

Université de Strasbourg

INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG



**L'efficacité des programmes de clémence ;
l'exemple du droit communautaire de la
concurrence**

Virginie VAQUETTE

Mémoire de 4^{ème} année d'I.E.P

Direction du mémoire : Madame le Professeur Valérie MICHEL

JUIN 2009

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. Une efficacité accrue recherchée à travers les programmes de clémence successifs

SECTION 1 : La fabrication d'une immunité totale et garantie pour la première entreprise

SECTION 2 : L'organisation d'une course à la clémence à travers l'échelonnement des réductions d'amendes

SECTION 3 : Une amélioration de la transparence et de la confidentialité de la procédure, des atouts certains pour les entreprises

CHAPITRE 2. L'efficacité statistique confrontée au choix stratégique de l'entreprise : une instrumentalisation de la clémence ?

SECTION 1 : Les motivations de l'entreprise à demander la clémence

SECTION 2 : L'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels

CHAPITRE 3. Les limites objectives à l'efficacité du programme de clémence communautaire

SECTION 1 : Les risques de neutralisation de l'efficacité des programmes de clémence

SECTION 2 : Un bilan du programme de clémence communautaire et de possibles solutions pour le rendre plus efficace

CONCLUSION

Résumé

Le premier programme de clémence communautaire a été introduit en 1996, en s'inspirant du précédent américain en la matière. Dès son entrée en vigueur, il a été la cible de nombreuses critiques, en raison de son amoralité et de l'inversion de certains principes généraux du droit auquel il conduit. Cependant, l'efficacité sans équivalent de cette mesure a été brandie par les autorités de concurrence pour justifier son emploi. C'est sur cette efficacité des programmes de clémence que va porter notre réflexion. Nous allons déterminer si cette efficacité se joue à moyen long terme, comme à court terme et s'il n'existe pas un risque d'instrumentalisation par les entreprises. Notre réflexion consistera à relativiser l'efficacité tant vantée de cette mesure anti-cartel.

The European Union introduced its first leniency notice in 1996, drawing its inspiration from the American leniency notice. As soon as it was implemented, the leniency notice became the target of various criticisms, because of its lack of morality and its non compliance with general law principles. However, the efficiency of this device was branded by competition authorities, so as to justify its implementation. Our thesis will focus on the so-called efficiency of leniency notice and whether it is short term efficiency or long term, and whether the efficiency of the program might not be jeopardized by the firms' incentives. Our study will focus on putting into perspective the so-called leniency notice's efficiency.

Mots-clés: programme de clémence communautaire; efficacité; instrumentalisation

Key words: European leniency notice; efficiency; limits

*“La clémence des princes n’est souvent qu’une politique
pour gagner l’affection des peuples.”*
Maximes, Duc François de La Rochefoucauld

INTRODUCTION

Les programmes de clémence sont un des derniers outils en date utilisés par les autorités de concurrence pour lutter contre les ententes. La lutte contre les ententes injustifiables s'inscrit dans le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne depuis les origines et dans les objectifs visés par la formation de la Communauté économique européenne. Le Traité instituant la Communauté Européenne à son article 3¹ dispose « *Aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité: [...]g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ». L'article 81 du TCE² consacre la prohibition des ententes anticoncurrentielles à son alinéa 1 « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ».

Cette prohibition des ententes se justifie pour des raisons d'efficacité économique, mais aussi d'équité à l'égard des consommateurs. En effet, les ententes sont à l'origine d'une perte de bien être qui pénalise en partie les consommateurs qui supportent un prix non concurrentiel. La constitution d'ententes est souvent durable et donc nuisible à long terme, car elle entraîne la création de structures industrielles artificielles non rentables et instables, fait diminuer les gains de productivité ou le

¹ Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne

² *ibid*

niveau des améliorations technologiques, impose durablement des prix plus élevés et suscite une perte de compétitivité qui menace des possibilités d'emplois durables.

La politique de lutte contre les cartels est une priorité pour la Commission depuis les débuts de la Communauté, mais notamment depuis plus d'une décennie, car elle s'inscrit dans le cadre de la relance de la stratégie de Lisbonne qui vise à favoriser à l'horizon 2010 la croissance et l'emploi et à faire de l'Europe l'économie la plus compétitive et la plus dynamique du monde. Cependant, la lutte contre les cartels est difficile, car ils reposent sur la culture du secret et sont très habilement dissimulés par les entreprises qui y participent. De plus, les coûts sont importants pour une entreprise qui souhaite se défaire d'un cartel et la peur des représailles sur le marché joue un rôle très important. La DG Concurrence de la Commission européenne a cherché de nombreux procédés pour dissuader plus efficacement la création des cartels et sanctionner les cartels existants. D'une part, sa politique a consisté à augmenter considérablement le montant des amendes³ et le règlement n°1/2003 entré en vigueur en mai 2004, lui a attribué des pouvoirs d'enquêtes plus efficaces. L'introduction du premier programme de clémence en 1996, s'inspirant du modèle américain existant depuis 1978, va dans le sens d'un renforcement de la lutte contre les ententes. Le premier programme de clémence a été élaboré dans la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes⁴ du 18 juillet 1996.

La communication de 1996 constitue une véritable rupture avec la politique

³ De 2000 à 2005, la Commission a adopté un total de 39 décisions de sanction, imposant 4,5 milliards d'euros d'amende, alors que de 1969 à 1999, elle a adopté 38 décisions, imposant un total de 1,1 milliard d'euros d'amendes. Ainsi, le montant de l'amende a plus que quadruplé.

⁴ JOCE n° C 207 du 18/07/1996 p. 4-6

antérieure de lutte contre les ententes, car avant celle-ci la recherche des ententes secrètes incombait à la Commission qui devait avoir recours aux moyens d'investigation prévus par le règlement n°17/62. L'article 15⁵ du règlement n°17/62 disposait certes que la Commission devait tenir compte du degré de coopération des entreprises au cours de l'enquête pour déterminer le montant de l'amende qui leur serait infligé. Cependant, la communication de 1996 change vraiment la donne en attribuant un rôle aux entreprises dans la détection des ententes secrètes. Elle énonce au point 2 l'introduction de la nouvelle mesure « *La Commission est consciente du fait que certaines entreprises participant à des ententes pourraient souhaiter mettre fin à leur participation et l'informer de l'existence de l'entente, mais qu'elles en sont dissuadées par les amendes élevées qu'elles risquent de se voir infligées* ». Elle dispose à son point 3, « *la Commission a décidé d'adopter la présente communication, qui définit les conditions dans lesquelles les entreprises coopérant avec la Commission au cours de son enquête sur une entente pourront être exemptées d'amende ou bénéficier d'une réduction de l'amende qu'elles auraient autrement dû acquitter* ». En mai 2004, le règlement n°1/2003 a remplacé le règlement n°17/62, mais tout en augmentant les pouvoirs d'enquête de la Commission, il ne consacre aucune disposition aux programmes de clémence. Le premier programme de clémence ainsi instauré en 1996 a été modifié à deux

⁵ 1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant de cent à cinq mille unités de compte lorsque, de propos délibéré ou par négligence: a) elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 2 ou d'une notification en application des articles 4 et 5, b) elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 11, paragraphe 3 ou 5, ou de l'article 12, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 11, paragraphe 5, ou c) elles présentent de façon incomplète, lors des vérifications effectuées au titre de l'article 13 ou de l'article 14, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 3.

reprises par deux autres communications, une en 2002 et une en 2006⁶ qui cherchent à renforcer l'efficacité du système notamment à travers une plus grande transparence des critères applicables.

⁶ JOCE n° C 045 du 19/02/2002 p.3-5 et JOCE n°C 298 du 08/12/2006 p.17-22

Dans les communications, le terme de « *programme de clémence* » n'est jamais employé sauf dans la dernière de 2006 au point 6⁹. Ce terme est par contre régulièrement employé dans la terminologie de la Commission, dans ses décisions ou sur son site. Le terme français « *programme de clémence* » est à peu près la traduction du terme « *leniency notice* » (avis de clémence, d'indulgence), employé par la Commission. Pour certains auteurs, le terme de « *clémence*¹⁰ » qui a été choisi « [camoufle] *sous une terminologie aimable* »¹¹ une récompense à la délation. L'introduction de cette mesure a effectivement soulevé un vif débat au sein de la doctrine et n'a pas reçu l'unanimité. La Commission européenne, comme nous le verrons plus tard rejette les critiques en disant que c'est le maintien du silence sur les ententes qui est le plus critiquable et met en avant l'efficacité sans précédent de cette mesure par rapport aux autres mesures préexistantes. La Commission formule implicitement une réponse aux critiques au point 4 de la communication de 1996, qu'elle reprendra presque mot pour mot à chaque communication, « *la Commission estime qu'il est de l'intérêt de la Communauté de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec elles dans les conditions précisées ci-dessous. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir ces pratiques révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises, qui, en coopérant avec la Commission, lui permettent de découvrir et sanctionner une entente et qui l'aident dans cette tâche* ».

⁹ « Outre qu'elles peuvent lui remettre des documents préexistants, les entreprises peuvent spontanément faire une soumission à la Commission de ce qu'elles savent d'une entente, ainsi que de leur rôle dans cette entente, soumission qui est spécialement destinée à être faite dans le cadre de ce **programme de clémence**. »

¹⁰ Petit Robert : « vertu qui consiste de la part de qui dispose d'une autorité, à pardonner les offenses et à adoucir les châtements »

¹¹ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, Bruxelles, Bruylant, Série Concurrence, 2005, p.13

Ainsi de cette façon, la Commission fait fi de toutes les objections que lui oppose la doctrine, alors que la procédure de clémence non seulement inverse un certain nombre de principes généraux du droit, mais aussi l'acte communautaire en vertu duquel elle a été instituée pose problème et semble ne découler d'aucune disposition réglementaire.

Comme M. Dominique Voillemot l'exprime¹², « *on peut se demander si cette efficacité s'inscrit dans le parfait respect des droits fondamentaux* ». En effet, les réserves d'une partie de la doctrine s'expliquent par l'inversion des rôles que suscite l'introduction d'un programme de clémence. L'entreprise dénonciatrice devient à la fois témoin et auteur de l'infraction, alors que le rôle de celle-ci n'est pas de devenir un auxiliaire des autorités de concurrence. Cette procédure viole en effet plusieurs principes généraux du droit, issus des traditions juridiques communes des différents Etats membres.

L'adage *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) est un principe général du droit reconnu dans la plupart des systèmes juridiques développés et dans le système juridique communautaire. Dans les conclusions de l'arrêt de la CJCE de 1973, *Commission contre Italie*¹³, de l'avocat général Cosmas, en est donnée la définition suivante, « *une partie ne peut pas agir devant une juridiction ou une autre autorité en se fondant sur ses propres actions illégales pour revendiquer l'effacement ou la réparation des conséquences néfastes que celles-ci ont pu avoir pour elles* ». Par conséquent, une acceptation stricte du principe devrait conduire à l'impossibilité pour la Commission d'établir une communication institutionnalisant un procédé contraire aux principes généraux du droit communautaire. Cependant, la CJCE,

¹² Ibid, p. 95

¹³ CJCE, *Commission contre Italie*, 7 février 1973, C-39/72

dans l'arrêt du 20 septembre 2001, *Courage Ltd et Bernard Crehan*¹⁴, a jugé que « tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81§1 du traité, même lorsqu'il est partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». Ainsi il n'a pas été fait obstacle aux programmes de clémence à travers ce principe général du droit.

D'autre part, les programmes de clémence représenteraient une menace par rapport au respect des principes du droit de la défense, et plus particulièrement en ce qu'ils pourraient menacer la protection du droit au silence ou le principe de non auto incrimination, pourtant énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte international sur les droits civils et politiques¹⁵. La CJCE a sur ce point une jurisprudence variable. Dans l'arrêt *Orkem c. Commission* du 18 octobre 1989¹⁶, celle-ci a jugé que la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve. Or, la jurisprudence *Metsa-Serla Sales c. Commission* du 16 novembre 2000 vient contrecarrer la jurisprudence précédente. La Cour considère qu'à partir du moment où les entreprises qui ne sollicitent pas la clémence ne se voient pas infliger une amende plus élevée que celle que la Commission peut normalement leur infliger, il n'y a pas d'incitation à l'auto incrimination.

Enfin, on pourrait considérer comme M. Dominique Voillemot¹⁷ que le principe de l'égalité de traitement, principe général du droit communautaire, est violé dans le fait d'accorder une immunité d'amende à une seule entreprise, qui se trouve favorisée par rapport aux autres, alors qu'elle a au même titre que les autres violé

¹⁴ Aff. C-453/99

¹⁵ Art. 14-3-g

¹⁶ Aff. 374/87

¹⁷ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p. 100

l'article 81§1 du TCE. La violation de ce principe a été invoquée dans l'arrêt de 2001, *Krupp Thyssen contre Commission*¹⁸, à propos des réductions d'amendes différentes accordées à des entreprises qui avaient pourtant toutes apporté leur collaboration à la Commission pendant la procédure. Cependant le TPI et la CJCE ont rejeté cet argument.

Dés lors, à plusieurs égards, la procédure de clémence viole des principes généraux du droit reconnus dans les systèmes juridiques des différents Etats membres, mais aussi en principe par le droit communautaire lui-même. Cependant, la Cour n'est pas intervenue et il faut rappeler que la procédure de clémence a lieu devant la Commission, qui va émettre un avis de clémence, puis une décision contre laquelle les parties pourront faire un recours devant le TPI. Ainsi, la procédure de clémence se déroule en grande partie en marge de la Cour de justice de l'Union européenne.

Une autre question, relative à la légalité de l'acte communautaire pris pour instituer les programmes de clémence, pose problème. En effet, une communication est un acte particulier, sans force obligatoire, de portée générale et qui est normalement utilisé pour préciser la doctrine que la Commission entend suivre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le juge communautaire admet la légalité de ces actes, sous réserve qu'ils ne dérogent pas aux actes qui leur sont juridiquement supérieurs. Or comme nous l'avons précisé plus tôt, les communications auraient dû être prises en vertu du règlement n°17/62, puis du règlement n°1/2003 qui lui a succédé, relatifs à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Il faut donc s'interroger sur la compatibilité des communications avec le règlement n°17/62, puis le règlement n°1/2003. Comme nous l'avons précédemment souligné, l'article 15 du règlement

¹⁸ TPI, *Krupp Thyssen c. Commission*, 13 décembre 2001, aff. Jointes T-45/98 et T-47/98

n°17/62 qui permet à la Commission de prendre en compte le degré de coopération des entreprises au cours de l'enquête pour déterminer le montant de l'amende, ne l'autorise pas pour autant à exonérer totalement les entreprises coupables.

De la même manière, l'article 23 du règlement n°1/2003 qui donne à la Commission le pouvoir de moduler le montant des amendes, ne lui donne pas pour autant celui d'accorder des immunités d'amendes. Ainsi, M. Dominique Voillemot considère que la Commission dépasse le champ de sa compétence en introduisant une disposition non prévue par les règlements successifs, il affirme qu'« *une modification aussi substantielle aurait du intervenir par un acte normatif équivalent*¹⁹ ». Il conteste le fait qu'à travers le point 29 de la communication du 19 février 2002, « *La Commission est consciente du fait que la présente communication crée des attentes légitimes sur lesquelles se fonderont les entreprises souhaitant l'informer de l'existence d'une entente* ». La Commission crée vis-à-vis des entreprises des attentes légitimes d'exonération d'amende, alors qu'aucune disposition réglementaire ne lui en accorde le pouvoir.

Par conséquent, la procédure par laquelle la Commission européenne a adopté et développé les programmes de clémence est contestable et cette procédure quelque peu détournée pour institutionnaliser les programmes de clémence reflète sans doute le manque de consensus des Etats membres sur l'introduction de cette mesure, qui a peut-être rendu difficile son insertion dans les règlements précités.

Malgré ces nombreuses critiques, la plupart des Etats membres de l'Union européenne ont mis en place un système formel de clémence. Ce fut le cas de la France notamment en 2001 avec la loi n°2001-420 du 5 mai 2001 relative aux

¹⁹ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p. 12

nouvelles réglementations économiques. Comme l'avance M. Dominique Brault²⁰, « l'adoption de ces dispositions par la France, à contre-courant de sa culture juridique, illustre l'inéluctable contagion, dans une économie globalisée, d'un système de clémence qui s'avère être un redoutable facteur d'efficacité, dans la détection et la répression de certains types d'ententes ». Ainsi, l'argument de l'efficacité des programmes de clémence semble avoir chassé les réserves et les critiques et expliquerait la diffusion de ce procédé au sein de l'Union européenne, mais également dans le monde entier.

Les résultats en effet sont parlants, car entre 1969 et 1996 la Commission n'a adopté en moyenne que 2,7 décisions par an pour les violations de l'article 81 du traité CE, alors qu'entre 2001 et 2007, elle a adopté 7 à 8 décisions par an en moyenne²¹. Les demandes de clémence entre le 14 février 2002 (date d'adoption de la deuxième communication) et décembre 2005 ont atteint le nombre de 167 demandes dont 87 d'immunité, soit plus du double de la période allant de 1996 (adoption de la première communication) à février 2002. Dès lors, les demandes sont de plus en plus nombreuses, de même que la sanction des infractions à l'article 81§1.

Cependant l'efficacité statistique n'est pas tout et on est en droit de se demander si cet attrait croissant des entreprises pour le programme de clémence communautaire n'est pas motivé par l'intérêt particulier de l'entreprise, qui souhaite sortir à peu de frais du cartel, sans que cela ait pour effet de lui inculquer une culture de libre concurrence. M. Dominique Brault²² considère en effet que « en transposant le

²⁰ Dominique, Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, L.G.D.J., 2004, p.676

²¹ Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence », in F.Brunet et G.Canivet, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, p.403

²² Dominique, Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, ouvrage cité, p.696

modèle américain de clémence dans un contexte européen qui ne comporte pas ces caractéristiques, on a certes facilité la tâche aux autorités gardiennes de la concurrence, mais on a créé les conditions d'une certaine irresponsabilité : contrairement aux entreprises américaines qui assument tout de même les principales conséquences de leurs actes, les entreprises européennes peuvent espérer en trahissant leurs propres engagements, non pas d'éviter d'être sanctionnées deux fois pour les mêmes faits, mais de ne l'être pas du tout ». Selon cet auteur, les programmes de clémence seraient trop avantageux pour les entreprises et les déresponsabiliseraient, en levant toutes les sanctions qui devraient s'appliquer à une violation de la libre concurrence. Cet auteur soulève donc la question de savoir si le programme de clémence communautaire est trop à l'avantage des entreprises et si ses résultats brillants ne sont pas un miroir aux alouettes qui ne permet pas en réalité de dissuader la formation des ententes à long terme.

Dès lors, il nous faudra nous interroger sur l'efficacité réelle du programme de clémence communautaire. Le terme « efficacité » peut être défini comme la « *capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'efforts, de dépense*²³ », il y a donc une notion de coût à prendre en compte. Il ne fait aucun doute que la politique de clémence communautaire permet la découverte de nombreux cartels ignorés des services de la Commission et que cette découverte se fait à moindre frais pour elle. Cependant, par le terme « efficace », on peut aussi entendre « *ce qui produit l'effet qu'on en attend*²⁴ », or c'est cet aspect qui nous paraît le plus intéressant et qui consiste à examiner si la dénonciation d'un cartel

²³ Petit Robert, édition de 2002

²⁴ *ibid*

pour une entreprise ne revient pas toujours à maximiser son profit, au mépris des règles de concurrence.

Il faut également rappeler que le programme de clémence communautaire ne reflète pas la majorité des cas de cartels démantelés, car il n'est mis en œuvre que lorsque plus de trois Etats membres sont concernés, il faut en effet que le cartel ait un réel intérêt communautaire. Par conséquent, la majorité des programmes de clémence sont octroyés par les autorités nationales de concurrence. Cependant, le programme de clémence communautaire offre tout de même de beaux exemples de cartels à dimension parfois internationale et il a largement inspiré les programmes de clémence nationaux.

Notre réflexion consistera donc à déterminer si le programme de clémence communautaire est véritablement l'outil le plus efficace pour déstabiliser les cartels existants et dissuader leur formation à moyen long terme, ou s'il ne constitue pas plutôt pour les entreprises un choix stratégique dans leur intérêt, sans rapport avec l'acceptation d'une culture de libre concurrence des marchés.

Pour procéder à cette évaluation, il nous faudra chercher pourquoi et comment les différents programmes de clémence successifs sont devenus de plus en plus attractifs pour les entreprises. Nous montrerons que cela résulte d'un rapprochement avec l'analyse économique, au mépris de certaines retenues juridiques (I).

Il nous faudra ensuite resituer la demande de clémence de l'entreprise qui ne consiste pas seulement à éviter l'amende, mais s'inscrit dans une perspective stratégique plus globale. Nous examinerons à cet effet les différentes motivations des entreprises et déterminerons si elles n'instrumentalisent pas la mesure (II).

Il nous restera à montrer en quoi les programmes de clémence restent des palliatifs à d'autres mesures de lutte contre les cartels et voient leur efficacité menacée par des éléments exogènes qui devront être pris en compte pour les réformer (III).

Chapitre 1. Une efficacité accrue recherchée à travers les programmes de clémence successifs

Dans la théorie économique, la politique de clémence est efficace à deux titres. Tout d'abord, elle permet de réduire les coûts de l'action administrative, c'est en effet aux entreprises de fournir les informations dont la recherche incombe normalement aux autorités de concurrence. Comme le dit M. Emmanuel Combe²⁵, la mise en place d'une politique de clémence permet « *une diminution du coût marginal* » d'une investigation antitrust, c'est-à-dire que le coût d'une investigation supplémentaire diminue. D'autre part, une politique de clémence est réputée efficace, puisqu'elle vise à exploiter la principale faille des ententes, à savoir leur instabilité structurelle. En organisant un cartel, plusieurs firmes concurrentes tentent de se comporter comme une seule, c'est-à-dire de maximiser les profits joints et d'approcher collectivement un prix et un profit de monopole, qui sont nécessairement plus élevés qu'un prix et un profit en situation concurrentielle ou oligopolistique (petit nombre d'acteurs sur un marché). Cependant, la maximisation du profit commun correspond à des décisions en termes de prix ou de quantité qui ne sont jamais individuellement optimales, c'est-à-dire qui ne permettent pas à l'entreprise de maximiser son profit individuel. Dès lors, chaque entreprise a intérêt à réaliser une légère déviation en augmentant un peu la quantité de cartel ou en diminuant un peu le prix de cartel quand toutes les entreprises jouent la quantité ou le prix de cartel. Par conséquent, l'entreprise profite au mieux de la situation et peut obtenir plus que le profit de cartel. Or si la déviation est constatée, l'entreprise peut

²⁵ Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p.56

être punie par le cartel qui peut par exemple exercer une guerre des prix contre le concurrent en question. Ces représailles qui généralement se matérialisent en une variation brutale des prix ou des quantités sur le marché sont observables par les clients ou les autorités de concurrence et favorisent la détection du cartel. Ainsi, les représailles entraînant une probabilité plus forte de détection peuvent constituer un frein à la sortie du cartel.

Une politique de clémence permet alors une sortie à moindre frais d'un cartel pour une entreprise (avec une réduction d'amende, voire une immunité) et de ce fait accroît l'instabilité structurelle des cartels.

Cependant, le contenu de la politique de clémence et les conditions selon lesquelles elle est attribuée peuvent faire largement varier son efficacité. L'analyse économique en effet est partagée sur l'efficacité des programmes de clémence et considère qu'il faut que le programme remplisse de nombreuses conditions pour être véritablement efficace.

L'économiste M. Giancarlo Spagnolo²⁶ considère que les programmes « *modérés* » de clémence, qui offriraient une faible réduction de la sanction n'auraient aucun effet sur la détection des cartels, car le gain pour le dénonciateur (par la réduction d'amende) serait insuffisant par rapport au gain résultant du maintien de l'entente. Le dénonciateur n'aurait donc aucun intérêt à dénoncer une entente qui lui rapporte plus que le gain d'une réduction d'amende. L'économiste prône donc une « *politique courageuse* », préconisant l'immunité d'amende et qui permettrait de dissuader véritablement la formation des cartels.

²⁶ Giancarlo, Spagnolo, "Optimal leniency programs", Working Paper, Stockholm School of Economics and L.E.A.R (Rome), May 13, 2000

Les économistes M. Massimo Motta et Michele Polo²⁷ considèrent quant à eux que le programme de clémence ne doit pas se limiter aux cartels qui n'ont pas fait l'objet d'une enquête de la part des autorités de concurrence. En effet, la probabilité de détection augmentant pour les membres d'un cartel lorsque ceux-ci font l'objet d'inspections, ces derniers sont beaucoup plus incités à faire une demande de clémence.

L'OCDE²⁸ plaide pour une politique de clémence où « *certitude, clarté et priorité sont essentielles, les entreprises étant vraisemblablement plus incitées à se manifester, si elles sont certaines des conditions appliquées et des avantages probables* ». Une autre condition est ajoutée, « *il importe non seulement que la première entreprise qui avoue bénéficie du meilleur traitement, mais aussi que les conditions de ce traitement soient aussi claires que possible* ».

M. Emmanuel Combe²⁹ ajoute que la confidentialité est aussi un critère d'efficacité, elle permet de laisser planer un doute parmi les membres du cartel sur le point de savoir si l'un d'eux a dénoncé et quand il l'a fait.

Les programmes de clémence communautaire successifs témoignent d'une recherche croissante d'efficacité. Celle-ci transparaît dans le point 3 de la communication de 1996 qui prévoit une modification possible du programme à court terme, et par là même démontre son caractère empirique, malléable pour réaliser une plus grande efficacité, « *la Commission examinera s'il y a lieu d'apporter des modifications à la présente communication dès qu'une expérience suffisante aura été acquise dans son application* ». La communication de 2002, au point 5, reprend cette idée en justifiant le sens de sa nouvelle orientation,

²⁷ Massimo, Motta et Michele, Polo, "Leniency programs and cartel prosecution", International Journal of Industrial organization, n°21,2003

²⁸ OCDE, *Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables*, septembre 2001

²⁹ Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, ouvrage cité, p.58

« l'expérience a montré que si les réductions du montant de ces amendes étaient octroyées dans des conditions de transparence et de certitude accrues, l'efficacité de cette communication s'en trouverait renforcée ». Enfin, le point 6 de la communication de 2006 affirme une nouvelle fois la recherche d'efficacité, en renforçant cette fois la confidentialité du programme touchant à la communication des pièces pour les procédures civiles (*« ces initiatives se sont avérées utiles en ce qu'elles ont permis de mener des enquêtes efficaces et de mettre fin à des violations des règles de concurrence et elles ne devraient pas être découragées par des décisions ordonnant la communication des pièces dans des procédures civiles »*).

Cette recherche d'efficacité, comme nous allons le voir, s'est effectuée par un rapprochement des mesures du programme avec les mesures prônées par l'analyse économique. Le but est de rendre les conditions pour obtenir la clémence de plus en plus attractives aux yeux des entreprises. Les réformes se sont également inspirées du programme de clémence américain refondu en 1993 et qui accorde une immunité automatique et totale pour la première entreprise dénonciatrice, que ce soit avant ou après enquête. Cette recherche de mesures toujours plus attractives a fait ses preuves en termes de résultats, avec une augmentation significative (qui a au moins doublé entre le premier et le second programme) des demandes de clémence par an et une augmentation des demandes avant enquête. Cette efficacité croissante de la politique de clémence s'est articulée autour de trois axes, la fabrication d'une immunité automatique et totale garantie pour la première entreprise (section 1), l'organisation d'une course à la clémence à travers l'échelonnement des réductions d'amendes (section 2) et l'amélioration de la transparence et de la confidentialité de la procédure, propres à produire un effet incitatif sur les entreprises (section 3).

Sect. 1 : La fabrication d'une immunité automatique et totale garantie pour la première entreprise

L'analyse économique prône en général une politique de clémence « courageuse » pour que les entreprises soient vraiment incitées à sortir du cartel. Pour l'économiste Giancarlo Spagnolo³⁰, le programme de clémence optimal serait celui qui consiste à verser au dénonciateur une récompense égale à l'intégralité des amendes que devront payer les autres coupables. Selon lui, une telle politique conduirait à dissuader la formation de tous les cartels à coût administratif nul. Bien entendu, l'amoralité de la mesure saute aux yeux et jamais une telle politique de clémence n'a été mise en œuvre. Par contre, la mesure la plus efficace après la récompense est l'immunité totale d'amende, qui d'un point de vue moral, n'est pas non plus sans poser problème, puisque le coupable d'infraction n'est même pas sanctionné. C'est peut être cette raison qui a au départ retenu la Commission d'élaborer un système d'immunité automatique dans la première communication. Cependant, les deux communications suivantes ont changé d'orientation et se sont attelées à définir un système d'immunité totale et automatique pour la première entreprise se présentant devant les autorités de concurrence et remplissant toutes les conditions nécessaires.

I) Des conditions trop incertaines pour obtenir l'immunité dans la communication de 1996 :

³⁰ Giancarlo, Spagnolo, « Optimal Leniency Programs », article cité

Dans le programme de clémence de 1996, le bénéfice pour l'entreprise de l'immunité d'amende est rendu très incertain, du fait d'un manque de transparence des conditions. Ce manque de clarté résulte déjà par la non dissociation au point B de la « *non imposition d'amende* » et de la « *réduction très importante de son montant* ». Les deux éléments sont non seulement mêlés dans la présentation du programme, mais aussi les conditions spécifiques à l'immunité ne sont pas précisées (A). Ce manque de clarté des conditions générales à l'immunité et à la réduction très importante de l'amende est renforcé par une ambiguïté tenant au cumul des critères de dénonciateur de l'entente et de premier fournisseur d'informations (B).

A. Des conditions spécifiques à l'immunité d'amende non précisées :

Le point B de la communication fixe cinq conditions cumulatives assez strictes pour bénéficier de l'immunité ou de la réduction importante du montant de l'amende. Selon le point a), il faut que la dénonciation de l'entente ait lieu avant enquête, donc le cas d'une dénonciation non spontanée est exclu. Il ressort de ce choix que la Commission vise à exclure un certain opportunisme des entreprises qui feraient une demande de clémence, lorsque la probabilité de détection serait maximale. Selon le point b), l'entreprise doit être la première à fournir des « *éléments déterminants* » pour prouver l'existence de l'entente. Le point c) précise que l'entreprise a également mis fin à sa participation à l'activité illicite au plus tard au moment où elle dénonce l'entente. Ce point est traditionnel et sera conservé dans les communications suivantes. Le point d) insiste sur la coopération « *permanente et totale* » tout au long de l'enquête que doit maintenir l'entreprise avec la

Commission. Le point e) est plus exigeant et dispose que l'entreprise ne doit avoir ni contraint une autre entreprise à participer à l'entente, ni eu un rôle d'initiation, ou un rôle « *déterminant dans l'activité illicite* ». Cette dernière condition est assez restrictive et cherche peut-être d'un point de vue moral, à réserver l'immunité à une entreprise qui n'a pas joué un rôle important dans le cartel et qui dès lors n'a pas cherché directement à violer les règles de concurrence. L'immunité serait par conséquent réservée à un très petit nombre d'entreprises. Cependant, cette condition sera levée dans les communications suivantes pour ne retenir que le cas de contrainte exercée sur une autre entreprise, cas peu fréquent et laissant par conséquent la possibilité de l'immunité à un plus grand nombre d'entreprises.

Ces cinq conditions, dont certaines sont assez strictes, fixent le cadre dans lequel peut être effectuée une « *réduction d'au moins 75% [...] réduction pouvant aller jusqu'à la non imposition totale d'amende* »³¹. Cependant aucun critère n'est donné concernant la non imposition d'amende en particulier, les conditions dans lesquelles elle peut s'obtenir ne sont pas précisées. Ce silence conduit à créer une incertitude assez forte pour les entreprises qui ont trop peu de garanties par rapport à l'immunité et se voient par conséquent fort peu incitées à la demander. En effet, comme le précise M. Emmanuel Combe³², sur la base de la première communication (c'est-à-dire toutes les ententes dénoncées avant le 19 février 2002), l'immunité d'amende a seulement été accordée trois fois, dans l'affaire *Rhône-Poulenc* du 21 novembre 2001 (affaire dite du *cartel des vitamines*), *Brasserie du Luxembourg* du 5 décembre 2001 et *Papier autocopiant*, du 20 décembre 2001. Ainsi, une des faiblesses de la première communication repose sur l'absence d'une élaboration claire de l'accès à l'immunité, qui a pour effet d'inciter peu les

³¹ Cf. fin point B de la communication de 1996

³² Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, ouvrage précité, p.59

entreprises à formuler une demande au titre du point B. Les chiffres sont encore parlants à cet égard, car selon M. Alain Winckler³³, dans plus de 60% des affaires relevant de la première communication, les demandes de clémence ont été introduites après ouverture de l'enquête, au titre du point C de la communication. Par conséquent, sous l'empire de la première communication, la majorité des entreprises préférerait ne pas faire une demande de clémence avant enquête, malgré l'existence d'une immunité d'amende.

Les conditions du titre B sont également ambiguës en ce qu'elles instaurent un cumul de critères qui peut-être confus, soit d'être à la fois le premier dénonciateur de l'entente et le premier fournisseur d'informations.

B. L'ambiguïté tenant au cumul des critères de dénonciateur de l'entente et de premier fournisseur d'informations :

Il s'agit des deux premières conditions a) et b) (précitées), dont le cumul peut être à l'origine d'une certaine incertitude pour les entreprises. En effet, une entreprise peut être la première dénonciatrice d'une entente (condition a), sans pour autant parvenir à apporter des « *éléments déterminants* » pour prouver l'existence de l'entente (condition b). Cette incertitude tenant à la difficulté de garantir ce double critère est un facteur désincitatif pour les entreprises et a donné lieu à litige. Comme le rapporte M. Dominique Voillemot³⁴, dans l'affaire *Gluconate de sodium* de 2001, la société Fujisawa se prévalait d'avoir dénoncé en premier à la Commission l'entente, alors que la société Roquette faisait valoir quant à elle qu'elle était la « *première* » à avoir fourni des éléments déterminants et que ces

³³ Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence » in *Le nouveau droit de la concurrence*, article cité, p.410

³⁴ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p.25

éléments avaient une valeur supérieure à la dénonciation. Dans la décision de la Commission, Fujisawa a obtenu une réduction « *très importante* » de 80% du montant de l'amende (car sa collaboration n'était pas « *spontanée* » et était seulement intervenue après la réception d'une demande de renseignements) et Roquette n'a obtenu qu'une réduction « *significative* » de l'amende (de 40%). En l'espèce, la Commission semble avoir privilégié la chronologie des événements, Fujisawa ayant sollicité la Commission après une première demande de renseignements et Roquette seulement après une deuxième demande. Cependant, on voit bien que le cumul des deux critères a entraîné une mésinterprétation par les entreprises de la réduction d'amende dont elles pouvaient bénéficier.

La communication de 2002 a remédié à cette ambiguïté, en supprimant le critère de premier dénonciateur et en le remplaçant par un critère unique, celui de premier fournisseur d'éléments de preuve.

Par conséquent, l'obtention de l'immunité se révèle être une source d'incertitude trop grande pour les entreprises dans la communication de 1996. La communication de 2002 va être l'occasion pour construire un système d'immunité totale avec des conditions plus claires.

II) L'élaboration d'un système d'immunité totale, même après enquête :

La Communication de 2002 se nourrit d'un rapprochement avec l'analyse économique, notamment celle qui prône l'obtention de l'immunité après enquête³⁵, mais aussi s'inspire du second programme de clémence américain, datant de 1993. L'ancien commissaire à la concurrence, Mario Monti, a reconnu que la Commission

³⁵ Massimo, Motta et Michele, Polo, « Leniency programs and cartel prosecution », article cité

avait « *étudié avec beaucoup d'attention le succès du programme de clémence américain de 1993. La possibilité de bénéficier d'une immunité, le renforcement de la transparence et de la sécurité au sein de notre avant-projet suivent les principaux principes du Programme américain* »³⁶.

La structure de la communication de 2002 d'ores et déjà diffère de la précédente, en dissociant « *l'immunité d'amendes* » (point A de la communication) de la « *réduction du montant de l'amende* » (point B). De prime abord, on observe des conditions à l'immunité clairement énoncées (A) et plus attractives (B).

A. Des conditions à l'immunité clairement énoncées :

Celles-ci sont divisées en deux points, 8a) et 8b), conditions alternatives pour obtenir l'immunité. Le point 8a) conditionne l'octroi de l'immunité au fait que l'entreprise soit « *la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, sont de nature à lui permettre d'adopter une décision ordonnant des vérifications* ». Le point 9 précise que dans ce cas, il faut que la Commission ne dispose pas, au moment de la communication des éléments de preuve, d'éléments suffisants pour adopter une décision ordonnant des vérifications. Le point 8b) prévoit quant à lui l'obtention de l'immunité, lorsque l'entreprise fournit des éléments de preuve de nature à permettre à la Commission de constater une infraction à l'article 81 CE en rapport avec l'entente présumée, mais à la condition qu'aucune entreprise n'ait déjà obtenu l'immunité d'amende en vertu du point 8a). Par conséquent, la Commission rend possible l'immunité après ouverture d'une enquête, qui n'a pas permis d'établir une infraction à l'article 81. Cependant, la

³⁶ Mario, Monti, « Antitrust in the US and in Europe : a History of Convergence », Address to the General Counsel Roundtable of the ABA, Washington D.C, 14 nov. 2001

préférence reste donnée à l'immunité au point 8a), la dénonciation avant enquête. Cette préférence, qui peut s'expliquer pour des raisons d'ordre moral, en termes pratiques n'est pas la plus efficace, car l'apport de l'entreprise au point 8a) consiste à permettre la mise en œuvre d'une vérification, qui pourrait ne pas déboucher sur la constatation d'une infraction. Dès lors, l'apport de l'entreprise au point 8a) est généralement moindre que celle de l'entreprise au point 8b).

L'énoncé de conditions claires à l'immunité est complété par un certain assouplissement des conditions procédurales qui rendent la demande plus attractive.

B. Une plus grande attractivité des conditions à l'immunité :

Le point 11 c) de la communication ne retient pour l'obtention de l'immunité que la condition de ne pas avoir exercé de contrainte sur d'autres entreprises pour participer à l'entente. Les conditions de rôle d'initiation ou de rôle déterminant dans l'entente sont abandonnées. Par conséquent, une entreprise même à l'origine d'une entente ou y ayant joué un rôle de meneur peut désormais obtenir l'immunité. On prend acte ici du rapprochement avec l'analyse économique et de l'éloignement avec une certaine éthique.

Le point 13 b) dispose que l'entreprise peut présenter ses informations sous forme hypothétique, c'est-à-dire qu'elle peut soumettre une liste descriptive des éléments de preuve qu'elle se propose de divulguer à une date ultérieure convenue. Par ce biais, une entreprise peut au préalable tester la valeur des preuves qu'elle détient par rapport à celles détenues par la Commission. Comme le dit M. Dominique Voillemot³⁷, « *cette disposition voulue par les entreprises, et bien qu'imparfaite, a*

³⁷ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p.36

pour but de les rassurer quant au sort qui leur sera réservé si les preuves dévoilées ne sont pas suffisantes pour conduire à une vérification ou à une sanction. Cela semble également créer une sorte de relation d'égalité entre la Commission et les entreprises puisque celles-ci gardent en quelque sorte entre leurs mains leurs éléments de preuve au cas où la Commission, ne leur reconnaîtrait pas la valeur qu'elles estiment avoir ».

Le point 13 b) est bien entendu complété par la possibilité du retrait des preuves ainsi fournies, prévu au point 17 de la communication. Le retrait des preuves est possible si les conditions visées au point 8 a) et au point 8 b) ne sont pas remplies et l'entreprise peut alors formuler une nouvelle demande de clémence au titre du point B (« réduction du montant de l'amende »). Mais comme le précise le même auteur, « il est évident que la divulgation suivie d'un retrait ne peut que conforter [la Commission] sa décision de lancer une enquête destinée à découvrir et à sanctionner l'entente secrète dont elle connaît désormais l'existence ³⁸».

Enfin, la communication met en place une immunité conditionnelle d'amende aux points 15 et 16. Si les conditions du point 8 a) ou du point 8 b) sont remplies, la Commission accorde par écrit à l'entreprise une immunité d'amende conditionnelle, également dans le cas d'informations présentées sous forme hypothétique. Cette mesure est largement plus rassurante pour les entreprises qui n'ont plus à attendre la fin de la procédure, c'est à dire la décision de la Commission pour connaître leur sort. Dès lors elles sont plus incitées à demander l'immunité.

Pour terminer, il faut souligner que la possibilité d'obtenir l'immunité après enquête, au titre du point 8 b) est également une des mesures les plus attractives du second programme.

³⁸ Ibid , p.37

Les résultats démontrent bien l'attrait croissant de la clémence. Du 14 février 2002 à la fin de l'année 2005, 167 demandes de clémence, dont 87 d'immunité, ont été déposées. A la fin de l'année 2005, 51 décisions d'immunité conditionnelles ont été délivrées, ce qui représente une augmentation exceptionnelle par rapport aux trois cas d'immunités accordées sur la base du premier programme. On observe également un changement de la nature de la demande de clémence, qui montre que la demande après enquête n'a plus la préférence. En effet, sur cette période, et de façon assez surprenante, plus de la moitié des demandes de clémence ont été introduites avant le début de l'enquête³⁹. Dès lors, cela témoigne que le système d'immunité avant enquête s'est montré très attractif pour les entreprises. La plupart des entreprises ont pris le risque de dénoncer l'entente dans laquelle elles se trouvaient, alors que la Commission n'enquêtait vraisemblablement pas déjà sur l'entente et donc que la probabilité de détection n'était pas maximale.

La Communication de 2006 a réussi à apporter des garanties supplémentaires au système d'immunité avec l'introduction du système du « marqueur ».

III) Le système du marqueur, des garanties supplémentaires pour l'octroi de l'immunité :

Le système du marqueur est encore une reprise du programme de clémence américain. Il est développé aux points 14 et 15 de la communication de 2006, et nous allons décrire son fonctionnement (A) et ses effets (B).

A. Fonctionnement :

³⁹ Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence », article cité, point 978, p. 428

La demande de marqueur est une alternative à la demande formelle d'immunité d'amende, mais elle ressemble néanmoins à une demande d'immunité qui se ferait sur la base d'informations limitées (nom et adresse de l'entreprise, participants à l'entente, produit(s) en cause, territoire(s) affecté(s), durée et nature de l'entente). L'accord d'un marqueur selon la communication « *permet de protéger la place d'une entreprise dans l'ordre d'arrivée des demandes, [...] afin de leur permettre de rassembler les renseignements et éléments de preuve nécessaires* ». La Commission accorde ainsi un délai à l'entreprise pour rassembler toutes les informations nécessaires pour déposer une demande formelle d'immunité. La différence avec la demande formelle en termes hypothétiques, c'est qu'en échange d'un numéro d'ordre d'arrivée, l'entreprise doit dans le délai imparti par la Commission fournir les éléments de preuve nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité. Les éléments de preuves seront bien entendu présentés définitivement et non de façon hypothétique. Comme le précise la communication à la fin du point 15, « *si l'entreprise s'exécute dans les délais impartis par les services de la Commission, les renseignements et éléments de preuve seront considérés comme ayant été communiqués à la date d'octroi du marqueur* », c'est-à-dire au même titre qu'une demande formelle d'immunité.

B. Effets :

Le système du marqueur a donc le double avantage de permettre de ralentir la rapidité de la procédure pour répondre à l'exigence d'exhaustivité et de qualité des informations fournies, tout en permettant à l'entreprise de conserver sa place dans l'ordre des demandes. Le point 21 précise effectivement l'organisation temporelle de la procédure, « *la Commission ne prendra pas en considération*

d'autres demandes d'immunité d'amende avant d'avoir statué sur une demande existante se rapportant à la même infraction présumée, que la demande d'immunité soit présentée de manière formelle ou par l'octroi d'un marqueur ».

Cette nouvelle mesure est donc extrêmement attractive, car elle assouplit le risque inhérent à une demande d'immunité, c'est-à-dire qu'elle permet de concilier la rapidité de l'intervention de l'entreprise et la fourniture par elle d'éléments de preuve suffisants. Le système du marqueur présente donc une sécurité juridique très importante pour l'entreprise et donc incite d'autant plus les entreprises à faire une demande d'immunité.

Par conséquent, au fil des trois communications, la Commission est parvenue à instaurer un système d'immunité très sécurisant pour les entreprises et par là même très efficace. Cependant, l'efficacité du système d'immunité dépend aussi du système de réductions d'amende qui doit venir le renforcer, en créant une course à la clémence et en rendant très attractive la situation de la première entreprise qui intervient.

Sect. 2 : L'organisation d'une course à la clémence à travers l'échelonnement des réductions d'amende :

Comme nous l'avons vu précédemment, la communication de 1996 instaure principalement un système de réduction d'amendes, l'immunité restant très rare, difficile et incertaine. Les réductions d'amende sont censées inciter les entreprises à apporter des informations sur une entente, mais comme l'analyse économique le précise, si les réductions ne sont pas suffisamment importantes et moins profitables que ce que rapporte l'entente elles n'auront aucun effet. La Communication de 1996 n'a pas hésité à prévoir une réduction maximale assez importante, soit de 75%.

Cependant, pour que les réductions d'amende soient efficaces, il faut qu'elles soient discriminantes en fonction de l'ordre d'arrivée des entreprises, afin de créer une certaine sélectivité du programme. En effet, dans l'analyse économique, le système de réductions d'amende devrait contribuer à renforcer le dispositif d'immunité, c'est-à-dire à rendre très attractive la situation de la première entreprise et beaucoup moins intéressante celle des « suiveurs ». Cependant, les réductions d'amende pour les suiveurs ne sont tout de même pas dénuées d'utilité, car elles permettent d'obtenir pour l'autorité de concurrence des informations supplémentaires sur l'entente concernée et notamment d'obtenir les éléments de preuve manquants pour établir l'infraction.

La Communication de 1996 a échoué à élaborer un système de réduction d'amendes efficace, en prévoyant un échelonnement trop généreux des réductions (I). Les deux programmes suivants, au contraire, ont réussi à travers un échelonnement plus sévère à rendre le système plus sélectif (II).

I) Des réductions d'amende trop généreuses dans la première communication :

La Communication de 1996 établit trois niveaux distincts de réductions d'amende définis respectivement aux points B, C et D, soit une réduction « *très importante* », « *importante* » ou « *significative* » du montant de l'amende. L'échelonnement se répartit ainsi de trois manières différentes, soit plus de 75%, de 50 à 75%, puis de 10 à 50%. Ce système pêche pour deux raisons, un éventail de réductions d'amende trop large qui a pour effet de rendre le système peu sélectif (A) et une indulgence excessive dans l'attribution du troisième niveau de clémence (B).

A. Un éventail trop large de réductions d'amende qui rend le système peu sélectif :

Les trois niveaux de réductions d'amende sont conditionnés par des critères de participation des entreprises très différents, allant de la dénonciation avant enquête à la simple coopération avec les services de la Commission. Le premier niveau de réduction d'amende (au moins 75%) a lieu seulement si la première entreprise intervient avant enquête et si elle respecte les quatre autres conditions précisées précédemment (cf. Chapitre 1, Sect. 1, I, A). Le deuxième niveau de réduction d'amende (de 50 à 75%) intervient après ouverture d'une enquête, soit « *après que la Commission a procédé à une vérification sur décision auprès des entreprises parties à l'entente, sans que cette vérification ait pu donner une base suffisante pour justifier l'engagement de la procédure en vue de l'adoption d'une décision* ». Le troisième niveau (10 à 50%) vise uniquement à récompenser la coopération des entreprises, par exemple avant la communication des griefs, si l'entreprise fournit à la Commission des « *éléments de preuve qui contribuent à prouver l'existence de l'infraction* » (50%), ou même jusqu'après la communication des griefs, si l'entreprise ne « *conteste pas la matérialité des faits* » (10%).

L'organisation d'un tel système de réduction ne contribue pas à favoriser significativement la première entreprise dans l'ordre d'arrivée. La différence de traitement entre une dénonciation avant et après enquête est peu significative, car une entreprise qui prend le risque d'intervenir avant enquête pourrait bénéficier seulement d'une réduction de 75%, comme une entreprise qui le ferait après enquête et bénéficierait de la réduction maximale du deuxième niveau de réduction d'amende. L'écart insuffisant entre les différents niveaux de réduction rend la

situation du premier dénonciateur insuffisamment avantageuse, par rapport aux suiveurs. Chaque entreprise dans ce système est incitée quelque part à en faire le minimum et pourtant à tout de même bénéficier d'une réduction d'amende pour chaque niveau de collaboration, fut-il minime. Le troisième niveau de réduction est même beaucoup trop indulgent par rapport à la collaboration dont les entreprises font preuve.

B. Une indulgence excessive dans l'attribution du troisième niveau de clémence :

Comme le souligne M. Alain Winckler⁴⁰, le troisième niveau de clémence pose problème, en ce qu'il ne crée pas de « *lien suffisant entre le niveau de réduction de l'amende et la valeur de la contribution de l'entreprise* ». Certaines entreprises qui ont contribué de manière décisive à l'établissement de l'infraction, c'est-à-dire qui « *contribuent à confirmer l'existence de l'infraction commise* », n'obtiennent qu'une réduction de 30 à 50%. On pense notamment dans l'affaire *Gluconate de sodium* (2001), à la société Roquette, qui dans le cadre d'une deuxième demande de renseignement de la Commission a apporté des informations qu'elle jugeait « *déterminantes* » pour prouver l'existence de l'entente. En l'espèce, il s'agissait d'éléments de preuve importants qui conduisaient à confirmer l'existence de l'entente dénoncée par Fujisawa, soit des « *documents relatant le contenu ainsi que les conclusions de nombreuses réunions du cartel que la Commission ne détenait pas et qui paraissaient essentiels pour lui permettre de*

⁴⁰Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence », in *Le nouveau droit de la concurrence communautaire*, article cité, p. 411

*prouver l'existence de l'entente*⁴¹ ». Or il n'a été attribué à Roquette que le troisième niveau de clémence, soit une réduction d'amende de 40%.

Cependant, ce qui paraît le moins justifiable et surtout le moins efficace et qui pour M. Alain Winckler consiste en une « *indulgence excessive* », est que les entreprises peuvent bénéficier d'une réduction automatique de 10 à 20% pour le seul fait de ne pas avoir contesté la matérialité des faits, après avoir reçu la communication des griefs. Cette réduction d'amende octroyée pour une coopération minimale est trop généreuse et contribue à déséquilibrer le système de réductions d'amende. En effet, pour une coopération minimale, est tout de même obtenue une réduction d'amende, alors que pour une coopération plus risquée, avant enquête et avant tous les autres, la réduction d'amende peut paraître insuffisante compte tenu des risques pris par l'entreprise.

Les communications suivantes ont remédié aux faiblesses de la première communication en instaurant un système d'échelonnement plus sévère et par là même plus sélectif et efficace.

II) Un échelonnement des réductions d'amende plus sévère, ayant pour effet d'instaurer une véritable course à la clémence :

La communication de 2002 met en place un système de réductions d'amende plus sévère et plus strict que dans la communication de 1996, et que la communication de 2006 va conserver à son tour. Le système est moins avantageux (A) et il est organisé en fonction de l'ordre d'arrivée des entreprises (B).

⁴¹ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p. 21

A. Des réductions d'amende plus limitées et obéissant à des conditions plus strictes :

Les réductions d'amendes dans le programme de clémence de 2002 vont jusqu'à 50% et non plus 75%. Trois fourchettes de réduction sont possibles, de 30 à 50% pour la première entreprise fournissant des éléments de preuve à valeur ajoutée significative, de 20 à 30% pour la deuxième entreprise fournissant ces mêmes éléments de preuve et une réduction maximale de 20% pour toutes les autres entreprises suivantes fournissant le même type d'informations. La Communication de 2006 reprend ce système, tout en ajoutant des conditions supplémentaires, qui reprennent une partie de celles qui sont nécessaires pour obtenir l'immunité (point 12 a) à c) de la communication de 2006). Synthétiquement, il s'agit de l'obligation de coopération tout au long de la procédure, de l'obligation de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler des preuves de l'entente présumée pendant la durée de la procédure et la période durant laquelle l'entreprise envisage d'adresser une demande de clémence et enfin de la cessation de la participation à l'entente, sauf lorsque la Commission juge nécessaire le maintien de l'entreprise pour obtenir des informations supplémentaires.

On constate que contrairement à la communication de 1996, la réduction d'amende est conditionnée au respect d'un facteur unique, soit de fournir des éléments de preuve ayant une « *valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission*⁴² ». Ce critère unique est plus strict que certains critères retenus pour octroyer une réduction d'amende dans la première communication. On vise notamment la simple coopération de l'entreprise qui

⁴² Communication de 2006, pt 24

consiste à ne pas contester la matérialité des faits après la communication des griefs et qui lui permet pourtant de bénéficier d'une réduction de 10%. Ce critère unique provoque un resserrement dans le temps de la demande de clémence des entreprises, qui si elles veulent obtenir une réduction d'amende doivent toutes satisfaire à ce critère. Cet effet est renforcé, puisque le montant de la réduction d'amende dépend de l'ordre d'arrivée des entreprises.

B. Des réductions d'amende en fonction de l'ordre d'arrivée des entreprises :

La Commission définit le niveau de réduction en fonction de la date à laquelle les éléments de preuve ont été communiqués. Ce système entraîne une véritable « course de vitesse » pour les entreprises, car le niveau de réduction est nettement moins avantageux pour les suiveurs mais aussi, puisque la fourchette de réduction a été resserrée de 75% à 50% (entre la communication de 1996 et celle de 2002).

L'importance de l'ordre d'arrivée est d'autant plus cruciale qu'elle est déterminée en fonction de la première entreprise à demander l'immunité, qui en cas de rejet de sa demande d'immunité par la Commission, se retrouve en première ligne pour obtenir une réduction d'amende. En effet, comme le précise M. Alain Winckler⁴³, *« le problème de l'approche chronologique est illustré de façon flagrante lorsque la première entreprise perd - pour une raison ou une autre - son immunité : cela entraîne en effet un recul de l'ensemble des participants à la clémence dans l'ordre*

⁴³ Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence », in *Le nouveau droit de la concurrence communautaire*, ouvrage cité, p.425

des réductions. Une entreprise peut ainsi « perdre » 20% de réduction (parfois une somme considérable) pour des raisons extérieures à son comportement ».

Par conséquent, le système de réductions d'amende, qui commence seulement à 50% de réduction, vient renforcer le système d'immunité, en rendant la situation de la toute première entreprise bien plus attractive et sécurisante que celle des suiveurs. De plus, l'organisation des réductions d'amende sur une base chronologique renforce le caractère de rapidité de la procédure et incite dans tous les cas les entreprises à intervenir le plus rapidement possible et en fournissant les informations les plus déterminantes.

Ainsi, ce système de réductions d'amende plus sévère renforce l'efficacité de tout le dispositif de clémence, en rendant par contraste la demande d'immunité la solution la plus attractive pour l'entreprise.

Cette augmentation de l'efficacité du programme de clémence communautaire n'aurait cependant pas été rendue possible, sans une amélioration croissante de la transparence et de la confidentialité, qui sont les véritables atouts pour inciter les entreprises à coopérer.

Sect. 3 : Une amélioration de la transparence et de la confidentialité de la procédure, des atouts certains pour les entreprises :

La demande de clémence, étant une procédure risquée pour les entreprises, a besoin pour être efficace d'être à la fois transparente, c'est-à-dire de garantir un fort degré de sécurité juridique pour les entreprises, mais aussi d'assurer un certain niveau de confidentialité de la demande et des documents communiqués par les entreprises. L'OCDE le préconise dans son rapport de 2001, que nous avons déjà cité, « *la certitude, la clarté et la priorité sont essentielles, les entreprises étant*

vraisemblablement plus incitées à se manifester si elles sont certaines des conditions appliquées et des avantages probables ». En effet, la transparence vise à ce que la procédure soit la plus claire possible, afin que les entreprises sachent quelles règles seront appliquées et quels avantages elles pourront obtenir en contrepartie. Le but est d'établir une véritable coopération avec la Commission, dont le pouvoir d'appréciation discrétionnaire est encadré par la clarification des mesures d'application de la clémence. A plusieurs titres déjà, les évolutions précédemment décrites, comme la clarification des conditions pour l'obtention de l'immunité ou la réduction d'amende, témoignent de cette volonté de transparence accrue.

De la même manière, la confidentialité entourant la demande de clémence et les documents transmis à la Commission joue un rôle crucial pour inciter la participation à la clémence des entreprises. Tout d'abord, les entreprises souhaitent garder le plus longtemps possible le secret à l'égard des autres membres du cartel. Ensuite, la confidentialité de la procédure leur permet de se prémunir un peu plus contre le risque de mise en cause de leur responsabilité civile, voire pénale par des tiers, mais aussi des procédures que les autorités nationales de concurrence peuvent engager à leur encontre. Ainsi, la confidentialité de la procédure de clémence peut avoir des conséquences très importantes sur la mise en cause dans d'autres procédures de la responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants et par là même peut susciter des réactions des victimes qui peuvent s'estimer lésées dans leur droit à réparation par la procédure de clémence.

Il s'agit de montrer comment la transparence de la procédure a été améliorée (I), puis comment la recherche d'une confidentialité croissante confine à un degré élevé de protection des entreprises (II).

I. Une transparence accrue de la procédure :

Pour illustrer cet aspect, nous pouvons renvoyer à ce qui a été déjà dit sur le travail de clarification et de sécurisation touchant à la suppression ou à la réduction de l'amende (cf. Chapitre, Sect.1 et Sect.2). Nous nous intéresserons ici seulement à l'amélioration de la transparence procédurale qui, comme le soutient M. Laurent Flochel⁴⁴, doit consister en ce qu' « *une entreprise qui souhaite dénoncer une entente ne doit pas prendre plus de risques en dénonçant qu'en continuant à faire partie de l'entente* ». Cette sécurité juridique, cette transparence a été recherchée au fil des communications. Il faut en effet rappeler le point 5 de la communication de 2002 qui affirme que « *l'expérience a montré que si les réductions du montant de ces amendes étaient octroyées dans des conditions de transparence et de certitude accrues, l'efficacité de cette communication s'en trouverait renforcée* ».

Une véritable amélioration de la transparence de la procédure a été menée dans les communications de 2002 et de 2006. En effet, l'inconvénient majeur de la communication de 1996 est, comme le prévoit le titre E, que c'est seulement lors de la décision finale de la Commission que celle-ci apprécie si les conditions énoncées aux titres B, C ou D sont remplies. L'impossibilité pour les entreprises de prévoir le résultat de leur demande de clémence et aussi de la modifier en cours de route, au cas où toutes les conditions ne seraient pas remplies, est un facteur qui décourage le recours à la clémence.

La communication de 2002 change radicalement la donne en instaurant la délivrance par la Commission d'une immunité conditionnelle d'amende au point 15

⁴⁴ Laurent, Flochel, « Complément E, de nouvelles pratiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence » in *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'analyse économique de 2006,p. 252

et d'une réduction conditionnelle d'amende au point 26. Par ce biais, les entreprises savent rapidement le résultat de leur demande de clémence et comme le précise le point 17, si l'entreprise ne répond pas aux conditions visées (point 8 a ou point 8 b), « *l'entreprise peut retirer les éléments de preuve divulgués à l'appui de sa demande d'immunité* » ou reformuler sa demande dans le sens d'une réduction d'amende. L'issue de la procédure est donc connue assez rapidement et en cas d'insuffisances de la première demande, un nouveau type de demande peut être effectué. De plus comme le précise M. Alain Winckler ⁴⁵, la procédure est relativement rapide. Les délais pour obtenir les décisions conditionnelles d'immunité ou de réduction ne sont pas indiqués dans les communications, mais ils sont assez brefs dans les faits. L'auteur indique en effet que l'immunité conditionnelle est accordée par décision formelle du Commissaire à la concurrence « *environ quinze jours (mais quelquefois plusieurs mois) après la communication des éléments de preuve* ». On remarque la rapidité de la procédure, même si celle-ci peut s'étendre dans certains cas. Pour comprendre l'allongement de la procédure, on peut prendre en considération le point 21 de la communication de 2006 qui dispose que « *la Commission ne prendra pas en considération d'autres demandes d'immunité d'amendes avant d'avoir statué sur une demande existante se rapportant à la même infraction présumée, que la demande d'immunité soit présentée de manière formelle ou par la demande d'un marqueur* ». Dès lors, avant de statuer sur une demande d'immunité, la Commission doit statuer sur toutes les demandes précédentes, ainsi s'il y en a eu beaucoup qui sont parvenues avant à la Commission, le délai d'examen d'une demande peut s'allonger.

⁴⁵ Alain, Winckler, « La nouvelle politique communautaire de clémence », in *Le nouveau droit de la concurrence communautaire*, ouvrage cité, p.420, pt 959

D'autres procédures mises en place dans les communications de 2002 et de 2006 ont permis d'améliorer la transparence de la procédure. Il s'agit notamment de la demande d'immunité sous forme hypothétique élaborée au point 13 b) de la communication de 2002, dont nous avons déjà parlé. Elle permet à une entreprise de tester la valeur de ses éléments de preuve, sur la base d'une demande d'immunité reposant sur des informations formulées sous forme hypothétique dans une liste descriptive. Une fois encore, le risque pris par l'entreprise est amoindri et la rapidité de la décision de la Commission est confirmée. M. Alain Winckler⁴⁶ précise que concernant une demande d'immunité sous forme hypothétique, « *la procédure dure au moins un mois, puisqu'elle requiert deux décisions de la Commission* ». En effet, une première qui détermine si les éléments de preuve décrits dans la liste formulée sous forme hypothétique remplissent les conditions 8a) ou 8b). Une seconde décision intervient une fois que l'entreprise a bien fourni les éléments de preuve de la liste.

La sécurité juridique de ce dispositif est complétée par la possibilité du retrait des preuves, prévue au point 17, même si bien entendu, un retrait de preuves n'empêchera pas la Commission de lancer une enquête, après la divulgation de preuves qui ont attiré son attention sur l'existence d'une entente secrète.

De plus, concernant la réduction d'amende, la communication de 2002, au point 23, renverse un principe pourtant bien établi, afin de diminuer le risque relatif à la fourniture de preuves lors d'une demande de réduction d'amende. Le point 23 dispose à son dernier alinéa que « *si une entreprise fournit des éléments de faits précédemment ignorés de la Commission qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'entente présumée, la Commission ne tiendra pas compte de*

⁴⁶ *ibid*

ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis ». Il s'agit d'une disposition importante qui met à bas le principe jusque là en vigueur pour fixer le montant de l'amende, soit la durée et la gravité de l'infraction. L'entreprise est donc ici protégée et c'est la valeur ajoutée de ses éléments de preuve qui prime sur la durée et la gravité de l'infraction. On prend ici la mesure de ce que cette disposition apporte, montrant que le programme de clémence communautaire contourne parfois des principes traditionnels du droit de la concurrence communautaire.

La communication de 2006 en introduisant le système du marqueur diminue le risque pris par les entreprises, notamment concernant la rapidité de la procédure, laquelle est ici ralentie. De plus, le système du marqueur est élaboré dans des conditions de transparence qui reprennent celles concernant la demande d'immunité conditionnelle. Par conséquent, cette sécurité juridique et cette transparence de la procédure assurent un cadre clair et défini à la procédure de clémence, qui dès lors devient plus attractive pour les entreprises.

L'autre versant de la sécurité juridique est la confidentialité. Une entreprise qui se risque à une demande de clémence cherche à ce que les informations qu'elle communique à l'autorité de concurrence restent secrètes à l'égard des tiers qui pourraient mettre en cause sa responsabilité civile, ainsi que des autres autorités publiques, voire des autres autorités de concurrence nationales, qui prévoient parfois des sanctions pénales à l'égard des personnes physiques ayant joué un rôle déterminant dans le fonctionnement d'une entente. Si toutes ces informations ne sont pas protégées, la demande de clémence devient nettement moins attractive et profitable pour l'entreprise. Néanmoins, il est loisible de s'interroger, si ce n'est-ce pas conférer un degré trop élevé de protection aux entreprises.

II) L'élaboration d'une confidentialité de la demande de clémence, à l'origine d'un degré élevé de protection des entreprises :

La confidentialité de la procédure de clémence n'a pas été recherchée dès le début. En effet, la Communication de 1996 ne prévoit aucune disposition pour assurer cette confidentialité et rappelle au point 4 de la partie E, que « *le fait qu'une entreprise bénéficie d'un traitement favorable en matière d'amende ne la protège toutefois pas des conséquences de droit civil de sa participation à une entente illicite* ». Il faut relativiser la portée de ce point, car à chaque communication cette phrase sera reprise. Cependant, ce qui tranche par rapport aux communications suivantes dans la communication de 1996, c'est qu'aucune mesure n'est préconisée pour protéger la confidentialité des documents que le demandeur a transmis à la Commission ou encore les déclarations orales qu'il lui a fournies.

Cette retenue dans la communication de 1996 peut peut-être s'expliquer par le fait que la confidentialité des documents conduirait à protéger de façon trop excessive les entreprises de la mise en cause de leur responsabilité devant d'autres juridictions.

Dans les communications suivantes, de véritables dispositions sont mises en place pour élaborer une confidentialité de la demande de clémence et les dispositions relatives à la confidentialité s'étoffent significativement dans la communication de 2006. La communication de 2002 évoque une non-« *divulgarion des documents reçus* » au point 32, car si elle avait lieu, cette divulgation porterait atteinte à la protection des objectifs d'inspection et d'enquête, au sens de l'article 4, paragraphe 2 du règlement CE n° 1049/2001. Le point 32 met donc en place une interdiction

générale de divulgation des documents à toute personne morale ou physique. La communication de 2006 est plus prolix, en détaillant les personnes morales et physiques auxquelles les informations fournies par les entreprises ne pourront être communiquées.

Cette confidentialité s'exerce à un double niveau, vis-à-vis des entreprises et des tiers (A) et vis-à-vis des autorités publiques et des autorités de concurrence (B).

A. La confidentialité vis-à-vis des entreprises et des tiers :

La confidentialité vis-à-vis des entreprises est clairement énoncée et définie dans ses limites au point 33 de la communication de 2006. Cependant, selon M. Dominique Voillemot⁴⁷, les points 32 et 33 de la communication de 2002, pourtant assez lapidaires (qui énoncent une interdiction générale de divulguer à toute personne physique ou morale des informations fournies par une entreprise sollicitant la clémence), viseraient la confidentialité à l'égard des autres entreprises. Sur ce point, la confidentialité sur l'identité de l'entreprise et sur les documents qu'elle a fournis n'est pas sans bénéficier également à la Commission. Par ce biais, l'incertitude qui pèse sur l'entreprise ayant demandé la clémence est à même de favoriser la course de vitesse à la clémence, ainsi qu'une meilleure qualité des éléments de preuve fournis par les entreprises. Cependant, comme le précise le point 33 de la communication de 2006, la confidentialité est maintenue jusqu'à la communication des griefs. Les destinataires d'une communication des griefs ont en effet accès aux déclarations des entreprises. Cependant, l'usage de ces documents est encadré dans le point 34 de la même communication, « *l'accès au dossier n'est*

⁴⁷ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p.43

accordé [...] que sous la condition que les renseignements obtenus ne soient utilisés qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des règles de concurrence communautaires en cause dans la procédure administrative connexe ». Ainsi, malgré la levée de la confidentialité des documents après la communication des griefs, l'usage des documents est encadré de telle sorte que leur confidentialité soit maintenue, hors de la procédure juridictionnelle en cause.

Par conséquent, ce premier aspect de protection de la confidentialité des documents et de l'identité des demandeurs vis-à-vis des autres entreprises peut ne pas paraître choquant, puisque finalement il renforce l'efficacité du programme de clémence.

Un deuxième volet de la confidentialité peut prêter à plus de débats, il s'agit de la confidentialité vis-à-vis des tiers. Alors que les communications de 2002 et 2006 rappellent respectivement aux points 31 et 39 que *« le fait qu'une entreprise bénéficie d'une immunité d'amende ou d'une réduction très importante de son montant ne la protège pas des conséquences en droit civil de sa participation à une infraction à l'article 81 du traité CE »*, elles élaborent tout de même une protection des documents transmis et des déclarations faites lors de la procédure de clémence. La communication de 2006 l'annonce en ouverture, au point 6, *« [ces initiatives] ne devraient pas être découragées par des décisions ordonnant la communication des pièces dans des procédures civiles »*. Cette mesure est étendue aux déclarations faites par les entreprises au point 33, *« les autres parties, telles que les plaignants, n'ont pas accès aux déclarations des entreprises »*. Le point 40 reprend l'idée d'interdiction générale de divulgation des documents et des déclarations écrites ou orales (comme au point 32 de la communication de 2002), en ajoutant une précision

supplémentaire, qui va loin, cette interdiction vaut aussi « *même après l'adoption de la décision* » de la Commission. Ainsi, la communication de 2006 énonce clairement la volonté de protéger les entreprises des risques de procédures civiles, même une fois la décision de clémence adoptée, ce qui n'était pas clairement précisé dans la communication de 2002. La raison invoquée par la communication de 2006 est que « *les entreprises qui envisagent de solliciter la clémence pourraient être dissuadées de coopérer avec la Commission dans le cadre de la présente communication si leur position dans des actions civiles se trouvait être moins favorables que celles des entreprises qui ne coopèrent pas avec elles* ». Le principe d'égalité de traitement est ici invoqué et on pourrait arguer que les victimes de pratiques anticoncurrentielles, auxquelles il incombe la charge de la preuve, n'auraient qu'à reprendre les informations reçues dans le cadre de la procédure de clémence et notamment les déclarations orales, pour démontrer l'existence d'une faute et de leur préjudice. En fait, la véritable raison est plutôt, que le programme de clémence perdrait toute son efficacité, car les entreprises ne prendraient pas le risque de divulguer des informations aussi sensibles, qui pourraient certes leur permettre de se voir octroyer une importante réduction d'amende, mais qui serait peut-être inférieure au paiement des dommages et intérêts à des tiers.

La question reste posée de savoir si cette protection des documents ne va pas trop loin et ne conduit pas à rendre difficile, voire quasi-impossible les procédures civiles contre des violations du droit de la concurrence, puisque les informations restent confidentielles même après la décision de la Commission. Nous aborderons ce point de nouveau au chapitre 3, sect. 1, I, B.

La confidentialité des documents vise également les autorités publiques et les autres autorités de concurrence.

B. La confidentialité à l'égard des autorités publiques et des autorités de concurrence :

Le point 33 de la communication de 2002 dispose que « *toute déclaration écrite faite à la Commission en rapport avec la présente communication [...] ne peut être divulguée ou utilisée à d'autres fins que l'application de l'article 81 du traité CE* ». M. Dominique Voillemot en tire la conséquence que le point 33 implique que « *la Commission s'interdit de transmettre tout document écrit à quelque autorité que ce soit, à savoir notamment, à des autorités fiscales ou à des autorités chargées du contrôle financier des entreprises*⁴⁸ ». Cette disposition se justifie ici également pour maintenir l'attractivité du programme de clémence.

S'agissant de la confidentialité des documents et des déclarations vis-à-vis des autorités de concurrence nationales le dispositif est plus ambigu. Le point 35 de la communication de 2006 précise que « *les déclarations faites par les entreprises [...] ne seront transmises aux autorités de concurrence des Etats membres, conformément à l'article 12 du règlement n°1/2003, que pour autant que les conditions fixées dans la communication relative au réseau (REC) soient réunies et que le niveau de protection contre la divulgation assuré par l'autorité de concurrence qui les reçoit soit équivalente à celui qui est conféré par la Commission* ». La question de la confidentialité des documents dévoilés par les entreprises se pose, puisqu'en vertu de l'article 11 du règlement n°1/2003, les autorités de concurrence nationales et la Commission sont tenues de se tenir mutuellement informées de l'ouverture de procédures de clémence. Cependant, dans le point 35, il est fait référence à la communication 2004/C 101/03 relative à la

⁴⁸ Dominique, Voillemot, *Gérer la clémence*, ouvrage cité, p.45

coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, qui apporte une précision importante, à savoir que *« l'information communiquée au réseau en application de l'article 11 ne sera pas utilisée par les autres membres du réseau comme base d'ouverture d'une enquête pour leur propre compte »*. Par conséquent, s'il y a transmission des documents et des déclarations d'une entreprise à un autre membre du réseau, ces documents ne pourront être employés pour lancer une enquête. Cependant, cela laisse aux autres autorités de concurrence la possibilité d'ouvrir tout de même une enquête sur la base d'autres informations. Ainsi, la confidentialité des documents est en partie levée, mais la communication de ces pièces ne devrait pas avoir directement de conséquences néfastes pour les entreprises, notamment si les autres autorités de concurrence n'ont pas d'informations propres sur l'entente en question. De plus, M. Dominique Voillemot précise que la communication prévoit que les *« informations communiquées de plein gré par l'auteur d'une demande de clémence ne seront transmises à un autre membre du réseau qu'avec le consentement de ce dernier⁴⁹ »*. Ainsi, malgré le principe de coopération entre les membres du REC, un fort degré de sécurité juridique concernant la protection des documents est maintenu.

Par conséquent, l'objectif de confidentialité des documents et des déclarations est véritablement réussi et les entreprises se voient par conséquent protégées des procédures civiles et dans une moindre mesure d'autres procédures juridictionnelles menées par les autorités de concurrence nationales. Le programme de clémence communautaire a donc des effets qui vont bien au-delà d'une simple réduction ou immunité d'amende, il protège les entreprises qui ont fait une demande

⁴⁹ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, pt.40

de clémence de telle sorte que leur situation soit équivalente à une entreprise qui n'aurait pas dénoncé une entente. Ce choix est motivé, comme nous l'expliquent les communications, par la volonté de conserver toute l'attractivité d'une demande de clémence, dont l'efficacité serait atteinte si les documents et les déclarations pouvaient être communiquées à d'autres personnes physiques ou morales.

La clémence est, par les trois évolutions que nous avons décrites dans les trois sections du premier chapitre, une procédure hautement attractive pour les entreprises et dont le risque a été réduit au maximum. Il a été également démontré à travers les résultats des programmes que leur efficacité est confirmée dans les faits par une forte augmentation du taux de détection des cartels. De plus, selon les avocats Me Guyon, Gurov et Philippe⁵⁰, en 2006, environ 9 enquêtes sur 10 de la Commission en matière de cartels proviennent des demandes de clémence. On peut dès lors s'interroger sur la manière dont les entreprises utilisent la clémence et surtout dans quel but. Nous allons dès lors analyser l'efficacité du programme de clémence, en prenant le point de vue des entreprises.

⁵⁰ Jérôme, Philippe, Aude, Guyon et Ivan, Gurov, « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la dir. de Guy, Canivet, Paris, L.G.DJ, 2006, p. 246

Chapitre 2. L'efficacité statistique confrontée au choix stratégique de l'entreprise : une instrumentalisation de la clémence ?

Il est important de revenir à la définition de l'efficacité, qui comme nous l'avons précisé dans l'introduction, au-delà de produire le maximum de résultats avec le minimum de dépense, condition à laquelle nous avons montré que le programme de clémence communautaire répondait, peut également signifier, « *qui produit l'effet qu'on en attend*⁵¹ ». Or pour évaluer l'efficacité du programme de clémence communautaire, il faut s'interroger sur l'effet attendu d'un programme de clémence et s'il est effectivement atteint. L'effet attendu d'un programme de clémence est généralement qu'il contribue à augmenter le taux de détection des cartels, mais aussi à ce qu'il dissuade la formation des cartels. Le premier effet semble être nettement atteint, comme en témoigne l'augmentation du taux de détection des cartels depuis l'introduction du programme de clémence communautaire, corrélé à l'augmentation très importante du nombre de demandes de clémence. Le deuxième effet escompté, soit la dissuasion de la formation des cartels, est plus difficile à évaluer. L'appréciation de la qualité des programmes de clémence se heurte, comme le précise M. François Lévêque⁵², à l'impossibilité de connaître la population totale des entreprises cartellisées. En effet, les autorités de concurrence ne connaissent que les cartels qui ont été découverts, et donc même si un plus grand nombre de cartels est découvert, les autorités de concurrence sont

⁵¹ Petit Robert, édition de 2002

⁵² François, Lévêque, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », Revue *Concurrences* N°4, p.36

dans l'impossibilité de connaître leur proportion dans la population totale des cartels existants, mais aussi d'évaluer si la formation des ententes diminue. Par conséquent, l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels est une donnée à laquelle il est difficile d'avoir accès.

La question de la recherche de critères pour évaluer l'efficacité des programmes de clémence se pose ici et comme le précise l'article de la revue *Concurrence et consommation* de 2005⁵³, contrairement à ce que l'on pourrait croire, « l'évaluation au plan économique de l'efficacité des programmes de clémence n'est pas chose aisée ». En effet, l'analyse économique n'est pas unanime sur l'efficacité à moyen long terme des programmes de clémence. Nous proposerons cependant ici deux critères d'évaluation, qui reviendront tout d'abord à examiner les motivations qui conduisent les entreprises à effectuer une démarche de clémence (Section I), puis à travers une étude recensant 54 cas de demandes de clémence, à chercher si l'introduction des programmes de clémence est à même de dissuader la formation des cartels (Section II). La pertinence du premier critère repose sur l'analyse des motivations des entreprises à demander la clémence, l'intérêt de cette analyse consiste à chercher si les motivations à demander la clémence sont conditionnées uniquement par une logique de profit individuel de l'entreprise, qui fait qu'en d'autres circonstances, l'entreprise choisira de rejoindre un cartel, si son profit s'en trouve augmenté. Ainsi il s'agit d'évaluer si les programmes de clémence sont susceptibles de produire un effet pro collusoire à terme et donc ne décourageraient en rien la formation des cartels. A travers notre étude, dans la section II, nous examinerons la pertinence de plusieurs critères et

⁵³ L'efficacité économique des programmes de clémence, Revue concurrence et consommation, N°146, p.47

notamment celui de la durée de vie des cartels. Nous chercherons à déterminer si la durée de vie des cartels n'est pas affectée par l'introduction d'un programme de clémence. Si elle a tendance à ne pas diminuer, après l'introduction d'un programme de clémence, alors ce dernier a un effet mitigé sur la stabilité des cartels. En effet, si le cartel est dénoncé en général après une période significative d'existence, où ce dernier a généré des surprofits aux entreprises, le programme de clémence est d'une part instrumentalisé par les entreprises, qui l'utilisent pour réaliser une sortie sans frais du cartel, mais d'autre part le cartel est donc toujours considéré comme profitable, susceptible de générer des profits malgré l'existence des programmes de clémence, et sera sans doute réemployé sur le moyen terme par les entreprises.

Il est important ici de rappeler le contexte dans lequel les entreprises sont amenées à effectuer une démarche de clémence. L'incitation de l'entreprise à dénoncer le cartel dépendra des bénéfices nets qu'elle retirera de cette dénonciation. Il faut en effet que la démarche effectuée et les risques pris en valent la chandelle et pour ce faire, l'attractivité du programme de clémence ne semble pas suffire à lui seul. Comme le précise Mme Véronique Sélinsky⁵⁴, il faut que certaines conditions soient réunies, comme l'assurance que la confidentialité sera préservée, ainsi que la clarté et la précision du programme, conditions que la clémence communautaire remplit. Une crédibilité de l'autorité de concurrence est nécessaire, c'est-à-dire que la possibilité de détection par l'autorité de concurrence soit réelle, indépendamment de toute dénonciation et enfin qu'il existe un risque de se voir infliger une sanction d'un montant élevé en cas de détection. Le cumul de ces différents facteurs serait à même d'inciter une entreprise à demander la clémence. Concernant la sanction,

⁵⁴ Véronique, Sélinsky, « Invoquer la clémence : un avantage stratégique pour les entreprises », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2006, n°6

celle-ci serait optimale selon M. Emmanuel Combe seulement si elle est égale au gain illicite divisé par la probabilité de détection. En effet, « *un agent rationnel (c'est-à-dire qui compare les coûts et bénéfices de ses actions) et neutre au risque (comparant uniquement l'espérance du gain) n'a aucun intérêt à enfreindre la loi si le gain qu'il retire de son infraction est inférieur à son coût espéré, représenté par la sanction multipliée par la probabilité d'être détecté et sanctionné*⁵⁵ ». Ainsi, pour que le programme de clémence soit attractif, il faut qu'il soit corrélé à la possibilité pour l'entreprise d'être condamnée à une amende supérieure ou au moins égale au gain du cartel. Sinon si l'amende est dérisoire par rapport au gain retiré du cartel, la réduction d'amende ou l'immunité accordée par la clémence n'incitera pas l'entreprise à quitter le cartel. Même si elle est condamnée, le profit du cartel sera bien supérieur à l'amende à payer. Ainsi, il faut bien se placer dans une logique de coûts avantages de l'entreprise qui calcule quels bénéfices nets elle va tirer d'une demande de clémence, la clémence étant choisie si elle peut rapporter plus de bénéfices nets que de rester dans le cartel.

Ainsi, après avoir démontré l'efficacité du dispositif communautaire de clémence, qui donne des résultats en termes de détection des cartels (chapitre I), nous allons confronter l'efficacité de la clémence à la démarche de l'entreprise, qui est une démarche stratégique et qui fonctionne en terme de coûts avantages. Il sera plutôt ici question d'évaluer l'efficacité des programmes de clémence en fonction de leur capacité ou non à dissuader la formation des cartels.

⁵⁵ Emmanuel, Combe, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Revue Concurrences*, n°3-2007, p.39

Sect.1 : Les motivations des entreprises à demander la clémence :

Pour cette section, nous emploierons en grande partie, un article publié dans la revue *Concurrences*, intitulé *Méthodologie d'une démarche de clémence*⁵⁶. Il résulte du fruit du travail et de l'expérience de deux avocats, Me Frédéric Puel et Laurent François Martin et décrit très concrètement la démarche qui mène à la demande de clémence au sein d'une entreprise. Les deux avocats expliquent que la clémence peut être perçue par les entreprises, soit comme un « *outil stratégique* », soit comme un « *outil de sauvetage* », selon que l'entreprise a un comportement infractionnel délibéré ou que ce comportement infractionnel « *ne résulte pas d'une action volontaire et consciente de l'entreprise, mais souvent d'une méconnaissance du droit de la concurrence et des obligations qui pèsent sur elles*⁵⁷ ». Nous ne rentrerons pas dans le débat autour la question de savoir si les entreprises violent délibérément ou non le droit de la concurrence, mais ce qui nous intéresse est plutôt la démarche de l'entreprise, qui va adopter selon sa situation, une stratégie offensive ou défensive, selon les deux avocats. « *Défensive* », si la détection de l'infraction par l'autorité de concurrence est imminente et « *offensive* », si l'infraction reste pour l'instant méconnue. Pour simplifier, nous considérerons qu'un certain nombre de facteurs endogènes, c'est-à-dire propres à la situation interne de l'entreprise, vont la conduire à rechercher une sortie sans frais du cartel et à adopter une stratégie offensive, à travers la demande de clémence (I). Nous considérerons dans un second temps les facteurs exogènes, c'est-à-dire dont la cause est externe à l'entreprise, qui incitent une entreprise à effectuer une demande de clémence. Ils font souvent entrer une dimension temporelle dans la stratégie de

⁵⁶ Me Frédéric, Puel et Laurent, François-Martin, « Méthodologie d'une démarche de clémence », *Concurrences* N°3-2006, Colloques

⁵⁷ Ibid, p.80

l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils induisent une augmentation de la probabilité de détection. Ces facteurs exogènes vont conduire l'entreprise à entreprendre une démarche de clémence, dans une logique défensive, conditionnée la plupart du temps par l'imminence ou du moins une forte probabilité de détection (II).

I) Les facteurs endogènes susceptibles d'aboutir à une demande de clémence :

Comme nous l'avons expliqué précédemment, les cartels sont frappés par une instabilité structurelle, car une légère déviation par rapport au prix ou à la quantité de cartel constitue la fonction de meilleure réponse d'une entreprise. Ainsi, les cartels sont soumis à la tension permanente qu'un des membres triche en s'éloignant du prix ou de la quantité de cartel. De plus, comme le rapporte M. Emmanuel Combe⁵⁸ dans son portrait-robot du cartel, « *la similitude des opérateurs est de nature à favoriser la conclusion d'un accord de cartel* ». Dès lors, il faut une structure de coût identique, une homogénéité des coûts de production, ainsi que l'homogénéité des produits pour qu'un cartel se forme, mais aussi pour qu'il continue à fonctionner. Par conséquent, au cours du temps, la situation interne de l'entreprise peut évoluer (modification de sa structure de coût, lancement d'un nouveau produit) et l'entreprise peut voir son intérêt à rester dans le cartel disparaître. De surcroît, l'existence d'un cartel mène souvent à une rigidification des parts de marché et certaines entreprises, les plus efficaces, peuvent ne plus trouver leur intérêt dans cette rigidité et vouloir accroître leur présence sur le marché.

⁵⁸Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, ouvrage cité, p.10

M. Jérôme Philippe, Mme Aude Guyon et M. Ivan Gurov, avocats⁵⁹ évoquent plusieurs facteurs endogènes qui peuvent pousser une entreprise à effectuer une démarche de clémence. Il peut s'agir tout d'abord du développement ou de l'acquisition d'une nouvelle technologie, de l'accroissement des capacités de production ou du développement d'un produit complémentaire ou lié. Ainsi, l'entreprise n'a plus la même structure de coût que ses partenaires de l'entente, mais surtout veut développer un nouveau produit, qui va sans doute lui permettre d'augmenter sa part de marché et qui rend le maintien de l'entente non pertinent et surtout moins rentable que le développement d'une nouvelle technologie.

Un autre type de facteur endogène est également cité dans la littérature sur la clémence. Il est lié à une situation d'acquisition ou de rachat dont une entreprise peut faire l'objet. En effet, un rachat ou une acquisition peut donner lieu à un changement de stratégie de la part du personnel dirigeant en place ou du nouvel acquéreur. Le personnel dirigeant en place pendant l'existence de l'entente peut chercher à « *clarifier les agissements d'une filiale avant de la vendre, afin de ne pas diminuer sa valeur du fait du risque antitrust*⁶⁰ ». En effet, en raison du risque antitrust, c'est-à-dire de la possibilité pour le nouvel acquéreur d'avoir à payer une lourde amende pour les violations du droit de la concurrence de l'ancienne direction, la valeur de la filiale pourrait s'en trouver fortement diminuée. Ainsi, la revente de la filiale est une occasion pour sortir du cartel. De même, l'acquéreur de la filiale peut découvrir à la suite du rachat ou de l'acquisition que l'entreprise a commis des pratiques anticoncurrentielles et a fait partie d'une entente. Il peut saisir l'opportunité de la procédure de clémence pour assainir la situation de l'entreprise au regard de sa conformité aux règles de concurrence et se débarrasser d'une

⁵⁹ Jérôme, Philippe, Aude, Guyon, Ivan, Gurov, « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, ouvrage cité, p.217

⁶⁰ Ibid

pratique dangereuse et coûteuse en cas de détection. M. Marc Barennes, Rapporteur général à la DG Concurrence⁶¹ confirme que cette motivation pour demander la clémence est très fréquente, *« nous voyons un très grand nombre d'entreprises, sur le point d'acquérir une autre entreprise et de fusionner, qui souhaitent se débarrasser de ces pratiques. C'est une des raisons pour lesquelles les entreprises viennent demander la clémence et ce, de façon assez fréquente »*. D'ailleurs, pour illustrer cette motivation, on peut citer un cas auquel le Conseil de la concurrence français a eu à faire affaire, il s'agit de l'affaire *France Portes SA*⁶², où l'acquéreur a effectué une demande de clémence, après avoir découvert que l'entreprise avait commis des pratiques anticoncurrentielles.

Par conséquent, ces deux types de facteurs endogènes posent la question de la nature de la demande de clémence. Dans le premier cas touchant à la modification de la structure de production de l'entreprise (développement ou acquisition d'une nouvelle technologie, lancement d'un nouveau produit,...), on peut considérer que la démarche conduisant à la demande de clémence est une démarche offensive et consiste clairement en un choix stratégique pour l'entreprise. En effet, l'entreprise a profité suffisamment longtemps des surprofits générés par le cartel et décide dans son propre intérêt, pour augmenter sa part de marché de façon plus conséquente que celle dont elle bénéficie au sein du cartel, d'effectuer une demande de clémence. Celle-ci est un outil particulièrement avantageux pour l'entreprise, car il va lui permettre de sortir sans frais du cartel. En effet, la phase de sortie est généralement très dangereuse pour l'entreprise, puisqu'elle donne souvent lieu à une variation brutale des prix sur le marché qui attire l'attention des autorités de concurrence et donc accroît la probabilité de détection. La demande de clémence est

⁶¹ *Concurrence et consommation*, n°146, revue citée, « Débat », p. 49

⁶² Décision du Conseil de la concurrence du 11 avril 2006, 06-D-09

ainsi dans ce cas, une démarche « *offensive* », au sens de MM. Frédéric Puel et Laurent François Martin, c'est-à-dire qu'elle consiste à déstabiliser les participants à l'entente. Les avocats décrivent les conséquences d'une démarche offensive, « *en dénonçant le cartel, l'entreprise provoque un effet de surprise chez ses concurrents et partenaires qui ne sont pas préparés à cette éventualité [...] elle quitte en effet l'entente au moment qui est le plus favorable et a eu le temps de se préparer aux conséquences de ce retrait d'activité. L'entreprise est ainsi mieux à même de réagir sur le marché avec une attitude compétitive*⁶³ ». Par conséquent, dans ce cas, on peut déduire dans une certaine mesure que l'usage de la clémence est quelque peu instrumentalisé par les entreprises. Elles l'utilisent pour faciliter leur sortie du cartel et éviter une sanction.

Dans le second cas, touchant à la demande de clémence dans le contexte d'un rachat ou d'une acquisition et dans un but d'assainissement de l'entreprise, l'instrumentalisation de la procédure paraît moindre. Concernant le nouvel acquéreur qui découvre ces pratiques antérieures, le recours à la clémence est louable, même si on conçoit bien aussi que dans son intérêt propre, la nouvelle direction n'a pas envie de payer pour les erreurs de la précédente. Concernant une demande de clémence en vue de l'acquisition et pour ne pas faire baisser la valeur de la firme, la démarche est plus contestable. Le but recherché ici est également une sortie du cartel à coût moindre que permet d'offrir la clémence.

Nous allons dégager l'existence de facteurs exogènes qui incitent les entreprises à effectuer la démarche de la clémence. Ceux-ci, à la différence des facteurs endogènes, font plutôt partie d'une démarche « *défensive* ».

⁶³ Frédéric, Puel, et Laurent, François-Martin, « Méthodologie d'une démarche de clémence », revue Concurrences, article cité, p.82

II) Les facteurs exogènes susceptibles de conduire à une démarche de clémence :

Les avocats Me Frédéric Puel et Laurent François-Martin⁶⁴ dénombrent plusieurs facteurs exogènes, susceptibles d'inciter une entreprise à réfléchir sur sa conformité aux règles de concurrence et de la conduire à effectuer une demande de clémence. Ces facteurs, comme nous allons le voir, introduisent de la temporalité dans la réflexion stratégique de l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils jouent généralement sur la probabilité de détection.

Ces facteurs exogènes peuvent être de différente nature, il peut s'agir d'enquêtes menées par la Commission dans le même secteur que l'entreprise en question, de perquisitions menées dans des entreprises concurrentes, d'ouvertures d'enquêtes sur un marché voisin, ou encore de perquisition dans une filiale du groupe. Par conséquent, dans ces cas-ci, la probabilité de la détection devient très forte et la réaction de l'entreprise a intérêt à être rapide. Le recours à la clémence devient donc urgent. Me Puel et François-Martin parlent donc d'une approche « *défensive* » de la clémence, « *l'entreprise doit agir avant que la Commission n'ait poussé trop loin ses investigations et devancer ainsi une possible procédure d'infraction*⁶⁵ ».

D'autres facteurs exogènes peuvent pousser l'entreprise à demander la clémence, ils relèvent d'une anticipation qu'une autre firme membre de l'entente est sur le point de demander la clémence. Il s'agit en miroir de certains des facteurs endogènes décrits précédemment et qui affectent en l'occurrence une autre entreprise du cartel. La demande de clémence peut être motivée par l'anticipation qu'une autre firme fait l'objet d'une opération d'acquisition et est donc fort disposée à effectuer une démarche de clémence.

⁶⁴ Ibid, p.81

⁶⁵ Ibid, p.82

D'autres facteurs encore peuvent inciter une firme à demander la clémence, notamment en cas de déviance d'un autre membre. La procédure de clémence peut en effet être utilisée par les membres du cartel, comme une mesure de représailles contre une firme qui dévie, c'est-à-dire qui ne respecte pas le prix ou le profit de cartel et cherche en augmentant la quantité ou le prix à augmenter son profit individuel. Un dernier facteur peut également être pris en compte, il s'agit du cas d'un licenciement contentieux qui induit un risque de délation par un ex-employé de la firme. Par conséquent, l'entreprise a intérêt à précéder la personne physique en question devant l'autorité de concurrence.

Dès lors, les différents facteurs décrits poussent l'entreprise à effectuer rapidement une démarche de clémence, soit parce que les autorités de concurrence sont sur le point d'ouvrir une enquête sur l'entente, soit parce qu'un autre membre du cartel est en train ou va effectuer une demande de clémence.

Cette démarche « *offensive* », guidée essentiellement par l'imminence de la détection ou du moins l'accroissement de la probabilité de la détection, vise à diminuer les dégâts et à éviter l'amende. Ici le recours à la clémence, contrairement à la situation où elle découle de facteurs endogènes, semble moins instrumentalisée, car elle est quelque peu forcée par des circonstances extérieures et relève d'une démarche de sauvetage. Cependant, comme le précise les deux auteurs, le recours à la clémence relève toujours d'un choix stratégique de l'entreprise. Celle-ci, au vu des circonstances, procède à un « *audit de concurrence* », qui vise à établir un diagnostic des comportements de l'entreprise au regard du droit de la concurrence. C'est le rôle d'un cabinet d'avocats de réaliser cet audit et d'identifier « *les zones de risques potentiels, de dresser un état des lieux des infractions et de proposer des*

*mesures de restauration*⁶⁶ ». L'audit de concurrence conduit à la détermination de l'utilité ou non du recours à la clémence, en fonction des bénéfices que l'entreprise peut en retirer, mais aussi des risques qu'elle prend à faire cette demande. Ainsi, le recours à la clémence est sans surprise l'aboutissement d'une réflexion sur la stratégie de l'entreprise, qui va procéder à un bilan coûts avantages et recherchera la situation la moins coûteuse.

La question de l'efficacité des programmes de clémence se trouve à nouveau posée. Dans le cas où ce sont des facteurs exogènes qui incitent la démarche, le facteur temporel jouant un rôle extrêmement important et la réaction de l'entreprise prenant un caractère urgent, on peut se demander s'il n'y a pas également une instrumentalisation de la clémence par les entreprises. En effet, la demande de clémence est ici essentiellement motivée par l'imminence de la détection, ce qui signifie que les autorités de concurrence sont très proches elles-mêmes de découvrir l'entente ou bien que l'existence de celle-ci va être rapidement révélée par une autre entreprise. Par conséquent, la clémence ne ferait qu'accélérer une détection imminente. Dès lors, la question de la nécessité des programmes de clémence se pose. Certes, ils contribuent à créer une pression supplémentaire sur les entreprises, puisque celles-ci sont soumises au risque supplémentaire que la détection se fasse par la dénonciation d'une autre entreprise membre du cartel, se surajoutant à la possibilité de détection par l'autorité de concurrence. Ainsi, l'effet est double, les partenaires de l'accord perçoivent de façon plus aigüe la possibilité d'être détecté et l'instabilité intrinsèque de l'entente est accrue. Cependant, cela ne nous éclaire pas sur l'effet des programmes de clémence sur la dissuasion de la formation des cartels.

⁶⁶ Frédéric, Puel et Laurent, François-Martin, « Méthodologie d'une démarche de clémence », *Revue Concurrences*, article cité, p.81

Par rapport aux deux types de facteurs (exogènes et endogènes) susceptibles d'engendrer une demande de clémence, il est difficile de déterminer lequel est le plus fréquemment rencontré. On sait que « *la très vaste majorité des entreprises [depuis la communication de 2002] obtient l'immunité conditionnelle d'amende au titre du point 8a)⁶⁷* », ainsi la demande d'immunité se fait le plus fréquemment avant l'ouverture d'une enquête. Il est difficile cependant d'en tirer la conclusion que pour cette raison, ce sont plutôt les facteurs endogènes qui sont les plus fréquents. En effet, généralement ceux-ci prennent place indépendamment de l'ouverture d'une enquête et donc plutôt avant l'ouverture d'une enquête. Cependant d'autres facteurs exogènes, comme la dénonciation préventive à la possible demande de clémence d'une autre entreprise, peuvent prendre aussi place avant enquête. Il est donc difficile de déterminer laquelle de ces motivations joue le plus grand rôle dans le cadre d'une demande de clémence.

Par conséquent, à travers l'étude des motivations qui poussent les entreprises à demander la clémence, on a pu conclure dans la majorité des cas à une certaine forme d'instrumentalisation des programmes de clémence par les entreprises. Les motivations des entreprises sont la plupart du temps guidées par une logique de coûts avantages, qui fait qu'en l'espèce la situation de l'entreprise sera rendue plus favorable par la clémence. Celle-ci, si elle réussit, permet une sortie idéale du cartel, sans frais, mais rien n'indique que l'entreprise ne sera pas de nouveau incitée à reformer une entente avec d'autres entreprises, puisqu'elle sait que la procédure de clémence sera là pour lui permettre de nouveau une sortie sans frais.

⁶⁷ P.60, concurrence et consommation

Afin d'évaluer l'effet des programmes de clémence sur la formation des cartels, il nous paraît important désormais d'approcher de plus près les cartels. Pour cette raison, nous avons étudié 54 affaires d'ententes entre 2001 et 2009 qui ont fait l'objet d'une décision de la Commission et qui ont mis en œuvre la procédure de clémence.

Sect. II : L'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels : (Tentative de réponse à travers l'étude de 54 décisions de la Commission, où a été mise en œuvre la procédure de clémence)

La question de l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels est une question épineuse, sur laquelle la théorie économique se déchire et n'apporte pas de réponse univoque.

Cependant pour apprécier cette efficacité, il nous a paru intéressant d'examiner cinquante quatre affaires qui ont donné lieu à chaque fois à une décision de la Commission et qui ont vu la mise en œuvre de la procédure de clémence communautaire. Celles-ci se retrouvent aisément sur le site de la Direction Générale de la Concurrence⁶⁸ sous l'onglet « *Cases* ». Dans un premier temps, nous présenterons le bilan que nous tirons des résultats de notre étude⁶⁹ sur l'efficacité des programmes de clémence, comme outil de dissuasion à la formation des cartels (I). Dans un second temps, nous présenterons notre bilan sur le même sujet à travers des éléments de réponse issus de l'analyse économique (II).

⁶⁸ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>

⁶⁹ Voir annexe p.101 du mémoire

I) Les résultats de l'étude :

A. Remarques générales :

Tout d'abord, sans surprise, la grande majorité des cartels de notre étude porte sur des biens intermédiaires. Il s'agit, par opposition aux biens de consommation ou aux matières premières, de biens tels que le ciment, les vitamines ou les exhausteurs de goût qui servent dans la production d'un bien final. En effet, dans la majorité des affaires étudiées, on a affaire à des ententes dans le ciment, le papier, l'emballage, l'alimentation animale et la sidérurgie, pour ne citer que quelques exemples. Cependant, il existe quelques cas de biens finaux, tels que les prestataires de services de déménagements internationaux belges (2008), le marché de l'art (la fixation des commissions de vente entre Sotheby's et Christie's, 2002) et les services bancaires (le « Club Lombard », association de huit banques autrichiennes pour fixer les taux créditeurs et débiteurs en commun, 2002).

Les cartels se forment souvent sur des marchés de produits intermédiaires, car ces produits sont achetés par des industriels qui présentent une faible sensibilité au prix (faible élasticité de la demande) à court terme. En effet, comme le précise M. Emmanuel Combe, « *un promoteur immobilier qui doit faire face à une hausse du prix du ciment n'a d'autre choix à court terme (pour les constructions engagées) que d'accepter le nouveau prix et de comprimer ses marges*⁷⁰ ».

Sur nos 54 cas, 31 ont vu l'enquête de la Commission débiter à la suite d'une délation et seulement 23, ont vu l'enquête débiter à l'initiative de la Commission. Dans cette dernière situation, la demande de clémence peut avoir lieu après une demande de renseignements ou même plus tard après une inspection surprise. La prédominance des demandes de clémence avant enquête montre bien que la

⁷⁰ Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, ouvrage cité, p. 10

procédure de clémence mise en place est attractive pour les entreprises et présente les garanties nécessaires.

La nationalité du délateur, en ne tenant donc compte que des demandes de clémence avant enquête est très variée et représente un assez large panel d'Etats (Japon, Etats-Unis, Belgique, Italie, France, Royaume-Uni, Norvège, Suisse, Allemagne, Pays-Bas). Cependant, on remarque une légère prédominance anglo-saxonne (Angleterre, Etats-Unis), mais également allemande. Il est possible de dresser un parallèle avec le Conseil de la concurrence français qui entre 2001 et 2006 a rendu la majorité de ses avis de clémence, à la suite de demandes d'entreprises de culture anglo-saxonne. Il y aurait peut-être des différences culturelles qui rendraient plus acceptables la procédure de clémence et la responsabilité de la délation, mais nous n'avons aucun élément textuel qui nous permet de confirmer une telle hypothèse. Une autre raison possible serait que les entreprises de culture anglo-saxonne aient mieux et depuis plus longtemps intégré la démarche de clémence dans leur réflexion stratégique, du fait de l'existence d'un programme de clémence américain, préexistant au programme communautaire. Cependant, comme beaucoup d'autres nationalités sont représentées, il semble bien que le recours à la clémence se soit finalement généralisé et ait été largement accepté.

D'autre part, la délation vient rarement d'un membre récent de l'entente. Au contraire, dans la plus grande partie des cas, la délation provient d'un membre à l'origine du cartel. Cela peut en partie s'expliquer par le fait que sur notre échantillon, il y avait très peu de cas de cartels complexes, c'est-à-dire avec des durées de participation au cartel variables.

De plus, notre étude a montré que dans certains cas la délation se produit après la disparition du cartel. Nous avons en effet cinq cas de ce type. Il est loisible de

s'interroger sur les raisons de révéler l'existence d'un cartel mort. Tout d'abord, le délai de prescription est de cinq ans et court à partir de la date de fin de l'infraction. L'interruption de la prescription prend effet par tout acte des autorités de concurrence, visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction⁷¹. Par conséquent, le fait qu'un cartel soit mort, ne fait bien entendu pas disparaître l'infraction et le risque d'être condamné à une amende demeure comme pendant la durée de vie du cartel, tant que le délai de cinq ans n'est pas prescrit. Ainsi, deux types de facteurs semblent pouvoir expliquer le cas d'une demande de clémence après la fin du cartel, soit l'imminence de la détection, ou alors le cas de l'acquéreur d'une entreprise qui découvre des pratiques anticoncurrentielles antérieures. Cependant, dans la majorité des cas, la délation a lieu alors que le cartel est en fonctionnement (23 cas sur 31).

Enfin, concernant la durée de l'entente, les résultats sont assez intéressants. Sur nos 54 affaires, on note une prédominance des cartels de « longue durée », c'est-à-dire au sens de la Commission, de plus de cinq ans. On recense dans notre échantillon trois cartels de « courte durée », c'est-à-dire de moins d'un an, dix-huit cartels de « durée moyenne », c'est-à-dire d'un an à cinq ans, et trente-sept de « longue durée », c'est-à-dire de plus de cinq ans (37 cartels sur 58). Parmi ces cartels de longue durée, on dénombre dix-huit cartels dont la durée est comprise entre cinq et dix ans, dix-sept cartels dont la durée est comprise entre dix et vingt ans et enfin deux cartels dont la durée est supérieure à vingt ans, avec le cartel le plus long jamais découvert, celui des *peroxydes organiques* (affaire de 2003) dont la durée a été de vingt-neuf ans. Ainsi sur l'échantillon, deux tiers des cartels sont de « longue durée ». Il faut préciser que ces durées sont celles que la Commission a réussi à

⁷¹Cf. Communication sur la clémence de 2006, pt 36 et art. 25 du règlement n°1/2003

prouver, en général la durée est encore un peu plus longue que celle qui a été prouvée par les autorités de concurrence. Pour avoir une idée de la durée de vie des cartels, il faut préciser que M. Emmanuel Combe et Mme Constance Monnier⁷² estiment que la durée de vie moyenne d'un cartel se situe entre six et sept ans. Selon une étude de Levenstein et Suslow (2001), que M. Emmanuel Combe cite, la durée de vie moyenne se situerait entre 3,7 et 7,5 années. Notre échantillon vient donc quelque peu contredire cette durée moyenne. On a effectivement le cas de 19 cartels qui ont une durée de vie entre cinq et sept ans, mais tout de même 26 autres dont la durée de vie est supérieure à huit ans. Cependant, entre quatre ans et sept ans de durée d'existence, on observe que c'est la période où se concentre le plus grand nombre de cartels (24 cartels sur 58, soit 40% des cartels sur l'échantillon). Ainsi, notre échantillon vérifie en partie les études sur la durée de vie moyenne des cartels. En complément, on peut ajouter que notre étude fait également apparaître six cartels de douze ans d'existence, ce qui est un chiffre assez important sur l'échantillon qui regroupe 58 cas de cartels.

Il faut dès à présent voir ce que notre étude peut nous apporter comme résultats sur les programmes de clémence, comme outil de dissuasion de la formation des cartels.

B. Les conclusions à tirer sur l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels :

Tout d'abord, l'échantillon fait ressortir une prédominance des cartels de longue durée (plus de cinq ans). Or les cartels qui ont été de longue durée ont généré des surprofits pendant de très nombreuses années et ont porté atteinte à long

⁷² Emmanuel, Combe et Constance, Monnier, et Renaud, Legal, «Cartels : the probability of getting caught in the European Union », BEER Paper n°12, Mars 2008

terme au bien-être des clients et du consommateur final. Il est difficile à partir de cette donnée d'en déduire que les programmes de clémence ne semblent pas encourager les entreprises à quitter le cartel plus tôt et donc qu'ils ne réduiraient pas la durée de vie des cartels, car les programmes de clémence sont très récents et n'ont pu être pris en compte que très récemment dans la réflexion des entreprises. Cependant, même dans les décisions les plus récentes, se trouvent des cas de cartels qui existent depuis plus d'une dizaine d'années et qui n'ont été dénoncés que dix ans après la mise en œuvre du premier programme de clémence. On pense notamment à la dernière décision en date sur le site de la DG Concurrence, relative à l'entente sur les *tuyaux marins*⁷³ qui a existé depuis 1986 et qui a été dénoncée seulement en 2007. Ainsi, il semble tout de même possible d'émettre quelques réserves sur l'idée que les programmes de clémence contribuent directement à réduire la durée de vie des cartels.

D'autres éléments nous permettent en effet de remettre en cause la capacité de dissuasion des programmes de clémence. En effet, dans l'échantillon, on dénombre un grand nombre de récidives parmi les membres de l'entente, les noms des mêmes firmes reviennent souvent pour des ententes dans des secteurs parallèles. On peut citer notamment les cas des *Graphite électrodes* (2001), des *graphites spéciaux* (2002), deux secteurs parallèles, ou du *caoutchouc synthétique* (2008) et du *caoutchouc chloroprène* (2007). Dans les décisions de notre échantillon, la Commission mentionne en tout 17 entreprises qui récidivent, c'est-à-dire qui après avoir été condamnées pour leurs pratiques anticoncurrentielles récidivent et refont partie d'un cartel. Il est tout à fait possible que cette récidive ait pris place, parallèlement avec la mise en place des programmes de clémence.

⁷³ Aff. du 28 janvier 2009

Un autre élément remet directement en cause l'efficacité des programmes de clémence sur la dissuasion des cartels. En effet, on dénombre quatre cas d'entreprises récidivistes et qui font une demande de clémence. Ainsi, non seulement elles sont récidivistes lorsqu'elles demandent la clémence, mais comme elles reçoivent l'immunité totale, leur récidive n'est pas punie. Il s'agit des entreprises Bayer, Degussa, BASF et Shell. Les cas Bayer et Degussa sont encore plus intéressants. Les deux entreprises, après avoir fait une demande de clémence alors qu'elles étaient déjà récidivistes, refont une nouvelle demande de clémence plusieurs années plus tard. Par conséquent, dans ces cas, la clémence n'empêche pas la récidive et est un moyen avantageux pour éviter l'augmentation de la sanction liée à la récidive. Bayer dans l'affaire sur le caoutchouc synthétique fait une première demande de clémence (2006), alors qu'elle est récidiviste. Quelques années plus tard, dans un secteur parallèle, le caoutchouc chloroprène (2007), Bayer refait une demande de clémence. En l'espèce, il devient possible de douter de l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels. Au vu de ces différents éléments, il est possible de conclure que les programmes de clémence ne semblent pas changer beaucoup la donne en matière de formation des cartels. Il s'avère que la formation de cartels est toujours rentable pour les entreprises et que les programmes de clémence représentent un moyen pratique pour en sortir à peu de frais. Cependant leur effet dissuasif est incertain et est même remis en cause par les éléments précédents.

II) Conclusions issues de l'analyse économique :

Cependant, comme le rappelle M. Dominique Brault, les deux facteurs qui jouent sur la dissuasion des cartels sont l'importance de l'amende par rapport aux profits illicites liés à la mise en œuvre du cartel, mais aussi le degré de probabilité

que l'infraction soit découverte⁷⁴. Par conséquent, pour évaluer l'efficacité du programme de clémence communautaire, il peut être intéressant d'introduire ces deux paramètres dans la réflexion. En effet, ce sont ces deux effets, qui selon la littérature économique influencent véritablement la dissuasion des cartels. M. Emmanuel Combe précise que les deux facteurs sont substituables, car il présente la sanction optimale comme étant égale au gain illicite divisé de la probabilité de détection⁷⁵. Il ne faut pas en effet croire que la sanction dissuasive doit être égale au surprofit réalisé grâce au cartel, à moins que la probabilité de détection soit de 100%. Les deux facteurs sont donc bien substituables, en ce que plus la probabilité de la détection est faible, plus le montant de la sanction doit être élevé. Nous allons donc examiner si d'une part la sanction est optimale en droit communautaire de la concurrence et l'articuler avec la probabilité de détection.

La fixation du montant des amendes a été régie par les lignes directrices de 1998 pour le calcul des amendes⁷⁶, puis par les nouvelles lignes directrices de 2006⁷⁷. Les lignes directrices de 1998 permettaient la mise en place de sanctions en fonction de la taille de l'entreprise qui prédéterminait la partie essentielle du montant final de l'amende. En effet, le montant de base de l'infraction est calculé en fonction de la gravité de l'infraction et de sa durée, pondérée du poids spécifique de l'entreprise et de sa capacité économique. La gravité de l'infraction est divisée en trois catégories, soit les infractions « *peu graves* », généralement des restrictions verticales dont l'impact est limité sur le marché, « *graves* », c'est-à-dire des restrictions verticales ou horizontales dont l'impact sur le marché est plus large et

⁷⁴ Dominique, Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, ouvrage cité, p.697

⁷⁵ Emmanuel Combe, Constance Monnier, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Revue Concurrences* n°3-2007, p.39

⁷⁶ Cf. Lignes directrices de 1998 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA

⁷⁷ Cf. Lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 paragraphe 2 sous a) du règlement n°1/2003

qui peuvent produire leurs effets sur des zones étendues du Marché commun, et enfin « *très graves* », soit des ententes de prix ou des quotas de répartition des marchés. La durée de l'infraction peut être de « courte, moyenne ou longue durée », comme nous l'avons expliqué plus haut. Ce montant de base, pondéré en fonction de la taille de l'entreprise peut être majoré ou minoré, en fonction de circonstances aggravantes (récidive, refus de coopération,..) ou de circonstances atténuantes (rôle passif, non application effective des accords, coopération avec les autorités de concurrence). En pratique, cette manière de fixer les amendes était relativement insuffisante pour exercer une véritable dissuasion sur les entreprises, puisque le calcul de l'amende n'était pas calqué sur les surprofits générés par l'entreprise grâce au cartel. Ainsi, les amendes perçues étaient rarement à même d'égaliser les gains obtenus pendant l'existence du cartel.

A cet égard, les lignes directrices de 2006 apportent une amélioration, puisque le montant de base de l'amende est calculé en fonction d'un pourcentage de la valeur des ventes liées à l'infraction (et déterminées en fonction de la gravité de l'infraction) et multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction. De plus, la Commission « *inclut dans le montant de base une somme incluse entre 15 et 25% de la valeur des ventes⁷⁸* » annuelles, un sorte de « *droit d'entrée* » dont parle la Commission et qui est destinée à encourager la dissuasion. Ce renouvellement du calcul de l'amende est satisfaisant et prend en compte clairement les surprofits générés par le cartel. Cependant, il est possible d'y déceler quelques limites. Tout d'abord, en dehors de toute critique, il faut juste souligner que ses lignes directrices ont commencé à être appliquées seulement très récemment, seulement à partir de 2008 (dans l'affaire des *fournisseurs de bananes*) et donc qu'elles commencent

⁷⁸ Pt 25 des lignes directrices de 2006

seulement à produire des effets. Les deux réserves qu'on peut exprimer à leur égard, c'est que d'une part, elles ne prennent pas en compte la probabilité de détection, alors que comme nous l'avons expliqué, l'amende optimale dépend des surprofits et doit être augmentée, si la probabilité de détection est faible. Deuxièmement, en vertu de l'article 23 du règlement n°1/2003, le seuil maximal de sanction pour chaque entreprise ne peut pas dépasser les 10% du chiffre d'affaire total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Selon M. Emmanuel Combe, « *pour atteindre l'objectif de dissuasion, il serait efficace de ne pas limiter a priori le montant maximal des sanctions pécuniaires*⁷⁹ », alors que c'est le cas dans le droit communautaire de la concurrence. L'économiste plaide pour l'application de la sanction optimale. Cependant, il met un frein à sa position, en énonçant que la non fixation d'un plafond maximal de sanction se heurte à « *la nécessité d'accorder aux firmes une sécurité juridique*⁸⁰ ». On observe ici la frontière où le droit vient mettre un frein à l'application de l'analyse économique. Par conséquent, il est possible de nuancer l'idée que l'amende qui peut être infligée en droit communautaire serait suffisante pour dissuader la formation des cartels.

Si l'on s'intéresse maintenant à la probabilité de détection, à deux reprises M. Emmanuel Combe évalue la probabilité de détection. Dans l'ouvrage *Cartels et les ententes*, il avance que « *en matière de cartel, les estimations sur la probabilité de détection s'accordent sur le chiffre de 30%, ce qui signifie que la sanction devrait être égale en moyenne à trois fois le surprofit réalisé pour être réellement dissuasive*⁸¹ ». Dans un autre article⁸², le même auteur estime que la probabilité de détection annuelle pour un échantillon de cartels détectés dans l'Union européenne

⁷⁹ Emmanuel, Combe, *Cartels et ententes*, ouvrage cité, p.47

⁸⁰ *ibid*

⁸¹ *Ibid*, p.45

⁸² Emmanuel, Combe, "Cartels : the probability of getting caught in the European Union", article cité

par la Commission au cours de la période de 1969 à 2007 est de 13%. Le fait que cette probabilité soit élevée ou non importe peu, puisque d'après l'analyse économique, le montant de la sanction doit être corrélé en fonction de cette probabilité de détection. Or comme nous l'avons montré, la probabilité de la détection n'est pas prise en compte pour le moment dans le calcul du montant de l'amende en droit communautaire. Malgré, un renforcement des sanctions assez considérable au niveau communautaire, on est en droit d'émettre encore des doutes sur la capacité des sanctions à effectuer une dissuasion efficace de la formation des cartels. Dans certains cas, une augmentation de l'amende serait sans doute souhaitable.

Dés lors, il s'agit d'articuler le contenu de ces deux facteurs avec les programmes de clémence. Au vu de ce que nous avons dit, l'efficacité des programmes de clémence sur la dissuasion des cartels est surtout fonction de l'efficacité de ces deux facteurs. Cependant, il est loisible de s'interroger sur la capacité des programmes de clémence à renforcer la dissuasion ou au contraire à l'affaiblir. Il est difficile de répondre à cette question, puisque peu d'études ont été menées à ce sujet, mais l'analyse économique peut nous apporter quelques éléments de réponse.

Plusieurs effets indésirables peuvent en effet se produire si les moyens des autorités de concurrence pour détecter les cartels sont faibles, à travers notamment des sanctions pas suffisamment dissuasives et un taux de détection peu élevé. Nous reprenons ici les réflexions de l'atelier de concurrence du 7 décembre 2005⁸³. En effet, si les moyens des autorités de concurrence sont faibles, la clémence permet certes d'augmenter le taux de détection des cartels, mais surtout permet aux

⁸³ Patrice, Bougette, « L'efficacité économique des programmes de clémence », avec C.Montet et F.Venayre, *Concurrence et Consommation*, n°146, p.43-48, 2006

entreprises de sortir sans frais et sans risque d'un cartel, sans que cela ait un quelconque effet sur la dissuasion. Cela recouvre l'idée que « *plus le gain associé à la clémence est élevé pour le dénonciateur, plus cela renforce la profitabilité de la collusion et donc sa stabilité*⁸⁴ ».

Un autre problème est évoqué, mais on peut l'exclure en ce qui concerne le cas communautaire, puisque les demandes de clémence sont extrêmement nombreuses et ne cessent d'augmenter. Il s'agit de l'idée que le programme de clémence pourrait être détourné comme mesure de sanction interne du cartel. Ainsi, en cas de déviation d'un membre, il pourrait être utilisé comme menace à l'égard de l'entreprise concernée et finalement, s'il reste à l'état de menace, il peut contribuer à renforcer la stabilité de l'entente. Il reste difficile d'évaluer la réalité d'un tel facteur, mais au vu de l'importance des demandes de clémence, nous préférons l'écarter du champ de notre analyse.

Enfin, dernier argument avancé dans cet article, des représailles peuvent avoir lieu contre le membre du cartel qui a demandé la clémence et qui pourraient entraîner des nouvelles atteintes encore plus graves à la concurrence. Par conséquent, à terme, le programme de clémence aurait des effets contre-productifs par rapport au respect du droit de la concurrence.

A la suite de ces différentes réflexions, il apparaît que l'efficacité des programmes de clémence se situe surtout dans l'augmentation de la détection des cartels. En ce qui concerne leur efficacité par rapport à la dissuasion, celle-ci est plus discutable, puisque ce n'est pas le facteur le plus significatif qui joue sur la dissuasion. Dans ce cas-là, l'efficacité des programmes de clémence dépend notamment de l'importance du montant de l'amende, corrélée à la probabilité de la

⁸⁴ Ibid, p.45

sanction. Pour ce qui concerne l'Union européenne, il est possible d'émettre des doutes sur la capacité de ces deux derniers facteurs à dissuader suffisamment la formation des cartels. Par conséquent, le rôle des programmes de clémence dans la dissuasion des cartels est difficile à déterminer. Cependant, au vu des résultats de notre étude sur 54 cas de demandes de clémence et de l'analyse des motivations qui sont à l'origine d'une demande de clémence, il est possible de mettre en doute l'efficacité réelle des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels.

Il faut ajouter à cette réflexion un nouvel élément d'appréciation, qui tient en ce que l'efficacité des programmes de clémence est aussi limitée par des facteurs exogènes qui neutralisent leur efficacité. Notre troisième chapitre est l'occasion de procéder à l'analyse de ces facteurs exogènes et de voir en situation l'étendue et les limites de l'efficacité des programmes de clémence.

Chapitre 3 : Les limites objectives à l'efficacité du programme de clémence communautaire

Le programme de clémence communautaire, dont nous avons démontré l'attractivité croissante et l'efficacité à détecter les cartels, mais dont nous avons également nuancé l'efficacité sur la dissuasion des cartels, doit être resitué dans un contexte plus large, c'est-à-dire au sein de l'Union européenne, en parallèle avec les programmes de clémence nationaux et dans une perspective mondiale, avec l'effet des cartels internationaux. En prenant cette nouvelle perspective, le programme de clémence communautaire s'inscrit dans une optique plus large de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et voit son efficacité quelque peu menacée à plusieurs niveaux. La neutralisation de l'efficacité du programme de clémence communautaire est un risque avéré, puisque la clémence communautaire se heurte au manque d'harmonisation des programmes de clémence nationaux, mais aussi à la procédure de *discovery* américaine. Nous étudierons cette neutralisation des effets bénéfiques de la clémence dans notre Section I. Dans une seconde Section, nous tenterons de tirer un bilan de l'efficacité de la clémence communautaire et d'avancer de possibles solutions pour que l'efficacité soit renforcée.

Sect. I : Le risque de neutralisation de l'efficacité des programmes de clémence :

L'efficacité des programmes de clémence peut être relativisée par de nombreux éléments. Tout d'abord, même si le programme de clémence communautaire a été amélioré et présente une attractivité forte, conséquence d'une grande sécurité juridique, il reste une démarche coûteuse et risquée pour l'entreprise. Risquée, car la démarche en elle-même continue de présenter certaines incertitudes pour l'entreprise et peut être coûteuse en raison du risque pénal, mais surtout du risque de payer des dommages et intérêts importants dans le cadre d'une action civile mise en oeuvre par une victime d'un cartel (A). Ensuite, dans le cas des cartels internationaux, le risque du paiement de dommages et intérêts est beaucoup plus réel, du fait de l'effectivité de la procédure de *discovery* américaine (B). Enfin le manque d'harmonisation des programmes nationaux est coûteux pour les entreprises, créateur d'insécurité juridique et pesant donc sur l'efficacité de la clémence (C).

I) Une démarche toujours coûteuse et risquée :

La demande de clémence n'est pas exempte de risques pour l'entreprise, tout d'abord car la démarche en elle-même maintient, malgré un fort degré de sécurité juridique, des incertitudes (A), et induit à terme un risque pénal, mais surtout un risque d'avoir à payer des dommages et intérêts, même s'il reste assez minime (B).

A. Les risques inhérents à la procédure de clémence :

Comme le précise l'article des avocats MM. Frédéric Puel et Laurent François Martin⁸⁵, « *l'entreprise est dans l'incertitude totale sur de nombreux points, pourtant cruciaux, pour évaluer l'opportunité d'une démarche de clémence* ». Malgré le fort degré de sécurité juridique du programme communautaire, un certain nombre d'inconnues, inhérentes au programme et bénéfiques pour la Commission demeurent. Il s'agit d'une asymétrie d'information entre la Commission et l'entreprise, qui joue ici en faveur de la Commission. En effet, l'entreprise ne connaît pas les informations dont dispose la Commission et donc ne peut pas évaluer avec précision la valeur ajoutée des éléments qu'elle entend communiquer à l'autorité. De la même manière, elle ne sait pas si elle est la première entreprise à demander l'immunité, et si ce n'est pas le cas, la situation est nettement moins avantageuse pour elle, elle n'obtient, dans le cas le plus favorable que 50% de réduction d'amende, et passe à côté de l'immunité. Ensuite, les entreprises ne peuvent pas non plus évaluer avec certitude le montant de l'amende potentiellement encourue, le montant de l'amende étant corrélé aux informations que la Commission a pu trouver sur la durée de l'infraction et sa gravité. Par conséquent, l'entreprise détermine dans l'incertitude si le montant de l'amende encourue justifie financièrement le recours à la procédure de clémence. Dès lors, il reste une part incompressible de risque dans le recours à la clémence auquel une grande sécurité juridique ne peut remédier.

Les conséquences du recours à la clémence peuvent également décourager les entreprises. Les représailles des autres membres du cartel sont très possibles et peuvent donner lieu à une guerre des prix. Cette dernière, par contre, paraît moins probable dans le cas de firmes symétriques, c'est-à-dire de même taille, car une

⁸⁵ Frédéric, Puel et Laurent, François-Martin, « Méthodologie d'une démarche de clémence », article cité, p. 82

guerre des prix serait dommageable pour toutes les entreprises du secteur concerné. Ce qui est également difficile pour l'entreprise à gérer après la clémence, c'est son image. En effet, celle-ci risque d'être dégradée et peut entraîner une perte de réputation et une fuite des clients lésés vers d'autres fournisseurs. Ainsi, les conséquences d'une demande de clémence peuvent être lourdes et à même de décourager l'entreprise à s'y engager.

Les conséquences de la clémence peuvent même aller plus loin, car celle-ci ne protège pas, en théorie, contre le risque de sanctions pénales ou de paiement de dommages et intérêts.

B. Les risques de poursuites pénales ou civiles :

Contrairement au droit américain, les auteurs d'infraction à l'article 81 n'encourent pas de sanctions pénales, mais rien n'interdit pourtant qu'un dirigeant soit poursuivi au pénal dans les Etats-membres. En effet, le droit de la concurrence de certains Etats membres, comme la France depuis 2001, prévoit des sanctions pénales pour des personnes physiques qui auraient pris une part personnelle et déterminante dans l'organisation d'une entente. C'est en effet en vertu de l'article L. 420-6 du Code de commerce que des peines de prison allant jusqu'à quatre ans et une amende d'un montant maximum de 75 000 euros sont prévues à l'encontre d'une personne physique. Le Conseil de la Concurrence peut en effet saisir le parquet et lui transmettre une affaire d'entente qu'il a sanctionnée, en vue de poursuites pénales. L'Irlande et le Royaume-Uni ont suivi la France dans cette voie. Dans d'autres Etats membres, comme l'Autriche, la Belgique, l'Allemagne, la Grèce et l'Espagne, la responsabilité pénale des personnes physiques peut également être engagée dans certaines situations. Cependant, ici nous parlons du programme de clémence

communautaire et il faudrait donc que le cartel en cause, soit aussi sanctionné au niveau national par l'autorité de concurrence et que le droit interne prévoit des sanctions pénales. Depuis l'arrêt *Walt Wilhelm* de 1969, il est reconnu qu'une entente peut faire l'objet de deux procédures parallèles, l'une devant l'autorité de concurrence communautaire et l'autre devant l'autorité nationale, à la condition que l'application du droit national ne porte pas « *préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires [...] et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles*⁸⁶ ». Par conséquent, il est possible qu'un cartel sanctionné par la Commission, soit sanctionné à nouveau par une autorité de concurrence nationale qui pourra éventuellement prononcer des sanctions pénales à l'égard de personnes physiques ayant pris une part déterminante dans l'organisation d'une entente.

En vertu du point 31 de la communication sur la clémence de 2002, il est inscrit que le bénéfice d'une mesure de clémence ne protège pas non plus une entreprise des conséquences en droit civil de sa participation à une entente. Cependant, il faut souligner que pour l'instant, il n'existe pas de procédures de dédommagement contre une entreprise ayant pris part à un cartel au niveau communautaire. Par conséquent, les dommages sont évalués et réparés par les tribunaux compétents des Etats membres selon leurs règles nationales de responsabilité. Cependant, l'action en réparation dans l'Union européenne reste très limitée à plusieurs titres. Selon l'article sur les cartels internationaux des avocats MM. Jérôme Philippe et Ivan Gurov et Mme Aude Guyon⁸⁷, seulement douze Etats membres en 2006 possédaient une base légale pour l'introduction des actions en réparation, dont seulement trois qui avaient les véritables outils juridiques pour les

⁸⁶ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14-68

⁸⁷ Jérôme, Philippe, Ivan, Gurov et Aude, Guyon, « Les cartels internationaux », article cité, p.210

appliquer. Ce manque d'organisation est renforcé, comme le précise l'article cité, par le fait que dans certains Etats membres, plusieurs autorités sont compétentes pour juger des pratiques anticoncurrentielles.

D'autre part, les éléments nécessaires pour introduire un recours en réparation sont assez difficiles à rassembler. Il s'agit de trois éléments traditionnels, un intérêt à agir ou un préjudice, l'existence d'une faute et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. La démonstration de l'existence d'un préjudice est en plus une tâche ardue, puisque s'agissant des entreprises victimes d'un prix de cartel, celles-ci peuvent tout à fait répercuter l'augmentation du prix des achats (due au cartel) sur le client final. S'agissant du consommateur, il n'est généralement qu'une victime indirecte, qui n'est pas capable, ni en droit et ni en pratique, d'engager une procédure en réparation. Au cas où le consommateur serait une victime directe, le manque de développement des *class actions* en Europe le découragerait sans doute d'intenter une action en justice. L'article précité fait en effet référence au Rapport Ashurst qui estime qu'il n'existe de véritables *class actions* dans l'Union européenne qu'en Autriche et aux Pays-Bas.

Enfin, comme nous l'avons mentionné plus tôt dans notre réflexion (chapitre 1, section 3, II), la confidentialité établie sur les déclarations et les documents transmis lors de la procédure de clémence dans les deux dernières communications limite encore plus les actions en réparation. En effet, la communication de 2006 interdit la communication des pièces fournies lors de la demande de clémence. Ainsi les éléments de preuve qui seraient nécessaires pour engager une action en réparation, ne sont pas accessibles aux victimes.

Par conséquent, il faut relativiser le risque de poursuites pénales et surtout celui de poursuites au civil, puisque ces dernières sont théoriquement possibles, mais

difficilement réalisables dans les faits. A contrario, le risque de poursuites civiles est plus important sur le fondement du droit américain de la concurrence, en raison de la procédure de *discovery*.

II) La portée mondiale de la procédure de *discovery* du droit de la concurrence américain et ses effets :

La procédure de *discovery* américaine peut porter atteinte à l'efficacité du programme de clémence communautaire, en menaçant le principe de confidentialité appliqué aux déclarations orales, obtenues lors de la procédure de clémence communautaire. Cette menace pour l'efficacité existe en raison du champ d'application extraterritorial de la procédure américaine de *discovery* (A) et du fait qu'elle peut donner lieu au paiement de *treble damages* (dommages triples), dans le cadre d'une action en réparation (B).

A. Le champ d'application extraterritorial de la procédure américaine de *discovery* :

Comme la définissent les avocats Philippe, Guyon et Gurov dans l'article précité⁸⁸, la procédure de *discovery* « *permet aux juges américains d'ordonner sur demande d'une personne, partie à la procédure devant une juridiction étrangère ou américaine la production de documents fournis dans le contexte d'une autre procédure, telle que celle de la clémence*⁸⁹ ». Cette règle de procédure civile américaine permet à une partie à une action civile d'exiger l'accès à tout document détenu ou contrôlé par la partie adverse et en lien avec le litige. Le champ d'application extraterritorial de la procédure de *discovery* réside dans le fait qu'elle

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Ibid, p. 236

s'applique même aux documents situés en dehors du territoire américain. Ainsi ce système de « divulgation » (discovery) permet à une victime présumée de pratiques anticoncurrentielles, dans le cadre d'une action civile de réclamer, par exemple, la divulgation de documents et d'informations communiqués à la Commission dans le cadre de son programme de clémence. Cette hypothèse peut tout à fait se produire dans le cas d'un cartel international qui a déclenché des enquêtes aux Etats-Unis et dans l'Union européenne ou dans le cas où les victimes aux Etats-Unis tentent de voir si une entente européenne a pu avoir des effets aux Etats-Unis, ce qui ouvre droit à réparation. La procédure de discovery met donc à mal tout le dispositif, mis en place dans la communication de 2006, sur la confidentialité et la non communication des documents et des déclarations orales. Cela a un effet direct sur l'efficacité des programmes de clémence qui serait grandement menacée, car un de ses atouts majeurs réside dans sa confidentialité. La Commission s'oppose formellement à la divulgation des déclarations orales des entreprises (« *corporate statements* »), car elles sont réalisées au cours de la procédure de clémence et elles présentent un caractère auto incriminant qui facilite grandement l'obtention de dommages et intérêts pour le plaignant. La Commission considère donc que la divulgation de ces documents spécifiques placerait les entreprises dans une position moins favorable que si elles n'avaient pas coopéré avec la Commission. La crainte de la demande de discovery est accentuée par le fait que depuis l'arrêt *AMD v. Intel*⁹⁰ de la Cour Suprême, la Commission est considérée comme une juridiction au sens de la jurisprudence américaine, ce qui facilite les demandes de procédure de discovery de la part des tribunaux américains. Cependant, la Commission s'est organisée et depuis 2002 enregistre les déclarations des entreprises sans remise de

⁹⁰ *Intel Corporation Petitioner v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 21 juin 2004, U.S Supreme Court

documents. Cela a pour effet que l'absence de remise de copies permet de ne pas communiquer les notes prises lorsqu'elles sont exigées par un tribunal américain.

En conclusion, la procédure de discovery présente un risque sérieux pour l'efficacité du programme de clémence communautaire. Cependant, elle reste limitée à de très rares cas. Il faut pour qu'elle puisse avoir lieu que le demandeur soit américain et que l'infraction ait eu un effet sur le commerce américain. Ensuite, la Commission tente de s'opposer comme elle peut à cette procédure du droit civil américain.

La mise en œuvre de la procédure de discovery peut mener au paiement de *treble damages*, dommages et intérêts triples, à l'issue de l'action en réparation.

B. Le risque d'une condamnation à des *treble damages* :

Les juridictions américaines, en vertu d'une interprétation extensive du *Sherman Act*, ont des compétences extraterritoriales pour appliquer des sanctions à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre en dehors du territoire américain. L'affaire *Empagran*⁹¹ en est un exemple d'application et fait suite de l'affaire du cartel des vitamines⁹², cartel sanctionné par les Etats-Unis et la Commission européenne en 2001. Des sociétés clientes des membres du cartel, dont la société équatorienne Empagran, ont intenté une action collective en *treble damages* devant les juridictions américaines, alors qu'aucun des produits vendus par le cartel ne l'avait été sur le territoire des Etats-Unis. Cependant, les plaignants ont fait valoir que le comportement d'entente avait un « *effet substantiel, et raisonnablement appréciable sur le commerce des Etats-Unis* » et que l'effet sur le commerce américain national et extérieur justifiait la demande de dommages des opérateurs

⁹¹ *Empagran SA v. F Hoffman-Laroche*, decided on June 14, 2004, U.S Supreme Court

⁹² Décision de la Commission du 21 novembre 2001, Aff.37.512-Vitamines

sur le fondement du *Sherman Act*. Ainsi, une interprétation extensive de l'étendue des compétences extraterritoriales des juridictions américaines permet à des demandeurs privés d'obtenir dans les conditions du droit américain des dommages et intérêts pour des dommages subis en dehors des Etats-Unis. La condamnation à des treble damages est en effet très intéressante pour le plaignant, car il s'agit de dommages et intérêts triplés, et non simples comme en Europe, qui sont supposés jouer un rôle de dommages punitifs. Ce risque de condamnation à des dommages triples nuit de façon conséquente à l'efficacité du programme de clémence communautaire, car le montant de ces dommages triples peut se révéler plus élevé que celui de l'amende encourue devant la Commission européenne. Par conséquent, le programme de clémence communautaire pourrait perdre tout son intérêt, s'il induit un risque supplémentaire de se voir condamné à des treble damages.

Ainsi, à plusieurs égards, l'extraterritorialité du droit antitrust américain peut porter atteinte à l'efficacité des programmes de clémence. On comprend pourquoi une coopération internationale des autorités de concurrence est nécessaire. Cependant, une telle coopération s'avère aussi capitale au niveau de l'Union européenne du fait du manque d'harmonisation des programmes de clémence nationaux.

III) Le manque d'harmonisation des programmes de clémence nationaux:

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003, l'article 81 du TCE est désormais applicable aussi bien par la Commission que par les autorités nationales des vingt-sept Etats membres. La plupart des Etats membres ont mis en place un système de clémence et le programme de clémence communautaire n'intervient que

lorsque au moins trois Etats membres sont concernés par l'entente et que la Commission se trouve être la mieux placée pour traiter de l'affaire.

Cependant, une entreprise ne peut jamais être sûre que la Commission traitera au final de son dossier et doit au minimum pour assurer ses arrières présenter quatre demandes de clémence auprès de quatre autorités de concurrence différentes, soit la Commission et trois Etats membres, puisque la Commission est compétente quand le préjudice a lieu dans plus de trois Etats membres.

L'absence de « guichet unique » pour déposer une demande de clémence rend la démarche coûteuse pour l'entreprise. Celle-ci doit en effet prendre en considération la nature et la proportion d'éventuelles sanctions, les conditions des programmes de clémence qui varient d'un Etat membre à l'autre. Cette recherche d'informations et cette complexité de la démarche de clémence sont sources de coûts pour l'entreprise, mais celle-ci a intérêt à le faire, sinon elle s'expose aux sanctions des autorités compétentes auprès desquelles elle aurait omis de déposer une demande.

De plus, le manque de coordination des programmes de clémence nationaux est à l'origine d'un certain nombre d'incertitudes qui peuvent conduire les entreprises à renoncer à effectuer une démarche de clémence. Pour commencer, certains Etats membres ne possèdent pas de systèmes de clémence. Ensuite, une entreprise n'est pas sûre d'être la première à demander la clémence devant toutes les autorités de concurrence. La course à l'immunité en se démultipliant, se complexifie et sa réussite devient incertaine. Enfin, les caractéristiques des différents programmes nationaux rendent les critères d'octroi de la clémence différents et ces critères peuvent même parfois se heurter les uns aux autres. Par exemple, l'autorité de concurrence allemande, le Bundeskartellamt peut demander à l'entreprise concernée de continuer son activité au sein du cartel durant une période

suffisante pour collecter des preuves supplémentaires, tandis que le Conseil de la concurrence français demandera à l'entreprise l'arrêt immédiat de la participation. De la même manière, l'autorité de concurrence néerlandaise accepte les demandes d'immunité de la part de l'instigateur du cartel, tandis que l'Office of Fair Trading (l'autorité de concurrence britannique) ne l'accepte pas. Ainsi les conditions à l'immunité sont plus ou moins strictes d'un Etat membre à l'autre et les moyens d'obtention de la clémence sont très variables aussi. Les déclarations orales sont acceptées par la Commission et l'Office of Fair Trading, mais pas par la Belgique. Seuls le Royaume-Uni, l'Autriche et l'Allemagne appliquent un système de marqueur. Par conséquent, ces différences notables d'un programme de clémence à l'autre privent l'entreprise d'obtenir l'immunité auprès de toutes les autorités compétentes. Ce manque d'harmonisation crée donc des incertitudes, soit une imprévisibilité de l'immunité, propres à dissuader les entreprises de coopérer avec les autorités de concurrence.

La réflexion engagée en 2005 sur les inconvénients de ce manque d'harmonisation a donné lieu à l'adoption par le Réseau Européen de concurrence, le 29 septembre 2006, d'un programme modèle en matière de clémence, mais qui reste insuffisant. Ce programme modèle apporte une réponse aux demandes multiples de clémence dans plusieurs Etats membres et il prévoit un modèle uniforme de « *demande sommaire* », pour alléger la charge des demandeurs, lorsqu'une entente couvre plusieurs Etats membres. Les entreprises peuvent alors déposer auprès de toutes les autorités de concurrence une « *demande sommaire* », qui comme son nom l'indique a un contenu très succinct. Celles-ci se borneront à confirmer si l'entreprise est la première à effectuer une telle demande et lui donneront un délai pour compléter sa demande. Cependant, cette nouvelle mesure

n'empêche pas que l'entreprise reste tenue de répondre aux demandes de renseignements qui lui sont adressé et comme il s'agit d'une demande formelle de clémence, les autorités de concurrence qui en sont saisies peuvent échanger des informations sans le consentement de l'entreprise. Par conséquent, le programme modèle allège seulement en partie les coûts administratifs de la démarche et aussi ne s'applique que dans un cas limité, soit seulement pour les demandes d'immunité présentées avant l'ouverture d'une enquête.

L'absence d'un système de guichet unique ou d'un système de reconnaissance mutuelle par lequel une demande de clémence serait considérée comme valable dans toute l'Union, est préjudiciable et nuit à l'efficacité du programme de clémence communautaire. Ainsi, replacée dans une logique européenne et internationale, l'efficacité des programmes de clémence se trouve remise en cause et le programme de clémence n'apparaît plus comme la solution miracle pour lutter contre les cartels. Les programmes de clémence doivent être en effet intégrés dans une logique d'ensemble, c'est-à-dire resitués dans la totalité des outils anti-cartels et intégrés dans une logique internationale, qui est à même de garantir l'efficacité du programme communautaire.

Sect. 2 : Un bilan du programme de clémence communautaire et de possibles solutions pour le rendre plus efficace :

Notre réflexion a consisté à mettre à jour l'efficacité réelle du programme communautaire de clémence. Celle-ci a été remise en question au fur et à mesure du développement, notamment concernant l'effet de la clémence sur la dissuasion des cartels. Il est important d'apporter des nuances au discours prédominant qui veut

que l'efficacité des programmes de clémence justifie leur emploi et excuse son caractère moralement et juridiquement contestable. En effet, les programmes de clémence, s'ils produisent des résultats significatifs sur la détection des cartels, ne sauraient être envisagés comme l'arme absolue de lutte contre les cartels, ni l'outil miracle pour les détruire. Au contraire, ils doivent être replacés dans l'ensemble des outils anti-cartels, qui doivent venir à leur appui. Or, nous allons montrer que l'efficacité des programmes de clémence demeure encadrée dans des conditions limitées (I). D'autre part, l'efficacité des programmes de clémence ne saurait être maintenue et envisagée que dans une perspective internationale, leur efficacité dépend en effet de la cohérence de politiques entre les différentes juridictions nationales au plan mondial. Dès lors, si l'on veut penser l'efficacité du programme communautaire de façon pertinente, il faut prendre une dimension internationale du problème (II).

I) Des conditions limitées où les programmes de clémence sont véritablement efficaces :

Si l'on fait le bilan des éléments que nous avons tirés sur l'efficacité des programmes de clémence, il s'avère que l'efficacité du programme de clémence communautaire est souvent limitée.

Nous pouvons rappeler une partie de notre analyse qui a consisté à examiner les comportements des entreprises *ex ante* et *ex post* à la demande de clémence. Nous avons déterminé une possible instrumentalisation de la clémence par les entreprises, le programme étant sans conteste employé pour sortir d'un cartel de façon moins coûteuse et risquée que prévue ou du fait de l'imminence d'une détection. L'analyse du comportement des entreprises nous a fait douter de la capacité de la clémence à

dissuader la formation des cartels. Cette efficacité à moyen terme des programmes de clémence a été remise en cause, d'une part car ce ne sont pas les programmes de clémence qui agissent le mieux sur la dissuasion des cartels, mais aussi d'autre part, parce qu'ils n'induisent en rien que les entreprises ne seront pas incitées à moyen terme à reformer un cartel, intégrant en plus dans leur stratégie la possibilité d'éviter l'amende grâce à la clémence.

D'autre part, notre réflexion nous a conduit à comprendre que la procédure de clémence n'est pas parfaite et qu'elle connaît intrinsèquement de nombreuses limites. La démarche de la clémence reste toujours une procédure risquée pour les entreprises, elle comporte une part incompressible de risque, que même le plus grand degré de sécurité juridique ne peut combler. Ainsi, on voit bien qu'il y a une limite dans l'amélioration des programmes de clémence. A partir d'un certain moment, même si les garanties les plus poussées sont apportées aux entreprises, il n'en reste pas moins que le risque de la procédure, même considérablement atténué, ne disparaît pas. Nous verrons, ce que l'avenir nous réserve, mais peut-être que pour un temps la communication de 2006 va rester la référence en matière d'efficacité du programme de clémence.

Ce risque inhérent à la démarche de la clémence est de plus accru par la possibilité de paiement de dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure en réparation devant les juridictions nationales, mais surtout du fait de la procédure de discovery. En effet, tout ce qui a été gagné en sécurité juridique à travers l'amélioration successive du programme de clémence communautaire est mis à mal par la procédure de discovery, mais aussi par le manque d'harmonisation des programmes nationaux. Ainsi, l'efficacité de la clémence communautaire est amoindrie par des

éléments exogènes, qui rendent nécessaire un dialogue entre autorités de concurrence nationales, au niveau européen et mondial.

Un autre élément important consiste en ce que l'efficacité des programmes de clémence ne doit pas être conçue de façon étanche, en autarcie des autres outils anti-cartel. En effet, on peut rappeler à cet égard que l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels, repose en grande partie sur deux autres facteurs, dont un qui peut être ajusté par les autorités de concurrence. Il s'agit de l'efficacité du montant de l'amende à être dissuasive. Sans une politique habile et sévère en ce domaine et prenant également en compte la probabilité de détection, l'efficacité des programmes de clémence peut se réduire comme peau de chagrin.

Les avocats Me Philippe, Guyon et Gurov tirent la sonnette d'alarme, en affirmant que « *la juxtaposition d'outils anti-cartels risque d'aboutir à une cannibalisation des outils les uns avec les autres*⁹³ ». Ils ajoutent plus loin que « *l'abondance d'outils anti-cartels est nuisible, car à partir d'un certain point les différents outils deviennent contradictoires*⁹⁴ ». En effet, non seulement les programmes de clémence doivent être envisagés au sein de la totalité des outils anti-cartels, mais en plus ils doivent veiller à ne pas venir les contredire ou les contrecarrer, sinon l'efficacité des programmes de clémence s'en trouverait affectée. Les outils anti-cartels sont abondants, comme le précisent les trois auteurs précités. Il est possible de citer les enquêtes menées par les autorités de concurrence, la coopération entre autorités, les actions civiles en réparation et les sanctions pénales.

Or, à plusieurs reprises, au cours de notre réflexion, il a été observé que ces différents outils se contredisaient. En effet, comme le précisent les trois avocats

⁹³ Jérôme, Philippe, Ivan, Gurov et Aude, Guyon, « Les cartels internationaux », article cité, p.427

⁹⁴ Ibid

dans le même article⁹⁵, l'efficacité *ex post* des procédures civiles en réparation est incontestable, car celles-ci sont destinées à dissuader les entreprises de recommencer à former un cartel. Cependant, *ex ante*, l'efficacité des programmes de clémence s'en trouve atténuée, car la perspective de dommages et intérêts importants à payer dissuade les entreprises de participer à la clémence. En conséquence, les procédures en réparation ne seraient plus possibles, si moins d'entreprises viennent solliciter la clémence. En effet, la coexistence de ces différentes mesures rend la lutte contre les cartels complexe, parce que certaines mesures peuvent jouer l'une contre l'autre. En effet, ce que d'un côté, les programmes de clémence donnent comme avantages et comme sécurité juridique aux entreprises, on pense notamment à la non communication des déclarations orales aux tiers, ils les retirent au droit inaliénable à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, à partir d'un certain moment l'élaboration d'un fort degré de sécurité juridique pour les entreprises est dommageable pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'orientation prise par le programme communautaire a des limites et doit être bornée à moins de devenir défavorable aux victimes. On prend ici la mesure de ce qu'est le programme de clémence, un outil récent et efficace, mais limité.

Par conséquent, l'efficacité du programme communautaire pour être maintenue doit voir le programme communautaire articulé avec cohérence avec les autres outils anti-cartels. Cette cohérence doit se faire au sein de la politique d'une juridiction, mais également entre différentes juridictions, puisque les cartels ont une dimension transnationale et que les droits antitrust nationaux ont souvent une « *tendance naturelle à l'application extra-territoriale* »⁹⁶. C'est pourquoi l'efficacité des

⁹⁵ Ibid

⁹⁶ Ibid, p.247

programmes de clémence ne peut être envisagée que dans la prise en compte d'une perspective internationale.

II) La nécessité de prendre en compte une perspective internationale :

Si l'on a constaté que l'efficacité des programmes de clémence est quelque peu limitée dans certains cas, certaines améliorations sont possibles à moyen terme, qui permettraient de renforcer leur efficacité.

Ces améliorations sont bien entendu liées à la prise en compte de la dimension internationale des programmes de clémence et du manque d'harmonisation des politiques de clémence au niveau européen.

S'agissant de ce qui a été dit concernant le manque d'harmonisation des programmes nationaux de clémence, il est envisagé à terme de prévoir une harmonisation des programmes de clémence nationaux, et la création d'un système de « *guichet unique* ». Par conséquent, une demande de clémence unique serait déposée et après discussion au sein du Réseau européen de concurrence, l'affaire serait attribuée à l'autorité nationale de concurrence considérée comme la mieux placée pour mettre en œuvre ce guichet unique. Un système de marqueur communautaire pourrait également être envisagé. Ces projets sont en cours et le programme modèle de clémence de 2006, même s'il est insuffisant pour le moment, est une formulation de réponse à ces préoccupations. Cependant, il semblerait, selon M. Eric Barbier de la Serre, que la Commission ait déjà renoncé à la voie de la reconnaissance mutuelle, par laquelle une demande de clémence serait considérée comme valable dans toute l'Union. Selon ce dernier, « *La Commission précise qu'une telle option n'était pas réaliste [...] en effet, un tel système signifierait que*

*chaque autorité devrait collecter des informations auprès de tous ses homologues et vérifier qu'aucune d'entre elles ne disposait de suffisamment d'éléments pour lancer d'office une enquête. En outre, dans un tel système, les contacts pourraient être plus difficiles entre les demandeurs et les autorités préparant une inspection*⁹⁷. »

Une autre préconisation que l'on retrouve à plusieurs reprises dans l'analyse économique et juridique, serait la mise en place de sanctions pénales. En effet, celles-ci auraient un effet nettement plus dissuasif sur la formation des cartels qu'une sanction pécuniaire. Selon l'OCDE⁹⁸, les sanctions pénales à l'égard des personnes physiques sont plus dissuasives, car les individus préfèrent payer une amende plutôt que d'encourir une peine d'emprisonnement. En effet, le profit dégagé par le cartel ne peut être guère comparé ou mis en balance avec le risque d'une peine d'emprisonnement, contrairement au cas d'une sanction pécuniaire. Dès lors, l'instauration de sanctions pénales au niveau communautaire serait, selon l'OCDE⁹⁹, un élément à même de renforcer l'efficacité du programme de clémence, car l'existence de sanctions pénales augmente la probabilité que l'individu se dissocie d'une entente, qu'il fournisse des informations et offre sa coopération. Cependant, une condition supplémentaire devrait être rajoutée au programme de clémence, il pourrait en plus de l'immunité d'amende prévoir une transaction pénale, c'est-à-dire étendre la clémence aux sanctions pénales.

En dernier lieu, il faut rappeler que l'efficacité du programme de clémence communautaire dépend aussi des risques qui pèsent sur les cartels au niveau international. En effet, plus le nombre de pays est grand à prévoir des poursuites

⁹⁷ Eric, Barbier de la Serre, « Le programme-modèle du réseau en matière de clémence : entre 'harmonisation en douceur' et 'homogénéisation' », Revue *Lamy de la concurrence*, n°10-2007

⁹⁸ Rapport de 2005 de l'OCDE

⁹⁹ Ibid, p.87

contre les ententes, plus le risque d'être condamné à une amende pour les entreprises augmente et plus la dissuasion est forte. Ainsi, plus les systèmes anti-cartels seront puissants et coordonnés au niveau mondial, plus, on peut imaginer, que la formation de cartels sera difficile. La réflexion sur les programmes de clémence doit être effectivement conçue au niveau mondial. Il existe des forums internationaux de discussion, tels que le Réseau International de concurrence (International Competition Network), l'OCDE et l'OMC qui possède un groupe de réflexion à ce sujet, *Commerce et concurrence*. Si une coopération internationale est possible en l'état actuel du Réseau International de Concurrence, elle reste largement informelle pour l'instant et la possibilité d'échanger des informations confidentielles n'est pas encore possible, notamment puisque les informations obtenues grâce aux demandeurs de clémence sont protégées. Cependant, il est possible d'envisager à moyen terme une plus grande et plus effective coopération entre autorités de concurrence, au niveau mondial, qui permettrait éventuellement de gommer les effets parfois néfastes de la tendance à l'extraterritorialité des droits antitrust nationaux, comme la procédure de discovery. De même, à cet égard, comme le proposent les trois avocats dans l'article précité¹⁰⁰, une généralisation du principe de protection des demandeurs de clémence au niveau mondial pourrait être envisagée, ce qui aurait pour effet qu'un demandeur de clémence en Europe soit également protégé des dommages triples américains au même titre qu'un demandeur de clémence aux Etats-Unis. Par conséquent, l'efficacité de la lutte anti-cartels doit se concevoir au niveau mondial et la réflexion sur les programmes de clémence doit être intégrée dans cette logique.

¹⁰⁰ Jérôme, Philippe, Aude, Guyon et Ivan, Gurov, « Les cartels internationaux », article cité, p. 247-248

CONCLUSION

Nous nous sommes attelés à évaluer l'efficacité des programmes de clémence et à apporter un regard nouveau sur leur efficacité, trop souvent affirmée et rarement contestée. La clémence est une mesure assez radicale, qui a été appliquée à l'égard du terrorisme, pour les repentis d'actes terroristes. La nécessité de cette mesure pour lutter contre les ententes peut surprendre et choquer en ce qu'elle renverse un certain nombre de principes généraux du droit. En effet, nous avons montré en quoi les programmes communautaires successifs sont allés de plus en plus à l'avantage des entreprises, en instaurant un degré de sécurité juridique très important et par là même en diminuant au maximum les risques pour ces dernières. Il est difficile de contester cette amélioration de l'efficacité des programmes, car un programme de clémence ne vaut la peine d'être mis en place que s'il est courageux et s'il est à même de susciter la participation des entreprises.

Cependant, à l'aune de l'analyse des comportements des entreprises *ex ante* et *ex post* la demande de clémence, il est apparu que l'efficacité des programmes de clémence à moyen terme, afin de dissuader la formation des cartels peut être mise en doute. De même, la mise en valeur de facteurs exogènes qui limitent l'efficacité du programme de clémence communautaire, a permis de relativiser le caractère de redoutable efficacité de la clémence. Il s'agit d'une mesure anti-cartel, comme les autres, qui à l'heure actuelle, apporte plus de résultats, en termes de détection des cartels que les autres mesures préexistantes. Cependant, sans être insérée de façon

cohérente dans la politique de lutte contre les cartels, la procédure de clémence peut perdre de sa pertinence.

Nous ne jugerons pas de l'opportunité de l'adoption d'un programme de clémence par la Commission, car ce choix relève d'un choix politique, motivé en partie par l'analyse en terme économique des bénéfices de la clémence. Néanmoins, alors que l'efficacité à moyen terme de la clémence est remise en question, les réserves d'une partie de la doctrine juridique vis-à-vis de la mesure sont compréhensibles.

Annexe relative aux résultats de l'étude portant sur 54 décisions de la Commission et où a été mise en œuvre la procédure de clémence :

Remarques: Les 54 décisions mentionnées se trouvent sur le site de la Direction Générale de la Concurrence de la Commission européenne à l'adresse : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html> et sont numérotées de 1 à 54 à la fin de l'annexe. Merci de se référer à cette numérotation pour comprendre à quelle décision, il est fait référence.

Les durées de vie indiquées sont celles qui ont été prouvées par la Commission, généralement la durée de vie réelle est un peu plus longue.

Une décision de la Commission peut traiter de plusieurs cartels, ainsi ici nous avons 54 décisions, mais 58 cartels en cause.

Résultats de l'étude :

- Durée de l'entente

En dessous d'un an, cartel de « courte durée »

0 jour, entente non mise en oeuvre: 1 cas (n°31)

3 mois : 1 cas (n°37)

6 mois : 1 cas (n°5)

Au-dessus d'un an et jusqu'à cinq ans, cartel de « durée moyenne »

1 an : 3 cas (n°10, 13 et 17)

2 ans : 1 cas (n°26)

3 ans : 3 cas (n°3, 8 et 47)

4 ans : 5 cas (n°11, 14, 24, 39, 44)

5 ans : 6 cas (n°2, 29, 46, 48, 49, 50)

Total : 21 cartels d'une durée de vie de 0 à cinq ans maximum

Au-dessus de cinq ans, cartel de « longue durée »

6 ans : 7 cas (n°6, 21, 23, 25, 26, 30, 42)

7 ans : 6 cas (n°18, 22, 28, 43, 53 et 54)

8 ans : 0

9 ans : 3 cas (n°20, 40, 52)

10 ans : 2 cas (n°9, 15)

Sous-total : 18 cartels d'une durée de vie de 6 à 10 ans

Au-dessus de 10 ans :

11 ans : 1 cas (n°35)

12 ans : 6 cas (n° 12, 26, 38, 13, 33, 41)

13 ans : 1 cas (n°45)

14 ans : 3 cas (n°4, 32)

15 ans : 1 cas (n°51)

16 ans : 1 cas (n°27)
17 ans : 2 cas (n°16, 19)
18 ans : 1 cas (n°7)
19 ans : 1 cas (n°36)
20 ans : 0

Sous-total : 17 cartels d'une durée de vie de 11 à 20 ans

Au-dessus de 20 ans :

21 ans : 1 cas (n°1)
29 ans : 1 cas (n°34)

Sous-total : 2 cartels d'une durée de vie de plus de 20 ans

Total : 37 cartels de « longue durée »

- Début de l'enquête à l'initiative de la Commission (grâce à l'aide du Réseau européen de concurrence, d'une enquête du DOJ et demande de clémence seulement après une demande de renseignements ou une inspection): 23 cas (n°2, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 26, 30, 31, 38, 42, 44, 46, 48, 49, 50, 53, 54, 17 et 37)
- Début de l'enquête grâce à la dénonciation : 31 cas (décisions non citées ci-dessus)
- Nationalité de la firme délatrice :
Anglaise : 7 cas (BP : n°12 et 20, Christie's : n°43, Morgan Crucible : n°35, Shell : n°4, Entaco : n°24 et 29)
Allemande : 7 cas (Merck KgaA : n°41, Bayer : n°9 et 18, Degussa : n°21 et 22, BASF : n°28, Prym : n°13)
Américaine : 5 cas (Mueller : n°32 et 19, Chiquita : n°3, Flexsys : n°23, Graff Tech : n°39)
Belge : 2 cas (Interbrew : n°50 et 51)
Finlandaise : 1 cas (Otis : n°15)
Française : 2 cas (Sanofi-Aventis : n°45 et 52)
Italienne : 1 cas (n°25 : Deltafina)
Japonaise : 3 cas (n°1 : Yokohama, n°36 : Chisso, n°40 : Takeda)
Néerlandaise : 2 cas (n°6 et 34 : Akzo)
Norvégienne : 1 cas (n°5 : Boliden Odda)
Sud Africaine : 1 cas (Sappi : n°47)
Suisse : 2 cas (n°16 : ABB, n°27 : Clariant)
- Dénonciation, alors que le délateur est membre du cartel depuis le début de son existence : 31 cas
- Dénonciation, alors que le délateur est un membre récent du cartel : 3 cas
- Récidive du délateur : 4 cas, Bayer (n°18), Degussa (n°22), BASF (n°28), Shell (n°4)
- Demande de clémence pendant ou jusqu'à l'existence du cartel : 23 cas

- Demande de clémence après la mort du cartel : 5 cas

- Récidivistes parmi les membres du cartel, mais qui ne sont pas forcément les délateurs :
 - Arkema : 2 fois (n°21 et 34)
 - Atofina : 1 fois (n°27)
 - Bayer : 2 fois (n°8 et 9)
 - BPB : 1 fois (n°42)
 - Danone : idem (n°31 et 50)
 - Degussa : 2 fois (n°21 et 34)
 - Edison : 1 fois (n°22)
 - ENI : idem (n°18)
 - Hoechst : idem (n°27)
 - Lafarge: idem (n°42)
 - Outokumpu: idem (n°33)
 - Peroxid: idem (n°34)
 - Shell: 2 fois (n°18 et 20)
 - Solvay : 1 fois (n°22)
 - Thyssen-Krupp : idem (n°15)

Décisions de la Commission concernées par l'étude:

- 2009 : application de la communication de 2006 sur la clémence

1) Affaire COMP/39.406 — Tuyaux marins

- 2008 : application de la communication de 2002 sur la clémence

2) Affaire COMP/39.125 — Verre automobile

3) Affaire COMP/39.188 — Bananes

4) Affaire COMP/39.181 __ Producteurs de cire

5) Affaire COMP/ 39.180 __ Producteurs de fluorure d'aluminium

6) Affaire COMP/38695 — Chlorate de sodium

7) Affaire COMP/38.543 __ Services de déménagements internationaux

8) Affaire COMP/38.628 — Caoutchouc butadiène-nitrile

- 2007 :

9) Affaire COMP/38.629 — Caoutchouc chloroprène

10) Affaire COMP/39.165 — Verre plat

11) Affaire COMP/31.432__ Producteurs de bandes vidéo professionnelles

12) Affaire COMP/F/38.710 ___ Marché du bitume en Espagne

13) Affaire COMP/39.168 — PO/Articles de mercerie métalliques et plastiques:
Fermetures

14) Affaire COMP/B-2/37.766__ Marché néerlandais de la bière

15) Affaire COMP/E-1/38.823 — Ascenseurs et escaliers mécaniques

16) Affaire COMP/38.899 — Appareillage de commutation à isolation gazeuse

- 2006 :

17) Affaire COMP/F/39.234 — Extra d'alliage (= réadoption d'une décision de la Commission de 1998, mais avec une application de la communication de 1996 sur la clémence)

18) Affaire COMP/F/38.638 — BR/ESBR Caoutchouc synthétique

Application de la communication de 1996 sur la clémence :

19) Affaire COMP/F/38.121 — Raccords [notifiée sous le numéro C(2006) 4180

20) Affaire COMP/F/38.456 — Bitume (Pays-Bas)] [notifiée sous le numéro
C(2006) 4090

21) Affaire COMP/F/38.645 — Méthacrylates [notifiée sous le numéro C(2006)
2098]

22) Affaire COMP/F/C.38.620 — Peroxyde d'hydrogène et perborate [notifiée sous
le numéro C(2006) 1766]

- 2005 :

23) Affaire COMP/F/C.38.443 — Produits chimiques pour le traitement du
caoutchouc [notifiée sous le numéro C(2005) 5592]

24) Affaire COMP/38354 — Sacs industriels [notifiée sous le numéro C(2005)
4634]

25) Affaire COMP/C.38.281/B.2 — Tabac brut — Italie [notifiée sous le numéro
C(2005) 4012]

26) Affaire COMP/38.337 — PO/Thread [notifiée sous les numéros C(2005) 3452
et C(2005) 3765)] fil industriel

27) Affaire C.37.773 — AMCA [notifiée sous le numéro C(2004) 4876] ou Acide monochloracétique

- 2004 :

28) Affaire C.37.533 — Chlorure de choline [notifiée sous le numéro C(2004) 4717]

29) Affaire COMP/F-1/38.338 — PO/Aiguilles [notifiée sous le numéro C(2004) 4221]

30) Affaire COMP/C.38.238/B.2) — Tabac brut — Espagne [notifiée sous le numéro C(2004) 4030]

31) Affaire COMP/C.37.750/B2 — Brasseries Kronenbourg — Brasseries Heineken) [notifiée sous le numéro C(2004) 3597]

32) Affaire n o C.38.069 — Tubes sanitaires en cuivre [notifiée sous le numéro C(2004) 2826]

- 2003 :

33) Affaire C.38.240 — Tubes industriels (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2003) 4820]

34) Affaire COMP/E-2/37.857 — Peroxydes organiques [notifiée sous le numéro C(2003) 4570 final et rectificatif C(2004) 4]

35) Affaire C.38.359 — Produits à base de carbone et de graphite pour applications électriques et mécaniques [notifiée sous le numéro C(2003) 4457]

36) Affaire n° C.37.370 — Sorbates [notifiée sous le numéro C(2003) 3426]

37) Affaire COMP/C.38.279/F3 — Viandes bovines françaises [notifiée sous le numéro C(2003) 1065]

- 2002 :

38) Affaire C.37.956 — Ronds à béton [notifiée sous le numéro C(2002) 5807]

39) Affaire n o C.37.667 — Graphites spéciaux [notifiée sous le numéro C(2002) 5083]

40) Affaire COMP/C.37.671 — Exhauteurs de goût (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro (2002) 5091]

41) Affaire COMP/E-2/37.978/ Méthylglucamine [notifiée sous le numéro C(2002) 4557] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

42) Affaire COMP/E-1/37.152 — Plaques en plâtre [notifiée sous le numéro C(2002) 4570]

43) Affaire COMP/E-2/37.784 — Maisons de vente aux enchères d'objets d'art [notifiée sous le numéro C(2002) 4283 final, et rectificatifs C(2002) 4283/7 et C(2002) 4283/8] ou décision concernant Christie's et Sotheby's

44) Affaire COMP/E-3/36.700 — Gaz industriels et médicaux [notifiée sous le numéro C(2002) 2782]

45) Affaire C.37.519 — Méthionine (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.) [notifiée sous le numéro C(2002) 2276]

46) Affaire COMP/36.571/D-1, Banques autrichiennes — "club Lombard") [notifiée sous le numéro C(2002) 2091]

- 2001 :

47) Affaire COMP/E-1/36.212 — Papier autocopiant [notifiée sous le numéro C(2001) 4573]

48) Affaire COMP/E-1/37.027 — Phosphate de zinc [notifiée sous le numéro C(2001) 4237]

- 49) Affaire COMP/E-1/36.604 — Acide citrique (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)
- 50) Affaire IV/37.614/F3 PO/Interbrew et Alken-Maes [notifiée sous le numéro C(2001) 3915] ou dite Brasseries belges
- 51) Affaire COMP/37.800/F3 — Brasseries luxembourgeoises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2001) 3914]
- 52) Affaire COMP/E-1/37.512 — Vitamines [notifiée sous le numéro C(2001) 3695] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)
- 53) Affaire COMP/E-1/36.756__Gluconate de sodium voir n°31
- 54) Affaire COMP/E-1/36.490 — Électrodes de graphite (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.)[notifiée sous le numéro C(2001) 1986]

SOURCES

OUVRAGES – ETUDES – MELANGES

BOUTARD LABARDE, Marie-Chantal, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris, LGDJ, 2008

COMBE, Emmanuel, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005

DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2006

FRISON- ROCHE, Marie-Anne, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006

IDOT, Laurence, *Droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, mars 2007

MALAURY- VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence interne et international*, Paris, Dalloz, 2008

SIBONY, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008

SOUTY, François, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2003

THESES

DAVID, Eric, *Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles en droit comparé*, Thèse sous la direction de KOVAR, Robert, Université Robert Schuman, 2004

ARTICLES

ANADON, Caroline, « Une politique communautaire de clémence renforcée », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°12, 2007

AUBERT, Cécile, KOVACIC, William et REY, Patrick, “The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels”, Forthcoming in the *International Journal of Industrial organization*, 2005

BLOOM, Margaret, “Despite its great success, the EC leniency program faces great challenges”, King’s College, London, 2006

BRENNER, Steffen, “An empirical study of the European corporate leniency program”, Humboldt-University, Berlin, March 15, 2005

BUCCIROSSI, Paolo et SPAGNOLO, Giancarlo, “Antitrust sanction policy in the presence of leniency programs”, *Concurrences*, n°4-2006

CHEN, Joe et HARRINGTON, Joseph, E., “The impact of the corporate leniency program on cartel formation and the cartel price path”, August 2005, CIRJE

DECOQ, George, « La délation récompensée », *Contrats concurrence consommation*, n°6, juin 2006

GERADIN, Damien, “The EC fining policy for violations of competition law: an empirical review of the Commission decisional practise and the Community court’s judgement”, GCLC Working paper 03/05

HARRINGTON, Joseph E, “Optimal corporate leniency programs”, Working Paper, Department of Economics, John Hopkins University

LEMAIRE, Christophe, « Un regard français : de la loi NRE au programme de clémence », *Concurrences*, n°3-2005

LEMAIRE, Christophe, « La clémence : nouvelle étape de la convergence des droits de la concurrence en Europe », *Europe*, décembre 2006, étude n° 12

LOWE, Philip, LAINA, Flavio, « La lutte contre les cartels et la politique de clémence », Forum de concurrence européen du 28 avril 2006, *Concurrences*, Colloques, n°3-2006, p.73-84

MOTCHENKOVA, Evgenia, “Effects of leniency programs on cartel stability”, Working Paper, Tilburg University, Department of Econometrics

PHILIPPE, Jérôme, « L’avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction », *Contrats Concurrence Consommation*, n°12, décembre 2006

POILLOT PERUZZETTO, Sylvaine, « Mise en oeuvre des articles 81 et 82 sur le fondement du règlement n°1/2003 », *Contrats Concurrence Consommation* n°6, juin 2004, comm. 98

Atelier de la concurrence du 7 décembre 2005, (tous les articles), *Concurrence et consommation*, n°146, 2006

RAPPORTS

Livre vert :

Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (COMP [2005] 672 final E 3047)

Livre blanc :

Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE (ex articles 85 et 86 du traité CE) [Journal officiel C 132 du 12.05.1999].

Rapport de l'Assemblée nationale :

Rapport d'information du 28 juin 2006 sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (COMP [2005] 672 final E 3047)

Rapport de la Commission européenne :

Rapport sur la politique de la concurrence de 2007

Rapport de l'OCDE:

Annual report on competition policy developments in the European Commission, 2006

Rapport du Conseil d'analyse économique:

Politiques de la concurrence, Rapport de 2006 du Conseil d'analyse économique

SITES INTERNET:

<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

<http://www.creda.ccip.fr>

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES – ETUDES - MELANGES

BRAULT, Dominique, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, L.G.D.J, 2004

COMBE, Emmanuel, *Cartels et ententes, Que sais-je?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004

PHILIPPE Jérôme, GUYON, Aude et GUROV, Ivan, « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la dir. de CANIVET, Guy, Paris, L.G.DJ, 2006

VOILLEMOT, Dominique, *Gérer la clémence*, Bruxelles, Bruylant, Série Concurrence, 2005

WINCKLER, Alain, « La nouvelle politique communautaire de clémence », in F. BRUNET et G.CANIVET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.GD.J, 2008

ARTICLES

BARBIER DE LA SERRE, Eric, « Le programme modèle du réseau en matière de clémence : entre 'harmonisation en douceur' et 'homogénéisation' », *Revue Lamy de la concurrence*, n°10-2007

BOUGETTE, Patrice, « L'efficacité économique des programmes de clémence », avec C.MONTET et F.VENAYRE, *Concurrence et Consommation*, n°146, p.43-48, 2006

COMBE, Emmanuel, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Revue Concurrences*, n°3-2007

COMBE Emmanuel, MONNIER, Constance et LEGAL, Renaud, « Cartels: the probability of getting caught in the European Union », *BEER Paper* n°12, Mars 2008

LEVEQUE, François, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », *Revue Concurrences* N°4

MOTTA, Massimo et POLO, Michele, "Leniency programs and cartel prosecution", *International Journal of Industrial organization*, n°21, 2003

PUEL, Frédéric et FRANCOIS-MARTIN, Laurent, « Méthodologie d'une démarche de clémence », *Concurrences* N°3-2006, Colloques

SELINSKY, Véronique, « Invoquer la clémence : un avantage stratégique pour les entreprises », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2006, n°6

SPAGNOLO, Giancarlo, “Optimal leniency programs”, Working Paper, Stockholm School of Economics and L.E.A.R (Rome), May 13, 2000

RAPPORTS

Rapports de l’OCDE :

OCDE, *Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables*, septembre 2001

Rapport de 2005 de l’OCDE

Rapport du Conseil d’analyse économique :

FLOCHEL, Laurent, « Complément E, de nouvelles pratiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence » in *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d’analyse économique de 2006

DECISIONS JURISPRUDENTIELLES CITEES

Décisions de la Commission européenne :

<http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'aiguillent au quotidien de leurs conseils, m'apportent leur soutien et sans lesquelles la rédaction de ce mémoire n'aurait pas été possible, mes parents, Agnès et Serge Vaquette, Mathilde S., Danièle G., Nathanais M., Laura M., Karin B., Jonathan H., Marie C., Alexandre T. et Frédéric M., mes amis de Strasbourg et sans doute beaucoup d'autres que j'oublie...

Je tiens aussi à rendre hommage à mon ordinateur qui depuis quatre ans fonctionne toujours et qui me rend de grands services.

Je tiens enfin à remercier Madame Valérie Michel qui a accepté de diriger mon mémoire et Monsieur Jean-Philippe Kovar, qui a accepté d'être le deuxième membre du jury.

TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	p.3
Résumé.....	p.4
Introduction	p.6
CHAPITRE 1. Une efficacité accrue recherchée à travers les programmes de clémence successifs.....	p.19
SECTION 1 : La fabrication d'une immunité automatique et totale, garantie pour la première entreprise.....	p.23
I) Des conditions trop incertaines pour obtenir l'immunité dans la communication de 1996.....	p.23
A. Des conditions spécifiques à l'immunité d'amendes non précisées...p.24	
B. L'ambiguïté tenant au cumul des critères de dénonciateur de l'entente et de premier fournisseur d'informations.....	p.26
II) L'élaboration d'une immunité totale, même après enquête.....	p. 27
A. Des conditions à l'immunité clairement énoncées.....	p.28
B. Une plus grande attractivité des conditions à l'immunité.....	p.29
III) Le système du marqueur, des garanties supplémentaires pour l'octroi de l'immunité.....	p.31
A. Fonctionnement.....	p.31
B. Effets.....	p.32
SECTION 2 : L'organisation d'une course à la clémence à travers l'échelonnement des réductions d'amendes.....	p.33
I) Des réductions d'amende trop généreuses dans la première communication...p.34	

A. Un éventail trop large de réductions d’amende qui rend le système peu sélectif.....	p. 35
B. Une indulgence excessive dans l’attribution du troisième niveau de clémence.....	p.36
II) Un échelonnement des réductions plus sévères, ayant pour effet d’instaurer une véritable course à la clémence.....	p.37
A. Des réductions d’amende plus limitées et obéissant à des conditions plus strictes.....	p.38
B. Des réductions d’amende en fonction de l’ordre d’arrivée des entreprises.....	p.39
SECTION 3 : Une amélioration de la transparence et de la confidentialité de la procédure, des atouts certains pour les entreprises.....	p.40
I) Une transparence accrue de la procédure.....	p.42
II) L’élaboration d’une confidentialité de la demande de clémence, à l’origine d’un degré de protection élevé pour les entreprises.....	p.46
A. La confidentialité vis-à-vis des entreprises et des tiers.....	p.47
B. La confidentialité à l’égard des autorités publiques et de concurrence.....	p.50
CHAPITRE 2. L’efficacité statistique confrontée au choix stratégique de l’entreprise : une instrumentalisation de la clémence ?.....	p.53
SECTION 1 : Les motivations des entreprises à demander la clémence.....	p.57
I) Les facteurs endogènes susceptibles d’aboutir à une demande de clémence...p.	58
II) Les facteurs exogènes susceptibles de conduire à une demande de clémence.....	p.63

SECTION 2 : L'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels (Tentative de réponse à travers l'étude de 54 décisions de la Commission où a été mis en œuvre le programme de clémence).....	p.66
I) Les résultats de l'étude.....	p.67
A. Remarques générales.....	p.67
B. Les conclusions à tirer sur l'efficacité des programmes de clémence à dissuader la formation des cartels.....	p.70
II) Conclusions issues de l'analyse économique.....	p.72

CHAPITRE 3. Les limites objectives à l'efficacité du programme de clémence communautaire.....

p.79

SECTION 1 : Les risques de neutralisation de l'efficacité des programmes de clémence.....	p.80
I) Une démarche toujours coûteuse et risquée.....	p.80
A. Les risques inhérents à la procédure de clémence.....	p.80
B. Les risques de poursuites pénales ou civiles.....	p.82
II) La portée mondiale de la procédure de discovery du droit de la concurrence américain et ses effets.....	p.85
A. Le champ d'application extraterritorial de la procédure américaine de discovery.....	p.85
B. Le risque d'une condamnation à des treble damages.....	p.87
III) Le manque d'harmonisation des programmes de clémence nationaux.....	p.88
SECTION 2 : Un bilan du programme de clémence communautaire et de possibles solutions pour le rendre plus efficace.....	p.91

I) Des conditions limitées où les programmes de clémence sont véritablement efficaces.....	p.92
II) La nécessité de prendre en compte une perspective internationale.....	p.96
CONCLUSION	p.99
Annexe sur l'étude de 54 décisions de la Commission.....	p.101
Sources.....	p.107
Bibliographie.....	p.110
Remerciements.....	p.112
Table des matières.....	p.113