

Le programme de clémence français : conditions et procédure

Le 2 mars 2009, l’Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence) a diffusé un communiqué de procédure relatif au programme de clémence « à la française » lequel est directement régi par les articles L.464-2 IV et R.464-5 du code de commerce.

Ainsi, aux termes de l’article L.464-2 IV, « *une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d’autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L.420-1 (article 81 du TUE) 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 (...)* ».

Introduit par la loi « Nouvelles Régulations Economiques » (dite loi « NRE) du 15 mai 2001, le programme de clémence a été périodiquement amélioré, s’inspirant notamment des travaux du réseau européen de la concurrence (le « REC »). Ces travaux ont finalement abouti, le 29 septembre 2006, à un « programme modèle » en matière de clémence que les autorités de concurrence membres du REC se sont engagées à mettre en œuvre pour harmoniser leur programme de clémence respectif et rendre ainsi le recours à ce programme attractif aux entreprises.

Le programme de clémence français, aligné aujourd’hui sur le programme modèle du REC, définit un cadre permettant de récompenser, pour leur coopération, les entreprises parties à des accords et pratiques interdites par l’article L.420-1 du Code de commerce ; à savoir principalement les cartels 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.

A ce jour, l’Autorité de la concurrence (ex- Conseil de la concurrence) a rendu quatre décisions sur des affaires de clémence^[1] mais, de l’avis de tous, la pratique décisionnelle de l’Autorité devrait largement se développer dans les prochaines années.

L’exonération étant proportionnée à la contribution apportée à l’établissement de l’infraction, les conditions d’éligibilité à une exonération (totale ou partielle) des sanctions pécuniaires encourues varient en fonction de

la quantité et la qualité des informations que l'entreprise « repentie » peut fournir à l'Autorité de la concurrence sur l'entente présumée. Le détail de ces conditions d'éligibilité et de fond qu'une entreprise candidate à la clémence doit remplir figure au tableau récapitulatif ci-après (I). Par ailleurs, la demande de clémence doit suivre une procédure particulière devant l'Autorité de la concurrence (II).

I- Conditions d'éligibilité et de fond requises

Pour une exonération totale (Cas de type 1)

**Pour une exonération partielle
(Cas de type 2)**

• **Cas dans lequel l'Autorité de la concurrence ne dispose d'aucune information sur l'entente présumée (« cas de type I-A ») :**

La première entreprise qui fournira à l'Autorité des informations et éléments de preuve de l'existence d'une entente bénéficiera d'une exonération totale à condition que :

- l'Autorité ne dispose pas antérieurement d'informations et d'éléments de preuve suffisants pour faire procéder, de sa propre initiative, à des investigations ciblées
- les informations et les éléments de preuve fournis permettent de faire procéder à de telles mesures d'investigation. Pour satisfaire cette condition, l'entreprise devra fournir, au minimum, les informations suivantes :

- nom et adresse de l'entreprise sollicitant l'exonération totale,

- nom et adresse des autres participants à l'entente présumée, description détaillée de l'entente présumée : nature et usage des produits en cause, territoires concernés par ces pratiques, nature des pratiques et durée de leur mise en

- oeuvre,

- informations relatives à cette entente que l'entreprise a adressées ou projette d'adresser à d'autres autorités de concurrence, toute documentation en sa possession permettant d'identifier les lieux, dates, objet des contacts ou des réunions entre les participants à l'entente

• **Cas dans lequel l'Autorité de la concurrence dispose déjà d'informations sur l'entente présumée (« cas de type 1-B ») :**

L'entreprise bénéficiera éventuellement d'une exonération totale si les trois conditions suivantes sont réunies :

- L'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve suffisants pour permettre de caractériser l'existence d'une infraction à l'article L.420-1 du code de commerce et/ou article 81 du Traité,
- au moment de la demande, l'Autorité ne disposait pas d'informations suffisantes pour caractériser l'entente au sens des articles L.420-1 et/ou article 81 du Traité,
- aucune entreprise n'a encore obtenu d'exonération totale de type 1-A

Les entreprises ne remplissant pas les conditions des cas de type 1-A ou 1-B peuvent toujours prétendre au bénéfice d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires (à hauteur maximale de 50% du montant des sanctions encourues) à condition que :

- l'entreprise en question fournisse des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative (par leur nature et/ou leur niveau de précision) aux éléments de preuve dont celle-ci dispose déjà.

A titre exemple de ces éléments « à valeur ajoutée significative » :

- éléments de preuve écrits contemporains de l'entente présumée (ayant plus de valeur que les preuves antérieures)

- éléments de preuve présentant un lien direct avec les faits en cause

- éléments de preuves incontestables

Pour accorder le bénéfice d'une exonération partielle, l'Autorité tiendra également compte du moment où la demande de clémence a été présentée et du degré de valeur ajoutée significative des éléments apportés.

**CONDITIONS
D'ELIGIBILITE**

En dehors des conditions d'éligibilité, des conditions de fond doivent être remplies pour ouvrir droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires :

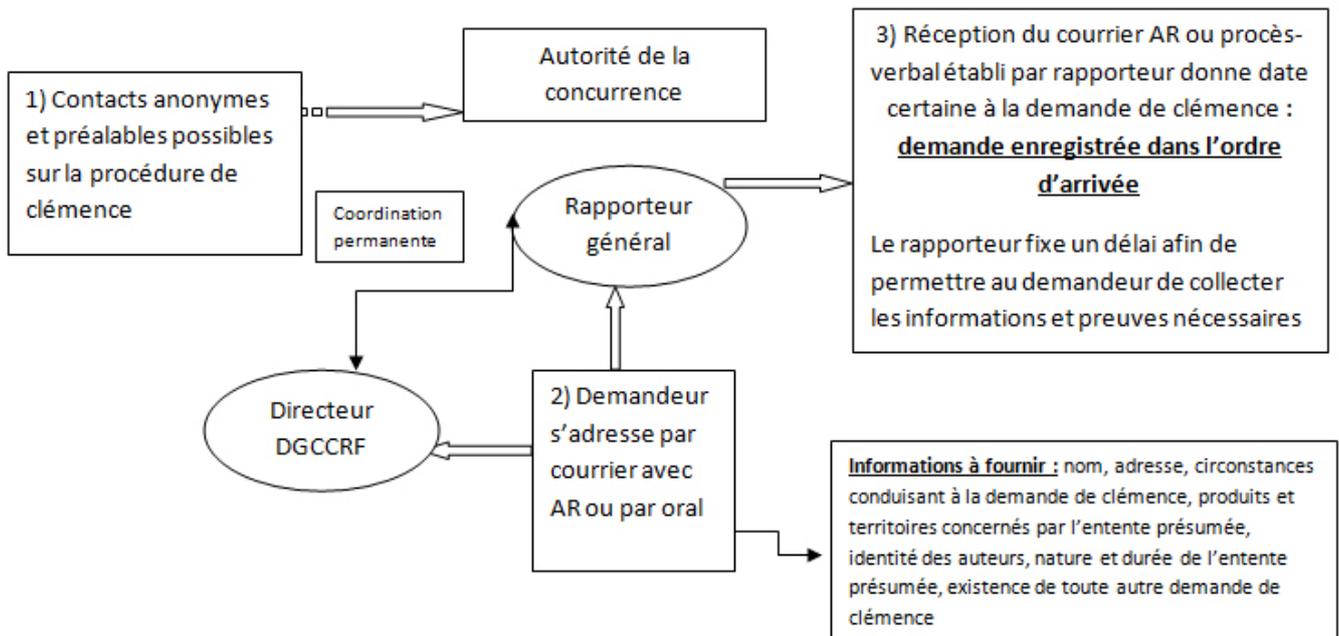
- l'entreprise doit mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence de l'Autorité de la concurrence (la date pourra être reportée pour préserver l'efficacité des mesures d'enquête)
- l'entreprise doit apporter à l'Autorité de la concurrence une coopération véritable, totale, permanente et rapide tout au long de la production d'enquête et d'instruction et donc :
 - fournir sans délai tous éléments de preuve et informations qui viendraient en sa possession ;
 - se tenir à la disposition de l'Autorité pour répondre à toute demande ;
 - mettre à la disposition de l'Autorité ses représentants légaux et salariés (actuels et anciens) ;
 - ne pas détruire, falsifier, dissimuler des informations ou éléments de preuve utiles ;
 - ne pas divulguer l'existence ou la teneur de la demande de clémence (avant la notification des griefs par l'Autorité)

CONDITIONS DE FOND

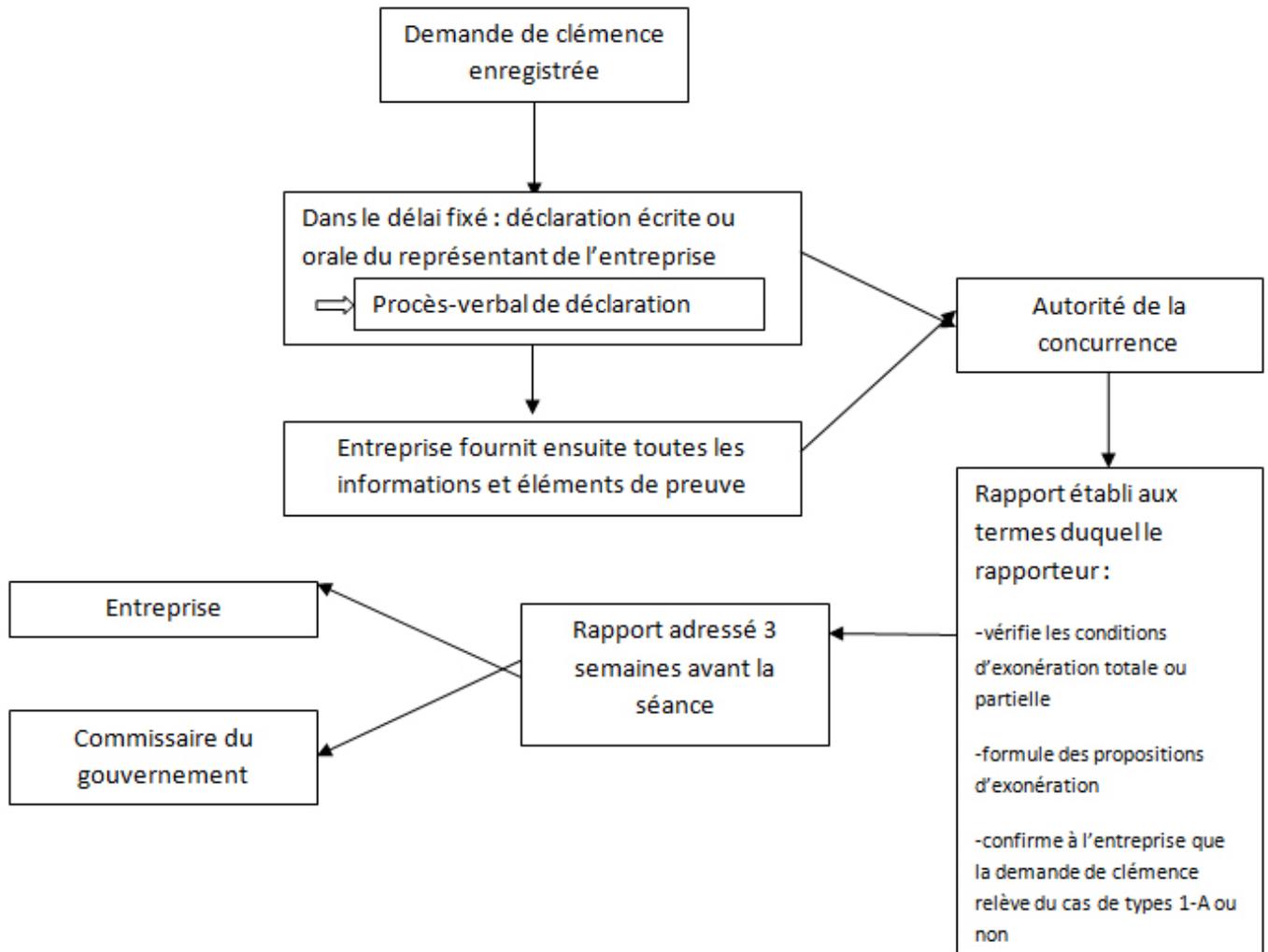
l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié des éléments de preuve, avant de formuler la demande de clémence

2 Procédure

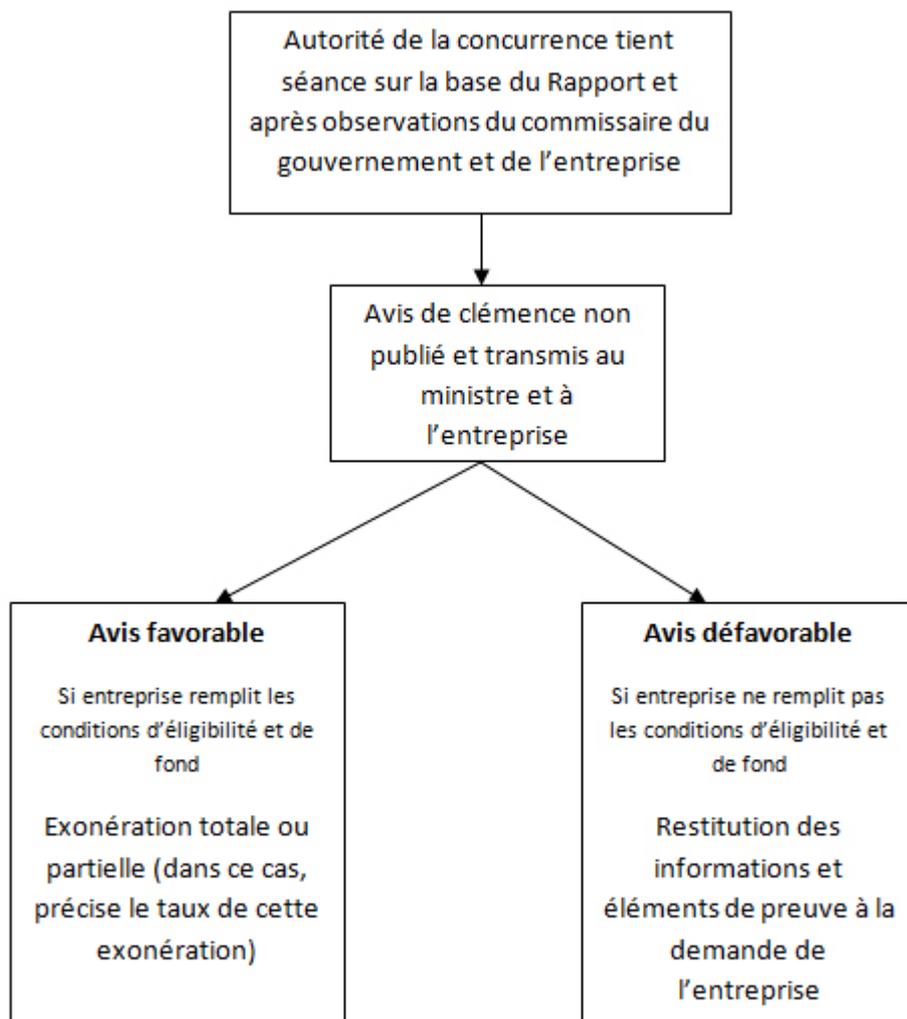
1- Ouverture de la procédure



2- Instruction de la demande de clémence



3- Avis de clémence



Quelques remarques sur les incidences de la procédure de clémence aux plans civil et pénal

- L'exonération des sanctions pécuniaires (même totale) accordée par l'Autorité de la concurrence ne protège pas l'entreprise, bénéficiaire de cette clémence, des conséquences civiles de sa participation à une entente illicite : un tiers s'estimant victime de l'entente ou la pratique concertée illicite à laquelle l'entreprise « repentie » aura participé peut toujours initier contre elle une procédure judiciaire visant à obtenir réparation du préjudice subi. L'entreprise bénéficiaire de la clémence ne pourra « s'abriter » derrière l'exonération accordée pour échapper aux poursuites et condamnations judiciaires au plan civil.
- En présence d'une entente illicite ou présumée telle, l'Autorité de la concurrence peut si elle estime que les faits sont susceptibles de caractériser l'infraction pénale au sens de l'article L.420-6 du Code de commerce, transmettre le dossier au Procureur de la République.

Aux termes de l'article L.420-6 précité, « est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75.000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et

déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L.420-1 [ententes illicites] et L.420-2 [abus de position dominante] »

La clémence a l'avantage de figurer parmi les motifs légitimes susceptibles d'être invoqués efficacement pour faire échec à la transmission d'un dossier au Parquet : il paraît, en effet, improbable de mettre en cause, sur le fondement de l'article L.420-6, des personnes physiques appartenant à une entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires.

[1] Décision 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, Décision 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 1- décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

Soulier Avocats est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.soulier-avocats.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.