

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

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

**COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION SUR L'UTILISATION DE MARQUEURS DANS LES
PROGRAMMES DE CLÉMENCE**

16 décembre 2014

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé des discussions tenues au titre du point III de l'ordre du jour de la 120e réunion du Groupe de travail n° 3 le 16 décembre 2014.

Des documents supplémentaires sur ce thème peuvent être consultés à l'adresse : <http://www.oecd.org/daf/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>

Veillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco pour toute question concernant ce document [tél. : +33 1 45 24 98 08 -- courriel : antonio.capobianco@oecd.org].

JT03396815

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.

COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Par le Secrétariat

M. William Baer, **Président** du Groupe de travail n° 3, ouvre la table ronde sur l'utilisation de marqueurs dans les programmes de clémence et souhaite la bienvenue à l'ensemble des participants. Il indique que, si nombre d'autorités de la concurrence se sont dotées d'un système de marqueurs dans le cadre de leurs programmes de clémence, il existe des différences entre pays concernant la disponibilité de ces marqueurs (utilisation limitée au premier participant se faisant connaître ou élargie aux demandeurs suivants) les conditions à remplir par le demandeur pour obtenir le marqueur et les délais dont il dispose ensuite pour parachever sa demande de clémence. Les débats de la table ronde porteront sur l'ensemble de ces aspects, et traiteront de l'expérience des autorités de la concurrence et des demandeurs.

1. **Objet des systèmes de marqueurs**

Le **Président** ouvre la table ronde en demandant à la délégation canadienne de présenter son expérience en matière d'utilisation de marqueurs pour les demandeurs d'immunité (premier à se manifester) et de clémence (demandeurs suivants).

La délégation du **Canada** commence par expliquer que les programmes d'immunité et de clémence, ainsi que les systèmes de marqueurs qui les accompagnent, répondent à des objectifs différents mais complémentaires. La vocation principale d'un programme d'immunité est de mettre au jour et de faire cesser les comportements anticoncurrentiels, ainsi que de renforcer l'effet dissuasif. Le programme d'immunité est l'outil le plus efficace dont dispose le Bureau de la concurrence pour déceler les ententes illégales. Les programmes de clémence ont pour but d'accroître l'efficacité et l'efficience de la répression. Les marqueurs, qui déterminent la position des demandeurs les uns par rapport aux autres, répondent à cet objectif en renforçant la certitude des candidats quant au traitement de leur demande. Le Bureau de la concurrence estime qu'il est ainsi plus probable que des demandeurs potentiels se fassent connaître.

En réponse à la question suivante du Président sur le point de savoir si les marqueurs sont essentiels au succès d'un programme de clémence, la délégation canadienne confirme que l'objectif premier du système de marqueurs canadien est d'apporter aux demandeurs la certitude dont ils ont besoin pour se faire connaître. Au Canada, les marqueurs ont incontestablement fait la preuve de leur efficacité.

Le **Président** se tourne vers la délégation du Brésil qui, dans sa contribution écrite, souligne le lien entre le système de marqueurs du programme d'immunité et la qualité des demandes afin d'examiner plus avant la finalité de son système de marqueurs.

Selon la délégation du **Brésil**, l'objectif premier de ce système de marqueurs, mis en place en 2006, est de garantir aux demandeurs leur place dans la course à l'immunité. Ils disposent ainsi de plus de temps pour réunir les éléments de preuve requis, ce qui accroît d'autant la qualité des dossiers de demande reçus par l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE). Ces éléments de preuve sont évalués uniquement après attribution d'un marqueur, lors de la négociation de l'accord de clémence et du retraçage de l'historique de la conduite du demandeur, qui est un élément essentiel du programme de clémence. Le CADE ayant toute latitude pour accorder l'immunité, la qualité des éléments de preuve soumis par le

demandeur est un facteur décisionnel important. Si le CADE estime que la demande ne remplit pas les conditions requises pour obtenir l'immunité, il peut la rejeter et ouvrir des négociations avec le demandeur suivant dans la file d'attente. Cet aspect de son système de marqueurs reflète également la stratégie de gestion de dossiers du CADE, qui vise à réduire les retards en donnant la priorité aux affaires dans lesquelles il existe des éléments de preuve solides et de plus fortes chances de parvenir à une condamnation.

En conclusion, la délégation du Brésil souligne que le système de marqueurs de son pays est destiné à encourager la transparence et la certitude en matière juridique en garantissant une complète immunité à un demandeur auquel a été attribué un marqueur, dès lors qu'il remplit les conditions requises pour bénéficier d'un régime de clémence.

Le **Président** demande à la délégation hongroise, dont le pays utilise le Programme modèle de clémence du Réseau européen de la concurrence (REC), de décrire son système de marqueurs, ainsi que l'expérience acquise à l'occasion de son emploi.

La délégation **hongroise** explique que le système de marqueurs de son pays pour les demandeurs d'immunité a été mis en place en 2006, en même temps qu'était adopté, dans la loi hongroise sur la concurrence, un programme de clémence calqué sur le Programme modèle de clémence. Seuls les demandeurs d'immunités peuvent obtenir un marqueur, le choix de cette option étant destiné à encourager la course à l'immunité. Selon la délégation hongroise, l'expérience n'a pas mis en lumière de problèmes dans le fonctionnement du système de marqueurs. La délégation évoque également une récente modification du système hongrois, prenant effet à compter de juin 2014, excluant l'attribution de marqueurs dans le cadre d'affaires en cours.

Le **Président** invite ensuite la délégation coréenne à formuler ses commentaires sur le rôle que joue le système de marqueurs dans le succès du programme coréen de clémence.

La délégation de la **Corée** met l'accent sur le rôle essentiel joué par le programme de clémence dans la divulgation d'ententes dans le pays. Le système de marqueurs est un élément important du programme de clémence ; il facilite les demandes et en accroît l'efficacité. Des marqueurs sont attribués lorsque les demandeurs ont besoin de temps pour réunir les éléments requis ou lorsque des circonstances exceptionnelles les empêchent de soumettre des éléments de preuve en même temps que leur demande. L'utilisation de marqueurs permet à la Commission coréenne de la concurrence (KFTC) de mettre au jour les ententes plus rapidement ou, lorsqu'une enquête a déjà débuté, de mieux traiter le dossier.

2. Informations nécessaires à l'obtention d'un marqueur

Le **Président** aborde ensuite la question des informations exigées dans les divers systèmes pour l'obtention d'un marqueur, et demande à la délégation de l'UE d'expliquer ce qu'il en est du système de l'Union à cet égard.

La délégation de l'**Union européenne** indique que l'introduction, en 2006, de marqueurs pour les demandeurs d'immunité répondait à une double logique. Son premier objectif était de renforcer les incitations à se faire connaître en apportant aux demandeurs une certitude accrue et en leur allouant des délais supplémentaires pour parachever leur demande. Son second objectif était d'améliorer la qualité des demandes d'immunité reçues par la Commission européenne (la « Commission »). Les enseignements tirés du fonctionnement du système permettent de penser que ces deux objectifs ont été atteints.

La délégation de l'UE explique également que les marqueurs de l'Union ne peuvent être obtenus que par les demandeurs d'immunité, afin d'encourager les participants aux ententes à se faire connaître et à informer les autorités le plus tôt possible, tout en leur laissant le temps de parachever leur demande le

moment venu. Les candidats à la clémence (c'est-à-dire, des demandeurs suivants) ne peuvent, quant à eux, obtenir de marqueur en raison des caractéristiques mêmes du système de clémence de l'UE, qui repose sur l'idée que la compétition entre demandeurs suivants permettra de recueillir rapidement des éléments de preuve d'excellente qualité.

Le demandeur doit remplir un certain nombre de conditions pour obtenir un marqueur. Il doit, tout d'abord, divulguer sa participation à l'entente dont l'existence est soupçonnée, et communiquer des informations de base sur celle-ci, telles que (i) l'identité des autres participants ; (ii) la durée estimée de l'entente ; et (iii) les produits et territoires concernés. La Commission souhaite également savoir si les demandeurs ont contacté les autorités d'autres pays ou ont l'intention de le faire, et si tel est le cas, leur demande de renoncer à leur droit à confidentialité pour permettre des discussions avec ces autorités. Enfin, pour être en mesure de déterminer si l'octroi d'un marqueur est justifié, la Commission requiert du demandeur qu'il explique comment il a découvert l'entente, et qu'il expose son plan pour réunir les éléments de preuve pertinents.

Ces exigences sont destinées à permettre à la Commission d'établir dès le départ que la conduite dénoncée constitue une entente affectant l'UE et que l'immunité est toujours possible. En outre, ces informations donnent à la Commission les moyens de déterminer si la conduite fait déjà l'objet d'une intervention d'une autre autorité du REC, ou si un autre membre du réseau serait mieux à même de traiter l'affaire. Dans ce cas, le demandeur est invité à contacter cette autorité, permettant un ciblage précoce de l'enquête synonyme d'économie de ressources tant pour le demandeur que pour la Commission.

Enfin, la délégation de l'UE attire l'attention sur une particularité de son système de clémence : l'existence d'une procédure orale de soumission de demandes. Les demandeurs peuvent, s'ils le souhaitent, présenter leurs demandes à la Commission verbalement, y compris pour obtenir un marqueur. Cette procédure est gage de confidentialité et préserve les incitations pour les demandeurs à se faire connaître et à communiquer des informations les mettant directement en cause. La plupart des demandeurs recourent à cette option et présentent leur demande oralement. Il existe un régime spécial de protection de la confidentialité des demandes verbales et écrites pendant toute la procédure devant la Commission. Ce régime est désormais renforcé par la Directive relative aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles concernant les ententes qui étend ces protections aux demandes de réparation devant les juridictions civiles. L'idée qui sous-tend ce système de protections est que, dans les actions civiles, la situation des sociétés qui coopèrent avec la Commission ne devrait pas être moins favorable que celle des entités qui ne le font pas.

Le **Président** remercie la délégation de l'UE et prie celle de l'Allemagne d'expliquer le système de marqueurs de son pays, décrit dans le document soumis comme étant « souple ».

Selon la délégation **allemande**, le système de marqueurs de son pays présente de multiples similitudes avec celui de la Commission. Il existe néanmoins une différence importante : des marqueurs peuvent être attribués aussi bien aux demandeurs d'immunité qu'aux demandeurs de clémence. L'an dernier, le Bundeskartellamt a reçu 65 demandes concernant 42 affaires. Le régime allemand est décrit comme « souple » car les demandes peuvent être rédigées aussi bien en allemand qu'en anglais, peuvent être soumises de diverses manières (verbalement, par écrit, par téléphone ou par télécopie) et ne requièrent pas de rendez-vous préalable. Il convient de souligner qu'un marqueur est automatiquement délivré au demandeur au moment du dépôt de la demande, sous réserve que les conditions de la clémence soient remplies ultérieurement.

Pour parvenir à un équilibre entre flexibilité et rapidité, d'une part, et exactitude de l'autre, le Bundeskartellamt exige du demandeur de marqueurs qu'il communique au moins des informations de base sur la conduite dénoncée, telle que la zone géographique et les produits concernés, la durée estimée de

l'entente et l'identité des autres participants. Le demandeur doit également préciser s'il a contacté une autre autorité au sujet de la conduite divulguée. Le demandeur n'est cependant pas tenu de fournir des informations détaillées qui le contraindraient à mener une enquête interne avant de se faire connaître des autorités. L'objectif fondamental est d'inciter le demandeur à informer les autorités dès que possible, et à utiliser la période du marqueur, qui peut atteindre 8 semaines, pour mener à bien son enquête interne et parachever sa demande. Globalement, l'expérience du fonctionnement de ce système, qui vise à concilier rapidité et exhaustivité, est très bonne.

Le **Président** demande alors aux délégations de la République slovaque et de la Bulgarie, qui ont visiblement édicté un ensemble détaillé d'exigences auxquelles doivent se conformer les demandeurs de marqueurs, de décrire ces exigences et d'indiquer si leurs systèmes autorisent une certaine souplesse.

La délégation **slovaque** explique que les conditions à remplir pour obtenir un marqueur sont énoncées dans un arrêté de l'Office anti-monopole. Il s'agit notamment : (i) de l'identité du demandeur et d'autres participants à l'entente ; (ii) de la zone géographique et des produits affectés par l'entente ; (iii) de la durée estimée ; et (iv) d'une description du fonctionnement de l'entente. Le candidat doit également demander une place dans la file d'attente, et indiquer quelles autorités il a contactées ou a l'intention de contacter. Bien que ces exigences puissent paraître relativement formelles, une certaine souplesse n'en subsiste pas moins, en particulier parce que l'Office anti-monopole souhaite accroître le recours à son programme de clémence et encourager les demandeurs à se faire connaître. Il s'efforce donc de se montrer aussi flexible que possible avec les demandeurs dès le premier contact.

La délégation **bulgare** indique que les exigences du système de marqueurs de la Bulgarie sont les mêmes que celles de la Commission européenne, à une différence près : il n'est pas nécessaire que le candidat motive sa demande de marqueur.

Le **Président** demande à la délégation autrichienne de décrire l'évolution des conditions requises dans son pays pour obtenir un marqueur, qui ont été visiblement durcies depuis 2013, ainsi que les effets de ces changements sur le nombre et la qualité des demandes.

La délégation **autrichienne** explique que son système de marqueurs n'a vu le jour qu'en 2013, à l'occasion d'une modernisation du système national de clémence, harmonisé avec le Programme modèle de clémence du REC. Avant cela, il n'existait pas de système officiel de marqueurs, les conditions requises pour déposer une demande d'immunité étant très peu contraignantes, de sorte qu'un demandeur pouvait obtenir l'immunité en communiquant très peu d'informations. La révision du programme autrichien en 2013 a considérablement relevé le niveau des informations et éléments de preuve à fournir avec une demande d'immunité. Ce changement a fait apparaître la nécessité de mettre en place un système formel de marqueurs d'immunité.

En Autriche, un demandeur doit, pour obtenir un marqueur, communiquer des informations de base du même type que celles mentionnées par les autres délégations. À l'attribution du marqueur, l'Autorité autrichienne de la concurrence fixe un délai maximum de huit semaines pour parachever la demande.

La délégation évoque en outre les demandes de clémence sommaires, qui sont l'une des particularités du système de clémence du REC, et qui peuvent être considérées comme des marqueurs avec une dimension européenne. Un candidat à un programme de clémence de la Commission européenne peut également choisir de déposer une demande sommaire auprès de l'Autorité de la concurrence autrichienne (ou de toute autre autorité européenne de la concurrence). Cette demande sommaire comporte uniquement des informations de base et fait office de marqueur dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence autrichienne se saisirait finalement de l'affaire, auquel cas elle doit être dûment complétée et doit comporter l'ensemble des informations requises.

Enfin, la délégation indique que son expérience du fonctionnement du programme de clémence et du système de marqueurs est très positive. Depuis l'introduction du programme de clémence en 2006, une cinquantaine de demandes ont débouché sur des procédures se soldant par des amendes de plus de 100 millions d'euros. Depuis leur introduction en 2013, des marqueurs ont été utilisés dans environ deux tiers des affaires. En conclusion, la délégation souligne que transparence et prévisibilité comptent parmi les facteurs essentiels du succès du programme de clémence autrichien.

Le **Président** pose alors une question de suivi aux délégations allemande et autrichienne, qui ont toutes deux mentionné un délai de huit semaines pour parachever une demande après attribution d'un marqueur, et leur demande si une certaine tolérance est admise à cet égard.

La délégation **autrichienne** répond que le délai de huit semaines est impératif. L'expérience montre cependant que les demandeurs ne rencontrent pas de difficultés pour soumettre les informations requises dans les délais impartis. La délégation **allemande** fait écho à celle de l'Autriche sur ce point, et ajoute que la coopération du demandeur ne prend pas fin avec le dépôt d'une demande complétée, mais qu'il peut toujours fournir un complément d'information par la suite. Par conséquent, dans le cas des demandeurs suivants, les informations communiquées après que leur demande a été parachevée sont prises en compte pour déterminer le niveau de réduction des amendes.

3. Autres conditions à remplir pour obtenir un marqueur

Le **Président** se tourne vers la délégation américaine et lui demande de présenter le système de marqueurs du ministère américain de la Justice.

La délégation des **États-Unis** décrit les grandes lignes de son programme de clémence destiné aux entreprises dans le cadre duquel un régime de faveur, sous forme d'absence de poursuites à l'encontre de l'entreprise et de ses dirigeants, est accordé au premier demandeur remplissant les conditions requises. L'une des exigences fondamentales de ce système est que l'entreprise doit reconnaître sa participation à une infraction pénale au droit de la concurrence et en fournir la preuve. Lorsqu'un candidat au programme de clémence en sollicite le bénéfice sans disposer encore d'éléments de preuve démontrant l'existence d'une infraction pénale au droit de la concurrence, un marqueur peut toutefois lui être attribué, ce qui lui garantit d'être l'unique demandeur de clémence. Le candidat a ainsi le temps de mener son enquête interne, au terme de laquelle il peut soit remplir les conditions requises pour bénéficier d'un régime de faveur, soit retirer sa demande de marqueur. Les marqueurs et les prolongations de délais correspondantes sont, en général, accordés verbalement car les demandeurs de clémence ne souhaitent d'ordinaire pas de communications écrites susceptibles d'être divulguées par la suite.

Le système américain de marqueurs a été décrit comme « non prescriptif » parce que le ministère américain de la Justice exige des demandeurs qu'ils fournissent uniquement des informations suffisantes pour déterminer si un marqueur peut être attribué pour la conduite en cause. Ces informations comprennent une description de la nature générale de la conduite, ainsi que du produit ou service concerné. Les avocats du demandeur ne sont pas tenus de divulguer le nom de celui-ci tant que la disponibilité du marqueur n'est pas confirmée.

La mise en place d'un système imposant des exigences minimales aux demandeurs de marqueurs procède de la volonté de privilégier la rapidité sur l'exactitude. Une demande précoce permet au ministère américain de la Justice de mettre rapidement fin à une entente et de cibler très tôt sa propre enquête, de même que celle du demandeur. Le demandeur est tenu de coopérer avec le ministère et de lui communiquer des documents, de mettre des témoins à sa disposition et de lui communiquer d'autres informations durant toute la période du marqueur. Ce système profite aussi aux demandeurs car il leur

permet de savoir très rapidement s'ils peuvent bénéficier d'un régime de faveur, et cela au prix de divulgations limitées.

Un marqueur est d'ordinaire attribué pour une période initiale de 30 jours, qui peut être prolongée si le demandeur met tout en œuvre pour remplir les conditions requises par le programme de clémence. Le ministère américain de la Justice s'efforce de déterminer dans un délai de six mois si un candidat satisfait aux critères fixés. Néanmoins, si à un moment quelconque au cours du processus, le candidat lui-même ou le ministère conclut que le demandeur ne peut remplir les conditions requises pour bénéficier de la clémence, il est possible de retirer le marqueur ou de le laisser expirer. Lorsque le demandeur a rempli les conditions prévues par le régime de faveur, une lettre de clémence conditionnelle lui est adressée. Elle peut toutefois être révoquée si, par la suite, le demandeur ne coopère pas pleinement avec les enquêteurs. Après la clôture de l'enquête, la fin des poursuites et l'indemnisation des victimes par le demandeur, le ministère américain de la Justice lui adresse une lettre de clémence définitive.

En conclusion, la délégation des États-Unis se déclare satisfaite de la mise en œuvre du système de marqueurs dans le contexte de la politique de clémence envers les entreprises du ministère américain de la Justice.

Le **Président** formule deux remarques concernant sa propre expérience du système de marqueurs du ministère américain de la Justice. Il indique tout d'abord avoir constaté une évolution de l'approche des éléments qui doivent être communiqués lors d'une demande de marqueurs. Auparavant, il arrivait qu'un demandeur sollicite un marqueur pour une conduite qu'il ne considérait pas comme délictueuse mais qu'il préférait signaler pour le cas où le ministère américain de la Justice ne serait pas de cet avis. Pour remédier à ce problème, le ministère a rendu ses conditions plus sévères ; il exige désormais des candidats qu'ils reconnaissent avoir pris part à une infraction. La seconde observation a trait au délai généralement important requis pour parachever une demande pour laquelle a été délivrée un marqueur dans le cas d'ententes internationales de grande ampleur. Le Président est d'avis que des améliorations sont possibles dans ce domaine, par exemple en signifiant clairement aux demandeurs qu'il est important d'investir des moyens substantiels dans leur enquête interne, afin d'abrégier les délais nécessaires pour établir leur demande de clémence.

Le **Président** demande ensuite à la délégation lituanienne s'il existe une raison particulière à l'obligation en vigueur dans son pays de déposer les demandes de marqueurs par écrit, et si une telle exigence n'est pas de nature à ébranler la volonté des demandeurs de se faire connaître.

La délégation de la **Lituanie** explique tout d'abord que son programme de clémence repose sur le Programme modèle de clémence du REC mentionné précédemment. S'agissant de l'obligation de déposer une demande écrite, le seuil d'attribution du marqueur étant relativement bas, une demande écrite permet à l'Autorité de la concurrence de déterminer plus rapidement si un marqueur peut être octroyé et si les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'une entente. Elle peut également décourager des entreprises de dénoncer les conduites qu'elles ne considèrent pas comme problématiques pour le cas où l'autorité serait d'un avis différent. Pour l'instant, le retour d'information reçu des parties prenantes concernées n'indique pas que l'obligation de demande écrite dissuade les intéressés de recourir au programme de clémence, la mise en application par des moyens de droit privé étant très limitée en Lituanie. Il n'est donc, pour l'instant, pas envisagé de supprimer cette exigence.

Le **Président** demande à la délégation chilienne de décrire son système de marqueurs.

Selon la délégation du **Chili**, le processus d'attribution de marqueurs comporte quatre étapes. Dans un premier temps, le demandeur doit compléter un formulaire en ligne avec des informations de base du type de celles décrites par la délégation de l'UE. La deuxième étape consiste en une rencontre entre le

demandeur et l'autorité lors de laquelle les procurations sont vérifiées. À l'issue de cette réunion, l'autorité délivre une résolution écrite formelle confirmant l'octroi d'un marqueur. Dans un troisième temps, le demandeur doit présenter les informations et éléments de preuve requis dans un délai de 90 jours à compter de la date de la prise de contact initiale avec l'autorité. Enfin, l'autorité rencontre le demandeur pour lui notifier sa décision de lui accorder un régime de faveur ou de rejet de sa demande. Quant à la discrétion dont dispose l'autorité pour accorder un marqueur, la délégation explique que celle-ci cesse d'exister dès lors que le demandeur parvient à l'étape deux du processus.

Le **Président** aborde ensuite avec la délégation australienne la question des risques associés à l'octroi de marqueurs dont les conditions ne sont pas assez strictes ou sont, au contraire, excessivement contraignantes, qui était évoquée dans le document écrit soumis par l'Australie.

Selon la délégation **australienne**, de tels risques peuvent survenir lorsque deux ententes distinctes sont confondues ou que la même conduite est considérée comme relevant de deux ententes distinctes. Dans le premier cas de figure, le nombre de bénéficiaires potentiels de l'immunité se trouve réduit, alors que dans le second, l'immunité peut être octroyée à deux demandeurs pour une même entente. Ces risques naissent le plus souvent de la multiplication des demandes émanant du même secteur, surtout si celui-ci est très complexe. Dans ces situations, la Commission australienne de la concurrence et du consommateur (ACCC) peut demander à un candidat de patienter pendant un certain temps pour lui permettre de se faire une idée plus précise de la conduite en cause, sans se prononcer sur la disponibilité d'un marqueur. Lorsqu'un marqueur a déjà été accordé, l'ACCC peut également solliciter au premier demandeur un complément d'information afin de lui permettre de prendre une décision adéquate. Plusieurs situations de ce type se sont produites ces dernières années, et l'ACCC s'est montrée extrêmement prudente dans son approche. Néanmoins, en cas de doute, l'ACCC préfère ne pas octroyer de marqueur.

Le **Président** demande ensuite à la délégation de la Pologne de décrire son système automatique de marqueurs et d'apporter des précisions au sujet des situations évoquées dans son document écrit dans lesquelles une demande de marqueurs a apparemment été rejetée.

La délégation **polonaise** confirme qu'en Pologne, les marqueurs sont attribués automatiquement et qu'ils peuvent être utilisés pour les demandeurs d'immunité comme pour les demandeurs de clémence. Il incombe néanmoins à l'Autorité de la concurrence de déterminer si les conditions requises pour l'octroi de l'immunité ou de la clémence sont remplies une fois la demande complète du candidat soumise dans les délais impartis. Les trois cas mentionnés dans la contribution écrite concernaient des situations dans lesquelles les faits dénoncés objet de l'enquête étaient prescrits, ou bien où le demandeur ne remplissait pas les conditions requises pour l'octroi de l'immunité ou de la clémence au cours de la période du marqueur.

4. Durée de la période du marqueur et prolongations possibles

Le **Président** aborde un autre thème qui ressort des contributions écrites, pour lequel l'expérience des autorités de la concurrence diffère : la durée de validité des marqueurs et la prolongation possible de cette période. Pour lancer cette discussion, le Président demande à la délégation japonaise de présenter son expérience de l'utilisation d'un système de marqueurs à durée de validité très courte, sans possibilité de prolongation.

La délégation du **Japon** explique que pour obtenir un marqueur, un demandeur doit communiquer à la Commission japonaise de la concurrence (JFTC) des informations de base concernant le type de conduite dénoncée, la date à laquelle elle a débuté et les produits et services concernés. Une fois ces éléments fournis, un marqueur est attribué automatiquement. La JFTC le notifie au demandeur et lui indique le délai dont il dispose pour déposer une demande complète. En général, cette période n'excède pas deux semaines et aucune prolongation n'est possible. À défaut de soumission d'une demande complète par le candidat

durant la période de validité du marqueur, ce dernier expire. Dans ce cas, le marqueur peut être attribué à un autre demandeur ou réattribué au même candidat sous réserve de soumettre une nouvelle requête. En pratique, cela signifie que le demandeur initial peut obtenir le renouvellement de son marqueur, sous réserve qu'une autre demande ne soit pas introduite dans l'intervalle. La délégation japonaise explique également que le choix d'un système caractérisé par des marqueurs à brève durée de vie sans possibilité de prolongation résulte de la volonté de la JFTC de protéger l'efficacité de ses enquêtes, et notamment des perquisitions. Les marqueurs à longue durée de validité aggravent le risque que les autres participants à l'entente dénoncée aient connaissance de la demande et prennent des mesures susceptibles de nuire à l'enquête de la JFTC. La délégation conclut en soulignant que le programme de clémence de la JFTC fonctionne bien et que le système de marqueurs n'a donné lieu à aucune difficulté.

Le **Président** se tourne vers la délégation du Mexique, qui a indiqué dans sa contribution écrite qu'il n'existait pas de règles écrites régissant la durée de validité des marqueurs, et lui demande de décrire les critères utilisés par les autorités mexicaines de la concurrence pour décider combien de temps un marqueur demeure valide.

Selon la délégation **mexicaine**, la période de validité d'un marqueur, généralement comprise entre 30 et 60 jours, est décidée au cas par cas sur la base de plusieurs critères. L'estimation, par le demandeur, du temps qu'il lui faudra pour réunir toutes les informations requises constitue un facteur important. L'autorité mexicaine considère que le demandeur est le mieux placé pour évaluer le temps nécessaire au recueil des éléments de preuve pertinents, et tient dûment compte de son évaluation pour fixer la période de validité d'un marqueur.

Hormis la suggestion du demandeur, les facteurs suivants sont également pris en compte. Tout d'abord, les marqueurs d'immunité sont généralement octroyés pour des périodes plus longues que celles des marqueurs de clémence (demandeurs suivants). Ensuite, l'autorité étudie les motifs avancés par le demandeur pour justifier la durée du marqueur demandé. Il peut, par exemple, s'agir du nombre de membres d'une entente au sein de l'entreprise et à l'extérieur de celle-ci, ainsi que de la portée et des effets de l'entente. Enfin, le troisième facteur est la complexité du marché en cause. Plus le marché affecté par l'entente est complexe, plus le délai alloué au candidat pour parachever son dossier sera long, afin de lui permettre de fournir l'ensemble des informations utiles à une évaluation éclairée de la portée et des effets de la conduite. La dimension internationale d'une entente, qui implique que des éléments de preuve se trouvent à l'étranger et que des autorités d'autres pays seront amenées à intervenir, est également un facteur propice à l'octroi d'un délai plus long.

La délégation évoque également une prochaine consultation publique concernant un guide sur la clémence qui abordera aussi la question des marqueurs. Ce guide contiendra une définition du marqueur et prévoira une durée indicative de 60 jours. Ce délai aura toutefois un caractère simplement indicatif car l'autorité de la concurrence souhaite conserver la possibilité de fixer à sa guise la durée des marqueurs, puisque cette formule a jusqu'à présent bien fonctionné.

Le **Président** donne la parole à la délégation portugaise et l'invite à présenter la réforme du système de clémence de son pays, qui a notamment apporté plus de souplesse pour choisir la durée des marqueurs.

La délégation du **Portugal** indique que son programme de clémence a été mis en place en 2006 et réformé en 2012 dans le contexte d'une réforme globale de la loi portugaise sur la concurrence. Les changements introduits visaient principalement à renforcer le degré de certitude juridique offert par le système de clémence, ainsi qu'à le rapprocher davantage du Programme modèle de clémence du REC. L'une de ces modifications a consisté à supprimer le délai maximum obligatoire de 15 jours requis pour parachever une demande, dans le but d'accroître la flexibilité du système. Actuellement, la durée minimale de validité d'un marqueur est de 15 jours ; une période plus longue est toutefois possible lorsque la

situation du demandeur ou les caractéristiques de l'affaire le justifient. L'autorité de la concurrence peut ainsi prendre en compte les particularités de la situation du demandeur et coordonner le déroulement de l'enquête avec d'autres pays. En conclusion, la délégation souligne que les avantages du système de marqueurs résident dans le fait qu'il encourage la course à l'immunité et contribue à améliorer la qualité des éléments de preuve soumis par les demandeurs.

5. Confidentialité des demandes de marqueurs

Le **Président** remercie les délégations de leurs contributions et oriente le débat vers la question de la confidentialité du processus de marqueurs. Il demande à la délégation néo-zélandaise d'expliquer l'importance de la confidentialité dans son système de marqueurs, ainsi que les circonstances dans lesquelles un marqueur peut être attribué à un demandeur anonyme, cette possibilité étant évoquée dans la contribution écrite de la Nouvelle-Zélande.

Selon la délégation de la **Nouvelle-Zélande**, tous les demandeurs doivent normalement divulguer leur identité lorsqu'ils sollicitent l'octroi d'un marqueur. Il arrive néanmoins, dans des circonstances exceptionnelles, que l'autorité de la concurrence puisse, à sa discrétion, attribuer un marqueur à un demandeur anonyme. Il n'existe pas de critères destinés à orienter les décisions d'attribuer un marqueur à un demandeur anonyme, et l'autorité traite ces demandes au cas par cas. Néanmoins, un marqueur anonyme n'est accordé qu'à condition que le demandeur divulgue son identité sans tarder. Le demandeur doit également avoir communiqué à l'autorité suffisamment d'informations pour permettre à celle-ci de déterminer si l'attribution d'un marqueur est possible, mais aussi d'apprécier la réalité des inquiétudes du candidat liées à une divulgation précoce de son identité. La délégation explique qu'à ce jour, un marqueur anonyme n'a été attribué que dans une seule affaire. Dans ce cas, l'autorité a donné la priorité à la mise au jour de l'entente par rapport à la nécessité d'identifier l'auteur de la demande de marqueur au moment de celle-ci.

Le **Président** demande alors à la délégation du Taipei chinois d'expliquer le traitement des informations communiquées par les demandeurs de marqueurs, ainsi que les effets des règles en matière de confidentialité sur la capacité de l'autorité à coordonner ses enquêtes avec celles d'autres pays.

La délégation du **Taipei chinois** explique que les demandeurs de marqueur ne sont pas tenus de remettre à l'autorité de la concurrence une renonciation à la confidentialité au moment de la demande. Ils peuvent le faire sans y être contraints. À défaut de renonciation, l'autorité doit préserver la confidentialité de l'identité des demandeurs. La capacité à échanger des informations avec les autorités d'autres pays et à coordonner son enquête avec elles s'en trouve amoindrie. Pour surmonter cet obstacle, l'autorité peut demander au demandeur de lui remettre de son plein gré une renonciation générale ou spécifique qui permettrait alors à l'autorité d'échanger les informations nécessaires à la coordination de ses enquêtes avec les autorités d'autres pays.

Le **Président** se tourne vers la délégation turque qui, dans sa contribution écrite, a évoqué l'absence d'obligations de confidentialité formelles dans son système de marqueurs, et lui demande si des difficultés en ont résulté.

La délégation **turque** souligne que, même si l'autorité de la concurrence n'a pas d'obligation de confidentialité, en pratique, elle se montre extrêmement vigilante à cet égard. De leur côté, les demandeurs sont tenus de préserver la confidentialité de leur demande et de son contenu. Jusqu'à présent, le système a fonctionné sans problème.

6. Les systèmes de marqueurs dans le contexte des régimes de répression pénale

Le **Président** demande à la délégation du Royaume-Uni de présenter son expérience en matière d'utilisation de marqueurs dans le cadre d'un système prévoyant des sanctions pénales pour la participation à une entente, ce qui constitue le point de discussion suivant.

La délégation du **Royaume-Uni** débute sa présentation en insistant sur l'importance du rôle du système de marqueurs dans le programme britannique de clémence pour inciter les demandeurs à se faire connaître dès que possible. Ses principes et son fonctionnement sont très similaires à ceux déjà décrits par d'autres délégations, et notamment par celles de pays dont le système est calqué sur le Programme modèle de clémence du REC. La délégation passe alors en revue les spécificités du système britannique de marqueurs, qui tiennent à l'existence d'une infraction d'entente distincte pour les personnes physiques, en plus des sanctions administratives dont sont passibles les sociétés. Elle insiste sur l'importance d'un régime de clémence applicable à la fois aux personnes morales et physiques pour préserver les incitations à se faire connaître. La délégation met l'accent sur deux aspects de l'impact du double régime (administratif et pénal) de répression sur le système de marqueurs : le seuil d'octroi du marqueur et le moment de son attribution.

Tout d'abord, les conditions requises pour obtenir un marqueur sont généralement limitées, les demandeurs devant démontrer l'existence de motifs concrets de soupçonner l'existence d'une entente, ainsi qu'une réelle volonté de coopérer. Ce seuil, qui peut paraître bas par comparaison à d'autres pays, est destiné à minimiser la nécessité d'une enquête interne du demandeur avant une demande de marqueurs. Du fait de l'adoption par le Royaume-Uni d'un régime de répression pénale des ententes, il est particulièrement important que les enquêtes internes soient conduites avec le plus grand soin pour éviter de compromettre des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés lors de poursuites pénales. Les demandeurs sont donc encouragés à contacter l'Autorité de la concurrence et des marchés le plus tôt possible pour obtenir des conseils concernant la manière de conduire leurs enquêtes internes.

Ensuite, la délégation britannique explique, au sujet de l'attribution des marqueurs, que le demandeur n'est pas tenu de respecter un certain délai pour parachever sa demande. La CMA n'effectue pas non plus de vérification des informations fournies par le candidat à un régime de faveur dans un délai spécifique. La raison en est que la CMA enquête elle-même sur le demandeur et ne s'appuie pas sur l'enquête interne de celui-ci. Comme l'enquête de la CMA peut se poursuivre jusqu'à un stade très tardif de la procédure, le marqueur reste en place jusqu'à ce qu'un régime de faveur soit formellement accordé, ce qui intervient d'ordinaire juste avant la communication des griefs.

La délégation britannique aborde également la question de l'incidence potentielle du régime procédural britannique sur la capacité du demandeur à se conformer à ses obligations envers les autorités d'autres pays également saisies d'une demande. La délégation reconnaît qu'un demandeur peut rencontrer des difficultés pour produire des éléments de preuve pertinents dans le but de parachever une demande de clémence dans d'autres pays, alors même que sa capacité à conduire une enquête interne complète est limitée par le régime britannique. Pour limiter ce risque, la CMA a publié à l'intention des demandeurs des lignes directrices relatives aux modalités de conduite des enquêtes internes. Le respect de ces instructions par le demandeur est considéré comme un aspect important de sa coopération. Le non-respect des lignes directrices peut ainsi entraîner la perte des avantages de la clémence. La CMA invite donc les candidats soucieux des effets du processus de clémence sur leurs obligations dans d'autres pays à prendre contact avec elle pour bénéficier de conseils confidentiels. La délégation souligne pour terminer que les lignes directrices de la CMA reconnaissent la nécessité de coopérer avec d'autres pays pour contribuer à résoudre des difficultés concrètes susceptibles de résulter de différences entre leurs régimes respectifs.

Le **Président** demande à la délégation estonienne, dont le système prévoit également que la participation à une entente est passible de sanctions pénales, d'indiquer si le fait que la répression des ententes relève en partie du code pénal et en partie de la loi sur la concurrence, a une quelconque incidence sur l'efficacité du système de marqueurs.

Selon la délégation, en **Estonie**, la participation à une entente engage la responsabilité pénale des personnes physiques comme des sociétés. La mise en œuvre du programme de clémence est partagée entre l'autorité de la concurrence et le parquet. Si le droit estonien ne connaît pas les marqueurs proprement dits, le code de procédure pénale n'en prévoit pas moins un instrument dont les caractéristiques sont très similaires à celles d'un marqueur. Il permet à un membre d'une entente de demander au parquet de lui réserver une place dans la file d'attente durant une période limitée à 30 jours, afin de lui laisser le temps de recueillir l'ensemble des éléments de preuve pertinents. Cette procédure a rarement été employée, peut-être parce que le programme de clémence n'est en place que depuis 2010.

7. Évolutions récentes (ou envisagées) des systèmes nationaux de marqueurs

Le **Président** remercie les délégations de leurs interventions avant d'aborder le point suivant des discussions de la table ronde, les évolutions récentes ou envisagées des systèmes de marqueurs. Il demande à la délégation colombienne de présenter son expérience de la mise en œuvre du système de marqueurs et d'expliquer les modifications à l'étude en réponse à certaines des difficultés mentionnées dans son document écrit.

La délégation **colombienne** répond que les caractéristiques de base de son programme de clémence et de son système de marqueurs sont les mêmes que celles évoquées par les autres délégations. L'une des questions problématiques concerne l'obligation légale d'organiser une rencontre avec le directeur adjoint de l'autorité de la concurrence pour demander un marqueur. Il n'est pas toujours facile d'organiser une telle réunion, ce qui complique inutilement le processus d'obtention de marqueurs. De ce fait, dans le contexte de l'adhésion de la Colombie à l'OCDE, une réforme visant à mettre en place un système de marqueurs simplifié similaire à celui décrit par la délégation allemande, est actuellement à l'étude.

Le **Président** donne ensuite la parole à la délégation irlandaise qui, dans sa contribution écrite, évoque des discussions sur les améliorations à apporter au système irlandais de marqueurs, et lui demande quels aspects de ce dispositif pourraient être modifiés, et pourquoi.

La délégation **irlandaise** décrit les modifications actuellement à l'étude concernant la durée et la nature discrétionnaire des marqueurs, ainsi que les obligations imposées aux demandeurs de parachever leur demande de clémence. Ainsi, l'expérience a montré que le seuil d'obtention d'un marqueur pourrait être relevé afin d'inciter le demandeur à coopérer avant l'octroi du régime de clémence plutôt qu'après. Aussi, le nouveau programme d'immunité pour les dénonciateurs d'entente, publié en janvier 2015, pourrait prévoir un seuil plus élevé. De manière générale, le programme tend à rapprocher le régime irlandais du Programme modèle de clémence du REC. Enfin, s'agissant de la durée et de la nature discrétionnaire des marqueurs, il a été décidé de préserver le principe de souplesse et d'évaluation au cas par cas plutôt que d'adopter un système prescriptif.

Le **Président** remercie la délégation irlandaise d'avoir mis en évidence certaines tensions qui ressortent des contributions présentées lors de cette table ronde entre le souhait de flexibilité et la nécessité de disposer d'informations suffisamment précises pour décider si un demandeur remplit les conditions requises pour recevoir un marqueur et bénéficier d'un régime de clémence. Il demande ensuite à la délégation russe d'expliquer certains changements envisagés qui sont mentionnés dans sa contribution écrite.

La délégation **russe** décrit le cadre général de répression des ententes en Russie, ainsi que les caractéristiques de base de son programme de clémence et de son système de marqueurs. La lutte contre les ententes est, depuis 2008, l'une des principales priorités du Service fédéral anti-monopole (FAS), qui dispose d'un département spécialisé de répression des ententes. Un programme de clémence, comportant un système de marqueurs, a été mis en place par décision du directeur du FAS la même année. Le programme de clémence offre une immunité totale au premier membre d'une entente qui se fait connaître et des réductions d'amendes aux demandeurs suivants. Le programme a bien fonctionné et permis de faire émerger un flux constant d'affaires. Leur nombre pourrait néanmoins être supérieur si l'approche de la clémence adoptée par les tribunaux administratifs (relevant de la compétence du FAS) et celle retenue par les juridictions pénales (sous la responsabilité d'autres autorités) était harmonisée.

La délégation russe évoque les changements actuellement débattus par le Parlement dans le cadre d'un quatrième dispositif législatif anti-monopole. Le principal objectif de ces propositions est d'accroître le degré de certitude juridique pour les demandeurs et d'améliorer les procédures de clémence et d'attribution de marqueur. Si fois ces modifications sont adoptées, les demandeurs devraient pouvoir s'enquérir anonymement, y compris par téléphone, de la possibilité d'obtenir l'immunité. Il existerait en outre une procédure unifiée d'enregistrement des demandes pour l'ensemble des bureaux régionaux du FAS, ainsi qu'un formulaire unique à soumettre par les candidats à un régime de faveur, regroupant l'ensemble des informations pertinentes concernant l'entente et une déclaration attestant du demandeur à coopérer sans réserve. Le FAS pourrait également prolonger la période de validité des marqueurs au-delà du délai impératif actuel de 30 jours. Enfin, la partie de la décision finale traitant de la demande de clémence deviendrait confidentielle, ce qui protégerait les demandeurs de conséquences négatives indues. En dehors de ces changements, qui pourraient entrer en vigueur en 2015, des discussions destinées à harmoniser les approches de la clémence suivies par les tribunaux administratifs et pénaux, ainsi que la coopération en matière de clémence dans le cadre de l'espace économique eurasiatique, sont actuellement en cours.

Le **Président** remercie les délégations qui sont intervenues et demande au Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC) de communiquer ses commentaires concernant les questions abordées et de présenter la proposition de guichet unique décrite dans sa contribution écrite.

En premier lieu, la délégation du **BIAC** souligne que les contributions écrites et les discussions de cette table ronde montrent qu'il existe de nombreux points communs entre les approches de la clémence et des marqueurs adoptées par divers pays. De légères différences peuvent apparaître sur certains aspects, tels que les délais ou les obligations d'information imposées aux demandeurs de marqueurs, les systèmes de répression pénale tendant à privilégier des seuils moins élevés pour l'obtention d'un marqueur et plus élevés pour parachever une demande, et vice-versa pour les systèmes administratifs. Dans l'ensemble néanmoins, il n'existe pas d'incompatibilité ni de conflit entre les systèmes de marqueurs des divers pays, ce qui, du point de vue des entreprises, est un atout.

La proposition de guichet unique n'a guère reçu d'attention pour le moment, peut-être du fait du caractère relativement nouveau des systèmes de clémence et de marqueurs dans de nombreux régimes d'application de la loi. Le BIAC fait observer qu'un guichet unique international d'attribution de marqueurs constituerait une avancée positive, non seulement pour les demandeurs, mais aussi pour les autorités de la concurrence. L'effet serait particulièrement bénéfique pour les autorités de la concurrence dont les régimes de clémence sont les moins développés ou les moins efficaces, qui semblent rencontrer des difficultés pour inciter des membres d'ententes internationales à se faire connaître. Ces demandeurs contactent naturellement les autorités des grands pays développés mais beaucoup moins celles des pays moins développés, même si l'entente peut avoir un impact sur ceux-ci. Un guichet unique remédierait au moins en partie à ce problème, et faciliterait la clémence et la répression dans les pays dont les régimes sont moins développés.

Le **Président** indique que, même si l'idée d'un guichet unique peut paraître séduisante, un certain nombre d'obstacles non négligeables rendent difficile de la concrétiser à ce stade. Il s'agit entre autres des différences entre régimes répressifs et systèmes de marqueurs d'un pays à l'autre pays. On peut aussi se demander si, du point de vue de la dissuasion, il est nécessaire que tous les pays concernés prennent des mesures répressives qui, de surcroît, peuvent s'avérer difficiles à coordonner pour ne pas entraver les enquêtes des autres pays.

La délégation du **BIAC** répond qu'elle ne suggère pas que tous les pays affectés par une entente internationale prennent des mesures répressives, mais que, dans certains cas, la participation d'autorités de plusieurs pays pourrait faciliter le recueil des éléments de preuve dans les enquêtes. Elle souligne qu'il s'agit d'une question importante sur laquelle toutes les délégations devraient se pencher.

La délégation de l'**UE** reconnaît l'importance de cette question, mais que la mise en place d'un guichet unique s'accompagne de nombreuses difficultés pratiques. Elle mentionne les importants écueils que les discussions avec le **REC** ont mis en évidence. Par exemple, pour qu'un guichet unique d'attribution de marqueurs fonctionne, l'autorité concernée devrait déterminer si un marqueur est disponible ou s'il a déjà été attribué dans un autre pays pour tout ou partie de la même conduite. Les questions du périmètre d'une conduite et de la possibilité d'attribuer un marqueur étant déjà complexes lorsqu'un seul pays est concerné, elles le sont beaucoup plus dans un contexte international. De plus, il reviendrait à l'autorité destinataire d'un marqueur de s'assurer que les conditions requises pour l'obtention d'un marqueur sont remplies dans tous les pays potentiellement concernés. Toutes ces procédures prendraient du temps et aggraveraient le risque de fuites à un stade où la confidentialité est primordiale pour le succès de l'enquête. Cumulées, ces difficultés concrètes rendent la mise en place d'un guichet unique très difficile.

La délégation **canadienne** formule des commentaires supplémentaires au sujet de la proposition de guichet unique du **BIAC**. Elle commence par réaffirmer l'importance d'améliorer la coopération entre autorités et la nécessité d'une convergence sans heurts, propre à renforcer l'efficacité de l'application de la loi, dans l'intérêt à la fois des autorités et des entreprises. Dans ce contexte, un système à guichet unique d'attribution de marqueurs constitue un objectif légitime, mais difficile à atteindre en raison de multiples obstacles pratiques, dont ceux mentionnés par la délégation de l'**UE**. Ces difficultés sont amplifiées par les différences de procédures dans les systèmes judiciaires et administratifs. Dans un régime pénal, l'immunité ou la clémence sont, le plus souvent, accordées par le parquet. Il en résulte des complications pratiques supplémentaires. En outre, ainsi que l'a montré la discussion, les seuils fixés pour l'octroi d'un marqueur, de l'immunité ou de la clémence diffèrent d'un système à un autre. Compte tenu de toutes ces difficultés pratiques, il est douteux que l'introduction d'un guichet unique d'attribution de marqueurs se traduise par des gains d'efficacité.

Le **BIAC** est conscient de ces difficultés et fait référence à sa contribution à cette table ronde, qui étudie diverses solutions possibles pour les surmonter.

8. Questions et commentaires

Avant de clore les débats, le **Président** invite les participants à faire part de leurs questions et commentaires au sujet des points abordés lors de la table ronde.

La délégation de la **Colombie** prend la parole et précise que, dans son système, l'instigateur d'une entente ne peut pas bénéficier de l'immunité, ce qui peut dissuader certaines sociétés de se faire connaître, notamment en cas de changements au sein de l'équipe dirigeante. La délégation colombienne demande à celle des **États-Unis** de relater son expérience concernant l'application d'une règle similaire. La délégation des **États-Unis** répond qu'elle a opté pour une définition étroite du concept d'« instigateur », qui recouvre généralement l'exercice de contraintes sur autrui ou la conduite de la totalité de l'entente par le seul instigateur. Des

entreprises n'ayant pas exercé de contrainte sur autrui mais ayant simplement été à l'origine d'un contact, et auxquelles les autres ont emboîté le pas, ont déjà bénéficié de la clémence et ont obtenu un marqueur.

La délégation **sud-africaine** interroge la délégation américaine au sujet des perquisitions et de leurs effets potentiels sur la course à la clémence. Il est d'usage, en Afrique du sud, de publier un communiqué de presse immédiatement après une perquisition, pour ne pas donner un avantage indu, dans la course à la clémence, aux sociétés perquisitionnées qui, par définition, sont informées de l'enquête. Cet usage a toutefois été mis en cause par des avocats d'autres pays. La délégation des **États-Unis** répond que le ministère américain de la Justice ne publie pas de communiqué de presse après une perquisition. Elle estime qu'une perquisition ne confère pas d'avantage indu aux entreprises qui en font l'objet. D'ordinaire, le ministère américain de la Justice procède à la perquisition de toutes les entreprises relevant de sa juridiction et coordonne son action avec les autorités étrangères pour que des perquisitions soient effectuées simultanément dans toutes les sociétés concernées. Même en l'absence de perquisitions simultanées, la nouvelle des perquisitions tend à se répandre rapidement, ce qui permet aux sociétés auxquelles le ministère américain de la Justice n'a pas eu accès d'étudier leur situation pour déterminer s'il existe un problème méritant d'être notifié au ministère dans le cadre de son programme de clémence.

La délégation **autrichienne** précise que si, en Autriche, l'attribution d'un marqueur n'est pas discrétionnaire, la discussion montre que, dans de nombreux pays, les autorités disposent à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Elle demande donc à d'autres délégations d'expliquer l'importance de ce pouvoir discrétionnaire et de faire part de leur expérience concernant son application.

La délégation de l'**UE** explique en réponse que son expérience des marqueurs discrétionnaires est positive. La Commission peut décider d'accorder ou non un marqueur. En dépit de l'absence de statistiques concernant le nombre de demandes rejetées, il est rare que la Commission refuse d'accorder un marqueur. Elle a néanmoins agi de la sorte dans des affaires où il était clair que la conduite dénoncée ne constituait pas une entente, ou que l'affaire serait mieux traitée par une autre autorité de la concurrence au sein de l'UE. Dans cette perspective, la Commission use de son autorité discrétionnaire pour faciliter la répartition des affaires dans le REC et minimiser le nombre de cas dans lesquels une procédure serait vouée à l'échec.

La délégation des **États-Unis** formule également des commentaires et souligne qu'il arrive au ministère américain de la Justice de refuser un marqueur lorsqu'après description de la conduite en cause, il conclut que le demandeur ne serait pas à même de dénoncer une infraction pénale au droit de la concurrence que les autorités judiciaires pourraient poursuivre. Le candidat potentiel à un régime de faveur peut néanmoins poursuivre son enquête interne et solliciter l'attribution d'un nouveau marqueur s'il recueille des éléments de preuve répondant aux attentes du ministère américain de la Justice.

La délégation **australienne** revient sur l'impossibilité pour les instigateurs de bénéficier de l'immunité évoquée antérieurement par la délégation colombienne. Le programme australien de clémence comportait autrefois une disposition excluant l'immunité pour les meneurs d'une entente ou les membres qui ont usé de la contrainte. Cette disposition a toutefois été réformée en raison de la difficulté, dans certains cas, d'identifier sans ambiguïté l'instigateur d'une entente. En effet, au cours de la durée de vie d'une entente, les entreprises qui en sont membres peuvent jouer des rôles différents, ce qui complique l'identification claire d'un chef de file. Il a donc été décidé de modifier le programme de clémence pour que seuls les membres de l'entente qui avaient contraint d'autres membres à participer à cette entente ou à continuer d'en faire partie ne puissent pas bénéficier de l'immunité.

Le **Président** clôt la discussion et remercie toutes les délégations de leur contribution et de leur participation.