



## **INTRODUCTION**

1. Pour Jean Carbonnier, dans son ouvrage *Sociologie juridique*, la clémence est une institution présente dans la plupart des systèmes juridiques qui fonctionne comme « *un ressort antagoniste* » face à la sévérité, à la dureté de la loi<sup>1</sup>. Il s'agit là d'une clémence inspirée par la pitié, la bonté, l'humanité.

Or, force est de constater que la clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, est tout autre : la clémence est ici instrumentalisée pour améliorer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Elle est plus une monnaie d'échange et un outil de négociation que l'expression d'une vertu. La sévérité n'est pas ici à l'opposé de la clémence. Les deux notions sont utilisées de manière complémentaire : plus la loi prévoit des sanctions sévères aux infractions, et plus la clémence apparaîtra nécessaire ; les entreprises seront fortement incitées à coopérer avec les autorités de la concurrence.

2. La clémence, expressément mentionnée par le législateur, renvoie aux programmes de l'article 464-2, III, C.com., permettant à une entreprise de bénéficier d'une exemption ou d'une réduction d'amende si elle contribue à l'établissement de la réalité de l'infraction en apportant au Conseil de la concurrence des informations nécessaires et inédites, et en dénonçant les autres entreprises parties à l'entente. L'article 464-2, III, C. com. ne concerne que les ententes : seul l'article 420-1 C.com. est visé.

Il est aussi permis d'inclure dans la notion de clémence, comprise *lato sensu*, les dispositions de l'article 464-2, II, C. com., grâce auxquelles une entreprise poursuivie, en ne contestant pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et en s'engageant à modifier son comportement, verra le montant de la sanction encourue réduit de moitié. Même s'il n'y a pas d'exemption totale en perspective, la réduction de moitié du montant de l'amende est bien une mesure de clémence qui récompense cette fois, non pas l'aide à l'établissement de l'infraction, mais la docilité de l'entreprise. Par cette disposition, ne sont pas seulement visées les ententes, mais toutes les pratiques anticoncurrentielles en général<sup>2</sup>. L'introduction de la clémence en droit de la concurrence est donc loin d'être limitée et ponctuelle.

3. L'utilisation de la clémence comme instrument d'incitation et de négociation a cependant suscité de nombreuses critiques. Ainsi, lorsque les programmes de clémence ont été adoptés en droit communautaire de la concurrence par une communication de la Commission du 18 juillet 1996, certaines organisations professionnelles ont estimé que ces nouvelles mesures étaient contraires à l'éthique, car elles institutionnalisait la délation<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, éd. Quadrige 1994, p. 404.

<sup>2</sup> La clémence est ainsi proposée, lors de la procédure, sous la forme d'une réduction de la moitié du montant de l'amende, pour les affaires d'ententes (art. 420-1 C. com.), d'abus de position dominantes (art. 420-2 C. com.) ou même de pratiques de prix abusivement bas (art. 420-5 C. com.).

<sup>3</sup> 26<sup>ème</sup> Rapport de la Commission européenne sur la politique de la concurrence, p. 16, n° 35.

La Commission européenne a rejeté cet argument « *qui renversait l'ordre des valeurs* ». Elle a estimé « *qu'au contraire, c'était le maintien du silence sur les ententes les plus nocives qui était critiquable* »<sup>4</sup>. La Commission s'est référée à un jugement du 6 avril 1995 du Tribunal de première instance<sup>5</sup> précisant « *que, plutôt que de participer à activités anticoncurrentielles, une entreprise pourrait dénoncer les entreprises qui la poussent à de telles activités* »<sup>6</sup>.

4. Il a aussi été reproché aux programmes de clémence de contrevenir aux droits de la défense et, notamment, d'être contraires au principe de non auto-incrimination des personnes interrogées par les enquêteurs. Le juge communautaire a énoncé que, même s'il n'existait pas un droit général de garder le silence à la phase de l'enquête, « *la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* »<sup>7</sup>.

5. La confession d'une entreprise pour obtenir une réduction d'amende ne saurait être entendue comme une violation de ce droit puisque l'entreprise n'est pas contrainte par la Commission d'apporter son témoignage<sup>8</sup>. Celui-ci se fait de manière volontaire. Plus généralement, le Tribunal de première instance a affirmé que « *le seul fait que la Commission indique à une entreprise partie à une enquête[...], durant la procédure administrative, qu'une réduction du montant de l'amende à intervenir serait possible en cas de reconnaissance de l'essentiel ou de la totalité des allégations de fait de la Commission, sans préciser l'ampleur de cette réduction, ne saurait constituer une pression exercée sur cette entreprise. Ce faisant, la Commission ne méconnaît pas [...] le respect des droits de la défense* »<sup>9</sup>.

6. Par opposition, et marquant là une véritable différence de *culture de concurrence*, l'adoption de programmes de clémence aux Etats-Unis n'a pas suscité de critiques puisqu'il existe depuis longtemps en droit pénal américain des mécanismes visant à obtenir des informations de la part de délinquants en échange de traitement plus favorable (*leniency deals*)<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> TPI 6 avril 1995, affaire T-141/89, *Tréfileurope Sales SARL c. Commission*, Rec. , p. II-791, point 58.

<sup>6</sup> 26<sup>ème</sup> Rapport de la Commission européenne préc., p. 16, n° 35.

<sup>7</sup> Arrêt *Orkem* de la CJCE du 18 octobre 1989, Rec. p. 3283 et s., spéc. point 35. La Commission a, par la suite, dans un document adressé aux entreprises, précisé la manière dont elle interprétait la jurisprudence de la Cour. Les entreprises ont l'obligation de répondre aux questions factuelles du type : « A combien de réunions avec vos concurrents avez-vous participé ? ». Elles peuvent refuser de répondre à celles formulées de la manière suivante : « A combien de réunions avec vos concurrents avez-vous participé, et dans lesquelles vous avez décidé de contrevenir à l'article 85 ? ». European Commission, *Dealing with the Commission*, Brussels 1997, p.28.

<sup>8</sup> C.S. Kene, E.C. Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell, Fourth edition 1998, §7.37 p. 325.

<sup>9</sup> TPI 14 mai 1998, affaire T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft / Commission*, Rec. p. II-1751, points 313 et 314.

<sup>10</sup> Il faut préciser que le droit américain de la concurrence comporte une grande partie relevant du droit pénal. Il est généralement moins protecteur que le droit français en termes de droits de la défense. Ainsi, les personnes coupables d'une infraction antitrust pénale, interrogées lors d'une procédure de grand jury, n'ont pas droit à l'assistance de leur

« *Proposer la clémence en échange d'un témoignage, écrit un auteur américain, est une coutume apparemment vieille comme le droit. Bien que ces accords soient en eux-mêmes suspects, ces procédés de négociations ont prouvé qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement de notre système pénal* »<sup>11</sup>.

7. Les critiques ont finalement fait place à la reconnaissance de la nécessité des mécanismes de clémence en droit de la concurrence.

Dans son rapport pour 1999, le Conseil de la concurrence observait que, désormais, une autorité de la concurrence ne pouvait se contenter de tirer toute sa force de son seul pouvoir de sanction. Aussi se réjouissait-il de l'introduction en droit positif d'un pouvoir de transaction avec les entreprises qui acceptent de coopérer, pouvoir qui contribuerait à l'exercice « *d'une réelle politique* »<sup>12</sup>. L'article 464-2, II, C.com. réalise les vœux du Conseil sur ce point et permet aussi de voir la procédure s'accélérer : le gain de temps ainsi obtenu s'avère précieux étant donné les stocks de dossiers à traiter et les délais encore élevés<sup>13</sup>. L'efficacité des règles de lutttes contre les pratiques anticoncurrentielles est de cette manière accrue.

8. Dans le domaine des ententes, l'expérience a révélé qu'aujourd'hui les membres des cartels s'organisent souvent comme de véritables entités criminelles secrètes. Toutes sortes de stratagèmes, de plus en plus sophistiqués, sont mis au point pour ne laisser derrière soi aucune trace, qu'elle soit écrite ou électronique<sup>14</sup>. Le législateur se devait donc de se doter d'un moyen de détection efficace des ententes.

Une autre raison mettait en exergue le besoin d'adopter des programmes de clémence : historiquement, les conspirations les plus importantes de fixations de prix ont d'abord été locales : une en Europe, une autre en Amérique du Nord, une autre en Asie, chacune avec un rôle différent. Or, aujourd'hui, ces conspirations sont internationales, mondialement étendues. Leurs participants sont généralement des entreprises puissantes, bénéficiant de moyens financiers et technologiques quasiment illimités<sup>15</sup>. Tous les consommateurs sont donc susceptibles d'en

---

avocat. De même, selon une jurisprudence constante et ancienne, les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir de leur « *privilege against self incrimination* » (droit de ne pas s'auto incriminer) lors des interrogatoires.

<sup>11</sup> J. Moreau, Leniency for Testimony: hypocrisy or judicial necessity? 5 Suffolk J. Trial & App. Adv. 169, 2000, p. 179.

<sup>12</sup> Conseil de la concurrence, 13<sup>ème</sup> rapport d'activité 1999, p.XX.

<sup>13</sup> *ibid.*

<sup>14</sup> J. Leonnet, Les éléments de preuves dans les affaires de concurrence, Tables rondes de l'OCDE sur la mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence, 1997, disponible sur le site Internet de l'OCDE à l'adresse suivante : [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>15</sup> J. Joshua, Leniency in US and EU Cartel Cases, Antitrust magazine, Summer 2000, p. 19. Pour compléter le « portrait robot » de ces entreprises, on pourrait ajouter qu'elles sont généralement moins d'une dizaine (voir l'Antitrust Division Department of Justice Annual Report–1999, disponible à l'adresse Internet suivante : [www.usdoj.gov/atr/index.html](http://www.usdoj.gov/atr/index.html)) mais très bien coordonnées et organisées; cela peut s'expliquer par le fait que, comme le notait il y a déjà quelques années Richard Posner, les grands cartels (par le nombre de participants) sont plus difficiles à manier : ils peuvent plus facilement s'effondrer et sont susceptibles de générer des récriminations mutuelles, fournissant ainsi des preuves potentielles (Richard A. Posner, Antitrust – Cases, Economics notes and other materials, American Casebook series, West Publishing Co., 1974, p. 94 et s.).

souffrir<sup>16</sup>. La plupart des autorités de concurrence dans le monde se sont donc dotées de programmes de clémence pour venir à bout de ces cartels. « *Appelées par la force des évolutions économiques à travailler ensemble sur les mêmes dossiers*, notait le Conseil de la concurrence en 1999, *ces autorités vont se trouver en concurrence, comme elles le sont d'ailleurs déjà aux yeux de certains "usagers", entreprises ou conseils. A cet égard, il est particulièrement important que le droit français de la concurrence et les institutions qui sont chargées de le mettre en œuvre correspondent aux standards internationaux qui sont en train de s'imposer* »<sup>17</sup>.

9. Le législateur français a donc pu s'inspirer des diverses expériences étrangères pour la conception des articles 464-2, II et III C. com.

Le modèle le plus accessible était le modèle communautaire. La filiation est certaine : la communication de la Commission européenne du 18 juillet 1996<sup>18</sup> propose, à l'instar du texte français, une exemption totale ou partielle aux entreprises qui contribueront à établir l'existence d'un cartel secret.

Le texte communautaire prévoit encore des réductions d'amendes pour les entreprises qui ne contestent pas les faits, après qu'elles aient reçu notification des griefs<sup>19</sup>.

Il est regrettable que le législateur ne se soit pas davantage inspiré du texte communautaire et n'ait pas adopté une approche plus large de la clémence en identifiant expressément l'article 464-2, II, comme étant une procédure de clémence. Le législateur aurait ainsi permis d'éviter de mauvaises interprétations du texte ou de possibles confusions<sup>20</sup>.

10. La communication de juillet 1996 s'est elle-même inspirée des *Leniency programs* américains<sup>21</sup>. Ces derniers ne s'appliquent qu'en matière pénale, pour les ententes les plus graves. Ils permettent à une entreprise de recevoir une exemption totale d'amende (*total amnesty*) si elle a été la première à informer le *Department of Justice* de l'existence du cartel. A la différence de la communication de la Commission, un mécanisme de coopération dans la procédure n'est pas prévu expressément dans les programmes. Toutefois, une entreprise peut obtenir la clémence après la notification des griefs par le procédé du *plea bargaining*<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Voir les tables rondes de l'OCDE, Ententes injustifiables, disponible à l'adresse Internet suivante : [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>17</sup> Conseil de la concurrence, préc., p. XX.

<sup>18</sup> La communication datant de 1996 est disponible à l'adresse Internet suivante : [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/96c207\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/96c207_en.html).

<sup>19</sup> Section D de la communication. Les lignes directrices de 1998 sur le calcul du montant des amendes prévoient aussi la possibilité de coopérer au moment de la procédure. Voir infra n°22.

<sup>20</sup> Au cours des travaux préparatoires, on a ainsi craint une confusion entre la coopération de l'article 464-2, II, C.com., et la procédure simplifiée de l'article 463-3 C. com. (voir le rapport du Député Eric Besson du 19 janvier 2001, disponible sur le site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)). Identifier l'article 464-2, II, comme une mesure de clémence aurait écarté définitivement les doutes.

<sup>21</sup> Disponibles sur le site Internet de la Division antitrust du Department of Justice à l'adresse suivante : [www.usdoj.gov:80/atr/public/guidelines/lencorp.htm](http://www.usdoj.gov:80/atr/public/guidelines/lencorp.htm)

<sup>22</sup> Voir infra n° 23.

11. Ainsi se trouvent introduites dans l'ordre juridique français des données à l'origine totalement étrangères. Cette greffe peut avoir un effet revigorant pour notre droit de la concurrence<sup>23</sup>. Les praticiens vont devoir se familiariser avec ce nouvel instrument issu d'un système où la mentalité et le contexte sont différents.

L'article 464-2, II et III, permet donc d'apporter une facette nouvelle au droit des pratiques anticoncurrentielles (I). Mais le législateur français aurait peut-être dû approfondir son travail de comparaison, et tenir compte de certaines expériences et échecs étrangers afin que l'efficacité des procédures de clémence soit totale (II).

## **I - UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA LUTTE CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES**

12. L'article 464-2, II, C.com., propose une clémence implicite. La clémence expressément nommée apparaît dans le III du texte. Or, en toute logique, le législateur aurait dû placer les programmes de clémence avant les mécanismes de non-contestation puisque, chronologiquement, c'est dans cet ordre que les autorités de la concurrence auront à les utiliser. C'est la raison pour laquelle sera d'abord envisagée l'étude de l'article 464-2, III. C. com. (A) puis celle de l'article 464-2, C.com., II (B).

### **A . La clémence en contrepartie d'une coopération dans la détection des ententes occultes**

13. Le législateur de mai 2001 utilise expressément le concept de clémence dans le seul article 464-2, III, C.com. Le terme n'est pas spécialement défini mais il correspond à l'exemption ou exonération totale ou partielle d'amende. Les procédures ou programmes de clémence, selon les dénominations classiques<sup>24</sup>, ont été adoptés en réaction à la multiplication de cartels secrets de grande envergure, par définition très nuisibles.

14. L'expérience montre que, dans les grandes affaires d'ententes, on se heurte souvent à des problèmes de preuve de participation. Des techniques de plus en plus sophistiquées sont mises en place par les entreprises conspiratrices afin de laisser le moins de traces possibles. L'affaire du cartel des électrodes en graphite en illustre parfaitement la teneur. Les cadres supérieurs des entreprises parties à l'entente se réunissaient fréquemment en Suisse pour convenir d'augmentations de prix. Les frais d'hôtel et de voyage étaient payés en argent liquide. Il n'était pas fait explicitement mention de ces réunions dans les notes de frais, afin d'éviter de conserver des traces écrites des réunions et des accords. Lorsqu'il existait des documents, des noms de code

---

<sup>23</sup> H. Muir Watt, La fonction subversive du Droit comparé, RIDC 3-2000, p. 510.

<sup>24</sup> Voir les travaux de l'OCDE sur l'utilisation de la clémence pour venir à bout des ententes injustifiables.

étaient utilisés pour désigner les participants au cartel, tels que « BMW » pour SGL ou « Pinot » pour UCAR<sup>25</sup>.

Rapporter la preuve de telles réunions s'avère être très difficile par des moyens d'investigation classiques.

15. Les programmes de clémence permettent de combattre efficacement ce type de comportement. Aussi grandes étaient les précautions prises par les membres du cartel des électrodes en graphite, elles ne résistèrent pas aux programmes communautaires de clémence. La nouveauté réside ici dans l'obtention de l'information : les éléments d'informations vont provenir de l'intérieur du cartel. C'est l'entreprise elle-même qui a un rôle actif dans l'établissement de la preuve.

L'entreprise ne doit pas se contenter d'identifier les membres du cartel. L'article 464-2, III, C.com. incite aussi l'entreprise à apporter les informations qui doivent être inédites et doivent contribuer à identifier les autres membres du cartel. Elles doivent être aussi les plus précises et plus complètes possible puisque l'exemption sera « *proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction* ».

16. Ces entreprises sont aujourd'hui généralement très interdépendantes. Les parties à une entente peuvent souvent être associées depuis un certain temps dans des alliances stratégiques, et parfois sont partenaires dans une entreprise de *joint-venture*<sup>26</sup>. Il est très difficile pour l'une d'entre elles de prendre la décision d'impliquer d'autres, en sachant que les conséquences seront sévères, voire irréparables, pour ces dernières sur le marché. Sans compter que l'entreprise dénonciatrice peut, par la suite, subir des mesures de représailles. C'est, pour les entreprises, le pas le plus difficile à franchir dans le processus de soumission aux programmes de clémence<sup>27</sup>. Plusieurs années d'utilisation des programmes de clémence aux Etats-Unis ont permis de constater que les candidats à la clémence sont souvent prudents, voire hésitants : dans les premiers temps, le conseil de l'entreprise va prendre contact avec l'autorité de la concurrence, anonymement, et va se renseigner sur les enquêtes en cours dans le secteur qui l'intéresse, et sur les possibilités d'obtenir la clémence pour son mystérieux client.

L'administration devra donc se montrer suffisamment persuasive pour décider totalement l'entreprise en apportant notamment des garanties assurant sa sécurité quant à la confidentialité de la procédure<sup>28</sup>.

17. Le Conseil de la concurrence aura également la tâche de prévenir les abus qui pourraient résulter de l'utilisation des programmes de clémence. Une entreprise peut, en effet, décider de contacter le Conseil de la concurrence, mais ne lui révéler que très peu d'informations factuelles et tarder à délivrer les révélations essentielles. De tels attermoissements sont destinés à préserver

---

<sup>25</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 juillet 2001, disponible à l'adresse Internet suivante : [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guestfr.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1010|0|RAPID&lg=FR](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guestfr.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1010|0|RAPID&lg=FR)

<sup>26</sup> D. Klawiter, Corporate Leniency in the Age of International Cartels : The American Experience, Antitrust magazine, Summer 2000, p. 16.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Or, sur ce point, quelques incertitudes planent sur l'efficacité des programmes français. Voir infra n° 39.

toutes les chances de l'entreprise de bénéficier de la clémence. Dans un même temps, elle peut tenter de contrôler l'avancement de l'enquête, et notamment essayer de vérifier auprès des autorités si d'autres membres de l'entente approchent le rapporteur général ou l'administration<sup>29</sup>. Si aucun autre membre du cartel ne décide de coopérer, l'entreprise qui aura initialement approché le Conseil pourrait alors se retirer des négociations, sans avoir révélé d'informations suffisantes pour établir l'existence des pratiques illicites. Les autorités doivent sanctionner ce type de comportement.

Les négociations entre les autorités de la concurrence et les entreprises devront donc être un subtil mélange entre incitation et fermeté.

18. Les autorités de la concurrence françaises étaient jusqu'ici essentiellement habituées à détecter puis réprimer les pratiques anticoncurrentielles.

Avant l'introduction des programmes de clémence en Droit communautaire, des auteurs américains constataient qu'il existait « *un fossé entre la "mentalité de procureur" du DOJ et la mentalité plus administrative ou de surveillant de la DG IV* »<sup>30</sup>. La même observation pouvait être formulée pour les autorités françaises. Cette mentalité particulière se traduit par la volonté permanente de la part du *Department of Justice* de négocier avec les entreprises. La coopération doit être possible jusqu'au dernier moment : tant que les enquêteurs n'ont pas de preuves suffisantes, une entreprise doit pouvoir venir témoigner. Les autorités américaines pratiquent la politique de la « *porte ouverte le plus longtemps possible* »<sup>31</sup>. La clémence ne doit pas être utilisée avec parcimonie. Et même si les conditions des *Leniency programs* ne sont pas remplies, les autorités américaines peuvent faire preuve de souplesse et accorder la clémence en exerçant leur pouvoir discrétionnaire<sup>32</sup>. Mais en même temps, le *Department of Justice* sait faire preuve d'une très grande intransigeance avec les entreprises qui ne saisissent pas l'opportunité offerte. Les amendes infligées aux entreprises qui n'ont pas collaboré sont très élevées<sup>33</sup>. L'incitation à coopérer et la peur d'une répression sévère sont deux instruments essentiels dans la politique des autorités américaines.

Les programmes de clémence vont certainement influencer sur la manière d'agir des autorités françaises. Celles-ci vont devoir d'abord apprendre à allier souplesse et fermeté dans la mise en oeuvre de l'article 464-2, III, C.com. Elles devront ensuite s'habituer à dialoguer avec un grand nombre d'entreprises désireuses de coopérer.

---

<sup>29</sup> De tels comportements ont été relevés par le *Department of Justice*. Voir D.Klawiter, *Corporate Leniency in the Age of International Cartels*, préc., p. 16.

<sup>30</sup> Il faut comprendre ici, mentalité de procureur « à l'américaine ». B.Hawk et J.Veldtrop : les développements du droit antitrust américains aux Etats-Unis : analyse raffinée et politique agressive, RIDE 1994, p. 305.

<sup>31</sup> D. Klawiter, préc.

<sup>32</sup> Ainsi, par exemple, les autorités américaines prévoient expressément que les personnes physiques qui n'ont pas rempli les conditions des programmes de clémence pour les individus (*individual leniency policy*), peuvent cependant bénéficier d'une mesure de clémence basée sur le pouvoir de « *prosecutorial discretion* » du *Department of Justice*. Mais rien n'empêche les autorités d'exempter les entreprises de toutes poursuites même si elles n'ont pas rempli toutes les conditions des programmes de clémence pour les entreprises afin d'obtenir un témoignage.

<sup>33</sup> Voir infra n° 41 et s.

19. Outre la nouveauté du système même, l'adoption de programmes de clémence semble correspondre à une nouvelle manière de considérer les entreprises. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche a fait remarquer que le présupposé selon lequel l'entreprise agit comme un « *homo economicus* », c'est à dire qu'elle va agir de la manière la plus rationnelle possible, est très contesté en droit français : dans une telle hypothèse, c'est le calcul de l'intérêt qui produit le respect de la loi<sup>34</sup>. Or, l'adoption des programmes de clémence opte pour ce présupposé puisque l'on va compter sur la capacité des entreprises à évaluer où se situe leur intérêt ; à elles de mesurer, en fonction des règles du jeu fixées par le Conseil de la concurrence, le risque qu'elles courent à rester dans un cartel, et le gain qu'elles peuvent obtenir en dénonçant leurs complices. Peut être le signe d'une analyse un peu plus économique du droit, les programmes de clémence sont avec certitude le témoignage d'une approche plus réaliste et plus pragmatique du droit des ententes.

## **B – La clémence en contrepartie d'une coopération dans la procédure**

20. L'article 464-2, II, C.com., prévoit une réduction d'amende importante pour l'entreprise qui coopère une fois que les griefs lui ont été notifiés, c'est à dire, à la phase de la procédure. Comme pour l'article 464-2, III, C.com., le procédé utilisé est l'exonération d'amende en échange d'une collaboration, mais le terme clémence n'est pas ici employé. Il s'agit là pourtant, à notre sens, des mêmes mécanismes.

21. Le législateur a prévu que « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir* », le montant maximum de l'amende encourue serait réduit de moitié. Ici, ne sont pas visées seulement les ententes, mais toutes les pratiques anticoncurrentielles.

Pour obtenir la clémence, l'entreprise doit donc tout d'abord faire preuve de docilité en ne contestant pas les faits qui lui sont reprochés.

Le législateur a pu s'inspirer de procédures du même type existant en droit communautaire et en droit américain.

22. La communication du 18 juillet 1996 permet ainsi à une entreprise de bénéficier d'une réduction d'amende de 10 à 50% si elle ne conteste pas les griefs que lui oppose la Commission. Cette possibilité est offerte à une entreprise partie à une entente qui n'aura pas pu répondre à toutes les conditions exigées dans les sections B et C de la communication<sup>35</sup>. La non-contestation des griefs est ici en quelque sorte la dernière chance pour l'entreprise d'obtenir une mesure de clémence. Parallèlement à la communication, il existe une procédure de non-contestation des griefs d'application plus générale, non limitée aux seules affaires d'ententes. Les lignes

---

<sup>34</sup> M.-A. Frison-Roche, L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, in Ateliers de la concurrence – 7 juin 2000, L'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations, disponible sur le site Internet du ministère de l'économie et des finances à l'adresse suivante : [www.finances.gouv.fr/DGCCRF/concurrence/ateliers\\_concu/decisions.htm#concurrence](http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/concurrence/ateliers_concu/decisions.htm#concurrence).

<sup>35</sup> Si les conditions de la section B sont réunies, l'entreprise bénéficie d'une réduction d'amende de 75 à 100%. Si les conditions de la section C sont réunies, l'entreprise bénéficie d'une réduction de 50 à 75%.

directrices 98/C/9/03 pour le calcul des amendes<sup>36</sup> prévoient en effet qu'une entreprise pourra obtenir une réduction d'amendes si elle collabore de manière effective « à la procédure, en dehors du champ d'application de la communication du 18 juillet 1996 concernant la non-imposition ou la réduction du montant des amendes »<sup>37</sup>.

23. Outre-Atlantique, les entreprises sont aussi encouragées à coopérer avec le *Department of Justice* lors de la procédure.

Les *Leniency Programs* ne prévoient pas de mécanismes de coopération dans la procédure : l'exemption totale d'amende n'est prévue que pour la seule entreprise qui se sera présentée la première et qui aura aidé les autorités à établir l'existence de l'entente. Cependant, les autres entreprises détectées et poursuivies à la suite de l'enquête ont la possibilité d'obtenir la mansuétude des autorités, en ayant recours au *plea bargaining*<sup>38</sup>. Ce procédé n'est utilisable que lorsque les entreprises sont pénalement poursuivies.

Pour bien comprendre le mécanisme du *plea bargaining*, il faut préalablement préciser que le *Department of Justice* n'a pas le pouvoir de sanctionner les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles. Contrairement aux systèmes français et communautaire, les sanctions sont infligées par les cours fédérales. Il faut aussi garder en mémoire que les procès antitrust peuvent être longs et coûteux, tant pour le gouvernement que pour la partie défendante<sup>39</sup>.

Grâce au *plea bargaining*, les parties évitent le procès<sup>40</sup>. Le *Department of Justice* va négocier un accord avec l'entreprise dans lequel il peut décider d'abandonner la plupart des charges ou décider de requalifier les faits en une infraction moins grave<sup>41</sup>. En échange, l'entreprise ou la personne physique poursuivie devra, soit reconnaître les faits et plaider coupable (*guilty plea*), soit ne pas contester les griefs (*plea of nolo contendere*)<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> JO 1997 C 207/4. Les lignes directrices codifient en quelque sorte la pratique de la Commission qui accordait des réductions d'amendes aux entreprises faisant preuve d'une attitude constructive durant la procédure. C.S.Kene, préc., §7.35 p. 321.

<sup>37</sup> Cette dernière précision permet d'éviter toute contestation de la part d'une entreprise partie à une entente qui voudrait bénéficier à la fois des dispositions de la communication et de celles des lignes directrices.

<sup>38</sup> Le *plea bargaining* s'applique à les pratiques anticoncurrentielles, du moment qu'elles sont pénalement poursuivies.

<sup>39</sup> Le meilleur exemple de bataille judiciaire est l'affaire *Microsoft*. Dès lors que l'entreprise dispose de moyens financiers suffisants, elle peut interrompre la procédure en émettant un grand nombre d'objections. Le système procédural américain prévoit aussi que chaque partie doit produire ses experts pour l'analyse des marchés et des pratiques en cause, ce qui là encore, est de nature à allonger la durée du procès.

<sup>40</sup> Par le *plea bargaining*, la partie renonce à son droit au procès (*Trial*). Antitrust Law Developments, vol. I, American Bar Association, (quatrième édition 1997), p. 700. La juridiction fédérale n'aura que la possibilité d'accepter ou de refuser le *plea agreement*.

<sup>41</sup> B. Garner, A Handbook of Criminal Law Terms, West Group, 2000, p. 518.

<sup>42</sup> Antitrust Law Developments, préc., p. 700.

24. Qu'ils soient américains ou européens, les instruments de coopération sont donc sensiblement les mêmes. Ils visent à inciter l'entreprise à faire preuve de bonne volonté dans la procédure afin de faciliter la tâche d'instruction des autorités<sup>43</sup>.

Les différentes autorités de concurrence semblent souffrir des mêmes maux : le manque de moyens pour supporter de longues procédures<sup>44</sup>. Les mécanismes de non-contestation permettent de réduire la durée de la procédure et partant, d'en réduire les coûts. L'efficacité des autorités de concurrence est de cette manière accrue puisqu'elles disposent de davantage de temps pour traiter les dossiers en attente ou se consacrer aux affaires plus complexes.

25. L'article 464-2, II, C.com., prévoit ensuite que l'entreprise poursuivie doit s'engager à modifier son comportement pour l'avenir. Cette condition permet d'assurer dans le futur la correction du comportement en cause<sup>45</sup>. Elle marque aussi l'originalité du texte français puisque les mécanismes de non-contestations communautaires ou américains ne prévoient pas de telles modifications du comportement<sup>46</sup>.

La méthode fait plutôt penser à la pratique des « *consent decrees* » américains<sup>47</sup>, par laquelle le gouvernement et l'entreprise négocient un accord prévoyant une modification du comportement ultérieur de l'entreprise<sup>48</sup>. En contrepartie de l'obtention de ces mesures correctrices, l'entreprise n'est pas poursuivie par les autorités pour la pratique couverte par le *decree*<sup>49</sup>. Le procès est là encore évité. Ces mesures correctrices constituent bien une forme de clémence puisqu'elles vont moins loin que les mesures susceptibles d'être imposées par une cour fédérale. Cependant, elles se distinguent clairement des procédés de non-contestation des griefs puisqu'il n'y a pas d'admission de culpabilité de la part de l'entreprise<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> C. Prieto, La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques, Droit et patrimoine décembre 2001.

<sup>44</sup> Pour un aveu de manque de moyens en France, voir le Rapport du Conseil de la concurrence pour 1999 précité. Au niveau communautaire, voir l'article de W.P.J. Wills, The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases : A legal and Economic Analysis, E.L.Rev., 1997, p. 130. Aux Etats-Unis, les Professeurs Areeda et Hovenkamp notent que face aux « *énormes dépenses et à la grande lenteur des procédures* », les ressources du *Department of Justice* apparaissent limitées. P.Areeda and H.Hovenkamp, Antitrust Law, vol. II, Little Brown and Co., 2<sup>nd</sup> ed. 2000, p. 261.

<sup>45</sup> C. Prieto, préc.

<sup>46</sup> La Communication de 1996 ou les lignes directrices de 1998 ne prévoient pas de conditions supplémentaires à la non-contestation, tandis que, même si une grande marge de discrétion est laissée aux autorités américaines en matière de *plea bargaining*, les négociations menées avec l'entreprise inculpée ne portent en général que sur les faits de l'infraction commise et non sur de tels engagements de comportement pour l'avenir (Voir sur ce dernier point : Sentencing Guidelines in Antitrust, A Practitioner's Handbook, Section of Antitrust Law, ABA, 1999, p. 83).

<sup>47</sup> La pratique peut aussi faire penser aux engagements en droit des concentrations, mais dans une moindre mesure puisqu'il n'y pas de clémence offerte en contrepartie.

<sup>48</sup> Les *consent decrees* ne sont possibles qu'en matière civile, c'est à dire pour les infractions antitrust les moins graves.

<sup>49</sup> P. Areeda and H. Hovenkamp, *ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

26. L'article 464-2, II, C.com., apparaît donc comme un texte hybride, entre les mécanismes classiques de non-contestation et les « *consent decrees* ».

Le texte permet d'établir un véritable dialogue entre l'entreprise et l'autorité de concurrence. Par opposition, les programmes de clémence de l'article 464-2, III, C.com., ne laissent à l'entreprise que la possibilité de donner les informations nécessaires pour établir l'existence de l'entente : le champ de la négociation est très restreint.

L'esprit du II de la disposition n'est pas d'imposer unilatéralement un comportement à l'entreprise ; celle-ci doit avoir un rôle actif à jouer puisque l'on attend d'elle qu'elle « s'engage ». La condition de modification du comportement pour l'avenir étant très large, le choix de mesures correctrices demeure très vaste<sup>51</sup>. L'entreprise pourrait ainsi se voir contraindre à exécuter toute une série de comportement complexes<sup>52</sup> ou bien devrait simplement se soumettre à des contrôles réguliers de la part de l'administration<sup>53</sup>. Il ne va pas de l'intérêt du Conseil de se montrer trop contraignant et de s'opposer à toutes les propositions de l'entreprise : l'objectif premier du texte est le gain de temps dans la procédure. De son côté, l'entreprise, doit faire preuve d'une réelle bonne volonté afin de ménager toutes ses chances d'obtenir la clémence. La mesure correctrice devrait donc respecter un équilibre entre les intérêts des deux « parties ». L'entreprise pourra faire valoir utilement son point de vue, tandis que le Conseil pourra recueillir rapidement des informations précises sur le secteur en cause. Le texte devrait offrir la possibilité d'établir des mesures complexes et détaillées permettant de s'adapter précisément et efficacement à la situation, optimisant ainsi la régulation.

27. L'article 464-2, II, C.com., a été présenté par certains auteurs comme un instrument de transaction<sup>54</sup>. Le terme, évoquant le droit des contrats, est sans doute exagéré. Le texte offre plus sûrement une opportunité de large négociation<sup>55</sup> permettant au Conseil de choisir rapidement les mesures correctrices les plus adaptées à la situation, en tenant toutefois compte de certains intérêts de l'entreprise<sup>56</sup>. Cette dernière sera d'autant plus encouragée à s'y soumettre.

---

<sup>51</sup> Le législateur n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par « *engagement de modifier ses comportements* ». Le Conseil de la concurrence disposera ainsi d'une grande marge de manœuvre dans l'établissement des mesures correctrices. Le champ de la négociation avec l'entreprise n'en est que plus large.

<sup>52</sup> Par exemple, en 1994, l'entreprise Microsoft s'est engagée par *consent decree* à ne pas faire des licences d'une durée de plus de un an, de ne pas imposer à ses partenaires licenciés des obligations minima, et de ne pas utiliser des licences « par processeurs » requérant le paiement de royalties pour chaque ordinateur contenant un processeur particulier, sans se soucier de savoir s'il est équipé de programmes fabriqués par Microsoft ou non.

<sup>53</sup> Certains *consent decrees* obligent les entreprises à établir régulièrement des rapports d'activité et à se soumettre aux contrôles des autorités de la concurrence.

<sup>54</sup> Voir P. Ahrel, L'instauration par la loi NRE d'une procédure de clémence en droit de la concurrence, P.A. du 1<sup>er</sup> juin 2001, p. 6. Voir aussi le rapport du Conseil de la concurrence pour 1999, préc.

<sup>55</sup> M. le député E.Besson soulignait dans un rapport présenté devant l'Assemblée nationale lors de la phase préparatoire de la loi que le rapporteur général devait jouer un rôle moteur dans la mise en œuvre de la procédure de coopération et qu'il devait mener « *une véritable négociation avec l'entreprise en cause* ». Voir le rapport fait au nom de la Commission des finances du 19 janvier 2001 établi par M.Besson disponible sur le site Internet suivant : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>56</sup> La pratique des *consent decrees* américains montre que les entreprises font beaucoup moins de concessions avec le *Department of Justice* par opposition avec ce qu'exigent les cours fédérales par leurs injonctions en matière civile (*injunctive reliefs*).

Grâce à l'introduction de nouveaux mécanismes de clémence, des bases solides ont certainement été posées par la nouvelle loi dans l'amélioration de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Cependant, l'on peut se demander si certaines imperfections et omissions ne vont pas atténuer l'efficacité de ces dispositifs.

## **II - DES LACUNES ET INCERTITUDES COMPROMETTANT L'EFFICACITE DE LA CLEMENCE**

28. Par certaines lacunes et imprécisions de l'article 464-2 C.com., mais aussi par certains manques plus généraux, l'apport de la loi en terme d'efficacité serait loin d'être le plus élevé possible.

Le texte se révèle inachevé (A.), tandis que la politique de répression du Conseil de la concurrence ne semble pas être un outil d'incitation suffisant à l'utilisation de la clémence (B.).

### **A - Les lacunes dans la rédaction du texte**

29. Afin que l'incitation soit la plus forte possible, il faut que les entreprises puissent mesurer les risques qu'elles encourent en ne coopérant pas avec l'autorité de concurrence, ainsi que les gains susceptibles d'être recueillis en dénonçant les complices ou en ne contestant pas les faits. Pour que les entreprises puissent évaluer correctement où se situent leurs intérêts, les règles se doivent d'être simples et claires<sup>57</sup>. En d'autres termes, pour que l'*homo* soit *economicus*, il faut qu'il puisse correctement s'informer et donc que la loi soit la plus lisible possible. Ce souci d'intelligibilité se justifie encore pour des raisons de sécurité juridique<sup>58</sup>. Le législateur se doit en effet de garantir aux entreprises une certaine prévisibilité, ainsi qu'une clarté et une lisibilité minimales dans ses textes, pour susciter la confiance des entreprises et aussi par un certain souci de loyauté envers elle.

30. Tout d'abord, l'absence d'une véritable automaticité dans l'octroi de la clémence risque de rendre l'article 464-2, II, C.com., beaucoup moins incitatif que prévu. La disposition précise en effet que le rapporteur général *peut* proposer au Conseil de la concurrence une réduction d'amende. L'entreprise ne sera vraisemblablement pas incitée à coopérer si, en remplissant les conditions prévues, elle n'a pas la certitude d'obtenir un traitement favorable.

Le système de coopération communautaire se différencie nettement du système français sur ce point. La communication de 1996 prévoit ainsi que l'entreprise qui collabore lors de la procédure, recevra automatiquement une réduction d'amende comprise entre 10 et 50% du montant<sup>59</sup>. Même

---

<sup>57</sup> M.-A.Frison-Roche, préc.

<sup>58</sup> C.Prieto, L'apport du Droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique, disponible sur le site Internet suivant : [www.droit21.com](http://www.droit21.com)

<sup>59</sup> Voir supra n° 22.

si la Commission dispose d'une large marge discrétionnaire, l'entreprise sera sûre d'être récompensée de sa coopération. Les lignes directrices sont un peu moins précises puisque la coopération de l'entreprise est une circonstance atténuante. Dans ce dernier cas, l'entreprise est tout de même assurée de bénéficier d'un traitement favorable lors du calcul de l'amende.

Le législateur français aurait sans doute dû s'inspirer de la communication de 1996 et prévoir une réduction automatique de l'amende dès lors qu'il y a concours de l'entreprise. La possibilité de réserver une marge discrétionnaire au Conseil aurait cependant été possible en encadrant le montant de la réduction, à l'exemple de ce que prévoit la communication de la Commission.

31. Les mêmes observations peuvent ensuite être formulées à propos de l'article 464-2, III C. com. Le texte édicte que « *le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires* ». L'absence d'automatisme dans l'allocation de la clémence risque pareillement de décourager certaines entreprises. *A contrario*, les programmes de clémence américains et communautaires accordent automatiquement la clémence dès lors que les conditions des textes sont remplies<sup>60</sup> ; l'absence d'automatisme de la clémence a pourtant été identifiée par les autorités américaines comme étant une cause d'atténuation de l'efficacité desdits programmes<sup>61</sup>.

32. L'article 464-2, III, C.com., précise aussi « *qu'à la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme* » le Conseil de la concurrence va fixer les conditions à remplir pour obtenir la clémence dans un avis non publié. L'entreprise qui coopère ne sait donc pas *a priori* à quelles conditions elle obtiendra la clémence, à l'inverse des programmes de clémence américains<sup>62</sup> ou de la communication de 1996<sup>63</sup>. Ces derniers textes sont un gage de sécurité juridique puisque les

<sup>60</sup> L'exemption est totale dans les programmes américains. La communication réserve une marge d'appréciation à la Commission (75 à 100% du montant de l'amende).

<sup>61</sup> Sentencing Guidelines in Antitrust, A Practitioner's Handbook, Section of Antitrust Law, ABA, 1999, p. 72. C'est notamment une des causes de l'échec des programmes de clémence américain de 1978. Voir infra n° 36 et s.

<sup>62</sup> Les *Leniency programs* précisent : Partie A-La clémence peut être accordée à une entreprise, avant qu'une enquête ait débuté, si les six conditions suivantes sont réunies : 1. Au moment où l'entreprise se manifeste, les autorités de la concurrence ne doivent pas avoir reçu d'informations sur le cartel. 2. L'entreprise doit cesser rapidement son activité. 3. L'entreprise rapporte les faits avec bonne foi et collabore activement avec les autorités. 4. Les confessions doivent consister en un acte émanant de l'entreprise, et non pas en témoignages isolés de dirigeants ou d'employés. 5. Si possible, l'entreprise doit faire des restitutions aux parties qui ont subi les pratiques. 6. L'entreprise ne doit pas avoir joué un rôle majeur dans le cartel, ni contraint d'autres entreprises à la rejoindre. Partie B-Après qu'une enquête ait débuté, l'entreprise se verra octroyer la clémence si elle remplit les sept conditions suivantes : 1. L'entreprise doit être la première à approcher les autorités. 2. Au moment où l'entreprise se manifeste, les autorités de la concurrence ne doivent pas avoir de preuves suffisantes contre l'entreprise pour asseoir leur conviction. 3. L'entreprise doit cesser rapidement son activité. 4. L'entreprise rapporte les faits avec bonne foi et collabore activement avec les autorités. 5. Les confessions doivent consister en un acte émanant de l'entreprise, et non pas en témoignages isolés de dirigeants ou d'employés. 6. Si possible, l'entreprise doit faire des restitutions aux parties qui ont subi les pratiques. 7. Les autorités déterminent si l'octroie de la clémence ne risque pas d'être déloyal pour les autres entreprises.

<sup>63</sup> La section A de la communication de 1996 précise qu'une entreprise bénéficiera d'une réduction d'amende « *très substantielle* » (75 à 100% de réduction du montant) si : elle contacte la première les autorités avant qu'une enquête n'ait commencé et qu'elles n'aient déjà en leur possession des informations suffisantes, qu'elle cesse immédiatement ses activités illicites, et coopère activement par la suite et enfin qu'elle n'ait pas joué un rôle de « leader » dans le cartel, Si la coopération est plus tardive, ou que toutes les conditions prévues dans la section A ne sont pas remplies,

entreprises peuvent évaluer à l'avance si elles sont susceptibles de bénéficier de la clémence et éventuellement corriger leur comportement. C'est aussi un gain de temps, puisqu'elles connaissent déjà la procédure à suivre.

33. L'article 464-2, III, C.com., ne prévoit pas non plus de barème des réductions d'amendes. Une fois encore, les programmes américains et communautaires se démarquent du texte français : les *Leniency Programs* prévoient que l'exemption est totale, tandis que le texte communautaire précise différents montants de réduction en fonction de la qualité de la coopération apportée. Le législateur français indique simplement qu'une « *exemption partielle ou totale peut être accordée à une entreprise ou à un organisme [...] s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs* ». Aucune précision n'est donnée sur ce qu'il faut entendre par « *exemption partielle* ». La sécurité juridique des entreprises n'est une nouvelle fois pas assurée par la disposition. Même si le texte précise que l'exonération est « *proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction* », l'absence d'échelle des réductions ne permet pas de déterminer si l'exonération mériterait d'être plus importante ou non. Le législateur laisse là une marge discrétionnaire très importante au Conseil de la concurrence. Rien ne garantit aux entreprises que les conseillers ne soient pas très exigeants et n'accordent que très rarement des exemptions totales malgré une coopération décisive.

34. Plus marginalement, un autre exemple d'insécurité juridique provient de l'absence d'informations sur le sort réservé aux entreprises ayant eu un rôle majeur dans l'entente. Contrairement aux programmes américains et communautaires, rien n'est dit pour le cas où l'entreprise qui vient témoigner est la principale instigatrice du cartel, ou qu'elle a contraint d'autres à rejoindre la conspiration. Dans les autres systèmes, la clémence n'est pas accordée à de telles entreprises. Même si ces dernières doivent être sévèrement punies, le défaut de précision risque de poser des problèmes en terme de loyauté de la procédure, si l'entreprise vient témoigner et ne bénéficie cependant d'aucune exonération d'amende.

35. L'article 464-2, III, C.com., ne précise pas encore si une entreprise peut obtenir la clémence alors qu'une enquête est en cours. Or, il s'agit là d'une information déterminante pour l'efficacité des programmes de clémence, comme l'a démontré l'expérience américaine.

36. Les premiers programmes de clémence ont été adoptés aux Etats-Unis en 1978. Ils ne proposaient qu'une offre de clémence assez générale et très peu détaillée. Si, dès les premiers mois après leurs publications, ces programmes connurent un succès immédiat, ils tombèrent par la suite quasiment en désuétude. De 1978 à 1993, à peine une entreprise par an sollicitait le *Department of Justice* pour obtenir une mesure de clémence. La principale cause d'échec de ces programmes était l'impossibilité pour les entreprises de bénéficier de la clémence dès lors qu'une enquête avait débuté<sup>64</sup>. Les nouveaux programmes datant de 1993 ont remédié à cette

---

la section B du texte précise que l'entreprise n'aura droit qu'à une réduction « *substantielle* » d'amende. Enfin, en cas de coopération ne réunissant pas les conditions des sections précédentes du texte, l'entreprise ne pourra bénéficier que d'une réduction « *significative* » (section C).

<sup>64</sup> D. Klawiter, préc., p. 13.

insuffisance. Ils permettent désormais à une entreprise, si elle est la première à se manifester et si le *Department of Justice* ne dispose pas encore d'éléments de preuve suffisants contre elle, de bénéficier d'une exemption totale d'amende alors même qu'une enquête a déjà commencé. Dans cette dernière hypothèse, les conditions exigées pour que l'entreprise bénéficie de la clémence sont sensiblement les mêmes que celles nécessaires pour obtenir la clémence avant que les autorités n'aient eu la moindre information<sup>65</sup>. Le nombre d'entreprises sollicitant la clémence a, depuis 1993, radicalement augmenté. Aujourd'hui, environ une entreprise par mois demande à coopérer avec le *Department of Justice*.

37. La Commission européenne a su tirer les leçons de l'échec des programmes de 1978. Même si la communication du 18 juillet 1996 ne garantit pas une exemption totale pour les entreprises qui coopèrent après le début d'une enquête, elle prévoit néanmoins une réduction du montant de l'amende de 50 à 75%<sup>66</sup>. L'exemption totale ou d'au moins 75% du montant de l'amende, est seulement prévue en cas de participation à l'établissement de l'entente, avant qu'une enquête ait débuté.

38. Nonobstant les exemples américains et européens, le législateur français n'a pas donné de précisions concernant la possibilité d'octroyer la clémence quand une enquête a déjà été ouverte. Le seul indice fourni par le texte est l'exigence que l'entreprise apporte « *des éléments d'informations dont le Conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* ». Or, le Conseil ou l'administration peuvent déjà disposer de certaines informations sans qu'une enquête ait été officiellement ouverte<sup>67</sup>. Cette précision est donc insuffisante pour déterminer si une entreprise peut obtenir une diminution d'amende après le début d'une enquête. Rien n'oblige le Conseil de la concurrence, en l'état actuel du droit, à accorder la clémence à une entreprise qui se sera manifestée après l'ouverture d'une enquête. L'administration ou le rapporteur général, même s'ils négocient avec les entreprises, ne peuvent rien garantir puisque la décision d'accorder des réductions d'amende appartient exclusivement au Conseil. S'il est raisonnable de penser que l'autorité de concurrence française s'alignera sur le modèle communautaire et devrait donc interpréter le texte d'une manière non restrictive, dans le doute, les entreprises risqueront de s'abstenir.

39. Enfin, une dernière carence à l'article 464-2, III, C.com., relative aux types d'informations susceptibles d'être demandées lors de la consultation du dossier pendant la procédure, menace de compromettre l'efficacité des programmes de clémence.

Le législateur a certes prévu, fort logiquement, que l'avis de clémence émis par le rapporteur ne serait pas publié pour assurer la confidentialité de l'identité de l'entreprise qui apporte son concours aux autorités. Mais, pour éviter toute mesure de rétorsion, cette confidentialité doit durer jusqu'au prononcé des sanctions par le Conseil de la concurrence.

Or, cette nécessité de secret risque de se heurter aux droits de la défense de l'entreprise mise en cause lors de la procédure. Le Conseil de la concurrence décide habituellement qu'*«au stade de*

---

<sup>65</sup> Voir supra note n° 61.

<sup>66</sup> Section C de la communication. Voir infra note n° 62.

<sup>67</sup> Par voie de presse notamment.

*la notification des griefs, le caractère contradictoire de la procédure est assuré par la faculté offerte aux parties de consulter l'intégralité du dossier au siège du Conseil* »<sup>68</sup>. Si l'ordonnance de 1986 puis la loi sur les nouvelles régulations économiques offrent au président du Conseil la faculté de ne pas divulguer des informations qui ont trait au secret professionnel<sup>69</sup>, rien n'a été prévu dans le nouveau texte par assurer la sécurité de l'entreprise qui collabore.

L'entreprise défendante pourrait donc identifier l'ancien membre du cartel repenté en ayant accès au dossier complet.

Le droit communautaire, par comparaison, permet à la Commission de garantir la confidentialité des entreprises coopérantes. En effet, dans l'arrêt *Hercules* du 17 décembre 1991<sup>70</sup>, le Tribunal de première instance a jugé que les entreprises mises en cause doivent avoir accès à tous les documents qui constituent le dossier d'instruction de la Commission, à l'exception des documents concernant les secrets d'affaires des autres entreprises, les documents internes de la Commission et les autres *informations confidentielles*<sup>71</sup>. Le juge communautaire n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par « informations confidentielles » mais certains auteurs considèrent que cette catégorie « comprend notamment les informations permettant de dévoiler l'identité de ceux qui ont fourni des informations et qui souhaitent garder l'anonymat vis-à-vis des parties »<sup>72</sup>.

Il faut donc souhaiter que le Conseil de la concurrence, dans sa jurisprudence à venir, ménage une possibilité de ne pas dévoiler l'identité des entreprises désireuses de coopérer. Sans quoi, les programmes risquent de perdre une grande partie de leur intérêt, n'étant pas susceptibles d'assurer la sécurité des entreprises qui participent à l'établissement de l'existence des cartels secrets.

40. Il est regrettable que le législateur français n'ait pas tiré avantage des expériences communautaires et américaines. Un grand nombre de lacunes font de l'article 464-2, II et III, C. com., un texte incomplet et imparfait. Le dispositif communautaire, pourtant mieux rédigé que le dispositif français, manque déjà de transparence et de lisibilité, à tel point que la Commission songe actuellement à le réviser, en s'inspirant un peu plus des programmes américains. Pour certains, cette révision « donne un véritable coup de vieux au tout nouveau dispositif français, au point qu'il est possible de se demander s'il n'est pas déjà obsolète, avant même d'avoir connu sa première application »<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Décision n° 97-D-52 du 25 juin 1997. Plus généralement, voir G.Canivet, L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme au droit de la concurrence, 1999, disponible sur le site Internet du CREDHO.

<sup>69</sup> Article 463-4 C.com. Voir C. Prieto, La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques, Droit et patrimoine déc. 2001.

<sup>70</sup> Arrêt du TPI du 17 décembre 1991, *Hercules* - affaire T-7/89 - Rec. 1991 p. II – 1711, et spéc. point 54.

<sup>71</sup> Pour une affirmation plus récente de la solution, voir *Cimenteries CBR SA and others v. E.C. Commission*, [2000] 5 C.M.L.R. 204, p. 206. La Commission a publié entre temps une communication sur l'accès au dossier, mais qui se réfère explicitement à la jurisprudence *Hercules*, sans plus de précision. Voir la communication au JO C 23, 23/01/1997, p. 3.

<sup>72</sup> G. Rocca, Récents développements dans les procédures devant la Commission européenne, 26 novembre 1996, disponible sur le site Internet de la Commission.

<sup>73</sup> A. Ronzano, La Commission européenne entreprend la révision de la communication de 1996, 19 juillet 2001, disponible à l'adresse Internet suivante : [www.ccip.fr/creda/forum/](http://www.ccip.fr/creda/forum/).

## **B - Les incertitudes relatives à la politique de répression**

41. La pratique américaine des mécanismes de clémence a montré que ces derniers étaient les plus sollicités et donc les plus efficaces lorsque les sanctions infligées sont très sévères. Plus la répression sera grande, et plus le recours à la clémence s'imposera aux entreprises<sup>74</sup>.

Le Sherman Act prévoit que les entreprises reconnues coupables d'une infraction antitrust pénale encourent une amende de 10 millions de dollars<sup>75</sup>. Mais si le *Department of Justice* réussit à démontrer que la valeur doublée du gain illicite recueilli ou celle de la perte subie par les victimes excède 10 millions de dollars, alors le plafond de l'amende s'élèvera à deux fois la valeur du gain illicite amassé ou deux fois la valeur des pertes subies par les victimes<sup>76</sup>. Les dirigeants et autres personnes physiques reconnues coupables encourent des amendes de 350 000 dollars, plus deux fois la valeur du gain illicite amassé ou deux fois la valeur des pertes subies par les victimes. En plus de sanctions pécuniaires, les personnes physiques s'exposent à des peines d'emprisonnement pouvant atteindre une durée de trois ans. Les sanctions peuvent donc être très sévères.

42. Conscient que la sévérité dans l'application des sanctions est un des éléments essentiels pour que les entreprises aient recours aux procédures de clémence, le *Department of Justice* n'hésite pas à recommander aux cours fédérales d'infliger des amendes de plus en plus importantes. Dans l'affaire du cartel des vitamines, l'entreprise suisse Hoffmann-La Roche a accepté de plaider coupable et s'est ainsi vue infliger une amende de 500 millions de dollars<sup>77</sup>. Même si le *Department of Justice* possédait tous les éléments de preuves suffisants pour sanctionner Hoffmann-La Roche, cette coopération minimum de l'entreprise pharmaceutique a quand même permis d'éviter un procès devant une cour fédérale. Il est facile d'imaginer le montant qui aurait pu être infligé à une entreprise totalement récalcitrante.

Durant l'année 1999, le *Department of Justice* a obtenu des juridictions fédérales qu'elles infligent des amendes d'un total s'élevant à plus de 1,1 milliards de dollars<sup>78</sup>. Récemment, le *Department of Justice* a demandé au Congrès américain d'augmenter le maximum légal prévu par le Sherman Act et de le fixer à 100 millions de dollars. Ainsi, dans les cas où le *Department of Justice* n'arrive pas à démontrer que le double de la valeur du gain illicite ou de la perte subie n'excède pas le plafond de départ, l'amende potentielle serait quand même très élevée<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> G. Spratling, Making the Companies an Offer They Shouldn't Refuse, 16 février 1999. Disponible sur le site Internet de la Division Antitrust.

<sup>75</sup> Il faut rappeler que les programmes de clémence et la procédure du *plea bargaining* ne s'appliquent qu'en matière pénale.

<sup>76</sup> R.E. Henry, Could an Information Exchange Trigger a \$100 millions fines ? Antitrust magazine, Summer 2000, p. 41.

<sup>77</sup> *United States v. Hoffman-La Roche Ltd.* 99 CR 184R, Plea Agreement.

<sup>78</sup> Voir le *Antitrust Division United States Department of Justice Report 1999*, disponible sur le site Internet de la *Division Antitrust*. En 1998, ce total s'élevait « seulement » à 250 millions de dollars.

<sup>79</sup> R.E. Henry, préc., p. 44.

Durant cette même année, 64 personnes ont été condamnées à des peines de prison pour avoir eu un rôle actif dans la mise en œuvre d'ententes de grande envergure<sup>80</sup>.

43. L'ancien *Deputy Assistant Attorney General* de l'administration Clinton, M. Gary Spratling, résumait récemment la politique répressive du *Department of Justice* : en augmentant les risques de détection des entreprises et en réprimant sévèrement les entreprises et les dirigeants qui ne coopèrent pas, le *Department of Justice* formule « *une offre que les entreprises ne devraient pas refuser* »<sup>81</sup>.

44. La politique de répression américaine, par sa rigueur, représente une forte incitation à l'utilisation de la clémence. Il faut cependant apporter une nuance sur la question de l'incitation que peut représenter le risque d'incarcération des dirigeants ou cadres. Les autorités américaines reconnaissent que la menace de sanctions pénales à l'encontre de ces derniers n'est pas toujours l'élément le plus incitatif. C'est avant tout la possibilité de voir réduire une amende importante, et non pas la possibilité d'éviter aux dirigeants coupables une peine d'incarcération, qui va encourager les entreprises à avoir recours aux procédures de clémence. Ainsi, dans l'affaire du cartel international des vitamines, l'entente a été dévoilée aux autorités américaines par l'entreprise française Rhône-Poulenc. Celle-ci est venue témoigner auprès du *Department of Justice* alors même que les dirigeants français coupables résidaient en France et que le Traité d'extradition passé entre les Etats-Unis et la France ne comprenait pas les infractions à la législation antitrust. L'opportunité d'éviter une incarcération pour les dirigeants coupables n'a donc pas été l'élément décisif dans la décision de Rhône-Poulenc de venir témoigner. C'est surtout le désir d'éviter une condamnation pénale et une lourde amende à payer qui a été, semble-t-il, l'élément déterminant dans cette affaire<sup>82</sup>.

Le fait que la loi sur les nouvelles régulations économiques ait accru les possibilités d'incarcération des « *personnes physiques qui, frauduleusement auront pris une part personnelle et déterminante dans [...] la mise en œuvre de pratiques* » anticoncurrentielles<sup>83</sup>, ne devrait donc pas se révéler déterminant dans l'encouragement des entreprises à coopérer.

45. Sans sévérité, la clémence n'opère pas<sup>84</sup>. Or, jusqu'à présent, la politique du Conseil de la concurrence sur ce point n'a guère été satisfaisante puisque la moyenne du montant des condamnations définitives des entreprises s'élevait à 0,5% du chiffre d'affaire. « *Le principe de proportionnalité semble avoir tétanisé les esprits* »<sup>85</sup>. Sans doute cela explique-t-il les faibles

---

<sup>80</sup> Rapport du *Department of Justice* préc.

<sup>81</sup> G. Spratling, *Making...* préc. .

<sup>82</sup> S. Hammond, *Fighting Cartels : Why and How ? Lessons Common To Detecting and Deterring Cartel Activity*, The Third Nordic Competition Policy Conference, September 12, 2000, disponible sur le site Internet de la *Division Antitrust*.

<sup>83</sup> Article 420-6 C.com. Voir P.Ahrel, *L'instauration par la loi NRE d'une procédure de clémence en droit de la concurrence*, P.A. du 1<sup>er</sup> juin 2001, p. 8 ; C.Prieto, préc., *Droit et Patrimoine* déc. 2001.

<sup>84</sup> P. Ahrel, préc. ; C.Prieto, préc., *Droit et Patrimoine*, décembre 2001.

<sup>85</sup> C. Prieto, préc., *Droit et Patrimoine* déc 2001.

montants infligés aux entreprises françaises. Mais le vrai sens de la proportionnalité, à savoir la recherche du juste rapport entre gravité du préjudice et sanction, n'y gagne pas<sup>86</sup>.

46. La loi sur les nouvelles régulations économiques devrait accroître la menace qui pèse sur les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles puisqu'elle a augmenté sensiblement le plafond des sanctions pécuniaires. Il s'agit là d'une « invitation faite aux autorités de la concurrence de majorer le niveau général des sanctions »<sup>87</sup>. Se fondant sur une décision du 6 février 2001, un auteur remarquait que le Conseil de la concurrence semblait avoir entendu le message du législateur puisqu'il avait infligé des sanctions allant au-delà des limites habituellement retenues<sup>88</sup>. En l'espèce, l'entreprise sanctionnée s'était livrée à « des pratiques [...] d'une particulière gravité », et avait dû payer une amende de 10 millions de francs. Cette dernière représentait environ 1,6% du chiffre d'affaire de l'entreprise. Les faits ayant été commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, le montant maximum de l'amende encourue ne pouvait dépasser 5% du chiffre d'affaire. Bien sûr, il s'agit là d'un net progrès, par comparaison aux moyennes précédemment retenues par le Conseil. Mais, pour une pratique considérée comme très grave, il aurait sans doute fallu plus de sévérité.

47. Deux exemples jurisprudentiels récents font ressurgir les doutes quant à la détermination du Conseil d'accroître le montant des amendes infligées. Dans une décision du 11 avril 2001<sup>89</sup>, le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique. Les comportements graves<sup>90</sup> d'une société instigatrice des pratiques anticoncurrentielles en question ont été sanctionnés par une amende de 50 millions de francs, soit 0,15% du chiffre d'affaire de l'entreprise environ. Même si, là encore, le maximum légal s'élevait à 5% du chiffre d'affaire, la sanction retenue semble toutefois relativement peu élevée<sup>91</sup>.

48. Quelques mois plus tard, le 5 juin 2001, le Conseil de la concurrence sanctionnait des entreprises qui s'étaient concertées et avaient échangé des informations lors de la passation de marchés d'électrification rurale et d'éclairage public en Vendée<sup>92</sup>. Les pratiques en question ne présentaient cependant « pas le même caractère de gravité qu'une entente sur les prix », mais le Conseil de la concurrence notait qu'elles avaient été conduites sous l'égide d'une société, qui

---

<sup>86</sup> C. Prieto, *ibid.*

<sup>87</sup> P. Ahrel, *préc.*, p. 10.

<sup>88</sup> P. Ahrel, *ibid.* La décision citée, n° 00-D-75, est disponible sur le site Internet [www.finances.gouv.conseilconcurrence](http://www.finances.gouv.conseilconcurrence)

<sup>89</sup> Décision n° 2001-D-07, BOCCRF n°10, 2001.

<sup>90</sup> La société avait contraint d'autres entreprises à s'entendre avec elle. Les pratiques avaient, durant de nombreuses années, touché toute la région parisienne. Elles concernaient de surcroît des produits de première nécessité.

<sup>91</sup> Certes, le Conseil de la concurrence avait relevé qu'il s'agissait d'une entente entre grossistes qui n'avait pas d'effet direct sur les prix payés par les consommateurs. Mais une telle entente avait « pour conséquence de contribuer à la rigidité de la distribution et de rendre plus difficile l'aménagement des prix des médicaments ».

<sup>92</sup> Décision n° 2001-D-31, BOCCRF n°10, 2001.

avait « *déjà été condamnée à plusieurs reprises pour des pratiques d'entente et ne pouvait donc ignorer les contraintes imposées par le droit de la concurrence* ». Cette dernière payait la plus forte amende (450 000F) représentant à peine 0,3% de son chiffre d'affaire.

49. A la lecture de ces récentes affaires, on peut se demander si le Conseil de la concurrence va orienter son action dans le sens d'une répression accrue. L'invitation faite par le législateur est pourtant très claire et devrait l'inciter à changer sa politique en matière de sanction. En cas de *statu quo* durable, les procédures de clémence risquent fort ne pas pouvoir véritablement opérer, à l'instar des premiers programmes de clémence américains.