



Bureau de la concurrence
Canada

Competition Bureau
Canada

EXAMEN DU PROGRAMME D'IMMUNITÉ DOCUMENT DE CONSULTATION

ERRATUM

BUREAU DE LA CONCURRENCE

FÉVRIER 2006

Canada

**EXAMEN DU PROGRAMME D'IMMUNITÉ
DOCUMENT DE CONSULTATION**

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	1
II.	Objet de la consultation	3
III.	Toile de fond	4
	1. Le Programme actuel	4
	2. Le contexte international	7
IV.	Enjeux	9
	1. La confidentialité	9
	2. Les demandes verbales - le processus sans papier	15
	3. Le rôle du demandeur d'immunité dans l'infraction	19
	4. La protection des administrateurs, dirigeants et employés	22
	5. La sanction plus	25
	6. Le dédommagement	27
	7. La révocation de l'immunité	29
	8. La création d'un programme d'indulgence officiel	33
	9. L'immunité proactive	37
V.	Conclusion	39

I. INTRODUCTION

Au Canada, comme dans d'autres pays, les cartels font partie du paysage économique depuis qu'existe la concurrence. Dans les années 1990, les autorités en matière de concurrence ont commencé, dans le monde entier, à se concerter pour dépister et poursuivre un grand nombre de cartels tant internationaux que nationaux.¹ Le recours à des programmes d'immunité² dans nombre de pays s'est avéré crucial dans le succès des enquêtes et des poursuites. La coopération internationale accrue, facilitée par les traités et ententes d'entraide juridique, le partage de renseignements et la coordination des enquêtes, a elle aussi favorisé les mesures de mise en application.

Le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») a lancé officiellement son Programme d'immunité actuel³ (« le Programme ») en septembre 2000. Le Programme de 2000 est une version révisée et élargie du Programme relatif aux parties coopérant avec le Bureau, en vigueur depuis 1991⁴ et révisé en 1994.⁵ Pendant les cinq années qui ont suivi, il a reçu plus de trente-cinq demandes

¹ Le terme « cartel » comprend les infractions de complot (fixation des prix et partage des marchés) et de truquage des offres, au sens des articles 45 à 49 de la *Loi sur la concurrence*, *infra*, note 6.

² Les autorités étrangères en matière de concurrence emploient les termes immunité, amnistie et indulgence pour désigner des concepts semblables ou connexes. Nous entendons ici par immunité, au sens où l'expression est employée par le Bureau de la concurrence, une garantie qu'aucunes poursuites ne seront intentées contre les demandeurs d'immunité. Lorsqu'il est question de programmes d'autres organismes, nous employons la terminologie propre à chacun.

³ Bureau de la concurrence, « Bulletin d'information : Programme d'immunité en vertu de la *Loi sur la concurrence* », sept. 2000. Voir le site : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1752&lg=f>.

⁴ Bureau de la concurrence, « Notes pour une allocution prononcée par Howard I. Wetston, directeur des enquêtes et recherches, Consommation et Corporations Canada, devant l'Association des conseillers juridiques d'entreprises », Calgary (Alberta), 19 août 1991. Voir le site : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1079&lg=f>. Le programme de 1991 ne s'appliquait pas aux particuliers et aux demandes reçues après la découverte d'une infraction par le Bureau.

⁵ Bureau de la concurrence, Remarques de H. Chandler, « Passons à l'action : l'orientation stratégique de l'application du droit criminel en matière de concurrence au Canada » (Conférence *Insight and The Globe and Mail*, Questions d'actualité concernant le droit à la concurrence, Toronto (Ontario), 10 mars 1994). Voir le site : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1045&lg=f>. Le Bulletin de 2000 a éliminé certains critères d'immunité de la version de 1994, notamment que les preuves fournies par le témoin soient importantes et valables, que les antécédents du demandeur en matière de violation des règles antitrust soient un facteur important

d'immunité concernant plus de quarante produits, soit plus du double des dix années antérieures. C'est l'un des instruments les plus efficaces du Bureau pour détecter les activités criminelles interdites par la *Loi sur la concurrence*⁶ (la « Loi ») et faire enquête à leur sujet. En vertu de ce programme, l'immunité est accordée pour toutes les infractions criminelles en matière de concurrence, dont le complot, le maintien des prix, les indications fausses ou trompeuses et les pratiques commerciales déloyales. Les entreprises⁷ comme les particuliers peuvent présenter une demande en vertu du Programme pour déclarer leurs activités criminelles et être absous de leur responsabilité criminelle en vertu de la Loi.

En novembre 2003, le Bureau a publié une Foire aux questions⁸ au sujet du Programme dans son site Web pour en clarifier le mode de mise en application dans certains cas. Un nouveau document, revu et corrigé, intitulé « Réponses aux questions les plus fréquemment posées »⁹ (les « Réponses ») a été publié en octobre 2005 dans le cadre de l'examen du Programme d'immunité par la commissaire. Les Réponses sont un guide pour les demandeurs, qui explique comment les demandes d'immunité seront traitées par le Bureau.

dans la décision du Bureau de recommander l'immunité au procureur général, que le demandeur soit disposé à consentir à la publication d'une ordonnance d'interdiction en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi et que l'on tienne également compte du rôle de l'intéressé dans l'activité en question. Il garantissait également une recommandation d'immunité si tous les critères étaient remplis, alors qu'il s'agissait, selon la version de 1994, d'une décision discrétionnaire pour toutes les demandes adressées après l'ouverture d'une enquête du Bureau.

⁶ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Voir le site : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=148&lg=f>.

⁷ *Supra*, note 3. Le Programme prévoit, au paragraphe 8, que « les termes *entreprise*, *compagnie* et *société* sont employés indifféremment pour désigner des entités commerciales ».

⁸ Bureau de la concurrence, « Programme d'immunité - Réponses aux questions les plus fréquemment posées », 2003.

⁹ Bureau de la concurrence, « Programme d'immunité - Réponses aux questions les plus fréquemment posées », 17 octobre 2005. Voir le site : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1980&lg=f>.

II. OBJET DE LA CONSULTATION

Depuis cinq ans, le Bureau a acquis une expérience considérable grâce à l'utilisation du Programme dans toutes sortes de circonstances. Des questions ont été abordées concernant certains aspects du mode de fonctionnement du Programme et les moyens d'en optimiser l'efficacité. Le Bureau a également pu tirer profit de l'expérience acquise par les représentants des demandeurs d'immunité et de celle de ses homologues étrangers. Il cherche maintenant à obtenir l'avis de tous ses intervenants pour déterminer la meilleure façon de mettre en application les dispositions du Programme, les droits et obligations des demandeurs d'immunité, et autres affaires connexes. L'objectif est d'assurer la contribution optimale du Programme à la détection des infractions criminelles à la Loi, aux enquêtes, et à la poursuite des infractions criminelles à la Loi.

Un programme efficace doit offrir aux demandeurs d'immunité certitude, clarté et priorité. Comme l'explique l'OCDE, « [TRADUCTION] ... les entreprises sont plus susceptibles de prendre les devants si les conditions et les avantages probables sont clairs. Pour maximiser l'incitatif à la défection et inciter au démantèlement plus rapide des cartels, il importe non seulement que le premier à avouer obtienne la meilleure entente, mais aussi que les termes de cette entente soient aussi clairs que possible dès le départ ».¹⁰ Dans cet esprit, le Bureau tient à s'assurer que le Programme est généralement aligné sur les méthodes employées par les autorités étrangères en matière de concurrence tout en tenant compte des différences entre les systèmes juridiques. La convergence des politiques permettra aux demandeurs d'obtenir l'immunité dans plusieurs régions et facilitera la coopération et la coordination entre les autorités en matière de concurrence. Étant donné sa proximité géographique et l'intégration des marchés, cela revêt une importance particulière en ce qui concerne les États-Unis (les « É.-U. »).

Aux fins de discussion, nous avons retenu certaines questions en fonction de l'expérience du Bureau, des remarques d'avocats ayant déjà représenté des demandeurs d'immunité et de

¹⁰ OCDE, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, Comité du droit et de la politique de la concurrence, « Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels », DAFPE/CLP(2001)13, p. 2.

l'expérience d'autres autorités en matière de concurrence. Il s'agit de questions complexes qui sont susceptibles de devenir de plus en plus pertinentes pour le Programme dans un proche avenir. L'impact que la résolution de ces questions est susceptible d'avoir sur les demandeurs potentiels à l'immunité et les répercussions de ces solutions sur la mise en application des lois à l'échelle internationale sont autant de raisons de considérer qu'une consultation publique est tout particulièrement indiquée. Le Bureau souhaite obtenir des commentaires sur les sujets suivants :

1. La confidentialité.
2. Les demandes verbales - le processus sans papier.
3. Le rôle du demandeur d'immunité dans l'infraction.
4. La protection des administrateurs, dirigeants et employés.
5. Le programme de sanction plus.
6. Le dédommagement.
7. La révocation de l'immunité.
8. La création d'un programme d'indulgence officiel.
9. L'immunité proactive.

Les intervenants sont invités à aborder d'autres questions qu'ils jugent pertinentes dans le cadre de l'examen du Programme. Nous vous prions de nous adresser vos commentaires d'ici le 10 mai 2006. Vous trouverez des renseignements détaillés sur la façon de présenter vos commentaires à la fin du document. Le Bureau publiera les mémoires des intervenants dans son site Web, à moins que vous ne demandiez expressément qu'ils restent confidentiels.

III. TOILE DE FOND

A. Le Programme actuel

Dans le cadre de ses attributions en matière de mise en application de la loi, le Bureau fait enquête sur les activités criminelles interdites par la Loi. Les infractions criminelles incluent le complot (ex. : fixation des prix, partage des marchés), le truquage d'offres, le maintien des prix, les indications fausses ou trompeuses et les pratiques commerciales déloyales. Ces activités sont décrites dans les annexes 1 et 2 du Programme.¹¹ Le Bureau fait enquête sur les activités criminelles soupçonnées et, s'il y a lieu, recommande au procureur général du Canada (le

¹¹ *Supra*, note 3.

« procureur général ») d'intenter des poursuites contre les contrevenants présumés. Lorsqu'un demandeur d'immunité remplit tous les critères du Programme, le Bureau recommande au procureur général d'accorder l'immunité contre les poursuites. Quant au procureur général, il détermine, à titre indépendant, si l'immunité est le meilleur moyen de servir l'intérêt public.¹²

Les particuliers comme les entreprises sont invités à s'adresser au Bureau aussitôt qu'ils estiment avoir peut-être participé à la perpétration d'une infraction à la Loi. Le demandeur est admissible à l'immunité s'il est le premier à révéler l'infraction et si le Bureau n'était pas au courant de l'affaire ou si, étant au courant, il n'avait pas suffisamment de preuves pour recommander au procureur général d'intenter des poursuites. Le demandeur doit également satisfaire à tous les autres critères du Programme.¹³ Il doit révéler l'infraction commise : le Bureau ne recommandera pas au procureur générale d'accorder l'immunité s'il n'y a pas suffisamment de preuves qu'il y a eu infraction à la Loi.¹⁴ Il doit prendre des mesures efficaces pour mettre fin à sa participation à l'activité illégale. Il ne doit pas avoir été l'instigateur ou le dirigeant de l'activité illégale, non plus que son seul bénéficiaire au Canada. Il doit collaborer sans réserve et en temps opportun avec le Bureau pendant l'enquête et les poursuites qui s'ensuivront. Autant que possible, le demandeur prendra des mesures de dédommagement. L'immunité pourra être refusée ou révoquée si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie.

Les quatre étapes de la procédure d'octroi de l'immunité sont expliquées dans la partie E du Programme. Lorsqu'il prend contact pour la première fois avec le Bureau, le demandeur demande généralement un « signet » relativement à l'activité en question. Cela permet d'identifier le produit ou le service faisant l'objet de l'infraction pour que le Bureau puisse déterminer si le demandeur est le premier à cet égard. Généralement, le représentant juridique du

¹² Voir le Guide du Service fédéral des poursuites, ministère de la Justice du Canada, notamment la Partie VII, chapitre 35, « Ententes portant garantie d'immunité ». Voir le site : <http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/fps/fpd/>. Un modèle de GPOI et des accords d'immunité qui ont été révisés en 2005, sont disponibles, sur demande, auprès de la Section du droit de la concurrence du ministère de la Justice au 819-956-4157.

¹³ *Supra*, note 3, Partie C.

¹⁴ *Supra*, note 9, réponse à la question 8.

demandeur décrit la conduite illégale concernée et fournit les renseignements nécessaires sur le produit ou le service à titre hypothétique. Si le demandeur est le premier, il obtient un signet qui lui garantit sa place comme premier demandeur d'immunité pour l'activité en question relativement au produit ou au service en question.

Après avoir obtenu un signet, le demandeur a généralement trente jours pour fournir au Bureau une description détaillée de l'activité illégale et expliquer la nature des preuves dont il dispose, généralement à titre hypothétique par l'entremise de son représentant juridique (une « présentation de l'information »). Lorsqu'il appert qu'il y a eu infraction à la Loi et que toutes les autres conditions du Programme sont remplies, le Bureau présente son évaluation des renseignements fournis par le demandeur au procureur général et recommande à celui-ci d'accorder au demandeur une garantie provisoire concernant l'octroi de l'immunité (« GPOI »). C'est le procureur général qui, indépendamment du Bureau, décide s'il y a lieu ou non d'accorder une GPOI.

Si la GPOI est accordée, le demandeur est tenu de communiquer intégralement au Bureau toutes les preuves et tous les renseignements dont il dispose ou auxquels il a accès concernant la conduite à l'égard de laquelle il demande l'immunité ainsi que toutes les autres infractions criminelles à la Loi, relatives à la concurrence, auxquelles il a participé.¹⁵ Le Bureau interroge ensuite les témoins et examine tous les documents pertinents fournis par le demandeur.

S'il estime disposer de suffisamment d'information et que toutes les autres conditions du Programme sont remplies, le Bureau recommande au procureur général de conclure une entente d'immunité avec le demandeur. C'est le procureur général qui, à titre indépendant, décide s'il y a lieu de conclure une entente d'immunité.

B. Le contexte international

¹⁵ *Supra*, note 9, question 30. Comme l'explique la réponse à la question 30, le demandeur doit également prévoir que le procureur général l'interrogera sur les activités criminelles qui, aux termes de n'importe quelle loi, peuvent raisonnablement avoir un effet sur sa crédibilité en tant que témoin.

La vague d'affaires impliquant des cartels internationaux que des demandeurs d'immunité ont déclenchée depuis le début des années 1990 découle de la révision en 1993 de la *Corporate Leniency Policy* de la Division antitrust du département américain de la Justice.¹⁶ La politique révisée du département américain de la Justice a eu des effets très positifs : de très nombreuses demandes ont permis de procéder à des enquêtes et d'intenter des poursuites fructueuses. L'effet de la révision de 1993 aux États-Unis a encouragé le Canada à adopter une méthode semblable en 1994, qui a donné lieu à des résultats tout aussi positifs. La Commission européenne (« CE ») a lancé son programme d'indulgence en 1996,¹⁷ puis l'a révisé en 2002¹⁸ pour rendre plus transparentes et plus certaines les conditions dans lesquelles le demandeur d'immunité a droit à une réduction d'amende. L'Office of Fair Trading (« OFT ») du Royaume-Uni a publié une note provisoire sur le traitement des demandes¹⁹ présentées en vertu de ses politiques d'indulgence et d'immunité²⁰ et il a fait savoir qu'il publiera une directive définitive en temps et lieu, après d'autres consultations. L'Australia Corporate and Consumer Commission (« ACCC ») s'est

¹⁶ Département américain de la Justice, « Corporate Leniency Policy », 1993. Voir le site : <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>; Département américain de la Justice, « Leniency Policy for Individuals », 1994. Voir le site : <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>.

¹⁷ Commission européenne, « Communication sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », 96/C207/04, 1996, JO C207 du 18 juillet 1996. Voir le site : http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/96c207_en.html.

¹⁸ Commission européenne, « Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes », 2002/C45/03, 2002, JO 45 du 19 février 2002. Voir le site : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2002/c_045/c_04520020219fr00030005.pdf.

¹⁹ U.K. Office of Fair Trading, « Leniency and no-action : OFT's interim note on the handling of applications », OFT 803, juillet 2005. Voir le site : <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/FE4F98BF-D8C5-48FB-9F7E-D6133F907538/0/oft803.pdf>.

²⁰ OFT, « Leniency in cartel cases - A guide to the leniency programme for cartels », 2005. Voir le site : <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/CC73E8F4-2433-48C4-A3BC-5F3255C58AAF/0/oft436.pdf>; « OFT's Guidance as to the appropriate amount of a Penalty », OFT 423, décembre 2004. Voir le site : <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/4546166B-0413-45E4-8C8F-208CC3CDC325/0/OFT423.pdf>; « Guidance on the issue of No-action letters for individuals », OFT 513, mars 2003. Voir le site : <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/C6B72EDF-EA6A-42F4-9F44-E8FED8268458/0/oft513.pdf>.

dotée d'un programme d'indulgence²¹ en 2003, l'a révisé en 2004²², puis a publié une politique actualisée en août 2005.²³ Beaucoup d'autres autorités en matière de concurrence ont pris des mesures semblables.

Ce document fournit des renseignements généraux concernant les politiques du département américain de la Justice, la CE, l'OFT et l'ACCC aux fins d'une analyse comparative de notre propre Programme et de fournir des options possibles à examiner. Les lecteurs devraient comprendre que ces renseignements sont basés sur la compréhension du Bureau de la façon dont ces politiques fonctionnent et ne peuvent pas s'y fier en communiquant avec l'une ou l'autre autorité en matière de concurrence. Les lecteurs devraient s'adresser directement aux autorités en matière de concurrence afin de confirmer la façon dont leurs politiques fonctionnent et les droits et obligations qu'ils peuvent avoir en vertu de ces politiques.

Les cartels, l'efficacité de la mise en application de la loi et le rôle des programmes d'immunité ont fait l'objet d'examins et de mesures concertées parmi les autorités étrangères et les organismes internationaux réglementant la concurrence, dont l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») et le Réseau international de la concurrence (« RIC »). Certains pays ont récemment entrepris de criminaliser les ententes injustifiables²⁴ et d'évaluer les

²¹ ACCC, « ACCC leniency policy for cartel conduct », juin 2003. Voir le site : <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=454181&nodeId=file42377fc4d150e&fn=ACCC%20leniency%20policy%20for%20cartel%20conduct%20June%202003.pdf>.

²² ACCC, « Discussion Paper : Review of the ACCC's leniency policy for cartel conduct », novembre 2005. Voir le site : <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=529200&nodeId=file42e5bc1a9929f&fn=Leniency%20Discussion%20Paper.pdf>.

²³ ACCC, « ACCC Immunity Policy for Cartel Conduct », Aug. 26, 2005. Voir la suite : <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=708758&nodeId=file433367d182d4e&fn=Immunity%20policy.pdf>, et ACCC, « ACCC Immunity Policy Interpretation Guidelines » (26 August 2005). Voir le site : <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/619168>

²⁴ Certains pays, dont le Canada, les États-Unis, le Japon, la France, l'Allemagne (pour les collusions dans les cas de truquages d'offres seulement), le Royaume-Uni (pour les particuliers seulement), l'Irlande, Israël et le Mexique, considèrent les cartels comme des infractions criminelles. Les modifications apportées à la loi antitrust du Japon en 2005 ont élargi le pouvoir d'enquête du Conseil du commerce extérieur du Japon pour rendre le système criminel plus efficace. En 2005, le gouvernement de l'Australie a proposé de modifier la *Trade Practices Act* pour criminaliser les cartels.

sanctions actuelles, au civil et au criminel, infligées à ceux qui s'adonnent à ces activités.²⁵ Sans systèmes efficaces de mise en application de la loi suscitant chez les participants à des activités illégales la crainte d'être pris, les demandeurs d'immunité ne se presseront guère à nos portes.

IV. ENJEUX

1. La confidentialité

Le Programme suppose que le Bureau protège l'identité de la partie demandant l'immunité et tous les renseignements que celle-ci lui fournit.²⁶ Les seules exceptions à cette politique sont les suivantes :

- a) lorsque la partie a divulgué publiquement les renseignements;
- b) lorsque la partie accepte la divulgation et que celle-ci est nécessaire à la mise en application de la Loi;
- c) lorsque la divulgation est requise par la loi;
- d) lorsque la divulgation est nécessaire pour prévenir la perpétration d'une infraction criminelle grave.

Cette garantie constitue un avantage supplémentaire pour les demandeurs qui sont les premiers à demander l'immunité. Le principe de confidentialité appliqué par le Bureau permet au demandeur d'immunité d'agir sans craindre que son identité ou les renseignements qu'il

²⁵ Par exemple, l'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* adoptée en 2004 par les États-Unis a fait passer l'amende prévue pour infraction aux articles 1, 2 ou 3 de la *Sherman Act* de 10 à 100 millions de dollars américains pour une entreprise et de 350 000 à 1 million de dollars américains pour un particulier. La peine d'emprisonnement maximale est passée de 3 à 10 ans. Au Royaume-Uni, l'*Enterprise Act* adoptée en 2002 prévoit une peine d'emprisonnement maximale de 5 ans et/ou une amende au montant illimité pour les particuliers coupables d'avoir participé à des ententes injustifiables. Les modifications apportées en 2005 à la loi antitrust du Japon élargissent le champ des activités anticoncurrentielles auxquelles s'appliquent des suramendes et augmentent le montant de ces suramendes. Les modifications apportées en 2005 à la *Trade Practices Act* d'Australie prévoient la criminalisation des cartels.

²⁶ *Supra*, note 3, Partie H.

communiqué ne soient révélés au public ou à d'autres organismes de mise en application de la loi canadiens ou étrangers.²⁷

Le demandeur cherche généralement à obtenir l'immunité auprès des autorités en matière de concurrence de tous les pays où il risquerait d'être poursuivi. La garantie de confidentialité lui donne le temps de faire les différentes démarches. S'il décide de ne pas s'adresser aux autorités de pays étrangers, cette garantie est une assurance que le Bureau ne révélera ni son identité ni les renseignements qu'il fournit sans son consentement. La politique de confidentialité du Bureau réduit également le risque de représailles commerciales contre le demandeur et garantit que les autres participants à l'infraction présumée ne seront pas informés de l'enquête et, en particulier, de perquisitions planifiées.

Le Bureau demande systématiquement au demandeur de renoncer à la garantie de confidentialité pour lui permettre de communiquer les renseignements qu'il fournit aux autorités de pays étrangers en matière de concurrence. Le demandeur est généralement disposé à y renoncer pour les pays où il a déjà demandé et obtenu un « signet » ou une mesure d'indulgence quelconque. Cela peut aider les autorités en matière de concurrence à coordonner les enquêtes et à résoudre plus rapidement et plus efficacement certaines affaires, ce qui est avantageux pour elles comme pour le demandeur.

Selon le Bureau, les dispositions en matière de confidentialité du Programme reconnaissent le statut d'informateur confidentiel du demandeur d'immunité dès les premières étapes de l'enquête. Le demandeur d'immunité peut être considéré comme un « informateur confidentiel » pendant un certain temps, ou jusqu'à ce qu'une certaine situation factuelle ne se produise, après quoi le demandeur doit renoncer à son statut confidentiel. Le Bureau et le procureur général prendront toutes les mesures utiles pour protéger l'identité du demandeur d'immunité, sauf si c'est exigé par la loi, pendant que ce dernier jouit du statut d'informateur confidentiel.

²⁷ Sans cette garantie de confidentialité, il pourrait y avoir divulgation en vertu de l'article 29 de la Loi « dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi ».

Le demandeur d'immunité classique conserve le statut d'informateur confidentiel jusqu'à ce que des accusations ne soient portées contre d'autres participants ou que la communication de son identité ne soit exigée par un tribunal dans le cadre d'une instance judiciaire. En général, les demandeurs acceptent, dans le cadre de leur entente d'immunité, de renoncer à leur statut d'informateur confidentiel lorsque des accusations sont portées. Le Bureau et le procureur général avisent habituellement les demandeurs qu'une entente d'immunité suppose, comme nous l'avons déjà dit, une renonciation à leur privilège d'informateur durant le processus judiciaire. Les objectifs du Programme ne peuvent se concrétiser sans que les demandeurs d'immunité ne collaborent pleinement et n'acceptent de témoigner quand on le leur demande.

Les dispositions en matière de confidentialité du Programme peuvent présenter des défis quant à la latitude du Bureau en matière d'enquête. Les documents judiciaires, dont les dénonciations en vue d'obtenir un mandat de perquisition ou les ordonnances judiciaires exigeant une déposition ou une déclaration en vertu de l'article 11 de la Loi, doivent être rédigés de manière à protéger l'identité du demandeur d'immunité ou mis sous scellés,²⁸ à moins que ce dernier ne renonce à son statut d'informateur. Il peut s'avérer difficile de rédiger une dénonciation en respectant la garantie de confidentialité tout en fournissant suffisamment de renseignements au juge. Néanmoins, tel que mentionné ci-dessus, le Bureau et le procureur général prendront des mesures appropriées afin de protéger l'identité d'un demandeur d'immunité.

En vertu de l'article 487.3 du *Code criminel*, il est possible d'obtenir la mise sous scellés d'une dénonciation pour le motif que la communication serait préjudiciable aux fins de la justice si la divulgation de l'information (i) compromettrait la confidentialité de l'identité de l'informateur, (ii) compromettrait la nature et l'étendue des enquêtes en cours, (iii) mettrait en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettrait ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées ou (iv) causait un

²⁸ Un document communiqué à un tribunal peut, sur ordonnance d'un juge, être « mis sous scellés ». Une ordonnance de mise sous scellés fondée sur l'article 487.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 187, interdit l'accès aux renseignements relatifs à un mandat ainsi que la communication de ceux-ci. En vertu de l'article 187 du *Code criminel*, toutes les demandes concernant l'interception de communications privées (écoute électronique) sont mises sous scellés.

préjudice à un innocent dans certaines circonstances, ou pour toute autre raison suffisante. Le procureur général doit fournir des motifs à l'appui de sa demande de mise sous scellés. Il y a toujours un risque qu'une demande en vertu de l'article 487.3 soit rejetée ou qu'une échéance soit fixée dans l'ordonnance de mise sous scellés.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le modèle de lettre d'indulgence du département américain de la Justice²⁹ indique que [TRADUCTION] « la Division ne révélera pas publiquement l'identité d'un demandeur d'indulgence, dont il n'y a pas eu divulgation antérieure par le demandeur lui-même, à moins qu'une ordonnance judiciaire ne l'y contraigne dans le cadre d'un litige ». Le ministère de la Justice ne communique pas les renseignements fournis par un demandeur d'indulgence à des organismes antitrust étrangers, à moins que le demandeur n'y consente.³⁰ Le Bureau croit savoir que les ordonnances de mise sous scellés sont souvent utilisées aux États-Unis pour éviter la communication de documents judiciaires avant le dépôt d'accusation.

La CE garde confidentielle l'identité de la partie qui collabore avec elle jusqu'à ce qu'elle n'émette un « énoncé des objections »³¹ contre les autres personnes visées par l'enquête, soit

²⁹ Annexé à la présentation de Gary Spratling, sous-procureur général adjoint, Division antitrust, département américain de la Justice, « Making Companies an Offer they Shouldn't Refuse : The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy - an Update », communication présentée au 35^e symposium annuel sur les associations et l'antitrust du Barreau du district de Columbia, Washington D.C., 26 février 1999. Voir le site : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>.

³⁰ Gary Spratling, sous-procureur général adjoint, Division antitrust, département américain de la Justice, « Negotiating the Waters of International Cartel Prosecutions - Antitrust Division Policies Relating to Plea Agreements in International Cases », communication présentée à la 13^e réunion annuelle du National Institute on White Collar Crime, San Francisco (Californie), 4 mars 1999, p. 11. Voir le site : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2275.pdf>.

³¹ La CE doit fournir un énoncé des objections avant de prendre une décision qui nuit aux droits d'une personne. L'énoncé permet à la personne de faire connaître son point de vue sur l'une ou l'autre des objections que la CE peut souhaiter émettre dans une décision finale touchant cette personne. Voir aussi Bertus Van Barlingen, Direction générale de la concurrence, unité E-1, « The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation », (2003) 2 Competition Policy Newsletter, 16 à 20, en direct: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2003_2.pdf, et Bertus Van Barlingen, Direction générale de la concurrence, unité E-1, « The European Commission's 2002

généralement peu de temps après que les inspections (ou les perquisitions) ont été effectuées. À la limite, une décision publiée révèle aussi l'identité du demandeur d'immunité, et explique le motif de l'immunité ou de la réduction de l'amende. La CE indique que l'octroi de l'immunité ou la réduction de l'amende ne peut protéger une entreprise des conséquences judiciaires au civil de sa participation à une infraction à l'article 81 du Traité de la CE.³²

Au Royaume-Uni, l'OFT déclare ce qui suit dans un document récemment publié sous le titre de « Leniency and no-action »³³ : [TRADUCTION] « Lorsqu'une personne ayant participé à un cartel fait une demande pour son propre compte, mais est disposée à nous fournir des renseignements, on peut lui accorder l'immunité tout en lui garantissant qu'elle demeurera une source secrète. Dans ce cas, l'OFT ne révélera pas son identité, mais le demandeur ne sera traité comme une source secrète que si sa sécurité risque d'être gravement compromise ou s'il risque d'être exposé à d'autres conséquences graves si l'on apprendrait qu'il s'est adressé à l'OFT ». Dans tous les autres cas, l'identité du demandeur d'indulgence sera révélée au moment où l'OFT publie son énoncé des objections (« Statement of Objections »).³⁴ L'OFT ajoute que, s'il souhaite communiquer à un autre organisme du Royaume-Uni des renseignements obtenus d'un demandeur d'immunité, il en discutera d'abord avec l'intéressé ou son représentant juridique : les renseignements ne seront jamais communiqués à un organisme étranger, exception faite de la CE, sans le consentement du demandeur.

En Australie, l'ACCC ne communique pas les renseignements confidentiels fournis par le demandeur d'immunité, pas plus que son identité, à d'autres autorités en matière de concurrence, à moins que le demandeur n'y consente, mais il demande systématiquement ce consentement, particulièrement lorsque l'affaire a une dimension internationale. Les renseignements obtenus

Leniency Notice in practice", (2005) 3 Competition Policy Newsletter 6 à 8, en direct: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2005_3.pdf.

³² *Supra*, note 18, p. 5, par. 31.

³³ *Supra*, note 19.

³⁴ Un énoncé des objections publié par l'OFT est, en fait, un projet de décision concernant une infraction et sert à solliciter le point de vue des entreprises visées. Voir *supra*, note 20, « Leniency in Cartel Cases », p. 7.

d'autres sources que le demandeur, y compris les renseignements tirés d'enquêtes faisant suite aux renseignements fournis par le demandeur, ne sont pas assujettis à cette garantie et sont, s'il y a lieu, communiqués dans la mesure permise par la loi.³⁵ L'ACCC s'engage à prendre toutes les mesures possibles pour protéger les renseignements confidentiels fournis par le demandeur d'immunité.³⁶

Questions à soumettre à la consultation

- 1.1 *De quelle manière le Bureau peut-il le mieux prendre en compte à la fois l'intérêt des demandeurs d'immunité à obtenir la protection de leur identité et de leurs renseignements et la nécessité que les décisions judiciaires faisant état de renseignements contenus dans des documents judiciaires préalables au dépôt des accusations, comme les dénonciations par exemple, soient publiques?*
- 1.2 *Y a-t-il lieu de s'inquiéter du fait que les demandeurs d'immunité soient nommés dans des documents judiciaires s'ils ne sont pas identifiés comme demandeurs d'immunité, mais plutôt comme parties au complot?*
- 1.3 *Y a-t-il matière à questionnement concernant la confidentialité et le partage de renseignements entre les autorités en matière de concurrence? Certains organismes soulèvent-ils des préoccupations particulières? Veuillez préciser.*

2. Les demandes verbales - le processus sans papier

Les demandeurs d'immunité et leurs représentants juridiques demandent de plus en plus souvent que leur demande d'immunité, les preuves présentées et la procédure de divulgation se fassent verbalement sans qu'aucun document qui risquerait d'être communiqué ne soit créé. Les demandeurs s'inquiètent du fait que ce genre de document puisse être communiqué par des parties privées en litige, et des dommages-intérêts qui pourraient faire suite à des poursuites au civil, surtout aux États-Unis, où des dommages-intérêts triples peuvent être accordés.³⁷

³⁵ ACCC, « Immunity Policy Interpretation Guidelines », *supra*, note 23, par. 44

³⁶ *Ibid*, par. 45.

³⁷ Une modification récente de la loi américaine prévoit qu'une société qui obtient l'amnistie peut être condamnée à verser des dommages-intérêts simples mais non des dommages-intérêts triples. Voir *infra*, note 71.

Les tribunaux américains ont de vastes pouvoirs leur permettant d'ordonner la communication de documents relatifs aux procédures antitrust, et la jurisprudence dans ce domaine continue d'évoluer. La Cour suprême des États-Unis a jugé, en 2004, que les cours de district américaines ont, en fonction de divers facteurs dont il faut tenir compte, le pouvoir discrétionnaire d'imposer la production de documents se trouvant aux États-Unis à des fins d'utilisation dans des procédures engagées devant des tribunaux étrangers et internationaux.³⁸ Il reste à voir la portée qu'aura ce jugement et la façon dont il sera appliqué par les cours de district.

Dans deux autres affaires,³⁹ les tribunaux américains ont examiné le cas d'une personne exerçant un recours collectif qui demandait la production de documents fournis à des autorités étrangères en matière de concurrence dans le cadre de demandes d'immunité et de la négociation d'un plaidoyer. Dans le cas *In Re Vitamins*, on a ordonné au défendeur de produire au plaignant les documents remis au Bureau et à la CE mais la Cour a fait une exception pour certains documents remis au Bureau dans le contexte d'un règlement. L'exception incluait l'entente finale de plaidoyer; les ébauches de l'entente, l'exposé conjoint des faits, la page couverture de l'exposé conjoint des faits, la mise en accusation, l'ordonnance d'interdiction et d'une lettre d'immunité; ainsi que des commentaires des avocats sur ces ébauches. Dans l'affaire *In Re Methionine*, la Cour a refusé d'ordonner la production des « déclarations de la corporation » du défendeur à la CE et l'ACCC qui avaient été fournies dans le contexte des demandes d'indulgence.

L'exposition à une éventuelle divulgation de documents confidentiels produits dans le contexte d'une demande ou de l'octroi de l'immunité et les différentes approches au privilège légal dans différents pays, s'ajoutent aux préoccupations des demandeurs d'immunité lorsqu'ils doivent décider s'ils dénoncent des infractions aux lois antitrust en contrepartie d'une entente d'immunité. Cela dit, dans beaucoup de pays, dont le Canada, l'identité du demandeur et les

³⁸ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, 124 S. Ct. 2466 (21 juin 2004). Le pouvoir discrétionnaire existe en vertu de l'article 1782(a) du 28 U.S.C.

³⁹ *In Re: Vitamins Antitrust Litigation*, No. 99-197 (TFH) MDL No. 1285 (D.D.C. Dec. 18, 2002) et *In Re Methionine Antitrust Litigation*, No. C-99-3491 CRB (N.D. Cal. July 29, 2002).

renseignements qu'il fournit aux autorités, pour confidentiels qu'ils soient, risquent d'être divulgués si le demandeur est tenu de témoigner au procès contre des coconspirateurs.

Le Bureau accepte les demandes d'immunité verbales et n'exige pas que des documents soient créés à cet égard.⁴⁰ Si la demande est faite verbalement, les preuves présentées sont notées par un agent du Bureau dans un cahier de notes, conformément à la procédure ordinaire de prise de notes. Le Bureau n'insiste pas pour communiquer par écrit avec le demandeur, à moins que l'absence de documentation ne compromette la garantie d'immunité ou ne donne lieu à des malentendus sur les renseignements fournis. À l'heure actuelle, il y a correspondance par écrit si le Bureau souhaite fournir un avis officiel à une partie pour lui faire savoir que son signet est révoqué ou qu'il y a risque de violation de la GPOI ou des obligations en matière d'immunité. Dans certains cas, le Bureau peut demander au demandeur de renoncer par écrit à la garantie de confidentialité. Les GPOI et les ententes d'immunité doivent être des documents écrits par le procureur général, et l'entente d'immunité doit être signée par le demandeur. Les documents existants qui ont trait à l'enquête et qui sont disponibles ou en possession du demandeur doivent être fournis au Bureau dans le cadre de l'obligation du demandeur de fournir tous les renseignements dont il dispose après réception d'une GPOI.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice n'a pas de politique établie concernant la procédure sans papier, mais il accepte les demandes verbales. Nous croyons savoir qu'il n'exige pas des demandeurs qu'ils établissent de nouveaux documents aux fins du processus de demande d'amnistie, et il n'insiste pas non plus pour que les communications avec les demandeurs se fassent par écrit. Au moins deux représentants du département américain de la Justice, dont au moins un avocat, assistent toujours aux communications verbales avec les demandeurs, et ces représentants prennent des notes sur les communications. Les lettres d'amnistie conditionnelle et définitive, qui comprennent les modalités de l'amnistie, sont fournies aux demandeurs par écrit.

⁴⁰*Supra*, note 9, question 20.

La CE accepte les demandes verbales lorsque le demandeur risque fort de faire l'objet d'une action au civil dans des pays tiers.⁴¹ Si le demandeur fait une déclaration verbale, la CE l'enregistre et la transcrit. La CE peut exiger que le demandeur examine la transcription et en atteste l'exactitude. L'enregistrement sonore et la transcription peuvent ensuite être fournis aux parties avec l'« énoncé des objections »⁴² produit par la CE, et deviennent dès lors susceptibles d'être communiqués. Les documents existants placés sous le contrôle de l'entreprise et qui n'ont pas été spécifiquement produits pour la CE doivent être communiqués à la Direction générale de la concurrence et sont susceptibles d'être communiqués à des pays tiers.⁴³

L'OFT indique que l'ensemble du processus de demande d'indulgence peut, sur demande, se faire par écrit. Cependant, toutes les preuves écrites préexistantes relatives au cartel doivent être fournies, et les témoins doivent signer des déclarations exposant leur témoignage.⁴⁴

Des modifications apportées récemment à la politique de l'ACCC en matière d'immunité ont supprimé l'exigence que les demandes d'immunité se fassent par écrit. L'ACCC peut désormais accepter des demandes verbales et garantir qu'aucun nouveau document pouvant contenir des admissions ou servir de guide à des parties à un litige éventuel n'est produit. L'ACCC affirme qu'elle constituera ses propres dossiers de demandes et fera en sorte, de concert avec le demandeur et son conseiller juridique, que ses dossiers ne portent pas préjudice aux intérêts du demandeur.⁴⁵ L'ACCC affirme également qu'elle « protégera vigoureusement » les renseignements associés à une demande d'immunité, à titre de principe, mais aussi « dans

⁴¹ *Supra*, note 31.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Supra*, note 19, par. 2.17.

⁴⁵ ACCC, « Immunity Policy Interpretation Guidelines », *supra*, note 23, par. 40.

l'intérêt public », alors que les garanties législatives relèvent normalement du pouvoir législatif.⁴⁶

Questions à soumettre à la consultation

- 2.1 *Le processus sans papier du Bureau tel qu'il est décrit ci-dessus répond-il aux préoccupations des demandeurs d'immunité qui risquent d'être tenus responsables au civil dans d'autres pays?*
- 2.2 *Certaines communications sont-elles moins problématiques que d'autres s'il faut passer par l'écrit (ex. : lettre du Bureau confirmant l'attribution d'un signet; lettre d'un demandeur attestant qu'il renonce à la confidentialité; lettres relatives aux manquements du demandeur à ses obligations dans le cadre du Programme; avis de révocation du signet)? Veuillez préciser.*
- 2.3 *Entérinez-vous certaines pratiques optimales qui, en matière de processus sans papier, répondraient aux préoccupations des demandeurs tout en permettant au Bureau d'éviter les malentendus? Veuillez préciser.*
- 2.4 *Faites-vous une distinction entre la mise en application de la loi interne et la mise en application du droit international dans vos préoccupations en matière de divulgation?*
- 2.5 *Quelle sont, d'après vous, les tribunes les plus aptes à donner lieu à l'élaboration de pratiques optimales en matière de processus sans papier?*

3. Le rôle du demandeur d'immunité dans l'infraction

Pour avoir droit à l'immunité au Canada, le demandeur, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un particulier, ne doit pas avoir été l'instigateur ou le dirigeant de l'activité illégale en cause.⁴⁷ Les Réponses du Bureau indiquent qu'une entreprise ou un particulier qui, seul, a été l'instigateur ou le dirigeant de l'activité illégale en cause n'a pas droit à l'immunité. L'entreprise ou le particulier qui est l'un des instigateurs ou dirigeants, par opposition à l'instigateur ou le dirigeant de l'activité illégale, a droit à l'immunité à condition qu'il remplisse les autres conditions du Programme. Comme il n'existe pas de critère défini pour déterminer si un demandeur

⁴⁶ ACCC, « ACCC Leniency Policy Review 2005 Position Paper », 25 août 2005, par. 144.

⁴⁷ *Supra*, note 3, par. 15.

d'immunité était l'instigateur ou le dirigeant de l'activité illégale, le Bureau et le procureur général examinent et évaluent tous les faits obtenus au moment de la demande d'immunité et au cours de l'enquête. Par exemple, si, au cours de l'enquête, on constate qu'une entreprise en a contraint ou menacé une autre pour qu'elle participe à un cartel ou qu'elle est manifestement l'instigatrice de la création du cartel, elle n'a pas droit à l'immunité.

Les renseignements initiaux communiqués aux enquêteurs par un demandeur d'immunité sont souvent limités et peuvent être biaisés, de sorte qu'il est difficile de les évaluer correctement. La politique du Bureau vise à offrir au plus grand nombre de demandeurs éventuels la possibilité de demander l'immunité en disqualifiant seulement ceux qui sont manifestement les instigateurs et dirigeants d'actes illégaux. **Lorsque l'instigateur ou le dirigeant n'a pas droit à l'immunité, sa collaboration à l'enquête peut étayer une recommandation d'indulgence.**

Le Programme canadien comporte un autre critère qui lui est propre : le demandeur ne doit pas avoir été le bénéficiaire exclusif de l'activité illégale au Canada. Dans bien des cas, c'est contre le bénéficiaire exclusif que le procureur général pourra tenter des poursuites ayant des chances de succès, car les autres participants peuvent n'avoir aucun lien avec le Canada qui puisse asseoir sa compétence juridique. Le bénéficiaire exclusif qui n'a pas droit à l'immunité peut avoir droit à l'indulgence.

Le critère du bénéficiaire exclusif a été critiqué au motif qu'il peut disqualifier arbitrairement un demandeur d'immunité en raison du marché géographique, c.-à-d. que le demandeur est disqualifié uniquement parce qu'il est la seule partie à qui a été attribué le marché canadien plutôt qu'un autre marché, et non en raison d'une culpabilité plus grande.⁴⁸

Dans les affaires d'indications fausses ou trompeuses et de pratiques commerciales déloyales, il est généralement question d'une seule entreprise. Le critère du bénéficiaire exclusif garantit que,

⁴⁸ Gary Spratling, « *International Cartel Enforcement and Leniency Programs - A Global Perspective* », communication présentée à l'atelier du RIC sur les programmes d'indulgence et à la conférence de l'ACCC sur le démantèlement des cartels, Sydney, novembre 2004, p. 15.

dans ce cas, l'immunité n'est pas accordée à la seule entreprise ou au seul particulier qui a tiré profit de l'infraction et qui peut faire l'objet d'une poursuite.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

La *Corporate Leniency Policy* du département américain de la Justice est le fondement de la perspective adoptée par le Bureau. Dans les cas où le département de la Justice n'a pas encore entamé d'enquête, une entreprise peut avoir droit à l'indulgence si « [TRADUCTION] elle n'a pas contraint une autre partie à participer à l'activité illégale et si elle n'en est pas manifestement l'instigatrice ou la dirigeante ». ⁴⁹ Une entreprise qui demande l'amnistie (équivalent de l'immunité au Canada) n'est disqualifiée que si « [TRADUCTION] elle est l'organisatrice ou la meneuse unique du cartel ». ⁵⁰ Si le ministère de la Justice a déjà entamé une enquête ou que l'entreprise ne remplit pas les autres conditions d'amnistie, ⁵¹ l'indulgence (ou immunité) peut être néanmoins accordée si la Division estime que ce serait juste pour les autres compte tenu de la nature de l'activité, du rôle de l'entreprise et du moment où celle-ci s'est fait connaître. ⁵² La *Leniency Policy for Individuals* permet d'obtenir l'amnistie avant que le département de la Justice n'ait entamé une enquête, si le particulier n'a pas contraint une autre partie à participer à l'activité illégale et qu'il n'est manifestement pas l'instigateur ou le dirigeant de cette activité.

En 2002, la CE a annoncé qu'elle n'exclurait plus de l'immunité intégrale les entreprises qui ont été les instigatrices d'un cartel ou y ont joué un rôle déterminant. La CE ne disqualifie désormais que les demandeurs qui ont pris des mesures pour contraindre d'autres parties à participer à

⁴⁹ U.S. Corporate Leniency Policy, *supra*, note 16, par. 8.

⁵⁰ *Supra*, note 48, p.4. Voir aussi : Gary Spratling, « *The Corporate Leniency Policy : Answers to Recurring Questions* », communication présentée à la Section antitrust de l'ABA, réunion du printemps 1998, Washington (D.C.), 1^{er} avril 1998.

⁵¹ Six critères : renseignements non reçus d'une autre source; divulgation intégrale et collaboration continue; cessation de l'activité; activité d'entreprise; dédommagement si possible; pas de contrainte à l'égard d'une autre partie.

⁵² *Corporate Leniency Policy* du ministère de la Justice, *supra*, note 16, Partie B, par. 17.

l'infraction. Elle a indiqué qu'elle considère que le critère de la contrainte est plus clair et plus certain que celui de l'instigation et de la direction.

De même, l'OFT estime que les parties qui ont pris des mesures pour en contraindre d'autres à participer à un cartel n'ont pas droit à l'immunité. L'OFT est d'avis que, si l'on en croit l'expérience des cinq dernières années, le critère de la contrainte n'a pas donné lieu à un nombre important de refus d'immunité. Il est possible aux demandeurs d'immunité de s'adresser anonymement à l'OFT pour savoir si le critère de la contrainte risque d'être un enjeu dans une demande éventuelle.⁵³ L'OFT fournit toutes sortes d'exemples pour guider les demandeurs éventuels.⁵⁴

Selon la politique d'immunité de l'ACCC, le demandeur ne peut obtenir l'immunité que s'il n'a pas contraint une autre partie à participer au cartel et qu'il n'en était manifestement pas l'instigateur.⁵⁵ L'ACCC n'ignore pas que, dans bien des cartels, il n'y a ni coercition ni instigateur manifeste. Elle rappelle que le simple fait qu'une partie a organisé une réunion ou conserve des documents ne suffit pas à l'exclure de la mise en application de la politique d'indulgence, notamment lorsque les autres parties ont participé librement et volontairement. L'ACCC affirme qu'elle ne conclura pas à l'existence d'un responsable manifeste lorsque deux ou plusieurs parties sont à bon droit considérées comme codirigeantes de l'activité.⁵⁶

Parmi les autorités en matière de concurrence que nous avons examinées, le critère du bénéficiaire exclusif est propre au Programme du Bureau.

Questions à soumettre à la consultation

⁵³ *Supra*, note 19, p. 11.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ ACCC, « Immunity Policy », *supra*, note 23, p. 2.

⁵⁶ ACCC, « Immunity Policy Interpretation Guidelines », *supra*, note 23. Les directives fournissent également deux exemples hypothétiques qui illustrent la façon dont l'ACCC envisage la question de la coercition et de l'instigation.

- 3.1 *Doit-on refuser l'immunité aux dirigeants/instigateurs d'une infraction?*
- 3.2 *Devrait-on employer des critères spécifiques pour déterminer si une entreprise est l'instigatrice ou la dirigeante d'un cartel et, dans ce cas, quels devraient être ces critères?*
- 3.3 *Quelle est l'importance de la coercition comme critère de non-admissibilité au Programme? Cela devrait-il être le seul critère?*
- 3.4 *Comment le Bureau devrait-il prendre en compte à la fois l'avantage d'obtenir des renseignements et des preuves et l'intérêt de porter des accusations contre les responsables de l'infraction?*
- 3.5 *Existe-t-il des circonstances dans lesquelles le participant à un cartel qui en est le bénéficiaire exclusif au Canada devrait avoir droit à l'immunité? Veuillez préciser.*
- 3.6 *Le Bureau devrait-il préciser les critères employés pour déterminer si un demandeur est le bénéficiaire exclusif de l'activité au Canada? Quels devraient être ces critères?*

4. La protection des administrateurs, dirigeants et employés

Les administrateurs, dirigeants et employés actuels d'une entreprise ont droit à la protection garantie par l'immunité accordée à l'entreprise s'ils reconnaissent leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale et s'ils acceptent de collaborer sans réserve et en temps opportun. Les entreprises doivent prendre toutes les mesures licites pour promouvoir la collaboration de leurs administrateurs, dirigeants et employés pendant la durée de l'enquête et des poursuites ultérieures.⁵⁷ Les anciens administrateurs, dirigeants et employés de l'entreprise peuvent également avoir droit à l'immunité s'ils acceptent de collaborer à l'enquête du Bureau, mais cette décision sera prise au cas par cas.⁵⁸ Si l'entreprise n'a pas droit à l'immunité, les administrateurs, dirigeants et employés actuels et antérieurs peuvent tout de même avoir droit à l'immunité, au même titre que s'ils s'étaient adressés individuellement au Bureau.⁵⁹

⁵⁷ *Supra*, note 3, alinéa 16c).

⁵⁸ *Supra*, note 3, par. 19.

⁵⁹ *Supra*, note 3, par. 20.

Le Bureau peut parfois souhaiter exclure une personne d'une entente d'immunité s'il conclut qu'elle est réticente à coopérer pleinement et en temps opportun à l'enquête du Bureau. Il arrive que l'exclusion soit une condition d'obtention de l'immunité pour l'entreprise.

Lorsqu'un ancien administrateur, dirigeant ou employé n'est pas protégé par l'immunité de l'entreprise ou est exclu, il peut y avoir conflit d'intérêts si le même avocat représente l'individu et l'entreprise. Le conflit peut se produire même si le particulier a un avocat distinct, mais que c'est l'entreprise qui le rémunère. L'intérêt du Bureau est de veiller à ce qu'aucun conflit d'intérêts ne compromette son enquête ou les poursuites ultérieurement entamées par le procureur général.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice explique, dans la *Corporate Leniency Policy*, que, si une entreprise a droit à l'amnistie, tous les administrateurs, dirigeants et employés qui se manifestent et fournissent des renseignements complets et véridiques auront droit à l'indulgence. Ce principe s'applique aux administrateurs, dirigeants et employés actuels, mais non aux anciens. L'amnistie accordée aux administrateurs, dirigeants et employés actuels leur restera cependant s'ils démissionnent. Ainsi, par exemple, le cadre supérieur qui quitte une entreprise peu après que celle-ci a obtenu une amnistie conditionnelle peut encore avoir droit à l'amnistie s'il collabore pleinement et sincèrement.⁶⁰ D'autres directives sont données sur les circonstances dans lesquelles les administrateurs, dirigeants et employés sont considérés comme « actuels »,⁶¹ mais rien n'est dit quant au traitement réservé aux anciens.

L'immunité ou l'immunité conditionnelle accordée par l'ACCC à une entreprise s'applique également à ses administrateurs, dirigeants et employés actuels et anciens qui remplissent les conditions de la politique. Dans certains cas, l'ACCC peut exclure certains administrateurs,

⁶⁰ *Spratling, supra*, note 29, p. 4.

⁶¹ *Ibid.*

dirigeants ou employés compte tenu du désir de l'entreprise et des intéressés. Par exemple, le cadre supérieur qui a démissionné et a continué de participer au cartel dans le cadre d'une autre entreprise n'aura probablement pas droit à l'immunité.⁶²

L'OFT prévoit que l'entreprise ayant demandé l'indulgence peut aussi la demander pour les administrateurs ou employés actuels et anciens qu'elle désigne. Lorsqu'une entreprise obtient l'immunité totale, l'OFT est généralement disposé à adresser des lettres de non-intervention aux personnes désignées.⁶³

Le droit de la concurrence dans la CE ne s'applique qu'aux entreprises.⁶⁴ La politique d'indulgence de la CE n'aborde donc pas cette question.

Questions à soumettre à la consultation

- 4.1 *Devrait-on élaborer des critères pour déterminer dans quelles circonstances les anciens administrateurs, dirigeants et employés d'une entreprise peuvent avoir droit à l'immunité dans le cadre de celle qui est accordée à leur ancien employeur? Quels sont les facteurs que le Bureau devrait prendre en compte à cet égard?*
- 4.2 *L'entreprise placée sous la protection du Programme devrait-elle être tenue de promouvoir la collaboration de ses anciens administrateurs, dirigeants et employés au même titre que les actuels? Sinon, quelle devrait être la différence?*
- 4.3 *Devrait-on prévoir des exclusions et dans quels cas?*
- 4.4 *Cette méthode compromet-elle la prévisibilité du Programme?*
- 4.5 *Quels sont les critères qu'il faudrait prendre en compte pour décider d'exclure un particulier?*

⁶² *Supra*, note 23, « Interpretation Guidelines », p. 6.

⁶³ *Supra*, note 20, « Leniency in Cartel Cases », p. 12. Pour plus de détails, voir aussi : « Leniency and no-action : OFT's interim note on the handling of applications », *supra*, note 19.

⁶⁴ Dans cette situation, une entreprise se définit comme une entité se livrant à une activité économique sans tenir compte de son statut juridique et de la façon dont elle est financée.

- 4.6 *Comment le Bureau devrait-il aborder les questions relatives aux conflits d'intérêts apparents concernant les demandeurs?*
- 4.7 *Y a-t-il des circonstances dans lesquelles l'avocat de l'entreprise devrait être autorisé à assister aux entrevues de particuliers qu'ils ne représentent pas et qui ne sont pas protégés par l'immunité accordée à l'entreprise?*

5. La sanction plus

Le Bureau a un programme « immunité plus » qui est expliqué dans les Réponses.⁶⁵ Selon ce programme, le demandeur qui s'adresse au Bureau, mais qui n'est pas le premier à l'informer sur une certaine infraction, peut obtenir l'indulgence à l'égard de cette infraction et l'immunité à l'égard de toute infraction qu'il est le premier à révéler. Les autres infractions qui lui valent l'immunité seront examinées dans le cadre de la détermination du degré d'indulgence recommandé par le Bureau et envisagé par le procureur général pour la première infraction.

Le programme d'immunité plus est inspiré du programme d'amnistie plus du département américain de la Justice, qui fonctionne de la même manière. Ce dernier a également un programme de sanction plus, aux termes duquel le demandeur qui demande l'amnistie pour une infraction, sans révéler l'existence d'une autre infraction, fera l'objet d'une sanction plus sévère pour la deuxième. Le département, dans ce cas, inflige une amende ou une peine d'emprisonnement maximale ou supérieure au seuil prévu dans les directives. Le défaut de fournir de renseignements dans le cadre du programme d'amnistie plus (pas d'amende) peut donner lieu à une amende représentant 80 % ou plus du volume de commerce affecté en vertu du programme de sanction plus. Pour un particulier, cela pourrait signifier une longue période d'emprisonnement.⁶⁶

⁶⁵ *Supra*, note 9, question 31.

⁶⁶ Scott Hammond, directeur des affaires criminelles, Division antitrust, département américain de la Justice, « Cornerstones of an Effective Leniency Program », communication présentée à l'atelier du RIC sur les programmes d'indulgence, Sydney (Australie), 22-23 novembre 2004, p. 13.

Le Bureau n'a pas de programme de sanction plus en tant que tel, mais si une partie demande l'immunité pour une infraction, sans révéler l'existence d'autres infractions à la *Loi sur la concurrence*, elle risque la révocation de l'immunité pour la première infraction. Le Bureau et le procureur général considéreront également la non-divulgence comme un facteur aggravant dans la négociation de plaidoyers ou dans les représentations sur la détermination de la peine relativement aux infractions non déclarées.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice a, comme on l'a vu, un programme d'amnistie plus et un programme de sanction plus. L'ACCC a récemment adopté un programme d'amnistie plus dans le cadre de sa nouvelle politique d'immunité,⁶⁷ mais elle n'a pas d'équivalent au programme d'amnistie plus. L'OFT a un programme d'indulgence plus, qui le distingue de l'approche adoptée par la CE, qui n'a pas de programme de ce genre. L'OFT n'a pas de programme de sanction plus.

Questions à soumettre à la consultation

- 5.1 *Le Bureau devrait-il se doter d'un programme de sanction plus semblable à celui du département américain de la Justice?*
- 5.2 *Quel devrait être la peine supplémentaire (amende ou, dans le cas des particuliers, peine d'emprisonnement) applicable et quels en seraient les critères?*

6. Le dédommagement

Le Programme prévoit que l'un des critères d'obtention de l'immunité est que « dans la mesure du possible, le demandeur doit verser un dédommagement à l'égard de l'activité illégale ».⁶⁸ Par

⁶⁷ *Supra*, note 23, « Interpretation Guidelines », par. 72-75.

⁶⁸ *Supra*, note 3, par. 17.

le dédommagement, le demandeur reconnaît que ses activités illégales ont causé du tort et il s'efforce d'indemniser les parties lésées. Cette exigence est un facteur dissuasif de plus pour ceux qui pèsent les avantages et les inconvénients de s'engager dans une activité anticoncurrentielle illégale. Le dédommagement n'empêche pas les parties lésées d'intenter des poursuites civiles, mais le tribunal en tiendra compte dans le calcul des dommages-intérêts.

Le dédommagement est une condition relativement fréquente dans les affaires d'indications fausses ou trompeuses et de pratiques commerciales déloyales. Elle est moins courante dans le cas des cartels, où il peut être difficile d'identifier les victimes de l'activité au titre de laquelle l'immunité est demandée et de quantifier le dédommagement. Certains estiment que ce critère est un facteur de dissuasion pour les demandeurs qui désireraient s'adresser au Bureau et suggèrent que le remboursement des victimes de cartels devrait plutôt être réglé par les parties elles-mêmes ou au moyen de poursuites au civil.

La Loi prévoit précisément la possibilité d'intenter des poursuites au civil. L'article 36 stipule que toute personne ayant subi une perte ou des dommages en raison d'une infraction à la Loi peut intenter des poursuites et récupérer le montant de cette perte ainsi que les coûts engagés. Les poursuites doivent être intentées dans un délai de deux ans suivant la fin de l'activité illégale ou la date où il est statué sur la poursuite.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice exige le versement d'un dédommagement, dans la mesure du possible, aux entités gouvernementales, aux entreprises et aux particuliers installés aux États-Unis. Le dédommagement ne sera pas exigé uniquement lorsqu'il est impossible,⁶⁹ et il pourra y avoir exemption de cette obligation dans les situations suivantes⁷⁰ : i) le demandeur est

⁶⁹ Gary Spratling, sous-procureur général adjoint, Division antitrust, département américain de la Justice, « Making Companies an Offer they Shouldn't Refuse - the Antitrust Division's Corporate Leniency Policy - an Update », 6 février 1999, p. 2; et Gary Spratling, « The Corporate Leniency Policy : Answers to Recurring Questions », *supra*, note 50, p. 4.

⁷⁰ *Ibid.*

en faillite, et une ordonnance judiciaire lui interdit de remplir d'autres engagements, ii) il n'y a qu'une seule victime et celle-ci n'existe plus, iii) la viabilité du demandeur serait menacée suite au paiement. Aux États-Unis, l'entreprise qui est la première à dénoncer une infraction et obtient l'indulgence reste exposée à des poursuites au civil, mais elle peut éviter les dommages-intérêts triples.⁷¹ Si le département de la Justice termine son enquête sans porter d'accusations de complot, l'obligation de dédommagement demeure, à moins que le demandeur d'indulgence ne retire sa demande.⁷²

Ni la CE, ni l'OFT ni l'ACCC n'exigent de dédommagement de la part des demandeurs d'immunité, mais il est possible d'intenter des poursuites au civil contre eux dans les pays de ces organismes. L'ACCC a supprimé l'exigence de dédommagement lorsqu'elle a publié sa nouvelle politique d'immunité en août 2005.⁷³

Questions à soumettre à la consultation

- 6.1 *Le dédommagement est-il une exigence d'admissibilité approprié?*
- 6.2 *Comment s'assurer que les victimes de l'infraction sont correctement identifiées et que le dédommagement est correctement évalué?*
- 6.3 *Devrait-on prendre d'autres mesures dans les cas où les victimes ne sont pas identifiables ou s'il n'est pas possible d'évaluer correctement les montants à restituer? Veuillez proposer des solutions.*
- 6.4 *Y a-t-il des circonstances dans lesquelles le dédommagement devrait être exclu? Veuillez préciser.*
- 6.5 *La question du dédommagement devrait-elle plutôt être réglée entre les parties elles-mêmes, à titre privé ou dans le cadre de poursuites civiles?*

7. La révocation de l'immunité

⁷¹ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Public Law No. 108-237.*

⁷² *Supra*, note 50.

⁷³ *Supra*, note 23.

Le Bureau peut révoquer un signet si le demandeur ne fournit pas d'éléments de preuve dans un délai de 30 jours, à moins d'une entente sur la prolongation du délai. Le signet peut également être révoqué si le demandeur ne remplit pas l'une ou l'autre des conditions énoncées dans la Partie C du Bulletin.⁷⁴ La décision de révoquer le signet n'est prise qu'après un examen attentif de tous les facteurs et après avoir avisé le demandeur.

Une GPOI cesse d'être en vigueur si l'une ou plusieurs de ses conditions ne sont pas remplies. Si le Bureau apprend que les conditions de la GPOI ne sont pas remplies, il en informe le procureur général et, le cas échéant, recommande de révoquer la GPOI. Si le procureur général est d'accord avec la recommandation du Bureau, il informe le demandeur que la GPOI n'est plus en vigueur.

Le Bureau recommandera au procureur de révoquer la GPOI d'un demandeur qui ne remplit pas une ou plusieurs de ses obligations aux termes d'une entente d'immunité.⁷⁵ Lorsque la GPOI est révoquée, le demandeur peut être poursuivi.⁷⁶ Le Programme prévoit expressément que le Bureau doit envisager la révocation lorsqu'une entreprise n'invite pas ses employés à collaborer pleinement et en tout temps, si elle ne révèle pas certaines infractions ou l'ensemble des infractions auxquelles elle a participé ou si elle ne fait pas de révélations complètes, franches et honnêtes.⁷⁷

En vertu du Programme, pour que la collaboration de l'entreprise soit considérée complète, franche et honnête, l'entreprise doit prendre toutes les mesures légales et raisonnables pour collaborer à l'enquête du Bureau. Celui-ci n'aura pas de raison de ne pas recommander l'immunité si l'entreprise n'est pas en mesure d'obtenir la collaboration d'une ou plusieurs personnes ou si cette collaboration ne dépend pas d'elle. Cependant, le nombre et l'importance des personnes refusant de collaborer et les mesures prises par l'entreprise pour obtenir leur

⁷⁴ *Supra*, note 3.

⁷⁵ *Ibid.* par. 26.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, par. 27.

collaboration sont des facteurs qui seront considérés par le Bureau afin de déterminer si la collaboration de l'entreprise est complète, franche et honnête.

Les Réponses récemment publiées par le Bureau visent à aider les demandeurs d'immunité à comprendre leurs obligations en vertu du Programme. Elles précisent à la fois les délais de communication de l'information au Bureau et le type d'information que les demandeurs sont censés fournir dans la présentation de l'information et de la procédure de divulgation intégrale.

Le Programme invite le demandeur à communiquer les renseignements rapidement, mais nul n'ignore que la portée d'une activité illégale n'est pas toujours immédiatement apparente. Il faut, entre autres, que cette activité prenne fin et que le demandeur collabore pleinement à l'enquête du Bureau et aux poursuites qui s'ensuivent. Le demandeur a la fardeau de démontrer qu'il remplit toutes les conditions. Pour évaluer la conformité du demandeur, le Bureau tient compte des efforts qu'il a déployés pour remplir les conditions d'obtention de la GPOI et de l'entente d'immunité.

La révocation est une décision grave, et le Bureau tiendra compte de tous les facteurs avant de recommander une mesure dans ce sens au procureur général. Le Bureau prend la décision ultime de révoquer l'immunité.

Si le Bureau recommande la révocation d'une entente d'immunité, il conserve les renseignements fournis par le demandeur d'immunité. Le Programme prévoit que « le processus de divulgation intégrale se déroulera à la condition que le Bureau ne se serve pas des renseignements fournis contre le demandeur concerné, sauf si celui-ci ne respecte pas les conditions de son entente en matière d'immunité »⁷⁸. Les renseignements fournis avant l'obtention d'une GPOI le sont généralement à titre hypothétique par le biais du représentant juridique du demandeur.

⁷⁸ *Supra*, note 3, par. 23.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice a récemment révoqué l'entente d'amnistie conclue avec Stolt-Nielsen SA après avoir déterminé que l'entreprise ne respectait pas les conditions de l'entente. L'organisme a conclu que Stolt-Nielsen avait altéré considérablement la vérité concernant le moment où elle avait cessé de participer à l'activité illégale en cause. Stolt-Nielsen a par la suite obtenu une ordonnance de la Cour de district des États-Unis interdisant au gouvernement américain de poursuivre les plaignants pour les infractions antitrust couvertes par l'entente d'amnistie.⁷⁹ La décision a été portée en appel.

La CE déclare dans l'avis publié en 2002 que « si, à un stade quelconque de la procédure administrative, l'une ou l'autre des conditions [...] n'est pas remplie, l'entreprise concernée est susceptible de ne plus bénéficier du traitement favorable qui y est prévu ».⁸⁰

L'OFT prévoit qu'une lettre de non-intervention peut être révoquée si le bénéficiaire cesse de remplir, en totalité ou en partie, les conditions applicables ou s'il a sciemment et délibérément fourni de faux renseignements ou des renseignements trompeurs à l'OFT⁸¹. En cas de révocation, toutes les garanties accordées dans la lettre de non-intervention disparaissent, et l'OFT peut se servir des renseignements fournis par le demandeur pour intenter des poursuites. S'il y a lieu de révoquer une lettre de non-intervention, le bénéficiaire doit en être informé par écrit et avoir la possibilité raisonnable de faire des observations.

De même, si l'ACCC a accordé l'immunité ou l'immunité conditionnelle à un demandeur, mais que celui-ci ne remplit pas ses obligations, la ACCC doit l'informer par écrit et peut, après lui

⁷⁹ *Stolt-Nielsen S.A., Stolt-Nielsen Transportation Group Ltd. et Richard Wingfield v. United States of America*, 4 CV 537 (Cour de district des États-Unis pour le district Est de Pennsylvanie, 2005).

⁸⁰ *Supra*, note 18, par. 30.

⁸¹ *Supra*, note 20.

avoir donné la possibilité raisonnable de répondre, l'informer par écrit qu'il n'a plus droit à l'immunité.⁸²

Questions à soumettre à la consultation

- 7.1 *Quels sont les facteurs que le Bureau devrait prendre en compte pour déterminer si une infraction à l'entente d'immunité est suffisante pour justifier une révocation?*
- 7.2 *Y a-t-il des limites à la capacité d'une entreprise d'obtenir la collaboration de ses administrateurs, agents et employés, dont le Bureau devrait tenir compte?*
- 7.3 *Comment le Bureau devrait-il traiter les personnes protégées par une entente d'immunité entre le procureur général et leur entreprise qui a été révoquée?*
- 7.4 *Quelles procédures le Bureau devrait-il appliquer avant de recommander la révocation de l'immunité?*
- 7.5 *Y a-t-il d'autres éléments que le Bureau devrait prendre en compte concernant les enquêtes ou les poursuites relatives à des demandeurs dont l'immunité a été révoquée?*

8. La création d'un programme d'indulgence officiel

Les demandeurs qui ne sont pas les premiers à révéler l'existence d'une activité illégale au Bureau ou qui, par ailleurs, n'ont pas droit à l'immunité peuvent tout de même obtenir un traitement indulgent s'ils collaborent avec le Bureau et le procureur général. Comme dans le cas de l'immunité, le Bureau peut recommander au procureur général de traiter un demandeur avec indulgence, mais c'est le procureur qui rend la décision définitive à cet égard. Le traitement indulgent comprend une réduction de la sanction ou de l'obligation par rapport à ce qu'elle serait si une partie à une infraction ne faisait pas de révélation et ne collaborait pas. Au point vue pratique, le procureur général et l'avocat de l'accusé présentent généralement une proposition commune au tribunal compétent pour recommander que l'affaire soit réglée par un plaidoyer de culpabilité de l'accusé et une amende ou une période d'emprisonnement moindre que ce qu'il

⁸² *Supra*, note 23, « Interpretation Guidelines », par. 63.

aurait par ailleurs mérité. Une ordonnance d'interdiction rendue en vertu du paragraphe 34(1) de la Loi peut aussi faire partie de l'entente de plaidoyer..

Le Bureau a l'habitude de traiter les demandes de traitement indulgent, mais sa pratique n'est pas étayée par un document de politique gouvernementale. Un programme d'indulgence officiel pourrait tenir compte de facteurs comme :

- la nature et la portée de la participation du demandeur à l'infraction;
- la gravité de l'infraction;
- l'importance et la fiabilité du témoignage ou de la collaboration du demandeur;
- la solidité des accusations contre le demandeur;
- les antécédents du demandeur en termes de collaboration et de conformité à la Loi;
- les effets des mesures plus indulgentes sur la protection du public.

Le Bureau estime que tout programme d'indulgence officiel devrait préserver un stimulant important pour les premiers demandeurs, c'est-à-dire une protection complète contre toute poursuite pour le demandeur et pour tous ses administrateurs, dirigeants et employés ainsi que pour ses anciens administrateurs, dirigeants et employés. Cependant, la disparité de traitement des demandeurs subséquents qui désirent collaborer demeure une considération importante. Cette disparité doit être substantielle, mais elle ne devrait pas l'être au point de décourager les demandeurs à l'indulgence. Ces derniers seront tenus de plaider coupable et de verser une amende ou de purger une peine d'emprisonnement, mais l'amende ou la peine sera nettement inférieure à ce qu'elle serait s'ils contestaient les accusations.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

Le département américain de la Justice n'a pas de politique d'indulgence pour les demandeurs autres que le premier demandeur, mais les États-Unis disposent de lignes directrices en matière de détermination de la peine autorisées par la loi.⁸³ Les lignes directrices normalisent la

⁸³ Commission des peines des États-Unis, « 2005 Federal Sentencing Guidelines Manual ». Voir le site : <http://www.ussc.gov>. La promulgation des lignes directrices est autorisée par l'article 994(a) du 28 U.S.C. Les

détermination de la peine en grande partie en fonction de la proportion du volume de commerce en cause du défendeur, du rôle joué dans l'infraction, de toute entrave à la justice, de la collaboration apportée par les défendeurs à l'enquête et à la poursuite et de l'acceptation par le défendeur de la responsabilité de ses actes. En ce qui concerne les entreprises défenderesses, la taille de l'organisation, la participation des employés, dirigeants ou administrateurs occupant un rang élevé et les infractions antérieures jouent également un rôle.

Un certain nombre d'autorités étrangères en matière de concurrence ont adopté des politiques d'indulgence prévoyant la réduction progressive des amendes en fonction du rang des demandeurs. Dans le cas de la CE, le premier demandeur qui n'a pas droit à l'immunité, mais qui fournit à la CE une preuve ayant [TRADUCTION] « une importante valeur ajoutée par rapport à la preuve déjà en possession de la CE », bénéficie d'une réduction d'amende de 30 à 50 pour cent. Le deuxième demandeur est admissible à une réduction de 20 à 30 pour cent, et tout demandeur subséquent, à une réduction ne dépassant pas 20 pour cent.⁸⁴ En fixant l'amende de base, la CE se conforme aux directives générales qui exigent qu'elle tienne compte de la gravité et de la durée de l'infraction, ainsi que de certaines circonstances aggravantes et atténuantes.⁸⁵

L'OFT adopte une approche semblable.⁸⁶ Il offre une réduction discrétionnaire de l'amende pouvant atteindre cent pour cent en ce qui concerne le premier membre du cartel à s'être manifesté après le début d'une enquête, mais avant l'émission d'un énoncé des objections par l'OFT. Les demandeurs subséquents peuvent obtenir une réduction pouvant aller jusqu'à cinquante pour cent s'ils fournissent des éléments de preuve à l'OFT et collaborent avec celui-ci, et s'ils mettent fin à leur participation au cartel. Pour déterminer la réduction, l'OFT tient compte

décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis en 2004 et en 2005 ont mis en doute la validité du manuel de directives antérieur. La décision *United States v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005), rendue en 2005, a permis que l'on continue à utiliser les lignes directrices, mais de façon facultative plutôt qu'obligatoire.

⁸⁴ *Supra*, note 18, par. 20-23.

⁸⁵ Commission européenne, « Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en vertu de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, (98/C9/03).

⁸⁶ « Leniency in Cartel Cases », *supra*, note 20, p. 7-8.

du stade auquel l'entreprise s'est manifestée, de la preuve déjà en possession de l'OFT et des éléments de preuve fournis par l'entreprise. L'amende de base, qui fait ensuite l'objet de réduction, est fixée en fonction de la gravité de l'infraction et de la pertinence de l'engagement, ajustées selon la durée, et de facteurs aggravants et atténuants.⁸⁷

L'ACCC a une politique en matière de collaboration⁸⁸ qui continue à s'appliquer dans les cas où la politique en matière d'immunité ne s'applique pas. La politique met l'accent sur la souplesse, et part du principe voulant qu'un traitement plus indulgent, pouvant aller jusqu'à l'immunité totale, soit accordé à ceux qui collaborent aux enquêtes et aux procédures judiciaires de l'ACCC. Selon la politique, l'indulgence est plus susceptible d'être accordée lorsque les demandeurs fournissent des éléments de preuve valables et importants et collaborent pleinement avec l'ACCC, lorsque le demandeur n'a pas été le dirigeant de l'activité et n'a pas forcé d'autres personnes à y prendre part, lorsque le demandeur met fin à sa participation à l'activité et est disposé à verser un dédommagement, et lorsque le demandeur n'a pas d'antécédents judiciaires en matière d'infractions prévues par la *Trade Practices Act* ou autres lois connexes.

La réduction ou l'élimination du risque d'être exposé à un recours en dommages-intérêts et autre réparation ne fait habituellement pas partie d'un programme d'indulgence, et les autorités en matière de concurrence n'ont généralement pas le pouvoir d'accorder directement ce type de réparation.

L'OCDE rappelle la nécessité d'élaborer des programmes d'indulgence aussi clairs, certains et prioritaires que les programmes d'immunité. Elle ajoute qu'une offre générale de réduction des sanctions peut ne pas être suffisante pour encourager les entreprises à se manifester, car l'avantage de rester dans le cartel peut sembler plus important et plus sûr que les retombées incertaines d'aveux. Elle laisse également entendre que les autorités en matière de concurrence

⁸⁷ Pour plus de détails, voir « OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty », *supra*, note 20.

⁸⁸ ACCC, « Cooperation Policy for Enforcement Matters », juillet 2002. Voir le site : <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=459482&nodeId=file42377ff017a57&fn=ACCC%20cooperatio n%20policy%20July%202002.pdf>.

devraient peut-être limiter la portée des sanctions pouvant être infligées - en éliminant, par exemple, la possibilité de condamner les particuliers à l'emprisonnement.⁸⁹

Questions à soumettre à la consultation

- 8.1 *Quand devrait-on accorder un traitement indulgent et à quelles conditions?*
- 8.2 *Quels critères devrait-on prendre en compte pour déterminer le degré d'indulgence que le Bureau devrait recommander au procureur général?*
- 8.3 *Dans quelles circonstances et en fonction de quels stimulants un demandeur serait-il le plus susceptible de collaborer avec le Bureau en contrepartie d'un traitement indulgent?*
- 8.4 *Comment considérer les différents stimulants destinés à inciter les demandeurs à la collaboration?*

9. L'immunité proactive

En cours d'enquête et avant d'avoir obtenu suffisamment d'éléments de preuve pour référer l'affaire au procureur général, le Bureau peut informer les demandeurs visés de l'existence du Programme et de son fonctionnement. Cette pratique est utile pour les demandeurs visés qui ne sont peut-être pas au courant de toutes les possibilités qui leur sont offertes, et pour le Bureau, qui désire inciter des demandeurs à s'adresser à lui. Bien qu'il s'agisse d'un programme accessible au public, beaucoup de gens et d'entreprises ne sont pas au courant de son contenu ou de son utilité éventuelle dans leur situation. Le Bureau ne cherche pas, de façon générale, les demandeurs d'immunité dans des affaires de cartel (sauf si l'enquête suppose qu'il en rencontre et communique avec eux), mais il l'a déjà fait, de son propre chef, dans des affaires d'indications fausses ou trompeuses et de pratiques commerciales déloyales, en dehors du cadre habituel de ses enquêtes. Ces initiatives se sont révélées fructueuses.

⁸⁹ *Supra*, note 10, et OCDE, L'observateur de l'OCDE, « Policy Brief : Using leniency to fight hard core cartels », sept. 2001.

Méthodes adoptées par d'autres autorités en matière de concurrence

L'ACCC a abordé la question de « l'indulgence proactive » dans le document de travail intitulé *Review of the ACCC's Leniency Policy for Cartel Conduct*,⁹⁰ où elle envisageait la possibilité de prendre contact avec les parties susceptibles d'être intéressées par sa politique d'indulgence.

L'ACCC est notamment demandée a) si elle devrait se doter d'une politique sur la manière d'entrer en contact avec les participants à un cartel présumé afin d'éviter de donner à une partie un avantage dans la « course vers la sortie » et b) si elle devrait pouvoir décider qui contacter en premier lieu, pour inciter un demandeur en particulier à demander l'indulgence.

Dans sa nouvelle politique d'immunité, l'ACCC déclare que, si elle dispose d'information lui permettant de soupçonner que certaines personnes participent ou ont participé à un cartel, elle peut, à sa discrétion, contacter l'une ou l'autre de ces personnes pour les informer de sa politique d'immunité et les encourager à faire une demande.⁹¹

Questions à soumettre à la consultation

- 9.1 *Le Bureau devrait-il envisager de contacter des demandeurs éventuels dans le cours d'une enquête s'il a des raisons de croire qu'une partie pourrait avoir droit à l'immunité? Le cas échéant, dans quelles circonstances?*
- 9.2 *Faut-il se poser la question de l'équité à l'égard des parties que le Bureau choisirait de contacter? Comment y répondre?*
- 9.3 *Si une partie demande un signet, se voit opposer un refus parce qu'elle n'est pas la première, puis décide de ne plus collaborer, le Bureau devrait-il la contacter ultérieurement si la première candidature n'est pas fructueuse?*

⁹⁰ *Supra*, note 22.

⁹¹ *Supra*, note 23.

V. Conclusion

Le Bureau souhaite recueillir votre avis sur toutes ces questions d'ici le 10 mai 2006, pour l'éclairer dans son examen du Programme. Les intervenants sont également invités à aborder d'autres questions qu'ils jugeraient utiles. Les observations peuvent être adressées par courriel, par télécopieur ou par courrier ordinaire. À moins que la confidentialité ne soit expressément demandée, ces mémoires seront publiés dans le site Web du Bureau.

Si vous avez besoin d'aide, veuillez appeler le Centre des renseignements du Bureau, au 819-997-4282 ou composer le numéro sans frais 1 800 348-5358.

Veillez adresser vos commentaires à :

Madame Erica Schumacher
Télec. : 819-934-3602
Courriel : schumacher.eric@bc-cb.gc.ca

Adresse postale :

Direction générale des affaires criminelles
Bureau de la concurrence
Place du Portage I
50, rue Victoria
Gatineau (Québec) K1A 0C9