

Paris, le 15 avril 2014

Etude relative au programme de clémence français

I. INTRODUCTION

L'Autorité de la concurrence est dotée d'un programme de clémence depuis 2001¹. Celui-ci a été explicité dans un communiqué de procédure dès 2006², révisé dernièrement le 2 mars 2009³.

Il s'agit d'un outil de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie, et notamment celles portant sur les fixations de prix ou les répartitions des marchés ou des volumes entre concurrents. Ce programme permet aux entreprises ayant participé à une telle infraction d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende en contrepartie de leur coopération avec l'Autorité de la concurrence.

Après plus de dix ans d'application du programme de clémence, l'Autorité de la concurrence a mené une étude auprès des personnes ayant formulé ou susceptibles de formuler des demandes de clémence en France.

L'objectif de cette étude était de permettre à l'Autorité de la concurrence de mieux connaître l'expérience des praticiens et de mieux appréhender les difficultés pratiques rencontrées. Les destinataires étaient ainsi appelés à se prononcer sur les facteurs, selon eux, déterminants pour formuler des demandes de clémence ainsi que sur les obstacles qu'un demandeur de clémence est susceptible de rencontrer.

A partir de février 2013, des questionnaires ont été envoyés à plus d'une centaine des plus grandes entreprises présentes en France ainsi qu'à plus de 120 avocats spécialisés

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

² Communiqué de procédure du 11 avril 2006 sur le programme de clémence

³ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur le programme de clémence

dans le droit des ententes.

Le taux de retour a été de l'ordre de 20% des destinataires.

Les réponses fournies étaient très claires et exhaustives. Elles témoignent d'un grand intérêt pour le sujet.

Toutes les réponses, ainsi que l'identité de leurs auteurs, ont été traitées de manière strictement confidentielle, exclusivement par la conseillère clémence de l'Autorité.

Le présent document synthétise ces réponses.

II. LES IMPRESSIONS GÉNÉRALES SUR LE PROGRAMME DE CLÉMENCE FRANÇAIS

Les impressions générales exprimées sur le programme de clémence de l'Autorité de la concurrence – tant du point de vue des entreprises que du point de vue des avocats – sont plutôt positives.

En effet, 50% des entreprises concernées estiment que le programme de clémence assure une protection de l'entreprise et de son image. 67% des réponses des avocats indiquent que le programme français est satisfaisant comparé à celui des autres autorités de concurrence dans le monde.

Les critiques exprimées du côté des entreprises sont liées aux risques de ne pas obtenir de réduction d'amende satisfaisante (30%) et aux coûts d'investissement (10%) qu'impliquent une demande de clémence. Du côté des avocats, ont notamment été soulevés la lourdeur de la procédure (22%), l'insécurité juridique (22%) et des délais de traitement trop longs (11%).

III. LE CLASSEMENT DES CRITÈRES INCITATIFS POUR LES DEMANDES DE CLÉMENCE

Il a été demandé aux destinataires des questionnaires d'indiquer le niveau d'importance sur une échelle de 1 à 10 (10 correspondant à l'importance la plus haute) accordé aux différents critères susceptibles d'inciter à des demandes de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence.

Le résultat de l'étude révèle que les avocats et les entreprises attribuent la plus haute importance aux mêmes quatre critères.

Ainsi, en premier lieu, le critère considéré comme le plus important est la réduction d'amende à laquelle peut s'attendre le demandeur de clémence (8 points selon les entreprises et plus de 8 points selon les avocats).

En second lieu, les entreprises (7 points) et les avocats (8 points) estiment que le fait qu'une entreprise formule une demande de clémence auprès d'une autre autorité de concurrence l'incite fortement à s'approcher par la suite ou en parallèle de l'Autorité française.

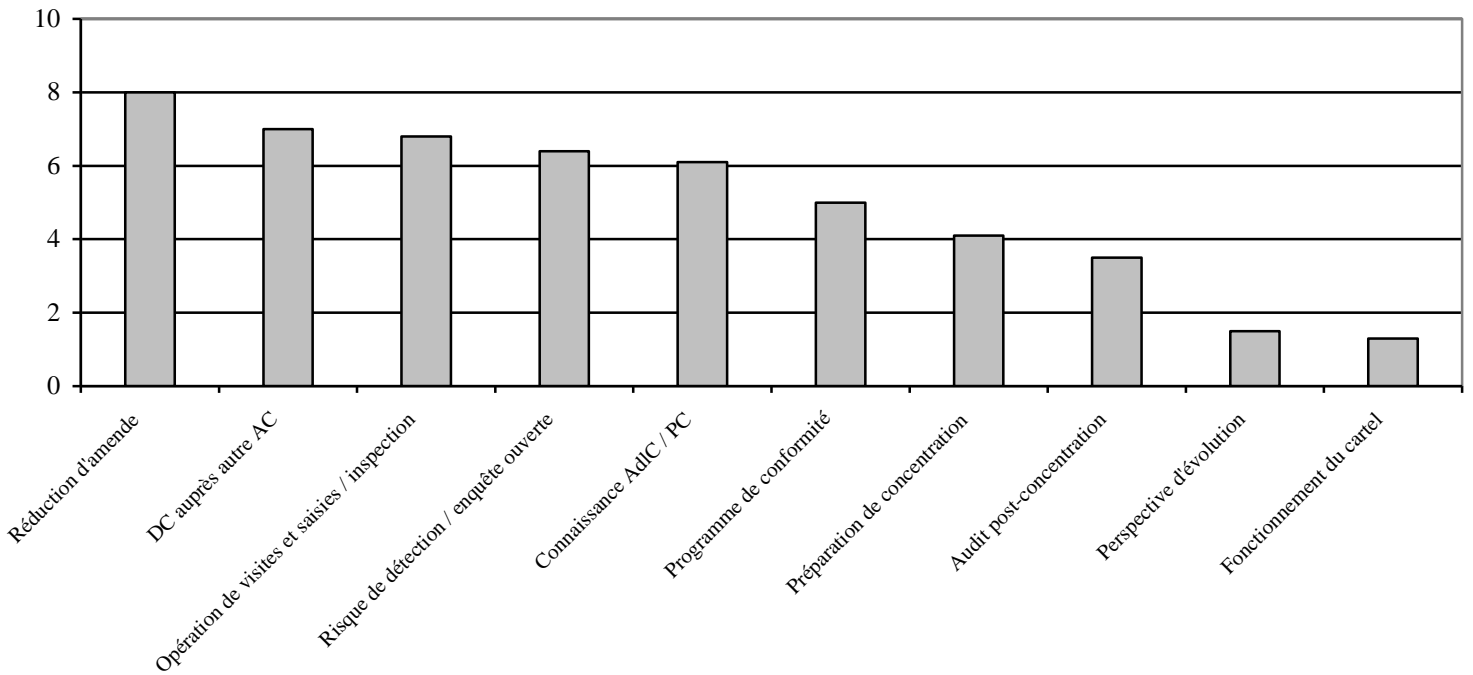
La troisième place est occupée par les opérations de visites et saisies / inspections (presque 7 points selon les entreprises et plus de 7 points selon les avocats), que ce soit celles menées par l'Autorité ou celles menées par une autre autorité de concurrence. De telles opérations sont en effet, pour les praticiens, de fortes indications que l'autorité concernée dispose d'indices sérieux relatifs à des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc à ce stade de limiter le risque d'une éventuelle amende.

En quatrième lieu viennent les enquêtes ouvertes et le risque de détection de la participation de l'entreprise concernée à une infraction (plus de 6 points selon les entreprises et plus de 7 points selon les avocats).

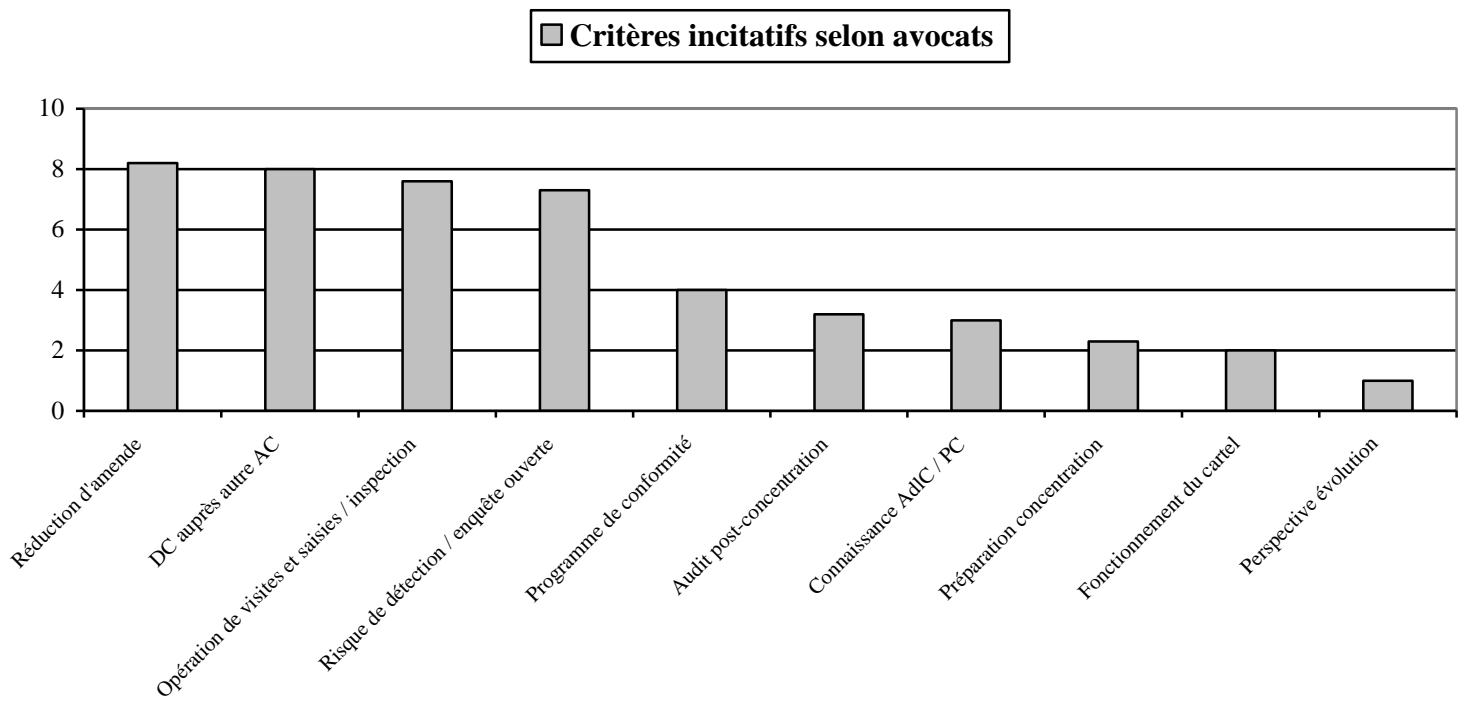
En ce qui concerne les autres critères, les réponses des entreprises et des avocats diffèrent quant à l'ordre d'importance qu'ils attribuent aux divers facteurs.

Ainsi, pour les entreprises, viennent au rang d'importance suivant la connaissance de l'Autorité de la concurrence et du fonctionnement de la procédure de clémence, suivie par l'existence d'un programme de conformité interne, par la préparation d'une opération de concentration (audit par l'actuel détenteur), par un audit post-opération de concentration (audit par l'acquéreur), par la perspective d'évolution sur le marché à la suite de la demande de clémence (notamment l'absence de risque d'atteinte à l'image de l'entreprise et/ou de risque de détérioration de la relation du demandeur de clémence potentiel avec ses clients ou distributeurs/fabricants) et, enfin, par l'état de fonctionnement du cartel.

■ Critères incitatifs selon entreprises

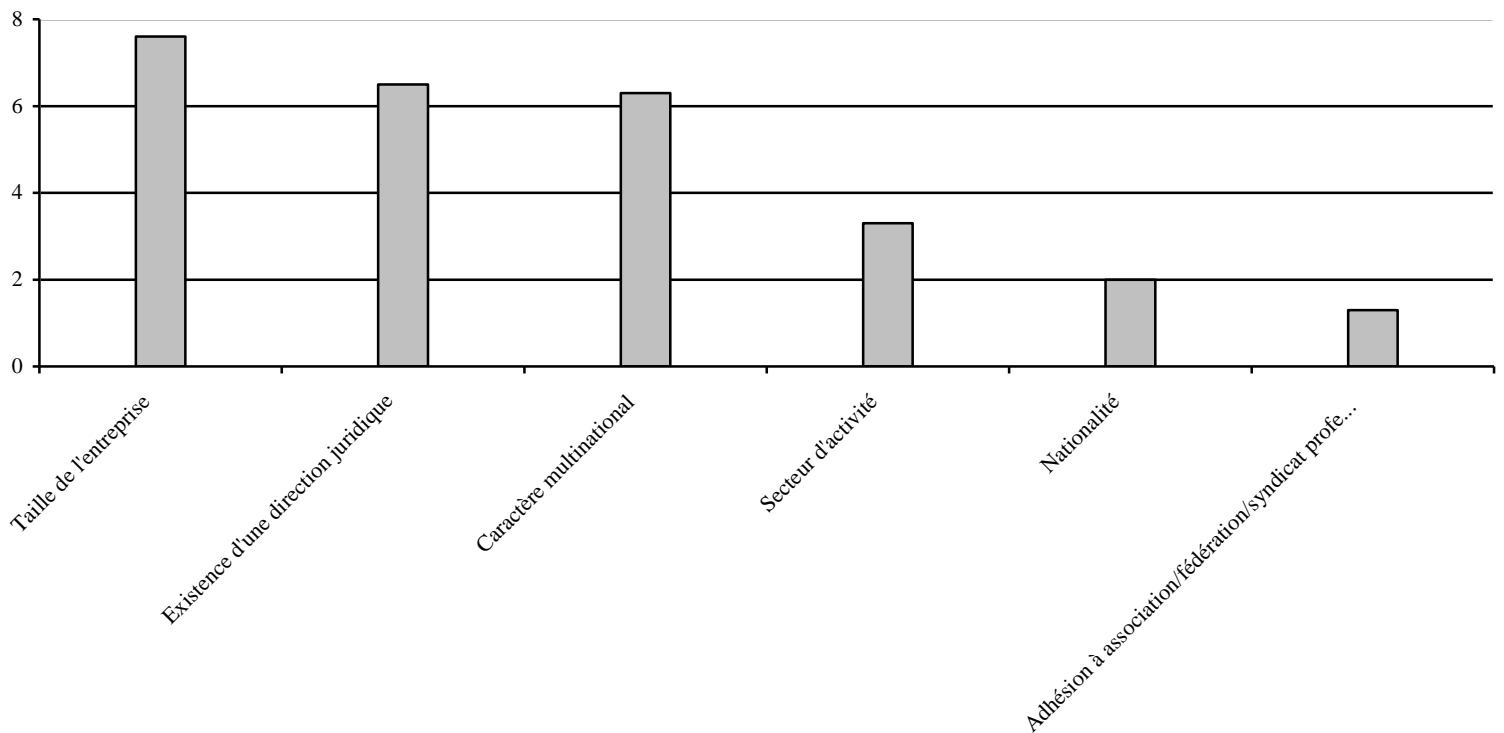


Du côté des avocats, l'ordre (décroissant) d'importance est le suivant : l'existence d'un programme de conformité interne, la conduite d'un audit post-opération de concentration (audit par la nouvelle société-mère), la connaissance de l'Autorité de la concurrence et du fonctionnement de la procédure de clémence, la préparation d'une opération de concentration (audit par l'actuelle société-mère), l'état de fonctionnement du cartel et la perspective d'évolution sur le marché à la suite de la demande de clémence (notamment l'absence de risque d'atteinte à l'image de l'entreprise et/ou de risque de détérioration de la relation du demandeur de clémence potentiel avec ses clients ou distributeurs/fabricants).



Les avocats ont par ailleurs été interrogés sur les critères qui leur paraissent déterminants pour la connaissance, par les entreprises, de l'Autorité de la concurrence et de la procédure de clémence.

■ Critères pour connaissance de l'Autorité de la concurrence et de la clémence



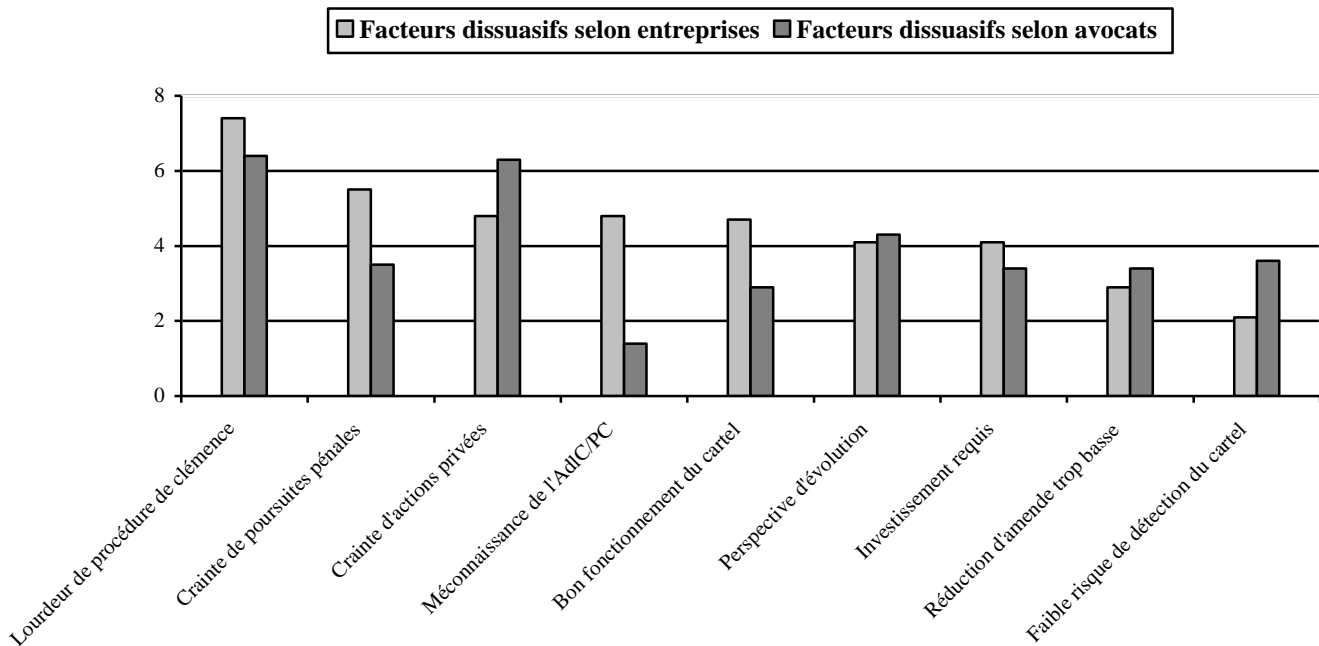
Par ailleurs, plusieurs avocats ont souligné le rôle important joué à cet égard par l'existence de cas précédents de sanctions dans le secteur d'activité de l'entreprise concernée.

IV. LE CLASSEMENT DES CRITÈRES DISSUASIFS POUR LES DEMANDES DE CLÉMENCE

Il a été demandé aux destinataires des questionnaires d'indiquer le niveau d'importance sur une échelle de 1 à 10 (10 correspondant à l'importance la plus haute) accordé aux différents critères susceptibles de dissuader du dépôt d'une demande de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence.

Les avocats et les entreprises attribuent la première place à la lourdeur de la procédure de clémence française (formalisme, délais, etc.) (plus de 7 points pour les entreprises et plus de 6 points pour les avocats).

En revanche, l'ordre d'importance accordé aux autres critères n'est pas le même pour les entreprises d'une part, et les avocats d'autre part :



A également été signalé comme facteur dissuasif la crainte de la part de certaines entreprises que leur demande de clémence déclenche « une réaction en chaîne » d'enquêtes par l'Autorité, dans l'hypothèse d'une participation de l'entreprise concernée à des infractions sur d'autres marchés pour lesquelles elle n'a pas formulé de demande de clémence. Il est intéressant de remarquer que 50% des avocats déclarent avoir déjà découvert d'autres infractions lors d'un audit interne pour la préparation d'une demande de clémence.

V. LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE LA CLÉMENCE

a) Généralités

Les entreprises et les avocats déclarent ne pas avoir rencontré de difficultés particulières lors de la première approche de l'Autorité en vue d'une demande de clémence. S'agissant du dépôt proprement dit de la demande, aucun commentaire particulier sur des difficultés rencontrées n'a été formulé.

S'agissant de la voie de dépôt d'une demande de clémence, les déclarations des entreprises et des avocats confirment l'expérience constatée par l'Autorité de la concurrence. En effet, la voie fortement privilégiée est la visite dans les locaux de l'Autorité (89% pour les avocats et 80% pour les entreprises).

Néanmoins, environ 10% des avocats et entreprises seraient favorables à davantage de

souplesse avec la possibilité donnée aux demandeurs de clémence de formuler une telle demande par voie de courriel.

b) Le marqueur

55% des avocats se sont déclarés satisfaits d'un délai de marqueur d'un mois avec une possibilité d'extension. 9% ont estimé qu'un mois était trop long. 27% ont considéré ce délai trop court.

Les motifs invoqués sur le caractère trop bref du délai tiennent à l'insuffisance de temps pour :

- rencontrer les employés impliqués dans le cartel, alors qu'ils peuvent être basés dans différents pays et avoir quitté l'entreprise (changement professionnel, départ à la retraite) ;
- procéder à une revue de documents, les entreprises conseillées étant au surplus fréquemment des multinationales dont les audits sont susceptibles de couvrir plusieurs pays et dont les documents sont susceptibles de ne pas être rédigés en français ;
- identifier le champ réel des pratiques, lequel est mis à jour progressivement au fil des documents examinés et des interviews des employés, et synthétiser et vérifier l'ensemble des éléments découverts pour transmission à l'Autorité de la concurrence.

On retrouve dans toutes les réponses le souhait de davantage de souplesse quant au formalisme lié au marqueur. En effet, en plus des modalités de lettre recommandée avec accusé de réception et visite dans les locaux, les avocats souhaiteraient pouvoir demander le marqueur par téléphone (67%), par courriel (36%) et/ou par télécopie (11%).

S'agissant d'une demande de marqueur par téléphone, plusieurs avocats ont suggéré qu'un procès verbal très précis soit établi et qu'un enregistrement précis de la date des appels soit réalisé. Il a également été conseillé d'instaurer un mode d'authentification de la personne auteur de l'appel téléphonique (« *afin d'éviter toute usurpation d'identité ou acte de malveillance* »).

c) Les difficultés rencontrées

Il ressort des réponses qu'une difficulté majeure pour un demandeur de clémence est le rassemblement des éléments à fournir à l'Autorité. Or, sans ces éléments sa demande ne sera pas valable. Il s'agit, par conséquent, d'un obstacle important susceptible de décourager un demandeur de clémence potentiel de passer à l'acte.

Etant donné qu'en pratique les entreprises délèguent la préparation et le dépôt de la

demande de clémence à leurs avocats, les réponses des entreprises apportées au questionnaire ont été moins exhaustives que celles des avocats. Elles soulèvent principalement le problème d'obtenir la coopération d'anciens employés qui sont soit partis à la retraite soit dans une autre entreprise. Ces anciens employés n'ont pas de motivation particulière à coopérer pour le compte de leur ancien employeur. Il arrive donc que l'entreprise leur verse un paiement pour leur coopération.

D'autres difficultés indiquées par les entreprises tiennent à la cession de l'activité litigieuse à une autre entreprise. En ce cas, il est possible que les documents aient soit été détruits soit transférés.

S'agissant des avocats, ils relèvent également que la difficulté majeure pour un demandeur de clémence consiste à obtenir la coopération des anciens employés pas toujours bienveillants vis-à-vis du demandeur de clémence et ayant parfois emporté leurs documents de travail. C'est un des facteurs qui rend, par ailleurs, la recherche d'éléments de preuve au sein de l'entreprise plus difficile. Les avocats représentant l'entreprise concernée peuvent également rencontrer des obstacles du fait que ces personnes physiques doivent se faire représenter par d'autres confrères pour éviter tout conflit d'intérêt.

La majorité des avocats indiquent que la recherche de documents se complique avec la durée de l'infraction. Plus longue est la durée, plus difficile est la découverte de documents pertinents. Des problèmes informatiques de stockage peuvent en outre aggraver la situation.

Environ un tiers des avocats témoignent de la difficulté d'approcher des employés soupçonnés d'avoir participé à l'infraction tout en limitant le risque de divulgation de l'intention de l'entreprise de demander la clémence. Cet aspect devient d'autant plus important lorsque ces anciens employés ont trouvé un nouvel employeur, parfois dans le même secteur d'activité. S'agissant des employés actuels, ils peuvent craindre une sanction professionnelle (licenciement, mise à l'écart). Ils mesurent parfois difficilement le risque de sanctions administratives, pénales et civiles qu'ils encourent personnellement ou qui sont encourues par leur employeur.

Enfin, à moindre mesure, les avocats décrivent la difficulté d'identification des personnes physiques ayant participé à l'infraction pour le compte de l'entreprise à l'insu de leurs dirigeants. Ils évoquent également le problème en cas de cession par leur client de l'activité économique en cause, ainsi que l'investissement en temps et en coûts supplémentaires en cas de nécessité de traduction des éléments repérés.

d) L'investissement requis par un demandeur de clémence

Selon les réponses apportées, l'investissement requis par un demandeur de clémence peut présenter diverses facettes :

- la désorganisation de l'entreprise, la mobilisation de salariés et/ou de mandataires sociaux pour diligenter une enquête interne et assister les avocats dans la préparation de la demande de clémence ; le temps nécessaire pour interviewer, souvent plusieurs fois, l'ensemble des personnes susceptibles d'avoir participé à l'infraction ; le risque de démotiver des salariés ; le temps nécessaire à la « récolte » en interne des informations ; la constitution de plus en plus fréquente de plateformes électroniques sur lesquelles les pièces potentiellement intéressantes sont téléchargées, triées et examinées (coûts supplémentaires susceptibles de s'élever à eux seuls à plusieurs millions d'euros) ;
- le rang de clémence de l'entreprise concernée ;
- les coûts liés à d'éventuels licenciements ou poursuites des salariés ayant pris part à l'entente ; l'« effet domino » sur d'autres marchés ; les conséquences pénales et civiles éventuelles ; le risque d'atteinte à l'image potentielle du fait de la reconnaissance de culpabilité par le demandeur de clémence ;
- les honoraires d'avocats (qui peuvent varier très fortement selon les affaires et les cabinets d'avocats).

Les avocats estiment que le bilan final est très variable. Les entreprises et les avocats sont d'accord que le coût total peut varier entre plusieurs milliers et plusieurs millions d'euros.

Ce facteur ne jouerait pas de rôle dissuasif dans le cadre d'une demande de type 1. En revanche, selon les entreprises, pour les demandes de type 2, il sera procédé à un bilan « coût-gain-risque » avant un dépôt de demande de clémence. Un avocat témoigne d'un cas où ce bilan a amené un client à ne pas déposer de demande de clémence, estimant qu'une amende infligée par une autorité de concurrence serait moins importante que l'investissement requis.

De manière générale, les avocats qui estiment que le niveau des coûts constitue un réel problème sont en nombre égal avec ceux estimant que les coûts sont raisonnables.

VI. LES ASPECTS LIÉS AUX PROCÉDURES CIVILES ET PÉNALES

Il ressort de l'étude des réponses qu'alors que certains avocats soulignent un rôle prépondérant des actions civiles dans le choix de procéder ou non à une demande de clémence, en réalité les entreprises sont unanimes pour considérer qu'il ne s'agit pas d'une menace réelle. 60% des avocats indiquent d'ailleurs ne pas avoir rencontré de suites d'actions civiles ou de poursuites pénales de leur clients. En revanche, plusieurs avocats ont dû faire face à des actions civiles à la suite de décisions d'une autorité de concurrence adoptées indépendamment de toute demande de clémence.

VII. LE RISQUE DE DÉTECTION DES CARTELS

D'après les réponses apportées aux questionnaires, les entreprises et les avocats n'ont pas la même vision quant à l'efficacité de détection par les différents outils à disposition des autorités de concurrence.

Pour les entreprises, l'outil le plus important sont les opérations de visites et saisies de l'Autorité de la concurrence (7 points), alors que pour les avocats il s'agit du programme de clémence (8 points attribués par les avocats contre presque 7 points selon les entreprises). Les avocats attribuent pourtant une note de presque 8 aux opérations de visites et saisies de l'Autorité.

S'agissant des opérations de visites et saisies, les entreprises ont précisé qu'elles prenaient au sérieux ce genre d'opérations puisqu'il s'agissait d'une indication qu'une enquête a été ouverte par l'autorité de concurrence concernée.

Les entreprises et les avocats accordent légèrement plus d'importance aux inspections de la Commission européenne qu'aux opérations de visites et saisies de l'Autorité (environ un demi point de différence). Les entreprises et les avocats sont unanimes pour considérer que ces opérations présentent un effet dissuasif à la participation à un cartel.

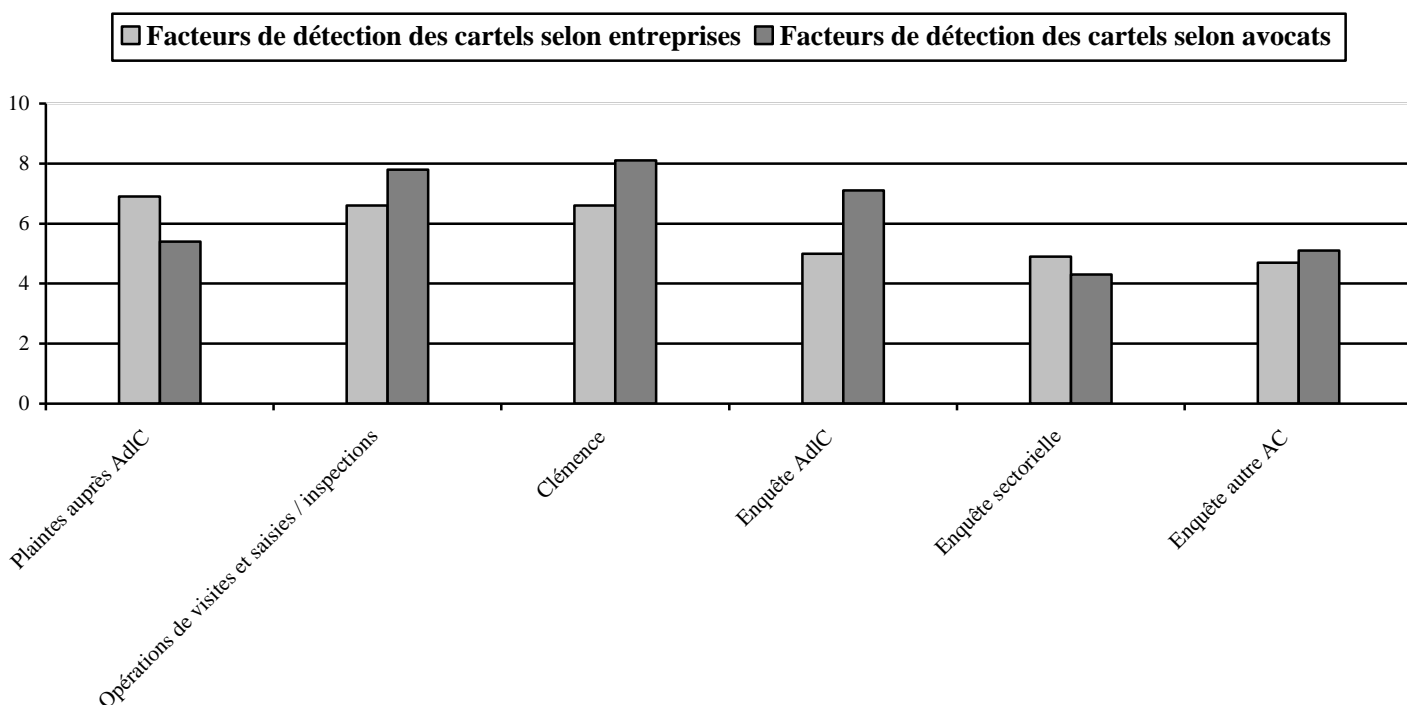
Par ailleurs, les acteurs ont été interrogés pour savoir s'il estimaient qu'une entreprise non visitée, qui par la suite devient partie à la procédure au fond était, à leur avis, discriminée pour demander la clémence. 90% des entreprises et 89% des avocats ont répondu par l'affirmative.

Près de 80% des entreprises et près de 70% des avocats ont estimé qu'il pouvait être remédié à une telle discrimination en procédant à un communiqué de presse à l'instar de la pratique de la Commission européenne. Certaines entreprises ont néanmoins précisé qu'en ce cas, il fallait que le communiqué soit publié le plus rapidement possible. Les

opposants à la publication d'un communiqué de presse ont soutenu qu'une telle pratique allait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Près de 80% des entreprises et 86% des avocats ont considéré que la publication d'un communiqué de presse sur les inspections de la part de la Commission européenne incitait à demander la clémence. Près de 80% des entreprises ont estimé qu'une telle publication dissuadait de la participation à un cartel en général.

L'ordre d'importance des facteurs pour la détection de cartels se décline, selon les différents acteurs, comme suit :



VIII. LA PERSPECTIVE « POST-CLÉMENCE » POUR LE DEMANDEUR DE CLEMENCE

La perspective de la position qu'occupera une entreprise sur le marché à la suite d'une demande de clémence est fortement liée au relationnel qu'occupe cette entreprise avec les autres acteurs sur le marché.

Pour la majorité des entreprises (90%), le facteur du relationnel n'entre pas en considération pour le choix de demander la clémence.

En revanche, les avocats sont à près de 80% d'avis que le relationnel peut être

déterminant dans cette décision. Selon eux, ce facteur peut être dissuasif ou incitatif. En effet, si l'entreprise craint la détérioration de bonnes relations avec ses distributeurs/fabricants sur le marché concerné ou sur un marché connexe, elle peut être dissuadée de demander la clémence. Si, *a contrario*, les relations ne sont pas « bonnes », l'entreprise peut être incitée à demander la clémence dans l'objectif de nuire aux autres acteurs sur le marché.

Interrogées sur la question de savoir comment les acteurs percevaient la situation d'une entreprise à l'issue d'une procédure de clémence, les entreprises ont tiré un bilan plutôt positif : influence de bonnes pratiques par ce demandeur de clémence sur les autres acteurs et position économique améliorée sur un marché éclaté. Une entreprise a, en revanche, relevé la situation potentiellement négative pour un demandeur de clémence à la suite de sa démarche lorsqu'il est présent sur un marché concentré.

Enfin, un tiers des entreprises ainsi que des avocats ont indiqué avoir expérimenté des actions de représailles à la suite d'une demande de clémence. Les entreprises ont précisé que de telles actions émanaient essentiellement de leurs clients.

Les avocats ont souligné deux sortes de risques de représailles :

- Les grands groupes peuvent entretenir des coopérations légales avec leurs concurrents dans des pays et des secteurs variés. La dégradation de leur relation peut alors directement impacter le bon fonctionnement des affaires ;
- Des cartels inconnus des autorités de concurrence peuvent exister sur d'autres marchés et susciter une demande de clémence en représailles.

IX. CONCLUSIONS

La présente étude apporte des éclaircissements quant à la prise de décision interne d'une entreprise de formuler ou non une demande de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence. Elle montre également que la perception du programme de clémence n'est pas forcément la même du côté des entreprises que du côté des avocats.

Aujourd'hui les plus grandes difficultés rencontrées par les participants à l'étude sont liées aux difficultés internes de rassemblement des pièces. Par ailleurs, quelques améliorations procédurales liées à l'application du programme de clémence sont souhaitées.

La grande majorité des avocats et des entreprises réclament davantage de pédagogie sur l'application du programme de clémence français. Alors que, pour les entreprises, il

s'agirait plutôt de la diffusion d'informations générales relatives à la clémence, les avocats souhaiteraient qu'il soit davantage communiqué sur différents aspects précis de procédure, tels que le risque des actions civiles et des poursuites pénales, l'analyse de la valeur ajoutée significative, la compatibilité des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, etc.

Nombreuses ont été les suggestions fournies par les entreprises et les avocats susceptibles de servir de base à l'Autorité pour mener une réflexion sur sa pratique de l'application du programme de clémence. Certaines de ces suggestions pourraient être prise en compte lors d'une éventuelle révision du communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur le programme de clémence français.