

Le Pôle Clémence & Europe

3^{ème} étude relative au programme de clémence

La présente note a pour objet de résumer les résultats de la 3^{ème} étude relative au programme de clémence français menée par le Pôle Clémence & Europe de l'Autorité de la concurrence auprès d'avocats spécialisés dans les affaires d'ententes anticoncurrentielles.

L'objectif de cette étude est de permettre à l'Autorité de la concurrence, dans une démarche comparative, de recueillir l'expérience des avocats afin de mieux appréhender les difficultés pratiques qu'ils ont pu rencontrer et mener une réflexion sur des améliorations éventuelles à apporter à la procédure de clémence. Les destinataires ont ainsi été appelés à se prononcer sur les facteurs qu'ils estiment déterminants pour formuler des demandes de clémence ainsi que sur les obstacles qu'un demandeur de clémence est susceptible de rencontrer.

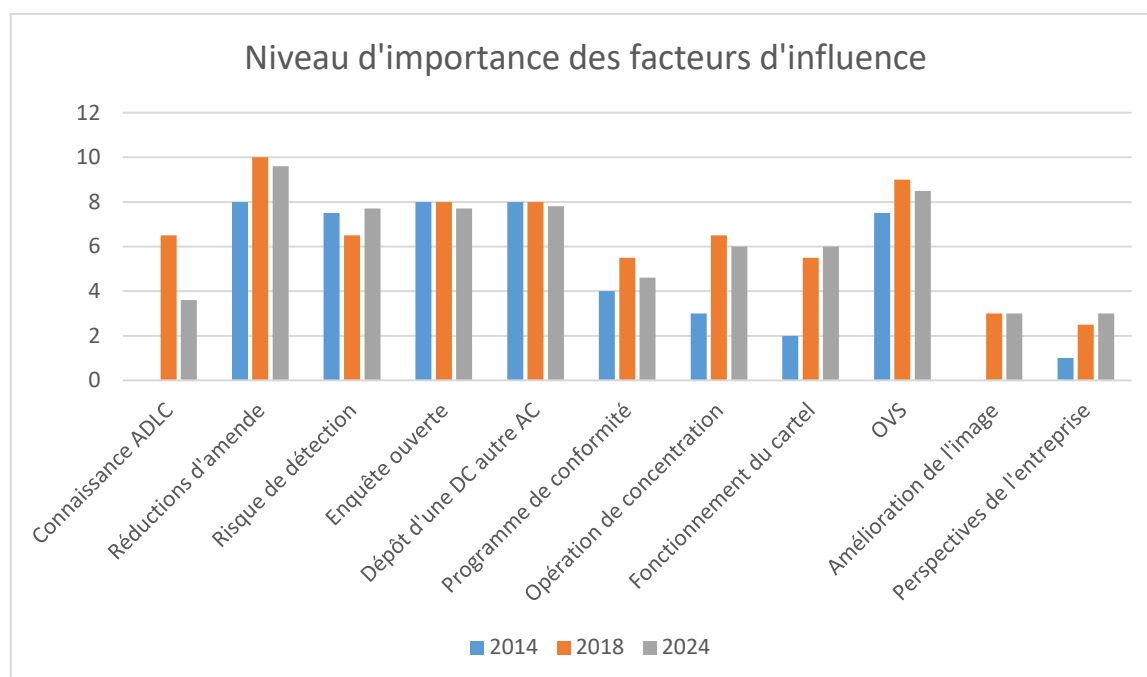
En 2014 et 2018, l'Autorité avait déjà procédé à deux études relatives à la clémence en consultant des entreprises et des cabinets d'avocats ayant formulé ou étant susceptibles de formuler des demandes de clémence en France.

La présente étude est également l'occasion de faire un bilan de l'application du programme de clémence de l'Autorité sur la dernière décennie.

L'accent a été mis sur l'impact potentiel des actions en réparation sur les demandes de clémence ainsi que sur les garanties accordées au demandeur de clémence.

En bref:

L'étude montre que certains facteurs d'incitation à demander la clémence, comme l'accroissement du nombre d'actions en réparation, sont devenus plus importants au cours des dix dernières années. Pour autant, les principaux leviers de la demande de clémence demeurent le niveau potentiel de réduction d'amende ainsi que les opérations de visite et saisie. D'autres facteurs d'incitation qui n'existaient pas en 2014 - notamment l'outil de recueil des signalements émanant de lanceurs d'alerte - commencent à jouer un rôle important et sont susceptibles d'impacter durablement le programme de clémence.



I.	LE PROGRAMME DE CLEMENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE	4
1)	<i>L'historique</i>	4
2)	<i>Le bilan factuel</i>	4
II.	LE CONTEXTE DE L'ETUDE.....	6
III.	L'ANALYSE DES REPONSES	6
1)	<i>L'expérience liée à la clémence.....</i>	6
2)	<i>Les commentaires relatifs à la nouvelle procédure de clémence</i>	7
a)	<i>S'agissant de la suppression de l'avis de clémence et de l'introduction de la lettre du rapporteur général</i>	7
b)	<i>S'agissant de l'introduction du formulaire en ligne.....</i>	10
3)	<i>Les facteurs d'incitation au dépôt d'une demande de clémence</i>	11
a)	<i>La connaissance du fonctionnement de l'Autorité de la concurrence.....</i>	11
b)	<i>La réduction d'amende</i>	12
c)	<i>Le risque de détection.....</i>	13
d)	<i>L'enquête ouverte</i>	13
e)	<i>Le dépôt d'une demande de clémence devant une autre autorité de concurrence</i>	14
f)	<i>Le programme de conformité</i>	15
g)	<i>L'opération de concentration</i>	16
h)	<i>Le fonctionnement du cartel</i>	17
i)	<i>L'opération de visite et saisie.....</i>	17
j)	<i>L'amélioration de l'image de l'entreprise.....</i>	17
k)	<i>La perspective d'évolution de la situation de l'entreprise sur le marché</i>	18
4)	<i>L'impact potentiel des actions en réparation sur le programme de clémence de l'Autorité de la concurrence.....</i>	18
a)	<i>S'agissant du risque lié aux actions en réparation pour le programme de clémence français</i>	18
b)	<i>S'agissant de la spécificité des demandes de « discovery »</i>	21
c)	<i>Les garanties du demandeur de clémence</i>	23
5)	<i>Les autres enjeux</i>	27
a)	<i>La « barrière psychologique ».....</i>	27
b)	<i>Les conséquences du dépôt d'une demande de clémence.....</i>	28
c)	<i>Les risques d'une sanction pénale</i>	28
d)	<i>Le cumul des procédures de clémence et de transaction</i>	30
e)	<i>L'impact du système des lanceurs d'alerte sur le programme de clémence</i>	32
IV.	CONCLUSIONS	32

I. Le programme de clémence de l'Autorité de la concurrence

1) L'historique

Le programme de clémence français a été introduit par la loi sur les nouvelles réglementations économiques¹ en 2001. Au bout de deux décennies, la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (ci-après « DADDUE ») de 2020² a fondamentalement changé la procédure de clémence sans pour autant en altérer les grands principes.

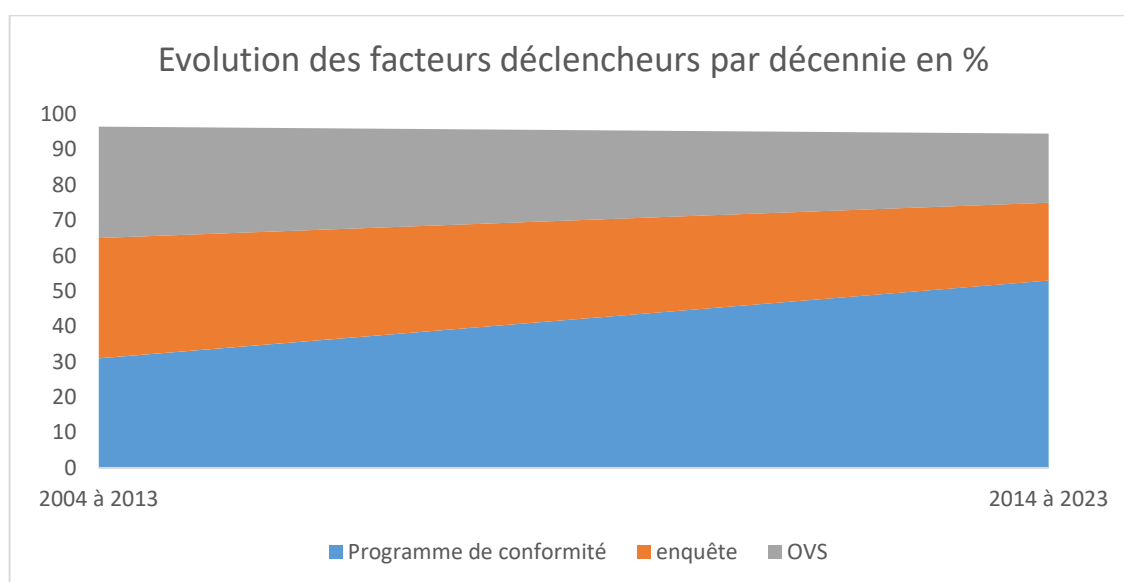
Cinq communiqués de procédure qui précisent la méthodologie applicable se sont succédés avec, en dernier lieu, le communiqué de procédure adopté le 15 décembre 2023³.

2) Le bilan factuel

Depuis l'introduction du programme de clémence en droit français, l'Autorité de la concurrence, et le Conseil de la concurrence avant elle, ont reçu plus de 200 demandes de clémence.

L'origine du demandeur de clémence a considérablement évolué ces dernières années. Alors que les demandeurs étaient rarement de nationalité française il y a encore cinq ans, désormais, 30% des demandes émanent d'entreprises françaises, 20% d'entreprises américaines (USA), 11,5% d'entreprises allemandes ou néerlandaises et 7% d'entreprises suisses.

Par ailleurs, les facteurs déclencheurs des demandes de clémence autres que celui de la réduction d'amende ont également évolué dans les statistiques de l'Autorité d'une décennie à l'autre (voir le schéma suivant réalisé à partir des statistiques établies sur la base des demandes de clémence). On constate notamment que le rôle des programmes de conformité a fortement gagné en importance.



¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

² Loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

³ Le premier communiqué de procédure a été publié le 11 avril 2006, suivi par une révision du 17 avril 2007, du 2 mars 2009 et du 2 avril 2015.

L'Autorité a adopté 20 décisions de sanction en application du programme de clémence⁴. Certaines de ces décisions ont fait l'objet de plusieurs demandes de clémence⁵.

Entre 2014 et 2023, ces décisions ont permis à l'Autorité d'infliger près de 2,55 milliards d'euros de sanction versée au Trésor public, soit près de 36% du montant total des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité.

Durant la même période, dans 58% des cas, la demande de clémence formulée auprès de l'Autorité était doublée d'une demande de clémence à la Commission européenne. Dans près de 20% de ces affaires, la Commission a considéré ne pas être l'autorité la mieux placée dans le Réseau européen de la concurrence (ci-après « REC ») pour traiter l'affaire, laissant la possibilité aux autorités nationales de concurrence de s'en saisir.

45% des décisions adoptées pendant cette période l'ont été en étroite coopération avec d'autres autorités de concurrence concernées au sein du REC.

⁴ Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes ; Décision n° 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international ; décision n° 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué ; décision n°08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques ; décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives ; décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires ; décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques ; décision n°14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; décision n° 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France ; décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; décision n°15-D-19 du 16 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express ; décision n°17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients ; décision n°18-D-24 du 5 décembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers ; décision n°19-D-24 du 17 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fruits vendus en coupelles et en gourdes ; décision n°20-D-09 du 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie ; décision n° 21-D-09 du 24 mars 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de sandwichs sous marque de distributeur ; décision n° 23-D-04 du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente d'abonnements à des produits d'intelligence économique (business intelligence) et d'information d'entreprise ; décision n° 23-D-08 du 7 septembre 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services d'ingénierie, de maintenance, de démantèlement et de traitement des déchets pour des sites nucléaires ; décision n°24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton ; décision n°25-D-03 du 11 juin 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies, ainsi que des services informatiques.

⁵ Décisions n° 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives ; décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques ; décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; décision, n° 15-D-03 du 11 mars 2015 , relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; décision 15-D-19 du 16 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express ; décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients ; décision n° 20-D-09 du 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie ; décision n°24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton.

18% des décisions adoptées pendant cette période ont débuté par une demande sommaire déposée à l'Autorité en parallèle d'une demande principale formulée auprès de la Commission européenne.

Outre une hausse du nombre de demandes de clémence depuis 2020 (en moyenne 45% par an), on remarque une évolution matérielle des demandes. Alors que les demandes portaient majoritairement sur des secteurs tels que l'équipement, le bâtiment, les produits de consommation ou l'agro-alimentaire, elles concernent désormais tous types de secteurs. La décision adoptée dans le secteur des produits d'intelligence économique⁶ en est un exemple.

De même, on constate une plus grande complexité des pratiques dénoncées. Rares sont désormais les demandes relatives à des cartels classiques de pure fixation de prix ou de répartition des marchés. Les pratiques accessoires d'un cartel classique peuvent être nombreuses, ce qui peut amener les services d'instruction à ne pas accepter ou ne pas traiter l'ensemble des pratiques révélées.

II. Le contexte de l'étude

En septembre 2023, un questionnaire a été envoyé à plus de 140 avocats identifiés, dans la pratique de l'Autorité, comme praticiens spécialisés dans le domaine des infractions à l'article L.420-1 du code de commerce et/ou l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

Le Pôle Clémence & Europe a reçu les dernières contributions début 2024.

Les questionnaires étaient accompagnés d'une lettre garantissant la confidentialité des réponses apportées et surtout de l'identité des contributeurs. Cela signifie en pratique que les réponses ont été exclusivement lues et traitées par le Pôle Clémence & Europe. Si ces garanties étaient jugées insuffisantes par les destinataires, une réponse anonyme était également possible. Une partie des avocats (près de 19%) a, en outre, opté pour un entretien au lieu d'une réponse écrite.

Au total, l'Autorité a reçu 69 réponses, soit un taux de retour de l'ordre de 48% des destinataires.

III. L'analyse des réponses

Les thèmes abordés dans les questionnaires peuvent être regroupés sous plusieurs titres :

1) L'expérience liée à la clémence

Parmi les avocats consultés, la majorité (plus de 62%) a déclaré disposer d'une expérience liée au programme de clémence.

Cette expérience a été acquise soit pour avoir procédé au dépôt d'une demande de clémence auprès de l'Autorité ou de la Commission européenne, soit pour avoir représenté un client mis en cause dans une infraction révélée par le biais d'une demande de clémence.

⁶ Décision 23-D-04 du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente d'abonnements à des produits d'intelligence économique (business intelligence) et d'information d'entreprise.

Par ailleurs, la majorité des avocats a indiqué qu'ils n'avaient pas encore eu l'occasion d'expérimenter le programme de clémence dans sa version post-réforme de décembre 2020.

2) Les commentaires relatifs à la nouvelle procédure de clémence

Une grande partie des réponses obtenues dans le cadre de l'étude de clémence menée en 2018 soulignait la lourdeur de la procédure et la longueur du délai de traitement des demandes de clémence par l'Autorité.

En effet, à la différence de la majorité des autres régimes en vigueur dans l'Union européenne, le programme français nécessitait l'adoption d'un avis de clémence avant l'ouverture d'une procédure au fond. Cet avis répondait à un formalisme strict et son adoption était encadrée de délais procéduraux minimaux. Selon la complexité du dossier, l'adoption de l'avis par le collège sur proposition des services d'instruction de l'Autorité pouvait prendre plusieurs mois durant lesquels le demandeur de clémence se trouvait dans une situation d'incertitude quant à l'issue de sa démarche.

A l'occasion de la transposition de la directive ECN+⁷ par la loi DADDUE⁸, le législateur français a supprimé l'avis de clémence. Un décret d'application adopté le 10 mai 2021⁹ ainsi qu'une ordonnance adoptée le 26 mai 2021¹⁰ sont ensuite venus apporter d'autres modifications afin d'harmoniser le programme de clémence français avec les autres programmes en vigueur au sein de l'Union.

a) S'agissant de la suppression de l'avis de clémence et de l'introduction de la lettre du rapporteur général

La loi DDADUE (*cf. supra*) a supprimé l'avis de clémence et introduit la lettre du rapporteur général.

La suppression de l'avis de clémence allège le formalisme de la clémence et accélère ainsi le délai de traitement des demandes. Avant la réforme, dans le cadre de la procédure de l'avis de clémence, un rapporteur était désigné qui analysait le contenu de la demande avant même l'ouverture d'une enquête. Ce rapporteur rédigeait un rapport dans lequel il proposait l'acceptation ou le rejet de la demande ainsi que, le cas échéant, une fourchette de réduction d'amende. Une séance était organisée devant le collège pour que ce dernier puisse statuer et adopter l'avis.

La loi DDADUE met un terme à ce formalisme. Désormais, le rapporteur général peut ouvrir une enquête si la demande de clémence lui semble remplir le standard requis. Le demandeur de clémence reçoit alors une lettre du rapporteur général lui confirmant

⁷ Directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

⁸ *Cf. supra*.

⁹ Décret n° 2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure d'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires prévue au IV de l'article L. 464-2 du code de commerce.

¹⁰ Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

l'éligibilité conditionnelle de sa demande de clémence. Le collège intervient en fin de procédure pour l'adoption de la décision finale dans laquelle il fixe le pourcentage final de la réduction d'amende.

La lettre du rapporteur général est mentionnée dans la loi¹¹. Le communiqué de procédure du 15 décembre 2023 en précise la forme. Ainsi, il existe quatre sortes de lettres du rapporteur général :

- Lorsque le rapporteur général estime que les conditions définies par les textes sont remplies, il envoie une *lettre d'éligibilité* au demandeur de clémence. L'entreprise est alors informée de son éligibilité conditionnelle à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues, et des conditions de coopération à respecter.

- Lorsque, au contraire, le rapporteur général estime que les conditions énoncées par les textes ne sont pas satisfaites, il envoie une *lettre d'inéligibilité*. A sa demande, les éléments transmis à l'Autorité seront restitués au demandeur.

- Lorsque le rapporteur général estime que les faits révélés sont manifestement prescrits, il envoie une *lettre de prescription manifeste*.

- Lorsque le rapporteur général estime qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête ou de formuler une proposition d'autosaisine, il envoie une *lettre de non-intervention*. Dans ce cas, les services d'instruction ne se prononcent pas sur l'éligibilité au bénéfice de la clémence. Le rapporteur général se réserve toutefois la possibilité de revenir sur sa position en cas de changement de circonstances juridiques ou factuelles. Dans cette hypothèse, les services de l'Autorité procèderont à une nouvelle appréciation de la demande de clémence.

Inspirée de la pratique de la Commission européenne, la lettre de non-intervention n'est pas une nouveauté dans la pratique de l'Autorité. Celle-ci y a déjà eu recours dans une dizaine d'affaires depuis 2013 pour des motifs d'opportunité.

- *Les avis favorables*

Dans le cadre de la présente étude, les réactions des praticiens vis-à-vis de cette nouvelle procédure ont été majoritairement positives. En effet, plus de 72% des personnes ayant commenté la réforme ont exprimé un avis positif.

29% relèvent le gain de temps et de moyens qui résulte de la suppression de l'avis de clémence.

Selon 42% des réponses, la suppression de l'avis de clémence contribue à simplifier la mise en œuvre de la procédure de clémence et ainsi à accélérer le traitement de l'affaire. En effet, elle éviterait aux services d'instruction et au collège de l'Autorité d'avoir à se prononcer sur la clémence à un stade préliminaire de la procédure alors que l'instruction proprement dite n'a pas nécessairement commencé.

Le fait que le rapporteur général soit désormais habilité à se prononcer lui-même sur l'éligibilité de l'entreprise ayant sollicité la clémence, sans l'intervention du collège, a été considéré comme un facteur d'efficacité procédurale.

Une partie des praticiens soulignent également l'utilité que ce soit désormais le rapporteur général qui autorise le demandeur de clémence à continuer à participer aux pratiques. En

¹¹ Article L464-2 IV du code de commerce : « Il [le rapporteur général] informe l'entreprise par écrit, le cas échéant, de son éligibilité à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues et lui indique les conditions de coopération définies par l'Autorité de la concurrence. »

effet, la nécessité d'attendre la formalisation, dans l'avis de clémence adopté par le collège, de son accord sur la poursuite de la participation à la pratique pouvait être auparavant source d'incertitude pour le demandeur.

Enfin, plusieurs répondants ont souligné le fait que la possibilité de déposer des demandes de clémence dans une autre langue que le français est adapté aux besoins actuels des entreprises. Cela facilite et accélère le dépôt de demande de clémence pour les entreprises étrangères, notamment car cela permet aux sociétés mères étrangères de revoir et valider plus aisément le projet de demande de clémence de leur filiale française.

- *Les avis défavorables*

Près de 28% des réponses ont exprimé un avis négatif sur la réforme de la procédure de clémence.

Une minorité de praticiens ayant répondu au questionnaire (6%) a soutenu que la suppression de l'avis de clémence signifiait la fin de la sécurité juridique pour le demandeur de clémence.

Près de 4% estiment que dans le nouveau format de la clémence, la lettre d'éligibilité a pour effet de confier un rôle exclusif au rapporteur général en début de procédure. Ce nouveau pouvoir ne serait plus contrebalancé par l'avis du collège. De la même manière, il n'existerait plus de débat contradictoire sur la pré-qualification des pratiques impliquant le demandeur et le collège. En conséquence, le rapporteur général déterminerait seul les contours et la qualification des faits.

Ces mêmes praticiens soulignent que le rapporteur général peut également, indépendamment de la question de savoir si les conditions d'obtention d'une immunité sont réunies, décider de ne pas donner suite à une demande de clémence ou à certains faits dénoncés en application d'un principe d'opportunité des poursuites, et cela par le biais d'une simple mention écrite dans la lettre du rapporteur général.

Ils soulignent que le rapporteur général peut considérer qu'une demande de clémence n'est pas recevable (par exemple du fait que les preuves apportées ne permettent pas de déclencher des opérations de visite et saisie) sans que le collège ne puisse se prononcer.

Enfin, 4% des praticiens ayant répondu au questionnaire critiquent ce qu'ils appellent un « *flou juridique* » autour des possibilités de recours contre la lettre du rapporteur général, ce qui ajouterait un élément d'incertitude pour les demandeurs.

- *Les autres commentaires*

D'autres commentaires portent essentiellement sur le rôle du collège dans la nouvelle procédure.

Ainsi, plusieurs avocats ont souligné que dans le nouveau cadre procédural, il est essentiel que les droits de la défense des entreprises soient pleinement respectés et que les entreprises puissent faire valoir leurs arguments sur la mise en œuvre de la procédure de clémence et sur leur éligibilité tout au long de la procédure. Pour ce faire, selon eux, il serait essentiel que l'organisation de la séance au fond permette au demandeur de clémence de faire valoir ses arguments.

Près de 10% s'interrogent sur le fait de savoir si le collège suivra les propositions des services d'instruction sur le sort de la demande. De même, certains se demandent dans

quelle mesure le collège examine de façon détaillée si les conditions de coopération sont remplies ou non.

b) S'agissant de l'introduction du formulaire en ligne

Le communiqué de procédure du 15 décembre 2023 énumère quatre voies potentielles pour déposer une demande de clémence : la lettre recommandée avec avis de réception, le dépôt à l'accueil de l'Autorité, la prise de rendez-vous dans les locaux de l'Autorité et le formulaire électronique.

L'introduction du formulaire électronique résulte de la directive ECN+ qui prévoit que les Etats membres doivent proposer une transmission électronique sécurisée de la demande de clémence.

Ce formulaire est accessible sur le site de l'Autorité. Il permet, dans un premier temps, de procéder à une demande de marqueur du rang d'arrivée sous condition de fournir certaines informations énumérées dans le formulaire. En cliquant sur l'icône de transmission, le demandeur de clémence reçoit immédiatement un accusé de réception électronique indiquant la date et l'heure de la transmission. Le conseiller clémence reçoit le formulaire et établit un procès-verbal de constat de la date et de l'heure de transmission. Pour compléter sa demande de clémence, le demandeur pourra soumettre des informations et éléments complémentaires via la plateforme Hermès ou par les autres voies de transmission existantes.

Dans le cadre de la présente étude, toutes les réponses ne comportaient pas d'avis sur le formulaire électronique. Parmi les commentaires reçus, 62% étaient positifs et 38% étaient négatifs.

- Les avis favorables

Pour la majorité des avocats (53%), le recours possible à des plateformes d'échanges sécurisés de documents électroniques serait positif pour les entreprises souhaitant faire application de la procédure de clémence. En effet, la possibilité d'adresser la demande de clémence par la plateforme Hermès ou par le biais du formulaire de clémence sur le site de l'Autorité simplifie le dépôt d'une demande de marqueur.

Certains avocats (environ 15%) relèvent que la demande électronique est utile, notamment lorsqu'il y a urgence à agir. Au titre des éléments positifs, ils mentionnent également la possibilité pour les entreprises et/ou leurs conseils de soumettre une demande de clémence hors des jours ouvrés ou des horaires de travail habituels (particulièrement lorsque la date et l'heure du dépôt sont cruciaux pour déterminer l'éligibilité à l'immunité d'amende, le niveau de réduction d'amendes ou encore l'appréciation de la valeur ajoutée des éléments de preuve apportés par le demandeur (environ 15 %)).

D'autres (38,5%) soulignent également que la dématérialisation des demandes de clémence et la simplification de la procédure sont des avancées très appréciables pour l'ensemble des acteurs concernés (entreprises, avocats et, probablement, également les services de l'Autorité).

Enfin, un quart des praticiens ayant répondu soulignent que ce nouvel outil est le bienvenu pour les plus petites entreprises et témoigne de la modernisation des moyens de communication.

- Les avis défavorables

Les avis défavorables portent essentiellement sur des aspects techniques.

Ainsi, il a été indiqué (environ 23%) que, bien qu'à la suite de la transmission du formulaire, un email automatique soit envoyé, celui-ci ne contient ni objet ni autres détails, ce qui peut être source d'incertitude quant à son lien avec la demande de clémence.

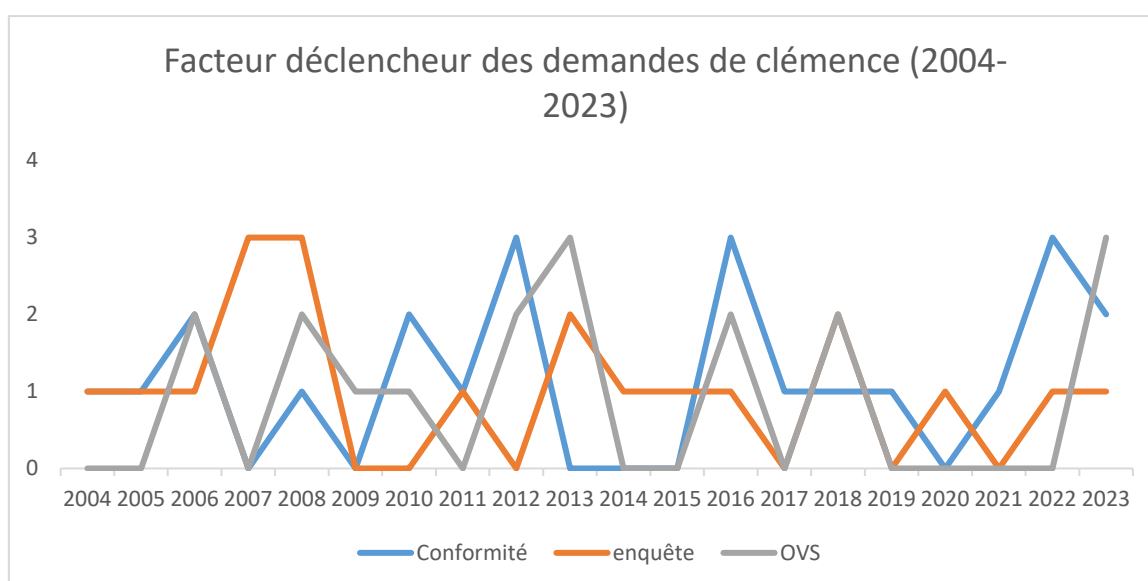
Il a été suggéré par certains (environ 15%) d'adopter, en termes d'affichage, un aspect plus proche de la page dédiée aux dépôts de notification d'une opération de concentration simplifiée via *Démarches-simplifiées.fr*. Selon eux, les encadrés sont notamment plus grands et la procédure d'accès à la page semble plus sécurisée.

Par ailleurs, plus de 38% des participants à l'étude ont indiqué ne pas être convaincus de la sécurité des informations renseignées dans un tel formulaire sur une page en accès libre, en l'absence de toute indication de garantie de la confidentialité et de la protection des informations ainsi transmises.

Enfin, près de 70% des participants ne critiquent pas la voie du formulaire électronique en soi. En revanche, ils soulignent préférer le contact humain et privilégier le rendez-vous dans les locaux, notamment pour des raisons de « *sécurité* » et de « *sérieux* » vis-à-vis du demandeur, surtout pour des sujets aussi importants que les pratiques dites de cartel.

3) Les facteurs d'incitation au dépôt d'une demande de clémence

Les avocats consultés ont été amenés à évaluer l'importance des facteurs d'incitation à la demande de clémence sur une échelle de 1 (peu important) à 10 (très important).



a) La connaissance du fonctionnement de l'Autorité de la concurrence

Rattaché au bureau du rapporteur général, le conseiller clémence est l'expert dédié à la mise en œuvre du programme de clémence. Cette fonction a été créée en 2011, à l'instar de ce qui existait aux Pays-Bas et sous l'impulsion de la Commission européenne.

Le conseiller clémence sert également de point de contact avec les demandeurs de clémence et leur conseil, ainsi qu'avec les demandeurs de clémence potentiels qui souhaiteraient recueillir des renseignements sur le programme de clémence de manière informelle et anonyme.

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 10 mai 2021¹², c'est le conseiller clémence qui enregistre les demandes de clémence sur habilitation du rapporteur général.

Dans le cadre des trois études de clémence, il a été demandé aux avocats si le fait de connaître le fonctionnement interne de l'Autorité (par exemple du fait d'une demande de clémence antérieure) ou d'avoir un interlocuteur dédié à la clémence, était un facteur pouvant influencer le choix de déposer une demande de clémence.

Ce facteur a reçu en moyenne près de 4 points en 2024, contre 6,5 points en 2018 et 3 en 2014.

Peu d'entreprises connaissent le fonctionnement de l'Autorité. Cela est d'autant plus vrai pour les PME qui ne disposent pas de direction juridique. Partant de ce constat, dès 2014, l'Autorité a entrepris de nombreuses initiatives pour faire connaître le programme de clémence auprès des entreprises et du grand public (campagnes auprès des chambres de commerce et de l'industrie, fédérations, portes ouvertes aux délégations étudiantes, communiqués de presse etc.).

Toutefois, il a été souligné que les entreprises s'en remettaient avant tout à leurs avocats. Le fait d'avoir des contacts au sein de l'Autorité n'aurait alors qu'une importance secondaire pour l'entreprise. En revanche, pour les avocats, le fait d'avoir un interlocuteur clairement désigné peut faciliter la démarche et donc être un facteur incitatif pour recommander le dépôt d'une demande de clémence à leurs clients.

b) La réduction d'amende

Selon l'article L.464-2, paragraphe I du code de commerce, une entreprise ou une association d'entreprises encourt une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxe en cas d'infraction au droit de la concurrence¹³.

L'autorité française est l'autorité nationale de concurrence infligeant les amendes les plus élevées au sein de l'Union européenne. Les sanctions imposées dans le cadre d'affaires ayant donné lieu à une procédure de clémence représentent 36% du montant total des sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence entre 2014 et 2023.

En vertu de l'article L.464-2, paragraphe IV du code de commerce, l'entreprise qui est la première à révéler l'infraction et à fournir les éléments de preuve nécessaires pour établir la pratique peut être éligible à une immunité d'amende. Les entreprises qui font des demandes dans un second temps peuvent se voir appliquer une réduction d'amende en fonction de leur rang d'arrivée, de leur coopération et de la valeur ajoutée des informations apportées.

Lorsque les conditions d'éligibilité sont réunies, le rapporteur général indique le rang d'arrivée au demandeur de clémence. Une fourchette attribuée à chacun des rangs d'arrivée est prévue par le communiqué clémence (100% - 25-50% - 15-40% - 0-25%)¹⁴.

La réduction d'amende n'est cependant pas automatique. Les entreprises doivent satisfaire aux obligations de coopération fixées par les dispositions du code de commerce et apporter

¹² *cf. supra*, article 1.

¹³ Autorité de la concurrence, communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 30 juillet 2021, paragraphe 49 et 50.

¹⁴ Autorité de la concurrence, communiqué relatif au programme de clémence français du 15 décembre 2023, point 40.

des informations nécessaires à l'établissement de la pratique. Les efforts fournis par le demandeur de clémence tout au long de la procédure sont appréciés par le collège pour moduler le montant final de l'amende.

Dans le cadre de la présente étude, il a été demandé aux avocats dans quelle mesure la réduction d'amende pouvait inciter les entreprises à demander la clémence. Ce facteur a reçu une note moyenne de près de 10 points. Il constitue ainsi le facteur le plus incitatif pour les demandes de clémence et ce de manière constante depuis 10 ans¹⁵.

c) Le risque de détection

En tardant à déposer une demande de clémence, les entreprises impliquées dans une entente s'exposent à deux types de risques. D'une part, l'entente peut être dévoilée par un tiers (entreprise concurrente, lanceur d'alerte ou un ancien salarié). D'autre part, grâce à ses outils de détection, l'Autorité peut ouvrir une enquête d'elle-même. Dans les deux cas, le risque de sanction pécuniaire pesant sur l'entreprise augmente.

L'Autorité a cherché à évaluer si le risque de détection par une autorité de concurrence est susceptible d'inciter les entreprises à demander la clémence. L'Autorité dispose de nombreux outils pour surveiller le marché et détecter des pratiques anticoncurrentielles (programme de clémence, signalements de lanceurs d'alerte, analyse de données économiques, DGCCRF, plaintes de consommateurs ou de concurrents, enquêtes sectorielles, relevés de prix etc.).

Dans le cadre de la présente étude, ce facteur a reçu une note moyenne de près de 8 points sur 10. Il constitue ainsi l'un des cinq premiers critères incitatifs à demander la clémence.

On constate que, ce facteur a légèrement gagné en importance durant la dernière décennie (7 en 2014, 7 en 2018 et 8 en 2024). Il est possible que les investissements réalisés par l'Autorité dans les outils de détection ces dernières années aient bénéficié au programme de clémence.

d) L'enquête ouverte

Une enquête ouverte par l'Autorité ou une autre autorité de concurrence peut inciter les entreprises à demander la clémence. Une enquête ouverte par l'Autorité peut conduire à la mise en œuvre de ses pouvoirs simples ou renforcés ainsi qu'à une coopération avec d'autres membres du REC.

L'Autorité a cherché à savoir dans quelle mesure ce facteur pouvait être incitatif à la clémence. Les répondants ont attribué une note moyenne de près de 8 points sur 10 à ce facteur.

Les personnes consultées ont précisé que la manière dont une enquête ouverte peut encourager les entreprises à demander la clémence dépend notamment de l'état d'avancement de l'enquête, des caractéristiques du secteur etc. De manière générale, les répondants considèrent qu'il s'agit d'un critère important. A partir du moment où l'Autorité commence à recueillir des informations, il devient plus difficile de se protéger du risque de sanction et, en cas d'une demande de clémence déjà déposée par une autre entreprise, d'apporter des informations ayant une réelle valeur ajoutée.

¹⁵ Il avait déjà été demandé de noter ce facteur en 2014 (résultat : 8 points de moyenne) et en 2018 (résultat : 10 points de moyenne).

e) Le dépôt d'une demande de clémence devant une autre autorité de concurrence

Dans le cadre du REC, les autorités de concurrence ne peuvent pas échanger entre elles des informations relatives aux déclarations de clémence¹⁶. Toutefois, une fois qu'une autorité ouvre une procédure, communique sur les actes d'instruction¹⁷ ou adopte une décision, l'existence des pratiques dans le secteur n'est plus secrète. Il est donc possible qu'une autre autorité ouvre sa propre enquête et, au besoin, demande à échanger des informations non liées à la demande de clémence avec son homologue.

Ainsi, en cas d'entente affectant plusieurs États membres, il est recommandé aux entreprises d'introduire leurs demandes de clémence auprès de la Commission et de toutes les autorités nationales de concurrence dont le territoire est potentiellement affecté par les pratiques en cause.

Comme l'a rappelé la Cour de Justice de l'UE, compte tenu de l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres, les programmes de clémence dans l'UE sont indépendants. Cela signifie que le demandeur n'aura pas forcément le même rang d'arrivée selon les autorités approchées et que l'obtention d'une réduction dans l'une des procédures ne préjuge en rien du traitement accordé dans l'autre¹⁸.

Les personnes consultées ont indiqué qu'en cas d'entente multinationale, une entreprise pouvait être incitée à déposer des demandes parallèles une fois qu'elle avait préparé la démarche pour au moins une autorité de concurrence. En effet, à ce stade la barrière psychologique liée à la décision de déposer une demande de clémence est franchie et le travail de recherche des éléments au soutien de la demande est effectué. Dès lors, un dépôt de demandes de clémence supplémentaires ne requiert plus d'efforts additionnels conséquents.

Ce facteur est considéré comme important avec une note moyenne de près de 8 points sur 10.

L'introduction du système des demandes sommaires de clémence eu sein du REC en 2006 a renforcé la pertinence de ce raisonnement. L'objectif de ce système est d'inciter les entreprises à déposer une demande de clémence auprès de plusieurs autorités en allégeant la charge administrative. Au lieu de déposer une demande de clémence complète devant toutes les autorités potentiellement compétentes, dans les cas où au moins 3 États membres sont affectés par les pratiques en cause, il est désormais possible de déposer une demande complète à la Commission et de soumettre une version courte (ou « sommaire ») aux autorités nationales. Lorsque la Commission entend instruire l'affaire elle-même, les autorités nationales archivent leur demande sommaire. Dans le cas contraire, les autorités nationales sont libres d'instruire l'affaire. Dans cette situation, le demandeur de clémence, s'il souhaite maintenir sa demande, devra transformer sa demande sommaire en demande complète au niveau national.

Depuis l'entrée en vigueur de la directive ECN+, le système des demandes sommaires a été généralisé à toutes les autorités nationales de concurrence.

¹⁶ Directive ECN+ (*cf. supra*), article 31(6).

¹⁷ Exemple : en vertu de l'article L463-6 du code de commerce, l'Autorité peut procéder à des publications d'informations succinctes relatives aux actes qu'elle accomplit en vue de la recherche, de la constatation ou de la sanction de pratiques anticoncurrentielles.

¹⁸ CJUE, 20 janvier 2016, *DHL Express et DHL Global Forwarding*, C-428/14.

Pour ce qui est de la France, environ 20% des cas où une demande sommaire a été formulée n'ont pas été traités par la Commission. Certains de ces cas sont devenus des affaires importantes pour l'Autorité.

Ainsi, l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fruits vendus en coupelles et en gourdes¹⁹ a débuté par une demande sommaire déposée auprès de l'Autorité, le 28 janvier 2014, en parallèle à une demande complète auprès de la Commission européenne. Cette dernière a décidé dans le cadre d'une lettre de non-intervention²⁰ de ne pas traiter elle-même le dossier. Le demandeur de clémence a alors complété sa demande sommaire auprès de l'autorité française le 3 juillet 2014. Cette initiative a abouti à une décision de sanction d'un montant total de plus de 58 millions d'euros le 17 décembre 2019.

Plus récemment, en 2023²¹, l'Autorité a adopté une décision à la suite d'une demande sommaire déposée auprès de l'autorité française en parallèle à des demandes formulées auprès de la Commission européenne et des autorités portugaise et espagnole. A la suite d'une lettre de non-intervention de la Commission, les autorités nationales ont pu ouvrir des dossiers. L'autorité portugaise a pu adopter une décision de sanction en mai 2022, suivie de l'autorité française en avril 2023 et de l'autorité espagnole en juillet 2023.

f) Le programme de conformité

La conformité s'inscrit dans une démarche globale de la part des entreprises qui souhaitent conduire leurs affaires de manière éthique et responsable. D'une part, la conformité revêt un aspect préventif dans la mesure où elle vise à éviter les infractions au droit de la concurrence. Cela peut par exemple passer par la mise en place de procédures internes visant à former le personnel, à interdire certaines pratiques et à favoriser le signalement des infractions. D'autre part, la conformité peut avoir un aspect correctif. Dans cette configuration, l'Autorité de la concurrence peut être celle qui provoque la démarche de l'entreprise à mettre en place un programme de conformité, que ce soit par injonction ou à travers la procédure d'engagements.

L'existence d'un programme de conformité peut permettre de détecter une entente anticoncurrentielle. Il arrive régulièrement que le système d'alerte prévu par le programme de conformité révèle la participation de l'entreprise à une infraction. La direction peut alors se trouver en position de décider de l'opportunité de déposer une demande de clémence.

C'est sur cet aspect que les avocats destinataires de l'étude ont été consultés. Ce facteur a reçu une note moyenne de près de 5 points sur 10.

Il ne s'agit donc pas d'un critère de première importance. Toutefois, il est admis que, dans certains cas, l'existence d'un programme de conformité peut être un facteur incitatif pour une entreprise ayant mis en œuvre des mécanismes efficaces pour prévenir toute atteinte au droit de la concurrence. Demander la clémence s'inscrit dans une démarche cohérente de l'entreprise de limiter ou de faire cesser une atteinte au droit de la concurrence.

¹⁹ Décision n° 19-D-24 du 17 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fruits vendus en coupelles et en gourdes.

²⁰ Traduction libre : « *non-processing letter* ».

²¹ Décision n° 23-D-04 du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente d'abonnements à des produits d'intelligence économique (business intelligence) et d'information d'entreprise.

En revanche, dans d'autres cas, ce facteur peut présenter une importance plus relative du fait que l'existence d'un programme de conformité au sein de l'entreprise n'est pas prise en compte au stade de la détermination de la fourchette de réduction de la sanction. Certains répondants estiment que ce critère aurait plus d'importance si l'existence d'un programme de conformité était davantage valorisée, notamment lors du calcul du montant de l'amende (uniquement pour les demandes de type 2).

Dans la pratique de l'Autorité des dix dernières années, les programmes de conformité sont, avec les opérations de visite et saisie et les enquêtes ouvertes, à l'origine de la plupart des demandes de clémence (voir tableau page 4). On remarquera toutefois qu'alors que ces trois facteurs présentaient une importance similaire en termes d'incitation à la clémence jusqu'en 2013, celle des programmes de conformité s'est accrue ces dix dernières années.

g) L'opération de concentration

A l'occasion d'une opération de concentration, les éventuels acheteurs ou investisseurs réalisent des audits pré-acquisition pour évaluer la situation de l'entreprise cible (« *due diligence* »)²². La partie cédante doit fournir aux acquéreurs potentiels toutes les informations utiles leur permettant de faire une offre sur les actifs corporels ou incorporels cédés²³. Il peut arriver que, lors des audits menés dans ce cadre, des pratiques anticoncurrentielles soient décelées par les parties à l'opération.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de sandwiches sous marque de distributeur²⁴, la société-mère, ayant découvert la participation active de sa filiale nouvellement acquise à une entente, a procédé à des audits et s'est rapproché de l'Autorité en vue d'obtenir l'immunité d'amende pour les actions de sa filiale.

Dans le cadre de la présente étude, il a été demandé aux avocats dans quelle mesure un audit réalisé dans le cadre d'une opération de concentration pouvait inciter à demander la clémence.

Les réponses fournies varient selon le stade de mise en œuvre de l'opération de concentration. Ainsi, la préparation de la concentration (« *due diligence* ») a reçu une note moyenne de 5 points tandis que l'audit post-concentration a reçu la note moyenne de près de 7 points. Dans les deux cas, ce facteur revêt une importance croissante depuis dix ans. En effet, pour ce qui est de la préparation d'une concentration, l'importance que les avocats lui accordaient n'était que secondaire avec 2,5 points en 2014 et 4,5 points en 2018. Pour ce qui était de l'audit post-concentration, les notes étaient de 3 en 2014 et 6,5 en 2018.

Certains répondants ont indiqué que la période pré-concentration n'était pas toujours propice au dépôt d'une demande de clémence. Cela pouvait retarder, voire empêcher, la réalisation de l'opération.

²² Autorité de la concurrence, lignes directrices révisées du 23 juillet 2020 relatives au contrôle des concentrations, point 858.

²³ Ibid. lignes directrices, point 859.

²⁴ Décision n°21-D-09 du 24 mars 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de sandwiches sous marque de distributeur.

A l'inverse, la période post-acquisition semblerait davantage propice au dépôt d'une demande de clémence. D'une part, le dépôt d'une demande de clémence après l'acquisition permet, selon les répondants, de faire un « *nettoyage* » et de sécuriser les activités futures de la nouvelle entité. D'autre part, le changement d'actionnaires permet de changer d'approche vis-à-vis de l'outil de clémence, et donc, dans certains cas, d'y avoir recours.

h) Le fonctionnement du cartel

Ce facteur permet d'évaluer si le fonctionnement interne du cartel (nombre de participants, ancienneté, stabilité etc.) est susceptible d'inciter les entreprises à demander la clémence.

L'hypothèse est que tant que les membres d'un cartel s'entendent, il existe une relation de confiance entre les participants. Au contraire, si cette relation de confiance se détériore et que la confiance diminue, le cartel peut se trouver déstabilisé, ce qui peut inciter ses membres à se rapprocher d'une autorité de concurrence pour révéler l'existence du cartel avant qu'un concurrent ne le fasse.

Par ailleurs, il se peut que le cartel n'engendre plus autant de profit que souhaité et que ses membres perdent l'incitation à s'entendre. Dans cette situation, si les membres sont conscients de l'illégalité de leur action et ne veulent pas risquer de sanction, ils peuvent être incités à déposer une demande de clémence.

Ce facteur a reçu la note moyenne de 6,5 sur 10. Il s'agit d'un facteur d'une importance équivalente à 2018 (6 points), mais considéré comme beaucoup plus important qu'en 2014 (2 points).

i) L'opération de visite et saisie

Les opérations de visite et saisie marquent un degré d'avancement significatif de l'enquête. C'est le signal pour les entreprises visitées que l'enquête est ouverte et que les services d'instruction de l'Autorité disposent d'éléments sérieux lui ayant permis d'obtenir une autorisation de la part du juge. Les opérations de visite et saisie constituent un facteur incitatif de première importance pour les entreprises dans la mesure où il s'agit souvent de la dernière chance d'apporter des informations de valeur que l'Autorité n'aurait pas déjà en sa possession.

Ce facteur permet d'évaluer à quel point les opérations de visite et saisie diligentées dans les locaux des entreprises influencent la décision d'avoir recours à la clémence.

Avec une note moyenne de près de 9 points sur 10, l'importance attribuée à ce facteur est forte et reste stable par rapport aux années précédentes.

j) L'amélioration de l'image de l'entreprise

Ce facteur permet d'évaluer si les entreprises voient dans la clémence un moyen d'améliorer leur image vis-à-vis de leurs clients, de leurs actionnaires et du public. L'amélioration de l'image s'inscrit également dans un ensemble d'objectifs visés par les programmes de conformité ou les chartes éthiques élaborées notamment par les moyennes et grandes entreprises.

Ce facteur a reçu la note de 3 sur 10 en 2024 et en 2018²⁵. Son importance est donc faible par rapport aux autres critères incitatifs à la demande de clémence.

k) La perspective d'évolution de la situation de l'entreprise sur le marché

Certaines entreprises perçoivent la procédure de clémence comme de la délation. Elles peuvent craindre que leur image soit dégradée auprès de leurs partenaires commerciaux ou futurs et/ou qu'elles puissent devenir victimes de mesures de représailles telles que des ruptures des relations commerciales.

Le facteur de la perspective d'évolution de la situation de l'entreprise permet d'évaluer si la situation dans laquelle peut se trouver l'entreprise sur le marché après le dépôt de la demande de clémence est un élément pris en compte pour décider de déposer une demande de clémence.

Ce facteur a reçu une note moyenne de 3 sur 10 lors de la présente étude. Même si ce facteur revêt une importance relative lors de la décision de recourir ou non à la clémence, on constate qu'il compte davantage que lors des études précédentes (1 en 2014 et 2,5 en 2018).

4) L'impact potentiel des actions en réparation sur le programme de clémence de l'Autorité de la concurrence

a) S'agissant du risque lié aux actions en réparation pour le programme de clémence français

A l'issue d'une décision de sanction par l'Autorité de la concurrence, les personnes s'estimant victime des pratiques anticoncurrentielles peuvent saisir les juridictions civiles ou administratives en réparation du préjudice causé par les pratiques. Cette question occupe une place particulière dans la stratégie du demandeur de clémence potentiel dans la mesure où celui-ci révèle sa participation à une entente et s'expose donc à un risque plus élevé de devoir payer des dommages et intérêts que ses concurrents.

Cette possibilité avait rarement été mise en œuvre à la suite de décisions adoptées par l'Autorité jusqu'à la transposition, en 2017, de la directive relative aux dommages et intérêts du 26 novembre 2014²⁶. Une ordonnance et un décret d'application du 9 mars 2017 ont transposé la directive en droit français. Ces textes ont pour objet de faciliter les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles, notamment en facilitant l'accès des victimes aux preuves, et en instaurant des présomptions.

Depuis l'entrée en vigueur de la directive, de nombreuses autorités de concurrence ont constaté une augmentation des actions en réparation devant les juridictions nationales. Toutefois, les présomptions n'étant pas d'application immédiate, le plein effet de la directive ne sera probablement visible que dans plusieurs années.

²⁵ Cette question ne figurait pas dans le questionnaire en 2014.

²⁶ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE ; transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et son décret d'application n°2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

Selon le rapport d'activité de l'Autorité pour 2023²⁷, les juridictions judiciaires ont rendu sept décisions et arrêts tandis que les juridictions administratives ont rendu trois arrêts en 2023. Toutefois, la fiabilité de ses statistiques n'est garantie qu'à hauteur des informations transmises à l'Autorité en vertu des dispositions de l'article R.490-5 du code de commerce. En effet, malgré ces dispositions, l'Autorité de la concurrence n'est pas systématiquement informée des jugements et arrêts rendus par les juridictions sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE. En outre, certaines décisions de l'Autorité présentent des suites indemnitaires réglées par voie de transaction qui ne sont donc pas rendues publiques.

Dans le cadre de la présente étude, les avocats ont été consultés sur l'importance du risque d'actions indemnitaires en tant que facteur pris en compte lors de la décision de déposer ou non une demande de clémence.

Plusieurs avocats ont relevé que les actions en dommages et intérêts ont pris beaucoup d'ampleur au cours des dernières années, avec un nombre croissant de contentieux introduits à ce titre. Dans le cas d'une demande de clémence de premier rang, il serait désormais nécessaire de mettre en balance le bénéfice attendu de la clémence (immunité d'amende) avec le risque de condamnation à des dommages et intérêts. Selon eux, cet exercice de mise en balance doit prendre en compte une multitude de facteurs tels que le risque de détection des pratiques, les caractéristiques de ces pratiques (gravité, périmètre, durée), leurs effets réels, mais aussi le type de clientèle concernée.

Près de 93% des répondants ont indiqué que le risque d'actions indemnitaires pouvait être un facteur dissuasif pour demander la clémence. Les entreprises se livrent donc à un arbitrage global incluant les économies réalisées grâce à la clémence, les potentiels coûts des actions indemnitaires (très difficiles à prévoir), et parfois, la réputation et les valeurs de l'entreprise. De manière générale, les répondants soulignent le fait que les actions indemnitaires peuvent être très nombreuses (y compris de la part de clients directs et indirects).

Par ailleurs, il a été demandé aux avocats dans quelle mesure la directive relative aux dommages et intérêts de 2014 a impacté la décision d'avoir recours à la clémence. 72% des avocats consultés ont répondu que, selon eux, la directive augmente le risque d'actions indemnitaires et pourrait donc dissuader d'avoir recours à la clémence.

35% des répondants estiment que le risque d'actions en dommages et intérêts (« *follow-on* ») est un risque réel. 61% des répondants ont confirmé que leurs clients avaient déjà fait l'objet d'actions indemnitaires (qu'ils aient été demandeurs de clémence ou non). Par comparaison, en 2018, 60% des entreprises déclaraient avoir déjà fait l'objet d'une action privée à la suite de leur implication dans des pratiques anticoncurrentielles. Les avocats ont quant à eux été unanimes (100%) sur le fait qu'ils avaient tous déjà défendu des clients dans le cadre d'actions privées à la suite de décisions d'autorités de concurrence. Ils ont souligné par ailleurs que les actions privées engendrent des coûts financiers et un investissement en temps significatifs. Ils ont néanmoins indiqué que ces actions se terminent généralement par une transaction. Une grande majorité des avocats (92%) a déclaré que la directive sur les actions privées a eu pour effet d'augmenter le nombre des actions privées ce qui aurait conduit corrélativement à une diminution du nombre de demandes de clémence.

13% des répondants considèrent qu'il s'agit d'un critère très important qui peut faire que leurs clients hésiteront à déposer une demande de clémence. Selon 15% des répondants,

²⁷Autorité de la concurrence, annexe du rapport annuel 2023, p. 34 ss.

cela serait d'autant plus vrai que le demandeur de clémence est la première cible en cas d'action en réparation du fait qu'il intente rarement un recours contre la décision de l'Autorité qui lui accorde la réduction d'amende.

D'autres estiment qu'une entreprise serait d'autant plus susceptible de faire l'objet d'une action en réparation opportuniste dès lors qu'elle a procédé à une demande de clémence dans laquelle elle reconnaît sa participation à des pratiques anticoncurrentielles et transige avec l'Autorité en renonçant à contester les griefs.

Selon 10% des avocats, ce risque serait accentué dans les relations commerciales B2B.

9% des répondants signalent qu'outre les coûts juridiques très importants qui y sont inhérents, le risque d'actions en réparation soulève de nombreuses questions : demandes d'accès par les plaignants aux pièces procédurales de la clémence, réactions, selon eux, très contrastées des juridictions consulaires face à des questions procédurales souvent inédites liées à la communication de pièces ; évaluations des préjudices souvent excessives effectuées par les économistes des plaignants ; solidarité du paiement des dommages et intérêts entre toutes les parties à l'entente réclamée par les plaignants avec des questions complexes de répartition entre elles, etc.

Le même nombre de réponses souligne que les coûts procéduraux sont souvent conséquents pour le défendeur (aux Etats-Unis et en Angleterre notamment) et induisent des complexités procédurales qui amènent souvent le défendeur à transiger pour mettre fin aux procédures. Selon 10% des répondants, beaucoup d'actions se résoudraient par des transactions. Les jugements ne représenteraient qu'une part limitée des actions indemnitaires.

A titre d'illustration, deux avocats témoignent du fait que le montant total des demandes formées à l'encontre de leurs clients devant les juridictions civiles et administratives s'était élevé à plus de huit fois le montant de l'amende administrative prononcée à leur encontre.

D'autres citent les contentieux qui ont fait suite à la décision de la Commission sanctionnant le cartel dit des camions²⁸. Ils relèvent qu'en l'espèce, les demandes indemnitaires dépassaient largement les montants d'amendes déjà considérables infligées par la Commission. Ces demandes ont donné lieu à des procédures contentieuses qui se sont poursuivies sur une durée bien supérieure à celle des procédures des autorités de concurrence.

12% des répondants estiment que les plaignants bénéficient aujourd'hui de nombreux leviers afin de minimiser leurs coûts dans le cadre des actions en réparation, éléments que prennent en compte les entreprises qui hésiteraient à coopérer avec les autorités de concurrence en dénonçant une entente à laquelle ont participé certains de leurs salariés. Par exemple, les plaignants peuvent céder leurs droits d'ester en justice à un agent privé qui rachète les droits litigieux des victimes de pratiques anticoncurrentielles et agrège les plaintes de plusieurs entreprises à l'encontre d'un défendeur. Les potentielles victimes seraient donc incitées à engager des actions en dommages et intérêts qu'elles n'auraient pas forcément engagées à leurs propres frais.

Certains avocats précisent que dans le cas d'une demande de clémence de second rang intervenant après des opérations de visite et saisie, l'exercice d'arbitrage entre le bénéfice attendu de la clémence et le risque de condamnation à des dommages et intérêts doit

²⁸ Commission européenne, affaire *Camions* - AT. 39824, décision du 19 juillet 2016.

certaines également être réalisé par les entreprises pouvant prétendre à une réduction d'amende de la part de l'autorité compétente. Toutefois, dans ce cas, le risque d'actions en dommages et intérêts préexiste pour l'entreprise et devrait probablement s'avérer moins important dans la prise de décision.

Plus de 4 % des répondants considèrent que la directive n'a pas d'impact sur la décision de demande de clémence, notamment en raison de son effet décalé dans le temps. Le risque d'actions en indemnisation ne semble pas être au cœur de la décision de révéler une entente. La transposition de la directive n'aurait pas renversé la hiérarchie des priorités de l'entreprise.

b) S'agissant de la spécificité des demandes de « discovery »

La procédure de *discovery* est une procédure américaine prévue à l'article 1782a du code fédéral des États-Unis permettant d'obtenir la production forcée de preuves dans le cadre d'une action civile ou commerciale²⁹. Pour beaucoup de plaignants, la procédure de *discovery* est un moyen indispensable pour obtenir des données pertinentes pour établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, le montant du préjudice ainsi que le lien de causalité. La portée de cette procédure est presque illimitée dans la mesure où l'article 26(b) (1) des règles fédérales américaines de procédure civile définit certaines notions clefs (document, possession, garde ou contrôle) de manière large, laissant ainsi une grande marge de manœuvre aux parties³⁰.

Le caractère intrusif de la procédure de *discovery* peut constituer un facteur d'incertitude pour le demandeur de clémence. Lors du dépôt de sa demande de clémence, l'entreprise transmet de nombreux éléments incriminants, à savoir sa déclaration de clémence décrivant de manière précise le fonctionnement de la pratique alléguée ainsi que

²⁹ Article 1782a du code fédéral des États-Unis (traduction libre) : « Le tribunal de l'arrondissement dans lequel une personne réside ou est appréhendée peut lui ordonner de témoigner, de produire un document ou tout autre élément nécessaire dans une procédure devant un tribunal étranger ou international, y compris les enquêtes criminelles menées avant l'inculpation formelle. L'ordonnance peut être rendue à la suite d'une commission rogatoire ou d'une demande émanant d'un tribunal étranger ou international ou à la demande de toute personne intéressée. L'ordonnance peut prescrire la pratique et la procédure, qui peuvent être pour tout ou partie, la pratique et la procédure du pays étranger ou du tribunal international, pour afin de recueillir le témoignage ou la déclaration ou pour produire le document ou tout autre élément. Dans la mesure où l'ordonnance n'en dispose pas autrement, le témoignage ou la déclaration est recueilli, et le document ou autre chose est produit, conformément aux règles fédérales de procédure civile. Une personne ne peut être contrainte de témoigner, de faire une déclaration ou de produire un document ou autre chose en violation d'un privilège légalement applicable » ; Wouter P.J. WILS, *Private enforcement of EU antitrust law and its relationship with public enforcement: past, present and future*, Concurrences n°2-2017; K.G. ELZINGA et W. BREIT, *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*, Yale University Press (1976), § 95;

³⁰ Article 26(b) (1) des règles fédérales américaines de procédure civile (RFPC) : « Sauf limitation contraire par une ordonnance du tribunal, la portée de la divulgation préalable est la suivante : Les parties peuvent obtenir la divulgation de toute information non privilégiée qui est pertinente pour la demande ou la défense d'une partie et proportionnelle aux besoins de l'affaire, compte tenu de l'importance des questions en jeu dans l'action, du montant en litige, de l'accès relatif des parties aux informations pertinentes, des ressources des parties, de l'importance de la divulgation pour la résolution des questions et de la question de savoir si la charge ou les frais de la divulgation proposée l'emportent sur les avantages probables de celle-ci. Les informations relevant de ce champ d'application ne doivent pas nécessairement être admissibles en preuve pour être communicables » ;

l'ensemble des éléments de preuve associés à la déclaration (pièces, fichiers électroniques, enregistrements, etc.)³¹.

Dans le cadre de l'étude de 2018, 60% des entreprises indiquaient avoir déjà été visées par des actions civiles. En outre, 20% d'entre elles déclaraient avoir fait l'objet d'une mise en œuvre de la procédure de *discovery* qui peut présenter une charge considérable pour une entreprise.

Dans le cadre de la présente étude, il a de nouveau été demandé aux avocats si leurs clients avaient déjà fait l'objet d'une procédure de *discovery*, et si tel n'était pas le cas, dans quelle mesure cette procédure était considérée comme un risque dans le cadre d'actions indemnitaires. Selon les avocats, peu de leurs clients ont fait l'objet d'une telle procédure. En revanche, dans les cas où elle a été mise en œuvre, les avocats ont souligné le caractère disruptif et coûteux de la procédure pour leurs clients.

Plus de la moitié des personnes consultées (plus de 52%) considèrent que ce risque est réel, même s'il n'est pas forcément quantifiable.

Certains répondants ont également indiqué que le risque existait également au Royaume-Uni sous la forme de « *disclosure requests* ». Il a cependant été souligné que les documents relatifs à la clémence et ceux couverts par la correspondance avocat-client n'étaient pas saisis. Les entreprises visitées remplissent des questionnaires de divulgation indiquant les documents pertinents, leur localisation et les coûts de récupération. Au regard de ce risque, ces mêmes répondants concluent que la confidentialité des déclarations de clémence doit être renforcée.

Toutefois, 4% des répondants estiment que ce risque peut être maîtrisé. En effet, le système de déclaration orale serait un mécanisme efficace pour protéger les déclarations du demandeur de clémence, du fait qu'elles ne laissent aucune trace dans l'entreprise. En outre, certains répondants ont précisé que l'accès au dossier de l'autorité de concurrence était rarement décisif dans le cadre d'actions indemnitaires. Les débats porteraient davantage sur les conséquences économiques des pratiques mises en œuvre et moins sur leur caractérisation. Les déclarations de clémence seraient donc moins pertinentes en vue d'obtenir une réparation.

A ce titre, 12% des avocats ayant répondu au questionnaire considèrent qu'il existe un risque significatif de saisie des déclarations de clémence dans le cadre des procédures de *discovery* mises en œuvre par les juridictions de *common law*. Ce risque se matérialiserait régulièrement. Le fait qu'il y ait aussi des procédures d'accès au dossier très différentes selon les pays accroîtrait encore ce risque (par exemple, les tiers peuvent demander l'accès aux demandes de clémence étrangères au Brésil).

Quelques répondants (6%) soulignent que les correspondances avocat-client devraient, en principe, être couvertes par le secret. Ces règles seraient reconnues tant au sein de l'Union européenne que dans les juridictions étrangères qui figurent parmi les forums habituels des actions en réparation, tel qu'au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis. Le risque de saisie serait donc réel, dès lors que les échanges avec une administration / autorité administrative ou judiciaire ne sont pas couverts par le secret avocat-client, sauf à ce qu'un avocat participe aux échanges.

³¹ CLOZEL., A, *L'impact des actions en dommages-intérêts sur le programme de clémence français*, revue Lamy de la concurrence n°130, septembre 2023.

Plusieurs avocats considèrent qu'avec la directive de 2014 qui prévoit que les déclarations de clémence ne peuvent être transmises à des tiers, le risque qu'une entreprise soit forcée de transmettre ses déclarations de clémence à un demandeur potentiel en dommages et intérêts ne serait possible que dans le cadre de litiges portés devant une juridiction hors de l'Union européenne (par exemple aux États-Unis). Si les exemples de communication des déclarations de clémence sont très rares, ce risque ne pourrait cependant être écarté, notamment pour les clients qui ont des activités en dehors de l'Union européenne.

Près d'un tiers des répondants (32%) ne considèrent pas la procédure de *discovery* comme un risque pour l'entreprise.

Pour certains avocats, elle n'impacterait pas particulièrement la procédure de clémence dans la mesure où les éléments nécessaires pour soutenir une action en réparation se trouvent généralement dans la décision et qu'il n'est donc pas nécessaire d'accéder aux déclarations de clémence.

c) Les garanties du demandeur de clémence

i) S'agissant de l'appréciation des garanties actuelles

Les débats au niveau européen ont été fréquents, ces dernières années, quant à l'impact que peut avoir la procédure civile sur les programmes de clémence. Un demandeur de clémence potentiel pourrait être dissuadé de déposer une demande par crainte des conséquences ultérieures d'actions en réparation.

La nécessité de protéger l'efficacité des programmes de clémence face à ces risques a été à l'origine de l'initiative de la Commission de proposer deux directives européennes qui font désormais partie intégrante du droit français : la directive de 2014 relative aux actions en dommages et intérêts et la directive ECN+ de 2019 relative au renforcement des pouvoirs des autorités nationales de concurrence (*cf. supra*).

On remarquera que les mesures de protection s'appliquent uniquement au primo-demandeur, c'est-à-dire, en pratique en France, l'entreprise à qui a été accordée l'immunité d'amende par une décision de l'Autorité de la concurrence. Cela suit la logique d'inciter davantage les entreprises à se manifester spontanément auprès de l'Autorité au lieu d'attendre qu'une enquête soit ouverte.

La directive de 2014 a été transposée en France par l'ordonnance du 9 mars 2017 (*cf. supra*). Elle prévoit une protection particulière du primo-demandeur dans les actions de *follow-on* à la suite d'une décision de l'Autorité de la concurrence. Cette protection concerne notamment trois aspects :

- Premièrement, le texte prévoit la protection des déclarations de clémence dans la mesure où ces pièces comportent une auto-incrimination de la part de l'entreprise. Ces pièces doivent avoir été établies spécialement dans l'optique du dépôt de la demande de clémence. Elles seront alors uniquement accessibles dans le cadre d'une procédure en cours ou dans le cadre du recours lié à cette procédure pour l'exercice des droits de la défense des parties (article L. 464-10 du code de commerce). Lorsqu'un plaignant présente des déclarations de clémence au juge civil en dehors de ce cadre, celui-ci doit, en principe, les refuser.
- Deuxièmement, le texte limite la responsabilité solidaire en dernier ressort pour le primo-demandeur. Ainsi, l'article L. 481-11 du code de commerce indique que « *les parties lésées, autres que le contractant direct ou indirect de la personne ayant*

bénéficié de l'immunité totale de sanction pécuniaire, ne pourront demander réparation de leur entier dommage à cette personne, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi les autres codébiteurs solidairement tenus à réparation. »

- Troisièmement, l'article 20 de la directive ECN+ rend obligatoire pour les autorités nationales de proposer une procédure orale de clémence. Celle-ci doit permettre aux demandeurs de clémence de ne pas garder de trace du dépôt de la demande de clémence qui pourrait être saisie dans le cadre d'une procédure de *discovery*. L'Autorité de la concurrence – et, avant elle, le Conseil – propose cette possibilité depuis l'introduction du programme de clémence en France en 2001.

Outre les protections accordées par les textes, les services d'instruction de l'Autorité proposent des mesures supplémentaires. Ainsi, depuis la première mise en œuvre de la procédure réformée par la loi DDADUE (*cf. supra*), les déclarations de clémence sont, en principe, seulement accessibles aux parties sur rendez-vous avec le conseiller clémence dans les locaux de l'Autorité. Lors de ce rendez-vous, les parties ne peuvent pas prendre de copie ni utiliser leur téléphone portable. Il leur est uniquement permis de prendre des notes ou d'utiliser des enregistreurs vocaux. En procédant ainsi, l'Autorité s'aligne sur la pratique de la majorité des membres du REC et sur celle de la Commission européenne.

Dans le cadre de la présente étude, il a été demandé aux avocats s'ils considéraient la protection actuellement offerte par l'Autorité comme satisfaisante. Moins d'un tiers (29%) a répondu de manière positive alors que plus de deux tiers (environ 71%) ont répondu de manière négative.

Ceux qui estiment que la protection actuelle est satisfaisante ont formulé les commentaires suivants :

Selon trois répondants, il serait difficile de prévoir davantage de protection pour le primo-demandeur de clémence sauf à remettre en cause le principe de réparation des dommages dans la sphère privée. L'objectif de répression publique des pratiques anticoncurrentielles ne devrait pas préempter des droits individuels de tiers à obtenir réparation.

Selon 9% des avocats ayant participé à l'étude, le risque est de devoir révéler, dans le cadre de la procédure de *discovery*, les déclarations de clémence et les résultats d'audits internes qui ont été réalisés pour préparer la demande de clémence. Parmi les déclarations de clémence figurent les demandes formelles de clémence et les échanges avec les autorités de concurrence. Pour cette raison, selon eux, la pratique de déclaration orale, dont le demandeur ne conserve pas de copie, est très utile lorsqu'il existe un risque de demande liée à une procédure de *discovery*. Selon leur expérience, cette pratique a jusqu'à présent correctement permis de résister aux procédures de *discovery*. Il s'agit de s'assurer qu'une entreprise qui fait une demande de clémence ne se trouve pas, de ce fait, dans une situation plus défavorable qu'une entreprise qui n'en a pas fait.

10% soulignent qu'aujourd'hui il n'y a pas de risque du fait de la protection instaurée. Le risque serait maîtrisé à partir du moment où les déclarations de clémence ne sortent pas de l'Autorité (à l'instar du procédé de la Commission européenne).

Au contraire, les avocats ayant répondu ne pas être satisfaits par la protection actuelle ont fait les commentaires suivants :

Plusieurs avocats indiquent que, la protection des déclarations de clémence accordée par le nouvel article L. 483-5 du code de commerce³² ne comprend pas les pièces justificatives annexées à la demande de clémence. Cette exclusion pourrait, selon eux, impacter le choix d'un demandeur de clémence de communiquer certaines pièces et donc son niveau de coopération.

Plus de 7% des avocats ayant participé à l'étude estiment que les garanties accordées au demandeur de clémence restent extrêmement limitées dès lors que l'identité du demandeur de clémence et les éléments à charge sont décrits de manière très détaillée dans la version publique de la décision de l'Autorité, ce qui en soi constitue une base pour les actions en réparation. Le constat d'infraction par l'Autorité vaut présomption irréfragable de responsabilité devant le juge civil.

En vue d'une meilleure protection, certains répondants indiquent qu'une mesure intéressante à envisager pour l'Autorité pourrait être de limiter la publication de sa décision, à l'instar de la pratique du *Bundeskartellamt*. En Allemagne, les décisions de sanctions prises sur la base d'une demande de clémence ne sont en effet pas publiées. Seul un communiqué de presse succinct porte à la connaissance du public l'existence du cartel. Pour obtenir l'accès à la décision, les tiers doivent solliciter l'autorité allemande et démontrer leur qualité de victime potentielle.

ii) *La proposition de la Monopolkommission allemande d'une « immunité civile »*

Afin de limiter les réticences des entreprises à déposer des demandes de clémence du fait du risque d'actions en réparation, la *Monopolkommission* allemande a proposé d'instaurer une immunité civile. Ainsi, *« une entreprise ou une personne physique participant à une entente, qui a bénéficié de l'immunité totale d'amendes dans le cadre d'un programme de clémence (demandeur de clémence), n'est tenue de réparer le dommage que si une réparation intégrale ne peut être obtenue des autres contrevenants. La contribution compensatoire que le demandeur de clémence devrait supporter revient, dans les proportions internes, aux autres contrevenants au prorata de leur propre contribution à la responsabilité. Une limitation de la responsabilité au sens de la première phrase est exclue »*

³² « Le juge ne peut pas enjoindre la communication ou la production d'une pièce comportant :

1° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une personne mentionnée à l'article L. 481-1 ou en son nom, et contribuant à établir la réalité d'une pratique anticoncurrentielle prévue aux articles L. 420-1 et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à en identifier ses auteurs, en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence ;[...] Cette interdiction s'applique également aux passages d'une pièce établie à l'occasion d'une enquête ou d'une instruction devant une autorité de concurrence et qui comporteraient une transcription ou citation littérale des exposés mentionnés aux alinéas précédents.

Le juge écarte des débats les pièces mentionnées au présent article qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence».

si 1) le demandeur de clémence occupe une position dominante sur le marché ou 2) s'il fournit des informations fausses à l'autorité de la concurrence. »³³

Dans le cadre de l'étude de clémence, il a été demandé de formuler un avis sur cette proposition.

Parmi les personnes consultées, plus de 67% se sont exprimées en faveur de cette proposition, alors qu'environ 33% y sont opposées.

Les personnes favorables à la proposition de la *Monopolkommission* ont formulé les commentaires suivants :

Près de la moitié des avocats (46%) ont souligné que l'immunité pourrait rendre la clémence plus attractive et faire la différence pour aider l'entreprise à prendre une décision s'agissant du dépôt d'une demande de clémence. L'octroi d'une immunité civile au primo-demandeur de clémence pour les actions en *follow-on*, tout en continuant d'appliquer la responsabilité conjointe et solidaire des autres participants aux pratiques à proportion de leur implication afin de garantir autant que possible une indemnisation adéquate des victimes, constituerait un compromis raisonnable pour augmenter les recours à la procédure de clémence. Une immunité civile ne conduirait pas nécessairement à déposséder la victime de son droit à réparation si les dommages et intérêts auxquels elle peut prétendre sont réparties entre les autres contrevenants.

Selon 6,5% des répondants, il faudrait considérer le fait que les victimes des ententes concernées ne sauraient pas qu'elles sont victimes en l'absence du primo-demandeur.

Les personnes opposées à la proposition de la *Monopolkommission* ont formulé les remarques suivantes :

Certains avocats ont indiqué que l'immunité civile pourrait être un problème pour la victime car c'est le demandeur de clémence qui, en pratique, transige fréquemment avec la victime (et moins ses concurrents) et paierait donc plus vite que ses concurrents. Cela se traduirait par un processus plus compliqué et long pour la victime.

D'autres estiment que l'immunité civile serait contraire au principe de réparation intégrale dans la mesure où les autres cartellistes doivent payer mais ne peuvent pas se retourner contre le primo-demandeur. Il serait également contraire au droit de la défense de la victime qui souhaiterait se tourner contre le primo-demandeur. Enfin, il constituerait une rupture d'égalité entre le primo-demandeur et les autres demandeurs de clémence.

Plus de 6% des personnes ayant participé à l'étude considèrent qu'il est important de conserver la responsabilité civile des demandeurs de clémence afin d'éviter que la procédure de clémence ne devienne un instrument permettant aux entreprises de tenter de manipuler le marché et d'éliminer des concurrents, sans aucune conséquence. Elles remarquent, en outre, que le principe de responsabilité pour faute ayant valeur

³³ Traduction libre de: Monopolkommission, rapport annuel, 5 juillet 2022, „Kapitel II: Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis“, paragraphe 317 : „*Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.*“

constitutionnelle, faire voter une loi en ce sens soulèverait de réelles et sérieuses difficultés juridiques.

Plus de 15% des personnes ayant participé à l'étude estiment qu'une telle solution pourrait en pratique être contre-productive. En effet, la part de responsabilité incombant au primo-demandeur de clémence se retrouverait *de facto* répartie entre les autres auteurs de l'infraction. Or, ceci pourrait aboutir à dissuader les demandes de clémence de second rang et donc à augmenter la charge de travail pour les autorités de concurrence dans la mesure où les entreprises auraient alors un intérêt certain à se défendre pour tenter d'échapper en amont à une sanction.

Plusieurs avocats ont suggéré des solutions aux potentiels inconvénients d'une immunité civile :

Pour ne pas léser les victimes des pratiques, il a été suggéré de réfléchir en parallèle à un dispositif de restitution aux victimes qui serait négocié entre le demandeur de clémence et l'Autorité. Il s'agirait ce faisant de protéger le demandeur de clémence par rapport à des actions indemnitaires futures pour autant qu'il s'engage devant l'Autorité à abonder un fonds d'indemnisation des victimes pour un montant négocié et convenu avec l'Autorité.

5) Les autres enjeux

Outre les facteurs sur lesquels les avocats ont été spécifiquement consultés, la plupart des répondants ont mentionné d'autres enjeux qui peuvent être pris en considération dans le cadre de la prise de décision de déposer une demande de clémence.

A cet égard plusieurs avocats indiquent que de nombreux clients préfèrent arrêter la pratique sans faire de demande de clémence : ils sont conscients du fait que le risque d'une possible détection persiste durant le délai de prescription de 5 ans mais comptent sur le fait que les autres participants à la pratique feront également le choix de ne pas demander la clémence. Ce phénomène se serait considérablement renforcé avec la transposition de la directive en 2017.

a) La « barrière psychologique »

Plusieurs avocats font état de la « *barrière psychologique* » que les entreprises doivent surmonter avant de demander la clémence à une autorité de concurrence. C'est fréquemment le rôle de l'avocat que d'aider son client à dépasser cette barrière pour que celui-ci opte pour la clémence.

Cette barrière psychologique se traduit de deux manières :

- D'une part, demander la clémence suppose de reconnaître son implication dans une pratique anticoncurrentielle. Cela peut être perçu par d'autres acteurs du marché comme une « trahison ». L'atteinte à sa réputation représente un risque permanent pour l'entreprise et sa protection revêt un enjeu économique. Ainsi, toute atteinte à sa réputation peut engendrer des répercussions économiques et entraîner des conséquences financières.
- D'autre part, en compensation de l'atteinte à sa réputation, pour que l'entreprise soit convaincue que le recours à la clémence est la démarche à adopter, il faut en contrepartie une incitation financière, c'est-à-dire, en amont, le risque d'une sanction suffisamment dissuasive et, en aval, un bénéfice de clémence se traduisant par une réduction d'amende suffisamment importante.

b) Les conséquences du dépôt d'une demande de clémence

Révéler sa participation à des pratiques anticoncurrentielles peut entraîner une perte de confiance de la part des consommateurs qui peuvent percevoir l'entreprise comme manquant d'éthique et peu fiable.

Il en est de même pour les partenaires commerciaux notamment pour deux raisons. D'une part, ils peuvent être réticents à contracter avec une entreprise impliquée dans des pratiques anticoncurrentielles, de peur d'être associés à ces pratiques ou de subir des répercussions négatives sur leur propre réputation. D'autre part, ils peuvent percevoir la clémence comme de la délation. En les dénonçant, le demandeur de clémence trahirait la confiance de ses partenaires. Dans quelques cas isolés, l'atteinte à la réputation de l'entreprise peut être si forte qu'elle peut entraîner la perte d'un segment du marché, voire causer la faillite de l'entreprise.

L'étude comporte quelques cas où les salariés du demandeur de clémence ont eu à subir les conséquences de ce choix. Des salariés qui souhaitaient eux-mêmes changer d'employeur ou ont été licenciés pour faute grave pour avoir directement participé à l'entente et n'ont pas réussi à se faire embaucher par des entreprises concurrentes. Ces dernières auraient considéré la révélation d'une infraction aux autorités ou la participation à une entente anticoncurrentielle comme un motif de défiance. Ce phénomène se serait aggravé avec l'introduction du système des lanceurs d'alerte.

Par ailleurs, les demandeurs de clémence peuvent devenir la cible de menaces ou de représailles de la part d'autres acteurs du marché. En 2018, 60% des entreprises indiquaient ne pas avoir subi de menaces ou de représailles. En revanche, plus de 90% des avocats déclaraient que leurs clients avaient subi des menaces et/ou des représailles de la part de leurs clients ou de leurs concurrents, soit dès les opérations de visite et saisie, soit une fois la décision de sanction adoptée par l'Autorité de concurrence.

Plusieurs avocats ont suggéré que le demandeur de clémence devrait bénéficier d'un dispositif d'anonymat renforcé pour éviter les risques réputationnels et les éventuelles représailles.

c) Les risques d'une sanction pénale

L'article L.420-6 du code de commerce dispose que « *[l]es personnes physiques sont sanctionnées pénalement dès lors qu'elles ont pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.* ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi Perben II³⁴, les sanctions pénales peuvent également s'appliquer aux personnes morales.

L'article L.420-6 du code de commerce peut être invoqué par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence en vue de transférer des éléments au ministère public sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale³⁵. Si le procureur de la République décide de poursuivre, l'article L.450-1, II bis du code de commerce permet au juge

³⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, Perben II.

³⁵ Article 40 du code de procédure pénale : « *Tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

d'instruction de délivrer une commission rogatoire aux enquêteurs de l'Autorité. Les mécanismes propres à la procédure pénale seront donc enclenchés pour pouvoir caractériser l'infraction sur le plan pénal. Il est à noter qu'en matière de droit de la concurrence, le pénal ne tient pas l'administratif en l'état, de sorte qu'il est possible pour l'Autorité de statuer avant que les mêmes faits aient été jugés par la juridiction répressive³⁶. La procédure contentieuse de l'Autorité, visant à sanctionner les manquements visés aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2, et la procédure pénale sanctionnant le délit prévu à l'article L. 420-6 du code de commerce sont deux procédures parallèles et indépendantes qui peuvent donner lieu à une coopération entre l'autorité administrative et le juge pénal, sans pour autant que le législateur ait prévu une quelconque temporalité dans leur mise en œuvre respective³⁷.

En 2024, l'Autorité a adopté une décision emblématique de l'articulation entre droit de la concurrence et droit pénal et de l'impact potentiel de cette articulation sur la procédure de clémence³⁸. Consécutivement à un signalement de la DGCCRF (BIEC de Lille), la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence avait adressé un rapport au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale. Dans le cadre de cette procédure pénale, le juge d'instruction a ordonné des interceptions d'échanges téléphoniques et des perquisitions dans les locaux des entreprises incriminées.

A l'issue de cette perquisition, deux entreprises actives dans le secteur de la construction ont déposé des demandes de clémence. L'Autorité s'est non seulement saisie d'office des pratiques mises en œuvre dans le secteur en cause mais a pu également demander au juge d'instruction la communication des pièces ayant un lien direct avec les faits mentionnés dans la saisine. L'exploitation des pièces issues du dossier pénal et les déclarations des entreprises à l'origine des demandes de clémence ont permis de détecter d'autres pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans ce secteur. L'un des demandeurs de clémence a apporté des informations qui ont permis d'établir des faits supplémentaires. L'entreprise a ainsi non seulement bénéficié d'une réduction d'amende, mais également d'une immunité *de facto* pour deux griefs³⁹.

Depuis la transposition de la directive ECN+, l'article L.420-6-1 du code de commerce dispose que « *Les directeurs, gérants et autres membres du personnel de l'entreprise ou association d'entreprises qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 sont exempts des peines prévues par l'article L. 420-6 si cette entreprise ou association d'entreprises a bénéficié d'une exonération totale des sanctions pécuniaires en application de la procédure prévue au IV de l'article L. 464-2 au titre de ces pratiques, et s'il est établi qu'ils ont activement coopéré avec l'Autorité de la concurrence et le ministère public* ».

En pratique, cette nouvelle disposition n'a pas encore été mise en œuvre. Il est prévu que, dans l'hypothèse d'une procédure pénale ouverte par le Parquet National Financier,

³⁶ Voir en ce sens la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-69 du 15 décembre 2005 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime.

³⁷ Décision n° 24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton, paragraphe 203.

³⁸ Décision n° 24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton.

³⁹ Décision n° 24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton, paragraphe 967.

l'Autorité informe le procureur de la République en mentionnant, le cas échéant, les personnes physiques qui lui paraissent éligibles à une telle exemption de peine⁴⁰. Ce mécanisme vise précisément à écarter le risque qu'une éventuelle action pénale visant les dirigeants du demandeur de clémence le dissuade de faire une telle demande.

Cette disposition a été dans l'ensemble bien accueillie. Selon les commentaires reçus dans le cadre de l'étude de clémence, en levant les craintes pour les personnes physiques ayant participé à l'entente d'être poursuivies pénalement, l'introduction de cette disposition a eu pour effet d'encourager les demandes de clémence. Selon ces mêmes commentaires, à première vue, le renforcement du risque pénal pourrait accroître l'intérêt pour la procédure de la clémence comme biais pour bénéficier de l'immunité pénale.

En revanche, il a été souligné que l'immunité pénale s'applique uniquement au primo-demandeur. Or, le demandeur de clémence, au moment où il approche l'Autorité pour déposer sa demande, ne peut être certain d'être le primo-demandeur, de sorte que, s'il ne l'est pas, il risque d'avoir révélé une affaire pénale pour laquelle il pourra être sanctionné malgré sa coopération.

d) Le cumul des procédures de clémence et de transaction

La loi du 6 août 2015⁴¹ a modifié les dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, en créant une nouvelle procédure de transaction qui a remplacé la procédure de non-contestation des griefs.

La procédure de transaction permet à une entreprise mise en cause et à l'Autorité de la concurrence de conclure la procédure plus rapidement et de réaliser des gains procéduraux significatifs. Outre ces avantages, la transaction apporte une prévisibilité à l'entreprise quant à la sanction encourue.

En vertu de l'article L.464-2 IV du code de commerce, la procédure de transaction peut être cumulée avec la procédure de clémence si le rapporteur général l'estime opportun. Sur ce point, il convient de rappeler que si ces deux procédures s'inscrivent dans une démarche de coopération de la part des entreprises concernées, elles ne contribuent pas, dans les mêmes proportions, à l'établissement des faits et au traitement des affaires.

Alors que la mise en œuvre de la procédure de clémence permet de révéler l'existence d'une pratique à l'Autorité, d'en établir l'existence et d'en identifier les auteurs, la procédure de transaction intervient après que les services d'instruction ont notifié des griefs aux entreprises concernées, sur la base de l'enquête qu'ils ont déjà réalisée. Pour ces raisons, le bénéfice qui résulte de la mise en œuvre d'une procédure de transaction ne peut être équivalent au bénéfice d'une exonération, totale ou partielle, de sanction accordée au titre de la clémence⁴².

Il existe plusieurs scénarios de cumul des procédures de clémence et de transaction. Premièrement, le cumul peut intervenir lorsqu'une personne souhaitant avoir recours à la transaction a d'ores et déjà sollicité le recours à l'exonération partielle d'amende. Tel a été

⁴⁰ Article L.464-2 du code de commerce ; communiqué de procédure du 15 décembre 2023, paragraphe 60.

⁴¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴² Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, point 9.

le cas dans l'affaire dite des produits blancs⁴³. En l'espèce, le collège de l'Autorité avait adopté un avis de clémence qui attribuait une fourchette provisoire de réduction de sanction. En outre, la fourchette qui a été fixée dans le cadre de la procédure de transaction a tenu compte à la fois des réductions de sanction envisagées par l'avis de clémence mais aussi d'une réduction de sanction encore supérieure à la réduction maximale retenue par l'avis de clémence, au regard de sa contribution importante à l'instruction⁴⁴.

Deuxièmement, le cumul peut également avoir lieu en la présence de plusieurs entreprises dont au moins une demande la clémence et les autres demandent l'application de la procédure de transaction. Tel a été le cas dans l'affaire dite des produits d'intelligence économique⁴⁵ dans laquelle l'Autorité a accordé une exonération totale de sanction pécuniaire à l'unique demandeur de clémence, et a infligé une sanction de 3 500 000 euros à l'autre participant à l'entente au terme d'une procédure de transaction.

La Cour d'appel de Paris a rappelé qu'au regard des dispositions du code de commerce, la procédure de transaction constitue une simple faculté pour le rapporteur général et non une obligation, de sorte que les entreprises mises en cause n'ont pas de droit acquis à la transaction. Quand bien même le cumul entre la procédure de transaction et la clémence est possible, le recours à la clémence ne saurait déclencher un droit à la mise en œuvre d'une procédure de transaction, le rapporteur général conservant un large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité d'y recourir⁴⁶.

En pratique, sur la période 2014-2024, l'Autorité de la concurrence a rendu peu de décisions dans laquelle la clémence a été cumulée à la transaction (ou, avant elle, à la non-contestation des griefs)⁴⁷.

Dans le cadre de l'étude effectuée en 2018, certains avocats avaient souligné un manque de transparence sur le pourcentage de réduction octroyé au titre de la clémence dans le cadre de la procédure de transaction. Selon eux, il serait souhaitable d'avoir plus de détails sur la réduction attribuable à la clémence lorsque celle-ci est doublée d'une transaction.

D'autres avocats avaient indiqué que le bénéficiaire de la clémence se trouverait « discriminé » dans le contexte de la procédure de transaction du fait que la fourchette de transaction engloberait en quelque sorte la réduction au titre de la clémence dans le cadre du calcul de l'amende. Il conviendrait, selon eux, de réduire le pourcentage au titre de la clémence du montant de l'amende seulement une fois que la fourchette de l'amende au titre de la transaction a été déterminé.

Dans le cadre de la présente étude, certains avocats (plus de 10 %) ont indiqué que, pour ce qui est des demandeurs de clémence autres que le primo-demandeur, il subsisterait une difficulté juridique non réglée par la nouvelle procédure de clémence. En effet, la procédure de clémence ouvre en principe droit à une réduction d'amende exprimée en pourcentage de l'amende fixée par le collège de l'Autorité. Or, dès lors que le demandeur

⁴³ Décision 18-D-24 du 05 décembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers.

⁴⁴ Décision 18-D-24, para 199.

⁴⁵ Décision n°23-D-04 du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'intelligence économique et d'information d'entreprises.

⁴⁶ CA Paris, 15 juin 2023, n° RG 106028.

⁴⁷ Entre 2014 et 2024, la procédure de clémence a été cumulée avec la procédure de non-contestation dans 4 affaires et avec la procédure de transaction dans 3 affaires.

de clémence entre en procédure de transaction, une fourchette d'amende est fixée en amont par les services d'instruction de l'Autorité, intégrant la réduction au titre de la clémence, acceptée par l'entreprise qui décide de transiger, et dans le cadre de laquelle le collège de l'Autorité fixe ensuite le montant final de l'amende. Cette façon de calculer mettrait le demandeur dans l'impossibilité d'identifier quel pourcentage de réduction d'amende a finalement été appliqué au titre de la clémence. Ainsi, cela le priverait *de facto* de la possibilité de toute contestation sur ce point devant la cour d'appel de Paris.

e) L'impact du système des lanceurs d'alerte sur le programme de clémence

Dans le cadre de l'étude, près de 6% des répondants ont soulevé la question de l'articulation de la procédure de clémence avec le dispositif des lanceurs d'alerte mis en place par la loi Sapin 2 en 2016 et renforcé par la loi Wasserman du 21 mars 2022.

En parallèle à l'entreprise qui peut être à l'origine d'une demande de clémence, le lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue des violations du droit de la concurrence, soit au sein de l'entité dont elle relève, soit directement auprès des autorités. Du point de vue des autorités, les lanceurs d'alerte sont donc une nouvelle source potentielle de détection des infractions au droit de la concurrence.

Par ailleurs, il a été indiqué que le risque qu'un salarié en tant que lanceur d'alerte révèle la participation à une infraction de l'entreprise pour laquelle il travaille exerce une pression sur cette dernière : elle peut craindre que ce salarié lui ôte la possibilité d'obtenir l'immunité. Cela peut inciter l'entreprise à demander la clémence avant qu'un employé ne la dénonce.

Selon certains avocats (6%), l'attractivité du dispositif de lanceur d'alerte serait discutable, notamment si le lanceur d'alerte a pris une part personnelle et déterminante dans la commission de l'infraction. En effet, dans ce cas, l'Autorité est théoriquement tenue d'en informer le Procureur de la République, qui peut diligenter une enquête pénale. Or, la crainte d'une condamnation pénale sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce pourrait être un frein aux signalements par voie externe, c'est-à-dire directement auprès des autorités.

Selon ces mêmes avocats, du point de vue de l'entreprise, les lanceurs d'alerte pourraient mettre à mal une éventuelle procédure de clémence. En effet, l'une des conditions pour bénéficier d'une exonération totale d'amende est d'apporter à l'Autorité des éléments suffisants lui permettant soit de procéder à des opérations de visite et saisie, soit de caractériser l'existence d'une infraction. Or, il apparaît en théorie possible qu'aucun demandeur de clémence ne se voie accorder le bénéfice d'une exonération totale d'amende dans une situation où l'Autorité aurait été informée de l'existence d'une infraction par un lanceur d'alerte.

IV. Conclusions

De nombreux commentaires et de suggestions ont été exprimés dans le cadre de l'étude de clémence. L'Autorité analysera dans quelle mesure il conviendra d'intégrer les propositions dans sa pratique.