

Analyse comparée des règles de droit de la concurrence
applicables aux phénomènes de collusion
dans l'industrie de la construction

présentée à

la **Commission d'enquête
sur l'octroi et la gestion des contrats publics
dans l'industrie de la construction**

par

Me Yves Comtois

Rapport final - décembre 2014

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
SYNTHÈSE.....	8
QUESTION #1:.....	11

Résumer l'état du droit de la concurrence dans les principaux pays et juridictions de l'OCDE (à savoir les États-Unis, l'Union européenne, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Australie et le Canada) relativement à la prévention et la répression des cartels dans le domaine de la construction, en ce qui concerne notamment les règles applicables et la nature des sanctions imposées (qu'elles soient de nature pénale ou administrative), et incluant un examen des programmes d'immunité et des programmes de clémence mis en oeuvre dans ces juridictions pour renforcer l'efficacité de leur régime de répression des cartels

1.1 États-Unis.....	11
A. Règles applicables.....	11
B. Autorité compétente et procédure.....	12
C. Sanctions.....	13
D. Programme de clémence.....	16
E. Développements récents.....	20
1.2 Union européenne.....	24
A. Règles applicables.....	25
B. Autorité compétente et procédure.....	27
C. Sanctions.....	28
D. Programme de clémence.....	32
E. Développements récents.....	34
1.3 France.....	39
A. Règles applicables en matières civiles.....	40
B. Autorité compétente et procédure en matières civiles.....	41
C. Sanctions civiles.....	41
D. Programme de clémence.....	44
E. Développements récents en matières civiles.....	45
F. Volet Criminel.....	51
1.4 Allemagne.....	53
A. Règles applicables.....	53
B. Autorité compétente et procédure.....	54
C. Sanctions.....	54

D. Programme de clémence.....	55
E. Développements récents.....	56
F. Volet criminel.....	57
1.5 Royaume-Uni.....	59
A. Règles applicables.....	59
B. Autorité compétente et pouvoirs d'enquêtes.....	61
C. Procédure et sanctions.....	62
D. Programme de clémence.....	64
E. Développements récents.....	65
1.6 Pays-Bas	71
A. Règles applicables.....	71
B. Autorité compétente et procédure.....	72
C. Sanctions.....	74
D. Programme de clémence.....	78
E. Développements récents.....	79
1.7 Australie.....	83
A. Règles applicables.....	83
B. Autorité compétente et procédure.....	84
C. Sanctions.....	85
D. Programme de clémence.....	87
E. Développements récents.....	88
1.8 Canada.....	90
A. Règles applicables.....	90
B. Autorité compétente et procédure.....	94
C. Sanctions.....	96
D. Programme de clémence.....	99
E. Développements récents.....	102
Question #2.....	109

Pour autant que la question ait déjà été examinée ou mesurée par une autorité compétente concernée, renseigner la Commission sur l'efficacité des moyens législatifs adoptés (c'est-à-dire la mesure dans laquelle les règles et sanctions applicables dans ces juridictions parviennent en pratique à prévenir ou limiter les cas de cartels dans le domaine de la construction).

Question #3.....	112
-------------------------	------------

Le cas échéant, traiter des principaux débats ou discussions ayant cours dans ces juridictions, dans le but de renforcer ou d'amender ces règles.

Question #4.....115

Décrire et expliquer les différences pouvant exister entre les règles et sanctions applicables dans ces juridictions et celles en vigueur au Canada.

Question #5.....118

Pour les pays ou juridictions qui ont une structure fédérale, analyser comment co-existent ou se complètent les régimes de droit de la concurrence propres à chacun des ordres de gouvernement ayant compétence au sein de la fédération concernée, particulièrement en ce qui concerne la lutte à la collusion dans le domaine de la construction.

5.1 États-Unis.....118**5.2 Union européenne.....118****5.3 Allemagne.....122****5.4 Australie.....123****5.5 Canada.....124**

INTRODUCTION

Dans toutes les principales juridictions occidentales, les ententes entre entreprises concurrentes (ou «cartels») qui ont pour objet ou effet de fixer les prix de vente, ou de se répartir des marchés ou des clients, constituent des infractions graves au droit de la concurrence. Plutôt que de laisser libre cours au jeu de la concurrence, qui force les entreprises à vendre moins cher et à améliorer la qualité de leurs produits pour conserver ou augmenter leurs parts de marché, les entreprises qui concluent ce type d'ententes faussent le jeu de la concurrence en s'entendant secrètement par exemple sur un prix plancher pour le produit ou service qu'elles offrent, en se réservant mutuellement l'exclusivité de certains clients, ou en se répartissant les contrats accordés par appel d'offres par une autorité publique. Ces ententes sont bien sûr très profitables pour les entreprises qui les mettent en oeuvre, mais extrêmement néfastes pour le consommateur et l'économie en général puisqu'elles entraînent généralement une augmentation sensible du prix des produits. Elles sont donc unanimement condamnées par les régimes de concurrence de tous les pays. Puisqu'elles ne présentent que des inconvénients et aucun avantage, elles sont couramment désignées dans le jargon international de la concurrence, et notamment par l'OCDE¹, sous le nom de «ententes injustifiables» (ou, de manière plus éloquente en anglais, de «*hard core cartels*»).

Un survol rapide des décisions des autorités réglementaires nous enseigne que les «ententes injustifiables» sont malheureusement présentes dans tous les secteurs de l'économie. Elles ne sont pas propres à un domaine d'activités donné, comme celui de la construction par exemple. Certes, certaines caractéristiques inhérentes aux activités dans ce secteur favorisent sans doute la conclusion d'ententes illicites: la valeur importante des contrats accordés, les coûts élevés de préparation d'une offre en réponse à un marché public, le caractère souvent régional des marchés en cause vecteur de contacts fréquents entre entreprises, le caractère répétitif de plusieurs contrats accordés, sont autant de facteurs pouvant inciter les joueurs sur le marché à s'entendre pour se partager les contrats «de manière équitable» plutôt que de se faire farouchement concurrence². Cependant, ces facteurs existent aussi dans d'autres secteurs de l'économie. En conséquence, il n'est pas surprenant de constater que les régimes de droit de la concurrence que nous avons examinés pour les fins de ce rapport ne comportent aucune règle qui soit spécifique au secteur de la construction. Dans toutes ces juridictions, le secteur de la construction reste soumis aux mêmes règles de concurrence que toutes les autres branches de l'économie.

¹ Voir notamment, OCDE, «Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables», C(98)35/FINAL, 25 mars 1998, disponible au <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=fr&Book=False>.

² Voir à cet égard, OCDE, «Competition and Procurement - Key Findings», 2011, à la p.13, disponible au <http://www.oecd.org/regreform/sectors/competitionandprocurement-2011.htm> (ci-après «OCDE - Key Findings on Competition and Procurement»).

Puisque l'appel d'offres est le mode privilégié de passation des contrats dans le domaine de la construction, l'une des formes les plus fréquentes d'ententes anticoncurrentielles dans ce secteur est le truquage d'offres (ou «soumissions concertées»). On peut le définir globalement comme une entente secrète entre soumissionnaires concurrents par laquelle ceux-ci tentent de fausser le processus d'adjudication pour faire monter les prix. Le truquage d'offres peut prendre plusieurs formes: les entreprises peuvent décider par exemple que certaines d'entre elles s'abstiendront de présenter une offre ou retireront une offre déjà déposée, afin de permettre au soumissionnaire désigné entre elles de remporter le contrat; elles peuvent convenir aussi de déposer des offres qu'elles savent trop élevées, pour garantir que l'offre du soumissionnaire choisi d'avance sera retenue, tout en maintenant l'apparence d'un marché public très compétitif (phénomène dit d'«offres de couverture»); elles peuvent s'entendre sur un système de rotation, en vertu duquel chaque entreprise est autorisée à tour de rôle à déposer l'offre la plus basse pour remporter le marché; elles peuvent enfin convenir que l'entreprise qui s'est abstenue de soumissionner, ou qui a délibérément présenté une offre trop élevée, sera compensée par l'octroi d'un contrat de sous-traitance par le vainqueur de l'appel d'offres. Toutes ces formes de truquage d'offres ont un point en commun: le choix préalable et secret du vainqueur de l'appel d'offres et la restriction ou élimination de la concurrence entre les soumissionnaires prospectifs³. Il s'agit d'un type particulièrement dommageable d'ententes anticoncurrentielles puisque ses principales victimes sont dans la plupart des cas les autorités publiques et, par ricochet, les contribuables. Dans certaines juridictions (comme le Canada), le truquage d'offres est interdit de manière spécifique. Dans d'autres pays, il est considéré comme une forme d'entente pour fixer les prix ou pour partager des marchés et est donc réprimé en vertu des règles générales de leur régime qui interdisent les «ententes injustifiables». Toutefois, puisque le truquage d'offres n'existe pas exclusivement dans le secteur de la construction, on constate donc ici aussi qu'aucune des juridictions examinées n'a édicté de règles de droit de la concurrence visant spécifiquement à enrayer les phénomènes de truquage d'offres dans cette industrie.

Le présent rapport présente une analyse comparée des règles de droit de la concurrence applicables aux phénomènes de collusion dans l'industrie de la construction, qui ont été adoptées dans huit juridictions importantes, à savoir les États-Unis, l'Union européenne, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Australie et le Canada. En réponse à vos questions, nous examinerons à tour de rôle l'état du droit dans chacune de ces juridictions (question #1), traiterons brièvement de l'efficacité de ces régimes (question #2) et des discussions en cours, le cas échéant,

³ Pour une typologie des pratiques de truquage d'offres, voir notamment le document publié par les autorités américaines intitulé «Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For», disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>. Voir également, OCDE, «Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics», 2009, à la p. 2, disponible au <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/ententes/42340181.pdf> (ci-après les «Lignes directrices de l'OCDE»).

pour amender ou renforcer les règles existantes (question #3), puis identifierons de manière un peu plus précise les principales différences pouvant exister entre le régime canadien et celui des autres juridictions examinées (question #4). Dans une cinquième et dernière section, nous examinerons de quelle manière ces règles de concurrence sont appliquées dans les pays qui, parmi les juridictions examinées, ont une structure fédérale (question #5).

Bien que nous nous soyons efforcés, en rédigeant ce rapport, de nous concentrer sur les règles de concurrence qui sont le plus susceptibles de s'appliquer au secteur de la construction, il importe de préciser d'emblée que, pour les raisons mentionnées dans les paragraphes qui précèdent, toutes ces règles ont une portée générale et ne sont pas spécifiques au secteur. Il est important de mentionner de plus que ces règles de concurrence sont évidemment incapables à elles seules de solutionner l'ensemble des problèmes qui plombent le secteur de la construction. L'un des objectifs premiers du droit de la concurrence est de s'attaquer aux cartels ou à la collusion entre concurrents, c'est-à-dire aux ententes secrètes par lesquelles des entreprises tentent de déjouer le jeu normal de la concurrence. Les phénomènes de corruption, d'infiltration du crime organisé ou de financement illicite, qui peuvent parfois accompagner la mise en oeuvre d'ententes anticoncurrentielles⁴, sont cependant étrangers au champ d'application du droit de la concurrence. À ce titre, les règles qui font l'objet du présent rapport ne constituent donc que l'un des moyens disponibles dans un arsenal beaucoup plus vaste de mesures que les autorités publiques peuvent mettre en oeuvre pour assainir les moeurs commerciales au sein de ce secteur.

Le présent rapport tient compte des développements législatifs, jurisprudentiels et administratifs jusqu'au 31 octobre 2014.

⁴ Selon l'OCDE, «la collusion et la corruption sont des problèmes distincts qui touchent la passation des marchés publics, mais ils se produisent souvent concomitamment, et leurs effets se renforcent mutuellement. Il convient donc de les envisager conjointement comme une menace pesant sur l'intégrité des marchés publics». Voir OCDE, «Collusion and Corruption in Public Procurement», 2010, à la p. 15, disponible au <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235399.pdf> (ci-après «OCDE - Collusion and Corruption»).

SYNTHÈSE

Au niveau des règles de fond, aucune des juridictions étudiées n'applique des règles de concurrence qui soient spécifiques au secteur de la construction. Dans toutes ces juridictions par contre, les ententes entre concurrents de type «injustifiable» (incluant les ententes pour fixer les prix, partager les marchés ou pour truquer des appels d'offres) sont interdites de manière automatique. À cet égard, les règles de concurrence sont bien harmonisées sur le plan international.

La caractéristique principale qui permet de distinguer les juridictions examinées est la nature du régime d'interdiction mis en place dans ces pays. Certaines juridictions, comme l'Union européenne, ont un régime de nature exclusivement civile qui ne s'applique qu'aux «entreprises». D'autres pays, comme les États-Unis et le Canada, ont un régime d'interdiction des cartels à caractère exclusivement criminel. Celui-ci est susceptible de s'appliquer tant aux compagnies qu'aux individus (tels que les hauts dirigeants ou les employés des compagnies fautives) qui ont participé à l'infraction. D'autres pays, enfin, ont un régime à caractère hybride. En France, en Allemagne et au Royaume-Uni, par exemple, les compagnies qui participent à des ententes «injustifiables» reçoivent des sanctions civiles et les employés de celles-ci qui ont pris une part active aux cartels peuvent faire l'objet de poursuites pénales.

Cette caractéristique essentielle a un impact déterminant sur plusieurs aspects des régimes d'interdiction.

Premièrement, elle influence fortement l'attribution des compétences en matière de sanctions. Dans la plupart des régimes civils, par exemple, l'autorité qui a le pouvoir de faire enquête est également celle qui est habilitée à imposer des sanctions. Les entreprises qui voudraient attaquer le bien-fondé d'une telle décision doivent s'adresser aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. Les régimes criminels en revanche opèrent toujours une distinction très nette entre les rôles d'instruction et d'adjudication, et les sanctions sont imposées par les tribunaux.

Deuxièmement, elle détermine aussi bien sûr le fardeau de preuve qui pèse sur les autorités de surveillance. Dans les régimes criminels, les autorités ne peuvent réussir à faire interdire une entente illicite que si elles en font la preuve «hors de tout doute raisonnable». Le fardeau de preuve des autorités qui appliquent un régime civil est moins lourd.

Troisièmement, elle influence également la portée de l'interdiction des comportements collusoires entre entreprises. Dans les régimes à caractère criminel que nous avons étudiés, l'interdiction ne s'applique que si les autorités parviennent à démontrer l'existence d'une véritable «entente» entre les parties (c'est-à-dire une rencontre de volonté en vue d'atteindre un objectif commun). En revanche, sous l'influence du droit européen, la plupart des régimes civils ont un champ d'application un peu plus large qui

interdit également les «pratiques concertées», une notion un peu moins contraignante que celle d'«entente».

Enfin, le caractère civil ou criminel des régimes détermine évidemment la nature des sanctions qui peuvent être imposées. Les régimes civils n'imposent pour l'essentiel que des sanctions pécuniaires (contre les entreprises et, parfois, contre les individus). Les régimes criminels sanctionnent les personnes coupables non seulement au moyen d'amendes, mais aussi de peines d'emprisonnement contre les individus. Sous l'impulsion des États-Unis, qui considèrent que les peines de prison constituent l'arme de dissuasion la plus efficace contre les cartels, il existe au niveau international une tendance assez prononcée vers une criminalisation du droit de la concurrence et l'imposition de peines de plus en plus sévères contre les individus. Ce mouvement est bien implanté au Canada et s'installe graduellement en Europe, parfois avec quelques ratés.

En ce qui concerne le niveau des sanctions pécuniaires imposées (qu'elles soient de nature civiles ou criminelles), les principes appliqués par les différentes juridictions examinées sont assez bien harmonisés. Dans la plupart des pays, le montant de base de l'amende correspond généralement à un pourcentage (en moyenne 20%) du montant total des ventes de chaque entreprise fautive, qui sont affectées par le cartel. Ce montant de base est ensuite ajusté à la hausse (ou à la baisse) en fonction d'une série de facteurs aggravants (ou atténuants), tels que la récidive, le rôle actif (ou passif) joué par l'entreprise au sein du cartel, ou l'adoption de mesures de rétorsion. Dans certaines juridictions, en particulier en Europe, le calcul des amendes est un exercice relativement transparent et systématique qui s'appuie sur des lignes directrices précises. Aux États-Unis, les juges se fondent sur des *Sentencing Guidelines* très détaillés pour fixer le montant des peines qu'ils imposent. Au Canada et en Australie, le calcul des amendes est un exercice est peu plus opaque et la prise en compte des facteurs aggravants ou atténuants ne se fait pas de manière aussi systématique.

Au delà des règles et des sanctions applicables, les autorités de concurrence développent régulièrement différents outils ou pratiques pour augmenter l'efficacité de leur régime d'interdiction.

Toutes les juridictions étudiées ont par exemple adopté un programme de clémence. En vertu de ce dernier, l'entreprise fautive qui est la première à alerter l'agence de surveillance de l'existence d'un cartel et qui accepte de collaborer à l'enquête, se voit accordée (tant en matières civiles que criminelles) une immunité totale d'amendes ou de sanctions pénales. Les entreprises subséquentes qui n'arrivent pas premières mais qui acceptent tout de même de se confesser et de collaborer reçoivent pour leur part une réduction significative de leurs peines. Au cours des 10 dernières années, ce genre de programme est devenu, pour toutes les juridictions, le principal outil de détection des cartels, et une part significative des sanctions imposées lui sont directement attribuables.

Un autre outil de détection favorisé, particulièrement en matière de soumissions concertées, est l'élaboration de programmes d'éducation et de sensibilisation des autorités responsables de l'adjudication de marchés publics aux problèmes de truquages d'offres, et la création de canaux de communication directs entre ces dernières et les autorités de concurrence. Cet outil est particulièrement préconisé par l'OCDE puisque les autorités publiques qui administrent les appels d'offres ont souvent une connaissance intime des marchés avec lesquels elles transigent et sont donc extrêmement bien placées pour détecter la présence d'irrégularités ou de comportements suspects.

Bien qu'il soit difficile de mesurer la proportion des cartels qui sont finalement détectés, l'emploi de ces différents outils semblent avoir porté certains fruits. Au cours des dernières années, d'importantes décisions à très grandes échelles ont été adoptées par plusieurs autorités de concurrence en matière de truquage d'offres dans l'industrie de la construction, incluant dans l'Union européenne, en France et au Royaume-Uni. Ces décisions, par l'ampleur de leur portée et par l'important battage médiatique qui les ont entourées, semblent avoir contribué à sensibiliser les entreprises aux règles de concurrence et à instaurer une certaine «culture de conformité» au sein des marchés. Le régime français, en particulier, compte un nombre impressionnant de décisions condamnant des cas de truquages dans l'industrie de la construction, même à une échelle très locale. Ces succès semblent être en partie attribuables à une décentralisation importante des pouvoirs d'enquêtes à l'échelle du territoire, ainsi qu'au rôle de surveillance très actif joué par les autorités régionales publiques d'adjudication.

Plusieurs des régimes étudiés ont une structure fédérale ou, dans le cas de l'Union européenne, supranationale. En fonction de leurs règles constitutionnelles, ces juridictions ont dû élaborer un mode de partage de compétences en matière de concurrence, entre le gouvernement central d'une part, et celui des entités fédérées, d'autre part. De manière intéressante, il semble y avoir à ce niveau autant de modèles qu'il y a de juridictions. Aux États-Unis, par exemple, les deux paliers de gouvernement (le gouvernement fédéral et les *States*) sont compétents en matière de concurrence et chaque palier applique ses propres règles. Dans l'Union européenne, les institutions communautaires et les États membres sont tous compétents en matière de concurrence, mais les autorités nationales de concurrence de chaque État membre sont également compétentes pour appliquer les règles communautaires, en plus de leurs propres règles nationales. En Allemagne, le droit communautaire est de compétence fédérale mais les règles sont appliquées à la fois par une autorité fédérale et par les autorités de concurrence des *Länder*. En Australie, les deux paliers de gouvernement sont compétents, mais les États fédérés ont confié administrativement à une autorité fédérale centrale la responsabilité d'appliquer l'ensemble des règles. Au Canada, enfin, la *Loi sur la concurrence* est une loi fédérale appliquée par les autorités fédérales et les provinces ne jouent aucun rôle.

DISCUSSION

1. QUESTION #1

Résumer l'état du droit de la concurrence dans les principaux pays et juridictions de l'OCDE (à savoir les États-Unis, l'Union européenne, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Australie et le Canada) relativement à la prévention et la répression des cartels dans le domaine de la construction, en ce qui concerne notamment les règles applicables et la nature des sanctions imposées (qu'elles soient de nature pénale ou administrative), et incluant un examen des programmes d'immunité et des programmes de clémence mis en oeuvre dans ces juridictions pour renforcer l'efficacité de leur régime de répression des cartels.

1.1 ÉTATS-UNIS

Les États-Unis sont souvent perçus comme une juridiction phare en droit de la concurrence⁵. Les américains ont une expérience très vaste en matière d'application des règles de concurrence, qui s'étend sur plus d'un siècle, et ils ont mis en oeuvre un régime de sanctions musclé pour punir les violations du droit de la concurrence. Les américains ont aussi une présence et une influence très fortes dans les forums internationaux qui discutent de réforme et de convergence des différents régimes nationaux règlementant la concurrence.

A. Règles applicables

La principale disposition de fond en matière de concurrence aux États-Unis est l'article 1 du *Sherman Act*⁶, une loi fédérale. Cette disposition est libellée en termes très larges. Elle prohibe simplement tous les «contrats ou complots qui restreignent le commerce»⁷. Au fil des ans toutefois, la jurisprudence a élaboré des critères pour déterminer dans quelles circonstances ceux-ci seraient jugés illégaux.

Premièrement, les autorités doivent d'abord faire la preuve de l'existence d'une «entente» entre les parties. Celle-ci n'a pas besoin d'être écrite (bien peu d'ententes

⁵ Aux États-Unis, le droit de la concurrence est connu sous le nom de «*antitrust law*».

⁶ 15 USC §1.

⁷ «*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*»

anticoncurrentielles le sont!). Elle peut être verbale, et elle peut s'inférer de la preuve circonstancielle. Mais les autorités doivent néanmoins faire la preuve d'une véritable rencontre de volonté entre au moins deux parties en vue d'atteindre un objectif commun⁸. Ainsi, par exemple, la simple preuve de communications entre les parties est insuffisante pour constituer une infraction à l'article 1 du *Sherman Act*, en l'absence de preuve de l'intention des parties de mettre à exécution un objectif commun. De même, la preuve qu'une personne a pris une décision unilatérale que les autres parties ont, de façon indépendante, décidé de suivre est insuffisante.

Deuxièmement, seules les ententes qui restreignent «déraisonnablement» la concurrence («*unreasonable restraint of trade*») contreviennent à l'article 1 du *Sherman Act*. Toujours selon la jurisprudence, certains types d'ententes sont si manifestement préjudiciables à la concurrence que leur caractère «déraisonnable» est présumé. Ces ententes sont jugées illégales «*per se*», c'est-à-dire qu'elles sont automatiquement interdites. La liste de ces ententes a varié au cours des ans, mais il s'agit essentiellement des ententes entre concurrents pour fixer les prix, partager les marchés ou limiter la production. Cette liste correspond donc aux ententes qualifiées d'«injustificables» («*hard core cartels*») par l'OCDE.

Aux États-Unis, le truquage d'offres ne fait pas l'objet d'une prohibition distincte et spécifique. Toutefois, comme ce type d'entente ne constitue en fait qu'une forme particulière de collusion pour fixer les prix ou se répartir le marché, il est également frappé d'une interdiction «*per se*».

La nature des sanctions pour violation de l'article 1 du *Sherman Act* est largement fonction du type d'entente examinée. Pour les complots qui tombent dans la catégorie des ententes illégales «*per se*», incluant le truquage d'offres, ces sanctions, ainsi que la procédure mise en oeuvre pour les imposer, sont de nature criminelle⁹. Cela signifie notamment que pour obtenir une condamnation, les autorités doivent faire la preuve de l'infraction «hors de tout doute raisonnable».

B. Autorité compétente et procédure

L'enquête est menée par le *Antitrust Division of the US Department of Justice* (le «*DOJ*»), qui compte près de 650 employés et dont les bureaux principaux sont situés à Washington. L'agence exploite également trois bureaux régionaux situés à Chicago, New York et San Francisco¹⁰.

⁸ «[...] *there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove [...] a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.*» *Monsanto Co. c. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984) à la p. 768.

⁹ Voir US Department of Justice, «Antitrust Division Manual», Novembre 2012, III- C.1., à la p. III-12, disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/atrdvman.pdf> (le «*Division Manual*»).

¹⁰ Quatre autres bureaux régionaux, situés à Atlanta, Cleveland, Dallas et Philadelphie ont été fermés en janvier 2013.

La loi confère au *DOJ* de vastes pouvoirs d'enquête, incluant la possibilité d'effectuer des perquisitions et saisies (avec autorisation judiciaire). Ces enquêtes se font régulièrement avec l'assistance d'autres agences gouvernementales telles que le FBI. Les membres de ces agences fournissent notamment de l'aide dans la localisation et la rencontre de témoins, l'exécution de mandats de perquisitions ou pour faire de la surveillance¹¹.

Notons que le *DOJ* est non seulement chargé de l'application des dispositions criminelles du *Sherman Act*, mais il est également compétent pour enquêter et pour engager des poursuites à l'égard d'autres crimes à caractère économique, lorsque ceux-ci découlent d'un comportement qui viole aussi le *Sherman Act*, ou lorsqu'ils nuisent au processus concurrentiel¹². On peut donner en exemple les infractions de fraude, de fausses déclarations ou d'octroi de pots-de-vin qui peuvent accompagner les infractions de truquages d'offres¹³.

Lorsque le *DOJ* conclut au terme de son enquête qu'une infraction a été commise, la procédure de mise en accusation est lancée. En l'absence du règlement de l'affaire par l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité et d'une recommandation conjointe de sentence («*plea agreement*»), une mise en accusation formelle est prononcée par un *Grand Jury* («*indictment*») et l'inculpé est cité à procès. Le verdict de culpabilité, ou d'acquittement, est prononcé au terme du procès, généralement par un jury. Les sentences sont pour leur part imposées par un juge. La grande majorité des accusations criminelles se règlent au moyen de *plea agreements*.

C. Sanctions

Les sanctions peuvent être imposées tant à l'encontre de compagnies que d'individus (par exemple, les employés d'une l'entreprise qui ont participé à l'infraction). Afin d'accroître le caractère dissuasif des sanctions, et d'empêcher que l'imposition d'amendes ne devienne qu'un simple «coût d'exploitation» défrayé par les entreprises, sans véritable impact sur les individus qui ont perpétré l'infraction, le *DOJ* a développé dans la dernière décennie une politique ferme de mise en accusation des individus, et demande l'imposition de peines (sous forme d'amendes et surtout de peines d'emprisonnement) de plus en plus sévères contre ceux-ci. Dans les forums internationaux, le DOJ est un ardent défenseur du durcissement des régimes nationaux de concurrence et plaide vigoureusement en faveur de peines d'emprisonnement pour les individus.

¹¹ Scott D. Hammond, «A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program», Mars 2002, à la p. 13, disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/10862.htm> (ci-après «Hammond»).

¹² Voir *Division Manual*, *supra* note 9 aux pp. II-7 et s.

¹³ Voir les affaires récentes résumées ci-dessous au point 1.1.E.

1) amendes et peines d'emprisonnement

En vertu de la loi, l'amende maximale qui peut être imposée à une compagnie pour violation de l'article 1 du *Sherman Act* est de 100 millions \$US. Pour les individus, la peine maximale est de 10 ans de prison et/ou une amende de 1 million \$US¹⁴. De plus, aux termes du *Alternative Sentencing Act*, ces plafonds statutaires peuvent être relevés lorsque la poursuite parvient à démontrer que l'infraction a permis à l'accusé de réaliser un gain pécuniaire (ou a entraîné une perte pour les tiers). Dans ce cas, l'amende maximale peut s'élever jusqu'à deux fois le gain réalisé (ou deux fois la perte subie)¹⁵.

Ces sanctions sévères n'existent pas que sur papier. Dans les faits, les tribunaux américains prononcent régulièrement de lourdes amendes ainsi que des peines d'emprisonnement. L'amende la plus élevée jusqu'à maintenant est de 500 millions \$US, imposée en septembre 2012 à la société taiwanaise AU Optronics Corporation, pour sa participation à un cartel international dans la vente de panneaux d'affichage à cristaux liquides (LCD)¹⁶. Depuis la fin des années 90, le *DOJ* a réussi à obtenir l'imposition de 120 amendes de plus de 10 millions \$US contre des compagnies¹⁷. Du côté des individus, le bilan des sanctions est tout aussi sévère. En 2013, 72% des individus coupables de violation de l'article 1 du *Sherman Act* ont écopé d'une peine de prison ferme (en moyenne de 26 mois d'incarcération par individu)¹⁸. En 2012, ce pourcentage était de 82%. Selon une estimation privée, la durée moyenne des peines d'emprisonnement imposées durant la première moitié de l'année 2014 devrait s'élever à 43 mois, une augmentation spectaculaire¹⁹. À ce jour, la peine d'emprisonnement la plus lourde (par chef d'accusation) est de quatre ans. Elle fut prononcée en 2009 contre le dirigeant d'une compagnie, qui a plaidé coupable à une accusation de complot pour fixation de prix, partage de clients et truquage d'offres,

¹⁴ *Sherman Antitrust Act* 15 USC §1.

¹⁵ *Alternative Sentencing Act* 18 USC §3571(d).

¹⁶ Communiqué de presse du 20 septembre 2012, «Taiwan-Based AU Optronics Corporation Sentenced to Pay \$500 Million Criminal Fine for Role in LCD Price-Fixing Conspiracy», disponible au http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/287189.htm.

¹⁷ Voir «Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More», en date du 12 novembre 2014, disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.html>. Presque toutes ces amendes ont été imposées dans des cas de cartels internationaux dans des secteurs autres que celui de la construction.

¹⁸ Voir «Antitrust Division, Workload Statistics, FY 2004-2013», disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>.

¹⁹ Voir Gibson Dunn, «2014 Mid-Year Criminal Antitrust & Competition Law Update», 10 juillet 2014, disponible au <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/2014-Mid-Year-Criminal-Antitrust-and-Competition-Law-Update.pdf>

dans la vente de services de transports maritimes²⁰. C'est d'ailleurs probablement à ce chapitre que se distinguent avant tout les États-Unis des autres régimes nationaux de concurrence. Contrairement aux quelques autres juridictions occidentales qui prévoient la possibilité d'emprisonnement pour les individus, mais où la presque totalité des sentences prononcées sont des peines d'emprisonnement avec sursis, les tribunaux américains condamnent les individus à des peines d'emprisonnement ferme. On peut réellement faire de la prison aux États-Unis pour violation du droit de la concurrence.

Les peines sont calculées en tenant compte des directives énoncées dans les *Federal Sentencing Guidelines*, publiées par le *United States Sentencing Commission*²¹. Pour les compagnies, le montant de base de l'amende est fixé à 20% du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en relation avec l'infraction (le volume d'échange affecté)²². Ce montant est ensuite ajusté à la hausse en fonction d'une échelle de gravité basée sur une liste détaillée de facteurs aggravants et atténuants. Ces facteurs incluent la taille de l'entreprise en cause, l'insouciance ou la négligence démontrées par son personnel dirigeant à l'égard de la perpétration de l'infraction, la récidive, et le fait que l'infraction ait été commise malgré la mise en place par la compagnie d'une politique de conformité aux lois²³. Pour les individus, les lignes directrices recommandent une fourchette d'amende variant entre 1% à 5% du volume d'échange affecté, mais au minimum de 20 000 \$US²⁴, le tout sujet au plafond statutaire applicable. Pour leur part, les peines d'emprisonnement sont calculées par l'utilisation d'une grille proposant différentes fourchettes de durée d'incarcération, variant en fonction d'un coefficient de gravité²⁵. Celui-ci varie essentiellement en fonction du volume d'échange affecté²⁶. Le coefficient de gravité est par contre automatiquement augmenté d'un cran dans les cas de truquage d'offres²⁷. L'application de ces critères conduit à des peines d'emprisonnement pouvant varier de 10 à 108 mois. La durée des peines peut également être ajustée à la hausse ou à la baisse en tenant compte d'une série

²⁰ Communiqué de presse du 30 juin 2009, «Former Shipping Executive Sentenced to 48 Months in Jail for his Role in Antitrust Conspiracy», au http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/242030.htm.

²¹ Voir http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/index.cfm. Le *United States Sentencing Commission* est une agence indépendante relevant du pouvoir judiciaire américain, dont l'objectif est d'établir des politiques et pratiques en matière de détermination de la peine pour l'ensemble du droit criminel fédéral américain. Bien que ces lignes directrices ne lient pas les tribunaux, ceux-ci doivent cependant les prendre en considération: voir *United States c. Brooker*, 543 US 220 (2005) et *United States c. Gall*, 552 US 38 (2007).

²² USSG §2R1.1(d)(1).

²³ USSG §8C2.5 et §8C2.6.

²⁴ USSG §2R1.1(c)1.

²⁵ USSG §5A.

²⁶ USSG §2R1.1(b)2.

²⁷ USSG §2R1.1(b)1.

d'autres critères liés au comportement de l'individu, par exemple la mesure dans laquelle l'individu était l'instigateur ou le leader du complot, ou qu'il fait preuve de remord²⁸.

Dans tous les cas, le juge doit également appliquer les principes généraux de détermination de la peine édictés par le Code fédéral américain, tels l'importance du caractère dissuasif de l'amende, la prise en compte de la situation financière du défendeur, et la proportionnalité de la peine retenue par rapport aux sentences déjà prononcées pour un comportement similaire²⁹.

2) recours civils en dommages

En plus de prévoir l'imposition de sanctions criminelles, le droit américain comporte également une autre arme très redoutable dans son arsenal de sanctions. Il permet en effet à toute personne (compagnie, individu, autorité publique), victime d'un comportement contraire aux lois antitrust américaines de poursuivre les auteurs de l'infraction afin de recouvrer trois fois le montant des dommages subis («*treble damages*»)³⁰. Il s'agit d'une mesure dissuasive et punitive très importante, qui a donné naissance à une vaste culture du litige antitrust civil aux États-Unis. Elle explique également l'émergence d'une véritable industrie du recours collectif dans ce pays (profitable non seulement pour les victimes, mais aussi, sinon plus, pour les bureaux d'avocats qui se spécialisent dans ce type de recours), par le biais desquels la grande majorité des recours civils en «dommages triples» sont intentés.

D. Programme de clémence

Le bilan des autorités américaines ne serait pas aussi imposant aujourd'hui n'eût été de l'existence du programme de clémence du DOJ («*Leniency Programme*»).

L'intérêt de ce genre de programme résulte d'une caractéristique inhérente aux cartels: puisque ceux-ci sont par définition des infractions secrètes et donc difficilement détectables, les autorités ont depuis longtemps recherché un moyen d'encourager les entreprises à révéler volontairement leur participation à un complot avant que ces agissements ne soient autrement portés à leur connaissance. Le programme de clémence répond à cet objectif. Résumé succinctement, ce programme permet à une personne (entreprise ou individu) d'échapper à toute accusation criminelle, ou à recevoir une peine plus clémente, en contrepartie de la dénonciation du comportement anticoncurrentiel qu'elle a adopté et de sa pleine collaboration à la suite de l'enquête des autorités (en fournissant par exemple des renseignements ou témoignages servant à incriminer d'autres accusés). Ce programme, adopté aux États-Unis à la fin des années 70 mais appliqué de manière beaucoup plus rigoureuse depuis les années 90

²⁸ USSG §3B1.1 et §3E1.1

²⁹ Voir 18 USC §3553 et §3572.

³⁰ 15 USC § 15.

seulement, est rapidement devenu le principal outil de détection des infractions au droit de la concurrence des autorités américaines et de toutes les agences de concurrence à travers le monde, où ce genre de programme s'est rapidement répandu. Aux États-Unis, par exemple, plus de 90% des amendes imposées pour violation du *Sherman Act* depuis 1996 peuvent être reliées à des enquêtes qui ont débuté suite à un signalement dans le cadre du programme de clémence. De plus, les accusations portées dans des dossiers ouverts grâce au programme de clémence représentent plus de 95% du volume d'échange affecté par tous les cartels attaqués par le *DOJ* depuis 1999³¹. Pas étonnant que les autorités américaines et leurs homologues étrangers ne ménagent aucun effort pour promouvoir le programme de clémence et ses avantages auprès de la communauté d'affaire.

1) immunité

La clémence aux États-Unis peut prendre différentes formes selon les circonstances.

Tout d'abord, un premier type (appelé *Type A Corporate Leniency*) permet à toute entreprise d'obtenir une immunité totale de poursuites criminelles et d'amendes, lorsqu'elle est la première à signaler sa participation à un cartel dont les autorités ignorent l'existence³². L'octroi de cette immunité est assorti de conditions strictes, dont notamment:

- au moment où la compagnie approche le *DOJ*, ce-dernier n'a reçu aucune information relative à l'activité illicite d'aucune autre source;
- la compagnie doit démontrer qu'elle a pris immédiatement des mesures pour mettre fin à l'activité illicite dès qu'elle en a pris connaissance;
- la compagnie doit faire part honnêtement de tous les faits dont elle a connaissance, incluant son éventuelle participation à d'autres infractions de concurrence. Elle doit aussi apporter sa pleine collaboration à l'enquête du *DOJ* et à toutes les poursuites et procédures qui pourraient en résulter;
- la compagnie ne doit manifestement pas («*clearly not*») avoir été l'instigateur ou le meneur du complot («*originator*» et «*leader*»)»³³. Elle ne doit pas non plus avoir contraint quiconque à participer à l'infraction;

³¹ G. Werden *et al.* «Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions», Mars 2012, à la p. 14, disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/283738.pdf>.

³² Voir «Corporate Leniency Policy», disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>.

³³ Le *DOJ* reconnaît que les notions d'«instigateur» et de «meneur» comportent une certaine dose d'ambiguïté et a précisé que l'immunité serait refusée sur la base de cette condition seulement s'il était manifeste que la compagnie avait été l'unique instigateur ou meneur du complot. Ainsi, dans un cartel comptant cinq membres et deux meneurs, l'immunité serait disponible à tous les participants. Dans un cartel formé seulement de deux compagnies, qui auraient chacune joué un rôle déterminant dans l'élaboration et l'exécution de l'entente illégale, les deux compagnies seraient éligibles pour recevoir l'immunité. Voir *Hammond*, *supra* note 11 à la p. 14.

- enfin, lorsque possible, la compagnie doit prendre des mesures de restitution à l'endroit des victimes³⁴.

L'immunité accordée à l'entreprise au titre du *Type A Corporate Leniency* s'étend à tous ses administrateurs, dirigeants ou employés qui ont participé à l'infraction, à la condition qu'ils avouent leur crime et collaborent aussi pleinement à l'enquête et aux procédures subséquentes des autorités.

Une immunité comparable (appelée *Individual Leniency*) est également accordée à tout individu qui approche volontairement les autorités pour divulguer sa participation à une infraction, alors que son employeur ne l'a pas fait³⁵. Sauf pour la question de la restitution qui n'est pas imposée, cette immunité est essentiellement octroyée aux mêmes conditions que la *Type A Corporate Leniency*.

Enfin, le programme prévoit également l'octroi de l'immunité à une compagnie, même si les autorités détiennent déjà de l'information sur une infraction («*Type B Corporate Leniency*»)³⁶. Dans ce cas toutefois, l'immunité est seulement possible si au moment de la demande, la preuve que le DOJ détient déjà relativement au complot n'est pas suffisante pour lui permettre de porter des accusations solides.

Le DOJ n'accorde qu'une seule fois l'immunité par dossier. Il ne peut pas y avoir de détenteurs d'immunité de Type A et de Type B dans la même affaire. Les demandes d'immunité ont donc quelque fois l'allure d'une véritable course où chaque minute compte pour être le premier à alerter les autorités.

Il est important de préciser enfin que l'immunité, si elle épargne son détenteur de toute poursuite et sanction criminelle, ne le protège aucunement en revanche des poursuites civiles en dommages. À ce chapitre toutefois, le programme de clémence offre un avantage particulièrement intéressant dans le contexte américain. Il permet en effet à la personne qui obtient l'immunité de n'être responsable sur le plan civil que du montant simple des dommages subis par ses victimes (plutôt que du triple), si le défendeur satisfait par ailleurs à certaines conditions, incluant le fait d'apporter sa «collaboration satisfaisante» aux demandeurs dans les actions civiles³⁷.

³⁴ La condition relative à la restitution semble imposée de manière discrétionnaire. Le DOJ n'a publiquement subordonné qu'une seule fois l'octroi de l'immunité à l'adoption de mesures de restitution, dans une affaire de truquage d'offres et de fraude impliquant l'industrie des services financiers. Voir l'affaire relative aux obligations municipales discutée infra au point 1.1.E.

³⁵ Voir «Individual Leniency Policy», disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>.

³⁶ «Corporate Leniency Policy», *supra* note 32.

³⁷ Voir le *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, Pub. L. No. 108-237, 118 Stat. 661 (22 juin 2004), article 213.

2) réduction de peines

Les entreprises ou individus qui ne sont pas les premiers à alerter les autorités conservent du reste certains avantages à divulguer quand même leur participation au complot, et à collaborer. Bien qu'ils ne soient pas éligibles à l'immunité, ils pourront faire quand même l'objet d'un traitement plus clément en matière de peines. La collaboration de l'accusé est un facteur atténuant dont les autorités prennent pleinement compte dans la négociation de *plea agreements* avec les personnes inculpées. Celles-ci doivent cependant accepter de plaider coupable et de payer des amendes et/ou recevoir des peines d'emprisonnement. Celles-ci seront toutefois réduites par rapport aux peines qui auraient été exigées en l'absence de coopération.

3) «immunité plus»

Le programme de clémence américain comporte par ailleurs une autre modalité intéressante, appelée «*Amnesty Plus*». En vertu de cette politique, la personne qui collabore avec les autorités, sans avoir obtenu l'immunité, dans le cadre d'une enquête sur un cartel (le complot A), mais qui est la première à divulguer parallèlement aux autorités sa participation à un complot différent concernant un autre produit (le complot B), et qui obtient l'immunité dans le cadre de ce deuxième dossier, est éligible à recevoir un traitement encore plus favorable dans le cadre du complot A que si elle n'avait pas alerté les autorités de l'existence du complot B³⁸. Selon le *DOJ*, cette politique est à l'origine d'un nombre important de signalement de nouveaux complots qui, autrement, n'auraient pas été démasqués³⁹. On constate effectivement que le programme *Amnesty Plus* a fréquemment donné lieu à de nombreuses enquêtes à la chaîne impliquant plusieurs marchés différents⁴⁰.

4) «*Non Prosecution Agreements*»

En plus d'appliquer le programme de clémence, le *DOJ* peut aussi décider de régler un dossier en concluant avec la compagnie ciblée une entente dite de «non-accusation» («*Non Prosecution Agreement*», ou «*NPA*»). Cette entente est assortie de conditions strictes, notamment l'engagement de la compagnie à collaborer à l'enquête et à payer une pénalité souvent très significative à titre de restitution pour le dédommagement des victimes. La protection accordée par ce type d'entente par

³⁸ Voir USSG §8C4.1

³⁹ Voir «Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters», 19 novembre 2008, au point 8, disponible au <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>.

⁴⁰ Par exemple, dans le milieu des années 90, une importante enquête du *DOJ* relativement à une affaire de complot dans la vente de lysine a permis de découvrir, successivement, en partie grâce à la collaboration offerte par les entreprises dans le cadre du programme de clémence, l'existence de quatre autres grands cartels internationaux impliquant la vente de produits chimiques complètement différents.

contre, contrairement à l'octroi de l'immunité, ne s'étend jamais aux employés et dirigeants fautifs. De plus, ce type d'entente n'est conclu que dans des cas exceptionnels. Entre 1993 et 2009, le DOJ n'a conclu de *NPA*s qu'à trois occasions⁴¹. Plus récemment par contre, des *NPA*s ont été conclus avec quatre importantes banques américaines dans un dossier où une quatrième institution financière avait déjà obtenu l'immunité⁴². On s'entend généralement pour dire qu'il s'agit d'un cas exceptionnel, et que le *DOJ* continuera d'employer ce type d'entente avec réserve, puisque son utilisation fréquente risquerait de nuire à l'efficacité du programme de clémence.

E. Développements récents

Les règles et sanctions exposées ci-dessus sont applicables aux ententes anticoncurrentielles (incluant les truquages d'offres) dans toutes les industries. Le résumé qui suit fournit une liste non exhaustive des principales affaires récentes menées par le *DOJ* en rapport avec l'industrie de la construction, ou mettant en lumière des cas de truquages d'offres dont furent victimes les autorités publiques.

- Vente de béton prêt à l'emploi

En 2006, les autorités ont mis au jour une entente pour fixer les prix conclue entre plusieurs producteurs de béton prêt à l'emploi dans la région métropolitaine d'Indianapolis⁴³. Au total, quatre compagnies et neuf dirigeants des sociétés impliquées ont été accusés. Cette affaire a donné lieu à l'imposition d'une amende à une compagnie de 29,2 millions \$US, l'amende la plus importante prononcée jusqu'à présent pour violation des lois antitrust dans l'industrie de la construction aux États-Unis.

⁴¹ Akin Gump, «Another Antitrust Division Non-Prosecution Agreement—Anomaly or New Trend?», 20 décembre 2011, disponible au <http://www.akingump.com/en/news-publications/another-antitrust-division-non-prosecution-agreement-anomaly-or-new-trend.html>.

⁴² Communiqué de presse du 4 mai 2011, «UBS AG Admits to Anticompetitive Conduct by Former Employees in the Municipal Bond Investments Market and Agrees to Pay \$160 Million to Federal and State Agencies»; communiqué de presse du 7 juillet 2011, «JPMorgan Chase Admits to Anticompetitive Conduct by Former Employees in the Municipal Bond Investments Market and Agrees to Pay \$228 Million to Federal and State Agencies»; communiqué de presse du 8 décembre 2011, «Wachovia Bank N.A. Admits to Anticompetitive Conduct by Former Employees in the Municipal Bond Investments Market and Agrees to Pay \$148 Million to Federal and State Agencies»; communiqué de presse du 23 décembre 2011, «GE Funding Capital Market Services Inc. Admits to Anticompetitive Conduct by Former Traders in the Municipal Bond Investments Market and Agrees to Pay \$70 Million to Federal and State Agencies». Voir aussi notre discussion de l'affaire relative aux obligations municipales discutée au point 1.1.E *infra*.

⁴³ Communiqué de presse du 30 mars 2006, «Indiana Ready Mixed Concrete Producer and President Agree to Plead Guilty to Price-Fixing Charge»; communiqué de presse du 11 avril 2006 «Indianapolis Ready Mixed Concrete Producer and Three Executives Indicted on Price-Fixing Charge»; communiqué de presse du 27 avril 2006, «Indiana Ready Mixed Concrete Producer and President Agree to Plead Guilty to Price-Fixing Charge».

En 2010 et 2011, un complot similaire à été démasqué, concernant cette fois la vente de béton prêt à l'emploi en Iowa. Quatre compagnies et trois dirigeants ont plaidé coupable à différents chefs d'accusation de truquage d'offres et de complot pour fixer les prix. Les trois dirigeants ont été condamnés à payer des amendes et à purger des peines d'emprisonnement, incluant pour l'un d'eux une amende de près de 830 000 \$US et une peine de prison de 48 mois⁴⁴.

- *Services de transport au Ministère de la Défense*

En 2006 également, cinq compagnies ont plaidé coupable à des accusations en vertu de l'article 1 du *Sherman Act* dans le cadre d'appels d'offres lancés par le Ministère de la Défense pour des contrats de service de transport. Des amendes au montant total de plus de 10 millions \$US ont été imposées⁴⁵.

- *Vente de produits spécialisés à la marine américaine*

Entre 2006 et 2009, le DOJ a démasqué un vaste complot dans la vente de produits spécialisés au US Navy. Plusieurs accusations de truquages d'offres, de fraudes et d'octroi de pots-de-vin ont été déposées contre des individus, et de nombreux plaidoyers de culpabilité ont été inscrits. Les amendes imposées varient de 50 000 \$US à 300 000 \$US et les peines d'emprisonnement de quatre à 24 mois de prison ferme⁴⁶.

⁴⁴ Voir notamment le Communiqué de presse du 26 avril 2010, «Former Executive of Iowa Ready-Mix Concrete Company Agrees to Plead Guilty to Price Fixing and Bid Rigging»; communiqué de presse du 8 février 2011, «Executives of Iowa-Ready Mix Concrete Companies Sentenced to Serve Prison Sentences for Price Fixing and Bid Rigging»; communiqué de presse du 24 août 2011, «Iowa Company Pleads Guilty to Participating in Ready-Mix Concrete Price-Fixing and Bid-Rigging Conspiracy».

⁴⁵ Communiqué de presse du 24 février 2006, «Allied Freight Forwarding Inc. Agrees to Plead Guilty to Participating in Two Bid-Rigging Conspiracies»; communiqué de presse du 20 mars 2006, «U.S. Freight Forwarder Agrees to Plead Guilty to Participating in Bid-Rigging Conspiracy».

⁴⁶ Voir notamment le communiqué de presse du 14 juin 2006, «California Executive Agrees to Plead Guilty to Bid Rigging on Contracts with the US Navy and Others»; communiqué de presse du 30 juin 2009, «Former Virginia Marine Products Company Executive Pleads Guilty to Bid Rigging on Contracts with the U.S. Navy and Others».

- Construction d'un pipeline

En 2006 et 2007, deux sociétés et trois dirigeants ont plaidé coupable à des accusations de violation du *Sherman Act* pour truquage d'offres, dans le cadre de la construction d'un pipeline de gaz naturel dans l'Oklahoma⁴⁷.

- Travaux d'isolation pour hôpitaux

Entre 2007 et 2010, de nombreuses accusations ont été portées pour des affaires de truquages d'offres dans la fourniture de services d'isolation à des hôpitaux new-yorkais. Plusieurs autres accusations de fraude et de pots-de-vin ont également été portées. Six sociétés de services et 15 individus ont été condamnés ou ont plaidé coupable. Cette affaire est intéressante parce que le DOJ a porté des accusations de truquage d'offres non seulement contre les sociétés (et leurs dirigeants) qui avaient truqué leurs soumissions aux hôpitaux, mais également contre des employés de ces mêmes hôpitaux, qui étaient chargés de superviser le processus d'appel d'offres et qui s'étaient rendus complices du complot des sociétés de service (notamment en acceptant des pots-de-vin pour que les sociétés fautives soient favorisées)⁴⁸.

- Obligations municipales

À partir de 2009, le DOJ a révélé l'existence d'un vaste complot orchestré par des institutions financières et certains de leurs employés dans la vente de produits financiers dérivés complexes offerts à des municipalités⁴⁹. L'enquête du DOJ se poursuit. De nombreuses accusations de truquages d'offres ont été déposées. La majorité des accusations, toutefois, débordent le cadre stricte du droit de la concurrence et concernent des allégations de fraude, de fausses déclarations, d'obstruction et d'octroi de pots-de-vins. Jusqu'à présent, près d'une vingtaine de dirigeants et employés de sociétés financières importantes ont été condamnés, ont plaidé coupable ou sont en attente de procès. L'enquête s'inscrit dans le cadre des travaux du *Financial Fraud Enforcement Task Force* (le «FFETF»), un regroupement de

⁴⁷ Communiqué de presse du 11 juillet 2006, «Natural Gas Pipeline Construction Company and Executive Agree to Plead Guilty to Participating in Bid-Rigging Conspiracy»; communiqué de presse du 13 mars 2007, «Natural Gas Pipeline Company and Executives Indicted for Role in Bid-Rigging Conspiracy».

⁴⁸ Communiqué de presse du 12 janvier 2010, «Purchasing Official at a New York City Hospital Pleads Guilty to Bid Rigging»; communiqué de presse du 16 mars 2010, «Former Purchasing Official at a New York City Hospital Pleads Guilty to Bid Rigging and Fraud».

⁴⁹ Voir notamment le Communiqué de presse du 29 octobre 2009, «Financial Products and Services Firm, Two Executives, and One Former Executive Indicted for Roles in Conspiracies Involving Proceeds of Municipal Bonds»; communiqué de presse du 19 mai 2010, «Former Employee of Financial Services Company Pleads Guilty for Role in Bid-Rigging and Fraud Conspiracies Involving Proceeds of Municipal Bonds»; communiqué de presse du 10 février 2014, «Former Bank of America Executive Pleads Guilty for Role in Conspiracy and Fraud Involving Investment Contracts for Municipal Bonds Proceeds».

20 agences réglementaires américaines et de nombreux agents de l'État mis sur pied par le Président Obama en 2009, dont l'objectif est de déployer des actions ciblées et coordonnées pour l'éradication des crimes financiers⁵⁰. L'existence du complot a été révélée aux autorités dans le cadre du programme de clémence du *DOJ*. L'immunité a été accordée à la Bank of America et à ses employés, notamment en contrepartie d'un paiement de près de 137 millions \$US à titre de restitution pour le dédommagement des municipalités⁵¹. Il s'agit du premier et du seul cas jusqu'à présent où le *DOJ* a exigé la restitution pour accorder l'immunité.

- *Vente en justice de propriétés*

À partir de 2010, une série d'enquêtes menées par le *DOJ* et s'inscrivant dans le cadre des travaux du *FFETF*, ont révélé l'existence de nombreux complots de truquages d'offres affectant la vente en justice de propriétés situées en Californie, en Géorgie et dans l'Alabama. Les investisseurs immobiliers inculpés s'étaient entendus pour ne laisser qu'un seul d'entre eux déposer une offre d'achat dans le cadre d'une vente en justice donnée, entraînant à la baisse le prix de vente de la propriété. L'acheteur désigné remettait ensuite en vente la propriété dans le cadre d'une vente aux enchères privée, à laquelle tous les investisseurs fautifs étaient appelés à participer. Le profit réalisé sur cette deuxième vente était ensuite réparti entre les investisseurs. Au total, près d'une centaine d'investisseurs immobiliers et 3 sociétés ont plaidé coupable, on été reconnus coupables, ou sont en attente de procès. Leurs sentences n'ont pas encore été prononcées⁵².

- *Vente aux enchères de créances municipales*

Toujours dans le cadre des travaux du *FFETF*, le *DOJ* a porté depuis 2010 de nombreuses accusations de complot pour truquages d'offres, dans une affaire comparable impliquant cette fois la vente aux enchères de créances municipales au Maryland et au New Jersey. Un avocat a déjà été condamné à une amende de

⁵⁰ Voir www.stopfraud.gov.

⁵¹ Communiqué de presse du 7 décembre 2010, «Bank of America Agrees to Pay \$137.3 Million in Restitution to Federal and State Agencies as a Condition of The Justice Department's Antitrust Corporate Leniency Program».

⁵² Voir notamment le communiqué de presse du 16 avril 2010, «California Real Estate Executive Pleads Guilty to Bid Rigging»; communiqué de presse du 11 mars 2014, «Two Real Estate Investors Convicted for Roles in Bid-Rigging Conspiracy in San Joaquin County, Calif. Real Estate Foreclosure Auctions»; communiqué de presse du 17 avril 2014, «Georgia Real Estate Investor Pleads Guilty to Bid Rigging and Fraud at Public Foreclosure Auctions»; communiqué de presse du 21 octobre 2014, «Five Northern California Real Estate Investors Indicted for Bid Rigging and Fraud at Public Foreclosure Auctions»; communiqué de presse du 31 octobre 2014, «Alabama Real Estate Investor Pleads Guilty to Conspiracy to Commit Mail Fraud».

800 000 \$US et à une peine de prison de 12 mois. Seize autres individus et six sociétés ont par ailleurs plaidé coupable ou sont en attente de procès⁵³.

1.2 UNION EUROPÉENNE

Beaucoup plus jeune que le droit américain, le droit européen (ou «droit communautaire») de la concurrence est rapidement devenu, compte tenu de la puissance économique de l'Union, tout aussi important et influent que son pendant nord-américain. Il tire son origine de la signature du Traité de Rome en 1957, début de la construction du marché unique.

En partie à cause de ses origines, le régime européen présente des différences significatives avec celui des États-Unis et du Canada⁵⁴. D'abord et avant tout, puisque l'Union européenne n'est pas compétente en matières criminelles (ce sont les États membres qui le sont), le droit européen de la concurrence n'est pas de nature criminelle ou pénale. C'est un régime de réglementation à caractère civil. Cet attribut fondamental entraîne deux conséquences importantes. Premièrement, la violation du droit européen de la concurrence n'est pas sanctionnée par des peines d'emprisonnement. Elle n'entraîne que des sanctions pécuniaires. Deuxièmement, le fardeau de preuve des autorités est moins lourd. Celles-ci doivent prouver une infraction selon la «balance des probabilités», et non selon la norme «hors de tout doute raisonnable», propre aux régimes de droit criminel, qui est plus exigeante.

Le droit européen diffère également en ce qui concerne sa portée: il ne s'applique qu'aux «entreprises». Les individus, tels que les employés ou dirigeants d'une compagnie, ne sont pas visés et ne peuvent donc pas faire l'objet de sanctions.

Le fait que le droit européen s'applique aux «entreprises» est source d'une autre distinction importante entre l'Europe et l'Amérique du Nord (incluant le Canada) relativement à l'identification des entités juridiques qui peuvent être jugées responsables d'une infraction aux règles de concurrence. En droit européen, en effet, l'«entreprise» est un concept à portée très large, qui regroupe toutes les entités juridiques (compagnies ou autres) à l'intérieur d'un groupe de sociétés, qui font l'objet d'un contrôle commun et qui, ensemble, exercent une activité économique. De sorte que lorsqu'une infraction en droit européen de la concurrence est commise, l'entité qui

⁵³ Voir notamment le communiqué de presse du 4 mai 2010, «Baltimore Attorney Sentenced to One Year in Jail for Bid Rigging at Maryland Tax Lien Auctions»; communiqué de presse du 24 août 2011, «Three New Jersey Investors Plead Guilty to Bid Rigging at Municipal Tax Lien Auctions»; communiqué de presse du 12 mai 2014, «Former New York Tax Liens Investment Company Executive Pleads Guilty for Role in Bid Rigging Scheme at Municipal Tax Lien Auctions».

⁵⁴ Voir notre discussion du droit canadien au point 1.8 ci-dessous.

est responsable de cette violation n'est pas seulement la compagnie qui dans les faits a participé à l'infraction mais bien toute l'«entreprise» dont elle fait partie, représentée par la société-mère qui contrôle le groupe⁵⁵. En droit européen, une société-mère est donc responsable des infractions commises par sa filiale et ce, même si dans les faits, la société-mère ignorait tout du comportement anticoncurrentiel de celle-ci. Il suffit que la société-mère ait été en mesure, de manière générale, d'exercer une influence décisive sur le comportement commercial de sa filiale, un pouvoir qui lui est présumé lorsque la filiale est détenue à 100%. Une telle extension de responsabilité ne serait pas admise aux États-Unis ou dans d'autres juridictions dont le régime de droit de la concurrence est de nature criminelle, où la possibilité de «soulever le voile corporatif» pour engager la responsabilité pénale d'une société-mère est beaucoup plus limitée.

Comme nous le verrons ci-dessous, cette caractéristique fondamentale du droit européen a des répercussions importantes en matière de calcul des amendes.

A. Règles applicables

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles est prévue à l'article 101⁵⁶ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui stipule:

«Article 101

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*

⁵⁵ Voir les commentaires de la Commission européenne sur cette question dans le document intitulé «Competition: Commission fines companies for road bitumen cartel in The Netherlands – frequently asked questions», MEMO/06/324 du 13 septembre 2006, à la p. 3, disponible au [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-06-324_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-324_en.htm?locale=en).

⁵⁶ Compte tenu des nombreux changements qui ont été apportés depuis plus de cinquante ans aux traités européens, l'article 101 (TFUE) a été renuméroté plusieurs fois. Il portait auparavant le titre «article 85 du Traité CEE» puis «article 81 du Traité CE». Plusieurs des documents mentionnés dans ce chapitre font référence à ces anciens titres mais demeurent applicables.

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

[...]

Cette disposition s'applique à toutes les industries. Sa portée est également très large en ce qu'elle peut s'appliquer à une foule d'ententes ayant un impact négatif sur la concurrence. Pour en limiter la portée, la jurisprudence a précisé que seules les ententes ayant un impact négatif «sensible» sur la concurrence étaient interdites⁵⁷. Un tel impact est toutefois présumé lorsque l'entente contient une restriction de concurrence dite «flagrante», ce qui inclut les ententes ayant pour objet la fixation de prix dans la vente de produits aux tiers, ainsi que la répartition des marchés ou des clients⁵⁸. Par ailleurs, la jurisprudence enseigne également que toute concertation entre entreprises sur la manière dont celles-ci entendent répondre à un appel d'offres est contraire à l'article 101 (TFUE)⁵⁹. En droit européen, les ententes de truquage d'offres sont donc automatiquement interdites, en toutes circonstances⁶⁰.

L'article 101 présente aussi une particularité intéressante par rapport au droit américain en ce qui concerne le niveau de concertation requis pour que l'entente soit interdite. On a vu en effet qu'en droit américain, le *DOJ* doit faire la preuve d'une véritable rencontre de volontés entre les parties dans le but d'atteindre un objectif commun. Bien que celle-ci ne doive pas nécessairement être explicite, et qu'elle puisse s'inférer par preuve circonstancielle, il n'en demeure pas moins que l'existence d'un engagement mutuel des parties doit être prouvée. Or, le texte européen apparaît plus souple à cet égard. En effet, l'«entente» en droit européen est un terme générique. Elle comprend tout d'abord la notion d'«accord» entre entreprises (qui correspond à la notion d'entente en droit américain); elle vise également les «décisions» d'associations d'entreprises (qui ne sont en fait que le reflet d'une entente entre les membres); mais elle s'étend aussi à la notion de «pratique concertée», qui est plus ambiguë mais qui ne nécessite pas la preuve d'une rencontre de volonté. La pratique concertée est en effet définie comme une prise de contact directe ou indirecte entre entreprises qui, sans nécessairement déboucher sur un accord sur une ligne de conduite commune sur le marché, a néanmoins pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent la ligne de

⁵⁷ Affaire 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, Recueil 1966, p. 337. Voir Faull & Nickpay, «The EC Law of Competition», 2nd edition, Oxford University Press, à la p. 223 (ci-après «Faull & Nickpay»).

⁵⁸ Voir l'article 13 de la «Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis)», [2014] JO C291/01.

⁵⁹ Affaire T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et al. c Commission*, Recueil 1995, p. II-289, au par. 119 (ci-après «*Construction (Pays Bas) - Tribunal*»).

⁶⁰ Faull & Nickpay, *supra* note 57, à la p. 769.

conduite envisagée, dans l'expectative que celui-ci adoptera un comportement semblable⁶¹. C'est donc l'adoption, en toute connaissance de cause, d'un mécanisme collusoire qui facilite la coordination du comportement concurrentiel des entreprises⁶². Si cela n'empêche pas les entreprises de décider de manière tout à fait unilatérale de modeler leur comportement sur celui des autres, il leur est néanmoins interdit de tenter de parvenir à ce résultat par l'adoption d'un système de communication par lequel celles-ci s'informent mutuellement de leurs intentions futures.

Les autorités précisent ainsi: «*On peut considérer qu'il y a accord lorsque [...] les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial respectif en déterminant les lignes de leur action ou abstention réciproque sur le marché. S'il implique un processus décisionnel commun et un engagement à l'égard d'un projet commun, l'accord ne doit pas nécessairement être établi de façon formelle ou par écrit, et aucune sanction contractuelle ou mesure de contrainte n'est nécessaire. L'accord peut être exprès ou ressortir implicitement du comportement des parties. Une pratique concertée, en revanche, n'implique pas que les parties soient parvenues à un accord exprès ou implicite sur les conditions de leur action ou abstention réciproque. En créant la notion de pratique concertée en plus de la notion d'accord, les auteurs du traité ont cherché à éviter que des entreprises ne tournent les règles de concurrence en s'entendant sur des modalités anticoncurrentielles et non assimilables à un accord définitif, par exemple en s'informant mutuellement à l'avance de l'attitude qu'elles ont l'intention d'adopter, de sorte que chacune puisse régler son comportement commercial en escomptant que ses concurrents auront un comportement parallèle.*»⁶³

B. Autorité compétente et procédure

L'instance principale⁶⁴ chargée de l'application de l'article 101 (TFUE) est la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (la «Commission»), une organisation supranationale comptant près de 900 employés et basée à Bruxelles. Comme tous ses homologues dans d'autres juridictions, la Commission dispose de vastes pouvoirs d'enquêtes, dont celui d'effectuer des perquisitions (souvent avec le concours des autorités réglementaires et policières des États membres concernés). Contrairement au droit américain par contre, ces inspections peuvent être faites sans autorisation judiciaire préalable lorsque les locaux perquisitionnés sont ceux des

⁶¹ Voir notamment la décision de la Commission du 21 octobre 1998 (affaire IV/35.691/E-4 — Conduites précalorifugées), [1999] JO L 24/1, au par. 130.

⁶² *Id.*

⁶³ *Ibid.*, aux par. 129 et 130.

⁶⁴ Comme nous le verrons plus en détail au point 5.2 ci-dessous, les autorités nationales de concurrence de chacun des 27 États membres de l'Union sont également compétentes, depuis 2003, pour appliquer les règles du droit communautaire de la concurrence.

entreprises sous enquête⁶⁵. Au terme de son enquête et d'une procédure administrative au cours de laquelle les entreprises ciblées ont l'occasion de faire valoir leur point de vue, c'est la Commission elle-même qui, le cas échéant, constate l'infraction et prononce des sanctions, en rendant une décision. Cette dernière peut ensuite être attaquée en justice par les entreprises intéressées devant le Tribunal de l'Union puis, en appel, devant la Cour de Justice⁶⁶. C'est d'ailleurs là une différence fondamentale avec la procédure suivie en Amérique du Nord: dans l'Union européenne, ce sont les autorités réglementaires qui enquêtent et condamnent à la fois, le tout sujet au contrôle juridictionnel des tribunaux.

C. Sanctions

Tel que mentionné précédemment, les sanctions pour violation du droit européen de la concurrence sont de nature pécuniaire et sont prononcées contre les entreprises seulement.

1) amendes

Le fondement juridique des sanctions est l'article 23, par. 2 du Règlement No 1/2003⁶⁷, qui prévoit que la «*Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence [...] elles commettent une infraction aux dispositions [de l'article 101 (TFUE)]*». En vertu de ce même paragraphe, le montant de l'amende ne peut excéder en tout état de cause 10% du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de son plus récent exercice financier⁶⁸.

Dans l'exercice de son pouvoir d'imposer des amendes, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation⁶⁹. Toutefois, puisque les décisions de la Commission peuvent être attaquées devant les tribunaux, celles-ci sont fortement motivées. En vue d'assurer la transparence et le caractère objectif de ses décisions, la Commission a publié des lignes directrices qui informent les justiciables du «mode d'emploi» utilisé

⁶⁵ Article 20 du «Règlement No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité», [2003] JO L 1/1 (ci-après le «Règlement No 1/2003»). Dans les autres cas, par exemple lorsque la Commission tente de saisir des documents situés dans des locaux privés, l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire nationale de l'État membre concerné est requise. Voir l'article 21 du *Règlement No 1/2003*.

⁶⁶ Ces tribunaux sont situés à Luxembourg. Le texte des décisions du Tribunal de l'Union et de la Cour de Justice sont disponibles sur le site «curia.europa.eu».

⁶⁷ *Supra* note 65.

⁶⁸ Il s'agit du chiffre d'affaires consolidé réalisé par l'entreprise dans toutes ses activités commerciales, et non seulement celles qui sont reliées à l'infraction.

⁶⁹ Voir notamment l'affaire C-189/02 P, *Dansk Rørindustri e.a. c. Commission*, Recueil 2005, p. I-5425, aux par. 170 et ss. (ci après «*Conduites précalorifugées - Cour de justice*»).

pour déterminer le montant de l'amende⁷⁰. Celles-ci témoignent d'une approche sévère en matière de sanctions.

Le calcul de l'amende procède de manière très structurée. En un premier temps, la Commission détermine un montant de base, en effectuant les opérations suivantes:

- a) Elle calcul tout d'abord le montant total des ventes, qui ont été réalisées par l'entreprise à l'intérieur du territoire de l'Union durant la dernière complète de sa participation à l'infraction, et qui sont en relation directe ou indirecte avec l'infraction⁷¹;
- b) elle retient ensuite de ce montant total un pourcentage qui peut s'élever jusqu'à 30%, en fonction de la gravité de l'infraction⁷². Les ententes de fixation de prix et répartition de de marché (incluant les truquages d'offres) sont jugées les plus graves et entraînent donc généralement l'application d'un pourcentage situé en haut de l'échelle de gravité⁷³.
- c) le montant ainsi retenu est alors multiplié par le nombre d'années au cours desquelles l'infraction a été commise⁷⁴.
- d) finalement, la Commission ajoute au résultat de cette multiplication, indépendamment de la durée de l'infraction, une somme additionnelle comprise entre 15 % et 25 % de la valeur totale des ventes calculée au point A. Ce montant (appelé un peu ironiquement «droit d'entrée») est ajouté à titre de mesure dissuasive, afin de décourager les entreprises de participer à des accords de fixation de prix ou de partage de marché⁷⁵.

Une fois le montant de base calculé, celui-ci peut être ajusté (à la hausse ou à la baisse), en fonction de l'existence de certains facteurs atténuants ou aggravants. Parmi les facteurs atténuants, on peut mentionner le comportement de l'entreprise (par exemple, sa participation réduite à l'infraction⁷⁶), ou le fait que les agissements de l'entreprise aient été encouragés ou autorisés par les autorités publiques⁷⁷. En pratique toutefois, ce sont surtout les facteurs aggravants que la Commission retient dans ses

⁷⁰ «Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) No 1/2003», [2006] JO C 210/2 (ci-après les «*Lignes directrices*»).

⁷¹ Article 13 des *Lignes directrices*.

⁷² Articles 19 et 21 des *Lignes directrices*.

⁷³ Article 23 des *Lignes directrices*. Jusqu'à présent, le pourcentage retenu dans les cas d'ententes «injustifiables» varie généralement de 16% à 25%.

⁷⁴ Articles 19 et 24 des *Lignes directrices*.

⁷⁵ Article 25 des *Lignes directrices*. L'ajout de ce montant est automatique dans les cas d'ententes «injustifiables». Le pourcentage retenu jusqu'à présent varie aussi de 16% à 25%.

⁷⁶ Article 29 des *Lignes directrices*.

⁷⁷ *Id.*

décisions. Ceux-ci incluent tout d'abord le caractère particulièrement répréhensible du comportement de l'entreprise (le fait, par exemple, qu'elle ait joué un rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction, ou qu'elle ait adopté des mesures de contrainte ou de rétorsion pour s'assurer du respect de l'entente illégale par tous les intervenants)⁷⁸. Ils incluent également la récidive, qui est fortement punie et qui peut se traduire par une augmentation du montant de base jusqu'à 100%, par infraction additionnelle constatée. La prise en compte de ce facteur peut avoir des conséquences particulièrement sévères, compte tenu de l'interprétation donnée à la notion d'«entreprise» en droit européen. La Commission déterminera en effet s'il y a récidive en se référant non seulement au comportement antérieur de la compagnie dont le comportement est sanctionné en l'espèce, mais aussi à celui de toute l'«entreprise» dont elle fait partie⁷⁹. C'est ainsi par exemple que même si une compagnie n'a jamais commis d'infraction auparavant, mais que ses sociétés soeurs ont violé la loi, c'est toute l'«entreprise» qui sera qualifiée de récidiviste pour les fins du calcul de l'amende⁸⁰.

Au terme de cet exercice, d'autres facteurs peuvent entraîner un ajustement additionnel du montant de l'amende. La Commission a comme politique par exemple, d'augmenter davantage l'amende (parfois jusqu'au double du montant de base) lorsque celle-ci est imposée à une compagnie faisant partie d'un très grand groupe (souvent une multinationale) dont le chiffre d'affaires est particulièrement important⁸¹. Ce montant est ajouté à des fins dissuasives, pour s'assurer du caractère proportionnel de l'amende par rapport aux ressources financières énormes du groupe.

Enfin, l'amende pourra être ajustée à la baisse, pour s'assurer du respect du plafond statutaire⁸², ou en application du programme de clémence (discuté plus bas). Dans des

⁷⁸ Article 28 des *Lignes directrices*.

⁷⁹ Voir par exemple la décision de la Commission du 13 septembre 2006 (affaire COMP/F/38.456 – Bitumen NL, au par. 336, disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38456/38456_792_1.pdf (version sommaire en français publiée au [2007] JO L196/40) (ci-après «*Bitume (Pays-Bas) - Commission*»); confirmé en appel, affaire T-343/06 du 27 septembre 2012, *Shell Petroleum e.a. c. Commission*, non publiée, aux par. 244 et ss. (ci-après «*Bitume (Pays-Bas) - Tribunal*»).

⁸⁰ Affaire T-203/01, *Michelin c. Commission*, Recueil 2003, p. II-4071, au par. 291. D'ailleurs, sur le plan juridique, l'amende de la Commission est imposée non seulement à la compagnie qui a participé à l'infraction mais aussi solidairement à la société mère qui contrôle l'«entreprise» dont elle fait partie.

⁸¹ Article 30 des *Lignes directrices*.

⁸² Puisque le plafond statutaire est lui aussi calculé non pas en fonction du chiffre d'affaires de la compagnie qui a commis l'infraction, mais bien celui de toute l'«entreprise» (ou groupe) dont elle fait partie, ce plafond est souvent élevé; il est donc relativement rare que le plafond statutaire soit inférieur au montant de l'amende résultant du calcul de la Commission. Voir par exemple l'affaire T-144/07 du 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs c. Commission*, au par. 444 (ci-après «*Ascenseurs Thyssen - Tribunal*»). De même, lorsqu'une amende est imposée à une association d'entreprises, le plafond statutaire est calculé en tenant compte du chiffre d'affaires de l'ensemble des entreprises qui font partie de l'association, et non pas seulement du chiffre d'affaires de l'association en tant que telle. Voir *Construction (Pays-Bas) - Tribunal*, *supra* note 59, au par. 385.

circonstances exceptionnelles, la Commission peut également accepter de réduire l'amende d'une entreprise si cette dernière démontre que l'amende nuira gravement à sa viabilité économique⁸³.

Au vu des politiques qui précèdent, il n'est pas étonnant de constater à quel point le montant des amendes historiquement imposées par la Commission est élevé. Pour la seule année 2013, la Commission a infligé des amendes dans des cas de cartels pour un montant totalisant plus de 1,8 milliards €⁸⁴. L'amende individuelle la plus élevée jusqu'à maintenant est de 896 millions €, prononcée en 2008 à l'encontre de la société Saint-Gobain, pour sa participation à une entente de répartition de la clientèle dans la vente de vitres d'autos aux fabricants de voitures⁸⁵.

2) recours civil en dommages

La Cour de Justice a reconnu à quelques reprises le droit des victimes de violation du droit européen de la concurrence à obtenir réparation⁸⁶. En principe, tout citoyen ou toute entreprise qui subit des dommages du fait d'une infraction à l'article 101 (TFUE) peut donc poursuivre l'auteur de son préjudice pour obtenir compensation. Toutefois, puisque ce sont les États membres qui sont compétents en matière de recours privés en dommages et intérêts, l'exercice de ce droit est soumis aux aléas et particularités de chacun des 27 régimes nationaux de responsabilité civile à l'intérieur de l'Union. Il en résulte un régime d'indemnisation très hétérogène. La Commission estime que dans la pratique, les victimes d'infractions aux règles communautaires de concurrence n'obtiennent, à ce jour, que rarement réparation des dommages subis⁸⁷. Pour corriger cette situation, la Commission travaille depuis quelques années déjà à l'élaboration de règles communautaires ayant comme objectif d'harmoniser les régimes nationaux dans

⁸³ Article 35 des *Lignes directrices*.

⁸⁴ Voir <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁸⁵ Voir le communiqué de presse IP/08/1685 du 12 novembre 2008, «*Ententes: la Commission inflige des amendes d'un montant de plus que 1,3 milliard € à des producteurs de verre automobile pour avoir conclu des accords de partage de marchés*», disponible au http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1685_fr.htm.

⁸⁶ Arrêt du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, *Courage et Crehan*, Recueil 2001, page I-6297, et arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295–298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, page I-6619.

⁸⁷ Voir <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

ce domaine et de rendre effectif le droit communautaire à la réparation du préjudice subi⁸⁸. Des dispositions législatives en ce sens sont attendues sous peu⁸⁹.

D. Programme de clémence

La Commission a également adopté un programme de clémence. Beaucoup plus récent que son équivalent américain, le programme européen est toutefois rapidement devenu un outil de détection des cartels tout aussi efficace et important.

1) immunité d'amendes

Les paramètres de la politique sont résumés dans une communication de la Commission, dont la plus récente version remonte à 2006⁹⁰. En un premier temps, une immunité totale d'amendes est accordée à toute entreprise qui révèle sa participation à une entente présumée et qui est la première à fournir des renseignements et des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, lui permettront, soit (a) d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée; ou (b), si une telle inspection a déjà eu lieu mais qu'elle n'a pas été concluante, de constater une infraction à l'article 101 (TFUE)⁹¹. Dans l'un ou l'autre cas, l'entreprise doit par ailleurs remplir certaines conditions strictes, incluant celle de collaborer pleinement avec la Commission tout au long de la procédure, d'avoir mis fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande, et de n'avoir pris aucune mesure pour contraindre d'autres entreprises à se joindre à l'entente ou à y rester. L'immunité totale n'est accordée qu'à une seule entreprise par dossier.

2) réduction de peines

Le programme prévoit par ailleurs la possibilité de réductions substantielles d'amendes pour toutes les entreprises qui ne sont pas les premières mais qui décident tout de même de collaborer, notamment en fournissant des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport à la preuve déjà en

⁸⁸ Voir notamment le «LIVRE BLANC sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», 2 avril 2008, disponible au <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:FR:PDF>.

⁸⁹ Voir le projet de « Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne », dont la version la plus récente est disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_corrigenum_fr.pdf.

⁹⁰ Voir «Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes», [2006] JO C 298/17 (ci-après le «Programme européen»).

⁹¹ Section II.A du *Programme européen*.

possession de la Commission⁹². Ces réductions sont accordées selon une grille de paliers décroissants, qui est fonction de l'ordre d'arrivée de l'entreprise et de la qualité des renseignements transmis. Ainsi, l'entreprise qui arrive la deuxième obtient une réduction variant de 30% à 50%; la troisième a droit à une réduction de 20% à 30%; et toutes les entreprises subséquentes obtiennent une réduction d'au plus 20%. L'octroi d'une réduction est soumis aux mêmes conditions de collaboration pleine et entière, mais, contrairement à l'immunité totale, il n'est pas refusé à l'entreprise qui a adopté des mesures de contraintes à l'endroit des autres participants. En pratique, l'octroi de réductions est très fréquent dans les dossiers de la Commission.

3) comparaison avec le programme américain

Les programmes de clémence européen et américain sont assez comparables. Deux distinctions de fond méritent toutefois d'être notées. D'abord, le programme européen n'inclut aucune référence aux notions d'«instigateur» et de «meneur» comme motif de disqualification. Ainsi, toute entreprise est en principe éligible pour recevoir l'immunité malgré le rôle qu'elle ait pu jouer dans la mise en oeuvre du cartel, à moins d'avoir pris des mesures de coercition. Ensuite, le programme européen ne comporte pas de volet «immunité plus», comme c'est le cas aux États-Unis. Les entreprises ne reçoivent donc pas de traitement plus favorable en matière d'amendes pour le seul fait d'avoir révélé aux autorités l'existence d'un autre cartel que celui pour lequel elles sont sous enquête. Cette situation est parfois critiquée dans les forums internationaux.

4) procédure de transaction

Enfin, en plus de prévoir la possibilité de réductions d'amendes par le biais du programme de clémence, le droit européen accorde aussi un «rabais» aux entreprises qui décident de reconnaître leur responsabilité et de régler, en négociant avec la Commission une position commune relativement à l'étendue de leur participation à l'entente sous enquête⁹³. Ce programme, appelé «Procédure de transaction», se distingue du programme de clémence en ce qu'il n'implique de la part de l'entreprise qui s'en prévaut aucune divulgation de renseignements. Il ne fait que «récompenser» les entreprises pour les économies de procédure substantielles que leur décision de régler permettra à la Commission de réaliser. D'ailleurs, les réductions d'amendes accordées au titre de cette procédure s'ajoutent, le cas échéant, à celles du programme de clémence⁹⁴. La réduction accordée est de 10%, et elle est uniforme pour toutes les entreprises qui ont choisi de régler.

⁹² Section III.A du *Programme européen*.

⁹³ Voir la «Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente», [2008] JO C 167/1.

⁹⁴ *Ibid.*, article 33.

E. Développements récents

La Commission rend généralement entre cinq et 10 décisions par an en matière de cartels. Il s'agit souvent de vastes cartels internationaux mettant en cause d'importantes compagnies multinationales. Le résumé qui suit présente les faits saillants de quelques décisions qui concernent le domaine de la construction au sens large, ainsi qu'une référence à d'autres décisions mettant en cause des cas particulièrement caractérisés de truquage d'offres.

- Industrie de la construction au Pays-Bas⁹⁵

Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Commission a appliqué les dispositions de l'article 101 (TFUE) au marché de la construction. Au total, près de 28 associations d'entreprises (représentant près de 4000 compagnies de construction) ont été condamnées à payer un montant global de près de 22,5 millions d'écus⁹⁶, l'amende individuelle la plus élevée totalisant environ 4,8 millions d'écus.

L'enquête de la Commission avait révélé l'existence d'un vaste système de règles internes, extrêmement détaillées, auxquelles adhéraient presque toutes les entreprises du secteur. Celles-ci prévoyaient notamment, préalablement au dépôt de toute soumission en réponse à un appel d'offres lancé par les autorités publiques, un échange d'information entre les entreprises intéressées, une concertation sur les prix que celles-ci se proposaient d'offrir, ainsi qu'une répartition des contrats entre les entreprises concernées. En particulier, les compagnies procédaient à une série de discussions présidées par un membre de l'association dont elles faisaient partie, aux termes desquelles on déterminait qui allait être le soumissionnaire le plus bas pour un contrat donné, à quel prix cette offre serait faite, et quel serait le prix des autres soumissions. Les prix étaient majorés de l'ensemble des frais encourus par tous les membres pour préparer leurs offres et, une fois le contrat adjugé, les compagnies qui n'avaient pas été retenues étaient compensées pour leurs frais par le soumissionnaire gagnant. Ce système était en place depuis quelques décennies déjà et, à l'origine (années 50 et 60), avait même été autorisé par le gouvernement néerlandais. Dans sa décision, la Commission a réitéré que les concertations sur les prix et la dévolution des marchés comptaient parmi les infractions les plus graves du droit de la concurrence⁹⁷. Elle a cependant retenu comme facteur atténuant, au stade du prononcé des amendes,

⁹⁵ Décision de la Commission du 5 février 1992 (affaire IV/31.572 et 31.571 - Industrie de la construction aux Pays-Bas), [1992] JO L 92/1 (ci-après «*Construction (Pays-Bas) - Commission*»).

⁹⁶ Environ 22,5 millions €. L'amende totale correspondait à environ 0,5% de la valeur annuelle moyenne des marchés concernés. Voir *Construction (Pays-Bas) - Tribunal, supra* note 59, au par. 378. Les amendes ont été calculées sur base d'une version antérieure des Lignes directrices sur le calcul des amendes. Celles-ci employaient un mode de calcul différent, donnant lieu en général à des niveaux d'amendes moins élevés.

⁹⁷ *Construction (Pays-Bas) - Commission, supra* note 95, au par. 140.

l'intervention des autorités publiques, qui avait créé une certaine ambiguïté sur la compatibilité du système avec les règles communautaires de la concurrence⁹⁸.

La décision de la Commission a été confirmée en appel par le Tribunal⁹⁹, puis de nouveau par le Cour de justice¹⁰⁰. Dans son jugement, le Tribunal a statué que même si le secteur de la construction présentait des particularités qui lui sont propres, il restait néanmoins soumis aux mêmes règles de concurrence que n'importe quel autre secteur¹⁰¹.

Cette affaire est intéressante puisque malgré la décision de la Commission, il semble que les pratiques de concertation condamnées aient en grande partie perduré au sein de l'industrie. Suite aux révélations d'un reportage de la télévision néerlandaise en novembre 2001, qui suggérait que toutes les principales compagnies de construction aux Pays-Bas participaient encore à un système secret de répartition de contrats publics, le parlement néerlandais a institué, en février 2002, une Commission d'enquête parlementaire pour examiner toute la question. La Commission d'enquête a rendu son rapport en 2002¹⁰². Elle s'est dite choquée par l'ampleur du phénomène et par le laxisme des autorités publiques qui avaient apparemment décidé de fermer les yeux. Ses nombreuses recommandations dépassent pour la plupart le cadre strict du droit de la concurrence, mais à ce chapitre la Commission a demandé que les pouvoirs d'enquêtes des autorités néerlandaises de concurrence soient renforcés et que celles-ci exercent une surveillance beaucoup plus serrée du secteur dans l'avenir.¹⁰³

- Conduites précalorifugées¹⁰⁴

Dans cette affaire, la Commission a mis au jour un vaste complot entre les producteurs de conduites dites «précalorifugées» (utilisées dans les systèmes de chauffage urbains), pour se partager les marchés et fixer les prix de vente. Au final, une dizaine d'entreprises, dont certaines de taille très importantes, ont été condamnées à payer des

⁹⁸ *Ibid.*, au par. 141.

⁹⁹ *Construction (Pays-Bas) - Tribunal*, *supra* note 59.

¹⁰⁰ Affaire C-137/95 P, *SPO e.a. c. Commission*, Recueil 1996, p. I-1611.

¹⁰¹ *Construction (Pays-Bas) - Tribunal*, *supra* note 59, aux par. 240 à 257.

¹⁰² «*Einrapport Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid*», disponible au http://parlis.nl/pdf/kamerstukken/KST64442_2.pdf.

¹⁰³ Parallèlement aux travaux de la Commission parlementaire, les autorités néerlandaises de la concurrence ont ouvert dès 2002 leur propres enquêtes sur les pratiques alléguées. Voir notre discussion à cet égard au point 1.6.E.

¹⁰⁴ Décision de la Commission du 21 octobre 1998 (affaire IV/35.691/E-4 — Conduites précalorifugées), [1999] JO L 24/1.

amendes variant de 400 000 écus à 70 millions d'écus, pour un montant total de près de 92 millions d'écus¹⁰⁵.

L'entente illégale, qui ne portait au départ que sur le marché danois, s'est graduellement étendue à plusieurs pays du marché commun avec l'ajout des producteurs nationaux concernés. Elle comportait de nombreux volets destinés à la rendre parfaitement efficace: répartition du marché sur base de quotas attribués à chaque participant; respect des relations de chaque producteur avec sa clientèle traditionnelle; répartition des nouveaux clients entre les parties sur base des quotas convenus; système de compensation (via paiements en liquide ou «cession» de contrats) pour assurer le respect des quotas; manipulation de la procédure d'appel d'offres relative à différents projets, afin que les contrats soient attribués à un producteur désigné à l'avance (à un prix convenu entre les parties); renonciation par un membre à un contrat ou marché donné en échange d'une «compensation» sur un autre marché; pratiques concertées entre les membres de l'entente pour tenter d'exclure du marché les compagnies refusant d'adhérer à l'entente (pressions sur leurs clients et fournisseurs, guerres de prix, tentatives d'achat, pressions directes); formation d'une association professionnelle ayant pour objectif non avoué d'exploiter les normes et standards pour empêcher ou retarder l'arrivée de nouvelles technologies susceptibles d'entraîner une baisse des prix.

Pour l'essentiel, la décision de la Commission a été confirmée par les juridictions d'appel¹⁰⁶.

- *Bitume routier aux Pays-Bas*¹⁰⁷

En 2006, huit fournisseurs de bitume sur le marché néerlandais (incluant des filiales de BP, Shell, Total et Kowait Petroleum), ainsi que six entreprises de construction de route qui achetaient ce produit, ont été condamnées pour avoir participé à une entente illégale de fixation de prix entre les années 1994 et 2002. En vertu de l'entente, les fournisseurs et acheteurs impliqués s'entendaient collectivement sur le prix de vente du produit ainsi que sur le montant d'un rabais minimal qui serait accordé aux acheteurs participant à l'entente illégale. Les parties convenaient par ailleurs également d'un rabais maximal qui serait cette fois accordé aux autres constructeurs routiers qui ne faisaient pas partie du cartel. Les entreprises de construction participant à l'entente s'assuraient donc ainsi de recevoir des remises plus importantes que leurs concurrents. La Commission a imposé des amendes d'un montant total de près de 217 millions €¹⁰⁸,

¹⁰⁵ Amendes calculées sur base d'une version antérieure des *Lignes directrices*.

¹⁰⁶ Affaire T-9/99, *HFB e.a. c. Commission*, Recueil 2002, p. II-1487; *Conduites précalorifugées - Cour de justice, supra* note 69.

¹⁰⁷ *Bitume (Pays-Bas) - Commission, supra* note 79. Voir également le Communiqué de presse IP/06/1179 au http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1179_en.htm?locale=fr.

¹⁰⁸ Amendes calculées sur la base d'une version antérieure des *Lignes directrices*.

incluant des amendes individuelles s'élevant jusqu'à 108 millions € pour les fournisseurs de bitume et à 27,3 millions € pour les entreprises de construction.

En appel, le Tribunal a confirmé que la société mère du groupe Shell était responsable du comportement de sa filiale qui avait participé au complot (et était solidairement responsable avec cette dernière du montant de l'amende), même si elle n'avait pas eu connaissance de l'infraction, et même si elle n'avait donné aucune instruction à sa filiale relativement au comportement incriminé¹⁰⁹. Le Tribunal a réitéré que la responsabilité d'une société mère en droit européen pour le comportement de sa filiale repose non pas sur sa connaissance des faits reprochés, mais bien sur sa capacité générale à exercer une influence déterminante sur la filiale fautive, compte tenu du contrôle exercé sur cette dernière¹¹⁰. L'imputation de l'infraction à l'entreprise Shell a notamment permis à la Commission d'augmenter le montant de l'amende pour cause de récidive, puisqu'une autre filiale du groupe Shell avait déjà par le passé participé à un complot pour fixer les prix dans un tout autre marché¹¹¹. Cette approche a été validée par le Tribunal¹¹².

Quelques mois plus tard, en octobre 2007, des fournisseurs de bitume, cette fois sur le marché espagnol, ont été reconnus coupables d'avoir également participé à une entente de fixation de prix et de partage de marché. Dans ce cas, le montant global des amendes fut de 184 millions € (incluant des amendes par entreprise variant de 8,6 millions à 83,8 millions €)¹¹³.

¹⁰⁹ *Bitume (Pays-Bas) - Tribunal, supra note 79, au par. 61.*

¹¹⁰ *Ibid.*, aux par. 35 à 38.

¹¹¹ *Bitume (Pays-Bas) - Commission, supra note 79, aux par. 336-338.*

¹¹² *Bitume (Pays-Bas) - Tribunal, supra note 79, au par. 248.*

¹¹³ Décision de la Commission du 3 octobre 2007 (affaire COMP/38710 – Bitumen Spain), disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38710/38710_790_1.pdf (version sommaire en français publiée au [2009] JO 321/15). Voir également le Communiqué de presse IP/07/1438 disponible au http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1438_fr.htm.

- *Appareillages de commutation à isolation gazeuse*¹¹⁴

Dans un tout autre domaine, celui des appareillages de commutation à isolation gazeuse, la Commission a infligé des amendes d'un montant total de près de 750 millions € à 11 groupes d'entreprises (essentiellement des multinationales, dont ABB, Alstom et Siemens) pour avoir pris part à un vaste cartel dans la vente de ce produit. Il a été démontré qu'entre 1988 et 2004, les sociétés mis en cause avaient truqué des appels d'offres, fixé les prix, s'étaient attribué des projets et réparti les marchés et avaient échangé des informations importantes et sensibles d'un point de vue commercial. En particulier, les membres de l'entente se réunissaient régulièrement pour coordonner leurs offres et assurer l'attribution des projets aux membres de l'entente en fonction de leurs quotas respectifs, notamment en élaborant des offres de couverture pour donner l'impression d'une véritable concurrence.

- *Ascenseurs et escaliers mécaniques*

Dans un autre cas de cartel impliquant des compagnies de très grande envergure (dont les groupes Otis, KONE, Schindler et ThyssenKrupp), des amendes de plus de 992 millions € ont été infligées en février 2007 à 17 entreprises et groupes d'entreprises pour avoir mis en oeuvre des ententes de répartition de marchés et de truquage d'offres dans la vente de services d'installation et d'entretien d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques en Belgique, en Allemagne, au Luxembourg et aux Pays-Bas¹¹⁵. L'enquête de la Commission a notamment révélé que les compagnies impliquées s'étaient réparti entre elles de nombreux marchés publics et privés sur base de quotas convenus pour chaque entreprise. En fonction de cette répartition, l'identité de la compagnie qui «gagnerait» le contrat était choisie par les membres du cartel. Celle-ci informait ensuite les autres participants du prix qu'elle entendait soumissionner et ces derniers ajustaient leur propre soumission en offrant des prix plus élevés.

¹¹⁴ Décision de la Commission du 24 janvier 2007 (affaire COMP/F/38.899 – Gas Insulated Switchgear), disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_10.pdf (version sommaire en français publiée au [2008] JO C 5/7); affaire T-110/07, *Siemens c. Commission*, Recueil 2011, p. II-477 (confirmé par C-239/11 P); affaire T-112/07, *Hitachi e.a. c. Commission*; affaire T-113/07, *Toshiba c. Commission*; affaire T-117/07, *Areva e.a. c. Commission*, Recueil 2011, p. II-633 (infirmé en partie en appel par l'arrêt de la Cour de Justice du 10 avril 2014, affaire C-247/11 P); affaire T-122/07, *Siemens Österreich et VA Tech Transmission & Distribution c. Commission*, Recueil 2011, p. II-793 (infirmé en partie en appel par l'arrêt de la Cour de Justice du 10 avril 2014, affaire C-231/11 P); affaire T-132/07, *Fuji Electric c. Commission*; affaire T-133/07, *Mitsubishi Electric c. Commission*. Voir également le Communiqué de presse IP/07/80 au <http://europa.eu/rapid/press-release IP-07-80 fr.htm>.

¹¹⁵ Décision de la Commission du 21 février 2007 (affaire COMP/E-1/38.823 - PO/Elevators and Escalator), disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf (version sommaire en français publiée au [2008] JO C75/19; affaire T-138/07, *Schindler Holding e.a. c. Commission* (confirmé par C-501/11 P); affaire T-141/07, *General Technic-Otis c. Commission* (confirmé par C-493/11 et 494/11 P); *Ascenseurs Thyssen - Tribunal*, supra note 82. Voir également le communiqué de presse de la Commission, disponible au <http://europa.eu/rapid/press-release IP-07-209 fr.htm>.

- Services de déménagement

Enfin, dans une autre affaire de truquage d'offres, mais étrangère au secteur de la construction, plusieurs entreprises oeuvrant dans le secteur des services de déménagements transfrontaliers ont été condamnées à verser des amendes d'un montant total de 32,7 millions €, pour avoir pris part pendant près de 20 ans à un complot pour fixer les prix et truquer des offres¹¹⁶. La preuve recueillie par la Commission a notamment démontré que plusieurs appels d'offres avaient été manipulés par les entreprises, notamment par le recours à de nombreux «devis de complaisance» (ou offres de couverture) déposés par les membres du cartel qui n'avaient pas été «choisis» pour remporter un contrat donné. Les amendes par entreprise ont varié de 1,8 millions € à 8,9 millions €.

- Secteur du ciment

Un peu plus récemment, le 10 décembre 2010, la Commission a confirmé avoir ouvert une procédure contre plusieurs producteurs de ciment européens soupçonnés d'avoir enfreint les dispositions de l'article 101 (TFUE)¹¹⁷. La Commission prévoit notamment examiner les restrictions à l'importation/exportation, le partage du marché et la coordination des prix dont feraient l'objet les marchés du ciment. Aucune décision n'a jusqu'à présent été rendue dans cette affaire.

1.3 FRANCE

Le régime français de droit de la concurrence s'inspire largement du modèle européen dans lequel il s'imbrique. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, il s'agit d'un régime presque exclusivement civil, qui concerne avant tous les entreprises et dont les sanctions sont principalement de nature pécuniaire. Sur le plan procédural également, les deux régimes se ressemblent: les sanctions sont prononcées par l'autorité réglementaire elle-même et le contrôle de la légalité des décisions de cette dernière est assuré par les tribunaux. Cela étant dit, le régime français présente aussi certaines particularités intéressantes. Notamment, il comporte un volet criminel (qui jusqu'à présent, toutefois, demeure peu exploité), et il prévoit des pouvoirs d'enquêtes

¹¹⁶ Désion de la Commission du 11 mars 2008 (Affaire 38543 - Services de déménagements internationaux), disponible au http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38543/38543_1489_7.pdf. Voir également le Communiqué de presse IP/08/415 de la Commission au http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-415_fr.htm.

¹¹⁷ Voir le Communiqué de presse IP/10/1696 du disponible au http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1696_fr.htm.

qui, à l'opposé des pouvoirs d'application et de sanction, sont très décentralisés. Ces points seront examinés ci-dessous.

A. Règles applicables en matières civiles

Comme dans plusieurs autres juridictions, les ententes entre concurrents, telles que les ententes pour fixer les prix ou se partager les marchés, sont visées par un seul article de loi. Le truquage d'offres ne fait pas l'objet d'une interdiction spécifique. Il est examiné au même titre que toute autre entente anticoncurrentielle classique.

L'interdiction générale des ententes anticoncurrentielles est prévue à l'article L. 420-1 du Code de commerce français (le «CC») qui stipule:

«Article L420-1: Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

Comme en droit européen, la portée de cet article est très large. En plus d'interdire les ententes (au sens du droit criminel américain ou canadien), le droit français interdit également les formes plus souples de coordination du comportement concurrentiel entre entreprises. La notion d'«action concertée» est interprétée de la même manière que celle de «pratique concertée» en droit communautaire.

Comme en droit européen également, la loi prévoit la possibilité pour les autorités de ne pas prendre de procédures à l'encontre d'une pratique anticoncurrentielle visée par l'article L. 420-1 CC, lorsque l'effet restrictif de concurrence de celle-ci n'est pas sensible. Cette exception pour les ententes d'impact mineur n'est toutefois pas reconnue en cas d'entente entre concurrents pour fixer les prix ou partager des marchés, ainsi que pour toute pratique visant «des contrats passés en application du code [français] des marchés publics»¹¹⁸. Le truquage d'offres est donc automatiquement interdit.

¹¹⁸ Articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 CC.

B. Autorité compétente et procédure en matières civiles

Le régime a fait l'objet d'une importante réforme en 2009 dont l'impact principal fut de centraliser la presque totalité des pouvoirs d'application des règles en vigueur au sein d'une seule instance réglementaire, l'Autorité de la concurrence (l'«Autorité»), un organisme administratif indépendant spécialisé. L'Autorité compte près de 180 employés et siège à Paris.

Sur le plan procédural, le modèle français s'inspire du système européen: les pouvoirs d'enquêtes et de sanctions sont conférés à la même agence¹¹⁹. Les décisions de l'Autorité peuvent ensuite être attaquées en justice devant les tribunaux¹²⁰.

Sur le plan de l'instruction des affaires, les agents de l'Autorité possèdent de vastes pouvoirs d'investigation. En matière de perquisition, une distinction est faite entre l'enquête dite «simple», qui permet aux enquêteurs, sans la nécessité d'un mandat judiciaire préalable, d'accéder à tous locaux à usage professionnel et de «demander» la communication de documents¹²¹, et l'enquête dite «lourde», qui autorise les enquêteurs, mais seulement sur autorisation judiciaire, de «saisir» tout document en tout lieu, de poser des scellés et de procéder, en cours de visite, à des «auditions» en vue de recueillir de l'information utile aux besoins de l'enquête.¹²²

C. Sanctions civiles

1) amendes

Les sanctions pour violation de l'article L. 420-1 CC sont essentiellement pécuniaires. En vertu de l'article L. 464-2 CC, les amendes doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient et à l'éventuelle réitération

¹¹⁹ Pour diminuer les risques que l'Autorité agisse comme «juge et partie» dans un même dossier, celle-ci a été scindée à l'interne en deux divisions qui fonctionnent de manière autonome: le service d'instruction dirigé par un rapporteur général, qui s'occupe de faire enquête et, le cas échéant, de porter des accusations («notification de griefs»), et le service d'adjudication représenté par un Collège, qui rend des décisions au terme d'un débat contradictoire.

¹²⁰ À savoir, devant la Cour d'appel de Paris puis, le cas échéant, la Cour de cassation.

¹²¹ Voir l'article L. 450-3 CC.

¹²² Voir l'article L. 450-4 CC. En pratique cependant, la différence entre l'enquête «simple» et «lourde» n'est pas toujours évidente à cerner. Dans le cadre de la première, les enquêteurs ont un pouvoir moins coercitif puisqu'ils ne peuvent pas véritablement procéder à une fouille des lieux et saisir des documents et fichiers. Mais ils peuvent recueillir toutes les informations et documents qui leur sont fournis volontairement. Voir A. Condomines, «Le nouveau droit français de la concurrence», Jurismanager, 2009, disponible au <http://www.economag.com/droit-de-la-concurrence/la-procedure-francaise-en-matiere-de-concurrence/les-enquetes>.

de pratiques prohibées par la loi. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et doivent être motivées. La limite supérieure des amendes est fixée à 10% du chiffre d'affaires mondial consolidé réalisé par l'entreprise au cours de son plus récent exercice. On tient donc compte des revenus de toute l'entreprise au sens large.

Il est intéressant de noter que l'article L. 464-2 CC prévoit également la possibilité de sanctions contre des individus. En effet, contrairement à l'article 101 (TFUE), le texte de l'interdiction prévue à l'article L. 420-1 CC n'est pas limitatif et il est susceptible de s'appliquer à toute personne. Dans un tel cas, le montant maximal de l'amende est fixé à 3 millions €. Précisons toutefois que l'Autorité ne semble pas avoir usé jusqu'à présent de sa faculté de sanctionner des individus: nous n'avons trouvé aucune décision de l'Autorité qui ait prononcé des amendes contre des particuliers.

Au cours de l'année 2013, l'Autorité a rendu 10 décisions qui étaient assorties de sanctions pécuniaires, pour un montant total d'amendes de 160,5 millions €.

Les amendes sont calculées sur base des lignes directrices publiées par l'Autorité¹²³. La méthode de calcul suit d'assez près le modèle européen. Il s'agit d'ailleurs d'un principe qui doit guider l'Autorité dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation¹²⁴.

En un premier temps, on retient comme montant de base une proportion de la valeur des ventes de chaque entreprise, réalisées en relation avec l'infraction au cours du dernier exercice complet de participation à l'infraction¹²⁵. Pour respecter le principe de territorialité, on ne tient compte que des ventes faites en France¹²⁶. En cas d'entente de fixation de prix ou de partage de marché, la proportion retenue est comprise entre 15% et 30%¹²⁷. Pour les infractions qui durent plus d'un an, on applique, après avoir calculé le montant dû au terme de la première année, le même pourcentage, mais à la moitié de la valeur des ventes, pour chaque année supplémentaire d'infraction¹²⁸.

Un mode de calcul différent est prévu spécifiquement pour les cas de truquage d'offres ponctuel ne relevant pas d'une infraction complexe et prolongée. L'Autorité estime en

¹²³ La version la plus récente de ces lignes directrices remonte à mai 2011. Voir le «Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires», disponible au http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=1601 (ci-après les «Lignes directrices françaises»).

¹²⁴ *Ibid.*, par. 12.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 33.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 34.

¹²⁷ *Ibid.*, par. 41.

¹²⁸ *Ibid.*, par. 42. Sur ce point, les lignes directrices européennes sont sensiblement plus sévères. La Commission applique en effet le pourcentage retenu à la totalité de la valeur des ventes (et non la moitié) pour chaque année supplémentaire.

effet que dans un tel cas, la valeur des ventes réalisées par l'entreprise en relation avec l'infraction ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique de ces pratiques, qui revêtent un caractère instantané, et du poids relatif de chaque entreprise qui y prend part, en particulier lorsque l'implication de cette dernière consiste à réaliser des offres de couverture ou à s'abstenir de soumissionner. L'Autorité propose donc d'appliquer plutôt un coefficient au chiffre d'affaires total réalisé en France par l'entreprise en cause¹²⁹. Selon l'Autorité, ce coefficient «doit tenir compte du fait que ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret¹³⁰».

Une fois déterminé, le montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise. On tient ainsi compte de l'existence éventuelle de facteurs aggravants¹³¹ ou atténuants¹³², ainsi que de la taille de l'entreprise concernée ou de ses ressources globales, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction¹³³. Le montant ainsi individualisé est ensuite augmenté, dans une proportion comprise entre 15% et 50%, en cas de récidive¹³⁴.

Enfin, le montant obtenu est comparé au maximum légal, avant d'être réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence et de la non contestation des griefs (voir discussion ci-après), puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise qui en a fait la demande¹³⁵.

2) recours en dommages

La violation des dispositions de l'article L. 420-1 CC constitue une faute délictuelle qui donne droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du code civil français. En théorie, la victime d'un comportement anti-concurrentiel peut donc poursuivre l'auteur

¹²⁹ Voir les paragraphes 67 et 68 des *Lignes directrices françaises*.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 68.

¹³¹ Incluant le fait que l'entreprise ait joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou qu'elle ait pris des mesures de contrainte ou de rétorsion. Voir le paragraphe 46 des *Lignes directrices françaises*.

¹³² Par exemple si l'entreprise apporte la preuve qu'elle a été contrainte à participer à l'infraction, ou que cette dernière a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques. Voir l'article 45 des *Lignes directrices françaises*.

¹³³ *Ibid.*, par. 49.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 50 à 52.

¹³⁵ Comme en droit communautaire, l'Autorité n'accepte de réduire le montant final de l'amende, au vu de la situation financière de l'entreprise, que dans des cas exceptionnels. Voir les paragraphes 62 à 66 des *Lignes directrices françaises*.

de son préjudice en dommages-intérêts. Dans la pratique cependant, les recours privés demeurent relativement rares en France et n'ont certainement pas l'importance qu'ils connaissent maintenant en Amérique du Nord en tant qu'outil complémentaire à l'action publique pour faire respecter les règles de concurrence¹³⁶. Les recours collectifs (ou «action de groupe») ne sont pas encore admis en France.

D. Programme de clémence

Le régime français comporte également un programme de clémence. Celui-ci trouve son origine dans la loi¹³⁷ et ses paramètres sont explicités dans une Communication de l'Autorité dont la plus récente version fut publiée en 2009¹³⁸. L'Autorité résume ainsi l'intérêt du programme: «*Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes plus sûrement et plus fréquemment détectées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement toutes les entreprises ayant participé à l'entente, y compris celle-là même qui, en la révélant, permet à l'Autorité de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.*»¹³⁹

1) immunité et réduction de peines

Le programme français est calqué sur le modèle européen. Il prévoit une exonération totale des sanctions pécuniaires pour toute entreprise qui, la première, dévoile à l'Autorité sa participation à une infraction, si l'Autorité ne disposait d'aucune information sur l'infraction ou, à défaut, si elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour lui permettre d'en prouver l'existence¹⁴⁰. L'exonération totale est exclue pour toute

¹³⁶ Dans une première pour un organisme public, un tribunal de Rouen a accueilli favorablement, en septembre 2008, la demande d'indemnisation introduite par le Conseil général de Seine Maritime pour réparation du préjudice subi lors de la passation de ses marchés publics. Dans cette affaire, six entreprises de construction s'étaient auparavant vues infliger 33,6 millions € d'amendes par le Conseil de la concurrence (l'ancêtre de l'Autorité), pour s'être entendues lors de la passation de plusieurs marchés de travaux publics routiers en Seine Maritime afin de se répartir les tonnages d'enrobés à épandre sur les routes (voir «*Décision No 05-D-69 du 15 décembre 2005 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime*», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d69.pdf>). Dans l'action civile, le Tribunal a condamné solidairement les défendeurs au paiement d'une somme de près de 5 millions €, en réparation du préjudice subi par le Conseil général. Voir TGI Rouen, jugement du 11 septembre 2008, Moniteur n°5474 du 24 octobre 2008.

¹³⁷ Article L. 464-2, alinéa IV CC: «*Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. [...]*».

¹³⁸ Voir le «*Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français*», disponible au http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_clemence.pdf.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 11.

¹⁴⁰ *Ibid.*, par. 13 et 15.

entreprise qui a pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction¹⁴¹. Pour toute les entreprises subséquentes, la réduction de l'amende ne peut dépasser en principe 50%. Pour déterminer le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires auquel une entreprise peut prétendre, l'Autorité prend en compte le rang de la demande et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuves fournis par cette entreprise ont apporté¹⁴². Dans tous les cas, l'octroi d'une exonération totale ou partielle est soumis à des conditions strictes de collaboration¹⁴³.

2) réduction de peines pour non-contestation des griefs

Le programme de clémence en droit français est un outil relativement récent¹⁴⁴ et, à ce jour, les demandes de clémence sont encore assez rares. Le régime français comporte en revanche un autre programme de réduction d'amendes invoqué beaucoup plus fréquemment par les entreprises. Il s'agit de la «Procédure de non-contestation des griefs», prévue à l'alinéa III de l'article L. 464-2 CC¹⁴⁵.

Cette mesure intervient en aval dans le déroulement de la procédure de l'Autorité, une fois que celle-ci a constaté l'existence d'une infraction et en a notifié les entreprises concernées pour que celles-ci puissent faire valoir leur défense. Le programme permet à une entreprise, en contrepartie d'une réduction d'amendes, de renoncer volontairement à contester les griefs qui lui ont été notifiés et, si elle le désire, de s'engager formellement à modifier son comportement pour l'avenir. Ainsi, lorsque cette procédure est utilisée, le plafond statutaire est réduit de moitié et l'amende finale calculée par l'Autorité est réduite de 10%. Si l'entreprise souscrit aussi des engagements, l'amende est réduite d'un montant supplémentaire de 5% à 15%, en fonction du caractère substantiel, crédible et vérifiable de ceux-ci. Une proportion importante des affaires récentes de l'Autorité ont été réglées par le biais de cet instrument qui, pour l'Autorité, simplifie et accélère considérablement la procédure d'instruction ainsi que la prise de décision subséquente.

E. Développements récents en matières civiles

Le bilan des autorités françaises en matière de lutte contre les cartels est assez impressionnant. En particulier, plusieurs décisions importantes, rendues soit par l'Autorité ou par son prédécesseur le Conseil de la concurrence (avant mars 2009),

¹⁴¹ *Ibid.*, par. 22.

¹⁴² *Ibid.*, par. 16 à 20.

¹⁴³ *Ibid.*, par. 21.

¹⁴⁴ Il a été introduit par disposition législative en 2001 mais ses paramètres n'ont réellement été articulés qu'en mars 2006, avec la publication d'un premier communiqué de procédure.

¹⁴⁵ Voir le «Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs», disponible au http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_ncg_10fevrier2012.pdf. Il s'agit de la version la plus récente de ce programme introduit en mai 2001.

concernent des cas de truquage d'offres dans le domaine de la construction et des infrastructures publiques. Aux termes d'une jurisprudence constante, ces pratiques sont considérées parmi les plus graves. On affirme à leur sujet: «les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public. En particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas¹⁴⁶».

1) importantes décisions dans le secteur de la construction

Par exemple, en mars 2006, 34 entreprises dans le secteur du bâtiment et des travaux publics ont été condamnées pour avoir participé à une vaste entente illicite en Île-de-France¹⁴⁷. L'enquête des autorités a démontré que de la fin 1991 à 1997, les principales entreprises du secteur s'étaient entendues pour se répartir les marchés de travaux publics d'Île-de-France, entraînant avec elles de nombreuses entreprises plus petites. Au total, les appels d'offres d'une quarantaine de marchés ont été faussés. Dans le cadre de cette entente générale, les grandes entreprises du secteur répartissaient les travaux à venir entre les sociétés de leur groupe en procédant à des «tours de table», réunions au cours desquelles les responsables des entreprises exprimaient leurs vœux, se partageaient les chantiers futurs et, finalement, vérifiaient la réalisation de ce partage. La mise en oeuvre de ce partage s'est traduite par un courant important d'échanges d'information et par la pratique d'offres de couverture. Compte tenu de ces éléments, le Conseil de la concurrence a infligé aux majors du secteur des sanctions représentant 5 % de leur chiffre d'affaires – soit le maximum autorisé par la législation applicable à l'époque. Le montant total des sanctions s'est élevé à 48 millions €. Cette décision a donné lieu à une série de recours devant la Cour d'appel et de la Cour de cassation jusqu'en 2012, mais sur le fond, l'essentiel de la décision du Conseil (et des amendes imposées) a été maintenu.

De même, en mai 2007, les autorités ont révélé l'existence d'une autre vaste cartel, impliquant, entre les années 1989 et 1996, 14 entreprises du bâtiment et près de 90 marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France d'un montant total de 10 milliards de

¹⁴⁶ Voir la «Décision No 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques», disponible <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d02.pdf>, (ci-après «*Décision Monuments historiques*»), au paragraphe 632, et jurisprudence citée.

¹⁴⁷ «Décision No 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d07.pdf>.

francs¹⁴⁸. La preuve amassée a démontré que ces marchés publics avaient fait l'objet de plusieurs réunions de répartition, de contacts directs entre les entreprises, ou d'échange d'information. L'affaire était d'autant plus grave que le stratagème utilisé avait été déployé de connivence avec l'assistant du maître d'ouvrage, ainsi qu'avec certains fonctionnaires et organisateurs politiques (qui exigeaient des ristournes sur la valeur des contrats accordés)¹⁴⁹. Les entreprises fautives ont écopé en terme d'amende du maximum prévu à l'époque par la loi, soit 5% de leur chiffre d'affaires consolidé. Elles ont été condamnées malgré la connivence évidente de certains représentants des pouvoirs publics, les autorités jugeant que les entreprises n'avaient pas fait l'objet d'une contrainte irrésistible à s'entendre¹⁵⁰. La décision est également intéressante puisqu'elle conclut également à la culpabilité de l'assistant du maître d'ouvrage, même si cette société n'était pas concurrente des entreprises de construction. Le Conseil a déterminé que «la circonstance que [cette société] ait été active sur le marché connexe de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage ne constitue pas une cause d'exonération des pratiques, l'accord de volonté constitutif d'entente pouvant se nouer entre opérateurs situés sur des marchés différents¹⁵¹».

Plusieurs autres décisions sanctionnant des affaires de truquage d'offres à grande échelle dans le secteur du bâtiment ont été rendues.¹⁵²

2) règles strictes en matière de truquage d'offres

Cette jurisprudence importante a donné lieu à l'élaboration d'une série de règles très spécifiques relativement au comportement qu'une entreprise peut adopter dans le contexte d'un appel d'offres. Selon la jurisprudence, il est bien sûr interdit aux

¹⁴⁸ Voir la «Décision No 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d15.pdf> (ci-après «*Décision Lycées*»).

¹⁴⁹ Pour les répercussions politiques de cette affaire, voir le résumé général disponible au http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_des_marchés_publics_d'Île-de-France.

¹⁵⁰ Paragraphes 427 à 433 de la décision précitée note 147.

¹⁵¹ *Ibid.*, au par. 424. Cette décision a été confirmée pour l'essentiel par la Cour d'Appel de Paris (arrêt du 3 juillet 2008) puis par la Cour de cassation (arrêt du 13 octobre 2009). Elle a également donné lieu à des recours d'ordre pénal (discutées ci-dessous au point 1.3.F).

¹⁵² Voir par exemple la «Décision No 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d39.pdf> (ci-après «*Décision Signalisation routière*») (sanctions à hauteur de 52,7 millions € prononcées à l'encontre de 8 entreprises du secteur pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition des marchés et les prix). Voir également la *Décision Monuments historiques*, *supra* note 146 (cartel affectant plusieurs régions de France et un très grand nombre de chantiers. 10 des 20 plus grandes sociétés de France dans ce secteur ont été sanctionnées. Les entreprises avaient notamment participé à des réunions de répartition de marchés préalables au dépôt des offres et s'étaient entendues sur le dépôt d'offres de couverture. Elles ont été condamnées malgré la complicité apparente de certains représentants des pouvoirs publics).

entreprises désirant soumissionner de se concerter au préalable sur le contenu de leurs soumissions respectives, de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, ou évidemment de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant (notamment par le dépôt d'offres de couverture). Mais la jurisprudence va plus loin. Elle interdit en effet, lorsqu'ils interviennent antérieurement à la date du résultat de l'appel d'offres, de simples échanges d'information portant par exemple sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer. Selon la jurisprudence, ces échanges altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres¹⁵³.

De même, lorsqu'un groupement (ou consortium) d'entreprises est formé en réponse à un appel d'offres, la jurisprudence est très spécifique. Elle reconnaît bien sûr que la formation de tels groupements peut être justifiée par la recherche d'économies ou par le fait de permettre à des entreprises qui ne pourraient pas soumissionner seules, notamment pour des raisons techniques, de le faire ensemble. Elle interdit toutefois aux entreprises qui auraient discuté de la possibilité de former un groupement mais ont rompu leurs négociations, de déposer par la suite des offres indépendantes, si elles ont échangé au cours de ces discussions préalables des informations sensibles (notamment en matière de prix)¹⁵⁴.

Enfin, la jurisprudence française prescrit également une règle très particulière en ce qui concerne les soumissions déposées par des sociétés qui sont affiliées (et qui font donc l'objet d'un contrôle commun). Le droit français ne proscrie pas de telles soumissions, mais il interdit par contre aux sociétés affiliées de se concerter au préalable pour préparer leurs offres, lorsque le lien corporatif qui les unit n'est pas clairement dévoilé au maître d'ouvrage au moment du dépôt des offres. En l'absence d'une telle

¹⁵³ Voir par exemple la «Décision No 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d08.pdf>, confirmée par la Cour d'Appel (arrêt du 23 octobre 2007), pourvoi pendant devant la Cour de cassation. Voir également «Décision No 06-D-13 du 6 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand Cesari à Furiani», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d13.pdf>; «Décision No 06-D-15 du 14 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la pose et de l'entretien des voies de chemin de fer», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d15.pdf>; «Décision No 07-D-01 du 17 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d01.pdf>.

¹⁵⁴ Voir «Décision n° 06-D-25 du 28 juillet 2006 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d25.pdf> (ci-après «*Décision Cathédrale de Rouen*»). Voir également la «Décision No 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d10.pdf>.

divulgarion, selon la jurisprudence, ces offres sont présentées au maître d'ouvrage comme étant indépendantes l'une de l'autre (alors qu'elles ne le sont pas), ce qui «trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence»¹⁵⁵. Au meilleur de notre connaissance, cette règle n'existe qu'en droit français, puisque dans les autres juridictions, les ententes (même anticoncurrentielles) entre sociétés concurrentes affiliées sont exemptées de l'application de la loi¹⁵⁶.

3) compétences décentralisées en matière d'enquêtes

Les affaires mentionnées ci-dessus ne se limitent pas à des grands cartels. Un nombre très important de décisions concerne également des ententes illicites à caractère beaucoup plus réduit. L'Autorité semble particulièrement efficace dans la détection de «petits cartels» à caractère local, dont plusieurs concernent des affaires de truquage d'offres dans le secteur de la construction. Ce bilan est d'autant plus impressionnant que la presque totalité de ces affaires n'avait pas été portée à l'attention de l'Autorité par le biais d'une demande de clémence. Il s'agit donc de cartels que les autorités ont su, en quelque sorte, démasqué de manière autonome, sans l'aide d'un délateur.

Cette situation s'explique peut-être en partie par le partage des compétences des autorités publiques en matière d'enquête qui, en droit de la concurrence français, est très décentralisé. On a vu en effet plus tôt que la réforme de 2009 avait opéré une importante centralisation, dans un souci d'efficacité, de la presque totalité des pouvoirs d'application des règles de concurrence dans le chef de l'Autorité. La réforme n'a cependant pas tout transféré à l'Autorité. Elle prévoit bien sûr la possibilité pour l'Autorité d'effectuer des enquêtes de son propre chef ou suite à la plainte d'un tiers. Mais elle a également maintenu la possibilité d'un travail de surveillance locale effectué par les nombreux services départementaux et régionaux de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (la «DGCCRF»), qui relève du Ministère de l'Économie et des Finances.

Les nouveaux articles L. 450-5 CC et D. 450-3 CC fixent les paramètres de ce partage de compétence en matière d'enquête entre les services de la DGCCRF répartis à travers tous les départements du pays et ceux de l'Autorité situés à Paris. Ainsi, avant de procéder à une enquête sur des faits relevant de l'article L. 420-1 CC, la DGCCRF doit en aviser au préalable le rapporteur général de l'Autorité, en lui transmettant les documents en sa possession justifiant le déclenchement d'une enquête, pour permettre au rapporteur de déterminer s'il souhaite que les services d'instruction de l'Autorité en

¹⁵⁵ Voir la «Décision No 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie», disponible au <http://www.utoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08d29.pdf>. Voir également la «Décision No 10-D-03 du 20 janvier 2010 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la Communauté Urbaine de Lille», disponible au <http://www.utoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d03.pdf>. Voir aussi la *Décision Monuments historiques*, *supra* note 146.

¹⁵⁶ Au motif qu'une entreprise ne peut pas comploter avec elle-même.

prennent eux-mêmes la direction. Si l'Autorité ne se saisit pas du dossier, les services du Ministère peuvent procéder eux-mêmes aux investigations. À la fin de l'enquête des services de la DGCCRF, le rapporteur de l'Autorité reçoit copie du rapport d'enquête et peut de nouveau décider de saisir l'Autorité du dossier, pour qu'elle y donne suite. Dans les deux cas, le choix du rapporteur de saisir ou non l'Autorité d'un dossier est guidé par certains principes dont la taille des entreprises en cause et la dimension locale du marché affecté¹⁵⁷.

Le rapporteur peut en toutes circonstances décider de saisir l'Autorité d'un dossier qui lui est référé par la DGCCRF, même si ce dernier met en cause un cartel à dimension purement locale. Cependant, dans les cas où il décide de ne pas le faire, la loi offre aux services du Ministère la possibilité de traiter le dossier au niveau local. Le ministre peut en effet choisir de classer l'affaire, d'ordonner aux entreprises de mettre fin aux pratiques et/ou de leur proposer de transiger par le paiement d'une pénalité¹⁵⁸. Le montant de la transaction ne peut dépasser 75 000 € (ou 5 % du dernier chiffre d'affaires réalisé en France par l'entreprise en cause si cette valeur est inférieure à 75 000 €). En cas de refus de l'entreprise de transiger selon les termes proposés par le Ministre, ou encore en cas de refus d'exécuter son injonction, l'Autorité est directement saisie.

Comme on peut le constater, ce système est destiné à aiguiller les affaires importantes vers l'Autorité, tout en permettant au Ministre chargé de l'économie de traiter par la voie administrative les dossiers de portée purement locale qui le justifieraient. Depuis le 12 décembre 2012, la DGCCRF rend désormais publiques les injonctions et transactions financières qu'elle a prononcées¹⁵⁹. Bien que la liste des affaires mentionnées soit encore très limitée à ce stade, elles témoignent quand même des efforts déployés par le système français pour endiguer des pratiques anticoncurrentielles dont l'impact est

¹⁵⁷ La jurisprudence présente parfois des exemples éloquentes de cette coopération des pouvoirs publics en matière d'enquête. Ainsi, dans la *Décision Cathédrale de Rouen*, *supra* note 154, on apprend que l'organisme public qui avait lancé le marché public, la Direction régionale des affaires culturelles, avait constaté des anomalies et certaines «coïncidences» dans les offres qu'elle avait reçues (dépassement systématique de l'estimation du maître d'oeuvre, identité de l'écriture du libellé des enveloppes déposées séparément, corrélation très forte entre les écarts de prix de chaque offre et l'estimation du maître d'oeuvre). Elle a alerté les services régionaux de la DGCCRF qui ont fait enquête. Celle-ci a permis de révéler l'existence d'échanges d'information entre certains candidats avant le dépôt des offres. Le Ministre de l'économie a ensuite saisi les autorités de concurrence. De même, dans la «Décision No 11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes», disponible au <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d13.pdf>, l'Autorité a été saisie par le Ministre, qui avait d'abord été alerté par la direction départementale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes de l'Aveyron, qui avait examiné certaines anomalies décelées lors de deux consultations passées par le syndicat intercommunal d'électricité du département pour l'attribution de marchés relatifs au réseau de distribution d'électricité.

¹⁵⁸ Voir les articles L 464-9 CC et R 464-9-1 CC à R 464-9-3 CC.

¹⁵⁹ Voir <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-anticoncurrentielles-transactions-et-injonctions>.

extrêmement local. Plusieurs de ces affaires mettent en cause des cas de truquage d'offres dans le secteur de la construction.

F. Volet criminel

Nous avons vu que l'interdiction générale prévue à l'article L. 420-1 CC s'applique en principe autant aux entreprises qu'aux individus. Dans les faits cependant, l'Autorité ne semble pas avoir imposé d'amendes à des particuliers jusqu'à présent. Le droit français de la concurrence comporte par ailleurs un autre volet, de nature criminelle (ou pénale) cette fois, qui s'adresse lui aussi aux personnes physiques. L'article L. 420-6 CC assortit en effet d'une sanction pénale «le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2». La peine prévue est un emprisonnement de quatre ans et une amende de 75 000 €.

Bien que l'existence de ces sanctions soient régulièrement rappelée aux gens d'affaire, en pratique elles ne sont elles aussi presque jamais appliquées. Nous n'avons pu trouver que quelques références à des décisions de tribunaux français imposant ce type de sanctions, qui concernent toutes par contre des cas de truquages d'offres dirigés contre les pouvoirs publics¹⁶⁰. Comme presque partout en Europe, la «culture» d'imposer des peines d'emprisonnement à des individus pour violation des règles de concurrence, qui est davantage d'origine anglo-saxonne, ne semble pas très développée en France. Dans un discours récent, le président de l'Autorité reconnaissait lui-même que les sanctions pénales à l'encontre des individus ne sont imposées que de manière sporadique¹⁶¹. Il estimait de plus que le montant maximal de l'amende fixé à 75 000 € n'est pas assez dissuasif eu égard aux enjeux.

¹⁶⁰ Par exemple, suite à la *Décision Lycées* (*supra* note 148), des condamnations pénales ont été prononcées à l'encontre de plusieurs dirigeants de compagnies de construction sur le fondement de l'article L. 420-6 CC. Des peines d'emprisonnement avec sursis et des amendes de quelques dizaines de milliers € ont été imposées. Il est toutefois difficile de déterminer la sanction précise ayant été prononcée au titre de cette disposition puisque les accusés ont également été reconnus coupables d'autres infractions au code pénal français, dont celles d'abus de confiance, de production de faux et de complicité de corruption. Ces condamnations ont été confirmées par un arrêt du 27 février 2007 de la Cour d'appel de Paris. Voir <http://www.docstoc.com/docs/103148064/CA-20070227-06-00406-affaire-lycees-CRIF>. De même, la *Décision Signalisation routière* (précitée note 151) et la *Décision Monuments historiques* (précitée note 145) ont également été suivies de poursuites pénales contre des individus sur base de l'article L. 420-6 CC. Dans les deux cas, les dirigeants des entreprises impliquées ont été condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis. Les décisions des juridictions pénales ont été frappées d'appel. Voir également TGI Rouen, jugement du 11 septembre 2008, Moniteur n°5474 du 24 octobre 2008; Cour d'appel de Nîmes, arrêt du 15 juin 2006, Jurisdata n° 2006-320969 ; Cour d'appel de Douai, arrêt du 27 octobre 2005, Jurisdata n° 2005-293930 ; Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-297073 ; Cour de cassation, arrêt du 22 octobre 2003, pourvoi n° 02-83.372.

¹⁶¹ Voir B. Laserre, «The New French Competition Authority: mission, priorities and strategies for the coming five years», 2009, disponible au http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_bl_autorite_trustubusters_09.pdf, à la p. 20.

Il faut comprendre en outre qu'en droit français de la concurrence, les actions publiques (pénales) et administratives (civiles) sont indépendantes l'une de l'autre. N'étant pas une juridiction pénale, l'Autorité ne saurait infliger elle-même les sanctions prévues par l'article L. 420-6 CC. Ce rôle revient aux tribunaux correctionnels. Ainsi, sur le plan civil, c'est l'Autorité qui mène l'enquête et qui décide des sanctions. Sur le plan pénal, l'enquête et l'action répressive sont menées par le Procureur de la République et par le juge d'instruction, et les peines sont prononcées par les tribunaux. Il est vrai qu'un nombre important d'enquêtes menées sur le plan pénal sont en fait enclenchées suite à un signalement de l'Autorité auprès du Procureur. Du point de vue procédural, par contre, une fois ce signalement fait, les deux voies de recours sont autonomes.

Ce manque d'articulation entre les branches civiles et pénales porte particulièrement à conséquence en matière de clémence. Le programme d'immunité français en effet, contrairement à la situation aux États-Unis, ne protège pas les individus. En principe, l'entreprise qui décide d'approcher l'Autorité pour lui dévoiler l'existence d'une infraction en faisant une demande de clémence, court donc toujours le risque d'exposer ses propres employés à d'éventuelles poursuites criminelles. Selon le président de l'Autorité, cette situation amène souvent les compagnies et leurs employés à travailler dans des directions opposées: les compagnies souhaitent de leurs employés un maximum de coopération pour bénéficier de la clémence au niveau des amendes, mais les employés peuvent être réticents à coopérer de peur de faire par la suite l'objet de poursuites criminelles¹⁶². Pour tenter de réconcilier ces intérêts contraires, l'Autorité a annoncé dans sa plus récente communication sur la clémence, qu'elle ne référerait pas de dossier de particulier au Procureur, lorsque l'individu est l'employé d'une compagnie qui a obtenu la clémence dans le même dossier¹⁶³.

Malgré ces difficultés, l'intention des autorités françaises semble de maintenir les sanctions pénales contre les individus. Un rapport relativement récent déposé en 2008 en recommandait le maintien, estimant que la sanction pénale contre les personnes physiques conserve «un effet plus dissuasif à l'égard des personnes tentées de s'affranchir des règles de concurrence»¹⁶⁴. Citant le prédécesseur de l'Autorité, le Conseil de la concurrence, les auteurs du rapport notent: «un nombre important de pays, notamment européens (Royaume-Uni, Allemagne, Autriche, Italie), se sont engagés ces dernières années dans une re-pénalisation dont l'ampleur est très circonscrite, mais dont la motivation, qui est partout la même, semble pertinente: certaines pratiques anticoncurrentielles sont si néfastes pour l'économie qu'il faut, outre les sanctions administratives et/ou civiles, continuer à prévoir une sanction pénale, pour des raisons tenant à la fois à la morale (réprobation attachée à la condamnation) et à

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Voir le par. 48 du programme de clémence français, précité note 137.

¹⁶⁴ Rapport Coulon sur la «Dépénalisation de la vie des affaires» commandé par le Président de la République, disponible au <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>, à la p. 64.

l'efficacité de l'action de l'Etat (des sanctions administratives, même élevées, ne suffisent pas, compte tenu des nombreux cas de réitération constatés, à assurer à eux seuls la dissuasion)¹⁶⁵. Parmi leurs recommandations, les auteurs du rapport préconisaient entre autres une meilleure articulation des procédures civiles et pénales en matière de concurrence (et notamment, la possibilité pour le juge pénal, lorsqu'il est saisi indépendamment de toute intervention administrative, de bénéficier de l'expertise de l'Autorité en qualité d'*amicus curiae*, ainsi que l'«homologation» par l'autorité judiciaire des procédures de clémence ou de transactions conclues entre une entreprise fautive et l'Autorité, afin d'éviter des poursuites pénales portant sur les mêmes faits)¹⁶⁶.

1.4 ALLEMAGNE

A. Règles applicables

En droit allemand, les ententes anticoncurrentielles sont visées par une disposition unique, l'article 1 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (la «Loi contre les restrictions de concurrence») (la «GWB»), une loi fédérale. Cet article édicte de manière générale l'interdiction de toute entente entre entreprises, décision d'association d'entreprises ou pratique concertée, qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Sa portée est donc aussi large que celle des dispositions correspondantes en droit communautaire et français.

Les pratiques restrictives visées par cette disposition ne sont interdites que dans la mesure où leur impact négatif sur la concurrence est sensible. Dans le cas d'ententes «injustifiables» entre sociétés concurrentes, par contre, telles que les ententes pour fixer les prix, partager des marchés ou truquer des offres, cet impact négatif sensible est présumé, et celles-ci sont donc automatiquement interdites.¹⁶⁷

¹⁶⁵ *Ibid.*, à la p. 63.

¹⁶⁶ *Ibid.*, aux pp. 64 et 65.

¹⁶⁷ Voir les articles 13 et 14 du Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007 (Avis de l'office fédéral des cartels du 13 mars 2007 concernant les accords de faible impact sur la concurrence du 13 mars 2007), traduction anglaise non officielle disponible au http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20De%20Minimis.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

B. Autorité compétente et procédure

La GWB est administrée principalement¹⁶⁸ par le Bundeskartellamt (l'Office fédéral des cartels), dont le siège est à Bonn. Le Bundeskartellamt a de vastes pouvoirs d'enquêtes, incluant celui de procéder à des saisies et perquisitions avec autorisation judiciaire préalable seulement (sauf en cas d'urgence)¹⁶⁹. Aux termes d'une procédure contradictoire au cours de laquelle les personnes inculpées ont l'occasion de se défendre, il peut rendre des décisions et imposer des sanctions. Les décisions du Bundeskartellamt peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel fédérale, puis devant la Cour suprême fédérale.

C. Sanctions

Les sanctions prévues pour violation de l'article 1 de la GWB sont de nature civile uniquement.

1) amendes

La sanction principale est l'imposition d'amendes. En droit allemand, celles-ci peuvent être prononcées non seulement contre des entreprises mais aussi contre des individus, ce qui est relativement rare en Europe dans le contexte de procédures civiles. En vertu de l'article 81(4) GWB, l'amende maximale est d'un million €, ou, dans le cas d'une entreprise, 10% du chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe auquel elle appartient, sur base du dernier exercice complété qui précède la décision.

Le mode de calcul des amendes fait l'objet de lignes directrices qui ont été révisées en 2013¹⁷⁰. Celles-ci présentent une approche quelque peu différente de celle employée par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence française. Ainsi, le montant de base est calculé en appliquant un coefficient de 10% au chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise en Allemagne en relation avec l'infraction pendant toute sa durée¹⁷¹. Ce montant de base est ensuite automatiquement multiplié par un coefficient variant de 2 jusqu'à 6, en fonction du chiffre d'affaires mondial total réalisé par le groupe de compagnies auquel l'entreprise fautive appartient¹⁷². En un deuxième temps, l'Office fédéral examine ensuite l'existence éventuelle de facteurs aggravants (intention manifeste de commettre l'infraction, récidive, rôle de meneur) ou atténuants

¹⁶⁸ Comme nous le verrons ci-après au point 5.3, les Länder allemands ont également un rôle à jouer dans l'application des règles de la GWB.

¹⁶⁹ Article 59(4) GWB.

¹⁷⁰ Voir «Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren», traduction anglaise non officielle disponible au http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁷¹ *Ibid.*, point 10.

¹⁷² *Ibid.*, point 16.

(participation forcée, approbation du comportement par une autorité nationale ou supranationale)¹⁷³. La situation financière de l'entreprise peut également être prise en compte¹⁷⁴.

2) restitution du bénéfice économique

En outre, une autre disposition de la GWB, l'article 34, permet aussi au Bundeskartellamt d'ordonner à l'entreprise fautive le remboursement du bénéfice économique qu'elle a pu tirer de l'entente, dans la mesure où le plein montant de ce bénéfice n'aurait pas déjà été compensé par le paiement d'une amende ou le dédommagement direct des victimes. Il n'y a par contre aucun plafond statutaire au montant du bénéfice qui peut être réclamé.

3) recours en dommages

Enfin, comme dans toutes les juridictions, la loi allemande permet aussi aux victimes d'un comportement contraire à la GWB d'en poursuivre les auteurs pour récupérer les dommages qu'elles ont subis, dans un recours civil en dommages-intérêts¹⁷⁵.

D. Programme de clémence

Le Bundeskartellamt a aussi élaboré un programme de clémence¹⁷⁶. En vertu de celui-ci, une immunité totale d'amendes est accordée à tout participant qui est le premier à fournir au Bundeskartellamt suffisamment d'information pour, soit lui permettre d'obtenir un mandat de perquisition, soit lui permettre de prouver une infraction¹⁷⁷. L'immunité n'est octroyée qu'en considération de la collaboration entière et ininterrompue du demandeur, et à la condition que celui-ci n'était pas l'unique instigateur du complot ou qu'il n'a pas employé de mesures de contraintes. L'immunité d'amendes s'étend également à tous les employés actuels ou passés de l'entreprise (qui, tel que mentionné ci-dessus, sont également passibles de sanctions pécuniaires au titre de la GWB), dans la mesure où ceux-ci coopèrent.

Enfin, une réduction de l'amende (jusqu'à 50%) peut également être accordée à toute autre personne qui fournit de l'information contribuant de manière significative à la

¹⁷³ *Ibid.*, point 16.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ Articles 33(3) GWB et 287 du Code de procédure civil allemand (*Zivilprozessordnung*)

¹⁷⁶ «Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen-Bonusregelung - vom 7. März 2006», traduction anglaise non officielle disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Merkblaetter/06_Bonusregelung_e_Logo.pdf (ci-après le «*Programme de clémence allemand*»).

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 3 et 4.

preuve de l'infraction¹⁷⁸. Le montant de la réduction varie en fonction de la plus-value des renseignements fournis et de l'ordre d'arrivée.

E. Développements récents

Le Bundeskartellamt est une agence très efficace et ses décisions sont strictes et nombreuses. Nous n'avons pu toutefois recensé qu'un nombre très limité de décisions relatives au secteur de la construction et des infrastructures au sens large¹⁷⁹.

Par exemple, en avril 2003, une décision importante fut rendue contre les plus importants producteurs de ciment du pays¹⁸⁰. Ceux-ci furent condamnés à payer un montant total de 660 millions € pour avoir participé à une vaste entente de partage de marché et de fixation de quotas. L'entente illicite n'impliquait pas de truquages d'offres.

Des décisions semblables ont été rendues en 2001¹⁸¹ et en 1999¹⁸² contre des producteurs de béton (avec des amendes d'environ 350 millions DM dans chaque cas).

En novembre 2008, d'importantes amendes ont été imposées contre des producteurs et fournisseurs de sel d'épandage¹⁸³. Le cartel avait fonctionné pendant près de 12 ans et s'était étendu à plusieurs Länder du sud du pays. L'enquête de l'Office fédéral a démontré que les entreprises participantes s'était partagé le marché et entendues sur

¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 5.

¹⁷⁹ La grande majorité des décisions de cette agence concerne le secteur manufacturier et ceux de l'énergie et des télécommunications.

¹⁸⁰ Voir le Communiqué de presse du 14 avril 2003 (version anglaise) «Bundeskartellamt imposes fines totalling 660 million Euro on companies in the cement sector on account of cartel agreements», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2003/2003_04_14.php. Dans la même affaire, voir aussi le Communiqué du 29 juin 2009, «Düsseldorf Higher Regional Court confirms Bundeskartellamt decision in fine proceedings against cement manufacturers», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2009/2009_06_29.php.

¹⁸¹ Amendes totales de 370 millions DM imposées à 69 compagnies et 51 dirigeants. Voir le Communiqué de presse du 9 mai 2001 (version anglaise) «First cartel proceedings concluded against ready-mixed concrete firms», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2001/2001_05_09.php.

¹⁸² Amendes de près de 300 millions DM imposées contre plusieurs dizaines de compagnies et leurs dirigeants. Voir le Communiqué de presse du 3 novembre 1999 (version anglaise) «Bundeskartellamt imposes fines of over DM 300 million for cartel agreements among ready-mixed concrete firms», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews1999/1999_11_03.php.

¹⁸³ Communiqué de presse (version anglaise) du 12 novembre 2008, «Bundeskartellamt imposes fine against road salt manufacturers», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008_11_12.php.

des quotas, et s'étaient concertées pour truquer de nombreux appels d'offres lancés par les gestionnaires publics du réseau routier.

Enfin, en août 2011¹⁸⁴ et mars 2012¹⁸⁵, le Bundeskartellamt a sanctionné une dizaine d'entreprises et leurs dirigeants pour avoir conclu de nombreuses ententes de fixation de prix et de partage de clientèle dans la vente de tuyaux de béton dans plusieurs marchés régionaux de la Basse-Saxe, de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie, du Schleswig-Holstein et de Hambourg. Des amendes de près de 11 millions € ont été prononcées, notamment contre des particuliers. Plusieurs des défendeurs ont bénéficié d'une réduction d'amendes suite à leur collaboration aux termes du programme de clémence.

F. Volet criminel

Le droit allemand de la concurrence comporte également un volet criminel. En vertu de l'article 298 du StGB (Code pénal allemand), toute personne qui participe à un truquage d'offres dans le contexte d'un marché public commet une infraction pénale, passible d'une amende et d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de cinq ans.

Cette disposition est relativement récente. Elle fut introduite en 1997 dans la foulée du mouvement international de pénalisation des infractions de concurrence. Le truquage d'offres constitue cependant le seul type d'agissement anticoncurrentiel qui soit frappé d'une interdiction pénale en droit allemand.

Les poursuites pénales fondées sur cet article sont fréquentes. Entre 1998 et 2008, 264 individus ont été accusés de truquage d'offres et 184 ont été reconnus coupables¹⁸⁶. Cependant, les peines encourues jusqu'à présent ne sont pas sévères. En 2001, la Cour suprême fédérale a validé le verdict de culpabilité criminelle prononcé à l'encontre d'un individu qui avait participé à un truquage d'offres. Ce dernier avait écopé d'une peine d'emprisonnement avec sursis de 2 ans et d'une amende de 9 000 €¹⁸⁷. Selon un auteur, les sanctions sont constituées en grande majorité (85%) d'amendes seulement, le reste presque exclusivement de peines d'emprisonnement

¹⁸⁴ Communiqué de presse (version anglaise) du 10 août 2011, «Agreements in the concrete pipe sector - Bundeskartellamt imposes multi-million fines», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2011/2011_08_10.php.

¹⁸⁵ Communiqué de presse (version anglaise) du 1 mars 2012, «Bundeskartellamt concludes cartel proceedings against manufacturers of concrete pipes and imposes first fines in the proceedings on concrete paving stones», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2012/2012_03_01.php.

¹⁸⁶ Florian Wagner-von Papp, «Criminal antitrust law enforcement in Germany: 'The whole point is lost if you keep it a secret!», 5 avril 2010, disponible au <http://ssrn.com/abstract=1584887> (ci-après «Wagner-von Papp», à la p. 1).

¹⁸⁷ Global Competition Review, «Cartel Regulation 2012», Law Business Research, à la p. 104 (ci-après «Cartel Regulation 2012»).

avec sursis¹⁸⁸. Quelques exceptions demeurent. Par une décision rendue en 2006, le Tribunal de première instance de Munich a condamné l'instigateur d'un vaste complot de truquage d'offres à purger une peine de 34 mois de prison ferme et à payer une amende de 100 000 €¹⁸⁹.

Ces poursuites pénales ne font par ailleurs l'objet que de très peu de publicité, une situation décriée par certains parce qu'elle affaiblit l'effet dissuasif de la Loi¹⁹⁰. L'un des facteurs pouvant expliquer ce phénomène est le partage des compétences en cette matière. En Allemagne, en effet, la responsabilité d'instruire et de poursuivre les affaires relevant de l'article 298 est confiée, comme c'est le cas pour toutes les dispositions du code pénal, aux nombreux procureurs du Ministère public répartis à travers le territoire. Le Bundeskartellamt n'a aucune compétence en la matière. Comme c'est le cas en France, les procédures civiles et pénales sont donc administrées de manière indépendante.

Cette situation n'est pas sans provoquer quelques irritants. En matière de clémence, par exemple, l'octroi par le Bundeskartellamt de l'immunité ou d'une réduction d'amende à une entreprise dans une affaire de truquage d'offres ne protège aucunement les employés de cette dernière d'éventuelles poursuites pénales fondées sur l'article 298 StBG¹⁹¹. Qui plus est, en vertu de la loi, le Bundeskartellamt est tenu («*muss*») de référer au Ministère public tout comportement porté à son attention qui est susceptible de constituer une infraction criminelle (notamment au titre de l'article 298 StGB).

En réponse à ce problème d'articulation entre les branches civiles et pénales, le Bundeskartellamt annonçait récemment qu'il renforcerait sa coopération avec les représentants du Ministère public afin d'adopter des actions plus ciblées et une approche institutionnelle plus rigoureuse à l'endroit des pratiques de truquage d'offres¹⁹². Les mesures envisagées incluent la possibilité de procéder à des perquisitions de manière conjointe, ainsi que l'établissement de points de contact et d'unités spécialisées au sein de chacune de ces institutions afin de faciliter les poursuites conjointes des affaires de truquage d'offres.

¹⁸⁸ *Wagner-von Papp, supra note 186, à la p. 20.*

¹⁸⁹ *Landgericht München II (LG Munich II) 3 Mai 2006, W5 KLS 567 Js 30966/04, BeckRS 2008, 00736.*

¹⁹⁰ *Wagner-von Papp, supra note 186, à la p. 11.*

¹⁹¹ *Programme de clémence allemand, supra note 176, au par. 24.*

¹⁹² Communiqué de presse (version anglaise) du 19 février 2012, «Increased prosecution of bid-rigging agreements - Cartel prosecutors and public prosecutors exchange experiences in Bonn», disponible au http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2012/2012_02_10_II.php. Voir aussi le Communiqué de presse (version anglaise) du 15 avril 2013, « Cartel prosecutors and public prosecutors exchange experiences in Bonn Increased prosecution of bid-rigging agreements », disponible au http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/15_04_2013_Erfahrungsaustausch-Staatsanwaltschaft.html.

1.5 ROYAUME-UNI

A. Règles applicables

En droit britannique, les cartels sont visés par deux types de disposition: les dispositions civiles du *Competition Act 1998* (le «CA»)¹⁹³ et les dispositions criminelles du *Enterprise Act 2002* (le «EA»)¹⁹⁴.

Au niveau civil, l'article 2 du Chapitre 1 du CA («*Chapter 1 Prohibition*») interdit toute «entente entre entreprises, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui a pour objet ou effet d'empêcher, de réduire ou de fausser la concurrence à l'intérieur du Royaume-Uni¹⁹⁵». Comme c'est le cas en vertu de l'article 101 (TFUE), cet article vise à la fois les ententes et les pratiques concertées et il ne s'adresse qu'aux entreprises¹⁹⁶. À l'instar du droit communautaire également, les agissements anticoncurrentiels visés par cet article ne sont interdits que dans la mesure où ils entraînent une restriction de concurrence sensible («*appreciable*»). Cependant, les ententes pour fixer les prix ou partager les marchés, incluant le truquage d'offres, sont réputées avoir un tel impact et sont donc interdites en toutes circonstances¹⁹⁷.

Les dispositions criminelles du EA contenues en son Chapitre 6 (intitulé «*Cartel Offense*») s'adressent pour leur part aux individus. Elles sont entrées en vigueur en juin 2003 et furent adoptées dans l'objectif avoué de renforcer l'effet dissuasif des règles de concurrence britanniques, en avertissant clairement les gens d'affaires qu'ils seraient

¹⁹³ Tel qu'amendé récemment par le *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

¹⁹⁴ Tel qu'amendé récemment par le *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

¹⁹⁵ Traduction libre: «[...] *agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade within the United Kingdom, and have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the United Kingdom, are prohibited* [...]»

¹⁹⁶ L'article 60 CA édicte d'ailleurs comme principe d'interprétation que, dans la mesure du possible, les questions de droit soulevées au titre des dispositions de la loi britannique doivent être traitées d'une manière qui n'est pas incompatible avec le traitement qu'elles recevraient en vertu du droit communautaire.

¹⁹⁷ OFT Guideline 401, «Agreements and Concerted Practices», Décembre 2004, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284396/oft401.pdf, aux par 2.17 et 3.14: «*Tendering procedures are designed to provide competition in areas where it might otherwise be absent. An essential feature of the system is that prospective suppliers prepare and submit tenders or bids independently. Any tender submitted as a result of collusion between prospective suppliers will almost invariably infringe Article [101 (TFUE)] and/or the Chapter 1 prohibition. The OFT considers that bid-rigging agreements, by their very nature, restrict competition to an appreciable extent*».

tenus personnellement responsables de toute participation à un cartel¹⁹⁸. À cette fin, l'article 188 interdit à tout individu, sous peine de sanctions criminelles, de s'entendre avec une ou plusieurs autres personnes, pour faire ou mettre en oeuvre un arrangement portant notamment sur la fixation de prix, le partage de marché ou de clients, ou le truquage d'offres¹⁹⁹.

Quelques points méritent d'être soulignés sur la portée de cet article. Premièrement, il ne vise que les ententes (au sens du droit criminel) et requiert donc la preuve d'une rencontre de volonté²⁰⁰. Les «pratiques concertées» sont donc exclues de sa portée. Ensuite, l'expression «truquage d'offres» («*bid-rigging*») est un terme défini. En vertu de l'alinéa 188 (5) EA, elle comprend tout arrangement conclu en réponse à un appel d'offres en vertu duquel, soit (a) l'un des participants accepte de ne pas faire d'offre, soit (b) les participants acceptent de déposer des offres mais à des prix qui, pour au moins l'une d'entre elles, ont été fixés d'un commun accord²⁰¹. La pratique n'est pas interdite si un tel arrangement est divulgué à la personne qui a lancé l'appel d'offres, au plus tard au moment où celles-ci sont déposées²⁰².

Il est important enfin de souligner que jusqu'en avril 2014, une entente anticoncurrentielle visée par l'article 188 EA ne pouvait être condamnée que si les

¹⁹⁸ Voir le Livre blanc déposé par le Gouvernement britannique concernant la réforme qui a donné lieu à ces sanctions criminelles, «Productivity and Enterprise, A World Class Competition Regime», Juillet 2001, aux par. 7.13 et ss., disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/cm5233.pdf>.

¹⁹⁹ «188 Cartel offence

- (1) *An individual is guilty of an offence if he agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).*
- (2) *The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would*
-
- (a) *directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service,*
- [...]
- (d) *divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers,*
- (e) *divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service,*
- or
- (f) *be bid-rigging arrangements.»*

²⁰⁰ Richard Whish, «Competition Law», 5th edition, Oxford University Press, 2005, à la p. 390.

²⁰¹ «*Bid-rigging arrangements*” are arrangements under which, in response to a request for bids for the supply of a product or service in the United Kingdom, or for the production of a product in the United Kingdom—

- (a) *A but not B may make a bid, or*
- (b) *A and B may each make a bid but, in one case or both, only a bid arrived at in accordance with the arrangements.»*

²⁰² Alinéas 188 A (1)(b) et 188 A (2) EA.

autorités parvenaient en plus à établir que l'entente reprochée avait été conclue « malhonnêtement » (« dishonestly »), un terme quelque peu ambigu emprunté aux lois britanniques en matière de vol et de fraude et qui a donné lieu à d'importantes difficultés d'interprétation. Cet élément de preuve additionnel a été supprimé.

B. Autorité compétente et pouvoirs d'enquête

Contrairement à la situation en France et en Allemagne, les dispositions civiles et criminelles du droit britannique relatives aux cartels sont administrées par le même organisme, le *Competition and Markets Authority* (le «CMA»), basé à Londres²⁰³. Ainsi, les deux régimes (civil et criminel) fonctionnent côte à côte et c'est la même agence qui a le pouvoir de mener des enquêtes, de manière parallèle ou séquentielle, sur des activités qui seraient susceptibles de contrevenir à l'un ou l'autre des types de dispositions.

En matières civiles, les pouvoirs d'enquêtes du CMA lui sont conférés par les articles 25 à 29 du CA²⁰⁴. Ceux-ci incluent le pouvoir d'ordonner la production de documents ou de renseignements, le pouvoir de perquisitionner des locaux commerciaux sans mandat, lorsqu'un préavis de deux jours est donné ou lorsque les locaux sont occupés par un participant à l'entente sur laquelle le CMA fait enquête, et le pouvoir de perquisitionner avec autorisation judiciaire dans les autres cas. En matières criminelles, les pouvoirs d'enquêtes sont sensiblement les mêmes mais sont plus encadrés, compte tenu des sanctions en jeu²⁰⁵. En particulier, les perquisitions et saisies ne peuvent être exécutées que sous autorisation judiciaire²⁰⁶. Le CMA a également le pouvoir en matières criminelles de mettre des personnes sous écoute ou sous surveillance visuelle²⁰⁷. Les enquêtes criminelles du CMA sont menées en étroite collaboration avec le Serious Fraud Office²⁰⁸ (le «SFO»), une agence indépendante qui rend compte au Procureur général, chargée de lutter contre la corruption et la fraude.

²⁰³ Le CMA résulte de la fusion, en avril 2014, du *Office of Fair Trading*, qui s'occupait notamment de cas de cartels, et du *Competition Commission*, qui examinait notamment l'impact concurrentiel des fusions d'entreprises. Par souci d'uniformité, nous emploierons uniquement l'acronyme CMA dans le cadre de ce chapitre, pour faire référence à l'agence britannique de concurrence, même si la plupart des décisions et procédures administratives qui y sont discutées ont été prises avant avril 2014 par l'ancien *Office of Fair Trading*.

²⁰⁴ Voir le document CMA8, « Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases », mars 2014, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288636/CMA8_CA98_Guidance_on_the_CMA_investigation_procedures.pdf.

²⁰⁵ Voir le document CMA9, « Cartel Offence Prosecution Guidance », mars 2014, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288648/CMA9_Cartel_Offence_Prosecution_Guidance.pdf.

²⁰⁶ Article 194 EA.

²⁰⁷ Articles 199 et 200 EA.

²⁰⁸ Les pouvoirs d'enquête du SFO sont prévus à l'article 2 du *Criminal Justice Act 1987*.

C. Procédure et sanctions

1) matières civiles

Les sanctions pour violation des dispositions civiles de la CA sont prononcées par le CMA qui les consignent dans une décision motivée. Celle-ci peut faire l'objet d'un appel devant le *Competition Appeal Tribunal* («CAT») puis devant les Cours d'appel des différentes nations constitutives du Royaume-Uni, et en dernier ressort devant le *House of Lords*. Puisque nous sommes en matières civiles, le fardeau de preuve dont doit s'acquitter le CMA est celui de la balance des probabilités. Toutefois, au vu de l'importance des sanctions en cause, la jurisprudence exige que la preuve présentée soit solide et convaincante («*strong and compelling evidence*»)²⁰⁹.

Les sanctions civiles sont essentiellement de nature pécuniaire. En vertu de l'article 36 de la CA, les amendes contre une entreprise sont plafonnées à 10% du chiffre d'affaires total de celle-ci. Elles ne peuvent être imposées que si le CMA est d'avis que l'infraction a été commise intentionnellement ou avec négligence²¹⁰. Comme dans les autres juridictions européennes examinées précédemment, le mode de calcul de l'amende est expliqué dans des lignes directrices et la procédure suivie y est en tout point comparable²¹¹: calcul d'un montant de base fondé sur un pourcentage des ventes affectées (jusqu'à 30%²¹²), puis ajustement de ce montant en fonction de la durée de l'infraction²¹³, de l'existence de facteurs atténuants ou aggravants²¹⁴, ainsi que de la taille de l'entreprise²¹⁵.

b) matières criminelles

Pour sa part, le pouvoir d'intenter des poursuites en vertu des dispositions criminelles du EA fait l'objet d'une compétence partagée. En vertu de l'alinéa 190 (2) EA, les poursuites peuvent être déposées soit par le SFO, soit par le CMA. Un protocole

²⁰⁹ Voir *AllSports Ltd c. OFT*, [2004] CAT 17. Tous les jugements du CAT sont disponibles sur son site web au <http://www.catribunal.org.uk/238/Judgments.html>.

²¹⁰ Alinéa 36 (3) CA.

²¹¹ Voir OFT 423, «OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty», Septembre 2012, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf (ci-après «OFT 423»).

²¹² *Ibid.*, au par. 2.5. Avant la révision du document en septembre 2012 le coefficient maximal était de seulement 10%.

²¹³ Le montant de base augmente de 100%, pour chaque année d'infraction supplémentaire. Voir par. 2.12 du document.

²¹⁴ *Ibid.*, par. 2.13 à 2.15.

²¹⁵ *Ibid.*, par. 2.16 à 2.20.

d'entente conclu entre ces deux organismes établit les bases de leur collaboration en matière d'enquêtes et de poursuites²¹⁶. Les autorités doivent prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Au niveau des sanctions, le *Cartel Offence* est une infraction mixte. Il peut donner lieu, au choix du poursuivant, soit à une poursuite par procédure sommaire («*summary trial*») pouvant entraîner une peine d'emprisonnement d'au plus six mois et/ou une amende ne pouvant excéder le maximum statutaire (actuellement de 5 000 £), soit à une poursuite par acte d'accusation («*trial on indictment*») devant jury, qui donne lieu à des peines plus sévères: une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans et/ou une amende sans limite statutaire²¹⁷.

c) ordonnance de destitution

En droit britannique, la violation des règles de concurrence peut par ailleurs donner lieu à un autre type de sanction qui n'existe pas dans les juridictions examinées jusqu'à présent. Il s'agit de l'ordonnance de «déstitution» («*Competition Disqualification Order*», ou *CDO*) prévue par le *Company Directors Disqualification Act 1986*²¹⁸. L'ordonnance interdit à tout individu, pendant une période maximale de quinze ans, d'agir à titre d'administrateur d'une compagnie, ou de prendre part à la formation, la promotion ou la gestion d'une compagnie. Elle est prononcée en matières civiles par un juge, sur demande du CMA, lorsque l'individu concerné est administrateur d'une compagnie qui a commis une infraction de concurrence au titre du CA, et qu'aux vues du tribunal le comportement de l'individu le rend inapte («*unfit*») à occuper une fonction d'administrateur. Elle peut aussi être émise directement par le tribunal en matières criminelles, lorsque l'administrateur est déclaré coupable d'avoir commis un *Cartel Offense* au titre du EA. Jusqu'à présent, aucune ordonnance de ce type n'a toutefois été rendue. Dans la version la plus récente des lignes directrices qui présentent les critères dont le CMA tient compte pour décider de présenter une demande de CDO, le CMA annonce un durcissement de son approche. Il affirme notamment qu'une demande de destitution pourrait être déposée si la preuve démontre, non seulement que l'administrateur a participé directement à l'infraction de concurrence, mais aussi que l'administrateur avait des motifs raisonnables de soupçonner que le comportement de sa compagnie était contraire aux règles de concurrence et qu'il n'a pas réagi, ou que l'administrateur ignorait mais aurait dû savoir que ce comportement était contraire aux règles²¹⁹.

²¹⁶ Voir «Memorandum of understanding between the Competition and Markets Authority and the Serious Fraud Office», avril 2014, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/307038/MoU_CMAandSFO.PDF

²¹⁷ Alinéa 190 (1) EA.

²¹⁸ Voir à ce sujet le document OFT 510, «Director disqualification orders in competition cases - An OFT guidance document», 2010, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf

²¹⁹ *Ibid.*, aux par. 4.16 et ss.

d) recours civil en dommages

Enfin, la loi reconnaît également aux victimes d'un comportement contraire aux règles de concurrence britanniques le droit d'intenter un recours privé en dommages-intérêts contre les auteurs de leurs préjudices. Le recours peut être introduit devant les tribunaux de droit commun, avant même que le CMA n'ait rendu de décision d'infraction au titre du CA («*stand-alone actions*»). Dans un tel cas, le demandeur est évidemment tenu d'établir lui-même l'existence de l'infraction, ce qui est extrêmement difficile à faire. Alternativement, le recours peut être introduit devant les tribunaux de droit commun ou devant le CAT à la suite d'une décision du CMA («*follow-on actions*»). La décision du CMA fait alors preuve de l'infraction dans l'action civile et le demandeur n'a qu'à prouver son préjudice. Dans les deux cas, par contre, le nombre de recours privés en dommage demeure bas, même en comparaison avec d'autres pays européens²²⁰. Au cours de l'année 2012, le Gouvernement a mené des consultations pour tenter de réformer le régime, et d'accroître le rôle du secteur privé dans la détection et la répression des agissements anticoncurrentiels²²¹. Les conclusions du Gouvernement à cet égard ont été rendues publiques en 2013²²². Les propositions de réforme incluent diverses mesures visant à accélérer la procédure devant les tribunaux, ainsi qu'une introduction très encadrée des procédures de recours collectifs en droit anglais de la concurrence.

D. Programme de clémence

Le régime britannique comporte également un programme de clémence²²³. Ses paramètres et conditions sont comparables à ceux qui existent dans les juridictions examinées ci-dessus. Toutefois, puisque les volets civils et criminels du régime sont administrés par la même agence, l'application du programme n'entraîne pas les dysfonctionnements identifiés en France et en Allemagne. En particulier, l'octroi de l'immunité totale accordée à une entreprise protège également de toute poursuite criminelle les employés, dirigeants et administrateurs présents et passés de cette

²²⁰ On estime qu'entre 2005 et 2008, 41 recours privés en dommages ont été tranchés par les tribunaux britanniques et qu'entre 2000 et 2005, 43 recours ont été réglés hors-cour. En comparaison, pendant une période comparable (2005 à 2007), 368 recours privés ont été intentés devant les tribunaux allemands. Voir Department for Business Innovation & Skills, «Private actions in Competition law: A consultation for actions on reform - Impact Assessment», Avril 2012, au par. 22, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31529/12-743-private-actions-in-competition-law-impact-assessment.pdf.

²²¹ *Id.*

²²² Voir Department for Business Innovation & Skills, «Private actions in Competition law: A consultation for actions on reform - Government Response», Janvier 2013.

²²³ Voir le document OFT 1495, «Applications for leniency and no-action in cartel cases», Juillet 2013, disponible au https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf. Voir également OFT 423, *supra* note 211, chapitre 3.

entreprise. Le régime britannique reconnaît également la possibilité d'une réduction d'amendes sur la base du concept «immunité plus» prévu en droit américain²²⁴.

E. Développements récents

a) matières civiles

Le CMA a rendu des décisions importantes en matière de truquages d'offres dans le secteur de la construction.

- truquage d'offres - réfection de toitures

Entre 2004 et 2006, tout d'abord, plusieurs décisions ont condamné des entreprises du secteur de la réfection de toiture pour avoir conclu des ententes sur les prix et fait du truquage d'offres, enfreignant ainsi les dispositions civiles du CA. En vertu d'une première décision, rendue en mars 2004, neuf entreprises des *West Midlands* furent reconnues coupables d'avoir coordonné leurs soumissions en réponse à de nombreux appels d'offres lancés par des propriétaires publics et privés d'édifices commerciaux et institutionnels²²⁵. Selon la décision, les parties avaient truqué leurs soumissions par le moyen d'offres de couverture²²⁶. Le CMA a déterminé que ces pratiques étaient illicites. Il a estimé qu'en se communiquant des prix de couverture, les entreprises avaient influencé leur comportement sur le marché et avait faussé le mécanisme des appels d'offres. Il a conclu que, en ce communiquant de tels prix, les entreprises s'étaient soit carrément entendues sur le prix qu'elles allait offrir dans leurs soumissions respectives, soit avaient à tout le moins substitué une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence, ce qui est le propre d'une pratique concertée²²⁷. Les entreprises ont été condamnées à payer des amendes totalisant près de 300 000 £. L'une des entreprises fautives n'a reçu aucune sanction, parce qu'elle avait dévoilé l'existence du cartel au CMA et obtenu l'immunité, et une deuxième entreprise a obtenu une réduction

²²⁴ Pour un exemple dans le secteur de la construction, voir le communiqué de presse 48/05 du 18 mars 2005, «OFT fines Scottish and north east roofing contractors for price-fixing». Tous les communiqués de presse de l'ancien OFT sont archivés sur le site <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/>. Les communiqués de presse du CMA sont disponibles au <https://www.gov.uk/government/latest?departments%5B%5D=competition-and-markets-authority>.

²²⁵ Voir Décision No. CA98/1/2004, «Collusive tendering in relation to contracts for flat-roofing services in the West Midlands», 16 mars 2004, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/wm-roofing> (ci-après «*Midlands Flat Roofing - OFT*»), ainsi que le Communiqué de presse qui l'accompagne, PR 46/04 du 17 mars 2004, «OFT fines West Midlands roofing contractors for price-fixing».

²²⁶ À savoir une offre dont le montant est, pour celui qui la dépose, délibérément élevé, permettant ainsi au concurrent ayant offert un prix plus bas de remporter le marché, tout en maintenant l'apparence d'un marché compétitif auprès du maître d'ouvrage.

²²⁷ *Midlands Flat Roofing - OFT*, *supra* note 225, notamment aux par. 198 et 356.

de 50% en vertu du programme de clémence. La décision du CMA a été confirmée par le CAT²²⁸.

D'autres décisions comparables relatives au même secteur mais concernant d'autres régions du Royaume-Uni ont été rendues dans les années subséquentes, soit en mars 2005²²⁹, en juillet 2005²³⁰, et en février 2006²³¹. Dans ce dernier cas, certains entrepreneurs en toiture avaient reçu une compensation monétaire d'un de leurs co-conspirateurs pour avoir accepté de se retirer d'un marché et de présenter une offre de couverture gonflée.

- truquage d'offres - industrie de la construction

Parallèlement à ces décisions, le CMA avait commencé dès 2004 une vaste enquête sur les pratiques de truquage d'offres à travers toute l'industrie de la construction. Celle-ci avait été ouverte suite à une plainte d'un vérificateur travaillant pour le compte d'un centre hospitalier, qui suspectait que des soumissions reçues pour des travaux commandés par l'hôpital avaient été truquées par les entreprises soumissionnaires. L'enquête du CMA s'est rapidement emballée. Au cours des années qui suivirent, il est devenu apparent aux yeux du CMA que les pratiques de truquages d'offres étaient endémiques à travers tout le pays et toute l'industrie. À un certain point, l'enquête de l'organisme portait sur les activités de plus de 1000 compagnies et sur plus de 4000 marchés publics. Puisque le CMA n'avait pas les ressources pour mener à terme une enquête aussi vaste, il a dû faire des choix et a décidé de se concentrer sur les agissements de 122 entreprises du bâtiment qui, selon la preuve recueillie, s'adonnaient à ce genre de pratiques le plus fréquemment. Plusieurs de celles-ci (37 au total) firent une demande de clémence en échange de renseignements permettant de faire progresser l'enquête du CMA. Estimant que son dossier était suffisamment en état, et que la réception d'éléments de preuve additionnels relatifs à d'autres infractions potentielles ne lui permettrait pas de faire avancer la procédure en temps utile et de manière efficace, le CMA annonça publiquement, dans un geste inédit, qu'il fermait

²²⁸ *Apex Asphalt and Paving Co Limited v Office of Fair Trading*, [2005] CAT 4.

²²⁹ Décision No. CA98/01/2005, «Collusive tendering for mastic asphalt flat-roofing contracts in Scotland», 15 mars 2005, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/scotland-flat-roofing>, et Décision No. CA98/02/2005, «Collusive tendering for felt and single ply flat-roofing contracts in the North East of England», 16 mars 2005, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/ne-roofing>.

²³⁰ Décision No. CA98/04/2005, «Collusive tendering for felt and single ply roofing contracts in Western-Central Scotland», 8 juillet 2005, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/scotland-roofing>.

²³¹ Décision No. CA98/01/2006, «Collusive tendering for flat roof and car park surfacing contracts in England and Scotland», 22 février 2006, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/flat-roof>.

dorénavant la porte à toute demande de clémence additionnelle²³². Le même jour, il mettait en place une procédure spéciale de règlement dite «expéditive»²³³, et informait les 85 entreprises sous enquête qui n'avaient pas fait de demande de clémence que celles-ci recevraient une réduction d'amendes de 25% en échange de leur admission d'avoir enfreint la loi et de leur collaboration dans certains domaines. 45 entreprises se sont prévaluées de cette offre.

Le 22 septembre 2009, le CMA annonçait qu'aux termes de son enquête, il avait déterminé que 103 entreprises du bâtiment réparties à travers le pays avait violé les dispositions civiles de la CA²³⁴ par l'adoption de pratiques de truquage d'offres²³⁵ dans de nombreux marchés publics et privés d'une valeur totale de 200 millions £, et affectant des établissements scolaires ou hospitaliers ainsi que des contrats privés de construction immobilière. Des amendes totalisant près de 129 millions £ ont été imposées. Plusieurs entreprises ont bénéficié de réductions d'amendes (de 25% à 65%) en application du programme de clémence et/ou de la procédure spéciale de règlement²³⁶. Comptant près de 2000 pages, la décision du CMA dans cette affaire est la plus longue de son histoire²³⁷. Au moment de l'annoncer, le CMA publiait également une note destinée aux entités adjudicatrices publiques et privées du pays, les informant du contexte de la décision, et leur suggérant certaines démarches et facteurs à considérer dans l'octroi de leur contrats futurs²³⁸.

²³² Voir le Communiqué de presse 50/07 du 22 mars 2007, «*OFT closes door on cartel leniency in construction bid rigging cases in England*», disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2007/50-07>.

²³³ Voir le Communiqué de presse 49/07 du 22 mars 2007, «*OFT makes 'fast track' offer in biggest ever UK cartel investigation*», disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2007/49-07>.

²³⁴ Voir le Communiqué de presse 114/09 du 22 septembre 2009, «*Construction firms fined for illegal bid-rigging*», disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2009/114-09>.

²³⁵ Au total, 199 infractions ont été recensées. Les détails pour chacune d'entre elles sont fournis dans une liste disponible au http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/table-of-infringements.pdf.

²³⁶ Une liste des amendes individuelles par entreprise est disponible au http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/parties2.pdf.

²³⁷ Décision No. CA98/02/2009, «*Bid rigging in the construction industry in England*», 22 septembre 2009, disponible au http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/bid_rigging_construction (ci-après «*Bid-Rigging Construction Industry*»).

²³⁸ Voir «*Information note to procuring entities in the public and private sectors regarding the OFT's decision on bid rigging in the construction industry*», 22 septembre 2009, disponible au http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/Information-Note2.pdf;jsessionid=28B94DEA24C432CE67D774CFBA973996.

Sur les 199 infractions recensées, six concernaient des cas où l'une des parties avait payé à un concurrent une compensation financière, parfois en considération du dépôt par ce dernier d'une offre de couverture²³⁹, parfois pour dédommager le concurrent n'ayant pas remporté le contrat des coûts encourus pour préparer son offre²⁴⁰. Ces compensations variaient de 2 500 à 65 000 £ et avaient été camouflées en utilisant des fausses factures. Le reste des infractions, par contre, impliquaient des cas d'offres de couverture que les entreprises sous enquête ont qualifiées de «simples»²⁴¹. Il s'agissait de situations où une entreprise invitée à soumissionner avait déterminé de manière indépendante qu'elle ne souhaitait pas remporter le contrat²⁴²; plutôt que de se désister de l'appel d'offres, elle avait donc demandé à un concurrent qu'elle savait intéressé par le marché de lui fournir le montant d'une offre de couverture pour être certaine de ne pas être retenue²⁴³. Toutes les entreprises sous enquête ont affirmé qu'elles préféraient ce procédé, plutôt que de se désister formellement, parce qu'elles craignaient en se retirant que l'adjudicateur ne les invite plus dans l'avenir à soumissionner pour d'autres contrats²⁴⁴. La preuve démontrait également que cette pratique était largement répandue au sein de l'industrie et qu'elle était même considérée comme normale et acceptable dans plusieurs manuels de l'industrie²⁴⁵. Malgré tout, en dépit des justifications avancées, le CMA a condamné la pratique, estimant qu'elle constituait une concertation illicite et qu'au bout du compte, l'entité adjudicatrice avait été trompée²⁴⁶. Au stade du calcul de l'amende, un pourcentage de 5% du montant des ventes pertinentes a été retenu pour déterminer le montant de base²⁴⁷, et un mécanisme d'ajustement automatique de ce montant pour qu'il corresponde au minimum à

²³⁹ *Bid-Rigging Construction Industry*, *supra* note 237, au par. III.127 à III.135.

²⁴⁰ *Ibid.*, par. III.136 à III.157. Le montant de cette compensation était bien sûr répercuté dans le prix total demandé à l'adjudicateur.

²⁴¹ *Ibid.*, par. III.89 à III.

²⁴² Par exemple, parce que son carnet de commandes était suffisamment rempli.

²⁴³ L'entreprise qui avait obtenu un prix de couverture d'un concurrent ne connaissait pas le prix exact que ce dernier allait offrir réellement en réponse à l'appel d'offre. Elle ne savait pas non plus si ce dernier était le moins-disant. Elle n'avait que la certitude que son offre serait plus élevée que celle d'un concurrent intéressé par le contrat et qu'elle ne serait donc pas retenue.

²⁴⁴ *Bid-Rigging Construction Industry*, *supra* note 237, aux par. IV.30 à IV.50.

²⁴⁵ *Ibid.*, par. IV.10 à IV.29.

²⁴⁶ *Ibid.*, par. III. 89 à III. 96.

²⁴⁷ Un pourcentage plus élevé (de 7%) fut retenu dans les cas impliquant des paiements compensatoires. Le pourcentage maximal prévu dans les lignes directrices en vigueur à l'époque était de 10%. Il est passé depuis à 30%. Voir note 212, *supra*.

²⁴⁸ 1,05% dans les cas de paiements compensatoires.

0,75%²⁴⁸ du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise a été appliqué, à des fins dissuasives²⁴⁹.

Un peu plus d'une vingtaine des entreprises sanctionnées ont interjeté appel de la décision du CMA. Dans une série de jugements rendus en mars et avril 2011, le CAT a réduit de manière spectaculaire le montant des amendes imposées, parfois de l'ordre de 90%²⁵⁰. Le CAT a confirmé que les pratiques d'offres de couverture dites «simples» étaient contraires aux dispositions civiles de la CA. Il a estimé par contre que leur degré de gravité était nettement plus faible que celui des cas plus classiques de truquage d'offres, au motif que les offres de couverture «simples» n'avaient pas pour objet ou effet d'influencer le prix qui allait dans les faits être facturé à l'adjudicateur²⁵¹. Le tribunal a donc jugé que le montant des amendes était excessif, au vu des caractéristiques et de l'impact de cette pratique et du fait qu'elle avait largement été considérée jusqu'alors dans l'industrie comme normale. Différents aspects de la méthode de calcul utilisée par le CMA pour calculer les amendes ont aussi été critiqués. Le pourcentage retenu pour calculer le montant de base a ainsi été réduit à 3,5% des ventes affectées, et l'ajustement automatique de ce montant à des fins de dissuasion a été écarté, au profit d'une approche individuelle tenant compte des circonstances particulières de chaque entreprise²⁵².

Le 27 mai 2011, le CMA annonçait qu'il ne porterait pas les jugements du CAT en appel²⁵³, estimant notamment que l'importante couverture médiatique entourant son enquête et sa décision dans cette affaire avaient contribué significativement, selon une étude publiée plus tôt²⁵⁴, à sensibiliser les membres de l'industrie au caractère illicite des pratiques d'offres de couverture et à l'importance des règles de concurrence en général.

²⁴⁹ Pour certaines entreprises, l'application de ce coefficient minimal a entraîné une augmentation du montant de base de près de 600%.

²⁵⁰ Voir *Kier Group et al. c. OFT*, [2011] CAT 3 (ci-après «Kier»); *Durkan Holdings et al. c. OFT*, [2011] CAT 6; *G F Tomlinson Building et al. c. OFT*, [2011] CAT 7; *Barrett Estate Services et al. c. OFT*, [2011] CAT 9; *Crest Nicholson et al. c. OFT*, [2011] CAT 10; *Quarmby Construction et al. c. OFT*, [2011] CAT 11; *GMI Construction et al. c. OFT*, [2011] CAT 12; *A H Willis & Sons c. OFT*, [2011] CAT 13; *North Midland Construction c. OFT*, [2011] CAT 14.

²⁵¹ *Kier*, *supra* note 250, au par. 94 à 100.

²⁵² Suite à ces jugements, le CMA a modifié ses lignes directrices en matière de calcul d'amendes.

²⁵³ Communiqué de presse 61/11, «*OFT decides not to appeal recent Competition Appeal Tribunal judgments*», 27 mai 2011, disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/61-11>.

²⁵⁴ Europe Economics, «*Evaluation of the impact of the OFT's investigation into bid rigging in the construction industry*», janvier 2010, disponible au http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/of1240.pdf (ci-après «*Rapport OFT*»). La publication de cette étude précède les jugements du CAT.

truquage d'offres - vente de systèmes d'alarmes

Plus récemment encore, en décembre 2013, le CMA a rendu une décision condamnant trois entreprises à payer des amendes de près de 53 000 £ pour avoir conclu plusieurs ententes de truquage d'offres dans la vente de systèmes d'alarme et de systèmes de contrôle d'accès à des exploitants de résidences pour personnes retraitées²⁵⁵. Une quatrième entreprise impliquée dans l'affaire a obtenu l'immunité en vertu du programme de clémence.

b) matières criminelles

En matières criminelles, le bilan des mesures d'application des autorités est plutôt décevant. En effet, depuis l'adoption des dispositions criminelles du EA en 2002, le CMA n'est jamais parvenu à faire condamner un individu au terme d'une procédure contestée.

En 2008, trois individus ont plaidé coupable à une accusation d'avoir violé l'article 188 EA et ont accepté de purger des peines de prison ferme²⁵⁶ dans une affaire de complot pour fixer les prix à portée internationale. Leur plaidoyer de culpabilité au Royaume-Uni avait cependant été exigé du DOJ américain comme condition de règlement de procédures parallèles engagées aux États-Unis²⁵⁷.

En 2011, quatre dirigeants de la British Airways furent ensuite accusés d'avoir violé les dispositions criminelles du EA, en s'entendant avec des représentants de Virgin Atlantic pour fixer le montant des surcharges de carburant facturés aux passagers. Le procès a toutefois avorté suite à la découverte de nombreuses déficiences dans la divulgation de la preuve avant procès, et le juge a imposé un verdict d'acquiescement au jury.

Plus récemment encore, en juillet 2014, un individu a plaidé coupable à une accusation d'avoir violé l'article 188 EA dans une affaire portant sur la fourniture de réservoirs en acier galvanisé pour le stockage de l'eau. D'autres accusations ont été déposées à l'encontre de deux autres individus et le dossier est toujours en cours²⁵⁸.

²⁵⁵ Voir le Communiqué de presse 81/13 du 6 décembre 2013, «Retirement home security suppliers breached competition law, OFT decides», disponible au <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2013/81-13>.

²⁵⁶ De 2 1/2 ans, 2 ans et 20 mois de prison respectivement.

²⁵⁷ Le règlement négocié avec le DOJ prévoyait que les inculpés ne seraient pas tenus de purger une peine d'emprisonnement aux États-Unis, s'ils acceptaient de plaider coupable au Royaume-Uni et d'y purger une peine d'emprisonnement équivalente. Voir *R c. Whittle*, [2008] EWCA Crim 2560 (Court of Appeal, Criminal Division).

²⁵⁸ Voir la note de dossier du CMA du 6 octobre 2014, « Supply of galvanised steel tanks for water storage: criminal investigation », disponible au <https://www.gov.uk/cma-cases/criminal-investigation-into-the-supply-of-galvanised-steel-tanks-for-water-storage>.

De nombreux auteurs ont tenté d'expliquer l'incapacité apparente du régime à sanctionner des individus. Certains ont considéré que l'exigence (qui existait jusqu'en avril 2014) de prouver la malhonnêteté («*dishonestly*») de l'accusé dans le contexte d'une procédure criminelle était un obstacle important au succès des poursuites²⁵⁹. Quoi qu'il en soit, au vu des ratés du régime, le Gouvernement britannique a décidé de procéder à certaines réformes, qui sont entrées en vigueur en avril 2014, notamment en excluant le concept de malhonnêteté des éléments constitutifs de l'infraction²⁶⁰.

1.6 PAYS-BAS

Le droit néerlandais de la concurrence est relativement jeune puisque sa loi de base, la *Mededingingswet* (la « MW »)²⁶¹, n'est entrée en vigueur qu'en 1998. Une première loi sur les cartels avait certes été adoptée dès 1956, mais celle-ci en *autorisait* la formation (plutôt que les interdire!), dans la mesure où ils avaient été consignés dans un registre de l'état. Le ministre compétent pouvait toutefois interdire un cartel donné au cas par cas, s'il le jugeait contraire à l'intérêt public²⁶². Ce traitement à priori favorable des cartels, qui peut surprendre aujourd'hui, n'était d'ailleurs pas exceptionnel. Il existait dans d'autres pays d'Europe du Nord (tels que la Belgique) qui, au lendemain de la deuxième guerre, avaient comme priorité de reconstruire et de consolider leur infrastructure industrielle et commerciale, plutôt que de laisser leur économie affaiblie au libre jeu de la concurrence.

A. Règles applicables

La MW s'inspire fortement du droit communautaire. Ses principales dispositions sont d'ailleurs calquées sur les dispositions équivalentes du traité européen.

²⁵⁹ Voir Julian Joshua, «Shooting the Messenger: Does the UK Criminal Cartel Offense Have a Future?», *The Antitrust Source*, Août 2010; voir également Andreas Stephan, «How Dishonesty Killed the Cartel Offence», [2011] 6 *Criminal Law Review* 446.

²⁶⁰ Voir Department for Business Innovation & Skills, «Growth, Competition and the Competition Regime - Government Response to Consultation», mars 2012, disponible au <https://www.gov.uk/government/publications/growth-competition-and-the-competition-regime-government-response-to-consultation>. C'est cette même réforme qui a donné lieu à la fusion du *Office of Fair Trading* et de la *Competition Commission* en une seule entité, le CMA. Voir note 203, *supra*.

²⁶¹ Disponible au <http://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/> (en néerlandais).

²⁶² Kees Schillemans et Tajrda van der Vijver, « Cartels: Enforcement, Appeals and Damages Actions - Netherlands Chapter », 2^{ème} édition, *Global Legal Insights*, 2014, au point 1 (disponible au <http://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels/cartels-2nd-edition/netherlands>) (ci-après « Schillemans »).

L'article 6 MW est la disposition principale en matière de cartel. Elle interdit tout accord ou pratique concertée qui a pour effet ou objet de réduire, nuire ou prévenir la concurrence sur le marché néerlandais. Les ententes entre concurrents pour fixer les prix, partager des marchés ou des clients, ou réduire la production, de même que les ententes de truquage d'offres sont donc visées. Elles sont considérées comme des infractions graves.

Les dispositions de cet article 6 MW sont interprétées essentiellement de la même manière que les dispositions équivalentes du droit communautaire, y compris la portée des notions d'« entreprise » et de « pratique concertée ».

L'article 7 MW introduit pour sa part une exception statutaire à cette interdiction générale des accords restrictifs de concurrence, lorsque ceux-ci produisent des effets négatifs considérés comme mineurs, eu égard au nombre et à la taille des parties à l'entente. Il exempte ainsi, au paragraphe 7(1), les ententes anticoncurrentielles qui comptent un maximum de 8 entreprises réalisant un chiffre d'affaires total combiné d'au plus 5.5 millions €²⁶³. Une deuxième exemption est prévue au paragraphe 7(2), lorsque les parties à l'entente anticoncurrentielle ont une part de marché combinée inférieure à 10% et que l'entente restrictive ne produit pas d'effet au-delà des frontières néerlandaises²⁶⁴. Contrairement à la situation en droit européen, cette exception *de minimis* peut s'appliquer potentiellement à tous les types d'ententes anticoncurrentielles²⁶⁵, même celles contenant des restrictions dites « flagrantes », telles les ententes de fixation de prix et le truquage d'offres²⁶⁶. En édictant cette exception plus large pour les cartels qui sont confinés au territoire des Pays-Bas, le législateur néerlandais a voulu accorder aux petites et moyennes entreprises du pays une certaine marge de manoeuvre relativement à leur possibilité de coopérer avec des entreprises concurrentes de petite taille²⁶⁷.

B. Autorité compétente et procédure

La MW est appliquée par la *Autoriteit Consument en Markt* (« Autorité des consommateurs et marchés ») (l' « ACM »), une agence réglementaire indépendante

²⁶³ Ce plafond s'applique lorsque les entreprises en cause sont dans le secteur de la distribution. Il baisse à 1.1 million € dans les autres cas.

²⁶⁴ Si l'entente avait un tel impact au-delà des frontières néerlandaises, elle serait automatiquement interdite en vertu du droit communautaire de la concurrence.

²⁶⁵ La loi accorde cependant aux autorités compétentes le pouvoir de déclarer au cas par cas que l'exception est inapplicable à une entente anticoncurrentielle donnée, si elles la jugent particulièrement néfaste pour la concurrence. Voir l'article 9 MW.

²⁶⁶ Tel que précisé ci-dessus au point 1.2.A, le droit communautaire de la concurrence interdit les ententes de fixation de prix et le truquage d'offres dans tous les cas et ne prévoit aucune exception.

²⁶⁷ Voir De Brauw Blackstone Westbroek, « Dutch de minimis exemption for hardcore infringements in line with EU law », 31 mars 2011.

qui relève du Ministère néerlandais de l'économie, basée à La Haye²⁶⁸. En plus de la concurrence, l'ACM est responsable de l'application de plus d'une vingtaine de lois dans plusieurs autres secteurs, notamment l'énergie, les transports, les télécommunications, la régulation des marchés publics et la protection des consommateurs.

La procédure suivie est très proche du modèle européen: l'ACM mène l'enquête et peut prononcer elle-même des sanctions par voie de décision, si elle conclut que des entreprises ont violé la loi.

Les enquêtes peuvent être ouvertes à la suite d'une plainte d'un tiers (par exemple un client des entreprises qui complotent), d'une demande de clémence déposée par l'une des parties à l'entente illicite, ou du propre chef de l'autorité. Sauf circonstances exceptionnelles, l'identité des informateurs qui dénoncent l'existence d'une possible violation de la loi commise par d'autres est tenue secrète²⁶⁹.

Pour leur part, les pouvoirs d'enquêtes de l'ACM sont également calqués sur le modèle européen. L'autorité dispose notamment du droit d'adresser une demande de renseignements contraignante aux parties à l'entente alléguée, ou de procéder à des saisies et perquisitions. Si les locaux perquisitionnés sont ceux d'une entreprise, la saisie peut être exécutée sans l'autorisation préalable d'un juge, dès lors que l'ACM l'estime raisonnablement nécessaire. S'il s'agit d'une résidence privée par contre, l'autorisation préalable d'un juge de la Cour de district de Rotterdam est requise.

Avant de rendre sa décision finale, l'autorité adresse aux parties une communication de griefs qui reprend en détail les faits reprochés et les conclusions de droit qu'elle entend tirer. Les entreprises inculpées ont alors l'occasion de se défendre. Si une décision négative est néanmoins rendue, l'entreprise condamnée peut la contester, tout d'abord en demandant sa révision à l'interne²⁷⁰, puis en l'attaquant par voie de recours judiciaire²⁷¹.

²⁶⁸ L'ACM résulte de la fusion, en avril 2013, de l'ancienne autorité néerlandaise de la concurrence (la NMa, pour *Nederlandse Mededingingsautoriteit*), de l'agence des postes et télécommunications et de l'agence de protection des consommateurs. Pour simplifier le texte, nous utiliserons uniquement le titre « ACM » pour se référer aux autorités néerlandaises de la concurrence.

²⁶⁹ Voir à cet égard, la politique de l'ACM sur la protection des informateurs (« Policy rule of the Netherlands Authority for Consumers and Markets with regard to informers (anonymous and non-anonymous »), 2 mai 2013, version anglaise disponible au <https://www.acm.nl/en/download/publication/?id=12556>.

²⁷⁰ La révision est faite par un panel de l'ACM composé de membres différents de ceux qui ont rendu la décision contestée.

²⁷¹ Recours administratif devant la Cour de district de Rotterdam (chambre de droit administratif), puis, le cas échéant, appel devant le Tribunal d'appel du Commerce et de l'industrie.

Comme on peut le constater, la procédure néerlandaise est en tout point comparable à celle de plusieurs autres juridictions européennes déjà examinées, dans lesquelles l'autorité réglementaire cumule en quelque sorte la fonction de partie et d'arbitre du différend. Pour tenter de garantir un maximum d'impartialité, l'ACM insiste pour ériger à l'interne un mur de Chine étanche entre, d'une part, l'équipe qui mène l'enquête et rédige la communication des griefs et, d'autre part, celle qui rend la décision finale (constatant éventuellement l'existence d'une infraction et prononçant des sanctions)²⁷².

Dans une décision relativement récente, la Cour européenne des droits de l'homme a statué que ce type de modèle administratif, dans lequel l'autorité de concurrence cumule les tâches de poursuivre et de réprimer, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁷³. La cour a précisé que même si les amendes imposées pour violation des lois de concurrence, de par leur sévérité, peuvent être apparentées à une sanction pénale, le fait qu'elles soient infligées par une autorité qui poursuit et réprime à la fois n'est pas contraire à l'article 6 CEDH, qui garantit en matières pénales le droit à un procès équitable, puisque la décision de l'autorité infligeant l'amende est soumise au contrôle ultérieur d'un tribunal impartial de pleine juridiction²⁷⁴.

C. Sanctions

Le régime néerlandais est de nature exclusivement civile (ou administrative). La seule sanction possible est l'imposition d'amendes. Au cours des dernières années, certaines discussions avaient eu lieu pour ajouter au régime un volet pénal et pour prévoir des peines d'emprisonnement et des peines de disqualification pour les individus trouvés coupables d'avoir participé à un cartel. Ces propositions ont toutefois été définitivement retirées de l'agenda politique actuel²⁷⁵. En fait, d'aucuns considèrent qu'un régime administratif supervisé par une agence spécialisée est mieux adapté aux infractions de concurrence que ne l'est un régime pénal (ou criminel) chapeauté par un Procureur

²⁷² Ce point a été souligné lors de notre rencontre des représentants de l'ACM en juin 2013.

²⁷³ Affaire *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Requête no 43509/08, 27 septembre 2011 (Cour européenne des droits de l'homme).

²⁷⁴ C'est-à-dire qui a le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision rendue par l'organe inférieur. Voir le paragraphe 59 du jugement. La Cour indique: « Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction ».

²⁷⁵ Voir *Global Competition Review*, «Cartel Regulation 2013», *Law Business Research*, à la p. 203 (ci-après «Cartel Regulation 2013») et Schillemans, *supra* note 262, au point 11.

Général, compte tenu de la complexité de ces infractions et du fait qu'elles ne sont généralement pas considérées dans ce pays comme un crime typique²⁷⁶.

1) Amendes

Les amendes peuvent être imposées non seulement aux entreprises qui ont participé au cartel mais également, ce qui est plus rare en Europe, à tout individu qui a donné des instructions ou exercé dans les faits un leadership en relation avec l'infraction.

En ce qui concerne les entreprises, le plafond statutaire de l'amende est fixé à l'heure actuelle à 450 000 €, ou à 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise, selon ce qui est le plus élevé²⁷⁷. Des discussions sont en cours pour que ce plafond soit éventuellement relevé à 15%²⁷⁸.

Pour ce qui est des individus, les amendes ne peuvent dépasser 450 000 €. Elles ont été imposées pour la première fois en novembre 2010 à des dirigeants d'entreprises qui avaient pris part à un accord de truquage d'offres impliquant la soumission d'offres de couverture²⁷⁹. Afin de donner plus de mordant à son régime, l'ACM a annoncé comme politique qu'elle chercherait à imposer des amendes à des individus dans chaque cas de cartel²⁸⁰.

Comme c'est le cas pour toutes les autres juridictions, les autorités néerlandaises s'appuient sur des lignes directrices pour calculer le montant des amendes qu'elles imposent²⁸¹. La méthode employée ressemble beaucoup à celle de la Commission européenne. L'approche néerlandaise en matière de sanctions est sévère et s'appuie sur le principe dit de « confiance élevée » des autorités réglementaires envers les acteurs économiques. Sur la base de ce principe, les autorités affectent un niveau de ressources minimal pour surveiller les secteurs jugés peu à risque alors qu'elles en consacrent davantage aux secteurs où le risque de violation est considéré plus élevé.

²⁷⁶ Voir en ce sens Global Competition Review, «Cartel Regulation 2014», Law Business Research, à la p. 198 (ci-après «Cartel Regulation 2014»), faisant notamment référence à un jugement de la Cour de district de Rotterdam.

²⁷⁷ Article 57 (1) MW.

²⁷⁸ Voir Cartel Regulation 2014, *supra* note 276, à la p. 193.

²⁷⁹ Amendes variant de 10 000 à 250 000 € imposées à trois dirigeants d'entreprises. Voir le Communiqué de presse de l'ACM du 4 novembre 2010, « NMa imposes fines on three executives of southern Dutch construction companies ».

²⁸⁰ Voir Cartel Regulation 2014, *supra* note 276, à la p. 194.

²⁸¹ La version la plus récente a été publiée en avril 2013. Voir « *Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ / 12366159, voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM* (ci-après, les « Lignes directrices NL»). Une version anglaise non officielle de ces lignes directrices est disponible auprès de l'ACM.

En contrepartie, l'imposition de sanctions très sévères est préconisée lorsque la confiance des autorités est trompée et que des violations sont détectées²⁸².

Pour une entreprise, le point de départ de l'amende s'établit à 10% du « chiffre d'affaires pertinent », c'est-à-dire, en règle générale, à 10% du moment total des ventes de produits affectés par le complot, que l'entreprise a réalisées pendant la durée totale de l'infraction²⁸³. Dans le cas de truquage d'offres, le « chiffre d'affaires pertinent » correspond plutôt, pour l'entreprise qui a obtenu le contrat truqué, à la valeur totale du contrat obtenu de manière illicite et, pour chacune des autres parties à l'infraction qui ont accepté de ne pas soumissionner (ou de soumissionner plus haut), à la valeur totale du contrat, divisée de manière proportionnelle entre elles²⁸⁴.

Le montant ainsi obtenu est ensuite multiplié par un « coefficient de gravité », qui peut aller jusqu'à 5. Bien entendu, les ententes entre concurrents pour fixer les prix, incluant le truquage d'offres, sont considérées comme « très graves » et se voient donc appliquer un coefficient se situant aux niveaux supérieurs de cette échelle²⁸⁵. Cette multiplication potentielle par 5 du montant de base de l'amende est susceptible de donner lieu à des niveaux d'amendes significativement plus élevés, en termes relatifs, que dans toute autre juridiction européenne étudiée²⁸⁶.

Le calcul ne s'arrête cependant pas là. Les lignes directrices prévoient en effet que dans les cas d'ententes entre concurrents pour fixer les prix, incluant le truquage d'offres, il faut ajouter à ce montant de base une somme correspondant à 25% du chiffre d'affaires pertinent réalisé par l'entreprise au cours de la dernière année complète de l'infraction²⁸⁷. Cette somme est ajoutée afin de dissuader les entreprises de conclure ce type d'entente illicite dans l'avenir²⁸⁸. En outre, les lignes directrices indiquent que le montant de base peut aussi être ajusté à la hausse, lorsque l'amende est imposée à une entreprise très importante dont le chiffre d'affaires total au Pays-Bas

²⁸² Pour une description en anglais de cette approche, voir l'annexe à la version anglaise des Lignes directrices, à la p. 13.

²⁸³ Voir l'article 2.5 des Lignes directrices NL et la définition de « chiffre d'affaires pertinent » (*betrokken omzet*) à l'article 2.2 b.

²⁸⁴ Article 2.4, par. 3 des Lignes directrices NL.

²⁸⁵ Article 2.6, par. 3 des Lignes directrices NL.

²⁸⁶ Le coefficient maximal était de 3 jusqu'en 2009.

²⁸⁷ Article 2.7, par. 1 des Lignes directrices NL.

²⁸⁸ Il s'agit de l'équivalent du « droit d'entrée » en droit communautaire. Voir notre discussion à cet égard au point 1.2.C 1).

²⁸⁹ Article 2.7, par. 2 des Lignes directrices NL. C'est l'équivalent de l'article 30 des Lignes directrices européennes. Voir notre discussion au point 1.2.C.1).

est considérable²⁸⁹. On s'assure ainsi du caractère proportionnel de l'amende, eu égard à l'importance des ressources financières du groupe.

En dernier lieu, un examen des facteurs aggravants et atténuants est entrepris afin de, le cas échéant, moduler à la hausse ou à la baisse le montant total de l'amende ainsi calculé. À titre d'exemple de facteurs aggravants, les lignes directrices mentionnent notamment le rôle d'instigateur ou de meneur joué par l'entreprise en relation avec l'infraction, l'emploi de mesures coercitives pour mener à bien l'exécution de l'entente, de même que la récidive (qui, en principe, entraîne une augmentation automatique de l'amende de 100%). Au chapitre des facteurs atténuants, le document fait référence au degré de coopération exceptionnel dont a fait preuve l'entreprise au cours de l'enquête, le fait que celle-ci ait mis fin de sa propre initiative à son comportement illégal avant même le début de l'enquête, ou qu'elle ait de son propre chef dédommager pleinement ses victimes²⁹⁰.

Enfin, en ce qui concerne les amendes imposées aux individus, la marche à suivre est plus simple. Les lignes directrices précisent que l'amende est normalement comprise dans une fourchette variant de 50 000 à 400 000 €, et doit être ajustée en fonction des revenus et éléments d'actif de la personne concernée²⁹¹.

2) recours civil en dommages

Le droit néerlandais permet aux victimes d'un comportement contraire à la MW d'obtenir réparation en introduisant un recours en dommages-intérêts contre les auteurs de l'infraction. L'infraction étant constitutive d'un délit, le recours s'appuie sur les principes généraux de la responsabilité délictuelle prévus au Code civil néerlandais²⁹². Comme c'est le cas dans la plupart des juridictions, ce genre de recours est normalement institué après que les autorités se soient prononcées sur l'existence d'une infraction dans le chef d'une entreprise puisqu'une décision finale des autorités à cet égard fait preuve de la faute de l'entreprise défenderesse pour les fins du recours civil²⁹³. La preuve du demandeur est donc facilitée.

Cela étant dit, bien que les Pays-Bas fassent souvent figure de forum de choix en Europe pour ce type d'actions, celles-ci sont loin d'être aussi répandues qu'en Amérique du Nord. D'une part, en effet, le demandeur ne peut espérer récupérer que le

²⁹⁰ Articles 2.13 et 2.14 des Lignes directrices NL.

²⁹¹ Article 2.11, par. 4 b. 4° des Lignes directrices NL.

²⁹² Article 6:162 Burgerlijk Wetboek.

²⁹³ Voir Martijn van Wanroij, « Cartels and Leniency 2014 - Netherlands », International Comparative Legal Guide, au point 8.1 (disponible au <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2014/netherlands>).

montant simple des dommages subis (et non pas le montant triple comme c'est le cas aux États-Unis). D'autre part, bien que les recours collectifs soient admis aux Pays-Bas²⁹⁴, ils ne peuvent être institués pour réclamer des dommages-intérêts. En pratique, leur utilité est donc très réduite dans le contexte d'une violation du droit de la concurrence²⁹⁵.

D. Programme de clémence

Comme c'est le cas dans toutes les autres juridictions, les autorités néerlandaises ont adopté un programme de clémence qui s'est avéré un outil très efficace de détection des cartels²⁹⁶. Le programme néerlandais n'est pas fondamentalement différent des autres programmes étudiés et, en conséquence, seules ses caractéristiques principales seront examinées.

En un premier temps, le programme prévoit l'octroi d'une immunité totale d'amendes à toute personne ou entreprise qui remplit certains critères stricts²⁹⁷, à savoir: être la première à déposer une demande relativement à un cartel dont l'ACM ignore l'existence; fournir suffisamment de renseignements pour justifier l'ouverture d'une enquête et l'exécution de perquisitions; ne pas avoir contraint quiconque à participer au complot; et enfin, collaborer pleinement avec les autorités pendant toute la durée de l'enquête et jusqu'à la fin de la procédure administrative.

Une deuxième fourchette de réduction, variant de 60% à 100%, est ensuite prévue pour la personne qui remplit toutes les conditions mentionnées ci-dessus, mais dont la demande se rapporte à un cartel sur lequel l'ACM a déjà ouvert une enquête (sans avoir toutefois rédigé de communication de griefs)²⁹⁸. La réduction sera toutefois maximale, correspondant en fait à une immunité totale, si le demandeur fournit des renseignements sur le cartel que l'autorité ne détenait pas et qui lui permettent de prouver l'existence du cartel²⁹⁹.

Enfin, un troisième échelon de clémence, se traduisant par une réduction pouvant varier de 10% à 40%, est également accessible pour tous les demandeurs subséquents, c'est-à-dire pour toutes les autres entreprises qui, après le dépôt d'une première demande de clémence, décident elles aussi de collaborer pleinement avec les autorités

²⁹⁴ Article 3:305A Burgerlijk Wetboek.

²⁹⁵ Voir Cartel Regulation 2014, *supra* note 276 à la p. 200, et Schillemans, *supra* note 262, au point 13.

²⁹⁶ Les paramètres du programme sont présentés dans les Lignes directrices sur le calcul des amendes, *supra* note 281.

²⁹⁷ Article 2.21 des Lignes directrices NL.

²⁹⁸ Article 2.22, par. 1 des Lignes directrices NL.

²⁹⁹ Article 2.22, par. 2 des Lignes directrices NL.

et de fournir de l'information sur le cartel auquel elles ont participé³⁰⁰. La réduction n'est toutefois accordée que dans la mesure où l'entreprise fournit aux autorités de l'information utile, i.e. de l'information qui, au vu de sa nature, de son degré de détail et de l'information que l'autorité détient déjà, renforce de manière significative la capacité de l'autorité de faire la preuve du complot³⁰¹. Le pourcentage de réduction de l'amende est fonction à la fois de l'ordre d'arrivée du demandeur concerné et de la plus-value de l'information qu'il a fournie³⁰². Sauf pour le premier demandeur, l'ordre d'arrivée ne garantit donc pas un traitement plus favorable.

La clémence, sous toutes ses formes, est disponible tant aux entreprises qui ont participé au cartel, qu'aux individus qui ont donné des instructions ou exercé un leadership de facto à son égard³⁰³. Elle peut aussi être accordée à une entreprise qui a contribué à la mise en oeuvre du cartel ou facilité son exécution, même si celle-ci ne fabrique pas ou ne distribue pas le produit affecté³⁰⁴.

Le programme néerlandais ne comporte pas de volet de type « immunité plus ».

E. Développements Récents

- Enquête sur l'industrie de la construction

L'enquête des autorités néerlandaises de la concurrence sur l'industrie de la construction est probablement la plus importante qui ait vu le jour en Europe au cours des vingt dernières années. Elle s'est échelonnée sur près de 7 ans et a mis en cause plusieurs centaines de compagnies.

Toute l'affaire a pris naissance en novembre 2001 à la suite d'un reportage télé qui a révélé que les pratiques très sophistiquées de truquage d'offres au sein de l'industrie, qui avaient été condamnées dix ans plus tôt par la Commission européenne³⁰⁵, n'avaient pour l'essentiel jamais pris fin et avaient été maintenues dans l'ombre. Cette révélation a fait scandale et a provoqué la mise sur pied d'une Commission parlementaire qui a remis son rapport en décembre 2002.

Parallèlement aux travaux de la Commission parlementaire, les autorités néerlandaises de la concurrence ont ouvert, à partir de 2002, leurs propres enquêtes sur les pratiques alléguées. Celles-ci ont permis de confirmer l'existence de nombreux cas de complots

³⁰⁰ Article 2.23 des Lignes directrices NL.

³⁰¹ Article 2.24, par. 2 des Lignes directrices NL.

³⁰² Article 2.36 des Lignes directrices NL.

³⁰³ Article 2.27 des Lignes directrices NL.

³⁰⁴ Cartel Regulation 2014, *supra* note 276, à la p. 201.

³⁰⁵ Voir *supra*, point 1.2.E.

entre entreprises affectant plusieurs secteurs de l'industrie. Devant l'ampleur apparente du phénomène, les autorités de la concurrence ainsi que le Ministre des affaires économiques ont invité publiquement toutes les entreprises de l'industrie à les approcher et à collaborer, afin de faire toute la lumière sur l'ampleur du phénomène, de démasquer l'ensemble des entreprises coupables, et de mettre fin à la mentalité d'impunité prévalant au sein de l'industrie. En faisant notamment référence au programme de clémence, les pouvoirs publics ont donné l'assurance que les entreprises qui collaboreraient recevraient un traitement plus favorable que si elles gardaient le silence.

Près de 480 entreprises ont répondu à l'appel, et ont fourni une quantité importante de renseignements permettant aux autorités d'élargir leur enquête³⁰⁶. Celle-ci a démontré que le truquage d'offres était endémique à travers tous les secteurs de l'industrie, impliquant plus de 1400 entreprises! Au vu de la taille du problème et de l'impossibilité pratique de prendre des procédures contre tout le monde en utilisant les voies normales, les autorités ont dû faire un choix stratégique: soit sélectionner quelques cas types particulièrement graves et en faire des exemples pour dissuader les autres³⁰⁷, soit engager des procédures contre tous mais en vertu de procédures simplifiées. C'est cette deuxième voie que les autorités ont choisie d'emprunter.

L'action des autorités comportait deux volets. Premièrement, on a adopté une procédure administrative accélérée (*fast track*) prévoyant des réductions d'amendes pour toutes les compagnies qui accepteraient d'être représentées conjointement devant les autorités (au lieu de se défendre sur une base individuelle) et qui ne contesteraient pas les conclusions de faits et de droit tirées par les autorités au terme de leur enquête. La réduction d'amende accordée pour ceux qui consentaient à cette procédure spéciale était de 15% et elle s'ajoutait aux réductions octroyées aux compagnies qui avaient décidé de collaborer et de reconnaître leur culpabilité aux termes du programme de clémence. En un deuxième temps, on a élaboré une méthodologie simplifiée pour le calcul du montant des amendes, qui s'écartait sensiblement de la méthode (plus

³⁰⁶ Voir G. Knoop-Rutten et J. Strijker-Reintjes, « Making a clean sweep in the contraction industry: the NMa looks back » (texte remis par les autorités néerlandaises) (ci-après « Knoop-Rutten »), à la p.2.

³⁰⁷ C'est le choix que les autorités anglaises ont fait en 2007, aux prises avec une situation comparable. Voir notre discussion sur l'enquête du CMA sur les pratiques de truquage d'offres dans l'industrie britannique de la construction, au point 1.5.E.

complexe mais plus précise) préconisée dans les Lignes directrices³⁰⁸ et qui a permis aux autorités d'épargner beaucoup de temps pour cette étape sensible de la procédure.

Au terme de cette procédure *ad hoc*, les autorités néerlandaises ont imposé des amendes de plus de 250 millions € à près de 1300 compagnies oeuvrant notamment dans le secteur des infrastructures et du génie civil (incluant des amendes individuelles allant jusqu'à 18,8 millions €). De ce nombre, 1 240 cas ont été traités en vertu de la procédure simplifiée, et seulement 60 cas ont suivi la procédure régulière³⁰⁹.

Il est important de noter au passage que, contrairement à l'idée quelque fois véhiculée dans certains médias québécois qui ont rapporté le cas néerlandais, les autorités des Pays-Bas n'ont jamais accordé d' « amnistie » aux entreprises du secteur. Au contraire, toutes les entreprises impliquées ont dû payer des amendes (parfois réduites, selon les modalités décrites ci-dessus, mais tout de même substantielles).

- Travaux de peinture dans la région d'Eindhoven

D'autres affaires de concurrence plus récentes, impliquant des entreprises du secteur de la construction, ont également fait les manchettes. Elles sont bien entendu d'envergure beaucoup plus réduite.

Tout d'abord, en 2009 et 2010, l'ACM a engagé des procédures à l'encontre de 16 petites entreprises de travaux de peinture pour avoir participé pendant quelques années à des ententes de truquage d'offres en réponse à des marchés publics dans la région d'Eindhoven³¹⁰. Au final, des amendes au montant total de 434 000 € ont été imposées (incluant des amendes individuelles variant de 6 000 à 35 000 €), y compris à une firme de génie qui avait facilité les contacts illégaux entre entreprises et la mise en oeuvre du cartel. La clémence a été accordée à l'un des participants eu égard à sa collaboration avec les autorités.

³⁰⁸ Voir Knoop-Rutten, à la p. 5. Cette méthode fixait comme point de départ de l'amende le chiffre d'affaires total que l'entreprise avait réalisé en une seule année - l'année 2001 - sur l'ensemble des marchés publics auxquels elle avait participé, ce qui simplifiait considérablement le calcul par rapport à la méthode usuelle préconisée dans les Lignes directrices. Le fait que cette méthode pouvait défavoriser certaines entreprises, parce qu'elle se basait sur le chiffre d'affaires réalisé sur la totalité des marchés publics réalisés sur une année (et non pas seulement sur ceux affectés par le complot), était compensé par le fait qu'on ne tenait compte du chiffre d'affaires que d'une seule année, même si dans la plupart des cas le truquage d'offres avait duré au moins 4 ans; qu'on appliquait à ce chiffre d'affaires un pourcentage inférieur au 10% qui est appliqué selon la méthode régulière de calcul; et qu'on acceptait de réviser à la baisse le chiffre d'affaires retenu (de 2001) si celui-ci, dans le cas d'une entreprise donnée, était disproportionnellement élevé par rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise pendant les trois années précédentes.

³⁰⁹ Knoop-Rutten, à la p. 6.

³¹⁰ Voir le communiqué de presse du 12 juin 2009, « NMa imposes fine on two cartels and cartel facilitator in Dutch painting industry » et le communiqué de presse du 6 janvier 2010, « NMa: cartel cases in Dutch painting industry completed ».

- Aménagement paysager dans le Limbourg

Toujours en 2009, une amende de 138 000 € a été imposée à une entreprise pour avoir fait du truquage d'offres dans le secteur de l'aménagement paysager³¹¹. 8 autres entreprises ont été sanctionnées (en 2005) pour avoir pris part à la même entente illégale et ont écopé d'amendes totalisant près d'un million €.

- Construction de routes dans le Limbourg

Dans cette affaire, des amendes individuelles (variant de 10 000 à 250 000 €) ont été imposées à trois dirigeants de deux compagnies de construction de routes pour avoir fait des soumissions concertées (impliquant la soumission d'offres de couverture)³¹². Les compagnies qu'ils dirigeaient ont également reçu des amendes d'un montant total de 3 millions €. L'une des compagnies impliquées avait déjà été sanctionnée dans le cadre de la grande enquête sur le secteur de la construction, ce qui explique la sévérité des peines en l'espèce. Il s'agit du premier cas où des amendes ont été imposées à des individus pour violation des règles de concurrence aux Pays-Bas. Cette procédure a pris naissance suite à de l'information recueillie par le Directeur des poursuites pénales néerlandais dans le cadre de sa propre enquête sur la corruption dans le secteur de la construction, information qui a été transmise à l'ACM.

- Lavage de vitres La Haye

Cette affaire a mis au jour une entente de partage de marché entre dix petites entreprises de lavage de vitres à La Haye³¹³. Des amendes de 1 000 € par entreprise ont été imposées. L'enquête fut ouverte après que l'ACM ait reçu du Directeur des poursuites pénales de l'information que celui-ci avait recueillie dans le cadre de sa propre enquête pour fraude fiscale.

- Services de démolition à Rotterdam

Enfin, en décembre 2012, deux entreprises de Rotterdam ont été condamnées à payer des amendes de 42 000 et de 56 000 €, pour avoir truqué leurs offres en réponse à des marchés publics pour la fourniture de services de démolition, notamment par la mise en

³¹¹ Communiqué de presse du 7 décembre 2009, « NMa Dutch landscaping firm fined for cartel agreements ».

³¹² Communiqué de presse du 4 novembre 2010, « NMa imposes fines on three executives of southern Dutch construction companies ».

³¹³ Communiqué de presse du 29 novembre 2011, « NMa fines window cleaners in The Hague for cartel activities ».

³¹⁴ Communiqué de presse du 18 décembre 2012, « NMa fines demolition firms for illegal activities ».

oeuvre d'un système élaboré d'offres de couverture³¹⁴. C'est la demande de clémence d'une troisième partie à l'entente qui fut à l'origine de l'enquête des autorités.

1.7 AUSTRALIE

Le régime de concurrence australien a récemment fait l'objet d'une réforme très importante avec l'entrée en vigueur, en juillet 2009, d'une nouvelle disposition criminelle en matière de cartels. Avant la réforme, la loi était de nature exclusivement civile.

En vertu du nouveau régime, les cartels font l'objet d'un traitement hybride: ils peuvent être interdits soit par une disposition criminelle, soit par une disposition civile. Les deux types de dispositions s'appliquent en parallèle au même comportement.

A. Règles applicables

Les articles 44ZZRF et 44ZZRG du *Competition and Consumer Act 2010* (le «CCA») frappent d'interdiction criminelle tout contrat, arrangement, ou entente similaire³¹⁵, qui ont pour objet ou effet probable de fixer les prix, limiter la production ou la fourniture d'un produit, partager des clients ou de truquer des offres³¹⁶. Les éléments «*contract, arrangement or understanding*» sont interprétés par la jurisprudence comme incluant un large éventail de relations consensuelles, mais dans chaque cas la preuve d'un véritable engagement des parties à adopter une ligne de conduite donnée sur le marché est exigée³¹⁷. Ces concepts s'apparentent donc à celui d'«entente» en droit criminel américain et canadien et sont plus restrictifs que celui de «pratique concertée» en Europe.

³¹⁵ «*contract, arrangement, or undestanding*»

³¹⁶ L'expression «truquage d'offres» est définie à l'article ZZRD(3)(c) comme incluant 1) toute entente sur le fait qu'au moins un des soumissionnaires ne présentera pas d'offre ou la retirera; et 2) toute entente sur le contenu d'au moins une offre, ou sur le fait qu'au moins une offre aura plus de chance d'être retenue que les autres.

³¹⁷ *Apco Service Stations Pty Ltd v ACCC* [2005] FCAFC 161; voir également *ACCC v Leahy Petroleum Pty Ltd* [2007] FCA 794. Pour contourner ces restrictions, la loi australienne a été récemment amendée pour y prévoir une nouvelle infraction de «Price Signalling» interdisant à une entreprise de divulguer à ses concurrents de l'information sur les prix qu'elle pratique ou à l'intention de pratiquer sur le marché (articles 44ZZS à 44ZZZB du CCA, entrés en vigueur le 6 août 2012). Pour le moment, toutefois, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux institutions financières. Pour un résumé de ces dispositions, voir notamment Thomson Lawyers, *Competition & Consumer Law Alert - Price Signalling*, juin 2012, disponible au <http://www.thomsonslawyers.com.au/awms/Upload/Competition%20and%20Consumer%20law%20Alert%20-%20Price%20Signalling%20-%20June%202012v2.pdf>.

Les dispositions civiles du régime sont libellées de manière identique. La seule différence est l'élément moral (ou *mens rea*): en matières criminelles, les autorités doivent faire la preuve que l'accusé avait l'intention de conclure un «*contract, arrangement or understanding*» et qu'il avait la connaissance («*knowledge or belief*») que cette entente avait pour objet ou effet d'entraîner l'un des effets restrictifs proscrits. Cet élément subjectif est absent en matière civile. Le projet de réforme qui a donné lieu en 2009 à l'infraction criminelle de cartel, avait proposé au départ d'inclure comme élément constitutif de l'infraction l'exigence que celle-ci ait été commise avec «l'intention d'obtenir malhonnêtement un bénéfice³¹⁸». Cette idée a toutefois été abandonnée, au vu des difficultés d'interprétation et d'application soulevées par un tel critère³¹⁹.

Les dispositions civiles et criminelles s'appliquent tant aux compagnies qu'aux individus.

B. Autorité compétente et procédure

La CCA est administrée par une agence unique, la *Australian Competition and Consumer Commission* (la «ACCC»). Celle-ci est compétente pour enquêter sur de possibles violations des deux types de dispositions. Lorsqu'elle estime qu'une infraction a été commise, des procédures judiciaires sont ensuite engagées devant les tribunaux qui sont les seuls compétents pour constater l'infraction et pour imposer des sanctions. Contrairement aux agences européennes de concurrence, l'ACCC ne rend donc pas de décisions.

En matières civiles, les procédures judiciaires sont déposées directement par l'ACCC, qui a le fardeau d'établir l'existence de l'infraction selon la norme civile de la «balance des probabilités». En matières criminelles, l'engagement des procédures est sous la responsabilité du *Commonwealth Director of Public Prosecutions* (le «CDPP») qui agit sur recommandation de l'ACCC. Il est tenu de faire la preuve de l'infraction «hors de tout doute raisonnable». Un protocole d'entente conclu en juillet 2009 entre l'ACCC et le CDPP résume notamment dans quelles circonstances l'ACCC décidera de référer son dossier au CDPP pour le dépôt éventuel d'accusations criminelles, plutôt que d'utiliser le régime civil. En vertu de ce protocole, le dossier sera référé au CDPP si l'affaire met en cause un comportement grave pouvant causer un dommage économique à grande échelle. Les facteurs à considérer incluent l'impact du comportement sur le marché, la mesure dans laquelle les parties à l'entente alléguée

³¹⁸ «*Intention to dishonestly obtain a benefit*».

³¹⁹ Caron Beaton-Wells, «*Australian Cartel Regulation - Law, Policy and Practice in an International Context*», Cambridge University Press, 2011, chapitres 2.4.1 et ss. (ci-après «*Caron Beaton-Wells*»).

ont déjà participé à un cartel, ainsi que la valeur des ventes ou contrats affectés par le comportement³²⁰.

C. Sanctions

1) amendes et peines d'emprisonnement

Les sanctions pour violation des dispositions civiles et criminelles sont prononcées par les tribunaux.

Pour les compagnies, l'amende maximale en matières criminelles est fixée à, selon le montant le plus élevé: 10 millions \$AU; trois fois la valeur totale du bénéfice obtenu attribuable à l'infraction; ou, si ce dernier montant ne peut être calculé, 10% du chiffre d'affaires annuel consolidé, réalisé en Australie, de la compagnie et de ses sociétés affiliées³²¹. L'amende maximale en matières civiles est la même³²².

Pour les individus, l'amende maximale est de 500 000 \$AU en matières civiles³²³. Du côté criminel, les individus sont passibles d'une peine d'emprisonnement d'au plus 10 ans et/ou d'une amende maximale de 220 000 \$AU³²⁴.

Puisque ces sanctions sont prononcées par les tribunaux, il n'existe pas en Australie de lignes directrices publiées par les autorités permettant de calculer, avec plus ou moins de précision, le montant des amendes imposables. Les tribunaux tiennent plutôt compte d'une série de facteurs, aggravants ou atténuants, développés par la jurisprudence³²⁵, ou en matières criminelles, énumérés dans le Code criminel australien³²⁶. Plus particulièrement, les autorités australiennes ne font pas référence à un pourcentage donné de la valeur des ventes affectées par le cartel comme instrument de mesure du montant de base à partir duquel l'amende peut être calculée. Cette situation a conduit certains à affirmer que la méthode de calcul des amendes est

³²⁰ Voir Memorandum of Understanding between The Commonwealth Director of Public Prosecutions and the Australian Competition and Consumer Commission regarding Serious Cartel Conduct», juillet 2009, disponible sur le site internet de l'ACCC au www.accc.gov.au. Voir également «ACCC Approach to Cartel Investigations», juillet 2012, disponible sur le même site.

³²¹ Articles 44ZZRF(3) et 44ZZRG(3) CCA.

³²² Article 76(1A) CCA.

³²³ Article 76(1B) CCA.

³²⁴ Articles 79(1)(e) et 6(5B) CCA.

³²⁵ Regroupés sous les titres de «facteurs French» et «facteurs Heerey», d'après le nom des juges qui les ont élaborés. Voir Trade Practises Commission c. CSR Ltd, (1991) ATPR 41-076 et ACCC c. NW Frozen Foods, (1996) ATPR 41-515.

³²⁶ Partie 1A, section 16B du *Crimes Act 1914*.

opaque et non structurée³²⁷. Bien que le niveau des amendes ait augmenté de manière très significative au cours des dernières années³²⁸, suivant en cela la tendance internationale, on estime que cette absence de repère chiffré expliquerait pourquoi (du moins en partie) le niveau des amendes en Australie est généralement plus bas qu'aux États-Unis ou en Europe³²⁹. L'amende la plus importante imposée contre une compagnie jusqu'à présent est de 36 millions \$AU³³⁰ et contre un individu de 1,5 millions \$AU³³¹.

2) ordonnances

D'autres catégories de sanctions, de nature non pécuniaire cette fois, sont également prévues en cas de violation des dispositions civiles ou criminelles de la CCA. Au meilleur de notre connaissance, elles sont cependant très rarement appliquées en matière de cartels³³². Il s'agit des ordonnances de probation («*probation order*» - imposant à l'entreprise de mettre sur pied un programme de conformité pour ses employés ou de réviser ses politiques internes)³³³, des ordonnances de peines de travail d'intérêt général («*community service order*» - imposant à la personne de fournir un service à la communauté)³³⁴, ainsi que des ordonnances de publicité négative («*adverse publicity order*» - imposant par exemple à l'entreprise de publier une annonce informant le public de sa participation à l'infraction)³³⁵. Les individus qui ont personnellement contrevenu à la loi, ou qui ont participé à une infraction, peuvent également faire l'objet d'une ordonnance de disqualification («*disqualification order*»), leur interdisant d'occuper des fonctions de gestion pendant une période de temps fixée par le tribunal³³⁶.

³²⁷ *Caron Beaton-Wells, supra* note 319, à la p. 438.

³²⁸ L'amende moyenne a connu une augmentation de 641% si on compare la période «1974-92» et la période «2000-09». *Caron Beaton-Wells, supra* note 319, à la p. 430.

³²⁹ *Ibid.*, à la p. 442.

³³⁰ Suite à un règlement. Il s'agit toutefois d'une amende globale pour 37 chefs d'accusation. Voir ACCC c. Visy Industries, (2007) 244 ALR 673.

³³¹ *Id.*

³³² Elles sont plus fréquentes pour sanctionner notamment des comportements contraires aux dispositions de la CCA en matière de publicité trompeuse.

³³³ Article 86 C (2)(b) CCA.

³³⁴ Article 86 C (2)(a) CCA.

³³⁵ Article 86 D CCA.

³³⁶ Article 86 E CCA. Ce type d'ordonnance n'a jusqu'à présent été rendu qu'une seule fois, dans une affaire de publicité trompeuse. Voir le Communiqué de presse de l'ACCC du 29 mai 2012, «Heartlink company director banned for 15 years and penalised \$450,000 after ACCC action», disponible sur le site internet de l'ACCC au www.accc.gov.au.

3) recours civil en dommages

Enfin, un recours peut également être intenté par toute victime d'un comportement anticoncurrentiel illicite contre ses auteurs, pour récupérer le montant des dommages subis³³⁷ (y compris au moyen d'un recours collectif). Le nombre de recours privés en Australie est cependant très réduit³³⁸.

D. Programme de clémence

Comme partout ailleurs, le programme de clémence est considéré par l'ACCC comme essentiel à ses efforts de répression puisqu'il constitue pour cette agence la source principale de signalement de cartels³³⁹.

Les demandes d'immunité sont administrées par l'ACCC tant pour les volets civils que criminels de la loi³⁴⁰. Pour l'infraction civile, l'immunité est accordée directement par l'ACCC. En matières criminelles, elle est accordée par le CDPP, sur recommandation de l'ACCC. Dans les deux cas, elle n'est octroyée qu'à la première personne (entreprise ou individu) qui en fait la demande, à la condition que l'ACCC ne dispose pas, au moment de la demande, de suffisamment de preuves pour engager des procédures. Le demandeur doit par ailleurs remplir un certain nombre de critères (par exemple de ne pas avoir adopté de mesures de contraintes) et respecter sur une base continue toutes les obligations usuelles en matière de collaboration. L'immunité accordée à une entreprise protège en même temps tous les employés, dirigeants et administrateurs de l'entreprise, qui sont nommés dans sa demande.

Pour les entreprises et individus qui ne sont pas les premiers à dénoncer leur comportement illicite mais qui souhaitent collaborer, le régime prévoit par ailleurs la possibilité de sanctions plus clémentes³⁴¹, en fonction de la plus-value des renseignements qu'ils fournissent. Contrairement aux programmes de clémence en vigueur dans de nombreuses autres juridictions, cependant, le programme australien ne prévoit pas de coefficients de réduction pré-définis. L'octroi d'une réduction additionnelle des peines de type «immunité plus» est également possible.

³³⁷ Articles 82 et 87 CCA.

³³⁸ *Caron Beaton-Wells, supra* note 319, à la p. 517.

³³⁹ *Ibid.*, à la p. 379.

³⁴⁰ Voir «ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct», septembre 2014, disponible au http://www.accc.gov.au/system/files/884_ACCC%20immunity%20and%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct_FA.pdf.

³⁴¹ Puisque les sanctions sont prononcées par les tribunaux, les autorités ne peuvent toutefois que s'engager à recommander à la cour l'imposition de peines réduites.

E. Développements récents

1) matières civiles

En matières civiles, les tribunaux australiens ont rendu d'importantes décisions concernant le secteur de la construction.

- *Édifice commercial au centre-ville de Sydney*

En 1988, un important appel d'offres relatif à la construction d'un édifice au centre-ville de Sydney fut l'objet de collusion entre d'importantes compagnies de construction. Les entreprises avaient notamment convenu avant le dépôt des offres que le vainqueur du marché dédommagerait les entreprises non retenues en leur payant la somme de 750 000 \$AU chacune. Il était par ailleurs entendu que ces montants seraient répercutés à l'adjudicateur public. Le tribunal a imposé des amendes contre les entreprises et individus impliqués d'un montant total de 1,75 million \$AU. Ces pratiques furent mises au jour par les travaux d'une commission royale d'enquête sur l'industrie de la construction mise sur pied par le Gouvernement de New South Wales³⁴².

- *fabricants de béton*

Vers le milieu des années 90, trois fabricants de béton et plusieurs de leurs dirigeants furent sanctionnés pour avoir convenu pendant plus de six ans de fixer les prix, se partager la clientèle et coordonner leurs soumissions. Des amendes de plus de 6 millions \$AU ont été imposées à chacune des compagnies. Six dirigeants accusés ont également écopé d'amendes, la plus importante s'élevant à 100 000 \$AU³⁴³.

- *systèmes d'alarmes-incendies pour bâtiments industriels*

Un autre cas de truquage d'offres fut démasqué quelques années plus tard, impliquant cette fois de nombreuses compagnies oeuvrant dans le secteur de l'installation de systèmes d'alarme-incendie et de gicleurs pour bâtiments industriels dans la région de Brisbane. Pendant plus de 10 ans, les entreprises s'étaient rencontrées régulièrement pour discuter des projets mis en appel d'offres, choisir l'entreprise à qui le contrat serait attribué, et déterminer le montant des offres de couvertures déposées par les autres

³⁴² Voir sous «Heavy Construction Tenders and 'Loser's Fees'» au <http://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/cartels-case-studies-legal-cases>.

³⁴³ Voir le Communiqué de presse du 4 décembre 1995, «Record penalties in concrete price-fix case», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/record-penalties-in-concrete-price-fix-case>. Voir également le Communiqué de presse du 16 février 1998, «\$500,000 penalty for concrete price fixers», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/500000-penalty-for-concrete-price-fixers>.

participants pour donner un semblant de compétitivité à l'adjudication. Des amendes de près de 15 millions \$AU ont été imposées³⁴⁴.

- systèmes de climatisation pour bâtiments industriels

Plus récemment, des amendes de plus de 9 millions \$AU ont été prononcées contre 17 compagnies et 22 individus pour une affaire comparable de truquage d'offres et de fixation de prix impliquant des contrats d'installation de système de climatisation pour bâtiments industriels et commerciaux. L'affaire fut signalée à l'ACCC en vertu du programme de clémence, après que l'un des participants au cartel, qui avait auparavant été sanctionné dans l'affaire des systèmes d'alarme-incendie, ait entrepris un audit interne de la conformité de ses pratiques avec les règles de concurrence. L'entreprise en question et ses trois dirigeants impliqués ont obtenu l'immunité³⁴⁵.

- offres de couverture dans le secteur de la construction

En août 2011, trois entreprises de construction de la région de Brisbane et deux de leurs dirigeants ont été reconnus coupables d'avoir violé les dispositions civiles du CCA dans une affaire de truquage d'offres affectant quatre projets lancés par les pouvoirs publics³⁴⁶. Cette affaire est intéressante parce qu'elle mettait en cause les mêmes pratiques d'offres de couverture dites «simples» qui avaient également été examinées par le CMA et les tribunaux britanniques quelques années auparavant. Ces pratiques ont été jugées contraires aux dispositions civiles du CCA en matière d'ententes anticoncurrentielles³⁴⁷. Dans son jugement sur sentence, le juge au procès a mentionné que ce type de pratiques faussait l'appel d'offres en trompant l'adjudicateur sur le degré réel de concurrence entourant le dépôt des soumissions. Des amendes de

³⁴⁴ Communiqué de presse du 28 février 2001, «Final penalties and costs awarded in Queensland fire protection industry cartel brings total to over \$15M», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/final-penalties-and-costs-awarded-in-queensland-fire-protection-industry-cartel-brings>.

³⁴⁵ Communiqué de presse du 21 avril 2010, «WA air conditioning cartel prosecution finalised: \$9 million penalties», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/wa-air-conditioning-cartel-prosecution-finalised-9-million-penalties>.

³⁴⁶ Australian Competition and Consumer Commission v TF Woollam & Son Pty Ltd [2011] FCA 973. Voir le communiqué de presse du 25 août 2011, «ACCC exposes construction bid rigging», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/accc-exposes-construction-bid-rigging>.

³⁴⁷ Les pratiques ont également été jugées contraires aux dispositions civiles du CCA qui interdisent les représentations trompeuses et mensongères, puisqu'en déposant leurs soumissions, les entreprises avaient expressément représenté aux autorités publiques qu'elles n'avaient pas discuté de leur offre avec aucune autre personne et qu'elles ne connaissaient pas le prix qui était offert par un autre soumissionnaire.

1,3 million \$AU ont été imposées aux compagnies fautives et les individus ont écopé d'amendes de 50 000 \$AU et de 30 000 \$AU³⁴⁸.

Parallèlement à ces mesures répressives, l'ACCC a également publié un document destiné aux responsables de marchés publics du pays, dans le but de les sensibiliser davantage aux phénomènes de truquage d'offres et de collusion et de leur fournir certains outils pour les aider à détecter et contrecarrer les comportements anticoncurrentiels³⁴⁹.

2) matières criminelles

Pour leur part, les dispositions criminelles de la loi n'ont donné lieu à aucune procédure judiciaire pour truquage d'offres jusqu'à présent. Puisqu'elles ne sont entrées en vigueur qu'en juillet 2009, il est toutefois trop tôt pour juger de l'efficacité du régime.

1.8 CANADA

A. Règles applicables

Au Canada, toutes les règles en matière de concurrence sont consignées dans une seule loi fédérale, la *Loi sur la concurrence*³⁵⁰ (la «LC»).

La LC loi a un caractère hybride. Elle contient à la fois des dispositions criminelles (fondées sur la compétence fédérale en matière de droit criminel) et des dispositions civiles (fondées sur sa compétence en matière d'échanges et de commerce³⁵¹), selon le

³⁴⁸ Voir le communiqué de presse de l'ACCC du 2 novembre 2011, «Court penalises Queensland construction companies for controlling tender prices», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/court-penalises-queensland-construction-companies-for-controlling-tender-prices>. Le jugement de la cour a été confirmé en appel. Voir le communiqué de presse de l'ACCC du 25 mai 2012, «Court dismisses appeal of Carmichael builders in ACCC price controlling case», disponible au <http://www.accc.gov.au/media-release/court-dismisses-appeal-of-carmichael-builders-in-accc-price-controlling-case>.

³⁴⁹ Voir ACCC, «Cartels Deterrence and Detection - A guide for government procurement officers», 2011, disponible au <http://www.accc.gov.au/publications/cartels-deterrence-detection-a-guide-for-government-procurement-officers>.

³⁵⁰ L.R.C. (1985), ch. C-34.

³⁵¹ Voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 et *Québec-Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

type de pratiques visées³⁵². Les dispositions civiles ont été introduites à partir de 1976 afin d'assouplir le régime d'application de la loi, certaines pratiques visées se prêtant mal à un régime d'interdiction pur et simple assorti de sanctions criminelles³⁵³. En matière de cartels, par contre, toutes les dispositions pertinentes de la loi sont de nature exclusivement criminelle. Les ententes en vue de restreindre la concurrence sont frappées d'une interdiction criminelle au Canada depuis 1889, soit un an avant l'adoption du *Sherman Act* américain³⁵⁴.

La LC contient deux dispositions principales en matière de cartels, les articles 45 et 47. Ces deux articles s'appliquent tant aux personnes morales qu'aux individus.

1) article 45 - ententes injustifiables

L'article 45 interdit tout «complot, accord ou arrangement» entre concurrents ayant pour objet ou effet de fixer les prix d'un produit, se partager les marchés ou les clients, ou contrôler la production ou fourniture d'un produit. Comme en droit américain, il s'agit d'une infraction «*per se*». Ce type d'entente est donc interdit en toutes circonstances, son impact anticoncurrentiel étant en quelque sorte présumé.

Puisqu'il s'agit d'un crime de complot, la Couronne doit faire la preuve d'une véritable entente entre les parties, c'est-à-dire de la rencontre d'au moins deux volontés en vue d'atteindre un objectif commun³⁵⁵. Les situations de «pratiques concertées» au sens du droit européen, et à plus forte raison celles où une entreprise décide de manière totalement unilatérale de calquer son comportement sur celui de ses concurrents, ne sont donc pas visées par l'interdiction. Dans un document décrivant l'approche du Bureau de la concurrence en matière de cartels, le Bureau confirme que «pour déterminer s'il existe une entente, le Bureau évaluera si les parties à l'entente présumée ont ou non abouti à une volonté commune, explicite ou implicite, visant un comportement décrit au paragraphe 45(1)³⁵⁶». Plus loin dans le même document, le Bureau semble donner une interprétation très large à la notion d'entente en précisant que «lorsque [le comportement parallèle observé chez des entreprises] est combiné à

³⁵² À titre d'exemple, la LC contient de nombreuses dispositions tant criminelles que civiles en matière de représentations trompeuses (articles 52 à 60 LC et articles 74.01 à 74.08 LC). Ces articles s'appliquent en parallèle avec les différents régimes provinciaux de protection du consommateur.

³⁵³ Comme c'est le cas par exemple des fusions d'entreprises (articles 91 et 92 LC), qui ne sont pas anticoncurrentielles en soi et qui ne posent des problèmes de concurrence que dans certaines circonstances. Les fusions sont visées par des dispositions civiles.

³⁵⁴ *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, c. 41.

³⁵⁵ *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666 aux pp. 668-69.

³⁵⁶ Voir Bureau de la concurrence, «Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents», 23 décembre 2009, disponible au [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Competitor-Collaboration-Guidelines-f-2009-12-22.pdf/\\$FILE/Competitor-Collaboration-Guidelines-f-2009-12-22.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Competitor-Collaboration-Guidelines-f-2009-12-22.pdf/$FILE/Competitor-Collaboration-Guidelines-f-2009-12-22.pdf) à la p. 11.

des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou des activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, le comportement parallèle peut suffire à prouver qu'une entente a été conclue entre les parties³⁵⁷». En bout de ligne somme toute, tout est une question de preuve. Il est évident que plus des compagnies se communiquent entre elles des renseignements sensibles sur leurs activités commerciales, et par la suite adoptent un comportement identique sur le marché, plus il devient aisé d'établir par preuve circonstancielle qu'elles ont convenu d'une approche commune. Le paragraphe (3) de l'article 45 précise à cet égard que «dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.»

2) article 47 - truquage d'offres

La LC contient aussi une disposition spécifique prohibant le truquage d'offres. Le Canada est d'ailleurs la seule juridiction, parmi celles que nous avons étudiées, qui interdit cette pratique de manière distincte.

Essentiellement, l'article 47 de la LC interdit toute entente («accord ou arrangement») entre deux ou plusieurs personnes, soit pour s'abstenir de présenter une offre en réponse à un appel d'offres, soit pour retirer une offre déjà déposée, soit pour présenter des offres³⁵⁸ sur lesquelles les parties se sont entendues. Il s'agit également d'une infraction «*per se*».

Ici aussi, la Couronne doit établir que les parties ont volontairement et intentionnellement conclu une entente. De simples discussions entre deux personnes dans le cadre de la préparation de leurs soumissions ne contrevient pas à l'article 47 si les discussions n'aboutissent pas à une véritable entente³⁵⁹. Sur ce point, la portée de l'interdiction canadienne apparaît donc moins large qu'en droit français³⁶⁰.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ Le choix par le législateur des termes «des offres» (plutôt que «une offre») pose la question intéressante de savoir si les pratiques d'offres de couverture «simples» examinées ci-dessus sont interdites par l'article 47. Dans ce genre de pratiques, à priori, seule l'offre de couverture fait l'objet d'une entente. La définition de «truquage d'offres» au Royaume-Uni et en Australie couvre clairement les situations où une seule offre fait l'objet d'une entente. Voir par exemple l'article ZZRD(3)(c)(ii) du CCA: «2 or more parties to the contract [...] bid, but at least 2 of them do so on the basis that **one** of those bids is more likely to be successful than the others»).

³⁵⁹ *R. c. Coastal Glass & Aluminium Ltd.*, (1986) 27 C.C.C. (3d) 289 (B.C.C.A.); *R. c. 215626 Alberta Ltd.*, (1986) 12 C.P.R. (3d) 53 (Alta. Q.B.); *R. c. Hélicoptères Abitibi Ltée* (8 septembre 1997), Québec 200-01-003509-951, J.E. 97-1743 (C.S.).

³⁶⁰ Voir notre discussion à cet égard au point 1.3.E.2), *supra*.

Puisqu'il s'agit d'une disposition criminelle, le libellé de l'infraction est interprété de manière très restrictive par les tribunaux. Une certaine jurisprudence enseigne ainsi que l'entente de truquage d'offres n'est interdite que si elle intervient dans le cadre d'un véritable appel d'offres au sens du droit commercial, c'est-à-dire un système conçu pour donner naissance à des obligations contractuelles entre les parties dès l'acceptation d'une ou plusieurs soumissions par l'adjudicateur³⁶¹. Il n'y aurait par exemple pas d'appel d'offres au sens de l'article 47 si le donneur d'ouvrage continue de solliciter des prix plus bas après avoir accordé à des entrepreneurs le droit de fournir le bien en cause³⁶².

Pour contrevenir à l'article 47, enfin, il faut également que l'entente incriminée ait lieu à l'insu de la personne qui fait l'appel d'offres. Le fait d'avoir porté cette entente à la connaissance de l'adjudicateur avant l'ouverture des soumissions constitue un moyen de défense complet à une accusation en vertu de l'article 47. Cette communication doit toutefois avoir été faite de façon expresse; la connaissance de l'adjudicateur ne se présume pas du seul fait que les soumissions sont identiques³⁶³.

En vertu du paragraphe 47(3), il n'y a pas d'infraction non plus si le truquage d'offres intervient exclusivement entre personnes affiliées. Tel que discuté ci-dessus, ce moyen de défense existe normalement dans toutes les juridictions antitrust (sauf en droit français en matière de truquage d'offres, dans les circonstances précises énoncées au point 1.3.E.2), *supra*).

3) importante réforme du droit canadien en matière d'ententes

L'existence en droit canadien d'une disposition spécifique sur le truquage d'offres s'explique essentiellement par des raisons historiques. En effet, la LC a été amendée de manière très significative en 2009 et avant cette réforme, seul l'article 47 promulguait une interdiction criminelle «*per se*». En particulier, les ententes entre concurrents qui ne constituaient pas du «truquage d'offres» ne pouvaient être interdites en vertu de l'article 45 que si la Couronne parvenait à établir que celles-ci réduisaient ou empêchaient indûment la concurrence.

La présence de ce terme additionnel plutôt imprécis («*indûment*») a donné lieu à d'importantes difficultés d'interprétation. Par ailleurs, le libellé de l'interdiction était rédigé de manière beaucoup plus large: il était susceptible de s'appliquer non seulement aux ententes entre concurrents généralement reconnues comme injustifiables, mais aussi à n'importe quel type d'entente entre concurrents capable

³⁶¹ Voir *R. c. Dowdall*, 2012 ONSC 3945 (Ont. Sup. Ct.), conf par 2013 ONCA 196. Voir aussi *R. c. Industries Garanties Itée*, 2014 QCCS 1582.

³⁶² *R. c. York-Hannover Hotels Ltd.* (1986), 9 C.P.R. (3d) 440 (Ont. Prov. Ct.)

³⁶³ *R. c. Charterways Transportation Ltd.* (1981), 32 O.R. (2d) 719 (H.C.), conf par (1982) 40 O.R. (2d) 86 (C.A.).

d'avoir un effet restrictif sur le marché. Cette situation créait un double problème: celui des autorités tout d'abord, qui devaient faire la preuve hors de tout doute raisonnable d'une restriction de concurrence induite; celui des entreprises ensuite qui, en théorie du moins, étaient exposées à des sanctions criminelles, même pour des ententes qui, tout en ayant un effet restrictif de concurrence, peuvent néanmoins avoir un impact positif net sur l'économie³⁶⁴.

Au vu de ces difficultés, le législateur a donc procédé à un remaniement de fond en comble du régime de la loi portant sur les ententes entre concurrents. Il a reformulé l'article 45, en créant une interdiction «*per se*», clairement limitée toutefois aux ententes de type «injustifiable»³⁶⁵; puis il a introduit une nouvelle disposition de nature civile cette fois, l'article 90.1, en vertu de laquelle sont dorénavant examinées toutes les autres ententes entre concurrents qui ne sont pas «injustifiables», mais qui peuvent dans certaines circonstances entraîner une réduction de concurrence sensible. La violation de cette disposition civile expose toutefois les entreprises à des sanctions beaucoup moins lourdes. Il n'y a pas d'amendes ou de peines d'emprisonnement. La seule sanction possible est l'émission d'une injonction permanente (ordonnance d'interdiction) par le tribunal.

Le libellé de l'infraction à l'article 47 est pour sa part demeuré largement inchangé³⁶⁶. De sorte que toutes les catégories d'entente entre concurrents de type «injustifiable» font dorénavant l'objet au Canada d'une interdiction automatique «*per se*», soit en vertu de l'article 45, soit en vertu de l'article 47 si elles répondent à la définition de «truquage d'offres».

B. Autorité compétente et procédure

L'agence principale chargée de l'application de la loi est le Bureau de la concurrence (le «Bureau»), un organisme indépendant basé à Gatineau. Le Bureau est dirigé par le Commissaire³⁶⁷ et compte près de 400 employés³⁶⁸. Il exploite par ailleurs trois bureaux régionaux situés à Montréal, Toronto et Vancouver³⁶⁹.

³⁶⁴ Par exemple certaines ententes de spécialisation ou de co-entreprises (*joint venture*).

³⁶⁵ Ces changements sont entrés en vigueur le 12 mars 2010.

³⁶⁶ La définition de «truquage d'offres» a été amendée pour inclure l'entente sur le retrait d'une offre.

³⁶⁷ Nommé par décret du gouverneur en conseil pour une durée indéterminée.

³⁶⁸ Précisons toutefois qu'une majorité de ces employés ne font pas partie de la Division générale des affaires criminelles qui s'occupe d'enquêter sur les cartels.

³⁶⁹ Trois autres bureaux régionaux situés à Halifax, Hamilton et Calgary ont été fermés au cours des dernières années. Ceux-ci étaient principalement affectés à des dossiers de représentations trompeuses. Voir <http://cchcompetitionlaw.wordpress.com/2012/06/15/competition-bureau-to-close-three-offices/>. Le bureau de Montréal compte une vingtaine d'employés.

En plus de jouer un rôle important en matière de sensibilisation aux règles de concurrence, le Bureau est essentiellement chargé de faire enquête sur toute situation relevant de la Loi. Il dispose à cette fin d'importants pouvoirs d'enquête contraignants, incluant celui d'effectuer des perquisitions et saisies avec autorisation judiciaire préalable³⁷⁰.

Aux termes de son enquête, s'il estime que des mesures de redressement ou des sanctions sont appropriées, le Bureau peut saisir lui-même le tribunal³⁷¹ (pour les affaires qui relèvent des dispositions civiles) ou référer son dossier au procureur général du Canada³⁷² (pour les affaires criminelles) pour l'éventuel dépôt d'actes d'accusation. Dans tous les cas cependant, les sanctions sont prononcées par les tribunaux. Le Bureau n'a pas compétence pour déclarer quelqu'un coupable d'infraction ou imposer des peines.

La remise du dossier au procureur général (plus spécifiquement au Directeur des poursuites pénales («DPP») qui agit en son nom), est généralement accompagnée des recommandations du Bureau quant aux accusations à être portées, aux sanctions à être imposées, ainsi qu'à l'immunité et à la clémence³⁷³ à être accordées. Bien que la décision de poursuivre est prise exclusivement par le procureur général en fonction de la preuve au dossier³⁷⁴, les recommandations du Bureau sont considérées avec le plus grand sérieux.

La remise du dossier au DPP ne dessaisit pas le Bureau. Les deux agences collaborent étroitement à l'avancement du dossier jusqu'au terme de la procédure judiciaire³⁷⁵. Le Bureau du DPP, désigné sous le nom de «Service des poursuites pénales du Canada» («SPPC»), comporte d'ailleurs une section (la Section du droit de la concurrence) dont les procureurs sont spécifiquement attitrés aux poursuites en vertu de la LC. À ce niveau, les volets d'instruction et d'application sont donc bien intégrés,

³⁷⁰ Sauf en cas d'urgence et sous réserve que les conditions prévues à l'article 15 LC soient réunies. Sur la validité constitutionnelle des saisies et perquisitions en droit de la concurrence au regard de la Charte, voir l'importante décision de la Cour suprême dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

³⁷¹ Un tribunal spécialisé, le Tribunal de la concurrence, constitué par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), c. 19 (2e suppl.).

³⁷² Article 23 LC.

³⁷³ Voir notre discussion, *infra* au point 1.8.D, sur les programmes d'immunité et de clémence du Bureau.

³⁷⁴ Et conformément à sa politique intitulée « La décision d'intenter des poursuites » du Guide du Service fédéral des poursuites, disponibles au <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/ch15.html>.

³⁷⁵ Le rôle et la responsabilité dévolus à chaque organisme au cours des enquêtes et des poursuites sont précisés dans un protocole d'entente, disponible au [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Protocole-entente-Memorandum-of-Understanding.pdf/\\$file/Protocole-entente-Memorandum-of-Understanding.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Protocole-entente-Memorandum-of-Understanding.pdf/$file/Protocole-entente-Memorandum-of-Understanding.pdf).

contrairement à ce qui est le cas, comme nous l'avons vu, en droit allemand et français en matières criminelles.

Il est important de noter par ailleurs que contrairement au droit criminel général, c'est au procureur général du Canada, et non aux procureurs généraux des provinces, que la loi attribue le pouvoir de déposer des accusations criminelles³⁷⁶. Or, comme les dispositions criminelles de la loi ont été adoptées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel, les procureurs généraux des provinces devraient également avoir compétence pour déposer des accusations criminelles. En pratique cependant, le dépôt d'accusations criminelles et les autres recours de cette nature en vertu de la loi sont toujours pris à l'initiative du procureur général du Canada³⁷⁷.

C. Sanctions

1) amendes et peines d'emprisonnement

Les sanctions prévues pour violation des articles 45 et 47 LC sont lourdes et ont été majorées de manière significative à l'occasion de la réforme de 2009. En vertu de l'article 45, toute personne reconnue coupable d'avoir participé à une entente «injustifiable» encourt une amende maximale de 25 millions \$ et/ou un emprisonnement maximal de 14 ans. Les peines pour violation de l'article 47 sont identiques, sauf pour l'amende qui ne comporte pas de plafond statutaire. Sur papier à tout le moins, le régime de sanctions du droit canadien de la concurrence figure parmi les plus sévères du monde.

Au Canada, il n'existe pas, comme aux États-Unis, de *Sentencing Guidelines* sur lesquels les juges peuvent s'appuyer pour fixer le montant des amendes. Les juges canadiens sont plutôt tenus de tenir compte des critères généraux de détermination de la peine énumérés aux articles 718 à 718.21 du Code criminel, qui s'appliquent à l'ensemble du droit criminel. Le principe fondamental en cette matière est que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de la personne coupable.

Cela étant dit, dans ses recommandations au DPP en matière de sentence, le Bureau a été fortement influencé par l'approche américaine et internationale en matière de calcul des amendes, et dans les faits cette approche a façonné le débat judiciaire canadien. L'approche du Bureau est présentée de manière très succincte dans un document public décrivant les paramètres de son programme de clémence. Le Bureau y mentionne que dans ses recommandations au DPP, il retient habituellement comme niveau de base de l'amende un montant correspondant à 20% du volume total des ventes affectées par le cartel qui ont été réalisées au Canada par l'entreprise en

³⁷⁶ Article 23(2) LC.

³⁷⁷ Voir Yves Bériault, Madeleine Renaud et Yves Comtois, «Le droit de la concurrence au Canada», Carswell, 1999, à la p. 74 (ci-après «Bériault»).

cause³⁷⁸. Ce montant est ensuite ajusté en tenant compte des facteurs atténuants ou aggravants énumérés dans le Code criminel³⁷⁹. Pour ce qui est des peines d'emprisonnement, le Bureau a plusieurs fois déclaré publiquement qu'il recommanderait au DPP l'imposition de peines sévères quand les circonstances le justifient.

Jusqu'à présent, l'amende la plus élevée imposée pour violation de l'article 45 est de 50,9 millions \$. Elle fut prononcée en 1999 à la suite d'un plaidoyer de culpabilité contre la société Hoffman Laroche dans une affaire mettant en cause un vaste complot international pour fixer les prix dans la vente de vitamines³⁸⁰. Des amendes records de 12,5 millions \$ pour complot «national» furent imposées en 2006, également suite aux plaidoyers de culpabilité de trois fabricants de papier pour leur participation à une entente de partage de marché et de fixation de prix³⁸¹. En ce qui concerne l'emprisonnement, la première peine de ce type a été imposée en 1996 par la Cour supérieure à la suite du premier procès par jury au Canada en vertu de l'article 45³⁸². Beaucoup plus récemment, dans l'important dossier du cartel de l'essence au Québec qui occupe le Bureau depuis plusieurs années, des peines d'emprisonnement variant de 4 à 12 mois ont été prononcées contre des individus, suite à des plaidoyers de culpabilité³⁸³. Il s'agit toutefois dans chaque cas de peines conditionnelles prononcées en vertu de l'article 742.1 du Code criminel. Cette situation est peut-être toutefois appelée à changer suite à l'entrée en vigueur d'amendements importants au Code criminel, qui interdiront dorénavant aux juges de prononcer des peines conditionnelles

³⁷⁸ Bureau de la concurrence, «Programme de clémence», 29 septembre 2010, disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03288.html>, à la p. 9 (ci-après le «Programme de clémence canadien»)

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ Communiqué de presse du 22 septembre 1999, «La Cour fédérale inflige des amendes totalisant 88,4 millions \$ relativement à des complots internationaux concernant le marché des vitamines», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00607.html>.

³⁸¹ Communiqué de presse du 9 janvier 2006, «Une enquête du Bureau de la concurrence donne lieu à l'imposition d'une amende record dans une affaire de complot national», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02018.html>.

³⁸² *R. c. Perreault*, [1996] R.J.Q. 2565 (C.S.).

³⁸³ Voir «Liste des accusations et peines dans l'affaire du cartel de fixation du prix de l'essence au Québec» au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03079.html>.

pour des infractions qui sont passibles d'un emprisonnement maximal de 14 ans, ce qui est le cas en vertu des articles 45 et 47³⁸⁴.

En ce qui concerne le truquage d'offres, l'amende record est de 30 millions \$, imposée l'année dernière à une société japonaise qui a plaidé coupable à des accusations d'avoir fait du truquage d'offres avec d'autres sociétés étrangères dans la vente de composants de véhicules à moteur à des fabricants automobiles situés au Canada³⁸⁵. À l'exception de ce dossier à caractère international, les amendes imposées par les tribunaux depuis 2001, toutes prononcées suite à des plaidoyers de culpabilité, varient de 15 000 \$ à 800 000 \$³⁸⁶. À notre connaissance, aucun individu n'a jusqu'à présent été condamné à une peine d'emprisonnement pour violation de l'article 47.

À l'examen de ces données, on pourrait être porté à conclure que le niveau des peines au Canada demeure bas, particulièrement en comparaison des États-Unis et de l'Union européenne. Cependant, comme le montant des amendes est généralement fonction de la valeur des ventes affectées, et que le marché canadien est plus petit, il est somme toute normal que le montant des amendes soit moins élevé ici, du moins en chiffres absolus. De plus, comme la majorité des sanctions sont déterminées par les tribunaux sur la base de représentations conjointes des procureurs déposées suite à des plaidoyers de culpabilité, et que ces représentations fournissent souvent très peu de détail sur les modalités du cartel³⁸⁷, il devient très difficile de faire des comparaisons.

³⁸⁴ Cette réforme, introduite dans la foulée des efforts récents du Gouvernement Harper pour renforcer le caractère répressif du droit criminel, ne vise pas spécifiquement la *Loi sur la concurrence*, mais la détermination des peines en vertu des articles 45 et 47 sera néanmoins affectée. Voir la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* (L.C. 2012, ch. 1), article 34 (qui modifie l'article 742.1 du Code criminel). Cet amendement est entré en vigueur le 20 novembre 2012. On peut sans doute se demander si l'amendement n'aura pas au contraire l'effet d'inciter les juges à ne plus prononcer de peines d'emprisonnement contre les individus, et à privilégier davantage l'imposition d'amendes.

³⁸⁵ Il s'agissait d'un vaste complot international qui a été examiné en parallèle par plusieurs agences à travers le monde, dont celles des États-Unis, de l'Union européenne, du Japon et de l'Australie. Voir le Communiqué de presse du 18 avril 2013, « Une amende record de 30 M\$ imposée à un fournisseur de pièces d'automobiles japonais grâce au Bureau de la concurrence », disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03560.html>.

³⁸⁶ Voir notre discussion de ces affaires au point 1.8.E, *infra*.

³⁸⁷ La plupart des recommandations conjointes sur sentence ne fournissent généralement que quelques renseignements sur le montant des ventes, les clients et régions géographiques affectées, ainsi que sur la durée du cartel, et se limitent souvent à des références assez vagues aux facteurs aggravants et atténuants. Dans une décision récente, le juge en chef de la Cour fédérale a critiqué le caractère laconique des représentations conjointes qui lui avaient été faites, estimant que, dans les circonstances, il lui était difficile de décider si la peine recommandée par les procureurs était conforme à l'intérêt public et respectait les critères de détermination de la peine du Code criminel. Voir *R. c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 24 septembre 2012 (Cour Fédérale).

2) recours civil en dommages

Comme c'est le cas aux États-Unis, le paiement des amendes pour violation des articles 45 ou 47 ne constitue souvent pour les entreprises qu'un premier «versement» du montant total des sommes qu'elles devront déboursier. En effet, l'article 36 de la LC permet également aux victimes d'un comportement contraire à une disposition criminelle de la loi de poursuivre en dommages-intérêts les responsables des préjudices qu'elles ont subis. Autrefois plus rare, ce type de recours est devenu presque aussi courant qu'aux États-Unis, en particulier suite à l'adoption de lois permettant les recours collectifs dans les provinces de *common law*.

Le recours en vertu de l'article 36 est indépendant des autres formes de sanctions prévues par la loi. Ainsi, le défendeur peut être tenu civilement responsable même s'il n'a fait l'objet d'aucune accusation criminelle ou qu'il a été acquitté. Dans un tel cas cependant, c'est à la victime de faire la preuve, selon la balance des probabilités, que le défendeur a commis une infraction criminelle, une tâche évidemment ardue puisque le demandeur ne dispose pas des pouvoirs d'enquête du Bureau et que les cartels sont par définition des infractions cachées. En revanche, si l'infraction alléguée dans l'action civile a déjà fait l'objet de poursuites pénales et que l'accusé a été reconnu coupable ou a plaidé coupable, la preuve du demandeur est grandement facilitée. Le paragraphe 36(2) prévoit en effet que les «procès-verbaux relatifs aux procédures» devant le tribunal qui a prononcé cette déclaration de culpabilité font preuve du comportement préjudiciable du défendeur. Au niveau de la preuve dans un recours civil, la déclaration ou le plaidoyer de culpabilité a donc des répercussions très importantes. C'est d'ailleurs pour cette raison précise que, dans le cadre du règlement d'une action pénale, le texte des représentations conjointes sur sentence fait toujours l'objet d'intenses négociations entre le DPP et le Bureau, d'une part, et l'entreprise qui accepte de plaider coupable d'autre part: l'intérêt manifeste des entreprises est d'y inclure un minimum de détails, pour ne pas s'exposer outre mesure au niveau des recours civils en dommages.

D. Programme d'immunité

Une importante proportion des dossiers de cartels ouverts par le Bureau n'aurait probablement jamais vu le jour, n'eût été de sa politique en matière d'immunité. Depuis son adoption en 1991, ce programme est graduellement devenu le principal outil de détection des cartels dans l'arsenal du Bureau. C'est aussi un instrument de dissuasion très utile, car il facilite la dénonciation, décourageant ainsi les entreprises de s'engager dans un comportement illicite dès le départ.

Le programme du Bureau s'adresse tant aux entreprises qu'aux individus. Il comporte deux volets: l'immunité contre toute poursuite criminelle, d'une part, et une réduction des peines qui seraient autrement imposables, d'autres part. Dans les deux cas, cependant, il est important de rappeler que le Bureau ne peut garantir l'immunité ou la clémence. La décision finale relève du procureur général (pour l'immunité) et des tribunaux (pour les peines). Le programme du Bureau ne peut donc qu'énoncer les

facteurs dont le Bureau tiendra compte pour recommander l'immunité ou la clémence au procureur général. Cependant, comme les recommandations du Bureau sont généralement retenues par le procureur général, et comme les tribunaux s'écartent rarement des représentations conjointes préparées par les parties en cas de règlement, le programme du Bureau a gagné au fil des ans suffisamment de crédibilité et de prévisibilité pour que les entreprises s'en prévalent avec confiance.

1) immunité

Les paramètres du programme sont essentiellement les mêmes que dans les autres juridictions, à quelques exceptions près. En ce qui concerne l'immunité, les lignes directrices du Bureau énoncent que l'octroi de l'immunité sera recommandée au procureur général pour la partie qui est la première à signaler au Bureau une infraction dont il ignore l'existence ou, si le Bureau est déjà au courant de l'infraction, pour la partie qui est la première à se manifester avant que les éléments de preuve réunis par le Bureau permettent de justifier le renvoi de l'affaire au procureur général³⁸⁸. L'immunité n'est pas disponible si le demandeur a forcé quiconque à participer à l'infraction³⁸⁹. Le fait que le demandeur ait par ailleurs pu jouer le rôle d'instigateur ou de leader n'est plus un motif de disqualification. Ce critère a été récemment abandonné au vu des difficultés d'interprétation qu'il soulevait³⁹⁰. L'immunité est en outre soumise aux conditions usuelles de coopération pleine et continue³⁹¹. Ceci inclut l'obligation du demandeur de divulguer au Bureau toute conduite contraire à la LC dont elle est ou devient au courant, non seulement celle relative à l'infraction dont elle a choisi de se confesser.

L'immunité accordée à une entreprise s'étend à tous ses administrateurs, dirigeants et employés actuels qui reconnaissent leur participation à l'infraction et coopèrent sans réserve. Elle est aussi habituellement accordée aux anciens administrateurs, dirigeants et employés mais la décision n'est prise qu'au cas par cas³⁹².

Pour leur part, les critères en matière de clémence sont énoncés dans un document distinct³⁹³. Lorsque l'immunité n'est plus ou pas disponible, l'octroi de la clémence sera

³⁸⁸ Bureau de la concurrence, «Le Programme d'immunité et la Loi sur la concurrence», 7 juin 2010, disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03248.html>, au par. 13 (ci-après le «Programme d'immunité»). Voir également «Ajustements apportés au Programme d'immunité», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02480.html> (ci-après «Immunité - Ajustements»).

³⁸⁹ *Programme d'immunité*, *supra* note 388, au par. 15.

³⁹⁰ *Immunité - Ajustements*, *supra* note 388, à la p. 5.

³⁹¹ Voir *Programme d'immunité*, au par. 17 et *Immunité - Ajustements*, à la p. 8.

³⁹² *Programme d'immunité*, au par. 20.

³⁹³ *Programme de clémence canadien*, *supra* note 378.

recommandée pour toute partie qui accepte de plaider coupable et de coopérer pleinement à l'enquête du Bureau et à toute poursuite ultérieure intentée par le procureur général à l'encontre d'autres participants au cartel³⁹⁴. La rapidité avec laquelle les demandes de clémence sont déposées est déterminante. En effet, la clémence n'est plus disponible à partir du moment où le Bureau soumet les résultats de son enquête au procureur général en vue d'une poursuite³⁹⁵. De plus, le rang d'arrivée du demandeur dans la «course à la clémence» détermine le niveau de réduction des peines qu'il peut espérer obtenir. Le premier demandeur de clémence peut obtenir une réduction de 50% de l'amende qui aurait par ailleurs été recommandée, le deuxième demandeur une réduction de 30%³⁹⁶. Les demandeurs subséquents peuvent aussi bénéficier d'une réduction moindre, en fonction de leur rang et de la diligence de leur coopération³⁹⁷.

Le rang d'arrivée des demandeurs de clémence a aussi une incidence importante sur le sort des employés des entreprises impliquées. En effet, lorsque le premier demandeur est une compagnie, le Bureau recommandera qu'aucune accusation distincte ne soit portée à l'encontre de ses administrateurs, dirigeants ou employés actuels qui coopèrent. Les dirigeants et employés passés de l'entreprise sont habituellement également protégés, mais leur sort n'est réglé qu'au cas par cas³⁹⁸. Pour les employés et dirigeants des demandeurs subséquents, le Bureau ne s'engage à rien mais mentionne qu'une recommandation de ne pas porter d'accusations ou d'imposer des peines plus clémentes pourrait être faite en fonction du rôle joué par l'individu impliqué dans l'infraction³⁹⁹. Cet aspect du dossier est donc toujours âprement débattu dans le cadre des négociations qui mènent au règlement de l'action pénale.

Le programme du Bureau reconnaît également la possibilité de recommander l'octroi d'une immunité de type «immunité plus». Lorsqu'un demandeur de clémence apporte des preuves d'activités criminelles correspondant à une infraction supplémentaire dont le Bureau ignorait l'existence, le Bureau recommandera donc non seulement au procureur général que l'immunité soit accordée contre les poursuites visant cette infraction supplémentaire, mais également que le rabais de clémence concernant la première infraction soit majoré d'un montant additionnel de 5% à 10%⁴⁰⁰.

³⁹⁴ *Ibid.*, au par. 9.

³⁹⁵ *Ibid.*, au par. 10.

³⁹⁶ *Ibid.*, aux par. 13 et 14.

³⁹⁷ *Ibid.*, au par. 15.

³⁹⁸ *Ibid.*, au par. 21.

³⁹⁹ *Ibid.*, au par. 23.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, au par. 18.

L'octroi de l'immunité ou de la clémence ne protège aucunement ceux qui l'obtiennent d'éventuelles poursuites en dommages-intérêts intentées par les victimes en vertu de l'article 36⁴⁰¹. La possibilité bien réelle qu'une demande d'immunité risque d'entraîner de tels recours civils au terme de la procédure judiciaire est donc un élément que les entreprises doivent mettre dans la balance lorsqu'elles évaluent l'opportunité d'approcher le Bureau pour se confesser de leur crime.

E. Développements récents

En vertu de la loi, les enquêtes menées par le Bureau sont confidentielles. Elles ne deviennent publiques que le jour où, éventuellement, des accusations criminelles sont portées, ce qui peut facilement prendre de nombreuses années. Nous ne pouvons donc dresser qu'un bilan nécessairement incomplet des mesures d'application du Bureau en matière de truquage d'offres puisqu'il sera limité à l'information publiquement disponible.

- entrepreneurs en électricité - région de Toronto

Vers la fin des années 90, les enquêteurs du Bureau ont mis au jour un important cartel impliquant de nombreux entrepreneurs en électricité dans la région de Toronto⁴⁰². Entre 1997 et 2000, huit entrepreneurs électriciens ont plaidé coupable d'avoir truqué leurs soumissions en réponse à de nombreux appels d'offres relatifs à d'importants chantiers mis en branle dans la région torontoise, incluant à l'aéroport Pearson, au *Skydome* et au *BCE Place*. Une autre compagnie agissant à titre d'entrepreneur général au nom des donneurs d'ouvrage a également plaidé coupable à des accusations de complicité puisqu'elle avait assisté les entrepreneurs électriciens dans leurs manoeuvres illicites. Des amendes totales de 2,67 millions \$ ont été imposées dans cette affaire, incluant des peines individuelles variant de 12 500\$ à 750 000\$. Certaines entreprises ont reçu une sentence réduite pour avoir rapidement plaidé coupable et collaboré avec les autorités.

⁴⁰¹ Voir à cet égard *Immunité - Ajustements*, supra note 388, à la p. 7

⁴⁰² Voir Communiqué de presse du 19 décembre 1997, «Des entrepreneurs électriciens plaident coupables à l'égard d'accusations de truquage des offres et sont condamnés à des amendes de 2 550 000 \$», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00691.html>; Communiqué de presse du 27 février 1998, «Un autre entrepreneur en électricité plaide coupable lors d'une enquête menée à Toronto en matière de truquage des offres», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00624.html>; Communiqué de presse du 30 juillet 1999, «Entrepreneur en électricité reconnu coupable de truquage des offres dans une affaire entendue à Toronto», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00604.html>; et Communiqué de presse du 31 mars 2000, «Une entreprise de gestion en construction et des entrepreneurs en électricité sont reconnus coupables de truquage d'offres et condamnés à payer une amende», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00552.html>.

- services de déneigements - Québec et Montréal

En 1999 et 2000, plusieurs accusations de complot pour partage de marché ont été portées en vertu de l'article 45 dans le secteur du déneigement à Québec et à Montréal. Au sein du secteur privé, les services de déneigement offerts aux municipalités sont généralement assurés par des entrepreneurs en construction qui souhaitent rentabiliser leur flotte pendant les mois d'hiver. En janvier 1999, huit entrepreneurs de Québec ont plaidé coupable de s'être réparti les contrats donnés par les villes et municipalités de la région et par le Ministère des transports⁴⁰³. La valeur totale des contrats accordés frôlait les 16 millions \$. Des amendes de près de 3 millions \$ ont été imposées contre les entrepreneurs (représentant un peu moins de 20% du volume de commerce affecté). La Ville de Québec a par la suite intenté des poursuites en vertu de l'article 36 pour recouvrer les dommages qu'elle avait subis⁴⁰⁴. L'année suivante, de nouvelles accusations de même nature ont été portées contre des entreprises de la région de Montréal⁴⁰⁵. Cinq entrepreneurs en construction et une firme conseil ont plaidé coupable et ont reçu une amende totale d'un million \$, représentant près de 22% de la valeur des contrats affectés⁴⁰⁶.

- réfection de la plate-forme Hibernia à Terre-Neuve

En janvier 2001, une société montréalaise a plaidé coupable à des accusations de truquage d'offres pour un contrat de réfection de la plate-forme Hibernia à Terre-Neuve. La compagnie a payé une amende de 800 000\$⁴⁰⁷. Le Bureau avait ouvert une enquête suite au dépôt d'une demande d'immunité par une société suisse, concurrente de l'accusé.

- fournisseurs de produits chimiques - Toronto

En juin 2002, des accusations en vertu de l'article 47 ont été portées contre des fournisseurs de produits chimiques à la suite d'une enquête sur l'approvisionnement de

⁴⁰³ Communiqué de presse du 15 janvier 1999, «Amende de 3 millions \$ pour complot imposée à huit entreprises en déneigement de la région métropolitaine de la ville de Québec», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00590.html>.

⁴⁰⁴ L'affaire s'est réglée hors cour.

⁴⁰⁵ Communiqué du 5 juillet 2000, «Accusations de complot dans l'industrie du déneigement de la région métropolitaine de Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00693.html>.

⁴⁰⁶ Communiqué du 24 octobre 2000, «Une amende de 1 million \$ imposée relativement à un complot dans l'industrie du déneigement de la région de Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00580.html>.

⁴⁰⁷ Communiqué du 8 janvier 2001, «Une entreprise plaide coupable à des accusations de truquage d'offres portées en vertu de la Loi sur la concurrence», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00482.html>.

chlore liquide utilisé par la ville de Toronto pour le traitement de l'eau⁴⁰⁸, mais le tribunal a accueilli la requête des accusés en rejet de citation⁴⁰⁹.

D'ailleurs, pour la période de janvier 2001 à octobre 2006, soit un peu moins de 6 ans, nous n'avons pu recenser aucune affaire de truquage d'offres s'étant soldée par l'imposition de sanctions criminelles par les tribunaux.

- fournisseurs de signalisation routière - Québec

Le rythme des accusations pour truquage d'offres s'est accéléré à partir de 2006, particulièrement au Québec.

En octobre 2006, deux fournisseurs de feux de signalisation et deux de leurs dirigeants ont été accusés de truquage d'offres suite à un marché public lancé par la Ville de Québec⁴¹⁰. Le 26 janvier 2010, l'une des compagnies accusées a plaidé coupable et s'est vu imposée une amende de 50 000\$⁴¹¹. Quelques mois plus tard, par contre, l'autre compagnie inculpée qui avait décidé de se défendre a été acquittée au terme de son procès. Devant la nature quelque peu contradictoire de certains témoignages, quant à l'existence d'une entente entre les parties pour truquer leurs offres, et le caractère jugé non concluant de la maigre preuve matérielle déposée, le tribunal a déterminé que la Couronne ne s'était pas déchargée de son fardeau de preuve⁴¹².

- travaux de réfection à l'hôpital de Chicoutimi

D'autres accusations de truquage d'offres ont été portées en novembre 2008, cette fois contre trois entreprises de construction et chacun de leur président⁴¹³. Les entreprises avaient soumissionné pour des contrats de réfection à l'hôpital de Chicoutimi et à la fonderie d'Alcan à Alma. La valeur des contrats s'élevait à plus de 1 million \$. Les

⁴⁰⁸ Communiqué du 20 juin 2002, «Une enquête du Bureau de la concurrence conduit à des accusations de complot et de truquage d'offres contre des fournisseurs de chlore de Toronto», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00396.html>.

⁴⁰⁹ Voir le Rapport annuel du Commissaire de la concurrence pour l'exercice se terminant le 31 mars 2004, sous la rubrique «Contrôler les activités criminelles», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01343.html>.

⁴¹⁰ Communiqué du 30 octobre 2006, «Des entreprises du Québec sont accusées de truquage d'offres à la suite d'une enquête du Bureau de la concurrence», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02223.html>.

⁴¹¹ Communiqué du 26 janvier 2010, «Plaidoyer de culpabilité dans une affaire de truquage des offres à Québec», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03192.html>.

⁴¹² *R. c. Électromega*, 2010 QCCS 2283 (Cour supérieure).

⁴¹³ Communiqué du 10 novembre 2008, «Des entreprises de construction du Québec sont accusées de truquage d'offres à la suite d'une enquête du Bureau de la concurrence», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02748.html>.

accusés s'étaient étendus sur l'identité de l'entreprise qui décrocherait un contrat donné et sur le paiement d'indemnités pour les autres. Près de quatre ans plus tard, les trois entreprises ont plaidé coupable et ont été condamnées à payer des amendes au montant total de 100 000\$⁴¹⁴. Le Bureau avait été alerté de l'affaire à la suite d'une demande d'immunité.

- services de technologies de l'information - Ottawa

En février 2009, le procureur général a déposé plusieurs chefs d'accusation contre des entreprises et leurs dirigeants dans des affaires de truquage d'offres ayant faussé une dizaine de marchés publics lancé en 2005 pour l'obtention de services de technologies de l'information destinés à l'Agence des services frontaliers du Canada, à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) et à Transports Canada⁴¹⁵. Selon l'information publique disponible, une entreprise a obtenu l'immunité et plusieurs participants ont reçu un traitement de clémence pour leur collaboration. L'affaire a notamment donné lieu à un plaidoyer de culpabilité d'un des individus accusés, qui a reçu une amende de 25 000 \$⁴¹⁶. Une affaire similaire concernant cette fois des appels d'offres pour l'obtention de services de consultation immobilière par un organisme public fédéral s'est soldée par le plaidoyer de culpabilité d'une entreprise qui a payé une amende de 125 000 \$⁴¹⁷. Dans cette même affaire, des accusations criminelles ont été portées l'année dernière contre un individu⁴¹⁸.

Beaucoup plus récemment, des accusations criminelles de truquage d'offres ont été déposées à l'encontre d'une compagnie et d'individus oeuvrant également dans le secteur des technologies de l'information, relativement cette fois à des appels d'offres

⁴¹⁴ Communiqué du 17 février 2012, «Des entreprises de construction québécoises plaident coupables du truquage des offres de l'Hôpital de Chicoutimi», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03436.html>.

⁴¹⁵ Communiqué du 17 février 2009, «Le Bureau de la concurrence annonce le dépôt d'accusations contre des entreprises soupçonnées de truquage d'offres relativement à des contrats du gouvernement du Canada», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02983.html>. En mai 2013, le Bureau de la concurrence a conclu un protocole d'entente avec TPSGC qui fixe les paramètres d'une relation de coopération notamment en matière de lutte contre la collusion. Pour une discussion de ce protocole, voir notre rapport présenté à la Commission en octobre 2014, «Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres dans l'industrie de la construction - bilan de notre régime réglementaire », à la page 28 du document.

⁴¹⁶ Communiqué du 9 juin 2009, «Un individu plaide coupable d'avoir truqué des offres relativement à un contrat du gouvernement du Canada», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03075.html>.

⁴¹⁷ Communiqué du 30 juillet 2012, «Une entreprise plaide coupable du truquage des offres relativement à des contrats du gouvernement fédéral», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03484.html>.

⁴¹⁸ Communiqué du 13 juin 2013, «Une personne accusée de truquage des offres relativement à des marchés publics fédéraux», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03576.html>.

pour la fourniture de services à une autre agence fédérale, Bibliothèque et Archives Canada (BAC)⁴¹⁹. Cette affaire est intéressante puisque dans le cadre du même dossier, des accusations ont aussi été portées contre des représentants de BAC pour leur implication dans le complot. Ces personnes ont été accusées en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* pour avoir donné à autrui l'occasion de frauder le gouvernement. L'affaire a été portée à l'attention du Bureau en 2009 par le BAC lui-même.

- contrats de ventilation pour immeubles d'habitation - Montréal

En décembre 2010, le Bureau a annoncé que des accusations avaient été portées contre huit entreprises et cinq individus soupçonnés de truquage d'offres concernant l'attribution de contrats de ventilation pour des immeubles d'habitation de grande hauteur dans la région de Montréal⁴²⁰. Selon le Bureau, les accusés se sont entendus pour déterminer au préalable les gagnants des contrats, tout en faisant obstacle aux compagnies concurrentes qui ne s'étaient pas jointes au complot. L'enquête du Bureau dans cette affaire a duré près de cinq ans, et a été ouverte sur la foi de renseignements qui lui ont été fournis par un ex-employé de l'une des entreprises accusées. Jusqu'à présent, une seule entreprise a plaidé coupable. Elle a écopé d'une amende de 425 000 \$⁴²¹. Le DPP a par ailleurs ordonné l'arrêt des procédures à l'égard du président de cette entreprise en échange de sa collaboration pour le reste des procédures. Plus récemment, de nouvelles accusations ont été déposées contre le président d'une des entreprises inculpées⁴²².

- services d'entretien d'égouts - Montréal

Toujours dans la région de Montréal, six entreprises et cinq de leurs dirigeants ont été accusés de truquage d'offres en novembre 2011, relativement à des contrats municipaux et gouvernementaux de services de nettoyage et d'entretien d'égouts⁴²³.

⁴¹⁹ Communiqué de presse du 2 mai 2014, «Accusations criminelles déposées contre une entreprise et six personnes impliquées dans un stratagème de truquage des offres », disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03734.html>.

⁴²⁰ Communiqué de presse du 21 décembre 2010, «Des accusations sont portées relativement à un truquage d'offres dans le domaine de la construction résidentielle à Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03327.html>.

⁴²¹ Communiqué du 19 juillet 2011, «Plaidoyer de culpabilité et amende de 425 000 \$ pour truquage des offres à Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03391.html>.

⁴²² Communiqué du 29 juin 2012, «Un sixième individu accusé de truquage des offres dans le domaine de la ventilation à Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03479.html>.

⁴²³ Communiqué de presse du 22 novembre 2011, «Le Bureau de la concurrence met au jour un cartel de services d'égout au Québec». disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03430.html>.

Selon les autorités, les entreprises accusées auraient déterminé au préalable celles d'entre elles qui remporteraient les appels d'offres et ont pas la suite déposer des offres de couverture pour masquer le complot. Jusqu'à présent, trois entreprises ont plaidé coupable et ont reçu des amendes variant de 15 000 \$ à 75 000 \$. Un individu a aussi inscrit un plaidoyer de culpabilité et a reçu une sentence de 100 heures de travaux communautaires et 2 ans de probation⁴²⁴. L'affaire a été signalée au Bureau suite à une demande d'immunité et un autre participant a profité du programme de clémence. Tout récemment, des chefs d'accusation supplémentaires ont été déposés contre une entreprise et deux dirigeants déjà inculpés⁴²⁵.

- contrats municipaux en construction - Saint-Jean-sur-Richelieu

La dernière vague d'accusations pour violation de l'article 47 s'inscrit dans le cadre d'une action menée en collaboration avec l'UPAC. Le 21 juin 2012, 77 chefs d'accusation visant 11 personnes et neuf entreprises de l'industrie de la construction ont été déposées relativement à un système de collusion implanté dans la région de Saint-Jean-sur-Richelieu, qui visait à accorder un traitement préférentiel à un groupe d'entrepreneurs pour l'obtention de contrats municipaux⁴²⁶. Deux fonctionnaires municipaux sont impliqués dans l'affaire. Il est par ailleurs intéressant de noter que dans ce dossier, l'enquête des autorités n'a duré qu'un peu plus de deux ans. Des accusations de corruption dans les affaires municipales, abus de confiance, trafic d'influence, fraude, production et utilisation de documents contrefaits, fausse déclaration, extorsion mais aussi de truquage d'offres ont notamment été déposées. La procédure judiciaire suit son cours. De nouvelles accusations criminelles ont été portées dans le cadre de ce même dossier en janvier 2014⁴²⁷.

- entrepreneurs en fondations de maisons - Toronto

Beaucoup plus récemment, la presse révélait en janvier 2013 qu'une importante enquête du Bureau est actuellement en cours, concernant de possibles ententes de fixation de prix qui auraient duré pendant plus de 15 ans, entre une dizaine d'entrepreneurs de la région de Toronto qui fabriquent des fondations de maisons en

⁴²⁴ Communiqué de presse du 22 juin 2012, «Plaidoyers de culpabilité dans l'affaire du cartel de services d'égout au Québec», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03471.html>.

⁴²⁵ Communiqué de presse du 20 décembre 2012, «Des accusations supplémentaires sont déposées relativement au cartel de services d'égout au Québec», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03517.html>.

⁴²⁶ Communiqué de presse du 21 juin 2012, «L'UPAC et le Bureau de la concurrence du Canada déposent 77 chefs d'accusation visant 11 personnes et 9 entreprises», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03473.html>.

⁴²⁷ Communiqué de presse du 27 janvier 2014, «Le Bureau de la concurrence dépose des accusations criminelles liées à des projets d'infrastructures au Québec », disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03645.html>.

béton⁴²⁸. Des mandats de perquisitions permettant aux enquêteurs du Bureau de saisir des documents dans les locaux de trois entrepreneurs ont été émis. L'enquête du Bureau suit son cours et aucune accusation n'a jusqu'à présent été portée.

- nouvelles affaires en cours dans le secteur de la construction au Québec

Depuis 2013, par ailleurs, le nombre et l'envergure des dossiers de truquage d'offres du Bureau qui concernent l'industrie québécoise de la construction semblent avoir fortement augmenté. Les médias ont en effet révélé que de vastes enquêtes étaient en cours dans quatre nouveaux dossiers, soit ceux des firmes de génie-conseil à Québec⁴²⁹ et à Gatineau⁴³⁰, de certaines compagnies de construction à Montréal⁴³¹, ainsi que de fabricants d'éclairage routier au Québec⁴³².

- activités de sensibilisation des pouvoirs publics au truquage d'offres

En plus des mesures d'application décrites ci-dessus, le Bureau semble avoir été actif au cours des dernières années sur le plan de la sensibilisation au problème du truquage d'offres. Le 8 avril 2008, le Bureau a rendu disponible en-ligne une présentation ayant comme objectif de fournir aux adjudicateurs de marchés publics et privés des renseignements servant à repérer, éviter et signaler des cas présumés de truquage d'offres⁴³³. Parallèlement, de très nombreuses séances d'information ont également été organisées avec des entreprises et agences publiques responsables d'appel d'offres au pays. Les programmes d'éducation du Bureau ont été notés par l'OCDE⁴³⁴. Comme le souligne cet organisme, les donneurs d'ouvrage eux-mêmes sont souvent les mieux placés pour détecter les signes d'une concertation illicite entre soumissionnaires, puisqu'ils ont une bonne connaissance du marché et peuvent en toute première ligne déceler dans les offres qu'ils reçoivent certains schémas et tendances potentiellement indicateurs d'un comportement illégal⁴³⁵.

⁴²⁸ Voir «Widespread price-fixing alleged in Toronto home construction», disponible au <http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/story/2013/01/30/concrete-forming-competition-bureau-price-fixing-allegations.html>.

⁴²⁹ Voir notamment « Collusion: perquisitions à Québec en février et en mars dernier », Le Soleil, 5 septembre 2013.

⁴³⁰ Voir notamment « Soupçons de collusion à travers l'Outaouais », Le Droit, 26 septembre 2013.

⁴³¹ Voir notamment « Construction: perquisitions chez 16 entrepreneurs », La Presse, 11 mars 2014.

⁴³² Voir notamment « Cartel de l'éclairage: perquisition dans un cabinet d'avocats », La Presse, 19 juin 2013.

⁴³³ <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02601.html>.

⁴³⁴ OECD, «Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation», 2005, disponible au <http://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>, à la p. 21.

⁴³⁵ *Id.*

2. QUESTION #2

Pour autant que la question ait déjà été examinée ou mesurée par une autorité compétente concernée, renseigner la Commission sur l'efficacité des moyens législatifs adoptés (c'est-à-dire la mesure dans laquelle les règles et sanctions applicables dans ces juridictions parviennent en pratique à prévenir ou limiter les cas de cartels dans le domaine de la construction).

Nous n'avons pas pu trouver d'études ou de rapports permettant de mesurer de manière précise l'efficacité des mesures mises en oeuvre dans les juridictions concernées pour endiguer les problèmes de cartels et de truquage d'offres dans l'industrie de la construction.

Quelques analyses rendues publiques par les autorités compétentes, qui sont basées sur des sondages des entreprises oeuvrant dans le secteur de la construction, semblent appuyer la thèse qu'une intervention musclée et à large échelle des autorités de concurrence pour s'attaquer en bloc aux problèmes de collusion affectant le secteur peut contribuer à sensibiliser les joueurs de l'industrie aux règles de concurrence. Nous faisons référence à cet égard à l'analyse publiée en 2010 par l'autorité de concurrence du Royaume-Uni, suite à l'importante enquête menée sur les pratiques endémiques de truquage d'offres dans l'industrie britannique de la construction, qui avait conclu que l'ampleur des moyens déployés par les autorités dans cette affaire, la couverture médiatique qui l'avait accompagnée et l'importance des sanctions prononcées, avaient renforcé la perception du caractère illicite des offres de couverture et avait influencé le comportement commercial des joueurs de l'industrie⁴³⁶. De même, une étude préparée pour le compte de l'autorité néerlandaise de concurrence en 2008 a révélé que sa vaste enquête de près de 6 ans sur l'industrie de la construction⁴³⁷ avait permis de changer les mentalités au sein du secteur. L'autorité néerlandaise admettait cependant du même coup que son travail n'était pas terminé, puisque près d'un quart des entrepreneurs sondés estimaient que certains de leurs concurrents ne respectaient toujours pas les règles⁴³⁸.

Bien qu'il ne porte pas spécifiquement sur l'application des règles de concurrence à l'industrie de la construction, un rapport relativement récent (de 2008) préparé pour le compte de la Direction générale de la vérification et de l'évaluation d'Industrie Canada

⁴³⁶ Voir *Rapport OFT*, *supra* note 254, en particulier aux pp. 72 et 73.

⁴³⁷ Discutée au point 1.6.E, *supra*.

⁴³⁸ Voir le Communiqué de presse du 5 septembre 2008, «Positive changes in Dutch construction industry, but NMa remains vigilant», disponible au <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6215/Positive-changes-in-Dutch-construction-industry-but-NMa-remains-vigilant/>. L'étude en question, qui n'existe qu'en néerlandais, est disponible au https://www.acm.nl/download/documenten/nma/NMa_rapport_Cultuuromslag_in_de_Bouw.pdf.

mérite d'être signalé⁴³⁹. Cette étude avait comme objectif d'évaluer les initiatives et les activités mises en œuvre par le Bureau de la concurrence dans l'ensemble du pays pour lutter contre le truquage d'offres, afin d'identifier les aspects qui gagneraient à être améliorés. De manière intéressante, les auteurs du rapport ont notamment mentionné l'existence d'un certain désaccord (qu'on pourrait qualifier de plutôt fondamental) quant à l'ampleur des problèmes de truquage d'offres au pays. Les auteurs ont rapporté que, selon les représentants du Bureau rencontrés, le truquage d'offres était un problème très important, systémique dans certains secteurs, comme celui de la construction, qu'il était courant tant au niveau local, régional que national, mais que son taux de détection était bas. En revanche, la plupart des donneurs d'ouvrages et des spécialistes du domaine des approvisionnements qui avaient été interrogés étaient plutôt d'avis que le truquage d'offres était un problème peu fréquent auquel ils n'étaient que rarement, voire jamais, confrontés⁴⁴⁰. Selon les auteurs, les défenseurs de la thèse voulant que le truquage d'offres était un phénomène isolé se fondaient sur le rapport entre le faible nombre de cas de truquage d'offres dont avait été saisi le Bureau et le nombre total de transactions sur le marché des approvisionnements. Pour les partisans de la thèse inverse, le nombre de cas détectés par le Bureau ne donnait pas, au contraire, une idée juste de l'envergure du problème, mais témoignait plutôt d'un problème de détection. Au final, les auteurs ont affirmé qu'il n'était pas possible de déterminer l'ampleur du problème de truquage d'offres au Canada et d'établir un rapport entre le nombre de cas détectés et l'ampleur réelle du phénomène⁴⁴¹. Dans ses conclusions finales⁴⁴², l'étude soutient que le Bureau a réalisé des progrès en matière de lutte contre le truquage d'offres, mais recommande d'apporter certaines améliorations, et notamment de mieux cibler les secteurs susceptibles de donner lieu au truquage d'offres, de mieux cibler le message de sensibilisation auprès des victimes potentielles, et de s'assurer que les bureaux régionaux du Bureau, perçus comme les mieux placés pour se rapprocher des donneurs d'ouvrages⁴⁴³, disposent des ressources et compétences nécessaires pour mener à bien leurs activités de sensibilisation et d'application. Quelques mois plus tard, le Bureau a annoncé qu'il avait donné suite à ces recommandations⁴⁴⁴.

Sur le plan international, un rapport de l'OCDE publié en 2002 mentionne que le taux de détection des cartels aux États-Unis entre les années 1961 et 1988 se situait entre 13%

⁴³⁹ Industrie Canada, «Évaluation à mi-parcours des activités de lutte contre le truquage d'offres du Bureau de la concurrence - RAPPORT FINAL», 25 avril 2008, disponible au <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ae-ve.nsf/fra/02857.html>.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 29.

⁴⁴¹ *Ibid.*, à la p. 30.

⁴⁴² *Ibid.*, à la p. 78.

⁴⁴³ *Ibid.*, à la p. 54.

⁴⁴⁴ Voir «Réponse de la direction», disponible au <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ae-ve.nsf/fra/02857.html>; voir également «Rapport annuel du commissaire de la concurrence pour l'exercice se terminant le 31 mars 2009», au par. 3.2, disponible au http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03376.html#s3_2.

et 17% et que ce taux s'est vraisemblablement amélioré suite au développement du programme de clémence⁴⁴⁵. L'OCDE ajoute que les taux de détection pour certains autres pays sont probablement plus bas⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ OCDE, «Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws», 9 avril 2002, à la p. 13, disponible au <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>.

⁴⁴⁶ *Id.*

3. Question #3

Le cas échéant, traiter des principaux débats ou discussions ayant cours dans ces juridictions, dans le but de renforcer ou d'amender ces règles.

Tel que discuté précédemment, il existe sur le plan international un mouvement important, principalement sous l'impulsion des États-Unis, pour l'introduction de peines de nature criminelle, en particulier contre les individus, afin d'accroître l'effet dissuasif des sanctions en matière de concurrence. Dans les quinze dernières années, l'Allemagne et la France ont ainsi modifié leurs lois, et appliquent un régime parallèle de sanctions (civil contre les compagnies, criminel contre les individus) particulièrement en matière de truquage d'offres. L'Australie et le Royaume-Uni ont fait de même beaucoup plus récemment. Jusqu'à présent, les volets criminels de ces régimes connaissent certains ratés, parfois en raison d'un manque de coordination entre les autorités responsables de l'application des volets civil et criminel des régimes (France et Allemagne⁴⁴⁷), parfois en raison de la lourdeur du fardeau de preuve imposé aux autorités en matière criminelle (Royaume-Uni⁴⁴⁸). L'expérience australienne en matière criminelle est trop récente pour être évaluée. Pour leur part, les régimes américains et canadiens relatifs aux cartels sont de nature exclusivement criminelle depuis fort longtemps. Ces deux juridictions comptent parmi un nombre très restreint de pays dans le monde qui prévoient des sanctions criminelles en matière de concurrence⁴⁴⁹. Au meilleur de notre connaissance, il n'existe pas à l'heure actuelle de discussions sérieuses ou de propositions de réforme en vue de changer davantage la nature des règles en vigueur dans chacune des juridictions étudiées.

En ce qui concerne la sévérité des sanctions imposées, la plupart des juridictions procèdent régulièrement à un rehaussement des plafonds statutaires des peines prévues. Ce fut le cas récemment en Australie et au Canada. À notre connaissance, aucune autre juridiction (parmi celles que nous avons examinées) ne projette de modifier ses règles à cet égard dans un proche avenir.

L'un des volets des régimes de concurrence qui pourrait connaître certains changements est celui des recours privés. Comme nous l'avons vu, ceux-ci sont généralement perçus comme un complément très important aux recours des autorités

⁴⁴⁷ Voir à cet égard la récente initiative du Bundeskartellamt, discutée à la page 58, *supra*, pour intensifier sa coopération avec les représentants du Ministère public, afin d'adopter des actions plus ciblées et une approche institutionnelle plus rigoureuse à l'endroit des pratiques de truquage d'offres.

⁴⁴⁸ Voir à cet égard la réforme récente du droit britannique en matière de cartel, discutée à la page 71, *supra*, visant à supprimer l'exigence pour les autorités de faire la preuve que les participants à un cartel ont agi «malhonnêtement».

⁴⁴⁹ Avec, au meilleur de notre connaissance, l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Australie, l'Irlande, la Norvège, la Slovaquie, le Japon, la Corée et le Mexique.

publiques, particulièrement en période de restrictions budgétaires, pour renforcer le respect des règles de concurrence par les entreprises. Les régimes canadien et américain relatifs aux recours privés en dommages-intérêts sont bien implantés depuis plusieurs années et ne devraient pas connaître de changements importants. L'Europe, par contre, accuse un retard significatif à cet égard, et une nouvelle directive ayant pour but d'harmoniser les règles nationales des états membres en ce domaine et d'augmenter l'efficacité et la fréquence des recours privés en dommages en Europe, entrera en vigueur sous peu⁴⁵⁰.

Au delà des règles et des sanctions juridiques en tant que tel, il existe par ailleurs quelques forums internationaux au sein desquels les autorités publiques sont appelées à échanger leurs idées et expériences propres, dans le but d'élaborer des pratiques optimales de lutte contre les phénomènes de soumissions concertées. C'est le cas notamment de l'OCDE et de l'ICN⁴⁵¹ («*International Competition Network*»).

L'OCDE par exemple a tenu au cours des dernières années de nombreuses tables-rondes sur la question du truquage d'offres⁴⁵². En 2009, cet organisme publiait des «Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics»⁴⁵³. Ce document propose de nombreux outils et paramètres pour aider les autorités publiques à élaborer une procédure de passation de marchés qui minimise les risques de corruption et de collusion entre les soumissionnaires participants. Il fournit également, à la manière de plusieurs documents de sensibilisation élaborés par les autorités de concurrence dont nous avons déjà parlé, une liste d'indices et de signaux d'alertes pouvant aider les donneurs publics d'ouvrages à mieux détecter les comportements anticoncurrentiels qui pourraient affecter les appels d'offres dont ils sont responsables. Selon l'OCDE, ces donneurs d'ouvrages sont les premiers gardiens de l'intégrité du système. Il est donc primordial qu'ils soient responsables et sensibilisés aux problèmes de truquage d'offres et que des canaux de communication et de coopération entre eux et les autorités de concurrence soient bien tracés. Les violations des règles de concurrence pourront ainsi être mieux détectées et punies.

Dans ses nombreux documents de discussion, l'OCDE propose également diverses autres méthodes permettant de préserver et d'améliorer l'intégrité du processus de passation des marchés publics, dont plusieurs soulèvent des enjeux ou thématiques qui dépassent le cadre de notre mandat. On peut mentionner par exemple:

⁴⁵⁰ Voir notre discussion à cet égard, *supra*, à la page 31.

⁴⁵¹ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>. Il s'agit d'un réseau d'échanges et de discussions dont sont membres plus d'une centaine d'agences nationales de concurrence.

⁴⁵² Voir OCDE - *Key Findings on Competition and Procurement*, *supra* note 2; OCDE - *Collusion and Corruption*, *supra* note 4; OCDE, «Competition in the Construction Industry», décembre 2008, disponible au <http://www.oecd.org/competition/cartels/41765075.pdf>; OCDE, «Public Procurement - The Role of Competition Authorities in Promoting Competition», janvier 2008, disponible au <http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>.

⁴⁵³ *Lignes directrices de l'OCDE*, *supra* note 3.

- L'ouverture des marchés à la concurrence étrangère, qui accroît le nombre de soumissionnaires participant aux appels d'offres et peu avoir un effet déstabilisateur sur les cartels en place⁴⁵⁴;
- Le recours par l'autorité publique chargée d'adjuger le marché à une procédure d'attestation d'absence de collusion, qui exige des soumissionnaires qu'ils certifient avoir établi le prix de leur offre en toute indépendance par rapport aux autres candidats. Ces attestations non seulement servent à rappeler aux participants la teneur de la législation existante, mais elles les engagent aussi à certifier qu'ils se sont conformés aux règles; elles peuvent dans certains cas faciliter la poursuite des entreprises fautives en cas de concertation⁴⁵⁵;
- L'audit des procédures de passation des marchés publics, qui peut être mené en interne par un service distinct de l'organisme public concerné, ou à l'extérieur, par une entité publique indépendante ayant des compétences d'audit spécifiques⁴⁵⁶.

Au niveau de l'organisation interne des agences de concurrence, d'autres mesures sont parfois adoptées pour augmenter l'efficacité de leurs activités de surveillance d'un secteur donné. C'est le cas par exemple en Suisse où, selon certaines sources, l'autorité suisse de concurrence aurait récemment mis sur pied une nouvelle division chargée de surveiller exclusivement les entreprises du domaine de la construction⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ OCDE - *Collusion and Corruption*, *supra* note 4, à la p. 19.

⁴⁵⁵ *Id.*; le Bureau de la concurrence recommande également l'utilisation de telles attestations. Voir <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00599.html>. Voir également notre discussion en droit australien sur ce point à la note 347 *supra*.

⁴⁵⁶ *Id.*, Certains de ces audits peuvent être faits de manière électronique par le biais de logiciels qui permettent d'analyser de manière quantitative les résultats des appels d'offres. L'exemple le plus fréquemment mentionné à cet égard est celui de la Corée qui a récemment élaboré un «bid rigging indicator analysis system» (le «BRIAS»). Depuis le 1 janvier 2009, toutes les autorités publiques qui concluent des appels d'offre sont tenues de fournir aux autorités coréennes de la concurrence un certain nombre de données concernant leurs appels d'offres. Ces données sont ensuite analysées électroniquement par le BRIAS qui détermine ensuite les probabilités de truquage pour un appel d'offres donné en tenant compte d'une série d'indicateurs tels que le nombre de soumissionnaires et les écarts de prix. Voir OCDE - *Key Findings on Competition and Procurement*, *supra* note 2, à la p. 22.

⁴⁵⁷ Global Competition Review, «Switzerland targets construction cartel», 2 novembre 2012, au <http://www.globalcompetitionreview.com>.

4. Question #4

Décrire et expliquer les différences pouvant exister entre les règles et sanctions applicables dans ces juridictions et celles en vigueur au Canada.

L'attribut principal des règles canadiennes de concurrence en matière de cartels, c'est leur caractère exclusivement criminel. Le Canada est en cela identique aux États-Unis et différent de toutes les autres juridictions étudiées (leurs régimes sont soit exclusivement civils ou combinent des règles de nature civile et criminelle).

- *sévérité des sanctions*

Le caractère criminel des règles canadiennes porte d'abord à conséquence en matière de sanctions. Les compagnies qui violent la *Loi sur la concurrence* sont passibles d'amendes et doivent faire face à l'opprobre d'avoir commis un acte criminel; les individus sont passibles d'amendes et de peines d'emprisonnement et de traîner un dossier criminel. Les règles canadiennes ont en ce sens un effet dissuasif non négligeable, qui place le Canada dans le peloton de tête des juridictions s'inscrivant dans le courant international de criminalisation des infractions de concurrence.

Le niveau des amendes est comparable à ce qui est imposé ailleurs. Les amendes sont calculées sur la même base (à savoir un pourcentage d'environ 20% du montant des ventes affectées par le complot). Cela étant dit, puisque les juges canadiens n'appliquent pas de *Sentencing Guidelines* comme aux États-Unis, ou que les autorités ne peuvent se baser sur des lignes directrices très précises comme c'est le cas en Europe, la détermination du montant de l'amende au Canada procède de manière moins systématique qu'ailleurs et la prise en compte des facteurs aggravants et atténuants ne se fait pas de manière aussi explicite. Il en résulte un niveau d'amende qui est probablement inférieur à ce qui existe aux États-Unis et certainement dans l'Union européenne. Il serait cependant faux de prétendre que les amendes canadiennes sont basses ou que notre juridiction ne suit pas la pratique internationale.

Comparé aux États-Unis, les peines d'emprisonnement sont certainement moins sévères. Cependant, la pratique d'imposer de telles peines existe depuis moins longtemps qu'au sud de la frontière et la tendance est certainement à l'augmentation de la durée des peines de prison. Cette tendance est d'ailleurs possiblement appelée à se cristalliser avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* dont l'effet pratique est de retirer au juge la faculté de prononcer une peine de prison conditionnelle en matière de cartel. À tout événement, les peines de prison prononcées ici sont plus sévères que dans toutes les autres juridictions européennes (telles que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni) qui ont introduit récemment des sanctions criminelles pour punir les individus qui participent à des ententes injustifiables.

La situation est comparable en ce qui concerne l'importance des recours civils en dommages intentés par les victimes. Ces recours sont beaucoup moins fréquents qu'aux États-Unis (qui permettent aux victimes de recouvrer le triple du dommage qu'elles ont subi), mais beaucoup plus répandus qu'en Europe, où la «culture du litige» est moins implantée.

- portée de l'interdiction

La portée des interdictions édictées par les règles canadiennes est comparable à celle des autres juridictions. Les notions d'ententes pour fixer les prix ou pour partager des marchés sont définies et interprétées de la même manière. De plus, depuis l'entrée en vigueur des amendements de 2009 à la *Loi sur la concurrence*, les autorités canadiennes n'ont plus besoin de faire la preuve du caractère «indu» de la restriction de concurrence provoquée par ce type d'entente. Le Canada a donc rejoint le groupe de pays qui frappent les «ententes injustifiables» d'une interdiction «*per se*». En outre, bien que le Canada soit l'une des rares juridictions qui interdisent le truquage d'offres au moyen d'une disposition spécifique, cette particularité n'accorde en pratique aucun avantage au modèle canadien: par le biais de leur jurisprudence ou de leur pratique décisionnelle, les autres juridictions interdisent également les soumissions concertées. En fait, on pourrait peut-être prétendre que l'existence d'une disposition spécifique nuit à l'efficacité du régime puisque, s'agissant d'une infraction criminelle, son libellé est interprété de manière restrictive, ce qui en réduit quelque peu la portée⁴⁵⁸.

La seule différence d'importance, qui découle sans doute du caractère criminel de nos règles, c'est que l'interdiction canadienne (comme c'est le cas aux États-Unis) ne vise que les véritables «ententes» et ne s'étend pas à la notion moins restrictive de «pratique concertée» qu'emploient les juridictions européennes à caractère civil. Le filet de l'interdiction européenne est donc, en théorie du moins, plus large.

- procédure

La procédure est aussi largement influencée par le caractère criminel de l'interdiction. Le modèle canadien établit une distinction nette entre l'autorité qui poursuit et celle qui sanctionne. Ces deux rôles sont fusionnés en Europe en matières civiles. Les autorités européennes (de la France, de l'Allemagne, du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de l'Union européenne) n'ont donc pas à convaincre un tribunal d'imposer des sanctions. Il est difficile d'échapper à la conclusion que cette situation procure aux autorités européennes un certain levier dont ne profitent pas les autorités canadiennes (et américaines). De plus, puisque le régime des poursuites au Canada est de nature criminelle, les garanties procédurales des personnes incriminées sont plus importantes. On le constate par exemple en matière de saisies: les régimes communautaires, français et anglais accordent à leurs autorités de concurrence le pouvoir de

⁴⁵⁸ Voir notamment à cet égard notre discussion de l'interprétation restrictive donnée par une certaine jurisprudence à la notion d'«appel d'offres», *supra*, à la page 93.

perquisitionner les locaux des entreprises sous enquête sans l'autorisation préalable d'un juge, ce qui n'est pas le cas au Canada. La nature criminelle de notre droit a aussi un impact sur toute la question de l'imputabilité du geste anti-concurrentiel d'une filiale dans le chef de sa société-mère. Les droits canadiens et américains sont à cet égard beaucoup plus restrictifs.

La procédure canadienne se distingue par ailleurs du régime américain (qui est pourtant de nature criminelle également) en ce que notre régime établit une distinction additionnelle très nette entre l'autorité qui enquête (le Bureau) et celle qui poursuit (le DPP). Aux États-Unis, le DOJ remplit ces deux fonctions. La procédure canadienne à cet égard se rapproche donc de celles que connaissent l'Australie ainsi que quelques juridictions européennes (dont la France et l'Allemagne) dont le régime comporte un volet criminel. Contrairement à ces deux derniers pays toutefois, l'articulation des pouvoirs d'enquêtes et de poursuites au Canada est bien rodée et ne produit pas les irritants parfois rencontrés dans ces pays. On le constate notamment en matière d'application du programme de clémence.

L'autre conséquence importante du caractère criminel de nos règles de concurrence, c'est la nature du fardeau de preuve. Pour réussir à sanctionner les entreprises et individus pour violation des règles de concurrence, les autorités canadiennes ont la charge d'établir l'infraction «hors de tout doute raisonnable». Les autorités de concurrence qui appliquent un régime civil, notamment en Europe, ne sont pas tenues à un fardeau aussi lourd. Bien qu'il soit très difficile de déterminer dans quelle mesure ce fardeau plus important a comme conséquence pratique de laisser passer entre les mailles du filet certains agissements anticoncurrentiels qui pourraient être interdits en Europe, il est tentant de conclure que les régimes civils de concurrence, surtout lorsqu'ils n'imposent pas de surcroît la preuve d'une véritable entente, allègent quelque peu la tâche de leurs autorités de surveillance. C'est probablement la rançon à payer pour être en mesure d'imposer des sanctions criminelles.

5. Question #5

Pour les pays ou juridictions qui ont une structure fédérale, analyser comment co-existent ou se complètent les régimes de droit de la concurrence propres à chacun des ordres de gouvernement ayant compétence au sein de la fédération concernée, particulièrement en ce qui concerne la lutte à la collusion dans le domaine de la construction.

5.1. États-Unis

Aux États-Unis, la compétence de légiférer en matière de concurrence appartient aux deux paliers de gouvernement. Il existe donc un droit fédéral des cartels (basé sur le *Sherman Act*), ainsi que de nombreuses lois de même nature votées par les États (les «*State Antitrust Statutes*»). Comme c'est le cas au fédéral, la presque totalité des régimes étatiques interdisent les ententes anticoncurrentielles par voie de sanctions criminelles⁴⁵⁹. Le droit fédéral des cartels s'applique aux ententes qui ont un impact sur le commerce inter-étatique, et est appliqué par le DOJ américain. Les lois des États interdisant les cartels s'appliquent aux ententes dont l'impact est limité à un seul État, et sont appliquées par le département de la justice de l'État concerné.

Cela étant dit, compte tenu notamment de l'interprétation large donnée par les tribunaux au concept de «commerce inter-étatique», il est assez rare que le droit fédéral ne puisse pas s'appliquer à une entente donnée⁴⁶⁰. Le poids relatif des *State Antitrust Statutes* dans le corpus juridique des règles américaines de concurrence est donc en pratique relativement faible. De manière générale, les dispositions criminelles des *State Antitrust Statutes* ne sont pas largement appliquées, et les sanctions prévues sont normalement moins sévères qu'en vertu des dispositions fédérales équivalentes⁴⁶¹.

5.2 Union Européenne

Dans l'Union européenne, le droit de la concurrence est un champ de compétence partagé: chaque État membre demeure compétent pour adopter ses propres règles nationales en matière de concurrence, et l'Union européenne est compétente pour

⁴⁵⁹ L'examen des différents régimes de concurrence des États américains excède le cadre de notre mandat.

⁴⁶⁰ P. Areeda et H. Hovenkamp, «Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application», Aspen Publ., Vol. 1 (3rd) 2006, à la p. 338 et Vol. 1B (3rd) 2006, à la p.228).

⁴⁶¹ Jonathan Jacobson, «Antitrust Law Developments (sixth)», American Bar Association, 2007, à la p. 795.

adopter des règles de concurrence applicables à l'ensemble du territoire de l'Union. Le droit communautaire de la concurrence est donc un droit supranational qui s'applique en parallèle avec les différents régimes nationaux de concurrence de chacun des États membres.

La clé de voute du fondement juridictionnel du droit européen est le critère de l'«affectation du commerce entre États membres». Les règles communautaires ne s'appliquent que si l'entente anticoncurrentielle examinée est susceptible d'affecter le commerce inter-étatique, directement ou indirectement, de manière sensible⁴⁶². Si l'entente examinée n'est pas susceptible d'affecter les échanges au-delà des frontières d'un pays donné, seules les règles nationales de l'État membre concerné s'appliquent à l'entente.

Pendant plusieurs années, la Commission européenne détenait un monopole dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elle seule pouvait appliquer les dispositions de l'article 101 (TFUE) à une entente donnée, et elle seule pouvait sanctionner les entreprises pour violation de cet article. Depuis 2004 cependant, la compétence d'application des règles communautaires fait l'objet d'un régime fortement décentralisé. En vertu de ce régime, les ententes anticoncurrentielles qui affectent les échanges entre les membres peuvent non seulement être examinées et sanctionnées par la Commission, mais également par les autorités nationales de concurrence. Ces autorités sont en fait tenues d'appliquer l'article 101 (TFUE) à de telles ententes⁴⁶³. Une telle décentralisation est fondée sur le principe que la proximité géographique est un facteur important dans l'efficacité des mesures de lutte contre les cartels⁴⁶⁴.

Pour garantir la bonne marche du régime et assurer une application cohérente et uniforme du droit communautaire, certaines règles et lignes directrices au niveau de la distribution des rôles de chacun ont dû évidemment être adoptées. Celles-ci sont notamment contenues dans le Règlement No 1/2003 du Conseil sur la mise en oeuvre des règles communautaires de concurrence⁴⁶⁵ et dans la «Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de

⁴⁶² Pour en savoir davantage sur la définition et la portée de ce critère, voir notamment la communication de la Commission, «Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité», JO 2004, C 101/81.

⁴⁶³ Article 3(1) du *Règlement No 1/2003*, précité note 65. En fait, les autorités nationales peuvent continuer d'appliquer leur droit national aux ententes susceptible d'affecter le commerce entre États membres, mais elles doivent aussi dans un tel cas appliquer simultanément le droit communautaire. L'application du droit national joue ici un rôle purement formel. Par ailleurs, chaque autorité nationale de concurrence demeure bien entendu exclusivement compétente pour appliquer ses propres règles de droit national aux ententes qui n'ont pas d'impact sur le commerce à l'extérieur de leur territoire.

⁴⁶⁴ Voir notamment le Considérant 6 du *Règlement No 1/2003* précité.

⁴⁶⁵ Précité note 65.

concurrence»⁴⁶⁶. Le Règlement met notamment en place un réseau d'autorités de la concurrence, le «REC⁴⁶⁷», qui comprend la Commission et les autorités de concurrence des États membres. Le bon fonctionnement du réseau repose sur une coopération verticale entre la Commission et les autorités, mais également horizontale entre les autorités nationales. A cette fin, des mécanismes d'échanges d'informations, d'assistance mutuelle et d'attribution des affaires sont mis en place.

Au niveau de l'attribution des dossiers, la Communication pose comme principe que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire⁴⁶⁸. La réattribution d'une affaire n'est envisagée qu'au commencement de la procédure, si cette autorité estime qu'elle n'est pas bien placée pour agir ou si d'autres autorités s'estiment aussi bien placées. De manière générale, une autorité nationale est jugée «bien placée» si l'entente a des effets directs substantiels sur son territoire, y est mis en œuvre ou y trouve son origine ; et si l'autorité peut faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction⁴⁶⁹. L'intervention parallèle de plusieurs autorités est également possible si la concurrence est affectée sur le territoire de plusieurs États membres, et si les autorités ne peuvent, isolément, faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner⁴⁷⁰. Un chef de file peut alors être désigné et se voir déléguer certaines tâches (telle la coordination des mesures d'enquêtes)⁴⁷¹. À cette fin, le Règlement confère aux autorités nationales la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. L'article 22 du Règlement offre par exemple la possibilité pour une autorité nationale d'effectuer sur son territoire des enquêtes et inspections pour le compte de l'autorité d'un autre État membre.

Le régime consacre par ailleurs le principe de l'autonomie procédurale des États membres dans l'application des règles communautaires de concurrence. Ainsi, lorsqu'elles appliquent l'article 101 TFUE à une entente donnée, les autorités nationales sont autorisées à appliquer leurs propres règles de procédure et à infliger les sanctions prévues par leur droit national⁴⁷².

Cele étant dit, pour assurer un minimum de cohésion, le régime confère tout de même à la juridiction communautaire un rôle prépondérant. Au niveau de l'attribution des dossiers, par exemple, la Communication précise que c'est la Commission qui doit être

⁴⁶⁶ JO 2004 C 101/43.

⁴⁶⁷ Pour «Réseau européen de la concurrence».

⁴⁶⁸ Article 5 de la Communication.

⁴⁶⁹ Article 8 de la Communication.

⁴⁷⁰ Article 12 de la Communication.

⁴⁷¹ Article 13 de la Communication.

⁴⁷² Article 5 du *Règlement No 1/2003*. Ce qui inclut l'application de leurs propres lignes directrices en matière de calcul d'amendes ou de clémence.

considérée comme «bien placée» si l'entente examinée produit des effets dans plus de trois États membres, ou si l'intérêt de la Communauté exige l'adoption d'une décision par la Commission pour développer la politique communautaire de la concurrence en cas de problème nouveau⁴⁷³. Le Règlement prévoit également que si la Commission décide d'ouvrir une procédure à l'endroit d'un cartel faisant déjà l'objet d'une enquête par une autorité nationale, cette dernière perd toute compétence pour poursuivre sa propre procédure⁴⁷⁴. Le Règlement oblige également les autorités nationales à informer la Commission au préalable de leur intention d'adopter une décision constatant qu'une entente donnée est contraire à l'article 101⁴⁷⁵. Ce mécanisme de consultation obligatoire confère donc à la Commission un rôle de pilotage du réseau.

Au niveau des règles de fond, enfin, le nouveau régime consacre un principe de convergence important entre le droit communautaire et les règles nationales: il prévoit que le droit national ne peut entraîner l'interdiction d'une entente qui serait par ailleurs autorisée en droit communautaire⁴⁷⁶. Ce principe ne s'applique pas en matière de sanctions pour personnes physiques⁴⁷⁷. Les États membres demeurent donc libres de prévoir l'imposition de sanctions pénales contre des individus lorsque ces derniers ont contrevenu à une règle de concurrence nationale.

Ce nouveau régime existe depuis près de 10 ans et semble maintenant bien rodé. Il a notamment donné lieu à une importante harmonisation des règles de concurrence nationales et communautaire, comme c'est le cas par exemple en matière de «pratiques concertées», de calcul des amendes, ou d'octroi de la clémence⁴⁷⁸. On constate par ailleurs que la Commission n'a jamais utilisé le pouvoir (qui lui est reconnu par l'article 11(6) du Règlement) d'épuiser la compétence d'un État membre pour enquêter sur un cartel, en ouvrant elle-même sa propre procédure dans la même affaire; ce qui suggère l'existence d'un certain lien de confiance entre la Commission et

⁴⁷³ Articles 14 et 15 de la Communication. La jurisprudence a par ailleurs précisé que les règles d'attribution des dossiers édictées par la Communication ne sont pas contraignantes et ne créent en particulier aucun droit dans le chef des entreprises de voir leur dossier traité par une autorité plutôt qu'une autre. Voir notamment la décision du Tribunal dans l'affaire Thyssen, *supra* note 82, aux par. 71-88: «[...] il ressort des dispositions du règlement n° 1/2003 que la Commission garde un rôle prépondérant dans la recherche et la constatation d'infractions aux règles de la concurrence de l'Union, qui n'est pas affecté par la compétence parallèle dont disposent les autorités nationales de concurrence en vertu dudit règlement».

⁴⁷⁴ Article 11(6) du *Règlement No 1/2003*.

⁴⁷⁵ Article 11(4) du *Règlement No 1/2003*.

⁴⁷⁶ Article 3(2) du *Règlement No 1/2003*.

⁴⁷⁷ Voir à cet égard le Considérant 8 du *Règlement No 1/2003*.

⁴⁷⁸ Le REC a par exemple récemment publié un programme modèle en matière de clémence, auquel les autorités nationales de concurrence peuvent se référer pour harmoniser leur propre programme. Voir «ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME (As revised in November 2012)», disponible au http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

les autorités nationales dans l'exercice de leur nouveau rôle de gardiens des règles communautaires. La Commission peut ainsi concentrer ses énergies sur l'examen de cartels à portée plus internationale.

5.3 ALLEMAGNE

La loi allemande contre les restrictions de concurrence, la *GWB*, est une loi fédérale. Tel que mentionné auparavant, elle est appliquée principalement par le *Bundeskartellamt* (l'Office fédéral des cartels).

Chaque *Land* allemand («état fédéré») est cependant doté de sa propre agence en matière de concurrence (telle que la *Bayerische Landeskartellbehörde* - L'Autorité bavaroise de la concurrence), qui relève généralement du Ministère de l'économie du *Land* concerné. Ces agences sont en principe également compétentes pour appliquer les dispositions de la *GWB*. L'Office fédéral et les agences des *Länder* appliquent donc les mêmes dispositions de fond (i.e. la *GWB*). De manière générale, c'est l'Office fédéral qui est compétent lorsque l'entente anticoncurrentielle a un impact dans plus d'un *Land*; en revanche, lorsque l'impact négatif se confine au territoire d'un seul *Land*, c'est l'agence du *Land* en question qui est compétente pour appliquer la loi fédérale⁴⁷⁹. L'Allemagne connaît donc un véritable régime de coopération dans l'application des dispositions fédérales interdisant les ententes anticoncurrentielles, entre l'agence fédérale et les agences des états fédérés.

Pour assurer la cohérence du régime, la *GWB* impose aux agences de coordonner leurs actions. Les agences doivent par exemple s'informer mutuellement des enquêtes qu'elles mènent⁴⁸⁰. La loi permet aussi à l'autorité d'un *Land* de référer un dossier qui tombe sous sa juridiction à l'autorité fédérale⁴⁸¹, et au *Bundeskartellamt* de référer l'un de ses dossiers à l'autorité d'un *Land* à la condition que les autorités des autres *Länder* acceptent⁴⁸². Contrairement à la situation en droit communautaire par contre, la *GWB* n'accorde pas en matière de cartels de statut hiérarchique supérieur à l'Office fédéral par rapport aux agences des états. Les agences des *Länder* n'ont pas l'obligation de consulter l'Office fédéral avant de prendre une décision qui ne concerne que leur propre territoire, et l'Office fédéral ne peut épuiser l'agence d'un *Land* de sa compétence, en

⁴⁷⁹ Article 48(2) *GWB*.

⁴⁸⁰ Article 49(1) *GWB*.

⁴⁸¹ Article 49(3) *GWB*.

⁴⁸² Article 49(4) *GWB*.

ouvrant elle-même un dossier⁴⁸³. Les décisions de toutes ces autorités font par ailleurs l'objet d'un contrôle juridictionnel commun, celui des tribunaux fédéraux.

Dans la pratique cependant, le rôle des agences des Länder dans l'application des règles de la GWB semble limité⁴⁸⁴.

5.4 AUSTRALIE

La loi australienne qui interdit les ententes anticoncurrentielles, la CCA, a d'un point de vue constitutionnel un caractère hybride: elle regroupe en fait des dispositions adoptées à la fois par l'état fédéral (le «*Commonwealth*») et par les états fédérés. En effet, compte tenu du régime de partage des compétences entre le pouvoir central et celui des états fédérés en Australie, les règles australiennes en matière de cartels n'auraient pas pu s'appliquer à l'ensemble des personnes physiques et morales faisant affaires au pays, si seul le parlement fédéral les avait adoptées. Pour combler ces lacunes, les états fédérés, réunis au sein du *Council of Australian Governments*, ont donc accepté en 1995 d'adopter dans chacun de leur parlement des dispositions-miroirs reprenant mot-à-mot le libellé des dispositions fédérales et annexées au texte de loi fédéral. La portée du régime, désigné sous le nom de «*National Competition Policy*» est ainsi universelle⁴⁸⁵.

Sur le plan de l'application cependant, le régime est centralisé, les états fédérés ayant en quelque sorte confié la compétence d'en assurer le respect en exclusivité à l'ACCC, une agence fédérale⁴⁸⁶. Les gouvernements des états fédérés et l'ACCC coopèrent régulièrement en matière d'échanges d'information et d'assistance de l'ACCC pour tout ce qui concerne de possibles activités illicites pouvant affecter les organismes publics des états fédérés, notamment en ce qui concerne le truquage d'offres⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Voir Ulf Böge, «The Bundeskartellamt and the Competition Authorities of the German Länder», in Claus Dieter Elermann et Isabela Atanasiu éd., «European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities», The Robert Schuman Center at the European University Institute, Hart Publishing, 2002, à la p. 113.

⁴⁸⁴ *Cartel Regulation 2012*, *supra* note 187, à la p. 103.

⁴⁸⁵ Sur cette question, voir le «Guide to National Competition Policy», disponible notamment au <http://www.dtf.vic.gov.au/Publications/Victoria-Economy-publications/Guide-to-National-Competition-Policy>.

⁴⁸⁶ Et au DPP pour ce qui est des procédures judiciaires en matières criminelles.

⁴⁸⁷ Voir par exemple http://www.dpc.sa.gov.au/sites/default/files/pubimages/documents/Premiers-Direction_PSA.pdf.

5.5 CANADA

Au Canada, la lutte contre les cartels ne fait pas formellement l'objet de coopération entre le fédéral et les provinces⁴⁸⁸. La *Loi sur la concurrence* est une loi fédérale et elle est appliquée exclusivement par le Bureau de la concurrence, une agence fédérale⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Les organismes publics fédéral et provinciaux peuvent bien entendu collaborer sur une base *ad hoc* dans l'exercice de leurs compétences respectives, comme c'est le cas par l'exemple de la collaboration entre le Bureau de la concurrence et l'«escouade Marteau».

⁴⁸⁹ Et par le procureur général du Canada en ce qui concerne le dépôt d'actes d'accusation en matières criminelles.