secteur dans une juridiction, il est pour ainsi dire certain que des demandes de clémence seront adressées simultanément à différentes autorités. Aucune des entreprises soupçonnées ne peut donc être certaine d'être la première à avouer participer à l'entente où que ce soit.

22. Paradoxalement, donc, la multiplication des sanctions et des programmes de clémence peut sérieusement menacer l'efficacité d'une politique de clémence aux fins de détecter les ententes. Comme l'ont souligné deux conseillers chevronnés en la matière :

La politique de clémence est fondée sur la certitude absolue que la première entreprise qui y fera appel bénéficiera d'une immunité totale de sanction. En l'absence de cette certitude, les politiques de clémence risquent d'échouer. Il se peut en effet que les entreprises soient disposées à déposer une demande de clémence si elles ont de bonnes chances d'être exonérées de toute amende. Elles risquent d'être beaucoup plus réticentes si elles ne peuvent obtenir qu'une réduction de l'amende – dans ce cas, elles préféreront peut-être s'en remettre à leurs avocats. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de sanctions pénales. La possibilité d'éviter une peine d'emprisonnement est une incitation considérable à déposer une demande de clémence. En

²⁶ A. Stephan, « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws » (2014) 2(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 333, 345.

²⁷ Ibid.

*revanche, certains risquent de ne pas être aussi disposés à coopérer si l’incarcération est une certitude, et que la seule question a trait à sa durée et à son lieu*²⁸.

23. L’incitation à coopérer est encore moindre dans le cas où les mêmes individus font face à des poursuites multiples dans des affaires d’entente multijuridictionnelles. Ce scénario ne peut être considéré comme entièrement théorique étant donné que le droit international ne reconnaît pas le principe de double incrimination (*ne bis in idem*), et que l’on ignore si, dans ce cas, les autorités doivent tenir compte, ou tiennent compte, des poursuites engagées contre un individu dans une autre juridiction pour décider d’engager des poursuites ou déterminer une peine²⁹.

24. Enfin, si l’analyse qui précède s’est intéressée à l’influence que des sanctions pénales peuvent exercer, ou pas, sur le volume des demandes de clémence, on pourrait également examiner la question de savoir si elles améliorent la qualité de ces demandes. On pourrait notamment se demander si la menace de poursuites pénales signifie que l’entente est signalée plus tôt, et que la politique de clémence parvient ainsi davantage à mettre fin à des ententes en vigueur qu’elle ne le ferait autrement. Des éléments empiriques indiquent que les procédures de clémence détectent plutôt des ententes qui ne sont plus en vigueur³⁰. Ils sont toutefois apparus dans le contexte de l’UE, où seules des sanctions administratives s’appliquent aux entreprises. Dans ce cas également, une comparaison entre les taux de détection « de qualité » aux États-Unis et dans l’UE serait utile.

2.2 *Enquêtes et poursuites relatives aux affaires d’entente*

25. Les politiques de clémence se justifient au motif qu’elles améliorent la détection des ententes, mais aussi qu’elles apportent des preuves cruciales qui permettent d’enquêter sur les participants et de les poursuivre (il s’agit bien entendu des participants qui n’ont pas été les premiers à signaler l’entente). Il ne fait aucun doute que les informations fournies par un demandeur de clémence confèrent à l’autorité de la concurrence un avantage substantiel en encourageant les autres participants à l’entente à se faire connaître, à coopérer, et à négocier avec elle la déclaration et les réductions d’amendes. Souvent, les informations

²⁸ Voir l’argument avancé à cet effet dans I. Forrester et P. Berghe, « The Poisoned Chalice or The Pot at the End of the Rainbow » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 9, 169. Voir également T. Carmeliet, « How Lenient is the European Leniency System? An Overview of Current (Dis)Incentives to Blow the Whistle » (2011-12) 48 *Jura Falconis* 463, 471-2.

²⁹ Voir l’analyse dans OCDE, [Cartels: Sanctions Against Individuals](#) (Les Tables rondes DAF/COMP(2004)39, 10 janvier 2005), 9, [6]. On notera toutefois l’information communiquée dans le cadre de la table ronde signalant que les États-Unis avaient conclu des accords avec d’autres juridictions enquêtant sur la même entente pour garantir qu’une seule juridiction engagerait des poursuites à l’encontre de personnes physiques et prononcerait une peine d’emprisonnement (112).

³⁰ Voir A. Stephan et A. Nikpay, « Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 8, 139, 150. Selon l’étude de Stephan et Nikpay, fondée sur 43 affaires d’ententes révélées par le programme de clémence de l’UE entre 2002 et août 2014, pour lesquelles on dispose d’informations indiquant la date d’ouverture de l’enquête et la date à laquelle l’infraction a pris fin, les données empiriques donnent à penser que dans deux cas seulement la déclaration effectuée dans le cadre de la procédure de clémence est clairement intervenue alors que l’entente opérait encore. Il est difficile de tirer des conclusions des ententes qui ont pris fin vers l’époque où la demande de clémence a été déposée mais, dans la majorité des affaires (23) de l’échantillon, l’entente avait pris fin *avant* qu’une entreprise ne la déclare spontanément en échange de l’immunité. Voir les chiffres dans W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 339, qui montre que sur les 58 ententes détectées exclusivement dans le cadre de la procédure de clémence, 34 (soit 59%) étaient en vigueur au moment du dépôt de la demande.

fournies par les deuxième et troisième déclarants présentent un intérêt crucial³¹. La question se pose toutefois de définir dans quelle mesure cet avantage est compromis dans le contexte de sanctions pénales.

26. Comme précédemment indiqué, dans un régime pénal où les demandeurs ultérieurs sont confrontés à une incertitude substantielle quant aux avantages que peut leur conférer leur coopération, il est plus probable qu'ils choisiront de contester l'accusation. C'est notamment le cas dans les juridictions où le ministère public a des ressources limitées pour des procès longs et coûteux et/ou des antécédents médiocres en matière de répression des ententes, ou est perçu comme tel. Ça l'est encore davantage dans les juridictions où la pratique de la négociation de peine est inconcevable³² et dans celles où le ministère public est indépendant de l'autorité de la concurrence et n'est pas tenu de tenir compte de ses recommandations, ou disposé à le faire³³.

27. En effet, dans certaines juridictions, les systèmes de « témoin de la Couronne » et de négociation de peine ne sont pas seulement inconnus, mais font l'objet d'une profonde suspicion. Comme cela a été expliqué en rapport avec l'Allemagne :

La tradition kantienne... n'est pas facilement influencée par des arguments utilitaristes. Les arguments avancés à l'encontre des dispositions en matière d'immunité sont les suivants :1) elles enfreignent la règle de droit, parce qu'elles empêchent d'imposer la sanction que la justice exige ; 2) elles enfreignent le principe d'égalité ; 3) elles enfreignent le principe de l'obligation de poursuivre ; 4) elles déstabilisent la confiance du public dans un ordre juridique juste ; 5) les accords avec les délinquants sont immoraux ; et 6) ces dispositions favorisent les preuves incertaines³⁴.

28. L'incertitude à laquelle les demandeurs ultérieurs sont confrontés dans le contexte d'un régime pénal a également des retombées sur la relation entre une entreprise demandeuse de clémence et ses employés, dont elle dépend pour obtenir les informations qui détermineront son admissibilité. Il se peut que les sanctions à l'encontre de personnes physiques, conjuguées à l'immunité dérivée, incitent les entreprises à déposer une demande de clémence. Étant donné les conséquences pour les cadres dirigeants, à titre individuel, si la clémence n'était pas accordée, les intérêts de l'entreprise et de ses employés

³¹ Comme l'a observé Gary Spratling, juriste et ancien représentant officiel du ministère de la Justice des États-Unis : « vous [autorité d'exécution] pouvez perdre dans une affaire fondée sur un seul demandeur de clémence. Vous ne perdrez jamais si vous avez aussi un deuxième et un troisième demandeurs », cité dans F. Samadi, « Spratling: Enforcers must be kinder to leniency applicants », *Global Competition Review*, 28 avril 2015.

³² Si la culture juridique des États-Unis est connue pour recourir largement à la négociation de peine et éviter les procès controversés, il n'en va pas de même de nombreuses autres juridictions, surtout en Europe. Pour des descriptions des différentes approches à la négociation de peine ou aux règlements dans les affaires d'ententes, voir OCDE, [Négociation de peine/règlement dans les affaires relatives aux ententes](#) (Les Tables rondes, DAF/COMP(2007)38, 22 janvier 2008).

³³ S'agissant de la nécessaire coordination entre les autorités de la concurrence et le ministère public, voir OCDE, [Cartels: Sanctions Against Individuals](#) (Les Tables rondes DAF/COMP(2004)39, 10 janvier 2005), 9, [5].

³⁴ Voir F. Wagner von Papp, « What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany » dans C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 7, 158, 176. La négociation de peine est aussi un concept étranger au contexte juridique nordique, où le principe de l'obligation de poursuivre s'applique (voir P. Gunsberg, *Criminalizing Business Cartels in Europe – A Comparative Perspective*, Thèse de doctorat, Université d'Helsinki, 2015, ch. 9 (exemplaire conservé par l'auteur).

s'accordent. Autrement dit, l'entreprise peut compter sur la coopération de ses employés pour satisfaire aux obligations de divulgation et de coopération qui conditionnent la clémence. Néanmoins, si cet argument a du poids dans le cas d'un premier demandeur, il peut perdre de sa substance dans le cas d'une deuxième (ou troisième) entreprise désireuse de négocier une diminution du montant de l'amende, tandis que tout ce que ses employés peuvent espérer est une peine atténuée tenant suffisamment compte de leur coopération. Dans certaines juridictions, non seulement l'incitation pour ces salariés à aider leur employeur est moindre, mais cette aide risque en outre de fournir des informations qui pourront être utiles à l'accusation dans le cadre d'un procès ultérieur.

29. Facteur aggravant, dans les systèmes de *common law* où les procès ont lieu devant jury, les jurys font parfois preuve de scepticisme, sinon d'hostilité, à l'encontre des témoins à charge qui ont admis avoir participé à l'infraction et échappent entièrement aux sanctions ou bénéficient de sanctions réduites en échange de leur témoignage. Ce point est succinctement exprimé par des observateurs aux États-Unis :

Cela permet à l'avocat de la défense de faire valoir que ce traitement différencié risque de blesser le sentiment d'équité et de justice du jury. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les jurys n'aiment tout simplement pas s'en remettre à des témoins qui n'ont pas à endosser la responsabilité de leur propre conduite, et qui ont à l'évidence tout intérêt à rejeter la faute sur d'autres pour échapper aux sanctions³⁵.

30. L'hostilité des jurys à ces témoignages est jugée particulièrement problématique dans le cadre de procès concernant des ententes entre deux parties. C'est ce qui ressort des critiques de l'échec des poursuites engagées par l'Office of Fair Trading (OFT) britannique contre des dirigeants de British Airways en relation avec une entente sur le fret aérien. Virgin Atlantic avait obtenu l'immunité des amendes administratives et ses employés avaient reçu des lettres leur signifiant qu'aucune action ne serait intentée à leur encontre. Autrement dit, la moitié seulement des responsables pouvaient faire l'objet de poursuites et de sanctions pénales ; les autres échappaient à ces mesures, et continuaient de surcroît à travailler dans le secteur. La situation a suscité une couverture médiatique négative (pour Virgin comme pour l'OFT)³⁶, et des préoccupations se sont exprimées quant à la façon donc cela influencerait sur le jury. Comme l'ont souligné deux observateurs britanniques

...L'un des problèmes fondamentaux est que les prévenus et les témoins sont essentiellement aussi coupables les uns que les autres ; la seule chose qui les différencie est la rapidité à laquelle ils ont adressé aux autorités une demande de clémence/immunité³⁷.

31. Lors d'un procès plus récent, mené jusqu'au verdict, au Royaume-Uni, la méfiance du jury à l'égard des témoins qui avaient bénéficié de mesures de clémence semble avoir encore joué. Parmi les personnes physiques qui faisaient l'objet de poursuites, l'une a plaidé coupable de l'infraction et a été

³⁵ F.J. Warin, D.P. Burns et J.W.F. Chesley, « To Plead or Not to Plead? Reviewing a Decade of Criminal Antitrust Trials » *Antitrust Source* (July 2006) 5. Voir également K. Edghill, « Is the UK Cartel Offence Dead or Is There a Problem with Immunity: The Role of Immunity as a Prosecutorial Tool in Criminal Cartel Offences in the United Kingdom and Australia » (9^e atelier Annuel de la concurrence et la consommation, Adelaïde, 15 octobre 2011).

³⁶ Voir, par exemple, Robert Peston, « Where's Branson's Apology? » (1^{er} août 2007) BBC News, à l'adresse suivante : http://www.bbc.co.uk/blogs/thereporters/robertpeston/2007/08/wheres_bransons_apology.html.

³⁷ A. MacCulloch et B. Wardhaugh, « The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy » (2012), article non publié, 16, cité dans A. Stephan, « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws » (2014) 2(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 333, 345.

condamnée à une peine de prison avec sursis et une peine de travail d'intérêt général³⁸. Les deux autres ont plaidé non coupable et ont été acquittées par un jury à l'issue d'un procès de trois semaines en juin 2015³⁹. L'argumentaire de la *Competition and Markets Authority* (CMA) reposait, en partie tout au moins, sur les éléments fournis par les employés de l'entreprise demandeuse de clémence qui s'étaient vu accorder l'immunité, ainsi que sur ceux fournis par le prévenu qui avait plaidé coupable. Dans une réflexion sur l'issue de l'affaire, l'un des conseillers des prévenus acquittés a observé : « les témoins qui bénéficient de l'immunité créent plus de complications qu'ils n'en valent la peine ! »⁴⁰. Le directeur principal de la CMA, Stephen Blake, a été plus réservé dans ses commentaires mais a toutefois reconnu que :

*...dans toute affaire pénale faisant intervenir l'immunité ou dans laquelle un prévenu a proposé de coopérer et de fournir des preuves, il conviendra d'examiner attentivement ces éléments au moment de définir la stratégie de l'accusation, notamment les témoins à faire comparaître et, partant, de décider dans quelle mesure le ministère public fera appel à des témoins ayant bénéficié de l'immunité ou aux preuves d'un co-prévenu*⁴¹.

32. Dans le même ordre d'idées, un procureur devra tenir compte du risque qu'un témoin bénéficiant de la clémence apporte un témoignage qui ne sera pas aussi convaincant, ou même qui ne correspondra pas aux éléments fournis au cours des négociations antérieures. À l'évidence, ce même risque s'applique à n'importe quel témoin à charge, mais il sera d'autant plus fort qu'un témoin sera appelé à continuer à travailler dans le secteur après le procès. Le procureur doit donc veiller à nuire le moins possible à sa réputation et à ses relations avec ses interlocuteurs professionnels et ses collègues⁴².

2.3 *Dissuasion des ententes*

33. L'un des arguments les plus couramment évoqués à l'appui de l'application du droit pénal aux ententes est que les sanctions pénales, et la menace d'une peine d'emprisonnement en particulier, sont les moyens de dissuasion les plus puissants pour ce genre d'activité⁴³. Comme déjà indiqué, les politiques de

³⁸ Competition and Markets Authority, « Director sentenced to 6 months for criminal cartel », *News story*, 14 septembre 2015.

³⁹ Competition and Markets Authority, « CMA statement following completion of criminal cartel prosecution », *News story*, 24 juin 2015.

⁴⁰ A. Stephan, « The UK Steel Tanks Criminal Cartel Trial: Implications for Criminalisation and Leniency », Communication au séminaire *Competition Law & Economics Network*, Université de Melbourne ; Faculté de droit, 14 juillet 2016.

⁴¹ S. Blake, « The UK steel tanks criminal cartel trial: implications for criminalisation and leniency », discours prononcé à la Conférence *Pros and Cons*, Autorité suédoise de la concurrence, Stockholm, 13 décembre 2015, <https://www.gov.uk/government/speeches/stephen-blake-on-the-uk-steel-tanks-criminal-cartel-case>.

⁴² Sur « la vie après » d'un participant à une entente sanctionnée, voir C. Harding et J. Edwards, *Cartel Criminality : The Mythology and Pathology of Business Collusion* (Ashgate, 2015), 224-5.

⁴³ Là encore, ce sont les États-Unis qui défendent le plus énergiquement cet argument. Voir par exemple, S. Hammond, « Ten Strategies for Winning the Fight Against Hardcore Cartels », discours prononcé au 3^e *Prosecutor's Program*. Cf. OCDE, [Cartels: Sanctions Against Individuals](#) (Les Tables rondes, DAF/COMP(2004)39, 10 janvier 2005), 7, qui reconnaît qu'il n'existe pas de preuves empiriques de l'effet dissuasif des sanctions individuelles mais que : « [f]inalement, les pays qui recourent, ou décident de recourir à des sanctions contre des individus dans les affaires d'ententes le font parce qu'ils acceptent comme une évidence que les sanctions infligées aux sociétés ne peuvent à elles seules assurer une dissuasion adéquate et que les sanctions individuelles, y compris les peines de prison, peuvent être des instruments utiles dans la lutte contre les ententes. Parmi les membres de l'OCDE, on observe une tendance à accepter que des sanctions individuelles puissent contribuer à faire appliquer plus efficacement la loi contre les ententes. »

clémence sont aussi considérées avoir un effet dissuasif⁴⁴. On pourrait en conclure que des sanctions pénales associées à une politique de clémence renforceraient considérablement la dissuasion, et que la dissuasion dans une juridiction pratiquant cette combinaison serait plus puissante que dans une juridiction appliquant des sanctions administratives et une politique de clémence. Il n'est bien entendu pas possible de vérifier empiriquement cette hypothèse.

34. Il est d'autant plus difficile de formuler une telle conclusion que la dissuasion agit en grande part à l'échelon de l'individu qui décide d'adopter ou de maintenir des pratiques qui consistent à violer la loi. Il est bien établi dans les études portant sur la dissuasion et la conformité que la décision de respecter ou d'enfreindre la loi sera fonction de plusieurs facteurs⁴⁵. Cela posé, la dissuasion dépendra au premier chef de la connaissance que le contrevenant potentiel a de la loi et des sanctions applicables aux pratiques en question, du risque perçu que ces pratiques soient décelées et du risque perçu que, si elles l'étaient, une action judiciaire soit engagée et des sanctions appliquées⁴⁶. En théorie, les dirigeants d'entreprise qui envisagent de conclure une entente doivent considérer le risque que celle-ci soit décelée et, partant, les risques et les coûts qui lui sont liés, comme supérieurs en raison de la politique de clémence. Or, l'intérêt dissuasif d'une politique de clémence à cet égard est également fonction de la connaissance qu'en a le participant potentiel à une entente.

35. Il ressort de certaines études, tout au moins dans le contexte d'une juridiction où des sanctions pénales s'appliquent, qu'un pourcentage substantiel d'entreprises ignorent la loi et les sanctions applicables à des pratiques collusoires, et que l'existence de peines d'emprisonnement à titre de sanction est particulièrement méconnue. Qui plus est, même quand elles en ont connaissance, les risques de détection et de poursuites sont également perçus comme faibles, quoique légèrement supérieurs lorsque le contrevenant potentiel sait que des sanctions pénales s'appliquent⁴⁷. Il n'existe apparemment pas, à ce jour, d'étude publiée qui indique dans quelle mesure les milieux d'affaires sont informés des politiques de clémence. Néanmoins, si le caractère illégal ou délictueux d'une entente est peu connu dans une juridiction, on peut raisonnablement supposer qu'il en va de même de la politique de clémence⁴⁸.

⁴⁴ Et ce bien que les études économiques portant sur les procédures de clémence et la dissuasion aient produit des résultats contradictoires : voir C. Marvao et G. Spagnolo, « What do we know about the effectiveness of leniency policies? A survey of the empirical and experimental evidence » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 4, 80.

⁴⁵ Voir C. Parker et V. Nielsen (dir. pub.), *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation*, (Edward Elgar, 2011).

⁴⁶ Voir C. Parker et V. Nielsen, « Deterrence and the impact of calculative thinking on business compliance with competition and consumer regulation » (2011) 56(2) *Antitrust Bulletin* 377.

⁴⁷ Cette étude a été conduite en Australie. Pour une synthèse, voir C. Beaton-Wells et C. Parker, « Education Before Enforcement? Key Insights from Cartel Research » (2012) 40 *Australian Business Law Review* 455 ; C. Beaton-Wells et C. Parker, « Justifying criminal sanctions for cartel conduct: A hard case » (2013) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 198.

⁴⁸ De nombreuses autorités de la concurrence ont pris des mesures spécifiquement destinées à remédier à ce problème, et font appel à divers médias pour informer les entreprises de l'existence et de l'importance de la politique de clémence. Le recours à la vidéo est de plus en plus prisé à cet égard. Voir par exemple ACCC (2012), *The Marker*, <https://www.youtube.com/watch?v=louVP9VvFlg> ; Autorités néerlandaises de la concurrence (2008), *Leniency in Cartel Cases*, <https://www.youtube.com/watch?v=5diFAaJdweI> ; Commission de la concurrence de Singapour (2012), *Golden Glasses*, <https://www.youtube.com/watch?v=OQlvYRPhUyc> ; Autorité suédoise de la concurrence (2010), *Be the First to Tell – A Film about Leniency*, <https://www.youtube.com/watch?v=r99qzC8aHA>.

36. En somme, il paraît difficile de supposer que la seule existence de sanctions pénales et d'un programme de clémence renforcera la dissuasion des ententes dans une juridiction. Cet effet dissuasif pourrait toutefois intervenir dans les pays où les milieux d'affaires sont bien informés de la loi et des sanctions qui s'appliquent, et de l'influence de la politique de clémence sur leur application.

2.4 Coûts de la lutte contre les ententes

37. Enfin, toute évaluation des avantages que présente un régime pénal pour renforcer la capacité des politiques de clémence à lutter plus efficacement contre les ententes doit tenir compte de ses coûts. Étant donné la lourdeur des normes et des exigences en matière de preuve d'un régime pénal, le coût des poursuites dans ce contexte est considérablement supérieur à ce qu'il est dans un régime administratif ou civil. S'il est possible de maîtriser ces coûts moyennant un système de négociation de peine comme celui pratiqué aux États-Unis et d'éviter ainsi, dans la plupart des cas, une enquête et un procès en bonne et due forme⁴⁹, il est difficile de trouver, en dehors des États-Unis, des juridictions qui acceptent ou appliquent cette procédure de la même manière ou dans une mesure similaire.

38. Par ailleurs, dans les systèmes qui prévoient des sanctions administratives pour les entreprises et des sanctions pénales pour les personnes physiques, le coût lié aux délais et aux éventuelles interruptions des poursuites administratives en raison des poursuites pénales doit également être pris en compte. Il se peut en effet que les poursuites à l'encontre des entreprises soient suspendues en attendant l'issue du procès pénal. En outre, si le procès aboutit à un acquittement, les entreprises pourraient avoir des motifs pour s'opposer au paiement d'une amende⁵⁰.

3. Clémence et pénalisation dans les affaires d'entente – considérations normatives

39. La section qui précède a examiné si l'interaction entre politiques de clémence et régime pénal apporte des éléments pratiques à l'argumentaire en faveur d'une pénalisation des affaires d'entente. Dans le cadre d'une enquête visant à déterminer si la pénalisation est justifiée, il appartient également aux responsables politiques et aux autorités de la concurrence d'examiner si des mesures de clémence sont compatibles avec la fonction et le pouvoir normatifs du droit pénal. Autrement dit, il convient d'analyser les retombées des mesures de clémence sur la capacité du droit pénal à qualifier et sanctionner les comportements de manière appropriée et légitime et, dans le cadre de ce processus, à démontrer aux autres pourquoi un tel comportement doit être considéré délictueux.

40. On ne saurait nier que l'élément normatif du droit pénal est une composante de poids, sinon fondamentale, du régime de droit de la concurrence aux États-Unis – régime né de la conviction profonde

⁴⁹ Apparemment, 90 % environ des affaires relatives à des ententes aux États-Unis sont réglées dans le cadre de négociations de peine plutôt que d'un procès: S. Hammond, « The US Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal with Benefits for All » (octobre 2006).

⁵⁰ Dans le cadre des poursuites civiles intentées à British Airways en relation avec l'entente relative au fret aérien, BA a accepté de payer une amende d'un montant de 121.5 millions GBP en vertu d'un accord de règlement initial. L'affaire aurait dû être close (sous réserve de recours) en 2008, mais a été suspendue en attendant l'issue du procès pénal, ceci pour éviter que l'affaire civile ne porte atteinte, de quelque manière que ce soit, à l'affaire pénale. Elle a été reportée de près de trois ans, en partie par suite des recours déposés par les quatre accusés avant le procès. Lorsque le procès s'est achevé sur un échec, en mai 2010, il avait coûté aux contribuables, selon les estimations, 1.5 million GBP. BA est alors revenu sur son accord de règlement, le PDG d'IAG déclarant « ... compte tenu de la façon dont le procès pénal a échoué, nous pensons qu'il n'existe aucune raison motivant le montant de l'amende ». Pour finir, BA a versé une amende d'un montant inférieur de plus de moitié au montant original : 58.5 millions GBP. Ce cas figure dans A. Stephan, « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws » (2014) 2(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 333, 349.

et répandue, sur laquelle il repose encore, que ce type de comportement constitue un délit. Comme l'a remarqué un observateur aux États-Unis :

L'approche énergique des États-Unis aux poursuites à l'encontre de participants individuels à une entente a progressivement évolué pendant plus d'un siècle ; elle se fonde sur des considérations de politique et de psychologie publique que d'autres jugeront peut-être spécifiquement américaines... ce qui semble encore distinguer les États-Unis est la disposition du public – quasiment sans débat – à traiter les individus qui participent à des ententes comme de dangereux délinquants qui doivent être traités de la même manière que les escrocs, les fraudeurs boursiers et autres truands économiques⁵¹.

41. On peut donc dire que l'adoption de la politique de clémence à l'égard des entreprises, dès 1993, à peu près au moment où la répression pénale s'est renforcée aux États-Unis⁵², est une évolution fondée sur une perception profondément normative du délit d'entente. La politique de clémence permet certes à de sérieux contrevenants d'échapper à des sanctions, mais ce résultat paraît moralement défendable dans cette juridiction parce que cette politique remplit une fonction importante, sinon essentielle, pour que les participants à une entente en général soient pris et fassent l'objet de sanctions pénales.

42. Il est également évident que les représentants officiels des États-Unis ont activement encouragé d'autres juridictions à appliquer un régime pénal aux ententes. C'est la ligne qui a vigoureusement été défendue dans les discours et communications du ministère de la Justice des États-Unis, partout dans le monde, depuis les années 90⁵³. Il apparaît que des membres des gouvernements et les autorités de la concurrence de certaines juridictions ont effectivement adhéré à l'idée selon laquelle les pratiques collusoires sont délictueuses par nature, en ce sens qu'elles sont moralement répréhensibles, et que de nouvelles lois pénales sont donc nécessaires pour les sanctionner⁵⁴.

43. D'autres juridictions, toutefois, ont objecté à l'application de qualifications morales aux pratiques collusoires, ce qui explique en partie leur opposition à la pénalisation. C'est notamment le cas en Europe

⁵¹ Voir D. Baker, « Punishment for Cartel Participants in the US: A Special Model? » dans C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 2, 27.

⁵² Voir la note 2.

⁵³ Ces discours sont publiés sur le site internet du ministère de la Justice des États-Unis : voir ministère de la Justice, « Criminal Policy Speeches », www.justice.gov/atr/public/speeches/speech_criminal.htm. Les États-Unis ont aussi parrainé la recommandation de 1998 de l'OCDE appelant à une action plus efficace à l'encontre des ententes injustifiables : voir Organisation de coopération et de développement économiques, « Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables » C(98)35/FINAL (14 mai 1998) www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf. Voir également l'analyse du rôle de sensibilisation des États-Unis dans C. Harding, « Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels » (2006) 14 *Critical Criminology* 181, 196.

⁵⁴ L'expérience des États-Unis a notablement influé sur les décisions d'instaurer des sanctions pénales pour ententes illicites au Royaume-Uni (voir S. Wilks, « Competition Policy » dans D. Coen, W. Grant et G. Wilson (dir. pub.), *The Oxford Handbook of Business and Government* (Oxford, Oxford University Press, 2010)) et en Australie (voir C. Beaton-Wells, « Criminalising Cartels: Australia's Slow Conversion » (2008) 31 *World Competition* 205). Dans ces deux pays, la campagne en faveur d'une pénalisation a été fortement imprégnée de considérations morales et de la conviction qu'il fallait qualifier les ententes de comportement délictueux au même titre que d'autres délits de col blanc, et les sanctionner en conséquence.

continentale. Certaines ont envisagé (souvent à plusieurs reprises) la pénalisation au niveau législatif⁵⁵, mais l'ont rejetée, même s'il y avait tout lieu de penser, sans certitude officielle, qu'elle était imminente⁵⁶.

44. Par ailleurs, dans certains des pays qui ont intégré de nouveaux délits d'entente au code pénal, les autorités judiciaires se sont montrées réticentes à appliquer des sanctions plus sévères, en particulier les peines d'emprisonnement pour les (quelques) personnes physiques condamnées – par exemple, au Canada, en Corée du Sud, en Irlande et au Japon, elles ont plutôt opté pour des peines d'emprisonnement avec sursis ou des peines d'emprisonnement à purger au sein de la collectivité⁵⁷.

45. Ces cas de réticence législative ou judiciaire à avaliser le traitement pénal des participants des ententes s'expliquent peut-être par l'ambivalence à l'égard de l'instrumentalisation du droit pénal. Ils tiennent peut-être aussi au fait que peu d'éléments attestent une évolution déterminante de l'opinion quant au caractère intrinsèquement illégal ou délictueux des ententes. Des enquêtes conduites dans différents pays indiquent que dans plusieurs d'entre eux, le traitement pénal des participants à des ententes sur les prix ne mobilise qu'un faible soutien⁵⁸. Selon le sondage d'opinion le plus récent sur différents aspects du droit et des sanctions applicables aux ententes sur les prix au Royaume-Uni, en Allemagne, en Italie et aux États-Unis, de 26 % à 36 % des personnes interrogées se disent favorables à l'incarcération des personnes physiques, même si un pourcentage élevé d'entre elles reconnaissent le caractère préjudiciable de ce comportement et le jugent en un sens immoral ou contraire à l'éthique⁵⁹.

46. De surcroît, sur le plan théorique, le débat est vif et de nombreuses questions restent sans réponse en ce qui concerne à la fois l'utilité et la pertinence d'un cadre normatif pour pénaliser les pratiques collusoires⁶⁰. Les analogies avec les délits pénaux classiques, comme le vol et la fraude, ne sont pas jugées entièrement convaincantes, et une bonne part des justifications avancées en faveur de la pénalisation invoquent les effets économiques préjudiciables des stratégies d'ententes plutôt que la nature de ces

⁵⁵ Il s'agit notamment de la Suisse, de la Suède, de la Finlande, de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Allemagne (en dehors des soumissions concertées) et de l'Autriche (également en dehors des soumissions concertées).

⁵⁶ En Belgique, par exemple, l'amendement de 2013 à la *Loi sur la concurrence* a instauré des amendes administratives pour les personnes physiques, mais n'est pas allée jusqu'à introduire des sanctions pénales. Le Parlement suisse a rejeté des réformes proposées à la loi fédérale sur les ententes (dont l'instauration de sanctions pénales) en septembre 2014. En Nouvelle-Zélande, des délits d'entente et des sanctions pénales ont été intégrés au projet d'amendement de la loi sur le commerce (*Commerce (Cartels and Other Matters Amendment Bill)*) de 2011, mais en ont été retirés en décembre 2015.

⁵⁷ A. Stephan, « Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws » (2014) 2(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 333, 334. Il apparaît que des peines de prison pour entente sur les prix n'ont été accomplies que dans trois juridictions à ce jour : les États-Unis, le Royaume-Uni, et Israël.

⁵⁸ Voir A. Stephan, « Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain » (2008) 5 *Competition Law Review* 123 ; C. Beaton-Wells et C. Platania-Phung, « Anti-Cartel Advocacy — How Has the ACCC Fared? » (2011) 33 *Sydney Law Review* 735 ; V. Brisimi et M. Ioannidou, « Criminalizing Cartels in Greece: A Tale of Hasty Developments and Shaky Grounds » (2011) 34 *World Competition* 157.

⁵⁹ Voir les résultats et l'analyse de l'enquête dans A. Stephan, « Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA » (2015) *CCP Working Paper* 15-8.

⁶⁰ Voir le débat concernant la pertinence et les fondements des qualifications morales des pratiques collusoires dans P. Whelan, « [Cartel Criminalisation and the Challenge of Moral Wrongfulness](#) » (2013) 33(3) *Oxford Journal of Legal Studies* 535 ; A. Stephan, « [Why Morality Should Be Excluded from the Cartel Criminalisation Debate](#) » (2012) 3 *New Journal of European Criminal Law* 127 ; B. Wardhaugh, *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion* (Cambridge University Press, 2013).

pratiques en soi⁶¹. Autrement dit, le poids de la condamnation est conséquentialiste plutôt que rétributif, (notion de *mala prohibita* que de *mala in se*), ce qui renforce l'impression que la mobilisation en faveur de la pénalisation vise à assurer l'application de la loi plutôt qu'à affirmer un jugement moral solide.

47. Les justifications normatives de la pénalisation du délit d'entente fondées sur la caractérisation et la condamnation de cette pratique comme étant extrêmement préjudiciable et/ou moralement répréhensible sont difficiles à concilier avec une politique qui permet à un contrevenant reconnu d'échapper aux sanctions. La difficulté réside dans l'exclusion ou l'abandon de l'impératif rétributif pour qualifier et sanctionner un contrevenant à la loi dans le but d'atteindre des objectifs plus généraux d'application des lois⁶². Ce n'est pas là un dilemme moral ou éthique particulier aux politiques de clémence, mais il est particulièrement complexe dans ce contexte étant donné que ces politiques favorisent l'immunité totale sur la seule base du moment où les aveux sont formulés, sans tenir compte de la nature et des effets du comportement concerné ou de la culpabilité de l'individu qui les a formulés.

48. Le compromis sur la peine associé à l'application conjointe de sanctions pénales aux ententes et de mesures de clémence a plusieurs conséquences qu'il convient d'examiner. D'abord, il risque d'aliéner le soutien de la population au régime de droit de la concurrence et à ses règles sous l'effet de la réprobation morale que suscite la récompense ainsi accordée à un contrevenant manifestement important et reconnu. Un sondage d'opinion australien portant sur les pratiques collusoires réalisé en 2010 a révélé qu'une vaste proportion de la population juge « inacceptable » de faire preuve de clémence à l'égard de la première entreprise qui signale une entente, même dans le cas où les autorités n'auraient pu sans cela découvrir l'entente⁶³. Dans le sondage mené aux États-Unis et dans trois pays européens évoqué plus haut, les avis semblent plus partagés. Néanmoins, même aux États-Unis, un peu plus de la moitié seulement des personnes interrogées jugeaient la clémence justifiable au motif qu'elle accélérerait le règlement de l'affaire et permettrait d'allouer les ressources à d'autres affaires⁶⁴. Ces résultats témoignent peut-être d'une tension entre les politiques de clémence et le sentiment fondamental d'équité de la collectivité, tension qui peut entamer la confiance du public dans le système.

49. Cette tension peut être aggravée par le fait que la politique de clémence suppose l'exercice d'un pouvoir administratif substantiel qui, dans de nombreuses juridictions, s'exerce de manière opaque⁶⁵. Dans la plupart des juridictions, cette politique ne repose sur aucune base ou autorisation législatives, et son administration ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire. Les accords sont négociés à huis clos, et les moyens de tenir les autorités responsables de la façon dont ils sont conclus sont parfois limités. Ces aspects

⁶¹ Voir par exemple OCDE, « Rapport sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence », DAF/COMP(2002)7 (9 avril 2002) www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf ; J.M. Connor, A.A. Foer et S. Udwin, « Criminalizing Cartels: An American Perspective » (2010) 1 *New Journal of European Criminal Law* 199.

⁶² Voir le problème relatif à l'injustice rétributive associée aux politiques de clémence évoqué dans W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 344.

⁶³ Voir les résultats et d'autres aspects de l'étude dans C. Beaton-Wells et C. Platania-Phung, « Anti-Cartel Advocacy — How Has the ACCC Fared? » (2011) 33 *Sydney Law Review* 735.

⁶⁴ Voir A. Stephan, « Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA » (2015) *CCP Working Paper 15-8* 1, 24-25. Dans les autres pays couverts par l'enquête, l'Allemagne et l'Italie, le pourcentage de réponses favorables aux politiques de clémence était respectivement de 50 % et 41 %. Fait intéressant, c'est au Royaume-Uni qu'il était le plus élevé (63 %).

⁶⁵ Voir par exemple la critique formulée par l'ACCC quant au manque de transparence de l'administration de son programme de clémence dans C. Beaton-Wells, « Immunity policy for cartel conduct: revolution or religion? An Australian case –study » (2014) 2(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 126, 161-164.

de la gestion de la politique de clémence, associés au fait que l'auteur d'un délit grave ne sera pas sanctionné, peut compromettre la légitimité d'une autorité et, par là même, sa capacité à mobiliser un appui pour l'ensemble de sa mission et de ses activités.

50. Deuxième point, lié au premier, l'injustice perçue ou le compromis inacceptable associés aux mesures de clémence peuvent avoir des conséquences sur la disposition des membres des milieux d'affaires à respecter volontairement les lois en matière d'ententes. Ils peuvent notamment avoir des retombées défavorables sur la conformité normative, qui veut que la conformité soit internalisée par sens du devoir et ne dépende pas d'une force ou d'une pression extérieures. Une motivation normative à respecter les règles peut être fondée sur la conviction qu'une loi est équitable ou juste en ce sens que lui obéir aboutit à un résultat conforme aux valeurs morales ou idéologiques. Cela dit, elle peut tout aussi bien être fondée sur la conviction que l'autorité qui applique la loi est légitime, conviction elle-même déterminée par le degré d'équité attribué aux politiques et procédures de l'autorité⁶⁶.

51. Dans une certaine mesure, les politiques de clémence réduisent l'application du droit à un « jeu » - l'entreprise qui arrive la première au « confessionnal » gagne, et le gagnant remporte la mise. Le résultat est déterminé par le seul calendrier, et n'est parfois qu'une question de jours ou d'heures. N'entrent en ligne de compte ni les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire de la clémence est parvenu le premier au but, ni l'engagement de conformité du bénéficiaire par rapport aux autres participants à l'entente illicite. Qui plus est, dans la plupart des juridictions, la mesure de clémence ne comporte aucune obligation d'appliquer, d'améliorer ou d'actualiser un programme de conformité⁶⁷. En général, elle n'exige pas non plus du bénéficiaire de la clémence qu'il prenne des mesures raisonnables pour dédommager les victimes de l'entente⁶⁸. On peut se demander si ce scénario nuit au respect envers la loi et son application.

52. Le fonctionnement des politiques de clémence peut être jugé inéquitable, et donc problématique du point de vue de la conformité normative, à un autre niveau. Dans certaines juridictions, ces politiques sont invoquées par des récidivistes, généralement de grandes entreprises multinationales qui ont participé à des ententes internationales. Cela tient à l'évidence à ce que ces entreprises disposent de moyens considérables et sont bien conseillées, et qu'elles savent jouer le « jeu » de la clémence⁶⁹. Par conséquent,

⁶⁶ Sur le rôle et l'importance de l'équité dans le droit de la concurrence et son application, et sa relation plus générale avec la conformité, voir C. Beaton-Wells, « Substance and process in competition law and enforcement: Why we should care if it's not fair », dans Nihoul, P. et Skoczny, T. (dir. pub.), *Procedural Fairness in Competition Proceedings*, Edward Elgar, 2015.

⁶⁷ Voir B. Fisse, « Reconditioning Corporate Leniency: The Possibility of Making Compliance Programmes a Condition of Immunity » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 10, 179.

⁶⁸ Comme l'a observé Wils, « subordonner la clémence au dédommagement des parties lésées permettrait aussi d'apaiser les inquiétudes relatives à la justice ». Voir le problème de l'injustice rétributive associée aux politiques de clémence dont W. Wils prend acte dans « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 345.

⁶⁹ Le récidivisme est une caractéristique frappante de la répression des ententes aux États-Unis et dans l'UE : voir par exemple J. M. Connor, « Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990–2009 » (2010) 6(2) *Competition Policy International* 101 ; G. J. Werden, S. D. Hammond et B. A. Barnett, « Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States Since 1999 », (2011) 10(1) *Competition Policy International* ; W. Wils, « Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis » (2012) 35(1) *World Competition* 5-26 ; C. Veljanovski, « Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines » (2011) *Journal of Competition Law and Economics* 871. Voir les données concernant les entreprises récidivistes accusées et celles ayant obtenu la clémence dans les procédures antitrust de la CE entre 2001 et 2012 dans C. Harding, C. Beaton-Wells et J. Edwards, « Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement: Happily Married on Uneasy Bedfellows » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 12,

les politiques de clémence privilégient généralement les grandes entreprises internationales au détriment des entreprises nationales, souvent plus petites, qui ne disposent pas des mêmes moyens juridiques.

53. En Corée, la réaction de la population et du secteur des PME à ce phénomène a été telle que la *Korean Fair Trading Commission* (KFTC) a amendé sa politique de clémence de manière à empêcher une entreprise de bénéficier de l'immunité plus d'une fois tous les cinq ans⁷⁰. Un responsable de la KFTC a expliqué à l'auteur que cet amendement avait été essentiellement motivé par la crainte que la politique ne soit perçue comme étant inéquitablement exploitée par les grosses entreprises multinationales qui opèrent sur plusieurs marchés et déposent régulièrement des demandes d'immunité, laissant à chaque fois les entreprises nationales « assumer entièrement les sanctions »⁷¹.

54. Dans une certaine mesure, la conception des politiques de clémence peut parer à ces problèmes ou ces effets en prévoyant des dispositions qui excluent les meneurs, les instigateurs, et ceux qui ont usé de la contrainte au sein des ententes, des avantages de la clémence⁷². Dans le cadre de sa *Corporate Leniency Policy*, le ministère de la Justice des États-Unis a exclu les « meneurs » et « instigateurs »⁷³ ; l'exclusion a connu une évolution similaire dans le contexte européen, où elle est en grande partie codifiée par le Programme modèle du Réseau européen de la concurrence en matière de clémence⁷⁴. Cette exclusion consiste en partie à ne pas récompenser les participants particulièrement actifs à une entente - ceux qui la dirigent, la conçoivent, la mettent en œuvre et l'encouragent – en tant que participants dominants dans ce

233, 257-258. Voir l'observation que le nombre de récidivistes (détectés) dans le cadre des procédures de la CE a diminué ces dernières années et que, l'un dans l'autre, exclure les récidivistes des politiques de clémence « ne semble pas être une bonne idée » dans W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 346-348.

⁷⁰ Voir C. S. Chung et S. B. Park, « Revamped Korean leniency regime: no more cheap way out for repeat cartellists and second-in-line confessors » (2012) 3 *International Antitrust Bulletin* 8-9.

⁷¹ Jusque récemment, l'autorité grecque de la concurrence excluait aussi les récidivistes de la politique de clémence, comme signalé dans W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 346.

⁷² Voir l'observation à cet effet dans W. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment After Twenty Years » (2016) 39(3) *World Competition* 327, 345.

⁷³ Ministère de la Justice des États-Unis, « Corporate Leniency Policy » (10 août 1993) 2, (condition A.6). Pour un inventaire des études économiques sur les meneurs, voir C. Marvão et G. Spagnolo, « What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence », dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 4, 57.

⁷⁴ La version la plus récente de ce programme limite l'exclusion à ceux qui exercent des contraintes au sein des ententes. Voir Réseau européen de la concurrence, « Programme modèle du REC en matière de clémence » (novembre 2012) [8]. Dans plusieurs autres juridictions, des réformes récentes ont également limité l'exclusion à cette catégorie. Voir par exemple : ACCC, « ACCC Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct » (Document d'orientation) (septembre 2014) [16(iv)] ; *Commerce Commission New Zealand*, « Cartel Leniency Policy and Process Guidelines » (12 avril 2011) [3.06(v)] Bureau de la Concurrence du Canada, « Le Programme d'immunité et la Loi sur la concurrence » (Bulletin) (7 juin 2010) [15].

qui peut être considéré comme une entreprise délictueuse commune⁷⁵. Elle découle également de la crainte que les politiques de clémence ne deviennent un « jeu »⁷⁶.

55. Troisièmement, la combinaison de sanctions pénales et de mesures de clémence crée des discordances, et même des contradictions, entre politique et pratique. Du point de vue normatif, les sanctions pénales sont le plus souvent justifiées au motif que les pratiques collusoires causent des dommages économiques substantiels – aux concurrents, aux consommateurs, à l'économie et à la société en général. Or, des pratiques d'abus de position dominante ou de fusion-acquisition peuvent avoir des effets tout aussi négatifs, sinon plus, au plan économique, et des sanctions pénales sont rarement, voire jamais, proposées pour ces formes de violations du droit de la concurrence. Même dans le cadre de la coordination horizontale, il peut exister des pratiques associées à une interdépendance oligopolistique et/ou des pratiques de facilitation qui ont également des effets anticoncurrentiels et qui ne seraient pour autant qualifiées d'illégales, et à plus forte raison de délictueuses. Ces distinctions paraîtront claires aux économistes et aux juristes qui travaillent dans ce domaine, mais elles envoient des messages contradictoires aux publics non spécialisés, et tout particulièrement au secteur des entreprises. Si ces incohérences compromettent la puissance et l'intégrité de l'application du droit pénal, elles fragilisent sans doute aussi la légitimité des politiques de clémence à l'appui de cette dernière.

56. Toujours à l'appui de la pénalisation, les responsables politiques, les législateurs et les autorités de la concurrence utilisent une rhétorique enflammée pour décrire la nocivité normative des ententes⁷⁷, souvent assimilées à de l'escroquerie. On peut dire que les participants aux ententes trompent le public et le marché en se présentant comme des concurrents, alors qu'ils ne le sont pas dans la réalité, et abusent ainsi d'autres concurrents, les consommateurs, et les anticipations du marché en général. Néanmoins, ceux qui tirent profit des politiques de clémence font aussi preuve de duperie, mais cette fois vis-à-vis de leurs co-conspirateurs. Ainsi, l'escroquerie dans un domaine est condamnée, alors que dans un autre elle est non seulement encouragée, mais fortement récompensée⁷⁸.

57. Comble de l'ironie, il est également reconnu que certains participants à des ententes les transgressent, non pas en les signalant aux autorités, mais en dérogeant secrètement aux conditions convenues dans le cadre de l'accord collusoire et en rétablissant une certaine concurrence. On est aussi de plus en plus conscient que, dans certaines circonstances, les participants à des ententes peuvent faire un usage stratégique des programmes de clémence ; autrement dit, ils cherchent encore à duper leurs anciens alliés, mais cette fois en signalant l'entente de manière à imposer des coûts à leurs rivaux et à obtenir un

⁷⁵ W. Wils, « Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice » (2007) 30 *World Competition* 25, 51. Pour une analyse de la notion d'entente en tant qu'entreprise délictueuse commune, voir C. Harding, *Criminal Enterprise: Individuals, Organisations and Criminal Responsibility* (Portland, Willan Publishing, 2007) 252.

⁷⁶ Des études laissent entendre que l'utilisation stratégique des politiques d'immunité ne peut être écartée. Voir par exemple NH Miller, « Strategic Leniency and Cartel Enforcement » (2009) 99 *American Economic Review* 750 ; U. Blum, N. Steinat et M. Veltins, « On the Rationale of Leniency Programs: A Game-Theoretical Analysis » (2008) 25 *European Journal of Law and Economics* 209 ; D. Sokol, « Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think about Enforcement » (2012) 78 *Antitrust Law Journal* 201, 203.

⁷⁷ Voir C. Harding, « A Pathology of Business Cartels: Original Sin or the Child of Regulation? » (2010) 1 *New Journal of European Criminal Law* 44.

⁷⁸ Voir l'analyse dans C. Harding, C. Beaton-Wells et J. Edwards, « Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement: Happily Married on Uneasy Bedfellows » dans C. Beaton-Wells et C. Tran (dir. pub.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing, 2015), ch. 12, 233, 249-250.

avantage compétitif à leur détriment⁷⁹. Transgresser l'entente par la concurrence est une pratique officiellement encouragée, mais la transgresser en exploitant le régime de clémence à son avantage est une pratique réprouvée.

58. Il existe donc là encore des messages contradictoires qui brident forcément la capacité du droit pénal à informer les dirigeants d'entreprises et le grand public des pratiques qui méritent d'être condamnées et des raisons pour cela. Une autre conséquence possible est que les politiques de clémence, par leur nature même, peuvent renforcer, sinon favoriser, le caractère trompeur et frauduleux sur lequel reposent au départ les pratiques illégales - caractère en grande partie évoqué par les autorités de la concurrence pour justifier les sanctions pénales. Il en résulte de multiples discordances difficiles à concilier avec une action publique de qualité.

4. Conclusions

59. Alors qu'un nombre substantiel de juridictions prévoient désormais des sanctions pénales pour les pratiques collusoires, le débat reste vif quant à savoir si ces sanctions, notamment les peines d'emprisonnement pour les personnes physiques, sont un complément légitime et efficace à l'arsenal de mesures réprimant ces pratiques.

60. Le débat est pluridimensionnel, ce qui tient en partie au fait que « les sanctions pénales compliquent la tâche de tout système juridique, car elles ont des répercussions sur chacune des composantes de la procédure »⁸⁰. L'une de ces composantes est la politique de clémence. Celle-ci est généralement considérée comme l'instrument le plus utile dont disposent les autorités de la concurrence pour détecter les ententes injustifiables, mener l'enquête, engager des poursuites et, au bout du compte, décourager ces pratiques.

61. Il est significatif d'observer que la multiplication des régimes pénaux et celle des politiques de clémence dans le monde s'est produite simultanément – les deux étant intervenues au cours des 10 à 15 dernières années. Pourtant, la relation entre ces deux phénomènes importants et, à maints égards, sujets à controverse, n'est pas encore pleinement étudiée et comprise.

62. D'une part, on peut considérer que la pénalisation des pratiques anticoncurrentielles et les politiques de clémence à leur égard se renforcent mutuellement. On peut en effet estimer que les sanctions pénales rehaussent l'efficacité de la politique de clémence et, à l'inverse, qu'une politique de clémence s'accorde avec la volonté de traduire les grands contrevenants en justice. De l'autre, on peut estimer que ces deux pratiques se contredisent et peuvent même se nuire réciproquement. La menace des sanctions pénales risque en fait de compromettre l'efficacité des politiques de clémence, lesquelles peuvent à leur tour porter atteinte à l'intégrité et à l'efficacité du droit pénal.

63. Nous avons proposé ici une approche à cet ensemble complexe de questions qui consiste à examiner le lien entre les deux politiques sous les angles pratique et normatif. Toute juridiction qui a recours à une politique de clémence et envisage d'introduire des sanctions pénales doit réfléchir à la façon dont ces deux régimes s'articuleront de ces deux points de vue.

64. Du point de vue pratique, une question essentielle consiste à déterminer si les sanctions pénales renforcent ou amoindrissent l'efficacité de la politique de clémence. Le présent document a proposé, pour y répondre, que les considérations suivantes au moins soient prises en compte :

⁷⁹ Voir note 76.

⁸⁰ W. Kovacic, « Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from U.S. Experience » dans C. Beaton-Wells et A. Ezrachi (dir. pub.) *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (Hart Publishing, 2011), ch. 3, 45, 46.

- Détection des pratiques anticoncurrentielles :
 - un nombre limité de données empiriques viennent appuyer la thèse selon laquelle l'existence de sanctions pénales augmente sensiblement la quantité ou la qualité des demandes reçues en application de la procédure de clémence ;
 - quelques-unes permettent de penser que, dans certaines circonstances, l'existence de sanctions pénales peut réduire le nombre de demandes de clémence ;
- Enquête et poursuites :
 - dans un cadre pénal, les preuves risquent d'être moins nombreuses compte tenu de la réticence des individus menacés de poursuites à coopérer avec les enquêtes dans le cadre d'un programme de clémence ;
 - le recours à des témoins bénéficiant de mesures de clémence peut compromettre la réussite d'un procès devant jury ;
- Effets dissuasifs : il est difficile de prédire que la conjugaison de sanctions pénales et d'une politique de clémence renforcera la dissuasion en l'absence de sensibilisation des milieux d'affaire au droit et aux sanctions applicables et à la façon dont la politique de clémence détermine leur application ; enfin,
- Globalement, toute évaluation des avantages d'une politique de clémence en droit de la concurrence doit tenir compte des coûts sensiblement plus élevés associés à un système pénal, surtout dans les pays qui ne pratiquent pas la négociation de peine.

65. Du point de vue normatif, une question primordiale consiste à définir si la politique de clémence rehausse ou diminue l'efficacité d'un régime pénal, autrement dit si elle affaiblit la capacité du droit pénal à qualifier et à sanctionner de manière appropriée et légitime les pratiques qui justifient un traitement pénal. Nous avons proposé ici, pour examiner cette question, de tenir au moins compte des éléments suivants :

- le compromis sur la peine et l'injustice connexe qui sont associés à une politique de clémence risquent d'entamer la confiance de la population dans le système judiciaire et son administration, ou son appui à ces derniers, ce qui peut nuire à la légitimité de l'autorité de la concurrence ;
- ces aspects de la politique de clémence peuvent aussi limiter les perspectives d'un respect fondé sur des normes du droit de la concurrence par les entreprises (autrement dit, un respect fondé sur le fait que les entrepreneurs considèrent le droit et son application comme légitimes et justes) ; et
- la combinaison d'une politique de clémence et d'un régime pénal produit des incohérences théoriques et pratiques qui peuvent empêcher le droit pénal de remplir sa fonction d'éducation des entrepreneurs et de la population aux raisons pour lesquelles les pratiques collusoires doivent être sanctionnées au pénal.

66. Globalement, cette analyse indique que les avantages concrets dérivant de la combinaison d'une politique de clémence et de sanctions pénales pour pratiques collusoires sont sujets à caution, et que cette combinaison peut avoir des retombées défavorables sur le plan normatif. La conclusion selon laquelle les sanctions pénales et la politique de clémence sont des alliés gênants, sinon contre-nature, dans la guerre contre les ententes, reste ouverte.