

Non classifié

DAF/COMP/GF(2012)6

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

05-Apr-2012

Français - Or. Anglais

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

Forum mondial sur la concurrence

AMÉLIORER LA CONCURRENCE DANS LES ENQUÊTES SUR LES ENTENTES

Note d'information

-- Session II --

Cette note d'information est distribuée pour la deuxième session du Forum mondial sur la concurrence, qui aura lieu les 16 et 17 février 2012.

JT03319254

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.

DAF/COMP/GF(2012)6
Non classifié

Français - Or. Anglais

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction.....	3
2. La courtoisie, principe fondateur de la coopération internationale.....	4
2.1 La courtoisie passive.....	5
2.2 La courtoisie active.....	5
2.3 Courtoisie renforcée.....	9
3. Le développement de la coopération dans les enquêtes sur les ententes.....	10
3.1 La recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables.....	10
3.2 Les rapports de l'OCDE sur les ententes injustifiables.....	11
3.3 Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables.....	13
4. Instruments, incidence et illustration de la coopération dans les enquêtes sur les ententes.....	14
4.1 Les instruments de la coopération non spécifiques au domaine de la concurrence.....	14
4.2 Accords commerciaux régionaux comprenant des dispositions de droit de la concurrence.....	17
4.3 Accords bilatéraux de coopération dans le domaine de la concurrence.....	20
4.4 Dispositions du droit national.....	22
4.5 Coopération fondée sur les renoncements au droit à la confidentialité consenties dans le cadre de requêtes de clémence.....	24
4.6 Coopération informelle.....	26
4.7 Exemples récents de coopération dans des affaires d'ententes internationales.....	27
5. Les défis à relever pour assurer une coopération internationale efficace dans les enquêtes sur les ententes.....	29
5.1 Problèmes communs à toutes les juridictions.....	30
5.2 Défis particulièrement pertinents pour les économies en développement et les économies émergentes.....	34
6. Coopération internationale en matière fiscale.....	36
6.1 Les instruments facilitant la coopération internationale en matière fiscale.....	37
6.2 Mécanismes de partage des informations et autres formes de coopération dans le cadre d'instruments de l'OCDE.....	40
6.3 Enjeux, défis et enseignements pour les autorités de la concurrence.....	42
7. Conclusion.....	44
Principales références.....	46
Encadrés	
La courtoisie active a été rarement utilisée et avec un succès limité.....	8
Exemples de courtoisie renforcée dans d'autres domaines de la réglementation.....	10
Coopération en vertu d'un accord d'entraide juridique.....	15
Mise en pratique de la coopération au sein du REC : l'entente dans le verre plat.....	20
<i>Pfleiderer</i> : accès à des documents fournis dans le cadre de programmes de clémence et application privée du droit européen de la concurrence.....	31
Opération « Green fees » – Un cas d'espèce.....	40

AMÉLIORER LA COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LES ENQUÊTES SUR LES ENTENTES

– Note d'information¹ –

1. Introduction

1. La dimension internationale de nombreuses ententes rend impérative la coopération entre les autorités de la concurrence des différentes juridictions pour que leur action soit véritablement efficace au plan national. L'adoption d'une législation de la concurrence par un nombre croissant de pays renforce les possibilités de relations de coopération fondées sur une détermination commune à lutter contre les ententes. Pour pouvoir mettre en évidence et démanteler les ententes internationales, les autorités de la concurrence vont devoir améliorer considérablement leur capacité de coopération. La coopération entre ces autorités est désormais plus fréquente et a été récompensée par des avancées significatives ; elle peut toutefois être encore intensifiée et améliorée.

2. La coopération dans l'application du droit de la concurrence est une question toujours largement débattue dans de nombreuses institutions et qui revêt un intérêt considérable aussi bien pour les autorités de la concurrence que pour le secteur privé. L'OCDE apporte sa contribution à ces débats et favorise la coopération au travers de ses propres instruments et études, à l'instar d'autres institutions.

3. A priori, les autorités de la concurrence coopèrent davantage dans le contrôle des fusions que dans les enquêtes sur les ententes, car les procédures sont par nature différentes. Alors que dans le cas des ententes, on enquête sur d'éventuelles infractions au droit, le contrôle des fusions est une procédure d'autorisation. Dans le cadre de cette procédure, les parties ont tout intérêt à collaborer avec les services chargés du contrôle pour aboutir à des décisions cohérentes grâce à une coopération efficace entre les autorités concernées. A l'inverse, dans le cas des ententes, les parties qui font l'objet d'une enquête n'ont aucun intérêt à ce que les autorités coopèrent, car cela ne peut déboucher que sur des sanctions multiples, en l'absence de programmes de clémence ou d'amnistie. Il incombe donc principalement aux autorités de la concurrence de créer les incitations voulues pour établir des liens de coopération dans le cadre des enquêtes sur des ententes.

4. Ce document a pour objet de tirer parti des travaux déjà accomplis par l'OCDE et de passer en revue l'expérience des pays en matière de coopération, afin d'examiner les évolutions à la lumière des cadres existants de coopération dans les affaires d'entente. Il s'organise en cinq grands volets :

- Le premier chapitre étudie le principe de la courtoisie internationale, la façon dont il s'est développé avec le temps et son application à la coopération dans la lutte contre les ententes ;
- Le deuxième examine la contribution des instruments de l'OCDE à travers une analyse des principales conclusions des rapports sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 de l'OCDE sur les ententes injustifiables ;
- Le chapitre suivant analyse les instruments de la coopération internationale, tant ceux propres au domaine de la concurrence que les mécanismes d'application plus générale, et évalue leur efficacité dans les enquêtes sur les ententes au fil des années ;

¹ Ce rapport a été rédigé par Hilary Jennings, avec un soutien pour les recherches de Sarah Long, de la Division de la concurrence du Secrétariat de l'OCDE.

- Il est suivi d'une présentation des principaux enjeux, établissant une distinction entre ceux communs à l'ensemble des juridictions et ceux particulièrement pertinents pour les économies en développement et les économies émergentes ;
- Enfin, le dernier chapitre passe en revue les instruments élaborés dans le domaine de la fiscalité et la façon dont ils facilitent la coopération internationale entre autorités fiscales. Il s'interroge sur leurs apports éventuels à la lutte contre les ententes.

5. Cette analyse met en évidence plusieurs points, et notamment :

- Un certain nombre d'instruments de coopération existent, mais aucun n'est optimal et tous ne sont pas disponibles dans toutes les juridictions ;
- La coopération informelle est fréquente, mais la coopération officielle sur des cas d'espèce est moins courante ;
- Un certain nombre de problèmes exigent à la fois un engagement politique, dans l'éventualité d'une modification de la législation, et un effort d'innovation ;
- Les économies en développement et les économies émergentes sont confrontées à des obstacles supplémentaires qui les empêchent d'accéder aux mécanismes de coopération ;
- Les solutions apportées aux problèmes de la coopération internationale par les autorités de contrôle dans d'autres domaines de l'action publique pourraient fournir des pistes à explorer pour la lutte internationale contre les ententes.

2. La courtoisie, principe fondateur de la coopération internationale

6. La courtoisie est le principe de droit en vertu duquel un pays doit prendre en compte, dans l'application des lois, les intérêts importants des autres pays, escomptant un traitement similaire en retour. Depuis plus d'un siècle, le droit public international reconnaît dans le principe de courtoisie un moyen de tempérer les effets de l'affirmation unilatérale de la compétence extraterritoriale. La courtoisie internationale est par conséquent un concept horizontal d'État souverain à État souverain, tel que défini par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hilton c. Guyot* en 1895.² Il ne s'agit pas de renoncer à une compétence, mais plutôt de l'exercer en étant conscient de son incidence potentielle sur les efforts déployés par d'autres pays pour faire appliquer leur législation.³

Les juridictions appliquent les principes de la courtoisie internationale dans de nombreux domaines fondamentaux du droit (fiscalité, faillite, corruption, réglementation environnementale, etc.) afin que les problèmes complexes d'application extraterritoriale du droit trouvent une solution qui ménage les considérations des États concernés en matière de politique publique et d'application du droit. Dans le

² 159 U.S. 113 (1895), 163-64 : La « courtoisie », au sens juridique, n'est ni une obligation absolue ni une simple forme de politesse et de bonne volonté, mais la reconnaissance qu'un État accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'un autre État, en tenant dûment compte des devoirs et des convenances au niveau international, ainsi que des droits de ses propres ressortissants, ou d'autres personnes qui sont sous la protection de ses lois. »

³ La Cour suprême des États-Unis s'est appuyée sur la courtoisie internationale pour limiter le champ d'application extraterritoriale des règles américaines de la concurrence dans l'affaire *F. Hoffman-LaRoche Ltd. c. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

domaine de la concurrence, la coopération internationale s'appuie sur deux types de courtoisie : la courtoisie passive et la courtoisie active.

2.1 *La courtoisie passive*

7. *La courtoisie passive ou courtoisie internationale traditionnelle* concerne les efforts que déploie un pays pour éviter que ses lois et les mesures qu'il prend pour les faire appliquer ne portent préjudice aux intérêts importants d'un autre pays. Les recommandations successives de l'OCDE sur la coopération dans le domaine de la concurrence (dont la plus récente date de 1995) stipulent que, pour faire preuve de courtoisie passive ou traditionnelle, un pays s'oblige à :

*i) notifier aux autres pays que ses procédures d'application des réglementations peuvent affecter certains de leurs intérêts importants et ii) considérer attentivement et avec bienveillance les moyens de répondre à ses besoins d'application des réglementations en question sans porter préjudice à ces intérêts.*⁴

2.2 *La courtoisie active*

8. *La courtoisie active* implique qu'un pays requiert d'un autre pays qu'il prenne des mesures d'application afin de corriger un comportement potentiellement anticoncurrentiel qui affecte considérablement les intérêts du pays requérant. Le terme « courtoisie active » semble avoir été forgé lors de la négociation de l'accord de coopération de 1991 entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence (ci-après « accord CE/EU de 1991 »).⁵ Le concept sous-jacent existait toutefois déjà depuis quelques décennies. Des dispositions de courtoisie active figurent dans les recommandations de l'OCDE sur la coopération depuis 1973, bien que le terme de « courtoisie active » n'ait pas été employé. La recommandation de l'OCDE de 1995 stipule qu'un pays doit :

*1) considérer attentivement et avec bienveillance la demande formulée par un autre pays afin qu'il engage ou élargisse une procédure d'application des réglementations pour remédier à une pratique illicite se produisant sur son territoire et portant gravement préjudice aux intérêts d'un autre pays et 2) prendre toute mesure correctrice qui lui paraît appropriée, sur une base volontaire et compte tenu de ses intérêts légitimes.*⁶

9. Il existe une différence entre la courtoisie positive et l'aide à l'enquête, comme le précise la recommandation de l'OCDE de 1995. La courtoisie active implique d'enquêter sur les pratiques anticoncurrentielles et d'y remédier, si possible, afin d'assister le pays requérant. L'action est donc conduite par l'État requis. En revanche, l'aide à l'enquête, comme le partage ou la collecte d'informations pour le compte d'un pays étranger, implique une demande d'entraide dans le cadre de la procédure d'application de la loi du pays requérant. Il s'agit de concepts similaires, mais qui ne soulèvent pas les mêmes questions juridiques et politiques.⁷ Une procédure d'investigation efficace et efficiente peut souvent exiger de s'affranchir d'un modèle dichotomique au profit d'une palette plus étendue d'activités de coopération, les deux pays réalisant des investigations à un moment donné (ou à des moments donnés).

⁴ OCDE (1995), at I.A1 et I.B.4.b.

⁵ Accord CE/EU de 1991, JO 1995 L 95/45, corrigé au JO 1995 L 131/38, Article V.

⁶ OCDE (1995), at I.B.5.b-c.

⁷ Zanettin (2002), p.183.

10. La recommandation de l'OCDE ne distingue pas plusieurs formes de courtoisie active, mais il peut être utile d'établir les distinctions suivantes :

- *Un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active* est un accord entre un pays requérant et un pays requis concernant une question sur laquelle le pays requis accepte de mener une enquête.
- *Un accord d'exercice de la courtoisie active partagée* est un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active par lequel le pays requérant s'engage à ajourner ou suspendre toute action tant que la procédure du pays requis est en cours.
- *Un accord d'exercice de la courtoisie active coopérative* est un accord ad hoc d'exercice de la courtoisie active qui ne constitue pas un cas de courtoisie active partagée.⁸

11. Les avantages potentiels de la courtoisie active dépendent en grande partie de la volonté et de la capacité des autorités de la concurrence de créer une culture de la coopération les fondant à porter à l'attention une affaire intéressant au premier chef d'autres autorités dans la perspective de tirer parti des avantages des enquêtes que mèneront d'autres autorités, dont certains sont énumérés ici :

- *Plus grande efficacité.* Puisque la courtoisie active suppose l'application du droit du pays requis, elle peut être un moyen de remédier à une pratique illicite auquel le pays requérant ne peut lui-même remédier en raison de problèmes de compétence.
- *Plus grande efficacité.* Puisque la courtoisie active aboutit à une enquête de la part du pays qui est le mieux à même de rassembler les faits nécessaires, elle peut améliorer l'efficacité en réduisant les coûts de l'enquête et le risque d'incohérences.
- *Moindre nécessité d'échanger des informations confidentielles ou autres.* Puisque la procédure est aux mains de l'autorité de la concurrence qui peut avoir accès dans les meilleures conditions à la plupart des faits, les autorités qui coopèrent auront probablement moins besoin d'échanger des informations confidentielles.⁹

12. Le rapport consacré par l'OCDE en 1999 à la courtoisie active examine les possibilités qu'elle offre dans les affaires d'ententes injustifiables lorsque le pays requérant reconnaît que sa compétence est insuffisante ou pourrait l'être. La courtoisie active coopérative peut être fructueuse dans le cadre d'une action coordonnée, le pays requis assumant par exemple le rôle pilote dans la phase initiale, étant entendu que les rôles peuvent se modifier et que des enquêtes multiples pourront devoir être menées. Mais dans ces affaires, la courtoisie active partagée paraît offrir peu de possibilités, parce que le pays requérant voudra probablement imposer ses propres mesures correctrices.¹⁰ Il est en outre peu probable que l'on puisse avoir recours à la courtoisie active dans la plupart des ententes à l'exportation car celles-ci sont rarement illicites dans le pays d'origine.¹¹

⁸ OCDE (1999), p.21.

⁹ OCDE (1999), p.22-23.

¹⁰ Ibid, p.15.

¹¹ La question des ententes à l'exportation est étudiée plus loin.

13. Les clauses de courtoisie active figurent désormais dans bon nombre d'accords de coopération bilatéraux entre pays. La première vague d'accords de coopération se limitait aux principes de courtoisie passive consistant à éviter de porter préjudice à d'autres pays.¹² Cette situation a changé avec l'accord CE/UE de 1991 mentionné plus haut. Pour la première fois, une clause de courtoisie active a été insérée dans un accord bilatéral de coopération antitrust.¹³ L'accord de 1998 entre les Communautés européennes et le Gouvernement des États-Unis concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence a renforcé le principe énoncé à l'article V de leur accord de 1991.¹⁴ Les États-Unis ont conclu un accord similaire avec le Canada en 2004.¹⁵

14. Les accords conclus depuis l'accord CE/UE de 1991s'inspirent de l'esprit des recommandations de l'OCDE et des premiers accords de courtoisie active entre les États-Unis, la CE et les autorités canadiennes, et en ont parfois repris la formulation.¹⁶ Les accords formels de coopération contenant des clauses de courtoisie active peuvent engager les pays à examiner avec bienveillance leurs requêtes réciproques, mais ils restent libres de prendre les mesures d'application de leur choix.

15. La courtoisie active a immédiatement suscité l'enthousiasme, en particulier dans le sillage de la signature de l'accord CE/UE de 1998. Les attentes sont toutefois retombées depuis. Les experts¹⁷ considèrent cet instrument avec scepticisme et il semble que l'on en ait peu fait usage, malgré le potentiel offert.

¹² En commençant par l'accord d'application du droit de la concurrence de 1976 entre l'Allemagne et les États-Unis, suivi de l'accord de 1982 entre les États-Unis et le Canada et le protocole d'accord de 1984 entre les États-Unis et le Canada.

¹³ Les « accords de première génération » sont des accords bilatéraux formels de coopération incorporant le principe de courtoisie passive. En revanche, les « accords de deuxième génération » incorporent un principe de courtoisie active. On entend par « accords de troisième génération » des traités d'entraide dans l'application du droit de la concurrence qui autorisent une coopération plus étendue, à travers l'amendement des législations nationales.

¹⁴ Accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement des États-Unis concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JO1998 L 173.

¹⁵ Accord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement du Canada concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (2001).

¹⁶ Accord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence et de leurs législations sur les pratiques commerciales déloyales, 3 août 1995, 4 *Trade Reg. Rep.* (CCH) ; accord entre les Communautés européennes et le Gouvernement du Canada concernant l'application de leurs règles de concurrence, JO 1999 L 175. Les premiers accords conclus entre des régimes de la concurrence plus avancés et des régimes plus récents contiennent plus ou moins les mêmes dispositions. cf. par exemple les accords signés en 1999 entre les États-Unis et Israël et entre les États-Unis et le Brésil, et l'accord de 2000 entre les États-Unis et le Mexique.

¹⁷ Atwood (1992), p. 84.

La courtoisie active a été rarement utilisée et avec un succès limité

Dans l'affaire Sabre/Amadeus de 1997, le département de la Justice des États-Unis a demandé à la Commission européenne d'enquêter dans le cadre des règles de concurrence européennes sur le comportement supposé anticoncurrentiel d'Amadeus, un système de réservation informatisé mis en place par une compagnie aérienne européenne, qui faisait obstruction à la concurrence du système Sabre, d'American Airlines, dans certains pays d'Europe.¹⁸ La Commission européenne a donc réalisé une enquête à la suite de laquelle elle a adressé, en mars 1998, une communication des griefs à Air France, indiquant que la compagnie aérienne avait abusé de sa position dominante. Finalement, Sabre est parvenu à règlement lui garantissant un accès non discriminatoire aux marchés européens, rendant superflue la nécessité d'une décision.¹⁹

Sans qu'il y ait une requête officielle, dans l'affaire *IRI/AC Nielsen*, le département de la Justice des États-Unis a clos son enquête sur le service de suivi de la consommation d'AC Nielsen après la conclusion d'une convention entre le cabinet d'études de marché et la Commission européenne qui répondait à ses préoccupations. Dans la mesure où la Commission européenne avait déjà commencé à enquêter, il n'était pas nécessaire que le département adresse une requête officielle de courtoisie active. Il a été décidé, plutôt, de laisser la Commission européenne prendre l'initiative.²⁰

16. L'usage peu fréquent de la courtoisie active semble indiquer que les pays n'ont pas été en mesure d'y recourir de façon entièrement satisfaisante. Les quelques cas enregistrés à ce jour n'illustrant pas de façon particulièrement probante l'efficacité de cet instrument, la faible adhésion qu'il suscite s'explique sans doute par un intérêt perçu comme limité.²¹ La courtoisie active n'est pas un principe de droit international et n'a pas force de loi. Elle est donc laissée à l'appréciation et au bon vouloir des autorités de la concurrence. En outre, malgré le caractère volontaire des requêtes de courtoisie active, certains pays peuvent craindre une limitation à la fois de leur contrôle sur l'utilisation de ressources (généralement) rares et de leur marge de manœuvre dans la hiérarchisation de leurs mesures d'application. Dans les accords bilatéraux, les expériences de courtoisie active semblent avoir plutôt fait long feu.

17. L'absence de requêtes (officielles en tout cas) de courtoisie active peut avoir d'autres explications :²²

- Le développement des capacités d'exécution et l'adoption de législations de la concurrence dans le monde entier. Le renforcement des moyens nationaux de mise en œuvre et l'amélioration de leur efficacité dans la résolution des problèmes ont peut-être rendu inutile l'appui d'une autre autorité. Par ailleurs, les exportateurs peuvent juger plus crédible l'autorité étrangère et être plus enclins à déposer directement leurs plaintes plutôt que de devoir persuader leur administration nationale et leur autorité de la concurrence de diligenter l'autorité étrangère pour enquêter ;

¹⁸ Communiqué de presse du département de la Justice des États-Unis, *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting US Airlines Computer Reservations Systems* (28 avril 1997).

¹⁹ Trentième rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence (2000).

²⁰ Communiqué de presse du département de la Justice des États-Unis, *Closes Investigation into the Way AC Nielsen Contracts its Services for Tracking Retailers* (3 décembre 1996).

²¹ Marsden (2011), p. 307.

²² Ibid, pp. 307, 309-10.

- Les disparités entre les autorités concernées en termes de taille ou de pouvoir peuvent contribuer à la stagnation de la courtoisie active. Les autorités plus petites ou moins puissantes peuvent interagir moins fréquemment ou avoir moins besoin de s'interpeller mutuellement que, par exemple des autorités de poids comparable, comme celles des États-Unis et de l'Union européenne, qui interagissent et s'entraident régulièrement. En dehors de ces facteurs, les autorités de plus grande taille sont sans doute moins portées à répondre aux besoins des autorités plus petites. En outre, les juridictions de moindre importance peuvent tout simplement ne pas disposer de ressources suffisantes pour aider leurs homologues étrangères ou il pourrait être mal vu, politiquement, qu'elles s'appuient sur des autorités étrangères pour corriger un comportement qui porte préjudice à leurs propres consommateurs.

2.3 *Courtoisie renforcée*

18. Une proposition bien accueillie par les entreprises à la fin des années 90 et au début des années 2000 pour remédier aux limites de la courtoisie passive et de la courtoisie active est celle du principe de « courtoisie renforcée ». En vertu de ce principe, la compétence doit revenir à l'État le mieux équipé pour prouver l'infraction et faire appliquer les sanctions ou les mesures correctrices.

19. La mondialisation conjuguée à la multiplication des régimes de la concurrence à travers le monde accroît la probabilité d'enquêtes internationales auxquelles davantage d'autorités consacreront des ressources. Elle accentue aussi le risque d'incohérences ou de conflits dans l'application du droit de la concurrence. Le principe de courtoisie renforcée va au-delà du modèle existant d'enquêtes parallèles (mais coordonnées) pour privilégier le renvoi non contraignant vers une juridiction qui a davantage intérêt à enquêter sur l'affaire en cause que toutes les juridictions concernées. Ce système permet d'éviter l'imposition de mesures correctrices incohérentes et réduit sensiblement le coût de la coordination de procédures multiples tant pour les autorités d'exécution que pour les parties concernées.

20. Le concept de courtoisie renforcée a eu des applications limitées, à l'exception notable du Réseau européen de la concurrence.²³ La nécessité de substituer à la souveraineté nationale la compétence d'une autre juridiction complique la donne. Le concept soulève des questions complexes. Dans quelle mesure les enquêtes plurijuridictionnelles peuvent-elles être renvoyées à une autre autorité ? Une autorité dont l'intérêt à enquêter sur le comportement reproché serait relativement moindre pourrait-elle s'effacer au profit d'autorités plus impliquées ? Comment identifier l'autorité la mieux placée pour piloter l'enquête ? Comment s'assurer que l'intérêt des autres juridictions est préservé ? Une approche intégrée ou de partage des tâches serait-elle envisageable ? L'une ou l'autre autorité pourrait-elle devenir l'autorité chef de file de facto et assumer la responsabilité de la procédure d'investigation, éventuellement avec la participation ou sous la surveillance de collaborateurs d'une autre autorité ?

²³ cf. section 4.2 ci-après.

Exemples de courtoisie renforcée dans d'autres domaines de la réglementation²⁴

Les principes de courtoisie renforcée ont été adoptés dans d'autres domaines de la réglementation comme les faillites internationales et l'environnement.

Les faillites internationales. La loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale, adoptée en 1997, incorpore plusieurs mécanismes de courtoisie renforcée. Lorsque plusieurs procédures étrangères sont ouvertes à l'encontre du même débiteur, mais aucune dans la juridiction saisie de la question, la loi prévoit notamment que les tribunaux accordent des réparations compatibles avec les procédures reconnues dans le pays où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur.

Déchets dangereux. La Convention de Bâle régit les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et leur élimination.²⁵ Un pays signataire de la Convention peut interdire l'importation de déchets dangereux ou non en vue de leur élimination et les autres signataires sont tenus d'interdire l'exportation des déchets interdits vers le pays qui l'interdit. La Convention établit en outre un système de notification et de consentement pour l'exportation et l'importation des déchets. La Convention de Bâle constitue par conséquent un exemple du principe de courtoisie renforcée, en vertu duquel dans certaines circonstances, un pays reconnaît la primauté des intérêts d'un autre pays, même au détriment de ses propres intérêts (ou de l'intérêt des entreprises domiciliées sur son territoire).

3. Le développement de la coopération dans les enquêtes sur les ententes

3.1 La recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables

21. L'adoption par le Conseil de l'OCDE, en 1998, de la recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables marque le début d'une ère nouvelle dans la lutte contre les ententes.²⁶ La recommandation de 1998 condamne les ententes injustifiables comme l'infraction la plus grave au droit de la concurrence. Elle enjoint les pays membres à prendre deux types de mesures, l'une ayant trait à leurs programmes d'application individuels et l'autre relevant de la coopération :

- Tout d'abord, la recommandation encourage les pays membres à faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et aie un effet dissuasif à l'égard de ces ententes. Les pays membres sont invités à s'assurer que leurs sanctions sont efficaces et que leurs instances d'exécution sont dotées de pouvoirs d'enquête suffisants, et que toute exclusion ou autorisation de ce qui constituerait sinon une entente injustifiable est nécessaire et ne va pas au-delà de ce qui est indispensable pour réaliser leurs objectifs primordiaux ;
- Ensuite, la recommandation prie les pays membres d'examiner tous les obstacles à une coopération efficace pour la mise en œuvre des législations contre les ententes injustifiables. Il leur est rappelé a) qu'ils ont un intérêt commun à empêcher les ententes injustifiables, b) que tout en s'assurant qu'il existe des sauvegardes efficaces pour les informations confidentielles, le partage des informations avec les autorités étrangères a été bénéfique lorsqu'il a été possible et c) que les législations de la plupart des pays continuent d'interdire à leurs autorités de la concurrence ce partage d'informations. Les formes de coopération les plus avancées mentionnées

²⁴ Pour une discussion approfondie de la coopération dans le domaine de la fiscalité, cf. section 7 ci-après.

²⁵ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination, 22 mars 1989, 1673 U.N.T.S. 125.

²⁶ C(98)35/FINAL.

dans la recommandation (désignées ici collectivement par l'expression « partage des informations ») sont :

- la collecte d'informations, confidentielles ou non, pour le compte d'autorités étrangères, si nécessaire par voie de contrainte, et (ou)
- le partage, avec les autorités étrangères chargées de la concurrence, d'informations, confidentielles ou non, en la possession de l'autorité de la concurrence.²⁷

22. La recommandation contient également une clause de courtoisie active, qui invite instamment les pays membres à « rechercher les moyens susceptibles d'améliorer la coopération en appliquant les principes de courtoisie positive aux demandes visant à ce que l'autre pays remédie à un comportement anticoncurrentiel préjudiciable pour les deux pays ».

3.2 Les rapports de l'OCDE sur les ententes injustifiables

23. Suite à l'adoption de la recommandation, le Comité de la concurrence de l'OCDE a soumis au Conseil trois rapports sur la mise en œuvre des dispositions en question. Chacun de ces rapports étudie les avancées de la coopération internationale, soulignant l'incidence de la coopération entre autorités et les tendances qui se dégagent des efforts de coopération.

24. Le premier rapport de l'OCDE sur les ententes injustifiables (2000) note que, notamment à cause de lois restrictives appliquées dans la plupart des pays membres, les autorités de la concurrence ont jusqu'à présent remporté beaucoup plus de succès dans la mise en œuvre de la partie de la recommandation concernant leurs programmes nationaux d'exécution que dans celle relative à la coopération dans l'application de la loi.

25. Deux études ont été réalisées sur la coopération internationale dans les investigations et affaires d'ententes, la première en 1999 et la seconde, en 2001. Pour la seconde, des questionnaires ont été adressés à la fois aux pays membres et aux invités non membres au Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE.²⁸

26. Les réponses montrent qu'il y a eu relativement peu de coopération entre autorités nationales de la concurrence dans les investigations et affaires d'ententes avant 1999. La plupart des pays interrogés n'ont ni émis ni reçu des demandes de coopération pendant la période couverte par le questionnaire. Parmi les autres, les plus actifs ont été les États-Unis et le Canada. Ce nombre si faible de cas de coopération s'explique notamment par le fait qu'un grand nombre d'affaires d'ententes ayant fait l'objet de poursuites pendant la période concernée n'avaient aucune dimension internationale, c'est-à-dire survenaient dans un seul ressort juridictionnel et n'affectaient que ce seul ressort. D'autres pays ont signalé qu'ils n'avaient

²⁷ De nombreuses autorités chargées de l'application du droit dans d'autres domaines, comme la fiscalité, par exemple, peuvent légalement partager ces informations lorsque l'assistance requise répond aux conditions fixées par le droit du pays requis, comme lorsque les informations confidentielles sont protégées par des garanties adéquates et que la coopération ne va pas à l'encontre des intérêts nationaux. Même si la recommandation note les avantages qui ont découlé de l'utilisation d'informations partagées dans des circonstances appropriées, elle ne plaide pas pour l'emploi de cette forme de coopération la plus étroite entre pays membres, mais laisse à chaque pays la décision de la forme de coopération qui convient le mieux à ses besoins et à l'intérêt commun d'une action plus efficace contre les ententes injustifiables.

²⁸ Dans le questionnaire de 1999, il a été demandé aux pays de fournir des informations sur leur expérience en tant que pays requis ou requérant concernant la communication d'informations à une autorité étrangère de la concurrence dans le cadre d'une enquête sur une entente. Il leur a également été demandé de donner leur opinion sur les coûts et avantages de la coopération internationale et sur les obstacles à cette coopération.

poursuivi aucune entente pendant la période de référence. Cependant, il est également apparu que lorsqu'une coopération aurait été utile, elle s'est heurtée à un obstacle significatif, à savoir l'incapacité des pays à divulguer des informations confidentielles à des autorités étrangères.²⁹

27. Les réponses au second questionnaire, de 2001, décrivent une situation différente. On note davantage de coopération internationale durant la période sous revue. Comme indiqué dans le deuxième rapport sur les ententes³⁰, de 2003, la coopération internationale a été particulièrement active entre un nombre relativement réduit de juridictions qui ont tissé des relations de travail étroites. Les relations de coopération les plus actives dans le domaine des enquêtes sur les ententes ont été entretenues entre :

- la Commission européenne et les États membres de l'UE,
- les États-Unis et le Canada,
- la Commission européenne et les États-Unis, et l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

28. D'autres pays ont également coopéré dans une ou plusieurs affaires, notamment le Brésil, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, Israël, l'Italie, les Pays-Bas et la Fédération de Russie. Le deuxième rapport note également que le nombre des accords de coopération internationale augmente considérablement. Dans la plupart des cas, la coopération se limite à une coopération informelle, les autorités s'entretenant de façon informelle de questions comme les stratégies d'enquête, les informations sur le marché et les évaluations de témoins, mais sans échanger les preuves mises à jour par l'enquête et protégées par les lois nationales sur la confidentialité.

29. Le troisième rapport de l'OCDE sur les ententes (2005)³¹ met en évidence l'emploi de nouvelles stratégies d'enquête, comme les inspections coordonnées dans plusieurs pays et les renoncements à confidentialité en cas de requêtes simultanées de mesures clémence. Le rapport souligne également l'échange accru de savoir-faire et d'expertise dans la lutte contre les ententes, en particulier dans le domaine des techniques d'enquête. On observe le développement d'un réseau d'accords de coopération bilatéraux non seulement entre pays membres de l'OCDE, mais aussi entre pays membres et non membres.

30. La plupart des cas signalés de coopération fructueuse correspondent à une coopération informelle perçue, en dépit de ses limites, comme ayant considérablement contribué à améliorer l'efficacité de l'application. La recommandation de l'OCDE de 1995 sur la coopération continue de fournir le cadre des échanges d'informations non confidentielles, en particulier entre pays membres de l'OCDE qui n'ont pas conclu d'accords bilatéraux. L'incapacité d'échanger des informations confidentielles ressort comme un obstacle important à l'investigation des ententes. Les pays membres font état d'une utilisation croissante des accords internationaux autorisant la coopération formelle, lorsqu'ils existent. Le troisième rapport sur les ententes date de 2005, soit un an après l'entrée en vigueur du nouveau cadre juridique de l'Union européenne qui a introduit de puissants mécanismes de coopération au sein du Réseau européen de la concurrence.³²

²⁹ OCDE (2000).

³⁰ OCDE (2003).

³¹ OCDE (2005).

³² cf. section 2.2 ci-après.

3.3 *Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables*

31. Les lois de nombreux pays interdisant aux autorités de la concurrence ou limitant considérablement leur capacité d'échanger des informations confidentielles dans le cadre d'enquêtes sur les ententes, le Comité de la concurrence de l'OCDE a élaboré en 2005 des Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables.³³ Ces pratiques exemplaires visent à identifier les sauvegardes que les pays peuvent utiliser lorsqu'ils autorisent les autorités de la concurrence à échanger des informations confidentielles dans le cadre d'enquêtes sur des ententes.

32. Les pratiques en question sont fondées sur les principes suivants :

- Les conventions internationales ou les législations nationales autorisant une autorité de la concurrence à échanger des informations confidentielles dans certaines circonstances devraient protéger la confidentialité des informations échangées. En revanche, ces sauvegardes ne devraient pas s'appliquer lorsque les autorités de la concurrence échangent des informations qui ne sont pas soumises à des restrictions en matière de confidentialité prévues en droit interne.
- Les pays Membres devraient d'une façon générale appuyer les échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes concernant des ententes. Toutefois, la fourniture des informations demandées dans un cas d'espèce devrait toujours être laissée à l'appréciation de la juridiction requise, ou bien celle-ci devrait pouvoir l'assortir de conditions. Il ne devrait pas y avoir obligation de donner suite à une demande. Un pays pourra rejeter la demande si, par exemple, l'exécution de cette demande est contraire à son droit interne ou à son ordre public. En outre, les échanges d'informations ne devraient pas nuire à une enquête concernant une entente injustifiable, et notamment à l'efficacité d'un programme d'amnistie ou de clémence.
- Pour engager un échange d'informations, les autorités devraient agir avec la souplesse qu'exige chaque cas d'espèce. Elles devraient envisager d'entamer au départ des consultations, par exemple pour évaluer dans quelle mesure la juridiction requise sera à même de préserver la confidentialité des informations contenues dans la demande et celle des informations échangées.
- Des garanties adéquates devraient être appliquées dans la juridiction requérante pour l'utilisation des informations échangées. Dans ce contexte, les pratiques exemplaires traitent en particulier de l'utilisation des informations échangées à d'autres fins d'application du droit par les pouvoirs publics, de la divulgation à des tiers et des efforts déployés pour éviter une divulgation non autorisée.
- Les échanges d'informations devraient protéger les droits des parties en vertu des législations des pays membres. Les pratiques exemplaires mentionnent expressément le secret professionnel applicable à certaines professions juridiques et le privilège de ne pas témoigner contre soi-même. S'agissant du secret professionnel applicable à certaines professions juridiques, c'est le niveau de protection le plus élevé qui prime, que ce soit celui prévu par la juridiction requérante ou par la juridiction requise. La juridiction requérante doit veiller à ce que son privilège relatif au droit de ne pas témoigner contre soi-même est respecté lors de l'utilisation des informations échangées dans le cadre de poursuites pénales à l'encontre de personnes physiques.
- A la lumière des craintes qu'une notification préalable de l'échange à la source des informations ne puisse gravement perturber et retarder les enquêtes sur les ententes, les pratiques exemplaires

³³ OCDE, Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables, DAF/COMP(2005)25/FINAL.

recommandent de ne pas aviser au préalable la source des informations, sauf disposition contraire du droit interne ou d'accords internationaux. Les autorités de la concurrence peuvent en revanche envisager une notification a posteriori si elle n'est pas contraire à une décision de justice, au droit interne ou à une convention internationale ou si elle ne compromet pas l'intégrité d'une enquête.

33. La recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables a fait prendre davantage conscience aux pouvoirs publics à travers le monde de l'importance d'enquêter sur les ententes injustifiables et d'engager des poursuites à leur encontre. Depuis 1998, la répression des ententes est devenue une priorité majeure des autorités de la concurrence tant des pays membres de l'OCDE que des pays non membres. Parallèlement, les réformes de la procédure ont introduit les programmes de clémence et renforcé les pouvoirs d'investigation des autorités de la concurrence partout dans le monde. La dissuasion est devenue un maître mot et un grand nombre d'autorités ont relevé le montant des amendes. Certaines ont introduit des sanctions personnelles, pénales ou civiles, pour renforcer leur arsenal de moyens dans la lutte contre les ententes. Dans le même temps, il semble que la coopération internationale continue de s'accroître entre les autorités chargées d'enquêter sur les ententes. Les autorités trouvent au sein d'institutions comme le groupe de travail sur les ententes du Réseau international de la concurrence (RIC), créé en 2004, un lieu où partager leurs compétences face aux défis qui se posent dans la lutte contre les ententes. Des ateliers annuels permettent aux autorités de tous les pays chargées de réprimer les ententes de se rencontrer, d'enrichir mutuellement leurs connaissances et de tisser des relations de travail étroites qui pourront constituer le fondement d'une coopération future.

4. Instruments, incidence et illustration de la coopération dans les enquêtes sur les ententes

34. La coopération entre autorités de la concurrence dans les enquêtes sur les ententes peut revêtir de multiples formes. Elle peut intervenir à un niveau bilatéral, régional ou multilatéral. Elle peut se fonder sur des instruments formels comme une disposition du droit interne ou un accord entre juridictions ou autorités de la concurrence. Elle peut découler du renoncement à la confidentialité par un apporteur de preuves. Elle peut être informelle, au sens où elle ne s'appuie pas sur un instrument spécifique de coopération et où elle prend une forme plus générale, comme l'assistance technique ou le partage d'informations à caractère public ou recueillies par une autorité. Les différents instruments et outils, ainsi que les divers types de coopération utilisés dans les affaires d'ententes internationales créent une configuration complexe de niveaux d'engagement possibles entre les autorités. Les éléments moteurs de la coopération et les instruments et réseaux qui la sous-tendent diffèrent aussi selon les juridictions et les groupes de pays. Malgré toutes ces variables, les autorités chargées de réprimer les ententes s'accordent à penser que la coopération internationale est un outil clé pour renforcer l'efficacité et optimiser la lutte contre les ententes qui affectent plusieurs juridictions. Elles cherchent par conséquent activement à se doter de moyens pour mettre en œuvre la coopération internationale.

4.1 Les instruments de la coopération non spécifiques au domaine de la concurrence

35. Les instruments à visée plus large couvrant divers domaines d'application, comme les traités d'entraide juridique, les traités d'extradition et les commissions rogatoires (lettres rogatoires), peuvent servir de fondement à la coopération, dans une certaine mesure.

4.1.1 Les traités d'entraide juridique

36. De nombreux pays ont conclu des traités d'entraide juridique. Il s'agit de traités bilatéraux créant des obligations internationales réciproques entre les signataires et qui ne portent pas spécifiquement sur les enquêtes en droit de la concurrence. Un traité d'entraide juridique permet habituellement aux signataires de solliciter les uns des autres diverses formes d'entraide, y compris l'utilisation de pouvoirs d'investigation formels et le partage d'informations confidentielles. Ces traités peuvent donc être des outils puissants, mais

leur utilisation s'est traditionnellement limitée aux affaires pénales. Les traités d'entraide juridique exigent que le délit concerné soit un crime au moins dans la juridiction du pays requérant. Dans la plupart des juridictions, les ententes ne sont pas des crimes et ces traités sont par conséquent peu utilisés dans les enquêtes sur les ententes.

37. Bien qu'il en existe un nombre significatif (les États-Unis ont par exemple conclu des traités d'entraide juridique avec quelque 70 pays³⁴), tous ne permettent pas une coopération dans les affaires d'ententes. Leur champ d'application peut exclure explicitement les affaires de concurrence, comme dans le cas du traité entre la Suisse et les États-Unis.³⁵ Certains traités d'entraide juridique exigent que les deux juridictions traitent le comportement concerné comme un crime (« exigence de double incrimination »).

38. Lorsqu'ils sont applicables, les traités d'entraide juridique sont généralement le moyen le plus efficace pour réunir des preuves à l'étranger concernant des infractions au droit de la concurrence. Ils constituent un mécanisme par lequel les signataires peuvent généralement obtenir une aide juridique sous des formes très diverses dans le cadre d'affaires pénales, y compris l'obtention de témoignages sous serment et l'exécution de perquisitions dans les locaux à usage d'habitation ou d'entreprises. Contrairement aux accords de coopération non contraignants, les traités d'entraide juridique obligent les parties à s'assister mutuellement pour obtenir des preuves situées sur le territoire de l'État requis, celui-ci n'ayant pas la possibilité de refuser son aide à moins qu'il s'agisse d'un délit politique ou militaire, ou qu'en obtempérant il compromette sa sécurité nationale ou ses propres investigations.

Coopération en vertu d'un accord d'entraide juridique

Le traité d'entraide juridique entre le Canada et les États-Unis a permis la coordination des investigations sur les ententes dans la vaisselle en plastique et dans le papier thermosensible pour télécopieurs.³⁶

Dans l'enquête sur la *vaisselle en plastique*, les États-Unis ont requis l'assistance du Canada sous l'empire du traité d'entraide juridique en vue de l'exécution simultanée de mandats de perquisition. Le Bureau canadien de la concurrence a participé à l'analyse des documents qui a établi que l'entente n'affectait pas le marché canadien. Les preuves réunies ont finalement permis au ministère américain de la justice d'intenter des poursuites pour fixation de prix. Il en ressort clairement qu'en vertu d'un traité d'entraide juridique, le pays requis peut apporter son aide même si le comportement anticoncurrentiel est sans effet sur son territoire. Les deux parties chargées d'enquêter ont pu partager et analyser les informations conjointement sans être astreintes à des renoncements à la confidentialité, grâce aux citations émises par les tribunaux dans le cadre du traité d'entraide juridique.

Dans l'enquête sur le *papier thermosensible pour télécopieurs*, le Bureau canadien a informé le ministère américain de la justice d'une entente de fixation des prix affectant le marché nord-américain. En se fondant sur le traité d'entraide juridique, les deux autorités ont pu partager des documents obtenus grâce aux citations à témoigner et mandats de perquisition ordonnés par les tribunaux, partager des documents obtenus d'accusés étrangers dans le cadre de plaidoyers négociés, interroger conjointement des témoins et analyser ensemble les documents réunis. En conséquence, des amendes ont été imposées à des entreprises japonaises, américaines et canadiennes aux États-Unis et au Canada, et à des ressortissants américains et japonais aux États-Unis.

³⁴ cf. contribution écrite des États-Unis au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)46.

³⁵ L'exclusion concernant les affaires de concurrence a été éliminée en 2001 du traité d'entraide juridique de 1994 entre les États-Unis et le Royaume-Uni.

³⁶ *Plastic Dinnerware Price Fixing Probe Nets Indictment, Guilty Plea Agreements*, 66 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) 661 (1994); *US and Canadian Prosecutors Attack Cartel Behaviour by Fax paper Distributors*, 67 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) 108 (1994).

39. Les traités d'entraide juridique ne sont pas spécialement conçus pour l'application du droit de la concurrence et leur emploi est par conséquent limité dans les affaires d'ententes internationales. La juridiction requérante et la juridiction requise peuvent exiger des normes juridiques différentes ou bien les méthodes d'investigation à leur disposition peuvent être différentes. Le droit de certaines juridictions peut par exemple prévoir que pour pouvoir être produites dans le cadre d'un procès, les preuves réunies en application d'un traité d'entraide juridique doivent l'avoir été dans le respect des droits de la défense de la juridiction requérante. Certaines méthodes d'investigation, comme l'interception de communications privées, utilisables dans la juridiction requérante, peuvent ne pas l'être dans la juridiction requise. Autre caractéristique importante des traités d'entraide juridique, ils opèrent par le canal habituel de la justice pénale et non par la voie administrative. Dans le cadre d'un traité d'entraide juridique, l'autorité centrale chargée de l'administration et de l'exercice des pouvoirs peut être le ministère de la Justice plutôt que l'autorité de la concurrence. De ce fait, la lenteur des procédures peut se révéler problématique. Les enjeux juridiques peuvent aussi retarder considérablement la valeur de toute coopération dans le cadre de traités d'entraide juridique et dissuader les autorités de les utiliser pour obtenir des informations.³⁷ En raison précisément de ces limites, ils peuvent être difficiles d'emploi pour les économies en développement et les économies émergentes.³⁸

4.1.2 Les traités d'extradition

40. Les traités d'extradition exigent également que le délit concerné soit un crime dans les deux juridictions. Compte tenu du nombre relativement limité de juridictions dans lesquelles les ententes constituent des délits de droit pénal, la proportion des traités d'extradition pouvant servir dans le cadre d'affaires d'ententes est encore plus réduite que dans le cas des traités d'entraide juridique. En 2005, un ressortissant britannique a été le premier responsable d'entreprise relevant d'une juridiction étrangère à être extradé vers les États-Unis. La Chambre des Lords a annulé l'ordonnance d'extradition prononcée dans le cadre d'une accusation d'entente car au moment des faits reprochés, la fixation de prix n'était pas un délit de droit pénal au Royaume-Uni et n'exposait donc pas son auteur à une extradition.³⁹ Cette décision ne semble toutefois pas interdire l'application de l'extradition dans le cas de fixation des prix intervenant postérieurement à la loi d'entreprise britannique de 2002 qui a inscrit le délit de fixation des prix en droit pénal.⁴⁰ Il sera intéressant d'observer si les extraditions de personnes suspectées d'ententes se développent entre juridictions qui considèrent les ententes comme des délits de droit pénal.⁴¹

³⁷ On trouvera des exemples d'arguments présentés au Canada pour la transmission aux États-Unis de documents saisis en application du traité d'entraide juridique entre le Canada et les États-Unis dans *Canada (Commissioner of Competition) v. Falconbridge Ltd.* [2003] O.J. No. 1563 (Ont. C.A.).

³⁸ Remarquons toutefois que le traité d'entraide juridique entre les États-Unis et le Brésil a été utilisé au moins une fois dans le cadre d'une enquête de la SDE. cf. contribution du Brésil à la septième session du groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence de la CNUCED sur les « récentes expériences de coopération internationale », (2006).

³⁹ Finalement, après un appel rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme, M. Norris a été extradé vers le district est de Pennsylvanie pour y être jugé pour obstruction à une enquête pénale du département de la Justice des États-Unis sur une entente entre fabricants de carbone, mais pas pour l'accusation de fixation des prix.

⁴⁰ *Norris c. Gouvernement des États-Unis d'Amérique et autres*, [2008] UKHL 16.

⁴¹ cf. Joshua, Camesasca, Jung, (2008) pour une discussion sur les extraditions et les traités d'entraide juridique.

4.1.3 Commissions rogatoires

41. Les autorités de la concurrence peuvent également recourir à des commissions rogatoires pour obtenir l'assistance d'une autorité étrangère en l'absence de traité ou d'accord d'entraide juridique. La commission rogatoire est une requête officielle par laquelle un tribunal demande à un tribunal étranger de réaliser un acte de justice, l'écoute d'un témoignage, la signification d'une assignation ou la remise de toute autre notification de justice. C'est une procédure généralement lourde et laborieuse. Certains pays insistent pour que les requêtes transitent par la voie diplomatique. Il semble toutefois que l'assistance juridique ait été parfois utilisée dans les affaires d'ententes internationales, comme par exemple, pour l'enquête des États-Unis sur la manipulation d'appels d'offres pour des projets financés par USAID, dans le cadre de laquelle la justice allemande a diligencé 100 officiers de police pour l'exécution de mandats de perquisitions dans plusieurs villes en Allemagne.⁴²

4.2 Accords commerciaux régionaux comprenant des dispositions de droit de la concurrence

42. Les accords régionaux peuvent également prévoir des dispositions concernant la coopération en matière de droit de la concurrence. Le site Internet de l'OMC dénombre 214 Accords commerciaux régionaux (ACR) en vigueur, dont 98 contiennent des clauses de concurrence.⁴³ Dans le domaine de la concurrence, certains ACR sont bien connus, comme l'UE, le COMESA,⁴⁴ l'UEMOA,⁴⁵ la CARICOM,⁴⁶ l'ASEAN,⁴⁷ l'ALENA⁴⁸, le MERCOSUR⁴⁹ et la Communauté andine.⁵⁰ Les accords commerciaux régionaux se fondent plus strictement sur des considérations géographiques et ils peuvent se conclure bilatéralement entre pays (accords de libre-échange), entre un pays et un groupe de pays (accords plurilatéraux) ou entre régions ou blocs de pays (accords multilatéraux).

43. Une étude sur les clauses de concurrence des accords commerciaux régionaux a été réalisée en 2006 à la demande du Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence.⁵¹ Elle couvre 86 accords, dont 68 % conclus entre économies en développement et économies émergentes (Sud-Sud), 27 % entre pays développés et pays en développement ou économies émergentes (Nord-Sud) et 5 % seulement entre pays développés (Nord-Nord). Tous les accords de coopération régionaux faisaient référence de façon générale aux comportements ou pratiques anticoncurrentiels. Le champ d'application et le contenu des dispositions varient toutefois. Certains accords sont rédigés en termes très larges et non contraignants, sans définition des types de pratiques considérées comme anticoncurrentielles,⁵² tandis que

⁴² Hammond (2002).

⁴³ cf. base de données de l'OMC sur les ACR.

⁴⁴ Marché commun de l'Afrique orientale et australe.

⁴⁵ Union économique et monétaire ouest-africaine.

⁴⁶ La Communauté des Caraïbes.

⁴⁷ Association des nations de l'Asie du Sud-Est.

⁴⁸ Accord de libre-échange nord-américain.

⁴⁹ Mercado Común del Cono Sur (Brésil, Argentine, Paraguay et Uruguay).

⁵⁰ Les pays membres sont la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela.

⁵¹ Solano et Sennekamp (2006).

⁵² Accord de libre-échange entre le Chili et l'Amérique centrale (1999), Accord sur un partenariat économique plus étroit entre la Nouvelle-Zélande et Singapour (2001), Accord entre le Japon et les États-Unis du Mexique pour le renforcement du partenariat économique (2004).

d'autres obligent les parties à interdire des types de pratiques très spécifiques au sein de leur juridiction.⁵³ La plupart des accords sont à mi-chemin entre les deux.⁵⁴

44. Dans le cadre de la négociation des accords commerciaux régionaux, la coopération entre autorités de la concurrence des pays de la zone de libre-échange permet d'éviter que la politique de concurrence d'un pays (ou l'absence de politique de la concurrence dans le pays) n'annule les avantages de l'accord de libre-échange pour les autres parties. Il semblerait, pour résumer, que la coopération dans l'élaboration et l'application du droit de la concurrence joue un rôle important pour la réalisation des objectifs de ces accords.⁵⁵ Il reste toutefois à déterminer si les dispositions qui imposent des obligations générales de coopération dans l'application du droit de la concurrence sont plus ou moins efficaces que les accords de coopération spécifiques dans le domaine de la concurrence.

45. Les accords régionaux permettent une intégration plus poussée et une coopération plus étroite que les accords bilatéraux dans l'application du droit de la concurrence, en particulier avec l'appui d'une autorité de la concurrence fonctionnant efficacement. Ils engendrent dans l'application du droit des économies d'échelle particulièrement importantes pour les économies en développement et les économies émergentes.⁵⁶

46. Toutefois, malgré leur potentiel, l'efficacité de certains accords de coopération régionaux peut être mise en doute. Une étude de la CNUCED révèle que ces accords ne débouchent pas toujours sur un niveau de coopération conforme aux attentes de nombreux signataires et en particulier à celles des pays en développement.⁵⁷ Des considérations politiques et des contraintes de capacité limitent leur efficacité.⁵⁸ Même au sein d'organisations régionales dotées de cadres régionaux pour la coopération, comme le COMESA, l'UEMOA, la CARICOM, le MERCOSUR et la Communauté andine, la coopération n'a pas été couronnée de succès dans l'application du droit. L'étude de la CNUCED conclut toutefois que les pays en développement ont intérêt à conclure des accords régionaux contenant des clauses de coopération dans le domaine du droit de la concurrence. L'impact bénéfique de ces accords tient à l'effet de domino de la propagation du droit de la concurrence dans les pays en développement et au développement des capacités qui les accompagnent souvent, plutôt qu'à une coopération effective dans le cadre d'affaires particulières.

47. Le Réseau européen de la concurrence (REC) de l'UE constitue un bon exemple d'un accord régional efficace. Ce réseau sert de cadre à la coopération entre les autorités de la concurrence des États membres de l'UE lorsque les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent. Le REC est un modèle reconnu de coopération régionale. Créé en vertu d'un règlement du Conseil de l'Union européenne⁵⁹ (ci-après « le règlement de modernisation »), il se fonde sur un système

⁵³ CARICOM.

⁵⁴ Pour une analyse et une taxonomie des dispositions des accords bilatéraux, commerciaux et régionaux contenant des clauses de droit de la concurrence, cf. par exemple : Dabbah (2010) ; Papadopoulos (2010) ; Holmes, Müller, Papadopoulos (2005).

⁵⁵ Marsden et Whelan (2005).

⁵⁶ Gal (2011), p 256.

⁵⁷ Alvarez, Clarke et Silva (2005).

⁵⁸ Sokol, (2011) p. 203.

⁵⁹ Règlement du Conseil No 1/2003 du 16 décembre 2002. cf. également la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03).

de compétences parallèles qui permet à toutes les autorités nationales de la concurrence d'appliquer les mêmes règles.⁶⁰

48. Le REC permet d'attribuer la compétence à l'autorité la mieux placée et assure une application cohérente des règles de concurrence de l'UE. Il s'agit d'un réseau informel au sens où il ne prend pas de « décisions » et où il n'a pas de pouvoir contraignant sur ses membres. Un dialogue constructif doit en revanche aider à trouver une solution à la plupart des questions pouvant se poser. En cas de blocage, la Commission se réserve le droit de se substituer aux autorités nationales et d'ouvrir une procédure. Le règlement institue plusieurs mécanismes de coopération pour les besoins de la répartition des affaires et de l'entraide. Les autorités nationales de la concurrence sont tenues de s'informer mutuellement avant que ne commence l'investigation officielle, ou sans tarder une fois qu'elle a commencé, et de mettre les informations pertinentes à la disposition des autres autorités.

49. S'agissant des enquêtes sur les ententes, il convient de souligner que le REC autorise les autorités nationales de la concurrence à partager des informations confidentielles et à les utiliser en tant que preuves dans leurs procédures respectives, sous réserve des diverses obligations d'information en vigueur dans leur pays. Toutes les autorités sont habilitées à partager et utiliser les informations qu'elles ont recueillies aux fins de l'application du droit de la concurrence. Les informations doivent être partagées entre les autorités nationales de la concurrence ainsi qu'entre la Commission et une autorité nationale de la concurrence. La possibilité de partager des informations confidentielles entre autorités de la concurrence de l'UE sans l'autorisation des parties, qui est l'apanage du REC,⁶¹ renforce considérablement le pouvoir des autorités de la concurrence de l'UE face aux ententes. Elle est toutefois soumise à certaines restrictions, notamment du fait que les juridictions nationales au sein de l'UE ne punissent pas toutes de sanctions pénales les infractions au droit de la concurrence. En outre, afin de garantir le bon fonctionnement des programmes de clémence, il est important que les informations obtenues d'un candidat à une mesure de clémence ne soient pas utilisées à son encontre par une autre autorité. Des efforts considérables ont été déployés au sein du REC pour minimiser tout effet négatif dû à l'absence d'harmonisation des programmes de clémence des différents États membres de l'UE, en particulier au travers de l'élaboration d'un programme modèle de clémence.

50. Le règlement autorise en outre une autorité nationale de la concurrence à demander à une autre autorité de collecter des informations et d'effectuer des enquêtes pour son compte. L'autorité agissant pour le compte d'une autre se conforme à ses propres règles de procédures et pouvoirs d'investigation. La Commission peut également demander à une autorité nationale de réaliser une inspection pour son compte. La Commission européenne coopère aussi étroitement avec les autorités nationales dans ses propres enquêtes, lorsqu'elle a besoin de leurs concours pour enquêter ou perquisitionner sur le territoire des États membres. Afin de garantir une cohérence d'approche, les autorités nationales de la concurrence doivent envoyer à la Commission une synthèse du dossier et de la décision envisagée avant son adoption, pour s'assurer qu'elle n'est pas contraire aux décisions antérieures de la Commission.

⁶⁰ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO 2004, C 101, 03.

⁶¹ A l'exception des échanges entre la Commission et l'autorité de surveillance de l'AELE en application de l'accord de l'Espace économique européen.

Mise en pratique de la coopération au sein du REC : l'entente dans le verre plat

En 2007, la Commission a infligé 486,9 millions d'euros d'amendes à quatre fabricants de verre plat qui s'étaient entendus pour fixer les prix et d'autres conditions commerciales. Le verre plat est employé dans le secteur du bâtiment pour les fenêtres, les portes vitrées et les miroirs. Les fabricants en cause étaient Asahi (Japon), Guranian (États-Unis), Pilkington (Royaume-Uni) et Saint-Gobain (France). Entre 2004 et 2005, les autorités de la concurrence allemande, française, suédoise et britannique ont toutes partagé des informations sur ces sociétés. Il s'agissait notamment de lettres de clients et (ou) de plaintes non officielles relatives à des hausses de prix parallèles. La Commission a démarré son enquête sur la base de ces informations de marché, témoignant de l'«excellente coopération» existant au sein du REC, et des perquisitions coordonnées ont eu lieu en 2005. Neelie Kroes, qui était alors commissaire à la concurrence, a souligné que cette affaire mettait clairement en évidence «les avantages d'une coopération accrue entre la Commission et les autorités nationales chargées de la concurrence.»⁶²

51. Les spécificités du REC sont un cadre juridique commun et la suprématie du droit de l'UE, des institutions européennes chargées de l'application du droit et des tribunaux. Il peut toutefois constituer un modèle utile pour la coopération régionale. Le fonctionnement du REC montre qu'il est impératif pour la coopération de formaliser : i) la façon d'obtenir les preuves des pratiques anticoncurrentielles se déroulant à l'étranger pour qu'elles puissent être utilisées dans les procédures nationales et devant les tribunaux nationaux, et ii) le mode de partage des informations avec d'autres pays afin qu'ils puissent poursuivre les mêmes infractions.

4.3 Accords bilatéraux de coopération dans le domaine de la concurrence

4.3.1 Accords bilatéraux

52. Les accords bilatéraux de coopération dans le domaine de la concurrence se sont multipliés depuis 1976, année où a été signée la première convention de ce type entre les États-Unis et l'Allemagne.⁶³ Ils sont issus des premières conventions à caractère défensif ou qui ne prévoyaient que de vagues principes généraux de coopération. Les nouvelles moutures, conclues depuis les années 90, s'inspirent des recommandations de l'OCDE sur la coopération internationale et les principes de la courtoisie active. Ces accords de deuxième génération démontrent donc a priori un engagement plus poussé à renforcer la coopération dans l'application du droit de la concurrence au niveau international. Les accords conclus entre l'UE, le Canada et les États-Unis ont été les précurseurs d'un réseau de plus en plus étendu d'accords bilatéraux avec et entre juridictions plus récentes en matière de droit de la concurrence.

53. Les accords bilatéraux conclus depuis l'accord de 1991 entre l'UE et les États-Unis ont généralement reprennent généralement la même structure que cet accord et contiennent des dispositions plus ou moins semblables. Ils prévoient une notification lorsque l'un ou l'autre des signataires estime que ses mesures d'application sont susceptibles d'affecter les intérêts de l'autre. Ils contiennent en outre habituellement des dispositions pour la coordination des enquêtes parallèles, lorsqu'une telle coordination est appropriée et réalisable, ainsi que des principes de courtoisie active et passive. Leurs clauses prévoyant la communication d'informations sur les activités anticoncurrentielles sont soumises aux lois nationales de confidentialité. Elles prévoient par conséquent généralement une coopération au cas par cas. La plupart de

⁶² Communiqué de presse de la Commission européenne, *Ententes : la Commission inflige des amendes d'un montant de 486,9 millions d'euros aux producteurs de verre plat pour avoir participé à une entente portant sur la fixation des prix*, IP/07/1781, 28 novembre 2007.

⁶³ Accord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant leur coopération mutuelle relative aux pratiques commerciales déloyales, 23 juin 1976, 4 *Trade Reg. Rep.* (CCH) 13501.

ces accords bilatéraux permettent également les consultations, les visites régulières et les échanges de personnel entre les autorités.

54. On s'accorde généralement à penser que certaines dispositions de ces accords ont plutôt été une réussite. On ne compte plus le nombre de fois où les autorités de la concurrence se sont mutuellement avisées de leurs investigations, ont partagé des informations non confidentielles et ont coordonné leurs enquêtes. Les dispositions de bon nombre de ces accords bilatéraux de deuxième génération semblent démontrer un engagement remarquable à coopérer pour l'application internationale du droit de la concurrence. Les accords de coopération sont toutefois plus fréquents entre pays développés abritant de grandes multinationales à même d'avoir une implantation sur leurs territoires respectifs. On peut penser que les incitations des grands pays développés à conclure des accords avec des pays plus petits ou des pays en développement sont moindres. Cette réticence peut s'expliquer par la crainte qu'un accord ne mette davantage à contribution l'autorité plus développée et plus expérimentée de la juridiction d'origine des multinationales se livrant à des pratiques anticoncurrentielles dans ces pays plus petits ou en développement. Il est probable, à l'inverse, que les pratiques des entreprises de pays en développement nuiront plus rarement aux marchés des pays développés.⁶⁴

55. Les accords bilatéraux sont des instruments juridiques non contraignants, qui expriment le souhait de se consulter et de coopérer, et qui ne limitent pas le pouvoir d'appréciation des autorités chargées de la réglementation.⁶⁵ Bien qu'il s'agisse d'accords internationaux opposables, signés par les représentants des gouvernements,⁶⁶ ils ne modifient pas les lois nationales qui interdisent de partager des informations commerciales confidentielles sans le consentement de la source ; ils prévoient en outre expressément que la partie requise doit prendre en compte ses propres intérêts nationaux pour déterminer si et dans quelle mesure elle doit coopérer comme on le lui demande. En fin de compte, dans le cas d'enquêtes parallèles, les autorités ne peuvent partager des informations confidentielles que si la source de ces informations y consent.

4.3.2 *Accords d'assistance mutuelle dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles*

56. Les accords d'assistance mutuelle dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles permettent une coopération plus poussée que les accords bilatéraux traditionnels de coopération. Le niveau renforcé de coopération est rendu possible par les lois nationales qui autorisent, en vertu d'accords d'assistance mutuelle, certaines mesures d'assistance qui seraient autrement interdites, concernant en particulier l'accès à des preuves situées à l'étranger et le partage des informations. Il existe quelques exemples d'accords de troisième génération en vigueur. Le premier est l'accord de coopération et de coordination signé en 1994 entre la commission australienne de la concurrence et de la consommation et la commission néo-zélandaise du commerce, qui a été actualisé en 2007. Cet accord ne prévoit toutefois pas le partage d'informations confidentielles. Un accord d'assistance mutuelle dans l'application du droit de la concurrence a été signé en 1999 entre les États-Unis et l'Australie.⁶⁷ Il permet aux autorités signataires de requérir une assistance étendue dans les affaires pénales et civiles d'infraction au droit de la concurrence en dehors du cadre de fusions et prévoit notamment la possibilité contraignante d'obtenir des témoignages et des informations documentaires.⁶⁸

⁶⁴ cf. Jenny (2002) et (2006).

⁶⁵ Stephan (2005).

⁶⁶ ou par délégation des pouvoirs de l'autorité de la concurrence.

⁶⁷ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, 1999, [1999] ATS 22.

⁶⁸ cf. section 4.4 ci-après, pour une discussion des avantages supplémentaires limités des accords d'assistance mutuelle pour l'application du droit de la concurrence.

4.3.3 *Mémoires d'accord*

57. Les mémoires d'accord non contraignants entre pays sont généralement des accords en vertu desquels les autorités de la concurrence cherchent à mieux se connaître tout en s'engageant à faire leurs « meilleurs efforts ». Les mémoires d'accord ne nécessitent pas un accord international formel. Ils peuvent matérialiser des relations de coopération existantes ou bien initier un rapprochement entre autorités de la concurrence. Le mémoire d'accord conclu récemment entre la Chine et les États-Unis a été qualifié par le Procureur général adjoint alors en poste au département de la Justice des États-Unis de « témoignage de la relation existant entre nos deux pays, qui permet également, en servant de cadre à une coopération renforcée entre nos agences, de commencer un nouveau chapitre de notre collaboration en matière de droit et de politique de la concurrence. »⁶⁹ Les mémoires d'accords constituent en quelque sorte un avant-projet pour la construction d'un cadre plus durable de coopération. Certains d'entre eux vont plus loin et s'apparentent davantage aux accords bilatéraux de coopération décrits ci-avant.⁷⁰

4.4 *Dispositions du droit national*

58. Certaines lois nationales constituent une base juridique directe pour la coopération entre autorités ou juridictions, alors que d'autres confèrent un mandat pour conclure des accords de coopération avec d'autres juridictions. Dans un cas comme dans l'autre, les juridictions dont les lois autorisent directement la coopération ont également conclu des accords bilatéraux de coopération, ce qui semble indiquer que ces accords ont davantage d'utilité.⁷¹

59. Les lois nationales peuvent prévoir des « passerelles » juridiques pour la divulgation volontaire aux autorités judiciaires étrangères d'informations recueillies dans le cadre de la propre enquête du pays requis. Ces dispositions devraient permettre le partage d'informations ayant trait à des enquêtes pénales ou civiles de l'autorité requérante.

60. La loi du Royaume-Uni sur les entreprises (*Enterprise Act*) permet la divulgation à une autorité publique étrangère des informations recueillies par l'*Office of Fair Trading* (OFT) dans le cadre de ses pouvoirs d'investigation, afin de faciliter l'exercice par l'autorité étrangère de toute fonction en rapport avec des affaires civiles ou pénales de violation du droit de la concurrence dans ces juridictions, y compris les ententes.⁷² Actuellement, lorsque l'OFT envisage de divulguer des informations à une autorité étrangère, il est tenu de prendre en compte certaines considérations définies par la loi. L'OFT doit procéder à une évaluation, au cas par cas, des mesures de protection qui existent dans la juridiction étrangère pour le traitement des informations divulguées. Il doit en outre s'interroger pour savoir si cette divulgation peut porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de l'entreprise ou aux intérêts de la personne concernée par l'information.⁷³

⁶⁹ Varney (2011).

⁷⁰ cf. par exemple le Protocole d'entente entre le Commissaire de la concurrence (Canada) et le Fiscal Nacional Economico (Chili) concernant l'application de leurs lois respectives sur la concurrence (2001).

⁷¹ ICN (2007), p.13.

⁷² United Kingdom Enterprise Act, Chapter 40, s243 (2002), *the overseas disclosure information gateway*.

⁷³ Plusieurs restrictions s'appliquent à la divulgation d'informations à des autorités officielles étrangères. Premièrement, l'OFT ne divulgue généralement pas à une autorité officielle étrangère les dépositions de témoins sous contrainte. Deuxièmement, lorsque des informations ont été apportées volontairement par une personne physique dans le cadre d'une requête de clémence, l'OFT ne fournit pas ces informations à une autorité officielle étrangère en vue de poursuites pénales, à moins d'une garantie d'immunité de l'autorité requérante. Troisièmement, l'OFT ne divulgue pas les informations contenues dans une requête de

61. La passerelle britannique de divulgation d'informations à l'étranger a été utilisée, par exemple, par la commission australienne de la concurrence et de la consommation dans le cadre de l'enquête sur l'entente des *tuyaux marins*⁷⁴ et a eu selon elle une importance décisive pour l'enquête.⁷⁵ La procédure peut toutefois être longue et mobiliser des ressources importantes (à la fois du côté de l'OFT et de l'autorité étrangère).⁷⁶

62. La loi allemande sur les obstacles à la concurrence prévoit non seulement une coopération étendue entre les autorités membres du REC, mais étend également cette coopération aux autorités en dehors de l'UE. Elle limite toutefois le partage des informations confidentielles à celles autorisées par leur source.⁷⁷

63. Suite à l'amendement du droit australien de la concurrence, l'autorité australienne de la concurrence (ACCC) est autorisée, en vertu de l'article 155AAA de loi de 2010 sur la concurrence et la consommation (*Competition and Consumer Act*), à divulguer des « informations protégées » à une agence gouvernementale étrangère si elle décide que cette divulgation peut permettre à cette agence d'exercer ses fonctions ou ses pouvoirs, ou l'y aidera, et si elle considère cette divulgation appropriée en fonction des circonstances. Cette disposition confère à l'ACCC des pouvoirs d'appréciation élargis en matière de partage d'informations protégées avec des autorités étrangères. La loi ne précise pas les éléments que l'ACCC doit prendre en considération pour décider de divulguer ou non les informations. L'ACCC a toutefois pour politique de tenir compte plus particulièrement de certains facteurs en fonction des circonstances. Elle peut notamment s'intéresser : aux relations entre l'Australie et les autres pays ou à l'impact de la divulgation sur les programmes nationaux et internationaux en matière d'ententes, y compris la politique de clémence de l'ACCC.⁷⁸

64. La nouvelle passerelle d'information de l'Australie a été utilisée en plusieurs occasions par la commission du commerce de la Nouvelle-Zélande (NZCC). Dans le cadre d'une enquête de fixation des prix dans les services de transport par avion sanitaire, la NZCC a demandé la transcription d'entretiens confidentiels de certains témoins communs. L'ACCC a assorti la divulgation des informations transcrites dans le cadre de l'enquête de conditions spécifiques auxquelles la NZCC a accepté de se plier en signant un engagement écrit.⁷⁹

65. La Nouvelle-Zélande devrait adopter un nouveau projet de loi de la commission du commerce (International Co-operation and Fees Bill), qui vise à permettre à la NZCC d'aider dans leurs enquêtes les

clémence concernant une entreprise, excepté pour les besoins d'une mesure applicative contre une autre entreprise ou personne physique que celle ayant fourni les informations.

⁷⁴ ACCC c. Bridgestone Corporation & Ors [2010] FCA 584.

⁷⁵ cf. contribution écrite de l'Australie au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)36.

⁷⁶ L'OFT a par conséquent proposé des amendements à la législation visant à permettre une évaluation initiale des juridictions disposant de garanties juridiques suffisantes. Cela éviterait de devoir réaliser une évaluation complète des conditions légales de divulgation applicables pour chaque divulgation envisagée. OFT (2011), p. 130.

⁷⁷ Article 50(b) de la loi allemande contre les entraves à la concurrence.

⁷⁸ cf. contribution écrite de l'Australie au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)36.

⁷⁹ Borrowdale (2011).

régulateurs étrangers avec lesquels elle est liée par un accord de coopération.⁸⁰ Cette assistance s'étendrait aux perquisitions et aux avis d'information. Afin de garantir la réciprocité et la confidentialité, le projet prévoit que la Nouvelle-Zélande ne devrait pas conclure d'accord de coopération « sans foi raisonnable dans les dispositions de l'autre partie en la matière ».⁸¹ Il renforcera de façon générale la coopération avec les autres juridictions, mais il devrait être utilisé le plus souvent avec l'ACCC, compte tenu des liens géographiques et économiques étroits entre les deux pays.⁸²

66. Au lieu d'autoriser directement la coopération avec d'autres juridictions, les États-Unis se sont dotés d'une législation autorisant la conclusion d'accords de coopération spécifiques dans le domaine de la concurrence. L'*International Antitrust Enforcement Assistance Act*, adopté en 1994, permet aux États-Unis de conclure des accords bilatéraux d'entraide judiciaire pour lutter contre les infractions au droit de la concurrence, en vertu desquels une assistance peut être apportée aux autorités étrangères dans les procédures civiles et pénales et des informations peuvent être échangées, alors que cette assistance et ces échanges seraient autrement contraires à la loi. En théorie, ces dispositions permettent aux pays de mener des procédures conjointes, ou tout au moins, coordonnées, dans l'application du droit de la concurrence, sans devoir rechercher l'autorisation des parties à l'origine des informations. La législation autorisant la conclusion d'accords de troisième génération reconnaît qu'une coopération internationale efficace passe par la possibilité de partager plus largement des informations avec des autorités étrangères de la concurrence.

67. La loi de 1994 requiert toutefois des engagements réciproques des juridictions étrangères concernées. Cette condition recouvre notamment une législation équivalente garantissant une protection suffisante des informations confidentielles devant être partagées. Autrement, les États-Unis ne peuvent conclure d'accord de coopération renforcée avec ces juridictions. La plupart des pays n'ont pas aujourd'hui un cadre juridique qui leur permettrait de conclure ce type d'accord.⁸³ A ce jour, seule l'Australie a tiré parti des possibilités offertes par la nouvelle loi, ce qui tient sans doute aux quelques avantages supplémentaires offerts par les traités d'entraide dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'Australie a conclu en 1999 un accord d'entraide avec les États-Unis et a invoqué au moins une fois cet accord pour obtenir des informations.⁸⁴

4.5 Coopération fondée sur les renoncements au droit à la confidentialité consenties dans le cadre de requêtes de clémence

68. Le Réseau international de la concurrence (RIC) estime que « [l'] introduction de programmes de clémence dans davantage de juridictions apparaît comme un facteur de plus en plus important de la coopération entre les agences, grâce aux renoncements au droit à la confidentialité consenties dans le cadre de requêtes d'immunité ou d'amnistie. »⁸⁵

⁸⁰ Cette disposition vise à refléter la loi existante australienne de 1992 sur l'assistance mutuelle dans la réglementation des entreprises, qui autorise des autorités comme l'ACCC à apporter leur concours à des enquêtes étrangères de réglementation, bien qu'elle n'autorise pas la divulgation d'informations à l'autorité étrangère.

⁸¹ Le projet de loi et les documents explicatifs sont disponibles sur le site Internet du bureau des conseillers parlementaires de la Nouvelle-Zélande (*New Zealand's Parliamentary Counsel Office*).

⁸² cf. contribution écrite de la Nouvelle-Zélande au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)14.

⁸³ Swaine (2011) p. 19.

⁸⁴ First (2001). cf. également, la contribution écrite de l'Australie au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)36.

⁸⁵ RIC (2007), p 31.

69. De nombreux pays sont aujourd'hui dotés de dispositifs de clémence ou d'amnistie. Les dispositifs de clémence incitent les parties à des ententes à se désolidariser de celles-ci, à dénoncer leur existence et à coopérer dans le cadre de l'enquête en échange d'une immunité ou d'une réduction de toutes sanctions qui pourraient ordinairement être imposées. Ils constituent un outil très efficace, voire l'outil le plus efficace, dans la lutte contre les ententes.

70. Le nombre des requêtes de clémence déposées simultanément auprès de plusieurs autorités de la concurrence était en augmentation lors de l'établissement du troisième rapport de l'OCDE (2005) et il paraît peu probable que cette dynamique se soit ralentie. Les requêtes de clémence simultanées comportent souvent des renonciations au droit à la confidentialité. Ces renonciations créent davantage d'occasions de coopération plurijuridictionnelle en permettant aux autorités de la concurrence concernées de partager des informations reçues dans le cadre des demandes de clémence et de coordonner les enquêtes.⁸⁶ Dans un discours prononcé en 2003, alors qu'un nombre croissant de juridictions envisageaient de se doter de dispositifs de clémence, Scott Hammon, Assistant du Procureur général au département de la Justice des États-Unis, a synthétisé l'intérêt des renonciations au droit à la confidentialité en ces termes :

« De la même façon qu'il est devenu courant que les entreprises sollicitent simultanément la clémence des États-Unis, de la CE et du Canada (et souvent d'autres juridictions également), elles acceptent couramment de partager leurs informations avec les juridictions auprès desquelles elles sollicitent la clémence. Ainsi, nous sommes amenés fréquemment à discuter des stratégies d'investigation avec la CE et le Canada et à coordonner nos perquisitions, notifications d'assignation, inspections impromptues et dépôts d'accusations, afin d'éviter la divulgation prématurée d'une investigation et une éventuelle destruction de preuves. »⁸⁷

71. L'adoption d'un dispositif de clémence est un instrument qui facilite la coopération avec d'autres pays dotés de programmes de clémence. Autrement, les candidats n'ont aucune raison de consentir à partager des informations avec des juridictions sans dispositif de clémence. L'ASEAN a expressément reconnu cet état de fait dans ses lignes directrices régionales sur la politique de la concurrence.⁸⁸ La simple existence d'un programme de clémence, peut toutefois ne pas constituer une incitation suffisante au dépôt de requêtes de clémence. Les juridictions doivent être dotées de programmes crédibles d'application de la législation contre les ententes, pour que leurs dispositifs de clémence soient efficaces.⁸⁹ L'absence d'un programme de clémence pleinement opérationnel soutenu par une répression effective des ententes a par exemple été identifiée comme un obstacle à une coopération réussie entre nations d'Afrique australe dans la lutte contre les ententes.⁹⁰

72. Les renonciations au droit à la confidentialité consenties dans le cadre de la sollicitation d'une mesure de clémence permettent aux autorités d'échanger des informations rapidement et à un stade précoce, ce qui facilite la coordination des premières étapes de l'investigation. Cela peut permettre d'éviter de devoir passer par les canaux officiels des procédures formelles de coopération et les retards que cela pourrait occasionner.

⁸⁶ OCDE (2005), p. 33.

⁸⁷ Hammond (2003).

⁸⁸ ASEAN, *Regional Guidelines on Competition Policy*, 2010, 6.9.5.3.

⁸⁹ Les trois composantes essentielles qui doivent être en place avant qu'une juridiction puisse mettre en œuvre un programme de clémence avec succès sont les suivantes : sévérité des sanctions, plus grande crainte d'être démasqué et transparence des mesures d'application.

⁹⁰ Skata (2011), p.18.

73. Certaines autorités de la concurrence envisagent de subordonner la clémence à la renonciation au droit à la confidentialité, tant celle-ci est utile. Même lorsque les dispositifs de clémence ne le requièrent pas officiellement, les autorités les plus reconnues dans la répression des ententes tendent à exiger ces renoncements et à les étoffer, afin d'autoriser l'échange non seulement des informations, mais aussi des preuves.

74. La multiplication des programmes de clémence à travers le monde renforce l'intérêt d'harmoniser les conditions imposées aux bénéficiaires de ces programmes.⁹¹ Les conflits ou incohérences cruciales entre les conditions imposées par les programmes de clémence des juridictions concernées peuvent être déterminants pour susciter ou non les requêtes et guider le choix des autorités auprès desquelles les déposer. Les similarités entre les programmes de clémence, en particulier en ce qui concerne les conditions imposées aux bénéficiaires, limitent les complications inhérentes aux procédures plurijuridictionnelles et incitent les entreprises à contacter de multiples juridictions. D'un point de vue pratique, en harmonisant ses programmes de clémence avec ceux des grandes juridictions comme les États-Unis et l'UE (qui sont semblables sur les aspects importants), un pays sera mieux à même d'attirer davantage de requêtes de clémence.

75. Par conséquent, outre qu'elle contribue à l'amélioration des programmes de clémence, la convergence des politiques de clémence présente des avantages particuliers du point de vue de l'efficacité de fonctionnement, dans la mesure où elle réduit les complications induites par la dénonciation d'ententes internationales auprès de plusieurs juridictions. L'ASEAN reconnaît ces avantages dans ses lignes directrices régionales sur la politique de la concurrence.⁹²

4.6 *Coopération informelle*

76. L'expression « coopération informelle » désigne, dans l'usage, toute coopération entre autorités de la concurrence qui n'entraîne ni le partage d'informations confidentielles, ni l'obtention de preuves pour le compte d'une autre autorité. Ce type de coopération est plus fréquent que la coopération formelle, sans doute parce qu'elle est plus facile à réaliser et ne se heurte pas aux contraintes légales de l'échange d'informations confidentielles qui existent dans chaque pays.

77. Malgré ses limites, la coopération informelle peut contribuer à renforcer l'efficacité des mesures d'application. Les conférences, réunions bilatérales et autres échanges de savoir-faire accroissent les compétences et la compréhension mutuelle. Les accords bilatéraux de coopération peuvent faciliter la coopération dans le cadre d'affaires spécifiques en améliorant la compréhension par chaque partie des systèmes et attentes de l'autre partie. La coopération informelle dans le cadre d'affaires spécifiques peut recouvrir les discussions sur les stratégies d'investigation, les informations de marché, les évaluations de témoins, le partage de pistes d'investigation et la comparaison des approches de dossiers communs. Les informations ou l'assistance obtenues dans ce cadre peuvent optimiser la stratégie d'investigation et contribuer à recentrer l'enquête.

78. La coopération informelle est souvent étayée par des contacts personnels et la participation aux nombreux réseaux qui se sont développés ces dernières années dans le domaine de la concurrence permet de construire des relations de confiance. Les forums internationaux et régionaux, comme l'OCDE, la CNUCED, le RIC, l'ASEAN, l'APEC, le Forum africain de la concurrence et l'ICAP, constituent autant de lieux où autorités et représentants officiels peuvent se rencontrer, partager des idées, des pratiques et apprendre à comprendre les cadres juridiques et les institutions de leurs homologues. Ces rencontres

⁹¹ cf. contribution écrite du BIAC au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)57.

⁹² cf. 6.9.8 des Lignes directrices.

pourront être le prélude à d'éventuelles prises de contact et à l'instauration d'une coopération entre autorités. L'assistance au renforcement des capacités est un moyen de développer les compétences techniques et de promouvoir la compréhension mutuelle et la coopération future.

79. La coopération informelle a été la clé qui a permis de débloquer plusieurs enquêtes sur des ententes. Dans le dossier des *tuyaux marins*, l'ACCC s'est appuyée sur des informations et des documents fournis de façon informelle par le département de la Justice des États-Unis, ainsi que sur des informations communiquées de façon formelle par l'OFT britannique.⁹³ C'est dans le cadre d'une conférence à Washington que les autorités brésiliennes ont pris connaissance de l'enquête du département américain de la Justice sur la lysine, qui les a amenées à mener leur propre enquête. Les informations relatives aux poursuites étaient déjà dans le domaine public et le département américain de la Justice a ensuite fourni aux autorités brésiliennes des documents et des pistes d'enquête. Dans l'entente sur les vitamines, l'enquête du Brésil a bénéficié de pistes fournies de façon informelle par le Bureau canadien de la concurrence.⁹⁴ Cet échange a été attribué aux relations professionnelles établies entre les membres des autorités brésiliennes et canadiennes.

80. L'absence d'accord de coopération formelle n'interdit pas l'échange d'informations non confidentielles, ni la coordination d'inspections surprises. La commission de la concurrence de l'Afrique du Sud (*Competition Commission of South Africa - CCSA*) a par exemple réalisé en 2007 des perquisitions coordonnées avec l'UE et le département de la Justice des États-Unis dans les locaux de plusieurs sociétés soupçonnées d'entente. C'était la première fois que la CCSA coordonnait une inspection avec d'autres autorités de la concurrence.⁹⁵

81. Il semblerait dans la pratique que les autorités de la concurrence allient coopération formelle et informelle dans la détection et l'investigation des ententes. L'existence d'accords internationaux ne garantit pas la coopération et leur absence ne l'interdit pas. L'avantage du tissu complexe d'accords internationaux entre gouvernements et autorités est qu'il offre un cadre officiel pour la coopération, malgré les limites imposées par la législation. Par ailleurs, la conclusion d'accords internationaux démontre la volonté et la capacité de mener un dialogue constructif avec des homologues étrangers. Le défi pour les autorités de la concurrence, des pays en développement en particulier, consiste à trouver le juste équilibre entre ce qui peut être réalisé à travers la coopération informelle et ce qui nécessite des mécanismes plus formels.

4.7 Exemples récents de coopération dans des affaires d'ententes internationales

4.7.1 L'entente des tuyaux marins

82. Entre 1986 et 2007, les fabricants de tuyaux marins se sont entendus, à l'échelle internationale, pour fixer les prix, se partager les marchés, se répartir la clientèle, limiter l'offre et manipuler les appels d'offres. Pour dissimuler cette entente, les sociétés utilisaient des comptes privés de courrier électronique, des numéros de téléphone privés et des noms de code. Une entreprise jouait le rôle de coordonnateur et les autres lui transmettaient les informations relatives aux contrats sur le point d'être signés avec leurs clients. L'une de ces sociétés a sollicité la clémence simultanément au Japon, aux États-Unis et dans l'UE, se

⁹³ cf. cas d'espèce ci-après.

⁹⁴ De Araujo(2002), pp.5, 7.

⁹⁵ cf. contribution écrite de l'Afrique du Sud à la table ronde de l'OCDE sur les aspects juridictionnels des ententes, y compris la doctrine des effets, DAF/COMP/WP3/WD(2008)92 (non publié) et au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)51.

mettant à l'abri de toute sanction pécuniaire et déclenchant des mesures coordonnées parmi les autorités chargées d'enquêter.

83. L'entente des tuyaux marins a suscité un niveau de coopération sans précédent entre les autorités du Royaume-Uni, des États-Unis et de l'UE chargées d'instruire l'affaire. Le département de la Justice des États-Unis a eu recours à des techniques de mise à exécution relativement musclées, associant informateurs, écoutes et perquisitions du FBI et a obtenu l'autorisation des tribunaux pour enregistrer et filmer en secret une réunion entre membres de l'entente dans une chambre d'hôtel à Houston au Texas. C'est à la suite de cette réunion, en mai 2007, que les huit dirigeants non américains impliqués dans cette entente ont été arrêtés par les autorités américaines. En même temps que les États-Unis enquêtaient, l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni menait une investigation qui a duré 11 mois, réalisant perquisitions et entretiens sur site. La Commission européenne a également mené une enquête parallèle, avec des inspections surprises coordonnées en France, en Italie et au Royaume-Uni, en liaison avec ses homologues des autorités nationales de la concurrence.

84. L'une des principales innovations de l'affaire des tuyaux marins a été la négociation de transactions pénales, qui ont permis aux trois ressortissants britanniques de plaider coupables devant la justice américaine, avant de revenir au Royaume-Uni pour y être jugés et y purger leur peine. C'était la première fois que l'OFT intentait des poursuites pénales contre des ressortissants britanniques coupables d'entente, ce qui montre l'étendue de la coopération entre l'OFT et le ministère américain de la justice.

85. Les autorités de la concurrence des États-Unis,⁹⁶ du Royaume-Uni,⁹⁷ de l'UE,⁹⁸ de l'Australie⁹⁹ et du Japon¹⁰⁰ ont toutes introduites des procédures dans cette affaire d'entente. L'ACCC australienne a attribué le succès de sa procédure à l'aide reçue du ministère américain de la Justice et de l'OFT, qui ont fourni des documents déterminants pour l'enquête de l'Australie. Les informations nécessaires ont été obtenues de façon informelle pour celles provenant des États-Unis et fournies par le département de la Justice des États-Unis, mais de façon formelle, pour celles de l'OFT, en application des articles applicables de la loi britannique sur les entreprises. L'ACCC et l'OFT ont également coopéré de façon informelle avant le dépôt d'une requête formelle.¹⁰¹

86. Au Japon, des sanctions pécuniaires ont été imposées à l'une des entreprises japonaises impliquées alors que la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (*Japan Fair Trade Commission - JFTC*) a prononcé des injonctions enjoignant les autres de mettre un terme à l'activité incriminée. C'était la première fois que la JFTC prenait une décision de ce type contre des entreprises étrangères dans une affaire d'entente internationale.

4.7.2 L'entente du fret aérien

87. Entre 2000 et 2006, plusieurs grandes compagnies aériennes internationales de transport de marchandises se sont entendues pour gonfler le prix du fret aérien. Pendant six années, elles ont coordonné

⁹⁶ *U.S. c. Bridgestone Corp.*, Criminal No. H-11-651.

⁹⁷ *R c. Whittle, Allison, et Brammar*, [2008] EWCA Crim. 2560, [2009] Lloyd's Rep. FC 77.

⁹⁸ COMP/39.406 — *Marine Hoses*.

⁹⁹ *ACCC v Bridgestone Corporation & Ors* [2010] FCA 584.

¹⁰⁰ Communiqué de presse de la Japan Fair Trade Commission, *Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers*, 22 février 2008.

¹⁰¹ cf. contribution écrite de l'Australie au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)36.

les suppléments appliqués au titre du carburant et de la sécurité. Dans un premier temps, les contacts sur les tarifs ne concernaient que le surcoût du carburant, aboutissant à l'imposition par les compagnies aériennes de transport de marchandises à l'échelle internationale d'un supplément forfaitaire par kilo de fret aérien. Les compagnies aériennes ont ensuite étendu leur entente à la tarification de la sécurité, imposant un supplément et refusant de verser aux transitaires (leurs clients) des commissions sur les suppléments. Le refus de verser des commissions garantissait que les suppléments ne permettaient pas d'obtenir un avantage concurrentiel en octroyant des remises aux clients. Au total, des sanctions pécuniaires ont été imposées à 22 compagnies aériennes et des poursuites ont été intentées contre 21 personnes physiques, pour entente. La Lufthansa et sa filiale, la Swiss, ont bénéficié d'une totale immunité d'amendes dans le cadre du programme de clémence de l'UE et de programmes de clémence ou d'immunité dans de nombreuses autres juridictions.

88. Le 14 février 2006, les autorités de la concurrence ont perquisitionné dans les locaux des compagnies aériennes dans divers pays à travers le monde afin d'établir si elles avaient participé à cette entente. Les États-Unis, l'UE, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada et la Corée ont introduit des procédures. Aux États-Unis, le département de la Justice a poursuivi 22 compagnies aériennes, imposé plus de 1,8 milliard de dollars d'amendes (le montant le plus élevé imposé à ce jour aux États-Unis pour une infraction au droit de la concurrence) et prononcé des peines de prison contre 6 dirigeants. En Australie, l'ACCC a poursuivi 15 compagnies aériennes et imposé 46,5 millions de dollars australiens d'amendes. En Nouvelle-Zélande, la NZCC a poursuivi 13 compagnies aériennes et 7 dirigeants. Au Canada, le Bureau a reçu des reconnaissances de culpabilité de 6 compagnies aériennes et a imposé plus de 17 millions de dollars canadiens d'amendes. En Corée, la KFTC a poursuivi 19 compagnies aériennes et imposé 18 millions de dollars des États-Unis d'amendes. En Europe, l'UE a imposé un total de 799 millions d'euros d'amendes à 11 compagnies aériennes de transport de marchandises, en accordant des remises aux compagnies qui avaient coopéré dans le cadre du programme de clémence de l'UE.

89. La dimension mondiale de la répression contre l'entente du fret aérien a montré qu'une entreprise implantée à travers le monde ne peut plus présumer qu'une affaire est close lorsqu'elle est réglée dans une juridiction. Les entreprises se voient en effet désormais contraintes de conclure des accords avec toutes les autres juridictions pouvant avoir été touchées par leur comportement. L'entente du fret aérien a révélé au secteur privé que « les autorités chargées de l'application coopèrent entre elles et que les reconnaissances de culpabilité, témoignages et documents obtenus par l'une d'entre elles traversent les frontières pour être partagés avec d'autres. »¹⁰² Elle a toutefois suscité des préoccupations parmi les entreprises sur l'usage qui pourrait être fait de ces informations dans le cadre d'éventuels recours collectifs ultérieurs.

5. Les défis à relever pour assurer une coopération internationale efficace dans les enquêtes sur les ententes

90. Le nombre croissant de pays réprimant les ententes et la nécessité qui en découle pour les autorités de la concurrence de coordonner leurs enquêtes sur les comportements collusifs pouvant avoir des retombées internationales soulignent les contraintes du système actuel de coopération internationale. Certaines de ces contraintes sont communes aux autorités de la concurrence des pays développés et des pays en développement ; d'autres sont plus spécifiques aux autorités plus récentes et moins expérimentées.

¹⁰² Evans et Booth (2010).

5.1 *Problèmes communs à toutes les juridictions*

5.1.1 *Partage d'informations confidentielles*

91. L'un des aspects les plus sensibles de la coopération concerne le partage d'informations et de données confidentielles entre autorités de la concurrence. Une étude récente du RIC met en évidence ces lacunes.¹⁰³ Ces difficultés trouvent leur origine dans les dispositions de droit national qui limitent le partage d'informations confidentielles. La plupart des législations nationales interdisent le partage d'informations confidentielles issues de l'enquête d'une autorité de la concurrence et ne permettent pas à une autorité d'utiliser ses pouvoirs de collecte d'informations pour le compte d'une autorité étrangère de la concurrence. Hormis les très rares exceptions décrites dans les sections précédentes, la majorité des instruments et accords dans le domaine de la concurrence n'autorisent pas le partage d'informations confidentielles.

92. Par exemple, la Turquie a signalé que l'absence de mécanismes formels de coopération autorisant le partage d'informations confidentielles avec la Commission européenne avait limité ses possibilités d'enquête dans des affaires d'entente. Dans une affaire de suspicion d'activités d'entente dans le secteur des appareillages hermétiquement clos, qui semblaient avoir lieu en dehors de la Turquie, mais affectaient le marché turc, la même entente faisait l'objet d'investigations de la part de la Commission européenne. Malgré la demande de coopération formulée par la Turquie, la Commission n'a pas pu communiquer d'informations confidentielles en l'absence de mécanisme autorisant le partage d'informations confidentielles. Le fait de ne pas pouvoir obtenir des informations de source étrangère a entravé considérablement les possibilités d'enquête de la Turquie sur cette affaire d'entente.¹⁰⁴

93. Dans les ententes sur les *vitamines*¹⁰⁵ et les *électrodes en graphite*¹⁰⁶, le rapport de l'OCDE sur les ententes injustifiables note que d'autres autorités de la concurrence ont été informées des ententes et ont ouvert des enquêtes lorsque les procédures de l'UE, des États-Unis et du Canada ont été rendues publiques. Dans certains cas, les discussions informelles tenues avec les autorités américaines ou européennes et les informations non confidentielles qu'elles ont fournies, ont aidé les autres autorités de la concurrence.¹⁰⁷ Toutefois, de nombreux pays membres de l'OCDE soulignent que leurs enquêtes sur ces ententes ont été entravées par l'incapacité d'accéder à des informations détenues par des autorités étrangères de la concurrence, mais protégées par des dispositions de confidentialité.

94. Dans le contexte de l'application du droit de la concurrence, les limites imposées aux autorités en matière d'échange d'informations confidentielles se justifient par le fait que ces échanges réduiraient l'incitation des entreprises à coopérer avec les autorités dans le cadre de leurs dispositifs de clémence et nuiraient par conséquent globalement à l'efficacité des programmes nationaux de répression des ententes.

95. On s'inquiète en outre, de la même façon, qu'une fois échangées, les informations confidentielles confiées à une autorité dans une juridiction donnée puissent tomber dans le domaine public (par exemple en raison de règles plus souples d'accès au dossier de l'autorité de la concurrence dans le pays requérant) ou puissent simplement devenir plus faciles à découvrir dans la juridiction recevant les informations. La source des informations pourrait ainsi se trouver exposée au risque de recours privés et de recherches

¹⁰³ RIC (2007).

¹⁰⁴ OCDE (2005), p. 32.

¹⁰⁵ Case COMP/E-1/37.512 – *Vitamins* [10.01.03] OJ L 6/1, see paras 155-157.

¹⁰⁶ Case COMP/E-1/36.490 — *Graphite electrodes* [18.07.01] OJ L 100/1.

¹⁰⁷ Par exemple, la coopération informelle du Brésil avec les États-Unis dans l'entente sur les vitamines, cf. *supra*.

consécutives en dommages et intérêts. Ce risque est particulièrement important si les informations peuvent être utilisées devant des tribunaux susceptibles d'allouer des dommages et intérêts punitifs aux requérants, comme dans le cas des dédommagements au triple imposés aux États-Unis. Ces préoccupations ont récemment ressurgi suite au jugement de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Pfleiderer*.¹⁰⁸ La Cour a conclu que les plaignants dans le cadre de procès privés pouvaient, dans certaines circonstances, avoir accès au dossier de l'autorité de la concurrence, y compris aux pièces soumises dans le cadre de programmes de clémence. Selon elle, il appartient à chaque tribunal national des États membres de l'UE appelé à se prononcer sur une infraction au droit de la concurrence passible de dommages et intérêts de mettre en balance au cas par cas les intérêts du plaignant privé et la préoccupation légitime de ne pas nuire à l'efficacité du programme de clémence.

***Pfleiderer* : accès à des documents fournis dans le cadre de programmes de clémence et application privée du droit européen de la concurrence**

Une affaire européenne (*Pfleiderer v Bundeskartellamt*) a récemment ramené sur le devant de la scène les questions afférentes à l'autorisation d'accès à des documents communiqués dans le cadre d'une demande de clémence.¹⁰⁹ Dans l'affaire *Pfleiderer*, un client de l'entreprise sanctionnée pécuniairement pour avoir pris part à une entente dans le secteur des papiers décor a présenté une demande d'accès complet au dossier du *Bundeskartellamt*. Le *Bundeskartellamt* ayant refusé l'accès aux documents du dossier de clémence, *Pfleiderer* a intenté une procédure devant le tribunal local allemand (*Amtsgericht*) L'*Amtsgericht* a ordonné un renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne afin qu'elle détermine si le refus de l'accès aux documents du dossier de clémence était contraire au droit européen. Dans sa décision, la Cour reconnaît qu'autoriser à des tiers l'accès aux documents des dossiers de clémence risque de compromettre les programmes de clémence. Ce n'est toutefois pas une raison suffisante pour priver les personnes physiques de leur droit bien établi à demander réparation du préjudice que leur aurait causé un comportement anticoncurrentiel.¹¹⁰ Faute de réglementation européenne contraignante sur le sujet, il appartient aux tribunaux nationaux de décider au cas par cas s'il convient de rendre publics les documents soumis dans le cadre de programmes de clémence.

Certains commentateurs se sont inquiétés de ce que cet arrêt renforce les tensions entre les dispositifs de clémence et les recours en droit privé, avec le risque « *d'implications graves pour la répression des ententes* ». ¹¹¹ On craint que l'incitation des entreprises mises en cause à conclure des programmes d'amnistie ou de clémence ne soit gravement affectée si les éléments de preuve qu'elles apportent peuvent être utilisés contre elles dans le cadre de procès civils. Ces craintes pourraient toutefois être excessives. D'abord, le relèvement du montant des amendes, l'instabilité inhérente des ententes et le développement général de la gouvernance d'entreprise devraient continuer d'inciter les entreprises à conclure des programmes de clémence. Ensuite, il peut exister des moyens indirects de rechercher ces documents et, dans tous les cas, il est probablement peu fréquent que les motifs des poursuites reposent entièrement sur les documents « accessoires » figurant dans le dossier des autorités de la concurrence. ¹¹² A l'issue de l'arrêt de la Cour de Justice sur le dossier *Pfleiderer*, l'affaire a été renvoyée devant les tribunaux allemands et l'*Amtsgerichte* a confirmé le 30 janvier 2012 la décision initiale du *Bundeskartellamt* de refuser l'accès aux documents du dossier de clémence. ¹¹³ Ce jugement constitue un précédent important en droit allemand et le ministère fédéral de l'Économie entend profiter des modifications en cours du droit allemand de la concurrence pour codifier la protection des documents communiqués dans le cadre d'un dispositif de clémence. ¹¹⁴

¹⁰⁸ C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juin 2011.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid, cf paragraphes 26 - 28 de l'arrêt.

¹¹¹ Stephan (2011).

¹¹² Brown (2012).

¹¹³ Communiqué de presse du *Bundeskartellamt*, *La décision du Tribunal local de Bonn renforce le programme de clémence*, 30 janvier 2012.

5.1.2 *Différentes définitions du concept d' « informations confidentielles ».*

96. Il n'existe pas de définition commune de la notion d'information confidentielle dans le domaine de la concurrence. Les divergences dans la définition par les autorités de la concurrence ou les tribunaux de l'information confidentielle dans les affaires d'ententes peuvent faire obstacle à une coopération efficace. Dans la mesure où, comme on l'a vu plus haut, de nombreux instruments de coopération internationale n'autorisent pas le partage d'informations confidentielles, dans la plupart des cas, les autorités requises doivent démontrer au préalable que les informations qu'elles s'approprient à partager avec l'autorité requérante ne sont pas confidentielles.¹¹⁵ Ce processus peut être long et engager la responsabilité juridique de l'autorité requise en cas d'erreurs.

97. Pour certaines autorités, le caractère confidentiel d'une information peut tenir à la façon dont elle a été recueillie (toute information recueillie dans le cadre d'une enquête a un caractère confidentiel). D'autres autorités prennent en compte la nature des informations, définissant comme confidentielles toutes informations dont la divulgation nuirait aux intérêts commerciaux de la source de ces informations (les informations relatives aux prix, ventes, coûts, clients et fournisseurs). Dans ce dernier cas, il peut être difficile d'établir une distinction entre les informations sensibles d'un point de vue commercial et celles qui ne le sont pas. En cas de doute, le risque de litiges peut dissuader les autorités de divulguer de telles informations à des autorités étrangères.¹¹⁶

5.1.3 *Les régimes civils ou administratifs par rapport aux régimes pénaux*

98. Les ententes sont passibles de sanctions pénales dans certaines juridictions, mais ne le sont pas dans d'autres, ce qui restreint également la capacité des autorités respectives à partager des informations et des éléments de preuve entre juridictions civiles et pénales et à s'entraider dans leurs enquêtes.

99. C'est ce qui s'est produit lorsque la Commission européenne, le département de la Justice des États-Unis, la JFTC et le Bureau canadien de la concurrence ont monté des interventions coordonnées contre une des sociétés soupçonnées d'entente internationale dans le secteur de la chimie de spécialité. Les éléments de preuve recueillis par l'UE lors de perquisitions surprises n'ont pas pu être communiqués aux enquêteurs américains pour cause d'interdictions et de restrictions d'usage imposées par l'article 20 du règlement européen 17/1962 alors en vigueur, empêchant leur emploi à des fins pénales.¹¹⁷

100. Comme indiqué plus haut, dans le cadre des enquêtes sur des ententes internationales, les juridictions pénales peuvent avoir recours à des traités d'entraide juridique pour obtenir des documents et des témoignages à l'étranger. Cette possibilité n'est cependant ouverte que lorsque les deux juridictions considèrent les ententes comme des infractions pénales. Les États-Unis ne peuvent, par exemple, pas partager d'informations confidentielles avec l'UE au titre d'un traité d'entraide juridique parce que l'UE ne punit les infractions au droit de la concurrence que de sanctions administratives. Il n'y a pas, par conséquent, de « double incrimination ».

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Des questions semblables se posent concernant les informations considérées comme devant être gardées secrètes par l'avocat dans une juridiction, mais pas dans d'autres. Les Pratiques exemplaires de l'OCDE en matière d'échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes sur des ententes injustifiables contiennent des recommandations utiles pour les autorités de la concurrence en cas de différences entre les droits de la défense et les systèmes juridiques (Section II C « Protection du secret professionnel applicable à certaines professions juridiques »).

¹¹⁶ On trouvera une discussion sur la définition des informations confidentielles et leurs implications dans RIC (2007), p.26-27.

¹¹⁷ Joshua, Camesasca, Jung (2008), p. 25.

101. Plusieurs pays ont introduit ou envisagent d'introduire des sanctions pénales contre les comportements collusifs, ce qui pourrait faciliter la coopération et créer une alliance de fait entre les juridictions appliquant le même régime. Comme le faisait remarquer un ancien procureur général adjoint au département de la Justice des États-Unis, « le fait que des collègues d'autres juridictions ciblent une procédure pénale induit davantage de succès dans nos propres procédures nationales, avec un accès facilité aux éléments de preuve et aux témoins. »¹¹⁸ Cela étant, la tendance à se doter de dispositions pénales n'a pas eu pour corollaire une progression des mesures d'exécution pénales. En dehors des États-Unis, seules quelques très rares juridictions ont effectivement poursuivi des ententes dans un cadre pénal, les autres continuant à enquêter sur les ententes en vertu de mandats civils ou administratifs, ce qui limite considérablement la portée de la coopération sur des enquêtes parallèles.

102. Les comportements collusifs ne sont par exemple pas passibles de sanctions pénales dans de nombreux pays en développement et émergents. En outre, bon nombre de ces pays ne sont pas dotés d'un programme pleinement opérationnel de répression civile ou administrative des ententes. L'imposition de sanctions personnelles apparaît depuis longtemps comme l'instrument de dissuasion et de sanction le plus efficace contre les ententes, car il permet d'invoquer la responsabilité personnelle des personnes physiques et de les exposer à des peines d'emprisonnement. Il reste encore toutefois du chemin à parcourir, tant dans les pays développés que dans les pays en développement, pour que la répression pénale des comportements collusifs devienne un moyen de coopération efficace plutôt qu'une entrave.

5.1.4 *Autres obstacles courants*

103. Les autres obstacles courants sont notamment :

- La barrière linguistique ou les lacunes dans l'organisation interne des autorités de la concurrence induisant des compétences insuffisantes pour une coopération efficace,
- Les difficultés pratiques pour coordonner les enquêtes, par exemple, si elles en sont à différents stades ou si les différences de fuseaux horaires créent des difficultés,
- Les contraintes de ressources empêchant de déposer ou de répondre à des requêtes, en particulier lorsqu'elles exigent des canaux officiels. La coopération peut mobiliser des ressources importantes et empiéter sur les moyens, déjà rares, alloués à d'autres mesures d'application.¹¹⁹ Les contraintes de ressources peuvent également faire obstacle aux mesures nécessaires pour tenter de résoudre certains problèmes. Aux États-Unis, par exemple, des équipes dédiées (« *taint teams* ») filtrent les informations recueillies avant de les transmettre à l'équipe chargée de l'enquête afin de limiter le risque de compromettre l'intégrité de la procédure de la juridiction requérante. Les autorités disposant de moins de moyens ne pourront sans doute pas se permettre un tel investissement.

¹¹⁸ Barnett (2006).

¹¹⁹ Dans un rapport de 2012 au Congrès, le département de la Justice des États-Unis note les difficultés liées à la coopération internationale : « dans le cadre de nos mesures d'application, nous nous heurtons à des parties, des éléments de preuve potentiels et des effets à l'étranger, qui ajoutent à la complexité et, partant, au coût, des procédures. Que cette complexité et ce coût résultent de la collecte d'éléments de preuve à l'étranger ou de la conduite de négociations intergouvernementales poussées pour entendre un témoin étranger, il n'en reste pas moins que la procédure d'enquête est très différente et généralement plus compliquée que cela n'est le cas si on se limite à enquêter aux États-Unis sur des comportements et des personnes physiques. En effet, la division doit faire davantage d'investissements dans les services et outils de traduction, les services d'interprétation et les communications, et son personnel doit voyager plus loin pour accéder aux personnes et aux renseignements nécessaires à la bonne conduite de l'enquête et dépenser davantage de ressources pour coordonner nos mesures d'application avec les autres pays et les organisations internationales », département de la Justice des États-Unis (2012).

5.2 *Défis particulièrement pertinents pour les économies en développement et les économies émergentes*

104. On recense relativement peu d'exemples de coopération effective entre autorités de la concurrence de pays en développement ou entre autorités de pays développés et de pays en développement dans la lutte contre les ententes. Cette situation est due en partie au fait que plusieurs juridictions viennent à peine de se doter de législations de la concurrence et n'ont instauré des mesures d'exécution que depuis relativement peu de temps. Certaines ne font peut-être même pas encore des ententes une priorité dans leur programme d'application. Il est cependant vrai que de nombreux pays en développement et de nombreuses autorités de la concurrence récemment établies n'ont pas encore tissé de relations bilatérales ou multilatérales permanentes avec d'autres juridictions à même de promouvoir la coopération.

5.2.1 *Obstacles institutionnels et judiciaires*

105. Les régimes de la concurrence plus récents et moins expérimentés doivent se doter d'institutions de la concurrence crédibles et élaborer les instruments et les politiques nécessaires à une lutte efficace contre les ententes. Dans l'intervalle, ils ne disposent peut-être pas des ressources ou de l'expérience requises pour retirer de la coopération les mêmes avantages que les juridictions plus expérimentées.¹²⁰

106. L'absence de pouvoirs d'investigation, comme la capacité de procéder à des perquisitions surprises, peut empêcher certaines autorités de participer à des inspections coordonnées avec des autorités étrangères. Plusieurs pays ont modifié leurs lois pour les rapprocher de la norme des juridictions plus expérimentées afin de pouvoir théoriquement participer à des actions communes de recherche de preuves.¹²¹ Comme mentionné ci-avant, l'absence de programmes de clémence pleinement opérationnels pour les entreprises est aussi un enjeu pour une coopération efficace dans les enquêtes sur les ententes internationales.

107. A l'instar de toute autorité nouvellement établie, la dotation en ressources humaines pose problème. Il faut du temps pour acquérir les compétences et l'expérience requises. Même lorsque les autorités de la concurrence se voient allouer des pouvoirs étendus, par exemple, pour exiger la présentation de documents et réaliser des inspections surprises, le manque d'expérience et l'absence de capacité institutionnelle peuvent être à l'origine de difficultés.

108. Les autorités de la concurrence peuvent commettre des erreurs dans leurs premiers efforts de mise à exécution. En Afrique du Sud, la première fois que les pouvoirs de perquisition et de confiscation ont été utilisés, la Haute Cour a été amenée à débouter la Commission pour erreur de procédure et enfreinte aux droits des accusés en raison de la communication d'informations aux médias sur la perquisition et de la facilitation de leur accès aux locaux des accusés durant l'inspection.¹²²

109. Les tribunaux nationaux peuvent entraver les efforts des autorités de la concurrence si le système judiciaire n'a pas une connaissance ou une pratique suffisante du droit de la concurrence. Au Sénégal, la seule décision de la Commission nationale de la concurrence en matière d'entente à ce jour a été annulée

¹²⁰ CNUCED (2011), p.33.

¹²¹ Le Chili et le Mexique ont par exemple modifié récemment leur droit de la concurrence (le premier en 2009 et le second, en 2010) pour renforcer leurs pouvoirs d'enquête, y compris leur aptitude à perquisitionner sans préavis.

¹²² *Pretoria Portland Cement Company Ltd. and Another v Competition Commission and Others* (64/2001) [2002] ZASCA 63 (31 mai 2002).

par le Tribunal administratif du fait d'une interprétation de la loi limitant les comportements collusifs à la fixation des prix.¹²³

110. La priorité des autorités récemment établies consiste souvent à développer leur capacité institutionnelle. La coopération internationale avec ces autorités a donc surtout concerné, ce qui paraît logique, l'aide au développement des capacités et l'assistance technique.

111. La répression active des ententes peut ne pas être la principale priorité des autorités de la concurrence de création récente. Il est donc peut-être encore trop tôt pour attendre de ces autorités qu'elles accordent la priorité à la coopération internationale dans l'application du droit de la concurrence alors même que leurs structures institutionnelles ne sont pas encore totalement établies ou qu'elles peinent encore à faire appliquer leur propre législation.

5.2.2 *Manque de confiance et de foi dans le système juridique*

112. La confiance est cruciale pour tisser des relations de coopération entre autorités.¹²⁴ Dans la lutte contre les ententes, la confiance est un ingrédient essentiel lorsque les autorités souhaitent coordonner des perquisitions, élaborer des stratégies communes et partager des informations.

113. Le manque de confiance peut résulter de la fragilité du cadre juridique du pays souhaitant coopérer, de l'opacité des procédures de l'autorité de la concurrence ou l'insuffisance des garanties de régularité des procédures. Ces facteurs renforcent la perception d'un risque accru de fuites pouvant compromettre l'enquête des autorités étrangères et miner l'efficacité des programmes de lutte contre les ententes et leurs instruments associés. Il peut exister un déficit de confiance dans l'aptitude du pays requis à fournir des informations répondant aux normes de qualité et autres permettant au pays requérant de les utiliser dans le cadre de sa procédure. Ce risque est plus important lorsque les autorités sont récentes et n'ont pas encore établi les sauvegardes nécessaires ou acquis une expérience suffisante pour traiter de telles requêtes.

114. C'est un cercle vicieux. Si les jeunes autorités de la concurrence ne commencent pas à coopérer, elles ne développeront pas leur expertise et ne se doteront pas des mesures de protection nécessaires pour assumer les responsabilités induites par les requêtes de coopération. Si certains tâtonnements sont inévitables dans le développement de l'expérience et des capacités requises pour que la confiance s'établisse entre différentes autorités de la concurrence, il ne faut pas que la pérennisation d'une telle situation renforce la perception selon laquelle les pays aux régimes de concurrence plus avancés ont une faible incitation à coopérer avec ceux où l'application du droit de la concurrence est considérée comme inadéquate.¹²⁵

115. Il est également important de construire une relation de confiance entre les autorités de la concurrence et les entreprises. Les entreprises doivent être sûres que les dispenses de confidentialité n'auront pas pour effet de compromettre les informations les concernant. Les candidats potentiels à des programmes de clémence doivent avoir confiance dans leur fonctionnement et être en mesure de prévoir avec un degré de certitude élevé comment ils seront traités s'ils sollicitent la clémence ; autrement, ils ne se manifesteront pas pour dénoncer les comportements collusifs.¹²⁶

¹²³ cf. contribution écrite du Sénégal au Forum mondial sur la concurrence de 2012, DAF/COMP/GF/WD(2012)18.

¹²⁴ cf. par exemple, contribution écrite de l'Inde (DAF/COMP/GF/WD(2012)52) et de l'Afrique du Sud (DAF/COMP/GF/WD(2012)51) au Forum mondial sur la concurrence de 2012.

¹²⁵ OMC (2002) commentaires de la Thaïlande p. 4.

¹²⁶ Brandenburger (2010).

5.2.3 Ententes à l'exportation

116. Les ententes à l'exportation représentent un défi particulier pour l'amélioration de la coopération internationale dans les enquêtes sur les ententes. Les ententes à l'exportation sont établies dans une juridiction, mais leurs effets sont exclusivement ressentis dans une autre juridiction.¹²⁷

117. Le plus souvent, elles ne sont pas interdites dans la juridiction d'origine, si le droit de la concurrence n'interdit que les ententes qui ont une incidence sur le territoire de cette juridiction. Plusieurs pays, développés et en développement, conservent des dérogations explicites pour les ententes à l'exportation, certains exigeant la notification des activités et d'autres une autorisation officielle. Si les documents pertinents sont dans le domaine public, les autorités étrangères de la concurrence peuvent obtenir des informations concernant l'existence d'ententes et l'identité de leurs membres. Toutefois, l'exclusion explicite des ententes à l'exportation du droit national de la concurrence dissimule ces ententes aux autorités étrangères.

118. Les cibles explicites ou implicites des ententes à l'exportation sont souvent des pays en développement. Même si les pays en développement ont été plus nombreux à se doter d'une législation de la concurrence ces dernières années et si l'application de la doctrine des effets pourrait en théorie justifier des procédures contre les ententes à l'exportation, dans la pratique, ces procédures ont peu de chances d'aboutir. La juridiction affectée peut avoir du mal à obtenir les éléments de preuve relatifs à l'entente s'ils se situent hors de son territoire.¹²⁸ Les dérogations dont bénéficient les ententes à l'exportation empêchent les autorités de la concurrence du pays où les entreprises sont domiciliées (là où se trouvent le plus d'informations sur leur comportement et où elles sont les plus accessibles) d'aider celles des pays qui pâtissent des comportements anticoncurrentiels (les territoires cibles).¹²⁹ Mais, même si ces dérogations n'existaient pas, l'application de la doctrine des effets permettrait difficilement que des autorités de la concurrence poursuivent leurs propres entreprises pour des effets ressentis par les consommateurs d'une autre juridiction.

119. La coopération internationale est entravée par des problèmes qui appellent une attention différente de la part des pays développés et des pays en développement. Comme le soulignait l'ancien Directeur général de la Direction générale de la concurrence : « [u]ne fois que nous aurons surmonté ces difficultés, une coopération aussi avancée devrait se traduire par des avantages considérables. »¹³⁰

6. Coopération internationale en matière fiscale

120. Les problèmes associés à la coopération internationale ne sont pas l'apanage de la concurrence. Les autorités chargées de l'application d'autres domaines du droit, comme la fiscalité, la lutte contre la corruption et le blanchiment des capitaux sont confrontées à des enjeux similaires. Des idées pourront jaillir d'un débat futur sur l'emploi possible dans l'application du droit de la concurrence de certains des outils adoptés dans ces domaines pour résoudre les problèmes de coopération.

121. Nous analysons dans cette section la situation dans le domaine de la fiscalité. Les problèmes auxquels ont été confrontées les autorités fiscales dans le cas d'affaires internationales sont analogues à plusieurs de ceux rencontrés par les autorités de la concurrence, en particulier en ce qui concerne le partage

¹²⁷ OCDE (1993).

¹²⁸ La courtoisie active ne serait pas nécessairement la solution. Si la pratique suspecte ne constitue pas une infraction dans la juridiction où les entreprises sont basées, l'autorité de la concurrence ne disposera peut-être pas des moyens juridiques pour enquêter.

¹²⁹ Becker (2007).

¹³⁰ Lowe (2006).

des informations. Les outils déployés par les autorités fiscales pour surmonter ces obstacles allient notamment des instruments multilatéraux ouverts, des accords bilatéraux, des arrangements de partage des tâches et un cadre juridique pour le partage des informations.

6.1 *Les instruments facilitant la coopération internationale en matière fiscale*

122. Plusieurs instruments permettent de mettre en œuvre la coopération internationale dans le domaine de la fiscalité. Il s'agit notamment des conventions internationales, bilatérales et multilatérales, des instruments de l'UE (pour ses pays membres) et des législations nationales.¹³¹

6.1.1 *Les conventions fiscales bilatérales*

- *Les conventions de double imposition.* Il existe quelque 3000 conventions de double imposition en vigueur à travers le monde. Ces conventions s'inspirent généralement des modèles de l'OCDE¹³² et (ou) de l'Organisation des Nations Unies, qui servent souvent de base de négociation entre les pays.¹³³ Une convention de double imposition est un accord entre deux États visant à coordonner l'exercice de leurs droits d'imposition afin d'éliminer ou de réduire la double imposition. Les conventions fiscales bilatérales éliminent ou réduisent la double imposition soit en attribuant les droits d'imposition exclusivement à l'un des États signataires (l'État de résidence ou d'origine), soit en les attribuant à un État et en obligeant simultanément l'autre État à consentir un dégrèvement fiscal correspondant. Les conventions de double imposition constituent le fondement juridique de la coopération entre les autorités compétentes des États signataires afin d'éviter l'évasion et la fraude concernant tout impôt, qu'il figure ou non dans le champ d'application de la convention, et d'y remédier. Certaines conventions de double imposition prévoient en outre une entraide pour le recouvrement de l'impôt.
- *Les accords bilatéraux d'échange de renseignements* sont conclus lorsque l'un des pays n'a pas de système d'imposition en vigueur. Ces accords prévoient souvent des programmes structurés d'échange précisant le type de renseignements à échanger, l'usage des renseignements dans le cadre de procédures pénales et le partage des coûts. Certains d'entre eux s'inspirent du Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale.

¹³¹ Outre les instruments bilatéraux et multilatéraux conclus expressément pour la coopération en matière fiscale, les échanges de renseignements peuvent également avoir lieu à travers d'autres instruments juridiques internationaux non spécifiques à la fiscalité, comme les traités d'entraide juridique, qui sont applicables aux questions fiscales.

¹³² Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (le Modèle de convention) vise un règlement uniforme des problèmes les plus courants dans le domaine de la double imposition juridique internationale. Les pays membres, lorsqu'ils concluent ou révisent des conventions bilatérales, devraient se conformer au Modèle de convention. Le réseau mondial de traités fiscaux inspirés du Modèle de convention contribue à éviter le risque de double imposition en édictant des règles consensuelles claires pour l'imposition du revenu et de la fortune. Le Modèle contient également des dispositions spécifiques concernant la coopération internationale, en particulier pour les échanges de renseignements et l'assistance dans la collecte de l'impôt.

¹³³ Les deux Modèles de conventions fiscales sont très semblables en substance en ce qui concerne les échanges de renseignements. Il existe quelques différences de formulation de l'article 26 entre le Modèle des l'ONU et celui de l'OCDE. Dans le Modèle de l'ONU, les restrictions à la divulgation d'informations n'ont pas une portée aussi générale et la formulation des procédures de mise en œuvre du partage des renseignements est plus explicite.

- *Les accords d'échange de renseignements fiscaux* sont des accords bilatéraux entre deux juridictions établissant un fondement juridique pour la coopération administrative dans les affaires fiscales. Ils s'inspirent souvent du modèle publié par l'OCDE en 2002¹³⁴ et ils se multiplient de façon exponentielle. Ils prévoient l'échange d'informations sur demande et autorisent sous certaines conditions la présence de représentants officiels étrangers dans le cadre de procédures pénales ou civiles ou d'enquêtes ayant trait à la fiscalité.

6.1.2 *Les conventions fiscales multilatérales*

123. Plusieurs conventions fiscales multilatérales prévoient la coopération internationale dans ce domaine, dont la plus importante est la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, modifiée en 2010. La Convention prévoit expressément toutes les formes possibles de coopération administrative entre États pour le calcul et le recouvrement de l'impôt, en particulier afin de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale. Cette coopération couvre l'échange de renseignements, y compris les échanges automatiques, et le recouvrement des créances fiscales étrangères. Le nombre de signataires de la Convention ne cesse d'augmenter.

124. La Convention a initialement été élaborée conjointement par le Conseil de l'Europe et l'OCDE et a été ouverte à la signature des États membres de ces deux organisations le 25 janvier 1988. Elle facilite la coopération internationale pour améliorer le fonctionnement des lois fiscales nationales, tout en respectant les droits fondamentaux des contribuables. Elle s'applique à un large éventail de contributions, directes (impôt sur les plus-values, impôt sur la fortune, etc.) et pratiquement toutes formes de contributions indirectes (hormis les droits de douane) imposées aux niveaux nationaux et locaux. La Convention prévoit toutes les formes possibles de coopération administrative entre États pour le calcul et le recouvrement de l'impôt, en particulier afin de lutter contre l'évasion et la fraude fiscales. Cette coopération couvre l'échange de renseignements, y compris les échanges automatiques,¹³⁵ et le recouvrement des créances fiscales étrangères. La Convention prévoit des vérifications fiscales à l'étranger et des vérifications fiscales simultanées. Ces dernières impliquent les efforts concertés de plusieurs autorités fiscales pour contrôler simultanément et indépendamment, chacune sur son territoire, des contribuables étroitement affiliés (comme une société mère et sa filiale). Des échanges réguliers de renseignements ont lieu à chaque étape des opérations de contrôle.

125. En avril 2009, le G20 a lancé un appel à agir pour que les pays en développement puissent bénéficier « des avantages procurés par le nouveau climat de coopération en matière fiscale, y compris une approche multilatérale pour les échanges de renseignements. »¹³⁶ En réponse à cet appel, l'OCDE et le Conseil de l'Europe ont élaboré un protocole d'amendement de la Convention concernant l'assistance

¹³⁴ Le Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale (le Modèle de convention) vise à promouvoir la coopération internationale en matière de fiscalité à travers les échanges de renseignements. Il est le fruit des travaux entrepris par l'OCDE pour lutter contre les pratiques fiscales dommageables. L'absence d'échange effectif d'informations est l'un des critères clé permettant d'identifier les pratiques fiscales dommageables. Le Modèle de convention représente la norme requise pour un échange effectif de renseignements aux fins de l'initiative de l'OCDE concernant les pratiques fiscales dommageables. Le Modèle de convention, publié en avril 2002, n'est pas un instrument contraignant, mais contient deux modèles d'accords bilatéraux. Plusieurs accords bilatéraux s'en sont inspirés.

¹³⁵ L'échange automatique de renseignements, que certains pays appellent également échange de renseignements de routine (routine exchange) correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant diverses catégories de revenus (dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.).

¹³⁶ OCDE, site Internet du Centre de politique et d'administration fiscales, page sur l'Échange de renseignements, mis à jour en janvier 2012.

administrative mutuelle en matière fiscale pour l'ouvrir à tous les pays et l'aligner sur la norme internationale sur l'échange de renseignements.

6.1.3 *Directives et règlements européens*

126. Au sein de l'Union européenne, plusieurs directives et règlements prévoient la coopération internationale dans le domaine de la fiscalité. La directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal (abrogeant la directive 77/799/CEE) établit les règles et procédures selon lesquelles les États membres coopèrent entre eux aux fins d'échanger les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de la législation interne des États membres relative aux taxes et impôts. Elle s'applique à tous les types d'impôts à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), des droits de douane et des droits d'accises couverts par d'autres textes de l'Union relatifs à la coopération administrative entre États membres. Le règlement (CE) n° 2073/2004 du Conseil du 16 novembre 2004 relatif à la coopération administrative dans le domaine des droits d'accise renforce expressément la coopération entre les autorités fiscales dans le domaine des droits d'accise. Il définit des règles et des procédures pour permettre aux autorités compétentes des États membres de coopérer et d'échanger, par voie électronique notamment, toutes les informations propres à les aider à évaluer correctement les droits d'accise. Le règlement (UE) n°904/2010 du Conseil du 7 octobre 2010 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée définit des règles et procédure de coopération et d'échange d'informations entre les autorités compétentes des États membres de l'UE chargées de l'application de la TVA.

127. Le système fiscal européen permet à des représentants d'un pays membre d'être présent et de recueillir des informations durant un contrôle fiscal réalisé sur le territoire d'un autre pays membre. Il contient également des dispositions encourageant une collaboration efficace et en temps opportun entre administrations fiscales nationales.¹³⁷

6.1.4 *Législations nationales*

128. Certaines juridictions se sont dotées de législations nationales permettant à leurs autorités fiscales d'échanger des renseignements avec certains pays de façon unilatérale. Ces lois apportent généralement certaines précisions, concernant par exemple les pays avec lesquels les liens sont souhaités, ainsi que les procédures, conditions, limitations et garanties applicables. Dans certaines circonstances, les législations nationales peuvent remédier efficacement aux lacunes des traités internationaux d'une juridiction et autoriser des mesures qui n'auraient pas été possibles autrement.

¹³⁷

Il exige en particulier de répondre sans retard aux demandes en imposant des dates butoirs explicites et il encourage les pays à partager leurs expériences et leurs rapports dans le cadre des contrôles.

Opération « Green fees » – Un cas d'espèce

Au cours des deux dernières années, les autorités chargées de l'application du droit et de la fiscalité dans les différents pays d'Europe ont engagé un bras de fer avec les réseaux criminels impliqués dans la fraude à la TVA au sein du système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE), qui a entraîné pour les contribuables européens un préjudice estimé à 5 milliards d'euros. Les actions menées en 2010 ont permis l'inspection de plusieurs centaines de bureaux à travers l'Europe et l'arrestation de plus d'une centaine de personnes.

Lors de la dernière opération, le 17 décembre 2010, la Guardia di Finanza italienne, a inspecté, dans le cadre de l'opération « Green fees » quelque 150 sociétés dans huit régions différentes de l'Italie. Ces opérations se sont déroulées quelques semaines à peine après que la bourse italienne de l'électricité (le GME) eut interrompu toutes les cotations sur les crédits carbone en raison d'un volume élevé de transactions présentant des anomalies. Le manque à gagner potentiel en TVA est estimé à environ 1 milliard d'euros.

Quelques mois plus tôt, les autorités d'autres pays, dont la France, l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni, avaient réalisé de nombreuses opérations contre des réseaux criminels impliqués dans la fraude aux crédits carbone. L'action la plus spectaculaire, en Allemagne, a réuni plus de 2500 agents de pays membres et non membres de l'UE.

Des indications de transactions suspectes ont été remarquées à la fin 2008, lorsque plusieurs plates-formes de marché ont enregistré un accroissement sans précédent du volume de transactions de quotas d'émissions de gaz à effets de serre. Les volumes de transaction ont culminé en mai 2009, avec plusieurs centaines de millions de quotas échangés en France et au Danemark, notamment. A cette époque, le cours d'un quota, représentant 1 tonne de dioxyde de carbone, avoisinait 12.5 euros. Pour éviter de nouvelles pertes, plusieurs États membres ont dû modifier leurs règles d'imposition sur ces opérations, ce qui a fait chuter de pas moins de 90 % le volume des transactions.

La fraude dite « carrousel » se produit lorsque des groupes criminels organisés volent la TVA en exploitant les modalités de recouvrement de cette taxe dans les États membres de l'UE. La fraude aux crédits carbone est une variation de la fraude carrousel à la TVA.

La réussite de l'opération « Green fees » tient à l'utilisation des outils de coopération internationale entre l'Italie, d'autres États membres de l'UE et plusieurs pays d'Amérique centrale et d'Extrême-Orient. Elle a permis de tirer parti des différents instruments juridiques servant de fondement aux procédures civiles et pénales, ainsi que de la coopération en matière de renseignements avec les administrations fiscales, les douanes, les cellules de renseignements financiers et les forces de police.

6.2 Mécanismes de partage des informations et autres formes de coopération dans le cadre d'instruments de l'OCDE

129. La Convention, le Modèle de convention, et le Modèle d'accord traitement spécifiquement de l'échange de renseignements en matière de fiscalité. Le chapitre III de la Convention traite des différentes formes d'assistance et sa section I précise notamment les différentes formes d'échanges de renseignements. L'article 26 du Modèle de convention établit un cadre pour l'échange de renseignements sur demande, spontané et automatique.¹³⁸ L'article 5 du Modèle d'accord prévoit l'échange de renseignements sur demande.¹³⁹ Il convient de remarquer que l'échange de renseignements dans le cadre de ces divers instruments est obligatoire, comme le démontre l'emploi du verbe devoir (« Ces renseignements doivent être échangés »). En 2006, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a approuvé un nouveau manuel sur

¹³⁸ Article 26, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (2008).

¹³⁹ Article 5, Modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale (2002).

l'échange de renseignements (ci-après, « Manuel »).¹⁴⁰ Ce Manuel constitue une aide pratique à l'intention des fonctionnaires chargés de l'échange de renseignements en matière fiscale et peut être également utile pour la conception ou la mise à jour de manuels nationaux. Il a été élaboré en collaboration avec les pays membres de l'OCDE et des pays non membres. Le Manuel adopte une démarche modulaire. Tout d'abord il traite les aspects généraux et juridiques de l'échange de renseignements et couvre ensuite les thèmes spécifiques contenus dans les divers instruments OCDE mentionnés ci-dessus :

- *L'échange de renseignements sur demande*, qui correspond à une situation dans laquelle une autorité compétente demande des renseignements particuliers auprès d'une autre autorité compétente. Normalement, les renseignements demandés concernent un contrôle, une enquête ou des investigations sur l'impôt dû par un contribuable au titre d'exercices précis ;
- *L'échange spontané de renseignements*, qui correspond à une transmission spontanée à une autre partie contractante de renseignements vraisemblablement pertinents pour celle-ci et n'ayant pas fait l'objet d'une demande préalable. En raison de sa nature même, l'échange spontané de renseignements se fonde sur la participation active des fonctionnaires locaux des impôts (inspecteurs des impôts, etc.) et leur coopération. Les renseignements fournis spontanément se révèlent habituellement efficaces, ceux-ci concernant des questions particulières identifiées et choisies par les fonctionnaires des impôts du pays ayant communiqué ces renseignements durant ou après un contrôle ou un autre type d'enquête fiscale ;
- *L'échange automatique de renseignements (ou échange de renseignements de routine)*, que certains pays appellent également échange de renseignements de routine (*routine exchange*) correspond à la transmission systématique et régulière d'un large volume de renseignements concernant diverses catégories de revenus (dividendes, intérêts, redevances, traitements, pensions, etc.). Ces renseignements sont obtenus de façon systématique dans le pays de la source, généralement lorsque le débiteur (établissement financier, employeur, etc.) rend compte des paiements qu'il a effectués. Les avantages de l'échange automatique de renseignements tiennent à la possibilité de rapprocher les renseignements de la source étrangère avec la base de données de l'autorité destinataire (souvent par le biais de programmes informatiques permettant de capturer les renseignements pertinents) et de les comparer automatiquement avec le revenu déclaré par le contribuable ;
- *L'échange de renseignements à l'échelle d'un secteur économique*. Avec le développement des transactions internationales, il est devenu de plus en plus nécessaire pour les parties à des conventions fiscales de rechercher l'assistance de leurs partenaires en mettant en commun leurs connaissances et leurs expertises concernant certains secteurs et certaines questions spécifiques d'intérêt commun. Les échanges de renseignements à l'échelle d'un secteur économique peuvent constituer une réponse car ils concernent l'échange d'informations fiscales qui portent plus particulièrement sur l'ensemble d'un secteur économique et non sur des contribuables en particulier. L'objet d'un tel échange est de fournir des données complètes sur les pratiques d'un secteur et ses modes de fonctionnement au niveau mondial, de manière à permettre aux inspecteurs des impôts d'effectuer des vérifications plus circonstanciées et plus efficaces des différents contribuables du secteur.

130. L'OCDE a élaboré des manuels sur d'autres formes de coopération entre les autorités fiscales de différentes juridictions qui prévoient inévitablement la nécessité d'échanger des renseignements. Ces autres formes de coopération recouvrent :

¹⁴⁰ Manuel de mise en œuvre des dispositions concernant l'échange de renseignements à des fins fiscales, approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 23 janvier 2006.

- *Les contrôles fiscaux simultanés.* On entend par contrôle fiscal simultané, un contrôle entrepris en vertu d'un accord par lequel deux ou plusieurs États contractants conviennent de contrôler simultanément et de manière indépendante, chacun sur son territoire, la situation fiscale d'un ou plusieurs contribuables qui présente pour elles un intérêt commun ou complémentaire en vue d'échanger les renseignements ainsi obtenus. En tant qu'outils de discipline fiscale et de contrôle utilisés par les administrations fiscales, les contrôles fiscaux simultanés sont efficaces lorsque l'existence de pratiques d'évasion et de fraude fiscales internationales est suspectée. Plusieurs pays qui entreprennent depuis plusieurs années des contrôles fiscaux simultanés constatent qu'ils constituent un outil de contrôle utile et productif. Les contrôles fiscaux simultanés multilatéraux, en particulier, suscitent un intérêt croissant en raison de la dimension de plus en plus multilatérale des mécanismes de fraude fiscale et de la nécessité de resserrer la coopération internationale entre les administrations fiscales. Le manuel élaboré par l'OCDE suggère notamment qu'il pourrait être souhaitable qu'un fonctionnaire fiscal de l'un des pays participants soit présent lors d'un contrôle fiscal simultané ;
- *Les contrôles fiscaux à l'étranger.* La procédure de contrôle fiscal à l'étranger permet aux administrations fiscales, lorsque la demande en a été faite et dans les limites imposées par les lois de leurs pays, à autoriser les fonctionnaires des impôts d'un pays étranger à participer à des contrôles fiscaux menés par le pays requis. Cela contribue à remédier aux limites des méthodes traditionnelles d'échange de renseignements, privilégiant la voie écrite. La procédure écrite est souvent longue et son efficacité peut se révéler moindre que d'autres méthodes de discipline fiscale lorsqu'une intervention rapide de l'administration fiscale est requise. En outre, participer à un contrôle fiscal à l'étranger permet à une administration fiscale de comprendre clairement et de manière détaillée les relations, et notamment les relations d'affaires, liant le résident d'un pays étranger soumis à un contrôle fiscal à ses associés étrangers ;
- *Les contrôles conjoints.* Les contrôles conjoints sont une forme de coopération innovante entre pays dans le domaine de la fiscalité. Les contrôles conjoints bilatéraux ou multilatéraux recèlent un potentiel intéressant en matière de vérification des prix de cession interne, notamment. Un contrôle conjoint se définit comme un accord par lequel les pays signataires conviennent de coordonner le contrôle d'un ou plusieurs contribuables (qu'il s'agisse de personnes morales ou physiques), lorsque ce contrôle porte plus particulièrement sur des intérêts ou transactions communs ou complémentaires. Les contrôles conjoints se sont révélés extrêmement utiles face à l'accroissement sans précédent de la mobilité des contribuables et des activités économiques transfrontalières. Les entreprises multinationales fonctionnent à une échelle mondiale ; leurs opérations et leurs affaires financières sont complexes et traversent de nombreuses juridictions fiscales. Dans ce contexte, il est particulièrement difficile pour une juridiction fiscale unique de contrôler de façon exhaustive des contribuables qui opèrent à un niveau mondial.

6.3 *Enjeux, défis et enseignements pour les autorités de la concurrence*

131. Le facteur clé de la coopération entre autorités fiscales est le principe de résidence,¹⁴¹ en vertu duquel les entreprises et les personnes physiques sont imposées sur leur revenu, où qu'il soit généré à travers le monde, au taux défini par leur juridiction de résidence. D'un point de vue national, on peut penser que les pays n'ont pas intérêt à fournir des informations à d'autres juridictions parce qu'un pays qui apporte des renseignements aux autorités fiscales étrangères perd de son attrait pour les investisseurs étrangers. L'intérêt national semble par conséquent dicter précisément de ne pas fournir d'informations afin de devenir une destination relativement plus attrayante pour les investisseurs. On doit toutefois

¹⁴¹ Par opposition au « principe de la source », selon lequel l'imposition doit avoir lieu dans la juridiction où le revenu trouve sa source.

opposer à ce raisonnement les avantages potentiels de la réciprocité : la communication de renseignements à d'autres juridictions peut être le prix à payer pour recevoir des renseignements de ces autres juridictions. Le schéma des incitations à l'apport de renseignements peut par conséquent présenter une structure complexe, contraignant les pays à soulever des intérêts divergents.¹⁴²

132. Les autorités fiscales sont confrontées à plusieurs obstacles ou défis pour le partage des renseignements, dont certains sont identiques à ceux qui se posent aux autorités de la concurrence, tels que mentionnés dans la première partie de ce document. Il s'agit notamment i) de la double incrimination, ii) du critère de l'intérêt, iii) des restrictions liées au secret bancaire, iv) des restrictions juridiques d'ordre général, v) de l'anonymat, vi) de l'incapacité du pays recevant les renseignements de pouvoir les utiliser pleinement et vii) des exigences nationales prioritaires par rapport aux demandes de renseignements de l'étranger.

- Un premier obstacle tient au fait que certains pays adhèrent au principe de double incrimination, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas partager des renseignements à moins que l'infraction potentielle ne constitue également une infraction à la fiscalité si elle est perpétrée dans leur propre juridiction. Lorsque les définitions des infractions à la fiscalité sont similaires, ce principe n'entrave généralement pas l'échange de renseignements. La question est plus complexe s'ils ont différentes conceptions de la notion d'infraction fiscale.
- Un autre type de difficultés se pose lorsque les pays appliquent le critère de l'intérêt, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas en mesure de partager des renseignements concernant des affaires qui ne présentent pas pour eux un intérêt du point de vue fiscal. A l'instar de ce que nous avons vu plus haut concernant les ententes à l'exportation, si un comportement n'est pas réprimé dans le pays requis, il sera dans l'impossibilité de coopérer avec les pays dans lesquels ce comportement est réprimé.
- En vertu des règles du secret bancaire, pour que les autorités fiscales puissent avoir accès à des renseignements bancaires, les infractions à la fiscalité doivent présenter un caractère pénal et non civil. Hormis le secret bancaire, d'autres restrictions juridiques peuvent bloquer l'accès aux renseignements bancaires. Il se peut par exemple que l'accès aux renseignements bancaires ne soit pas automatique, mais nécessite une requête dans le contexte d'un contrôle fiscal spécifique.
- La coopération peut par ailleurs être entravée du fait que l'établissement financier (à l'origine des informations) ne dispose pas d'informations suffisantes pour associer les renseignements concernant un compte ou un autre actif spécifique à une personne physique ou morale précise, ce qui limite sa capacité de répondre à une requête précise d'une autorité fiscale. La difficulté (voire l'impossibilité) de relier les renseignements financiers au bénéficiaire ultime peut créer encore un autre niveau de complexité. Dans le cas de fiducies, par exemple, les informations nécessaires sur le plan fiscal peuvent concerner le constituant, le bénéficiaire et l'administrateur de la fiducie.
- Une autre catégorie d'obstacles potentiels peut provenir de ce que les renseignements peuvent être échangés mais ne sont pas utilisables par l'autorité qui les reçoit, car les rapprochements avec les données nationales sont impossibles si les méthodes de stockage et d'organisation des données diffèrent d'un pays à l'autre.
- Des obstacles d'ordre plus pratique peuvent tenir au fait que les ressources des administrations fiscales risquent d'être trop sollicitées et que la priorité doit dans ce cas être donnée aux besoins nationaux, qui passent avant les demandes de renseignements de l'étranger.

¹⁴²

On trouvera dans Keen et Lighthart (2006) une analyse de la recherche sur les incitations personnelles des pays à fournir des informations aux autorités étrangères.

133. Malgré ces obstacles, le partage entre autorités fiscales nationales de renseignements spécifiques sur les contribuables apparaît comme la question qui retient le plus l'attention des autorités fiscales sur le plan international. Les pays et les organisations internationales ont élaboré des outils pour promouvoir la coopération transfrontalière. Certaines de ces initiatives peuvent être une source d'inspiration pour les autorités confrontées à des défis similaires dans d'autres domaines comme la politique de la concurrence.

134. Premièrement, l'expérience en matière de fiscalité illustre l'importance des instruments multilatéraux ouverts à côté des instruments bilatéraux. La disponibilité de cadres multilatéraux de coopération garantit aux juridictions qui n'ont pas les ressources nécessaires pour entreprendre la négociation d'un réseau d'accords bilatéraux un accès à la coopération multilatérale et facilite la coordination des efforts dans l'examen d'affaires transfrontalières.

135. Deuxièmement, dans le cas d'affaires ayant un impact à l'étranger, l'efficacité des mesures d'application peut être renforcée par les « arrangements de partage des tâches ». Les expériences de contrôles conjoints, de contrôles fiscaux étrangers et simultanés de contribuables apparaissent comme des aspects importants de la coopération multilatérale.

136. Enfin, la diversité des mécanismes de partage des informations montre l'importance de se doter d'un cadre juridique à l'échelon multilatéral pour formaliser et définir les types d'échanges et les devoirs et obligations qui en résultent entre les autorités.

7. Conclusion

137. Ce document met en évidence les acquis et les limites de la coopération internationale dans les affaires d'ententes. La coopération semble s'être régulièrement renforcée au fil des années et revêt de multiples formes, à travers un éventail de mécanismes formels et informels, bilatéraux et multilatéraux. Les instruments de l'OCDE ont contribué à promouvoir un climat de coopération.

138. Toutefois, des obstacles importants persistent à différents niveaux, i) entre autorités expérimentées, ii) entre autorités plus expérimentées et autorités de création plus récente dans les économies en développement et les économies émergentes, et (iii) entre autorités récemment établies dans les pays en développement. Les méthodes et instruments actuels de coopération sont tous utiles dans une certaine mesure, mais aucun n'apporte une solution adéquate aux limites auxquelles se heurtent les autorités de la concurrence pour collaborer et échanger des informations confidentielles. Compte tenu des contraintes qui continuent d'entraver la coopération entre autorités chargées de réprimer les ententes dans les pays membres de l'OCDE, la mise en place des conditions, incitations et outils qui permettront d'accueillir les autorités plus récentes des pays en développement dans le réseau international de la lutte contre les ententes constitue un enjeu majeur.

139. Il convient peut-être de se pencher à nouveau sur certaines recommandations émises il y a plus de dix ans par le Comité consultatif des États-Unis sur la politique de la concurrence internationale (International Competition Policy Advisory Committee - ICPAC)¹⁴³. L'ICPAC recommandait le partage des tâches dans le cadre d'enquêtes pluri-juridictionnelles.¹⁴⁴ Cette formule peut aller de la mise en place d'équipes d'enquête conjointes à la désignation d'une juridiction responsable de fait, si certaines juridictions sont préparées à renoncer à un contrôle significatif sur une procédure pour autoriser une coopération aussi poussée. Ce concept, qui s'apparente à la courtoisie renforcée, a été évoqué à plusieurs

¹⁴³ L'ICPAC était un comité consultatif indépendant réunissant des experts du droit, de l'économie et des affaires, créé en 1997 par le ministère américain de la Justice pour étudier les questions de politique internationale de la concurrence.

¹⁴⁴ ICPAC (2000).

reprises, notamment par les entreprises, et le débat se poursuit. Il a déjà été appliqué avec succès aux efforts de coopération internationale entre autorités fiscales.

140. Les discussions portent également sur les coûts et les avantages du remplacement d'un patchwork d'accords de coopération bilatéraux par une plateforme multilatérale, sachant que des plateformes multilatérales régionales existent déjà et connaissent des taux de réussite inégaux. Les accords multilatéraux dans d'autres domaines ont soutenu les progrès considérables réalisés dans la coopération internationale entre autorités chargées de l'application et ont facilité la coordination de différents systèmes juridiques.

141. Des solutions plus spécifiques ont également été envisagées, dont certaines sont énumérées ici :

- *La libéralisation des législations pour permettre le partage des renseignements.* Les restrictions au partage d'informations entre autorités de la concurrence sont plus strictes que dans d'autres domaines du droit et vont au-delà de ce que dicte la protection des informations confidentielles. Pour pouvoir lutter de façon réellement efficace contre les ententes, il faut que d'autres pays se dotent d'une législation autorisant les autorités de la concurrence à partager des informations confidentielles dans des circonstances appropriées et sous réserve de garanties adéquates ;
- *Une définition commune du concept d'informations confidentielles.* Il pourrait être utile de parvenir à une compréhension commune de la notion d'informations confidentielles pour les besoins de la coopération entre autorités de la concurrence. On pourrait également améliorer la définition de ce que recouvre le concept d'information détenue par une autorité par opposition à la notion d'information confidentielle, en vue de faciliter l'échange du premier type d'informations. Les autorités de la concurrence sont normalement autorisées, mais non contraintes par la loi, à limiter l'accès aux informations internes concernant par exemple la nature ou le statut de leurs investigations, leurs théories d'enquête ou leurs conclusions préliminaires ;
- *L'élimination des incohérences entre les politiques de clémence.* On pourrait s'attacher davantage à éliminer les exigences contradictoires des programmes de clémence afin d'encourager les demandes de participation à ces programmes. Une plus grande harmonisation rendrait les dispositifs de clémence plus attrayants dans davantage de juridictions, suscitant potentiellement davantage de dispenses de confidentialité qui autorisent la coopération entre autorités ;
- *L'élaboration d'outils pratiques pour améliorer les capacités et la compréhension.* Le RIC a par exemple des projets en cours pour faciliter le partage des expériences de coopération et l'élaboration d'outils pour faciliter les contacts entre autorités, identifier les questions appropriées à la coopération et réaliser des représentations graphiques des mécanismes de partage des renseignements entre autorités.

142. Les ententes ayant un impact mondial, la coopération internationale n'est pas un luxe mais une nécessité. Il faut résoudre les difficultés qui entravent cette coopération afin qu'un plus grand nombre d'autorités de la concurrence puissent bénéficier de ses retombées positives. L'intensité et la qualité de la coopération doivent être améliorées pour que la coopération formelle dans le cadre d'affaires devienne courante et engendre des succès comparables à ceux de la coopération informelle entre autorités chargées de lutter contre les ententes.

PRINCIPALES RÉFÉRENCES

- Alvarez A. M., Clarke J. et Silva V., *Lessons from the negotiation and enforcement of competition provisions in South-South and North-South RTAs*, in Brusick, Alvarez, Cernat (eds), CNUCED Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains, 2005
- Atwood J.R., *Positive Comity – Is It a Positive Step?*, Fordham Corporate Law Institute, 1992, 79
- Barnett T. O., Procureur général adjoint, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, *Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model*, présentation à la conférence annuelle du Fordham Competition Law Institute sur la loi et la politique antitrust internationales, 14 septembre 2006
- Becker F., *The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism*, Journal of Economics and Competition Law, 2007, 3 (1)
- Borrowdale M., General Counsel Competition Branch, observations de la New Zealand Commerce Commission à la mini-session plénière sur la coopération régionale tenue lors de l'Atelier régional sur les ententes de l'International Competition Network (ICN), 11 octobre 2011
- Brandenburger R., Conseiller spécial, Division antitrust internationale, département de la Justice des États-Unis, *International Competition Policy and Practice: New Perspectives?*, remarques prononcées au Centre of European Law, King's College, 29 octobre 2010
- Brésil, *Recent Experience with International co-operation*, contribution à la septième session du Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et la politique de la concurrence de la CNUCED, (2006)
- Brown C., *Access to Documents under Reg 1049/2001 and Private Enforcement of EU Competition Law – the CDC Hydrogene Peroxide Judgement*, Eutopialaw, 2012
- Commission européenne, XXXe rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence (2000).
- Communiqué de presse de la Bundeskartellamt, *Decision of Local Court of Bonn Strengthens Leniency Programme*, 30 janvier 2012
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Ententes : la Commission inflige des amendes d'un montant de 486,9 millions d'euros aux producteurs de verre plat pour avoir participé à une entente portant sur la fixation des prix*, IP/07/1781, 28 novembre 2007
- Communiqué de presse du département de la Justice des États-Unis, *Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting US Airlines Computer Reservations Systems*, 28 avril 1997
- Communiqué de presse du département de la Justice des États-Unis, *Closes Investigation into the Way AC Nielsen Contracts its Services for Tracking Retailers*, 3 décembre 1996

- CNUCED, *Examen de l'expérience acquise en matière de coopération pour l'application du droit de la concurrence, notamment au niveau régional*, TD/B/CJ/CLP/10, 2011
- Dabbah M.M., *International Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- de Araujo, Tavares, *The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation*, document de travail, 2002
- Département de la Justice des États-Unis, Division antitrust, Congressional Submission, FY 2012 Performance Budget, 2012
- Evans J. et Booth A., *What Price Cooperation The Ever Increasing Cost of Global Antitrust Cases*, Bloomberg Law Reports, 2010
- First H., *The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law*, 68 Antitrust Law Journal, 2001 711
- Gal M. S., *International antitrust solutions: Discrete steps or causally linked?*, in Drexl et al (eds.) *More Common Ground for International Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011
- Hammond S., Assistant Procureur général en charge des affaires pénales, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, *An Overview Of Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, American Bar Association, 10 janvier 2005
- Hammond S., Assistant Procureur général en charge des affaires pénales, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, *Beating Cartels at Their Own Game – Sharing Information in the Fight Against Cartels*, discours prononcé au Competition Policy Research Centre de la Fair Trade Commission du Japon, 20 novembre 2003
- Hammond S., Assistant Procureur général en charge des affaires pénales, Division antitrust, département de la Justice des États-Unis, *A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, discours prononcé à la Antitrust Conference: *Antitrust Issues In Today's Economy*, 7 mars 2002
- Holmes P., Müller H., Papadopoulos A. S., Sydorak A., *A Taxonomy of International Competition Cooperation Provisions*, document établi pour l'International Research and Policy Symposium on Competition Policy for International Development, Growth and Trade, organisé par le CEPR, Bruxelles, 9 et 10 décembre 2005
- International Competition Policy Advisory Committee, *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, 28 février 2000
- Japan Fair Trade Commission Press Release, *Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers*, 22 février 2008
- Jenny F., *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, Presented at the University of Minnesota Law School Conference on Global Antitrust Law and Policy, 20-21 septembre 2002
- Jenny F., *La répression des cartels internationaux : une politique à deux vitesses*, dans *Concurrences* N.4-2006

- Joshua J., Camesasca P., Jung Y., *Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties: Cartel Enforcement's Global Reach*, 75 Antitrust Law Journal, 2008, 353
- Keen, M. et Lighthart J.E., *Information Sharing and International Taxation: A Primer*, International Tax and Public Finance, 13, 81–110, 2006
- Lowe P., Directeur général, Direction générale de la concurrence, Commission européenne, *International Co-operation between Competition Agencies: Achievements and Challenges*, remarques prononcées au quatrième Forum international sur la concurrence, 5 septembre 2006
- Marsden P., *The Curious Incident of Positive Comity – The Dog That Didn't Bark*, in Andrew T. Guzman (ed.), *Cooperation, Comity and Competition Policy* (Oxford, OUP, 2011)
- Marsden P. et Whelan P., *The Contribution of Bilateral Trade or Competition Agreements to Competition Law Enforcement between the EU and Mexico; Canada and Chile; and Canada and Costa Rica*, Londres, CEPR, 2005
- OCDE, *Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : Troisième rapport du Comité de la concurrence*, OCDE, Paris, 2005
- OCDE, *Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : Deuxième rapport du Comité de la concurrence*, OCDE, Paris, 2003
- OCDE, *Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : Premier rapport du Comité de la concurrence*, OCDE, Paris, 2000
- OCDE, *Rapport sur la courtoisie positive – Rapport du Comité de l'OCDE du droit et de la politique de la concurrence – Accroître l'efficacité des marchés internationaux grâce à la « courtoisie active » dans la mise en œuvre des réglementations de la concurrence*, OCDE, Paris, 1999
- OCDE, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, OCDE, Paris, 1993
- Office of Fair Trading du Royaume-Uni, *Response to the Government's Consultation: A Competition Regime for Growth: a consultation on options for reform*, juin 2011
- OMC *Report of the Meeting of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, 1-2 juillet 2002, WT/WGTCP/M/18
- Papadopoulos A. S., *The International Dimension of EU Competition Law and Policy* Cambridge University Press, 2010
- Skata N., *Are South African Competition Law Regimes Geared Up for Effective Cooperation in Competition Law Enforcement?*, document présenté à la cinquième Conférence: Competition Law Economics & Policy, Afrique du Sud, 4 et 5 octobre 2011
- Sokol D., *International Antitrust Institutions* in Andrew T. Guzman (ed.), *Cooperation, Comity and Competition Policy*, Oxford, OUP, 2011
- Solano O. et Sennekamp A., *Dispositions relatives à la concurrence contenues dans les accords commerciaux régionaux*, dans documents de travail de l'OCDE sur la politique commerciale n° 31, 2006

- Sous-groupe 1 du Groupe de travail sur les ententes de l'ICN – cadre général : *Co-operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*, Rapport à la Conférence annuelle de l'ICN, Moscou, mai 2007
- Stephan A., *ECJ Ruling in Pfleiderer Heightens Concerns about Encouraging Private Enforcement*, Competition Policy Word Press, 2011
- Stephan P. B., *Global Governance, Antitrust and the Limits of International Cooperation*, 38 Cornell Int'l L.J., 173, 209, 2005
- Swaine E. T., *Cooperation, Comity and Competition Policy: United States* in Andrew T. Guzman (ed.), *Cooperation, Comity and Competition Policy*, Oxford, OUP, 2011
- US and Canadian Prosecutors Attack Cartel Behaviour by Fax Paper Distributors, 67 Antitrust & Trade Reg. Rep (BNA) 108 (1994)
- Varney C. A., Procureur général adjoint, Division antitrust, département de la Justice des Etats-Unis, *Remarks on the Occasion of the Signing of the Memorandum of Understanding Antitrust Cooperation*, 27 juillet 2011
- Zanettin B., *Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart, Oxford, 2002