

LIGNES DIRECTRICES DE LA CONCURRENCE : PROGRAMME DE CLEMENCE

Remerciements

Cette publication a été rédigée par Philippe Brusick, Expert du Programme MENA de la CNUCED. Cette version a été révisée en tenant compte des commentaires reçus de la part des gouvernements de l'Algérie, de l'Égypte et de la Tunisie, qui sont ici chaudement remerciés pour leur aide constructive dans cet exercice de mise à jour et d'amélioration.

Cette publication a été organisée et préparée sous la supervision de Julieta Coca, Chef de Projet, Programme MENA de la CNUCED, Division du Commerce International de Biens, de Services, et des Produits de Base. CNUCED.

La mise en page de ce document a été effectuée par Rafe Dent, CNUCED.

Maria Bovey a assisté l'élaboration de la version anglaise, la conception de la page de couverture a été créée par Lirong Zang, CNUCED et la traduction vers l'arabe a été faite par Ali Khaffane.

Un remerciement spécial est dû au Gouvernement Suédois qui a généreusement fourni un support financier au Programme MENA de la CNUCED et ainsi permis la production de cette publication.

Guillermo Valles

TABLES DES MATIERES

- 1. Contexte**
 - 1.1 Définition des programmes de clémence
 - 1.2 Besoin de sanctions crédibles pour les ententes injustifiables
 - 1.3 Sanctions administratives ou pénales
 - 1.4 Événements externes pouvant générer une demande de clémence
 - 1.5 Coopération internationale
- 2. Considérations préliminaires pour les pays du Projet MENA**
 - 2.1 Faiblesse relative de la lutte anticartels dans les pays en développement
 - 2.2 Lanceur d'alerte sur un marché de pays en développement
 - 2.3 Besoin de convergence des programmes de clémence des pays du Projet MENA
- 3. Rendre la clémence attractive pour les lanceurs d'alerte**

- 3.1 Immunité
 - 3.2 Prévisibilité
 - 3.3 Clémence pour les entreprises et pour les personnes physiques
 - 3.4 Protection contre les actions civiles en dommages et intérêts
 - 3.5 Risques liés à la corruption
- 4. Lignes directrices sur la procédure**
- 4.1 Les contacts informels
 - 4.2 La demande de clémence formelle: marquer l'ordre d'arrivée
 - 4.3 Facteurs d'éligibilité pour la clémence
 - 4.4 Demandes sommaires
- 5. Examen de la demande**
- 5.1 La clémence conditionnelle
 - 5.2 La lettre d'acceptation finale
- 6. L'immunité totale pour le premier en lice**
- 6.1 Avant l'ouverture d'une enquête
 - 6.2 Après l'ouverture d'une enquête
 - 6.3 Protection étendue de la clémence
 - 6.4 Une affaire permet d'en découvrir d'autres
- 7. Immunité réduite**
- 7.1 Valeur ajoutée significative
 - 7.2 Amnesty plus
 - 7.3 Degré d'immunité
 - 7.4 Distinction entre la clémence et la transaction
- 8. Difficultés rencontrées dans la pratique**
- 8.1 Insuffisance des éléments de preuve
 - 8.2 Absence de personnes citées à comparaître
 - 8.3 Calcul de la valeur ajoutée significative
 - 8.4 Difficultés rencontrées lors des enquêtes
 - 8.5 Assurer l'anonymat du demandeur de clémence
 - 8.6 Informer le demandeur de clémence de la progression de l'enquête
 - 8.7 Programmes de clémence contre action privée

Bibliographie

ANNEX1 : Programmes de clémence actuels dans les pays du Projet MENA

ANNEX 2 : La transaction dans les pays du Projet MENA

Contexte

Les cartels durs, aussi appelés ententes injustifiables, constituent l'une des pires infractions au droit de la concurrence. Ils sont aussi très difficiles à détecter et à mettre hors d'état de nuire sans l'appui d'un informateur de l'intérieur. Par le passé, les lanceurs d'alerte au courant des ententes injustifiables étaient souvent des employés insatisfaits qui se vengeaient ainsi de leur ancien employeur avançant les preuves de leur participation à une entente injustifiable.

Aux Etats-Unis, la première version du programme de clémence remonte à 1978 ; ce n'est toutefois qu'après que la Division antitrust a révisé son programme de clémence en 1993 que le système de clémence est devenu pleinement efficace dans ce pays.

Afin de le rendre plus simple et plus attractif pour les entreprises désireuses de se mettre en avant pour coopérer avec la Division antitrust, trois réformes majeures ont été appliquées au programme de clémence :

- (1) La clémence a été automatique pour les entreprises qualifiées, à condition qu'une enquête n'ait pas encore débuté ;
- (2) La clémence a encore été rendue possible après le début d'une enquête ; et
- (3) tous les cadres, directeurs et employés qui se sont engagés avec l'entreprise à collaborer avec la division antitrust, ont reçu l'immunité contre toute poursuite pénale.

C'est ainsi que le Programme de clémence est devenu le moyen d'enquête le plus efficace de la Division antitrust. Les programmes de clémence permettent de recueillir des informations sans pareil sur les ententes de la part des initiés, des origines aux détails de fonctionnement des cartels les plus secrets.

Le succès du programme de clémence révisé de la Division antitrust a conduit d'autres juridictions à adopter des programmes similaires. Suite aux progrès substantiels enregistrés au Canada et en Europe après l'an 2000, les programmes de clémence pour entreprises des Etats-Unis, de l'Union européenne et du Canada ont considérablement convergé. Cela a largement facilité et rendu plus attractif pour les entreprises le fait de se porter volontaires pour bénéficier de programmes de clémence simultanément aux Etats-Unis, en Europe et au Canada, ainsi qu'une

croissance rapide dans d'autres juridictions où ces sociétés se trouvaient exposées.

Au cours de la dernière décennie, de nombreuses autres juridictions dans le monde ont adopté leurs propres programmes de clémence et aujourd'hui on compte plus de 50 juridictions ayant des programmes de clémence en place. Parmi les pays du Projet MENA, l'Égypte et la Tunisie ont récemment adopté des programmes modernes de clémence en matière de politique de la concurrence.

Cette note du secrétariat de la CNUCED vise à établir des lignes directrices spécifiques pour les pays de la région du MENA intéressés par l'adoption de programmes de clémence dans le domaine de la concurrence, afin de les aider à réaliser un degré substantiel de convergence, comme moyen pratique d'accroître globalement l'efficacité de leur lutte contre les cartels durs.

Comme on peut le voir ci-dessous dans les annexes 1 et 2, tous les pays du Projet MENA ayant un droit de la concurrence se sont dotés d'une forme ou d'autre de système de clémence dans leurs lois. Alors que des systèmes modernes de clémence ont été récemment mis en place en Égypte et en Tunisie, les lois de la concurrence de l'Algérie, la Jordanie et du Maroc prévoient un certain degré de clémence pour les entreprises ayant pleinement collaboré avec les autorités lors de l'enquête dans le cadre d'une transaction qui peut être envisagée avant que le cas ne soit transmis à la Cour, ou dans tous les cas décidé par un Tribunal.

Conformément à cet objectif, les présentes lignes directrices passent en revue une série de considérations liminaires qui devraient être prises en considération avant de rédiger leur programme de clémence, surtout pour les autorités de pays en développement. Après avoir examiné en détail les programmes de clémence existant aux États-Unis et en Europe, ces considérations sont suivies de réflexions sur les difficultés pratiques auxquelles doivent faire face les autorités dans le cadre de l'application de leur programme de clémence.

1.1 Définition des programmes de clémence

Les programmes de clémence visent à encourager les membres d'une entente à prendre l'initiative de se mettre en contact avec l'autorité de la concurrence pour confesser leur participation dans un cartel et pour aider les enquêteurs dans leur tâche.

Le but de ces programmes est de semer le doute au sein des membres du cartel. En offrant l'immunité (totale ou partielle) au premier à lancer l'alerte, et même au second ou plus, à se mettre en avant, ils permettent aux autorités d'obtenir des preuves décisives pour leur lutte contre les cartels. Les programmes de clémence efficaces sont calibrés pour provoquer une course entre les membres d'un cartel, à qui sera le premier à dénoncer les faits auprès de l'autorité, parfois même avant qu'une enquête ait commencé, et à sanctionner rapidement les ententes qui sans cela auraient pu rester indétectées.

1.2 Besoin de sanctions crédibles pour les ententes injustifiables.

Le fait pour des entreprises, de se porter demandeur de clémence en dénonçant une entente, signifie pour elle la perte des bénéfices attendus de ce cartel. Si la clémence n'est accordée qu'en partie, le lanceur d'alerte risque d'y perdre dans tous les cas. De même, si les ententes risquent de ne pas être sanctionnées, ou si les sanctions sont légères par rapport aux avantages apportés par la poursuite de l'entente, les lanceurs d'alerte potentiels ne se presseront pas au portillon. Dans ce cas les membres du cartel n'auront pas intérêt à se mettre en avant et la loi aura tendance à être ignorée.

Le simple fait d'adopter un programme de clémence ne garantit pas sa réussite. Trois conditions essentielles doivent coexister pour la réussite d'un programme de clémence

Premièrement, le droit de la concurrence doit être perçu comme étant porteur de sanctions sévères à l'encontre des participants à une entente injustifiable.

Deuxièmement, les membres du cartel doivent être certains qu'ils encourent un risque élevé de détection de la part de l'autorité de la concurrence.

Troisièmement, les sanctions prévues par la loi dans le cas des ententes injustifiables ou cartels durs doivent être connues de manière aussi transparente et prévisible que possible, afin que les intéressés puissent prédire avec assez de certitude quelles seraient les conséquences d'être pris la main dans le sac, et quel serait leur sort s'ils faisaient une demande de clémence.

1.3 Sanctions administratives ou pénales

Le fait d'appliquer des sanctions administratives, civiles ou pénales aux ententes a également un effet certain sur la conduite des entreprises. Les amendes administratives ou civiles imposées par l'autorité risquent d'être considérées comme un simple coût lié aux affaires, surtout si les amendes maximales sont inférieures aux profits générés par le cartel. Dans ce cas, il est essentiel de s'assurer que les amendes prévues et le risque de se faire attraper soient suffisamment élevés pour décourager toute collusion entre les entreprises. En outre, l'autorité de la concurrence doit s'assurer que les amendes s'appliquent également aux personnes physiques impliquées dans les infractions, et ne passent pas simplement par les pertes et profits des entreprises.

Les sanctions pénales, quant à elles, ne se limitent pas à des amendes substantielles imposées aux entreprises et à leurs responsables, mais représentent également un jugement public pour la faute incriminée. Ainsi, le droit pénal renforce l'effet des programmes de clémence, car il risque d'entraîner des condamnations à des peines de prison pour les responsables d'une entente. Il faut noter toutefois, que le droit pénal entraîne des coûts et des contraintes supplémentaires pour l'autorité. Le niveau élevé des preuves exigées par le droit pénal requiert des ressources supplémentaires. En particulier, si des autorités distinctes se chargent des affaires pénales, la procédure à suivre pour coordonner les actions et assurer les priorités entre les autorités pénales et l'autorité de la concurrence devra être suivie à la lettre.

Il est admis que de plus en plus de juridictions appliquent le droit pénal pour les ententes injustifiables ou cartels durs. C'est le cas en particulier, en Australie, au Brésil, au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis. En Égypte, toutes les infractions au droit de la concurrence sont du ressort du droit pénal. Ce n'est pas toujours le cas dans les autres pays du Projet MENA.

1.4 Événements externes pouvant générer une demande de clémence

Après une période de stabilité, les membres d'un cartel peuvent se trouver affectés par des événements externes qui pourraient les pousser à penser à faire une demande de clémence. Il peut s'agir de l'adoption de nouvelles règles plus sévères à l'encontre des ententes, ou du fait d'une application plus stricte de la loi par les autorités. Cela peut aussi être causé par l'entrée en jeu d'un nouveau concurrent non membre du cartel sur le marché, qui fait chuter les prix et rend de ce fait l'entente moins intéressante ; ou par l'arrivée d'une innovation technologique qui bouscule les conditions

existantes, rendant soudain l'entente moins utile. Le rachat d'un des membres du cartel par une autre société extérieure au cartel peut mettre en péril l'accord existant, les nouveaux propriétaires étant réfractaires à ce type de collusion. Lorsque de tels événements arrivent, les membres du cartel risquent de se dépêcher tout à coup pour être les premiers à faire une demande de clémence.

1.5 Coopération internationale

Dans une économie de plus en plus mondialisée, les ententes ne s'arrêtent souvent pas à la frontière des Etats, c'est la raison pour laquelle les enquêtes doivent aussi franchir les frontières. Pour cette raison, de nombreuses lois de la concurrence ont adopté le principe des effets, qui élargit l'étendue d'application des lois nationales à toutes les activités, y compris extraterritoriales, ayant des effets sur le territoire national. Il existe aussi un consensus international de plus en plus évident sur le fait que les cartels internationaux sont nuisibles tant pour les économies que pour les consommateurs où qu'ils se trouvent, et que la coopération internationale est essentielle pour appliquer le droit de la concurrence. Cela prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'enquêter sur les cartels durs qui touchent les marchés internationaux.

Il convient de noter à ce propos le lancement dès 2004 du Groupe de travail anticartels du Réseau international de la concurrence (ICN), qui permet d'échanger les meilleures expériences et techniques d'enquête de par le monde. ICN a aidé les responsables de la lutte anticartels à développer des liens transfrontaliers, qui se sont traduits par une coordination en temps réel des enquêtes menées parallèlement contre un même cartel dans plusieurs pays. Dans le même temps, la prolifération des programmes de clémence efficaces a généré de plus en plus de demandes de clémence simultanément dans de nombreuses juridictions. Les enquêteurs peuvent ainsi coordonner leurs activités d'investigation, échanger les informations fournies par un demandeur de clémences multiples (avec son consentement) et coordonner leurs perquisitions.

2. Considérations préliminaires pour les pays du Projet MENA

2.1 Faiblesse relative de la lutte anticartels dans les pays en développement

Les gouvernements de nombreux pays en développement ne sont pas totalement convaincus de la priorité attribuée à la lutte anticartels. Certaines lois de la concurrence peuvent mettre l'accent sur le contrôle des fusions et des restrictions abus de position dominante ou de situation de faiblesse économique, plutôt que sur les ententes horizontales et les cartels durs.

De nombreuses lois de la région du MENA mettent beaucoup l'accent sur les notifications et le contrôle des concentrations ; ainsi, les ressources limitées des autorités de la concurrence risquent d'être pleinement utilisées à examiner les fusions et autres concentrations économiques, laissant très peu de place pour la détection et la lutte contre d'éventuelles ententes. De plus, dans des pays caractérisés par un degré relativement élevé d'intervention de l'Etat, où certains secteurs et monopoles sont exemptés, la lutte contre les cartels risque d'être limitée. Et comme indiqué plus haut dans l'introduction, un programme de clémence risque d'être totalement inefficace si les ententes ne sont pas sévèrement sanctionnées, ou si la lutte contre les cartels n'est pas une priorité. Dans ces cas, il vaudrait peut être mieux s'abstenir de mettre en place un semblant de programme de clémence.

Dans la plupart des pays du Projet MENA, l'autorité de la concurrence est globalement dépendante du ministère chargé du commerce. La plupart des décisions sont directement prises par le Ministre après avis de l'autorité de la concurrence. Pour certaines questions importantes, comme l'autorisation d'une concentration, le Ministre peut éventuellement contredire l'interdiction de l'autorité de la concurrence, sur des considérations de sauvegarde d'emplois, de compétitivité d'entreprises nationales, ou pour d'autres motifs de politique industrielle.

Alors que l'autorité de la concurrence dispose généralement des ressources humaines et financières limitées, la loi de la concurrence ne s'applique souvent pas aux transactions dans lesquelles l'Etat est impliqué et d'autres autorités gouvernementales sont souvent peu enclines à coopérer dans la lutte anticartels. C'est particulièrement vrai pour les autorités de régulation sectorielles, qui sont promptes à défendre leur territoire et sont réticentes à coopérer avec l'autorité de la concurrence. Elles ont plutôt tendance à rejeter les interventions de l'autorité de concurrence et d'imposer leurs propres décisions, encourageant parfois des solutions de type cartellaire afin de favoriser, ou tout au moins permettre la survie de l'ancien opérateur historique (ex- monopole d'Etat) dans le nouvel environnement « concurrentiel ». En outre, la lutte anticartel est freinée parce que les preuves peuvent se trouver à l'étranger.

2.2 Lanceur d'alerte sur un marché de pays en développement

Dans les pays en développement où les questions de confiance et les relations personnelles sont primordiales en affaires, et où les cercles d'affaires sont relativement restreints, comme « tout le monde connaît tout le monde », les pénalités sociales ou informelles (autres que les sanctions, même pénales) pour ceux qui dénoncent leurs complices dans une entente, risquent d'être très importantes. Il peut s'agir d'un bannissement des affaires, ou même de réactions violentes. Etant donné que les amitiés sont fortement imbriquées, le lanceur d'alerte risque de se voir socialement rejeté et même peut être attaqué physiquement. Des mesures officieuses peuvent aussi limiter la portée des enquêtes de l'autorité de la concurrence. De tels risques pourraient faire réfléchir des lanceurs d'alerte potentiels et limiter la portée des avantages offerts par un programme de clémence.

Un autre frein potentiel pour ceux qui pourraient être tentés de se porter demandeurs de clémence dans les pays en développement serait leur appartenance à l'économie informelle. Compte tenu du pourcentage élevé d'entreprises appartenant à l'économie informelle, il se pourrait bien que certains membres du cartel en fassent partie, et ne voudraient surtout pas se faire remarquer par les autorités en faisant appel à la clémence. Pour eux, être identifié correspondrait sans doute à d'autres sanctions liées à l'évasion fiscale, au blanchissement d'argent sale ou à d'autres passifs inavouables.

Enfin, en ce qui concerne les membres d'un cartel international, ils pourraient être moins intéressés de déposer une demande de clémence dans un petit pays, où le risque de se faire pincer et le niveau de la sanction sont peu importants. Ils pourraient aussi considérer que le secret lié à leur demande de clémence dans un pays en développement risque d'être moins bien gardé que dans un pays développé, et pourraient se méfier de voir ces informations passer d'un pays à un autre. Par conséquent, les membres d'un cartel international présent dans des pays développés et des pays en développement pourraient opter pour une demande de clémence dans les pays développés, tout en négligeant de déposer une demande auprès des juridictions moins développées, couvrant des marchés plus réduits. De plus, l'existence de possibilités de transiger dans des pays comme l'Algérie et d'autres, pourrait aussi les pousser à délaisser les demandes de clémence pour se résoudre, le cas échéant, à négocier une transaction avec l'autorité compétente.

2.3 Besoin de convergence des programmes de clémence des pays du Projet MENA

Une autre limitation provient du fait que le programme de clémence en vigueur dans un pays pourrait être peu attractif du fait de l'absence d'un tel programme, ou du traitement très différent des ententes dans un autre pays voisin. Dans les pays du Projet MENA, trois pays (l'Égypte, le Maroc et la Tunisie) ont récemment introduit des programmes de clémence ; un pays (l'Algérie) n'applique pas de programme de clémence en tant que tel, mais applique le principe de clémence lors d'une transaction possible avant jugement par un Tribunal ; alors que deux autres pays (le Liban et la Palestine) n'ont pas de droit de la concurrence, et donc pas de dispositif anticartels.

Or il est important de noter que des programmes de clémence similaires ou convergents peuvent se renforcer mutuellement. L'application simultanée de règles de clémence dans plusieurs juridictions avec une dérogation permettant l'échange d'informations confidentielles entre les pays concernés, permet d'engager des investigations coordonnées à l'encontre des autres membres d'une entente. C'est la raison pour laquelle les autorités de la concurrence encouragent généralement les demandeurs de clémence à déposer des demandes simultanées dans d'autres pays, et qu'elles leur demandent s'ils ont ou vont déposer des demandes de clémence ailleurs.

Par ailleurs, un programme de clémence risque d'être affaibli si un pays proche impose des sanctions sévères mais ne dispose pas d'un programme de clémence efficient ou prévisible et transparent. Dans ce cas, le risque de se voir infliger une sanction sévère dans l'autre juridiction risque de décourager les demandeurs de clémence potentiels dans le premier pays. En d'autres termes, considérons un pays A disposant d'un programme de clémence attractif et un pays B proche, qui n'en a aucun, ou qui applique un système peu convaincant. Si le fait de déposer une demande de clémence dans le pays A accroît le risque de se faire durement sanctionner dans le pays B, alors le lanceur d'alerte potentiel préférera ne pas s'avancer dans le pays A. Bien entendu, de tels effets négatifs n'existeront pas si le risque de sanction dans le pays B est faible ou inexistant.

Par conséquent, le flou quant aux risques de voir le résultat final se retourner contre le lanceur d'alerte d'un pays à l'autre peut décourager toute action de la part de celui-ci. En outre, l'existence de conditions contradictoires ou incompatibles d'un programme de clémence à celui d'un autre pays peut aussi poser problème : par exemple, lorsqu'une autorité exige que le lanceur d'alerte arrête immédiatement toute implication dans une entente, alors qu'une autre lui demande de continuer afin de ne pas se faire remarquer par les autres membres du cartel. Les exigences

désavantageuses pour le lanceur d’alerte dans une autre juridiction découragent aussi les demandes de clémence.

Il est par conséquent clairement dans l’intérêt des pays du Projet MENA de chercher à s’entendre pour accroître leur coopération dans la lutte contre les ententes, de s’efforcer de faire converger leurs systèmes de lutte contre les cartels durs et de mettre en place des programmes de clémence compatibles mutuellement.

A ce propos, il peut être utile tenir compte du modèle de Programme de clémence du Réseau européen de la concurrence (REC) de l’Union européenne. Ce modèle du REC inclut un système uniformisé de « demandes sommaires » de clémence. En soumettant une telle « demande sommaire », le demandeur de clémence auprès de l’autorité de la concurrence d’un pays membre de l’UE s’assure en même temps de protéger sa position en tant que lanceur d’alerte auprès de la Commission de Bruxelles.

3. Rendre la clémence attractive pour les lanceurs d’alerte

Pour qu’un programme de clémence soit réussi, il doit être attractif pour les lanceurs d’alerte potentiels. Nous avons vu que parmi les principales conditions de réussite il fallait s’assurer d’un niveau suffisant de sanctions et de risques de rester dans un cartel, face à la possibilité de bénéficier d’une demande de clémence auprès de l’autorité de la concurrence.

3.1 Immunité

Afin d’encourager les lanceurs d’alerte, la plupart des programmes de clémence offrent l’immunité totale pour le premier à déposer une demande de clémence. C’est le principal avantage d’être le premier à se manifester. Si le deuxième lanceur d’alerte était traité de la même façon que le premier dans la course, il y aurait moins d’urgence à demander à profiter de la clémence ; chacun des membres de l’entente pourrait attendre que l’autre se manifeste en premier.

3.2 Prévisibilité

Pour induire une demande de clémence il faut faire dans le même temps usage de « la carotte et du bâton » : la sanction faute de clémence doit être sévère et la réduction de la sanction si la clémence est obtenue doit être

sensible et prévisible. La « sanction » dont il est question ne doit pas être la peine maximale prévue par la loi, mais celle qui est prévisiblement appliquée, en tenant compte des sanctions imposées pour les affaires récentes, les politiques de transaction actuelles et les délais escomptés pour le versement des amendes. Dans une certaine mesure les sanctions avec et sans clémence doivent être prévisibles pour permettre aux éventuels lanceurs d'alerte d'évaluer les coûts et les bénéfices de la demande de clémence.

La prévisibilité peut encore être accrue en éliminant la discrétion du jugement : si un demandeur de clémence se conforme à certaines conditions clairement définies, alors la clémence doit être automatiquement accordée. Cela augmenterait aussi l'impression de justice et d'absence de favoritisme.

3.3 Clémence pour les entreprises et pour les personnes physiques

Dans de nombreuses juridictions, les personnes physiques sont tenues pour responsables des ententes, au même titre que les entreprises dans lesquelles ils agissent. Les sanctions pour la participation à une entente incluent souvent des amendes, des peines de prison et des interdictions temporaires ou permanentes de diriger ou de faire partie d'une société. Les programmes de clémence appliqués dans les juridictions où les personnes physiques peuvent être punies accordent généralement l'immunité aux personnes qui coopèrent avec l'autorité de la concurrence en même temps qu'ils en font bénéficier leur entreprise.

Si les personnes physiques ne se voyaient pas accorder l'immunité en même temps que leur entreprise, ils pourraient convaincre les cadres dirigeants d'éviter de demander la clémence de peur que la situation ne se retourne contre eux. Certains programmes de clémence permettent aux personnes physiques de déposer une demande de clémence indépendamment de la société où ils ont été employés.

3.4 Protection contre les actions civiles en dommages et intérêts

Dans un nombre rapidement accru de pays, la sanction publique pour une infraction du droit de la concurrence peut être suivie par des poursuites civiles en dommages et intérêts. Une entreprise et ses employés bénéficiant d'une immunité totale dans le premier cas risquent de se voir quand même

condamnés à payer de lourds dommages et intérêts par suite de l'action civile. Une telle situation risquerait de gravement décourager les lanceurs d'alerte potentiels dans le premier cas.

Aussi, les autorités responsables d'appliquer la loi peuvent atténuer les suites négatives de l'action publique en limitant les informations divulguées pour les actions en dommages et intérêt et en modifiant les exigences incompatibles ou désavantageuses imposées aux lanceurs d'alerte.

Quelques autorités de la concurrence gardent le secret perpétuel sur l'identité des sociétés qui ont bénéficié de la clémence. Beaucoup acceptent des déclarations orales et les maintiennent sous le sceau de la confidentialité.

Plus globalement, l'application des principes de courtoisie internationale implique que les Tribunaux évitent de transmettre certains documents si cela risque de nuire à l'application de la loi dans une autre juridiction. Aux Etats-Unis, pour limiter les effets de décisions publiques sur les actions civiles, la Loi de 2004 portant sur les sanctions pénales découlant du droit antitrust, le « *2004 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* », a limité la responsabilité en dommages et intérêts des bénéficiaires de clémence à ne payer que les montants effectivement perçus plutôt de les « triples dommages » prévus antérieurement par la loi.

En France, l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce et/ou à l'article 101 TFUE. L'Autorité de la concurrence considère, cependant, que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites.

3.5 Risques liés à la corruption

Il faut tout faire pour éviter des actes de corruption au cours du processus de clémence, un membre de l'autorité, par exemple, pouvant être soudoyé pour accorder la clémence. Dans un cas rapporté dans la presse, un haut responsable d'une autorité de la concurrence a été condamné pour avoir demandé un pot-de-vin en échange de l'octroi de l'immunité découlant de la clémence. Ce genre de mésaventure peut porter un coup fatal à la crédibilité de l'autorité de la concurrence et, bien entendu, à son programme de clémence.

4. Lignes directrices pour la procédure

4.1 Contact informel

De nombreux programmes de clémence permettent aux demandeurs de clémence potentiels de se renseigner, souvent de manière anonyme, sur leurs chances d'obtenir la clémence, avant de se lancer. Par exemple les autorités de la concurrence des Pays Bas, de France et d'Allemagne, ont mis en place un poste de « conseiller clémence », qui peut être contacté en toute anonymité par une entreprise ou son représentant légal, pour s'informer de la procédure à suivre pour obtenir l'immunité totale ou partielle, participer à des audiences, et recevoir une assistance technique de manière totalement confidentielle. Le conseiller clémence coopère aussi avec d'autres autorités de la concurrence en cas de demandes de clémence simultanées auprès de plusieurs juridictions.

4.2 La demande de clémence formelle: marquer l'ordre d'arrivée

La plupart des programmes de clémence comportent un « marqueur » l'ordre d'arrivée des demandes de clémence. Cela permet d'établir la place du demandeur dans la course à la clémence, mais le seuil des obligations de divulgation de preuves et de coopération doivent être atteints avant une date limite.

Aux Etats-Unis par exemple, pour qu'une entreprise obtienne une marque d'ordre d'arrivée, son avocat-conseil doit :

- a) Apporter une information ou la preuve que la société qu'il représente est engagée dans une infraction pénale antitrust;
- b) divulguer la nature générale de l'infraction concernée;
- c) identifier l'industrie, le produit, ou le service impliqué de manière assez spécifique pour permettre à la Division antitrust de déterminer si la clémence est encore disponible et de marquer l'ordre d'arrivée du demandeur; et
- d) identifier son client.

Selon le programme modèle du REC en matière de clémence de l'UE, une entreprise désireuse de déposer une demande de clémence peut d'abord solliciter un marqueur. Ce dernier marque l'ordre d'arrivée de la demande et protège la place de l'entreprise pendant un certain temps et lui permet de rassembler les renseignements et preuves nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité.

L'autorité de concurrence est libre d'accorder ou non un marqueur. Le cas échéant, elle fixe le délai dans lequel l'entreprise doit compléter sa demande en fournissant les renseignements nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité. Si l'entreprise s'exécute dans les délais impartis, les renseignements et preuves fournis seront considérés comme ayant été communiqués à la date d'octroi du marqueur.

Pour pouvoir obtenir un marqueur, l'entreprise doit communiquer à l'autorité de concurrence son nom et son adresse ainsi que des informations concernant :

- a) les circonstances ayant motivé l'introduction d'une demande de clémence;
- b) les participants à l'entente présumée;
- c) le ou les produits en cause;
- d) le ou les territoires affectés;
- e) la durée de l'entente présumée;
- f) la nature de l'entente présumée; et
- g) les renseignements sur toute demande de clémence déjà présentée ou qui serait présentée à toute autorité de concurrence, y compris à l'extérieur de l'Union européenne, au sujet de l'entente présumée.

En France, une fois que l'entreprise décide de soumettre une demande formelle de clémence, elle s'adresse au Rapporteur général par écrit, en complétant un formulaire standard, envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception, qui servira de marqueur de la date et de l'heure de la demande de clémence. La demande peut aussi se faire oralement, sur rendez-vous avec le Rapporteur général, qui indiquera précisément la date et l'heure sur le procès-verbal de l'audition du lanceur d'alerte. Le procès-verbal servira de « marqueur » dans ce cas, une mesure essentielle pour certifier que l'entreprise était la première à dévoiler les renseignements nécessaires pour pouvoir déposer une demande de clémence auprès de l'autorité de la concurrence.

Pour ce faire, l'entreprise doit décliner son nom et son adresse, fournir des renseignements précis sur les produits spécifiques et le marché géographique concernés par le cartel, dévoiler l'identité des autres membres du cartel, préciser la nature de l'entente et sa durée estimée, ainsi que les demandes de clémence éventuelles que l'entreprise a déposés, ou entend déposer auprès d'autres autorités de la concurrence.

4.3 Facteurs d'éligibilité pour la clémence

Afin de pouvoir prétendre à la clémence dans le cadre de ce programme, l'entreprise doit satisfaire aux conditions cumulatives suivantes:

- a) Avant d'adresser une demande à l'autorité de concurrence, ne pas avoir, au préalable détruit de preuves intéressant la demande; ni divulgué, directement ou indirectement, son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence ou à une autorité de concurrence extérieure à l'UE ;
- b) Immédiatement après le dépôt de sa demande, mettre fin sans délai à sa participation à l'entente présumée sauf si la poursuite de sa participation est raisonnablement nécessaire, de l'avis de l'autorité de concurrence, pour préserver l'intégrité des inspections qu'elle effectue; et
- c) Apporter à l'autorité de concurrence une coopération véritable, totale et permanente dès le dépôt de sa demande auprès de l'autorité de concurrence jusqu'à la conclusion de l'affaire; ce qui signifie:
 - 1. fournir sans délai à l'autorité de concurrence tous les renseignements et éléments de preuve utiles qui viendraient en sa possession ou dont elle aurait la maîtrise;
 - 2. se tenir à sa disposition pour répondre rapidement à toute demande qui, de l'avis de l'autorité de concurrence, pourrait contribuer à établir les faits en cause;
 - 3. mettre à sa disposition, pour les interroger, les salariés et administrateurs actuels et, dans la mesure du possible, les anciens salariés et administrateurs;
 - 4. s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou preuves utiles; et
 - 5. s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que l'autorité de concurrence n'ait communiqué ses griefs aux parties (sauf accord de cette autorité).
 - 6. Ne pas avoir pris de mesures pour contraindre une autre entreprise à se joindre à un cartel. Toute entreprise qui a pris des mesures visant à contraindre une ou plusieurs autres entreprises à se joindre à une entente ou à y rester doit, par principe, être exclue du bénéfice de l'immunité.

4.4 Demandes sommaires

Le Programme modèle du REC de l'UE en matière de clémence inclut un système uniforme de « demandes sommaires », pour faciliter la tâche du demandeur de clémence, lorsqu'il entend déposer plusieurs demandes simultanées dans des différents pays de l'Union. En déposant une demande sommaire, l'entreprise marque sa position de déclarant pour l'entente présumée auprès de l'autorité de concurrence choisie, et préserve sa position de demandeur de clémence auprès de la Commission européenne.

Cela ne dispense pas les demandeurs de clémence de déposer des demandes dans d'autres juridictions extérieures à l'UE touchées par le cartel. Cependant, même si le demandeur de clémence s'est assuré un marqueur dans sa propre juridiction et pour la Commission européenne, cela ne lui garantit pas d'obtenir l'immunité dans un pays extérieur à l'UE.

5. Examen de la demande

Dans le délai fixé au moment du dépôt de la demande de clémence (30 jours aux Etats-Unis), l'entreprise ou son avocat-conseil transmet les renseignements et les documents de preuve à l'autorité de la concurrence, sur la base desquels un rapport est soumis au demandeur de clémence et aux responsables de l'autorité de la concurrence chargés de convoquer une audition pour examiner le cas et décider si la clémence peut être accordée.

5.1 Clémence conditionnelle

A la suite de l'audition, en cas d'acceptation, l'autorité de la concurrence envoie une lettre de clémence conditionnelle. Bien que la plupart des conditions pour l'octroi de la clémence ne soient remplies que lors de l'enquête pénale, les demandeurs veulent s'assurer dès le début qu'ils recevront l'immunité à la fin de l'enquête, s'ils remplissent ces conditions.

Pour être en mesure de recevoir une lettre de clémence conditionnelle aux Etats-Unis, le demandeur doit avoir admis sa participation à une infraction pénale antitrust telle qu'une entente sur les prix, le trucage des offres, la limitation des capacités de production ou le partage des marchés en fonction des utilisateurs, des volumes de ventes ou de production.

La clémence est octroyée de manière conditionnelle : elle peut être retirée à tout moment si le demandeur ne remplit pas ses obligations de coopération avec l'autorité de la concurrence. Même si l'incertitude liée au retrait de la clémence réduit le degré de prévisibilité du programme, le maintien de la

clémence pour les demandeurs qui ne remplissent pas les conditions requises risquerait de décrédibiliser le programme

5.2 La lettre d'acceptation finale

Dès que toutes les conditions de la lettre de clémence conditionnelle sont remplies, une lettre d'acceptation finale est adressée au demandeur. Dans cette lettre, l'autorité de la concurrence précise si elle octroie une immunité totale ou partielle au demandeur. En cas d'immunité partielle, elle précise le degré exact de celle-ci.

6. L'immunité totale pour le premier en lice

De nombreux programmes de clémence exigent «des révélations complètes et franches ainsi qu'une coopération constante de la part du demandeur et, le cas échéant, des membres de sa direction, de ses cadres et de ses employés». Il arrive souvent aussi qu'ils exigent de lui qu'il cesse ses activités au sein de l'entente, même si certaines autorités de la concurrence peuvent lui enjoindre de continuer afin d'aider à poursuivre les autres parties à l'entente.

Les programmes de clémence peuvent différer en ce qui concerne la qualité de ceux qui peuvent se prévaloir d'une immunité totale. La plupart considère qu'un demandeur d'immunité totale est admissible si l'autorité de la concurrence ignore l'existence de l'entente, ou si elle en a connaissance, mais n'a pas suffisamment de preuves pour engager des poursuites. Beaucoup n'octroient l'immunité totale qu'au premier demandeur exclusivement. , afin d'inciter les lanceurs d'alerte potentiels à « se presser au portillon ». Certains programmes de clémence octroient aussi une immunité partielle au deuxième et troisième arrivé, mais avec une réduction décroissante de la sanction. De nombreux programmes excluent les demandeurs qui ont contraint d'autres membres à faire partie de l'entente ou qui étaient les instigateurs du cartel.

6.1 Avant l'ouverture d'une enquête

Aux Etats-Unis par exemple, une « Clémence de Type A » sera offerte à une entreprise qui aura averti le Département de la Justice (DOJ) avant que celui-ci ait ouvert une enquête antitrust (lorsque le DOJ n'était pas au courant de l'existence de l'entente) si les conditions suivantes sont remplies :

- a) Au moment où l'entreprise se manifeste, la Division antitrust n'avait

- reçu aucune information sur ce cas ;
- b) Aussitôt que l'entreprise en question a découvert l'existence de l'activité illégale, elle a pris des mesures « promptes et efficaces pour mettre fin à sa participation dans cette activité » ;
 - c) L'entreprise informe le Département avec sincérité et lui offre « une coopération pleine, complète et ininterrompue » tout au long de l'enquête.
 - d) La confession de l'infraction est un « véritable acte de société » par opposition à une annonce individuelle de certains cadres et responsables de celle-ci ;
 - e) Dans la mesure du possible, l'entreprise en question répare les dommages infligés aux parties lésées ; et
 - f) L'entreprise n'a contraint aucun autre membre du cartel à en faire partie et n'était clairement pas l'instigatrice ou le leader de l'entente incriminée.

Si l'entreprise ne peut se conformer à chacune des six conditions ci-dessus pour se qualifier pour une Clémence de Type A, elle peut encore se voir octroyer une indemnité sous la Clémence de Type B, qui peut être octroyée après l'ouverture d'une enquête.

A noter que le modèle de clémence du REC de l'Union européenne est très proche, étant donné qu'il propose une clémence de Type 1A à la première entreprise qui fournira des preuves suffisantes pour permettre à la Commission de procéder à des perquisitions ciblées concernant un cartel présumé ; et de Type 1B pour la première entreprise qui fournira des preuves permettant à l'autorité de la concurrence de découvrir une infraction au sens de l'article 101 TFUE liée à un cartel présumé.

6.2 Après l'ouverture d'une enquête

Aux Etats-Unis, une entreprise peut être qualifiée pour l'octroi d'une clémence même après que la Division antitrust est au courant de l'existence d'une activité illégale sous la dite Clémence de Type B, que ce soit avant ou après l'ouverture d'une enquête, si les conditions suivantes sont remplies :

- a) L'entreprise est la première à s'annoncer et à se qualifier pour la clémence au sujet de l'activité en question ;
- b) A ce moment là la Division antitrust n'avait aucune preuve à l'encontre de l'entreprise, preuve qui semble donner lieu à une condamnation crédible;
- c) Dès que l'entreprise a découvert l'infraction, elle a promptement et effectivement mis fin à sa participation à cette action illicite ;
- d) L'entreprise informe le Département avec sincérité et lui offre

- « une coopération pleine, complète et ininterrompue » lui permettant d'avancer dans son enquête.
- e) La confession de l'infraction est un « véritable acte de société » par opposition à une annonce individuelle de certains cadres et responsables de celle-ci ;
 - f) Dans la mesure du possible, l'entreprise en question répare les dommages infligés aux parties lésées ; et
 - g) La Division antitrust s'assure que l'octroi de la clémence à cette entreprise ne serait pas inéquitable envers les autres, vu la nature de cette infraction, du rôle de l'entreprise dans celle-ci et de la date à laquelle elle s'est manifestée.

6.3 Protection étendue de la clémence

A noter qu'aux Etats-unis, seule la première entreprise qui dépose une demande de clémence se voit offrir l'immunité complète. Cependant, la clémence peut se voir élargie au cours de l'enquête, si un demandeur de clémence découvre les preuves que l'activité anticoncurrentielle était plus vaste que prévu initialement, par exemple au niveau de son étendue géographique ou des produits concernés par l'entente. Dans ce cas, le demandeur peut obtenir que sa clémence soit étendue aux infractions nouvellement découvertes.

6.4 Une affaire permet d'en découvrir d'autres

Les programmes de clémence misent de plus en plus sur le fait que les entreprises sont généralement présentes sur de nombreux marchés et que les comportements d'entente appris sur un marché peuvent se répéter sur les autres. Certaines dispositions incitent par conséquent les membres d'une entente à dénoncer l'existence des autres ententes auxquelles ils prennent partie.

Aux Etats-Unis, par exemple, le dispositif surnommé «Amnesty Plus» invite une entreprise faisant l'objet d'une enquête sur une entente pour laquelle elle s'est manifestée trop tard pour se prévaloir de l'immunité, à présenter une demande de clémence pour avoir participé à une autre entente, et ce afin d'obtenir une réduction de la sanction qui lui sera infligée non seulement pour cette dernière, mais aussi pour la première entente déjà visée par une enquête.

La politique de la carotte ou du bâton fonctionne comme suit :

a) Le dispositif « Amnesty Plus » permet d'alléger la sanction comme décrit ci-dessus ;

b) Le dispositif «Penalty Plus» permet d'imposer une sanction plus lourde à une entreprise qui aurait pu bénéficier du programme «Amnesty Plus», mais a décidé de ne pas le faire, et qui est par la suite condamnée pour avoir participé à une autre entente;

c) Les personnes qui témoignent sous serment dans le cadre d'une enquête sur une entente se voient poser la dite « question omnibus ». Elles sont obligées de dire si elles sont au courant de l'existence d'une entente sur un autre marché que celui considéré. Comme elles peuvent être sanctionnées pour faux témoignage, elles sont ainsi contraintes de dénoncer d'autres ententes.

Cette politique de la carotte ou du bâton a donné d'excellents résultats pour découvrir une série d'ententes aux Etats-Unis. Par exemple, les ententes sur les vitamines été découvertes l'une après l'autre lors d'une série d'enquêtes qui se sont enchaînées sur 12 marchés distincts. Une autre série d'enquêtes, partant d'une entente sur la lysine, a permis de détecter des ententes sur l'acide citrique, le gluconate de sodium, l'érythorbate de sodium et le maltol.

7. Immunité réduite

Selon le modèle du REC de l'UE, les entreprises qui ne sont pas qualifiées pour se voir octroyer l'immunité totale sous les demandes de clémence de Type 1, peuvent quand même bénéficier de l'immunité réduite si elles se qualifient pour une « demande de Type 2 ».

7.1 Valeur ajoutée significative

Afin de pouvoir prétendre à une réduction de l'amende, une entreprise doit fournir à l'autorité de concurrence des preuves de l'entente présumée qui, de l'avis de l'autorité de concurrence, apportent une « valeur ajoutée significative » par rapport aux éléments de preuve déjà en sa possession au moment de la demande.

La notion de «valeur ajoutée significative» vise la mesure dans laquelle les preuves fournies renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de l'autorité de concurrence d'établir l'existence de l'entente présumée.

7.2 Amnesty Plus

De même, aux Etats-Unis, le dispositif « Amnesty Plus » permet l'obtention d'une immunité partielle comme suit :

Le pourcentage de la réduction dépend de plusieurs facteurs ; en particulier : (1) la valeur de la preuve apportée par l'entreprise demanderesse de clémence ; (2) la gravité potentielle de l'infraction dénoncée par le demandeur de clémence, estimée en fonction du volume des échanges concernés, l'étendue géographique de l'entente, et le nombre de membres du cartel et de personnes physiques impliquées ; et (3) la probabilité que la Division antitrust découvre l'infraction supplémentaire sans l'aide du programme de clémence (c'est à dire, s'il n'y avait pas ou peu de recoupements entre les entreprises membres du cartel et/ou entre les cadres mis en examen entre la première affaire et la seconde, et que le dispositif Amnesty plus a permis de découvrir l'infraction supplémentaire). De ces trois facteurs, ce sont les trois premiers qui comptent le plus.

7.3 Degré d'immunité

Pour définir le niveau de réduction approprié de l'amende, l'autorité de concurrence prendra en considération la date à laquelle les preuves ont été communiquées (et aussi si le demandeur de clémence est le premier, deuxième ou troisième dans l'ordre dans lequel les entreprises en ont fait la demande), et à la valeur ajoutée globale que ces preuves représentent.

La réduction accordée à une entreprise présentant une demande de type 2 ne peut excéder 50% de l'amende qui, à défaut, lui aurait été infligée.

En France, conformément au modèle de clémence du REC de l'UE, le degré d'immunité dépend aussi de l'heure à laquelle l'élément de preuve a été communiqué (si le demandeur de clémence est le premier, deuxième ou troisième dans l'ordre dans lequel les entreprises en ont fait la demande) et à la valeur ajoutée globale que ces preuves représentent pour l'Autorité de la concurrence.

Dans tous les cas, la réduction accordée ne peut excéder 50% de l'amende qui, à défaut, lui aurait été infligée si elle n'avait pas bénéficié d'une clémence de type 2.

En tenant compte de ces éléments, la réduction d'amende offerte par l'Autorité française de la concurrence est comprise dans les fourchettes suivantes :

- a) Pour la première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative: une réduction comprise entre 25 et 50% ;
- b) Pour la deuxième entreprise à fournir une valeur ajoutée significative: une réduction comprise entre 15 et 40% ; et
- c) Pour toute autre entreprise à fournir une valeur ajoutée significative: réduction maximale de 25%.

Ces montants diffèrent quelque peu semble-t-il entre les différents pays de l'Union européenne, car l'Autorité autrichienne de la concurrence indique que pour sa part, elle applique des réductions de l'ordre de 30 à 50% pour la première entreprise offrant une valeur ajoutée significative ; 20 à 30% pour la deuxième ; et 20% au maximum pour les autres.

7.4 Distinction entre la clémence et la transaction

La clémence se distingue du règlement, aussi appelé transaction. Elle intervient plus en amont, avant que l'autorité de la concurrence ne connaisse l'existence de l'entente ou, dans le cadre de certains programmes, avant qu'elle n'ait suffisamment d'éléments de preuve pour aller plus loin (en engageant des poursuites, par exemple). La transaction, quant à elle, est un accord passé entre les parties après que l'organe en question a achevé son enquête mais avant que l'organe juridictionnel n'ait rendu son verdict. Elle vise à réduire les coûts et les délais engendrés par le prononcé de la décision de justice.

La réduction de la sanction au moyen du processus de la transaction risque d'affaiblir l'efficacité du programme de clémence. Si les réductions de sanction escomptées au moyen de la transaction sont trop élevées, l'attrait du système de clémence n'en sera que diminué. Ce problème a bien été perçu par la Commission européenne, qui a plafonné à 10% la réduction de la sanction par la transaction, alors que l'immunité complète résultant du programme de clémence est de 100%.

8. Difficultés rencontrées dans la pratique

Dans l'application de la procédure de clémence, les autorités de la concurrence doivent faire face à des problèmes issus surtout de la

divergence des intérêts en jeu entre ceux de l'autorité de la concurrence et ceux du demandeur de clémence. Le défi pour l'autorité consiste à maintenir l'équilibre délicat entre les droits du demandeur de clémence d'une part, et la défense de l'efficacité de l'enquête et l'effet dissuasif des règles.

8.1 Insuffisance des éléments de preuve

Une demande de clémence peut être fondée sur des éléments de preuve insuffisants, ou sur des preuves contredisant des éléments obtenus par l'autorité de la concurrence. Si les éléments de preuve sont incomplets ou insuffisants pour permettre de centrer une enquête, le lanceur d'alerte n'obtiendra pas de réduction de sa sanction.

Si l'élément de preuve présenté est frauduleux, la demande de clémence sera rejetée. Il est toutefois très difficile dans certains cas pour l'autorité de savoir si certaines déclarations sont véridiques. Par exemple, il est difficile de savoir si le demandeur de clémence ment lorsqu'il assure n'avoir jamais fait pression sur des concurrents pour les inciter à se joindre à un cartel, ou s'il dit vrai lorsqu'il assure n'avoir pas eu de rôle déterminant ou de leader dans la constitution d'une entente.

8.2 Absence des personnes citées à comparaître

Parfois, les personnes impliquées ont quitté l'entreprise demanderesse de clémence (pour cause de départ à la retraite, de santé, de nouvel emploi auprès d'un concurrent), et le demandeur de clémence se trouve dans l'impossibilité d'obtenir la coopération de l'ancien employé pour aider l'autorité de la concurrence à mener son enquête. L'ancien employé peut maintenant travailler avec un concurrent, et pourrait perdre son nouvel emploi s'il coopère avec son ancien employeur, ou il risque de craindre d'avoir à payer des dommages et intérêts si son rôle dans une entente au cours de son ancien emploi était avéré par son témoignage.

8.3 Calcul de la valeur ajoutée significative

Selon la définition de la Commission européenne, la notion de «valeur ajoutée significative» vise la mesure dans laquelle les preuves fournies renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de l'autorité de concurrence d'établir l'existence de l'entente présumée. Cependant, les membres d'un cartel font tout leur possible pour cacher les éléments de preuve de leur participation à l'entente. Il devient donc très difficile pour le demandeur de clémence d'apporter la preuve irréfutable de

leur participation. La « valeur ajoutée » qu'il est en mesure d'apporter à l'enquête est donc souvent très faible. Dans quelle mesure l'autorité de la concurrence devrait-elle récompenser une telle contribution en faveur de l'enquête ?

Lorsque l'enquête est déjà bien avancée, il devient très difficile pour les lanceurs d'alerte d'apporter une quelconque valeur ajoutée significative. Le demandeur de clémence ignore le degré de preuve déjà aux mains de l'autorité, il devient donc très difficile pour lui d'estimer le degré de preuve nécessaire pour qu'il s'agisse d'éléments ayant une valeur ajoutée significative. Selon la bonne volonté et les efforts du demandeur de clémence, l'autorité de la concurrence peut encore accepter de lui prodiguer une clémence limitée.

8.4 Difficultés rencontrées au cours des enquêtes

Au cours d'une enquête résultant d'une demande de clémence, il est essentiel d'assurer une bonne coordination avec le lanceur d'alerte : il est la source des renseignements provenant de l'intérieur du cartel, et cette situation permet à l'autorité de la concurrence de mieux cibler ses perquisitions. Cependant, l'autorité de la concurrence doit toujours tenir compte du fait que le lanceur d'alerte peut essayer d'orienter l'enquête en sa faveur, en cachant certains éléments qui lui sont défavorables. L'autorité devrait toujours s'assurer de la maîtrise de l'enquête et de faire en sorte que l'informateur reste actif même lorsqu'il est convaincu qu'il bénéficiera de l'immunité.

Au cours de la préparation de l'enquête, l'autorité de la concurrence doit savoir s'il vaut mieux agir vite, avec une perquisition au lever du jour, par exemple, afin de ne pas perdre l'effet de surprise permettant de maximiser les chances de découvrir des éléments de preuve déterminants, ou s'il vaut mieux prendre son temps pour bien coordonner les étapes de l'enquête avec l'informateur, afin de s'assurer que les descentes seront bien ciblées.

8.5 Assurer l'anonymat du demandeur de clémence

Au cours de l'enquête, le demandeur de clémence est obligé de ne pas se faire détecter par ses collègues, les autres membres du cartel. Pour l'autorité de la concurrence, il n'est pas toujours évident d'assurer l'anonymat du demandeur de clémence. Par exemple, si l'autorité ne peut obtenir un mandat de perquisition sans le concours du lanceur d'alerte, les autres membres du cartel risquent de deviner qu'il a déposé une demande de clémence.

La divulgation de cette information peut avoir des effets plus ou moins néfastes pour la suite de l'enquête en cours : les autres membres du cartel peuvent être moins motivés pour déposer une demande de clémence, et dès lors qu'ils sont réticents à coopérer, il peut devenir plus difficile de prouver le cas. Mais s'ils pensent qu'il est trop tard pour déposer une demande de clémence, ils pourraient opter pour s'engager dans une transaction, ce qui pourrait mitiger les effets du programme de clémence.

8.6 Informer le demandeur de clémence de la progression de l'enquête

L'autorité de la concurrence peut se trouver dans l'obligation d'informer le demandeur de clémence de certains résultats de l'enquête afin qu'il soit en mesure de procurer des renseignements sur de nouvelles questions émergeant des investigations.

Cela risque de poser certains problèmes à l'autorité de la concurrence :

- a) Elle devrait éviter de transmettre au demandeur de clémence certains secrets d'affaires délicats de ses concurrents;
- b) Le demandeur de clémence risque de découvrir que l'autorité de la concurrence dispose d'éléments de preuve indiquant que certains des renseignements qu'il a fournis sont faux;
- c) Le demandeur de clémence pourrait être tenté d'utiliser ces renseignements pour manipuler à son avantage l'interprétation des résultats de l'enquête par l'autorité de la concurrence.

8.7 Programmes de clémence contre actions privées

Comme on l'a vu plus haut, les lois de la concurrence prévoient souvent la possibilité d'engager des actions civiles en dommages et intérêts une fois que l'entreprise a été condamnée par l'autorité. La Directive 2014/104 de l'UE va dans ce sens et vise à renforcer les droits des personnes lésées par des infractions aux règles de la concurrence.

Il est clair que les demandeurs de clémence potentiels seront réticents à se lancer, s'ils savent qu'une fois que l'immunité totale ou partielle obtenue pour l'action publique s'éteint, ils seront livrés sans protection aucune à payer des dommages et intérêts aux personnes lésées dans un procès civil¹. Cette question devra trouver une solution, pour ne pas entraver le succès des programmes de clémence. Comme indiqué plus haut au sujet de la protection contre les actions civiles en dommages et intérêts, quelques autorités de la concurrence gardent le secret perpétuel sur l'identité des sociétés qui ont bénéficié de la clémence. Beaucoup acceptent des déclarations orales et les maintiennent sous le sceau de la confidentialité.

Sources :

Présentation Powerpoint de l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence (BWB). Programme de clémence II: problèmes pratiques (16.03.2016).

Autorité française de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français (April 3, 2015).

¹ Le droit de la concurrence algérien prévoit la possibilité d'engager des actions civiles en dommages et intérêts une fois que l'entreprise a été condamnée par le Conseil de la concurrence. Cela est énoncé à l'article 48 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence qui dispose « toute personne physique ou morale qui s'estime lésée par une pratique restrictive telle que prévue par la présente ordonnance, peut saisir pour réparation la juridiction compétente conformément à la législation en vigueur ». Ces dispositions peuvent effectivement entraver le succès des programmes de clémence. Il conviendra d'utiliser les méthodes en vigueur dans certains pays à savoir le maintien du secret perpétuel sur l'identité des sociétés qui ont bénéficié de la clémence ou l'acceptation de déclarations orales à protéger sous le sceau de la confidentialité.

CNUCED : Recours aux programmes de clémence pour faire appliquer le droit de la concurrence contre les ententes injustifiables dans les pays en développement, document TD/RBP/CONF.7/4 (26 août 2010).

US Department of Justice Antitrust Division: « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades » By SCOTT D. HAMMOND Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement. (February 25, 2010).

US Department of Justice : "Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Programme and Model Leniency Letters » (November 19, 2008).

UE DG-Comp : ECN Programme modèle du REC en matière de clémence (Révisé en novembre 2012).

Annexe 1

Programmes de clémence dans les pays du Projet MENA dotés d'un droit de la concurrence

Comme on peut le voir au tableau ci-dessous, les pays du Projet MENA ayant un droit de la concurrence se sont tous dotés de dispositifs allant dans ce sens. La loi algérienne prévoit la possibilité de réduire le montant de l'amende ou de ne pas prononcer d'amende contre les entreprises qui, au

cours de l'instruction de l'affaire les concernant, reconnaissent les infractions qui leur sont reprochées, collaborent à l'accélération de celle-ci et s'engagent à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions de la présente ordonnance (article 60). **Cependant, il faut souligner que l'article 60 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée ne renvoie ni à un degré de clémence ni à une procédure normative de transaction, étant donné que la procédure de clémence est strictement liée à une entente (dure ou injustifiée) et suppose l'intervention d'un lanceur d'alerte².**

En ce qui concerne les autres pays du Projet MENA, il est à souligner que leurs programmes de clémence se concentrent sur l'octroi de l'immunité totale ou partielle au premier à dénoncer l'existence d'une entente et à permettre d'en apporter les preuves déterminantes.

En Egypte, le membre d'un cartel qui le premier prend l'initiative d'en informer l'autorité de la concurrence et qui soumet les preuves nécessaires peut être totalement exempté de toute sanction, conformément à la loi de 2014, apportant des modifications à la Loi No.3 de 2005.

En Jordanie, la Cour peut réduire la sanction relative à une infraction aux articles 5, 6, 7, 8, 9 ou 10 de la loi No.33 de 2004, pour celui qui en informera la Direction de la concurrence.

Au Maroc, le membre d'une entente au sens de l'article 6 de la loi, qui permettra au Conseil de la concurrence de découvrir l'existence d'une entente dont elle n'était pas au courant, sera totalement ou partiellement exempté de la sanction afférente à cette infraction (article 41 de la Loi 104-12).

En Tunisie, la loi No. 2015 - 36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix prévoit dans son article 26 un programme de clémence. L'exemption totale de la sanction est accordée à toute partie complice à une entente ou à un accord anticoncurrentiel qui est la première à fournir des informations dont l'administration ou le Conseil de la concurrence ne disposaient pas antérieurement et qui lui permettent de procéder à une enquête sur les infractions à la concurrence

² L'article 60 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence est beaucoup plus à rapprocher de la procédure de non contestation des griefs (anciennement usitée notamment par l'autorité française de la concurrence) que de la clémence ou transaction.

dans un marché donné ; ou qui est la première à fournir des éléments de preuves déterminants qui permettent à l'administration ou au Conseil de la concurrence d'établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle dont ils avaient connaissance auparavant sans pouvoir la prouver.

Le programme de clémence tunisien prévoit en outre d'accorder l'exemption partielle de la sanction à toute personne qui fournit des éléments de preuves qui apportent une « valeur ajoutée significative » par rapport aux éléments de preuves dont l'administration ou le conseil disposaient déjà ; ou qui ne conteste pas, d'une manière non équivoque, l'existence et le contenu des pratiques qui lui sont reprochées ; ou qui prend l'initiative de mettre en œuvre des mesures qui conduisent à rétablir la concurrence sur le marché.

Les procédures de présentation des demandes d'exonération totale de la sanction ou sa réduction sont fixées par décret gouvernemental pris sur proposition du ministre chargé du commerce. Pour déterminer le niveau de réduction des sanctions, le Conseil de la concurrence prendra en compte le rang et la date à laquelle la demande de clémence a été présentée ainsi que la mesure dans laquelle les éléments apportés constituent une valeur ajoutée significative.

Algérie	Ordonnance No.03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence	Art.60 - Le Conseil de la concurrence peut décider de réduire le montant de l'amende ou ne pas prononcer d'amende contre les entreprises qui, au cours de l'instruction de l'affaire les concernant, reconnaissent les infractions qui leur sont reprochées, collaborent à l'accélération de celle-ci et s'engagent à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions de la présente ordonnance.
Egypte	Les modifications apportées en 2014 à la Loi No.3 de 2005 sur la protection de la concurrence et	Article 26 Pour toute infraction mentionnée à l'article 6 de la présente loi, les poursuites pénales ne seront pas engagées à l'encontre du premier coupable qui prendra l'initiative d'en

	l'interdiction des pratiques de monopole.	<p>informer l'Autorité et de lui fournir les preuves permettant de contribuer à découvrir et d'établir les faits qui lui sont reprochés.</p> <p>En ce qui concerne les autres contrevenants, le tribunal peut exempter jusqu'à la moitié de la sanction prévue, en faveur de celui qui prendra l'initiative d'informer l'autorité de l'infraction et soumettra les éléments de preuve à n'importe quelle phase de l'enquête, de la perquisition, de l'établissement des preuves, de l'interrogatoire ou du processus de jugement.</p>
Jordanie	Droit de la concurrence No.33 2004 + modification de la loi n ° (18) de 2011	Article 25 (...) B La Cour peut atténuer la peine d'un contrevenant des dispositions des articles 5,6,8,9 et 10 de la présente loi si ce contrevenant fournit à la Direction des informations conduisant à la découverte de ces pratiques.
Liban	Pas de loi de la concurrence	
Maroc	Loi No. 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence	Article 41 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 6 de la présente loi s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le Conseil de la concurrence ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. (...)
Palestine	Pas de loi de la concurrence	
Tunisie	Loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence et	Art.26- Le conseil de la concurrence peut, après avoir entendu le commissaire du gouvernement, dans les cas prévus par cet article, accorder une exemption totale de la sanction ou sa réduction à toute partie complice à une entente ou à un accord

	<p>des prix</p>	<p>anticoncurrentiel.</p> <p>L'exemption totale de la sanction est accordée au premier ayant fourni:</p> <ul style="list-style-type: none"> - des informations dont l'administration ou le conseil de la concurrence n'en disposaient pas antérieurement et que ces informations permettent de procéder à une enquête sur les infractions à la concurrence dans un marché donné. - ou des éléments de preuves déterminants qui permettent à l'administration ou au conseil de la concurrence d'établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle dont ils avaient connaissance auparavant sans pouvoir la prouver. <p>L'exemption partielle de la sanction est accordée à toute personne qui:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fournit des éléments de preuves qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuves dont l'administration ou le conseil disposaient déjà. - Ou ne conteste pas, d'une manière non équivoque, l'existence et le contenu des pratiques qui lui sont reprochées. - Ou qui prend l'initiative de mettre en œuvre des mesures qui conduisent à rétablir la concurrence sur le marché. <p>Pour déterminer le niveau de réduction des sanctions, le conseil de la concurrence prendra en compte le rang et la date à laquelle la demande a été présentée ainsi que la mesure dans laquelle les éléments apportés constituent une valeur ajoutée significative.</p> <p>Les procédures de présentation des demandes d'exonération totale de la sanction ou sa réduction sont fixées par décret</p>
--	-----------------	---

		gouvernemental pris sur proposition du ministre chargé du commerce.
--	--	--

Annexe 2

La transaction dans les pays du Projet MENA

De nombreux droits de la concurrence incluent des dispositions permettant à l'autorité ou au Ministre compétent de mettre fin à la procédure par une

transaction, devant intervenir avant que l'affaire ait été transmise au Tribunal, ou en tout cas avant que le Tribunal ait statué sur le cas. La « transaction », qui comporte généralement le paiement d'une lourde amende par le contrevenant, permet d'éteindre la procédure, sans aucune possibilité de recours.

Dans les pays du Projet MENA, ce type de règlement est prévu dans la loi de la concurrence de l'Egypte (l'article 21 prévoit que **le Conseil de Direction de l'Autorité** peut régler le cas avant qu'un jugement final ne soit rendu par le Tribunal).

Au Maroc, la possibilité de transaction ne concerne que les biens et services dont le prix est réglementé (article 93). **En Tunisie, l'article 73 de la loi n°2015-36 du 15 septembre 2015 relative à la réorganisation de la concurrence et des prix exclut la possibilité de transiger pour les infractions aux dispositions des articles 5 (les pratiques anticoncurrentielles) 7,8,9,10 (règles et procédures concernant les opérations de concentration), 69 (l'opposition à l'exercice des fonctions des agents chargés de la constatation des infractions prévu par la loi...).**

Pour les autres infractions prévues par la loi, la conclusion d'une transaction est tributaire d'une demande émanant du contrevenant, et avant qu'un jugement définitif soit prononcé. Comme on peut le voir au tableau ci-dessous, l'exécution de la transaction entraîne l'extinction de l'action publique et l'arrêt des poursuites ou du jugement ou l'exécution de la peine ; cependant, la transaction ne dispense pas le contrevenant des obligations prévues par la loi, ni de sa responsabilité civile sur tout dommage occasionné ou qui sera occasionné à autrui du fait de l'infraction commise. Enfin, la transaction lie irrévocablement les parties et n'est susceptible d'aucun recours pour quelque cause que ce soit³.

Algérie		Pas trouvé
Egypte	Les modifications apportées en 2014 à la Loi No.3 de 2005 sur	Article 21 Le Conseil, avec l'accord de tous ses membres , peut transiger à l'égard de toute infraction aux dispositions de la présente loi comme suit : (a) avant la demande

³ Le rôle de la jurisprudence est de préciser le droit écrit là où il ne l'est pas et de l'adapter aux circonstances de fait ou même de combler les règles de droit inexistantes. De ce fait, la Tunisie propose d'enrichir ces documents avec l'apport de la jurisprudence de chaque pays dans le cadre du possible.

	la protection de la concurrence et l'interdiction des pratiques de monopole.	d'ouverture d'une procédure pénale ou l'introduction d'une quelconque action en ce sens, en échange du versement d'un montant n'excédent pas le minimum de l'amende prescrite ou (b) après l'ouverture d'une procédure pénale ou l'introduction d'une quelconque action en ce sens, mais avant qu'un jugement définitif soit rendu , en contrepartie du paiement d'un montant non inférieur au triple de l'amende minimale et ne dépassant pas la moitié de son montant maximal. La transaction doit être considéré comme une renonciation de la demande de dépôt de la poursuite pénale et entraîne la déchéance de la poursuite pénale relevant du même objet de poursuite.
Jordanie	Droit de la concurrence No.33 de 2004 + modification de la loi n ° 18 de 2011	Pas trouvé
Liban	Pas de loi de la concurrence	
Maroc	Loi No. 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence + Loi No 20-13 du 7 août 2014*	Article 93 Les infractions aux dispositions du titre VII (<i>biens, produits et services dont le prix est réglementé</i>) de la présente loi et des textes pris pour son application peuvent faire l'objet soit de transactions , soit de sanctions administratives, soit de sanctions judiciaires. Sera instituée par voie réglementaire l'autorité habilitée à procéder aux transactions et à prononcer les sanctions administratives. Article 94 Seule l'autorité visée à l'article 93 ci-dessus a le droit de transiger. (...) Le droit de transiger ne peut plus être exercé dès que le dossier a été transmis (...) au tribunal de première instance compétent. Article 95 La transaction passée sans réserve éteint l'action de l'administration.

		(...) Article 96 La transaction doit être constatée par écrit (...).
Palestine	Pas de loi de la concurrence	
Tunisie	Loi n° 2015-36 du 15-09-2015 relative à la réorganisation de la concurrence et des Prix	<p>Art.73</p> <p>A l'exception des infractions aux dispositions des articles 5, 7, 8, 9, 10, et 69 de la présente loi et sur demande du contrevenant, le ministre chargé du commerce, peut avant l'engagement de l'action publique, ou le tribunal saisi de l'affaire, autoriser la conclusion d'une transaction, et ce tant qu'un jugement définitif n'a pas été prononcé.</p> <p>Durant la période d'accomplissement des procédures de transaction et la période arrêtée pour son exécution, les délais de prescription de l'action publique seront suspendus. L'exécution de la transaction entraîne l'extinction de l'action publique et l'arrêt des poursuites ou du jugement ou l'exécution de la peine.</p> <p>La transaction ne dispense pas le contrevenant des obligations prévues par la loi, ni de sa responsabilité civile sur tout dommage occasionné ou qui sera occasionné à autrui du fait de l'infraction commise.</p> <p>Le montant de la transaction ne peut être inférieur à 50% des demandes de l'administration dans tous les cas, Il ne peut être inférieur au seuil minimum de la sanction prévue par la présente loi.</p> <p>La transaction lie irrévocablement les parties et n'est susceptible d'aucun recours pour quelque cause que ce soit.</p>

