

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

L'avenir des programmes de clémence – Contribution de la France

13 juin 2023

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 5 de la 137^{ème} réunion du Groupe de travail 3 le 13 juin 2023.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :
www.oecd.org/competition/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-cartels.htm

Antonio CAPOBIANCO
Antonio.Capobianco@oecd.org, +(33-1) 45 24 98 08

JT03521041

France

1. Les actualités liées au programme de clémence français

1. La présente note a pour objet de décrire les évolutions récentes du programme de clémence de l’Autorité de la concurrence (ci-après « Autorité ») (1), et d’identifier les enjeux de l’interaction entre le programme de clémence et les autres mécanismes applicables pour la mise en œuvre des règles de concurrence(2).
2. Le programme de clémence français a été introduit par la loi n°2011-420 du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques.
3. Le IV de l’article L. 464-2 du code de commerce, qui présente les principes et grandes lignes de la procédure de clémence, dispose : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à une association d’entreprises qui a, avec d’autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement. [...]».
4. Un décret du 10 mai 2021¹ ainsi qu’un communiqué de procédure de l’Autorité précisent le champ d’application du programme et la procédure suivie pour l’enregistrement et le traitement des demandes de clémence.
5. Depuis la mise en place du programme de clémence en 2001, l’Autorité a reçu près de 170 demandes de clémence. Alors que le nombre annuel de demandes a été fluctuant, on observe récemment une légère tendance à l’augmentation du nombre de ces dernières (voir schéma *infra*).

Tableau 1.

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Demandes de clémence	7	1	6	2	1	3	3
(demandes sommaires déposées dans le cadre du REC)	8	5	0	3	1	1	2

6. Avec la montée en puissance de l’économie numérique, la mise en œuvre des ententes horizontales tend à devenir de plus en plus sophistiquée. L’importance des déclarations du demandeur de clémence et leur degré de précision croît parallèlement. Il incombe en effet au demandeur de guider l’autorité de concurrence vers la découverte des preuves du cartel, ce qui requiert un travail préparatoire de grande qualité pour le demandeur.
7. Le programme de clémence est un outil essentiel en France. Le contribuable français a pu bénéficier d’un versement au Trésor public de plus de 2 milliards d’euros au titre des amendes infligées à l’aide du programme de clémence français sur la dernière décennie. Entre 2013 et 2022, près de 30% du total des sanctions prononcées par l’Autorité en matière de contentieux l’ont été sur le fondement de ce programme.

¹ 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.

2. La révision de la procédure de clémence française

2.1. Les origines de la révision

8. L'Autorité consulte régulièrement les acteurs du marché sur la mise en œuvre de sa procédure de clémence. C'est l'occasion pour les entreprises et leurs conseils de s'exprimer et de suggérer des modifications éventuelles à la procédure appliquée par l'Autorité.

9. Dans ce cadre, les acteurs du marché ont fait état de la « lourdeur » et de la « durée trop longue » de la procédure. À la différence de la majorité des autres régimes dans l'Union européenne, le programme français présentait, en effet, la particularité de comporter l'adoption d'un avis rendu par le collège, sur proposition des services d'instruction de l'Autorité, attribuant une exonération au titre de la clémence, avant l'ouverture d'une procédure au fond. Cet avis de clémence répondait à un formalisme strict, et était assorti de délais minima procéduraux à respecter. Selon la complexité du dossier, l'instruction puis l'adoption d'un avis de clémence pouvaient prendre plusieurs mois. Durant cette période, le demandeur de clémence se trouvait ainsi dans l'incertitude quant à l'acceptation ou au rejet de sa demande.

10. L'avis de clémence a été supprimé par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020². Le décret du 10 mai 2021 précité ainsi que l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 ont ensuite apporté des précisions relatives à la mise en œuvre de cette procédure sans avis, et introduit en droit interne les modifications requises issues de la directive dite « ECN + ».

11. À ce jour, une première décision a été adoptée en application de la procédure révisée³. Le délai de traitement de ce dossier a été le plus court de toute la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de clémence, et atteste donc l'efficacité de la réforme.

2.2. Les modifications relatives aux conditions d'exonération

12. Les pratiques couvertes par le programme de clémence français sont, en principe, les ententes entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d'appels d'offres, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents, et notamment les pratiques concertées mises en place par l'intermédiaire d'acteurs en relation verticale avec les auteurs de la pratique (« *hub and spoke* »). Ces infractions relèvent toutes des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et, le cas échéant, de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

13. Les demandeurs de clémence doivent fournir à l'Autorité une déclaration d'entreprise qui contienne tous les détails pertinents connus d'eux ainsi que des preuves ou indices relatifs à l'entente – en particulier des preuves contemporaines des pratiques dénoncées.

14. Le décret du 10 mai 2021, précité, a quelque peu modifié les conditions d'éligibilité des demandes d'exonération totale. Alors qu'il s'agissait antérieurement du seul cas où, au

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 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.

moment où la demande était reçue, aucune des deux autorités de concurrence françaises (Autorité de la concurrence et DGCCRF) n'avait déjà en sa possession des éléments d'information qu'elles estimaient suffisants pour procéder à des opérations de visite et de saisie, il s'y ajoute désormais celui où il n'a pas déjà été procédé à de telles opérations, ni à des perquisitions dans le cadre d'une procédure pénale en rapport avec la pratique en cause.

15. Dans ces hypothèses, l'Autorité accorde le bénéfice d'une exonération totale des sanctions pécuniaires à l'entreprise qui lui fournit, la première, des éléments d'information sur l'existence d'une pratique qui permettent de procéder à des opérations de visite et de saisie, ou à des perquisitions pénales.

2.3. Les modifications relatives à l'approche de l'Autorité

16. Le décret du 10 mai 2021 a élargi la gamme des voies de dépôt des demandes de clémence.

17. Jusqu'alors, une demande de clémence pouvait être déposée soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (ci-après « LRAR »), soit oralement, dans les locaux de l'Autorité. Désormais, il est possible de demander la clémence par un formulaire électronique sécurisé, accessible sur le site Internet de l'Autorité⁴. Ceci constitue pour les demandeurs potentiels une évolution qui, pour être d'ordre matériel, n'en est pas moins significative.

18. L'Autorité est en conséquence particulièrement attentive, en cas de pluralité de demandes, à bien sécuriser la date de chacune de celles-ci, d'une part, ainsi que sa place dans l'ordre d'arrivée, d'autre part.

19. Le rang d'arrivée de la demande découle essentiellement des date et heure où cette demande, formée par LRAR, par téléphone ou par formulaire électronique, est parvenue à l'Autorité, telles que celle-ci en accuse réception. La date de la demande est liée quant à elle au moment où les information et éléments de preuve requis auront été remis à l'Autorité.

20. À cet égard, la notion de demande de « marqueur » – terme qui figure expressément dans la directive ECN +, mais qui n'est pas repris tel quel dans le code de commerce – est déterminante. Si en effet l'entreprise assortit sa demande de clémence d'une telle demande de marqueur, et qu'elle transmet dans le délai alors imparti les éléments requis, ceux-ci sont « réputés avoir été communiqués à la date de réception de la demande [de marqueur].⁵ » A défaut, dans le cas – de fait très exceptionnel – où l'entreprise n'a pas demandé de marqueur, le rang d'arrivée de sa demande de clémence en est affecté, car il est marqué au moment où l'ensemble des éléments nécessaires en vue de remplir le standard requis auront été effectivement transmis à l'Autorité. C'est pourquoi l'Autorité, dans toute la mesure du possible, cherche à attirer l'attention des demandeurs de clémence sur l'intérêt qu'ils peuvent avoir à demander un délai de marqueur, par exemple en le mentionnant expressément sur le formulaire électronique sécurisé de demande de clémence.

21. La déclaration de clémence et les éléments de preuve sont, en principe, recueillis, dans les locaux de l'Autorité, ou par l'intermédiaire d'une plateforme d'échanges sécurisés de documents. Le procès-verbal par lequel est actée la remise de cette déclaration et de ces

⁴ Article R. 464-5, alinéa 1er du code de commerce.

⁵ Article R. 464-5-3.-I. du code de commerce.

éléments est l'occasion de rappeler au demandeur les conditions de sa coopération avec l'Autorité.

2.4. Les modifications relatives à l'instruction de la demande de clémence

22. En lieu et place d'un avis de clémence, le nouveau texte prévoit que, dans le cas où le rapporteur général estime que les conditions posées pour bénéficier du programme de clémence sont réunies, il informe l'entreprise par écrit de son éligibilité à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues, et lui rappelle les conditions de sa coopération⁶. Les fourchettes de réduction d'amende sont attribuées en fonction du rang de la demande, conformément à ce qui figure dans le communiqué de procédure.

23. Lorsque le rapporteur général estime que le standard n'est pas atteint, qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête ou de formuler une proposition d'autosaisine, ou que les faits révélés sont manifestement prescrits, il en informe par écrit l'entreprise concernée.

24. A la fin de la procédure, dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, le collègue estime que le demandeur a rempli ses obligations de coopération pour bénéficier du programme de clémence, il lui accorde une exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires. Pour déterminer le niveau concret d'exonération partielle des sanctions pécuniaires auquel l'entreprise peut prétendre à l'intérieur de la fourchette prédéfinie par le communiqué de procédure, le collègue prend en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée, et le degré de valeur ajoutée significative apporté par les éléments de preuve fournis par cette entreprise.

3. Interaction entre le programme de clémence et les autres modalités de mise en œuvre des règles de concurrence

3.1. Interaction entre le programme de clémence et le mécanisme de lanceur d'alerte

25. La loi du 21 mars 2022⁷ est venue renforcer la protection des lanceurs d'alerte en France.

26. Aux termes de son article 1^{er}, qui modifie ceux de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016⁸, est reconnue comme lanceur d'alerte la « *personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation du droit international ou de l'Union européenne, de la loi ou du règlement* ».

27. La loi prévoit désormais que le lanceur d'alerte peut choisir entre le signalement interne et le signalement externe à l'autorité compétente, au Défenseur des droits, à la

⁶ Article L. 464-2, IV du code de commerce.

⁷ Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

⁸ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

justice ou à un organe européen. L'Autorité a été désignée par un décret du 3 octobre 2022⁹ comme entité susceptible de recevoir des alertes concernant les pratiques anticoncurrentielles, notamment en matière de marchés publics, et les aides d'État.

28. Pour sécuriser et encourager les alertes, la loi renforce les garanties de confidentialité qui entourent un signalement, et complète la liste – non exhaustive – des mesures de représailles prohibées (intimidation, atteinte à la réputation notamment sur les réseaux sociaux, orientation abusive vers des soins, inscription sur une liste noire...).

29. L'irresponsabilité des lanceurs d'alerte du fait de leur signalement est en outre étendue. Si son signalement répond à l'ensemble des conditions définies par la loi, le lanceur d'alerte ne pourra être tenu responsable ni civilement, pour les dommages que son signalement de bonne foi aura causés¹⁰, ni pénalement, pour avoir porté atteinte à un secret protégé par la loi, ou pour avoir soustrait, détourné ou recelé « *les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite* »¹¹.

30. Le mécanisme de lanceur d'alerte présente pour l'Autorité une double utilité. En effet, la majorité des demandes de clémence récentes trouve son origine dans un signalement interne relatif à un cartel qu'un salarié avait fait remonter à la direction de son entreprise. En outre, en tant que guichet pour les lanceurs d'alerte, l'Autorité peut recevoir directement des indices relatifs à des ententes. Il s'agit là d'un moyen supplémentaire de détection qui peut augmenter la pression sur les auteurs de ces pratiques et inciter davantage d'entre eux à révéler en l'existence.

3.2. Interaction entre le programme de clémence et la transaction

31. Certains demandeurs de clémence tentent d'accroître leur réduction partielle de sanction pécuniaire en proposant de transiger.

32. L'Autorité admet, dans certaines circonstances, un cumul de la procédure de transaction et de la clémence à une même entreprise ou association d'entreprises. L'opportunité d'un tel cumul est examinée au cas par cas par le rapporteur général, en prenant en compte le contexte procédural du dossier et les gains procéduraux qui découleraient de cette mise en œuvre conjuguée.

33. En tout état de cause, la réduction de sanction pouvant être accordée dans le cadre de la procédure de transaction – en cas de cumul des deux procédures comme de manière générale – devra rester inférieure à celle susceptible d'être accordée, en application du programme de clémence, aux demandeurs ne pouvant bénéficier que d'une exonération partielle de sanction. Les deux sortes de procédure ne poursuivent en effet pas le même objectif : une demande de clémence implique de reconnaître la mise en œuvre une pratique prohibée, identifiée de façon concrète du point de vue des produits ou des services concernés, de son champ géographique, de ses participants, de sa durée et de ses modalités de fonctionnement, dans toute la mesure où l'intéressé en a connaissance. Il s'agit donc d'un investissement plus important que dans le cadre de la procédure de transaction qui implique uniquement de ne pas contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés. Par conséquent, il est essentiel que l'incitation des entreprises à s'orienter en premier lieu vers

⁹ Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 relatif aux procédures de recueil et de traitement des signalements émis par les lanceurs d'alerte et fixant la liste des autorités externes instituées par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

¹⁰ Article 10-1.-I. de la loi du 9 décembre 2016 modifiée.

¹¹ Article 122-9 du code pénal.

la clémence soit préservée, et que l’articulation des deux procédures, dans les cas d’ententes où elles peuvent toutes deux être mises en œuvre, soit cohérente.

3.3. L’articulation entre le programme de clémence et les actions en dommages et intérêts

34. Les débats au niveau européen ont été fréquents, dans la période récente, quant aux conséquences des actions en réparation sur l’efficacité des programmes de clémence, un demandeur de clémence potentiel pouvant être dissuadé de déposer une telle demande par crainte des actions civiles consécutives (« *follow on* »).

35. La nécessité de protéger l’efficacité des programmes de clémence face à ces risques a été à l’origine de la directive européenne du 26 novembre 2014¹², dite « directive dommages », transposée en droit français par une ordonnance du 9 mars 2017¹³, qui prévoit une protection particulière de l’entreprise ayant obtenu le bénéfice d’une exonération totale des sanctions pécuniaires, dans les actions en *follow-on* à la suite d’une décision de l’Autorité de la concurrence. Cette protection concerne notamment deux aspects.

36. Premièrement, ce texte a introduit au code de commerce des dispositions relatives à la protection de la déclaration de clémence, en ce qu’elle comporte une auto-incrimination de la part de l’entreprise. Ainsi que l’explique la circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l’ordonnance précitée, l’article 483-5 du code de commerce a établi une liste noire des « *pièces figurant au dossier d’une autorité de concurrence qui ne peuvent jamais être communiquées ou produites au cours d’une procédure judiciaire ayant pour objet la réparation d’un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle* », au nombre desquelles figurent les pièces établies pour les besoins d’une demande de clémence – ainsi que celles élaborées à l’occasion d’une procédure de transaction.

37. Deuxièmement, ce texte limite l’étendue de la solidarité à laquelle est tenue l’entreprise ayant obtenu le bénéfice de l’immunité totale de sanction pécuniaire. Ainsi, les victimes des pratiques anticoncurrentielles en cause autres que ses co-contractants directs ou indirects ne peuvent lui demander réparation de leur entier dommage qu’après avoir préalablement, et vainement, poursuivi les autres codébiteurs, solidairement tenus à réparation.

3.4. L’articulation entre le programme de clémence et la sanction pénale des personnes physiques

38. La directive ECN+ est venue limiter le risque pénal pour les demandeurs de clémence. Elle a en effet introduit en droit français une innovation, en ce que « *les personnes qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l’organisation ou la mise en œuvre* » de pratiques anticoncurrentielles, et qui à ce titre seraient passibles des peines d’amende ou d’emprisonnement prévues par l’article L. 420-6 du code de commerce, bénéficient d’une exemption de ces peines si l’entreprise à laquelle

¹² 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.

¹³ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

elles appartiennent a obtenu de l'Autorité une exonération totale des sanctions pécuniaires, et si elles-mêmes ont activement coopéré tant avec l'Autorité qu'avec le ministère public¹⁴.

¹⁴ Article L. 420-6-1 du code de commerce.