



la procédure de clémence

publié le 29/11/2012, vu 11456 fois, Auteur : [maitre hadri samir](#)

La prohibition des ententes est un élément fondamental en droit de la concurrence, les ententes sont en effet considérées comme des pratiques particulièrement nuisibles à l'intérêt général. Sans qu'il soit ici nécessaire de revenir de manière précise sur leurs conséquences qui sont bien connues. La clémence est un outil qui permet à l'autorité chargée de réguler le secteur de la concurrence de détecter, de faire cesser et de réprimer plus facilement les ententes, en particulier les cartels, en contrepartie d'un traitement favorable accordé, dans certaines conditions, aux entreprises qui en dénoncent l'existence et qui coopèrent à la procédure engagée à leur sujet.

La procédure de clémence

-

Introduction :

La prohibition des ententes est un élément fondamental en droit de la concurrence, les ententes sont en effet considérées comme des pratiques particulièrement nuisibles à l'intérêt général. Sans qu'il soit ici nécessaire de revenir de manière précise sur leurs conséquences qui sont bien connues.

La clémence est un outil qui permet à l'autorité chargée de réguler le secteur de la concurrence de détecter, de faire cesser et de réprimer plus facilement les ententes, en particulier les cartels, en contrepartie d'un traitement favorable accordé, dans certaines conditions, aux entreprises qui en dénoncent l'existence et qui coopèrent à la procédure engagée à leur sujet.

La lutte contre les cartels constitue en effet une des priorités de l'organe régulateur du secteur de la concurrence. Ces ententes particulièrement pernicieuses permettent aux entreprises qui y participent de maintenir ou d'accroître leur pouvoir de marché de manière artificielle, au lieu de le faire grâce à leurs mérites. En outre, elles portent une atteinte très grave au bien-être du consommateur, en particulier lorsqu'elles tendent à augmenter les prix ou à limiter la quantité ou la variété des produits disponibles sur le marché.

Or, la détection des cartels peut être délicate. Les entreprises qui y participent prennent en effet des précautions grandissantes pour tenir leurs activités secrètes. Par ailleurs, elles agissent fréquemment dans un cadre transnational, voire mondial.

Il est donc apparu nécessaire de renforcer les instruments de détection traditionnels de la politique de concurrence, en mettant en place une procédure permettant à l'institution chargée de promouvoir la politique nationale de la concurrence, d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui l'aident à découvrir et à sanctionner des cartels, dans l'intérêt de l'ordre public économique et au bénéfice des consommateurs.

Dans notre étude nous allons faire ressortir le cadre juridique de ce procédé en droit algérien et de

faire ressortir l'existence ou l'inexistence de la procédure de clémence et ressortir une étude comparative avec le droit français de la concurrence. Aussi voir les avantages et inconvénients de la procédure de clémence.

I/ Le concept clémence :

Comme souvent en cette matière, c'est aux Etats-Unis que s'est dans un premier temps développée l'idée selon laquelle les participants à une entente pourraient se voir accorder la clémence, dans la mesure évidemment que certaines conditions seraient réunies.

Le premier programme de clémence américain a été mis en œuvre en 1978. Il ne rencontra pas le succès attendu. Par la suite, le droit américain s'est toutefois doté d'un programme de clémence plus élaboré et efficace et comportant deux volets, l'un du 10 août 1993 concernant les entreprises et l'autre du 10 août 1994 propre aux personnes physiques. L'une de ces applications les plus célèbres concerne l'affaire du cartel des vitamines, dans laquelle il a été établi que plusieurs sociétés, dont BASF, Hoffmann-La Roche et Rhône-Poulenc, avaient mis en place une entente qui affecta du mois de janvier 1990 au mois de février 1999 le secteur des compléments nutritionnels utilisés pour accordées en vue, notamment, de déterminer et d'augmenter les prix de certaines vitamines, de se répartir les parts de marché et de fixer les volumes de vente. La société Rhône-Poulenc a alors décidé de coopérer avec les autorités américaines, ce qui a permis d'établir l'existence de l'entente et incité ses participants à ne pas contester les faits qui leur étaient reprochés. A la suite d'un accord conclu avec les autorités américaines, la société Hoffmann-La Roche s'engagea à payer une amende de 500 millions de dollars, et la société BASF une amende de 225 millions. Alors qu'elle aurait apparemment sans doute encouru une sanction de l'ordre de 450 millions de dollars hors du cadre du programme de clémence, la société Rhône-Poulenc bénéficia en définitive d'une immunité, compte tenu de l'importance des informations qu'elle avait fournies et qui ont permis de prouver l'existence de l'entente^[1].

L'approche promue par les Etats-Unis a été accueillie par la suite à la fois par le droit communautaire et par le droit français. C'est ainsi que les autorités communautaires ont mis en place une politiques de clémence, qui est aujourd'hui systématisé par une communication de la commission du 08 décembre 2006. En France l'article L. 464-2 du code de commerce est le fondement du programme de clémence ^[2].

1/Définition de la clémence :

Une mesure de clémence peut être accordée à un participant à une entente qui collabore avec l'autorité chargée de réguler le secteur de la concurrence à l'accélération de la procédure. On entend par collaboration la dénonciation par une entreprise d'accords auxquels elle a adhéré et ce, par l'apport d'éléments de preuves permettant d'identifier les autres auteurs[3].

Quand au législateur français s'est convaincu récemment de la pertinence de la politique de clémence. C'est en effet la loi dite NRE sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 qui a ouvert la possibilité de la clémence, qui est aujourd'hui prévue par l'article L.464-2 IV du code de commerce : « une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L.420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. ..., si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à l'établissement de l'infraction »[4].

La simple lecture de cette disposition permet de constater que le fondement textuel du programme français de clémence est succinct. C'est la raison pour laquelle le conseil de la concurrence a diffusé le 11 avril 2006 à ce sujet un communiqué de procédure[5]. Ce communiqué avait pour objet de préciser les conditions de mise en œuvre de cette disposition. Le conseil admit d'ailleurs à cette occasion qu'il a choisi, dans sa pratique décisionnelle, de s'inspirer aussi du dispositif communautaire issu de la communication de la commission du 19 février 2002.

Ce communiqué a donné des lignes directrices explicites et d'une grande clarté aux personnes intéressées par une demande de clémence mais aussi permis aux juristes non spécialisés en droit de la concurrence de découvrir l'existence même du programme de clémence, qui étaient jusqu'alors peu connus. C'est d'ailleurs à compter de la diffusion de ce communiqué que le nombre de demandes de clémence transmises au conseil de la concurrence a augmenté[6].

2/L'intérêt des programmes de clémence :

De nombreux systèmes juridiques ont adopté des programmes de clémence, dans l'objectif d'accroître les possibilités de détection des ententes. Il est certes impossible de mesurer précisément leur efficacité, puisqu'ils peuvent conduire à établir l'existence de pratiques qui auraient été en toute hypothèse découvertes par les autorités de concurrence. Néanmoins, il apparaît que lorsqu'un programme est mis en place, il remporte assez rapidement un succès certain. C'est ainsi que dans le cadre communautaire, la commission a reçu cent soixante-sept demandes d'entreprises sur le fondement de la communication de 2002 pour la période allant du 14 février 2002 à la fin de l'année de 2005 ; et qu'elle a reçu quatre-vingts demandes en application de la communication du 08 décembre 2006, entre sa date d'entrée en vigueur et la fin de l'année 2008. Et il est probable qu'une part de ces demandes concernait des ententes qui n'auraient pas pu être connues par un autre biais. Il n'est ainsi pas douteux que la mise en place d'une politique de clémence soit, quel que soit le système juridique concerné, opportune.

Sans doute les programmes de clémence peuvent-ils parfois être utilisés par des entreprises dans des buts non visés par les promoteurs des politiques de clémence, notamment dans le but de dénoncer des coparticipants à une entente qui pourraient de la sorte se voir infliger des amendes très lourdes. Sans doute conduisent-ils par ailleurs à réserver des sorts différents à des participants à une même entente selon que ces participants ont ou non pris l'initiative de contacter les autorités de concurrence en formulant une demande de clémence, alors pourtant que leurs comportements sont a priori tout aussi condamnables.

L'intérêt des programmes de clémence s'avère néanmoins bien réel en pratique. On peut donc considérer que les réserves de principe que ces programmes suscitent parfois ne doivent pas interdire de mettre en œuvre une politique en ce domaine, sous réserve qu'elle soit strictement définie et qu'il en soit périodiquement fait un bilan afin de la faire évoluer pour améliorer son efficacité et pour prendre en compte les comportements d'adaptation des participants aux ententes.

Cet intérêt des programmes de clémence apparaît à deux niveaux. Il s'agit d'un instrument qui permet aux autorités chargées de la concurrence de disposer d'un instrument supplémentaire de lutte contre les ententes. Il s'agit aussi d'un instrument qui répond aux attentes des entreprises.

3/ La clémence et le dépassement des difficultés de preuve des ententes :

Par leur nature même, les ententes secrètes sont souvent difficiles à détecter et à instruire sans la coopération des entreprises ou des personnes qui y sont impliquées. Aussi la commission considère-t-elle qu'il est de l'intérêt de la communauté de récompenser les entreprises participant à ce type d'ententes illégales qui souhaitent mettre fin à leur participation et coopérer à l'enquête de la commission, indépendamment des autres entreprises impliquées dans l'entente. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et interdites et plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui permettent à la commission de découvrir et de sanctionner de telles pratiques [7].

Il s'agit ainsi avant tout de considérer que les poursuites menées par les autorités de concurrence se heurtent à des obstacles pratiques, que le recours aux programmes de clémence permet d'éviter.

II/ Le régime des programmes de clémence :

L'observation des différents ordres juridiques permet de constater l'existence d'une convergence des droits de la concurrence en matière de clémence. Le nombre des états ayant mis en place un programme de clémence ne cesse ainsi de croître. L'exemple européen est sur ce point topique puisque vingt-six des états membres de l'union ont adopté un tel programme. Cette convergence s'explique par les intérêts-dont il a été mis en place d'une politique de clémence.

Dans ce sens il devient possible d'examiner la teneur de certains programmes de clémence. L'étude qui va être proposée dans cette deuxième partie de ce rapport concernera essentiellement le droit communautaire, le droit français et son existence ou inexistence en droit algérien.

1/ Le droit communautaire :

Le droit communautaire s'est doté tardivement d'une politique de clémence, puisque le premier programme établi en ce domaine l'a été en 1996. Il est vrai, toutefois, qu'il existait avant cette date une pratique de la commission, qui conduisait à accorder, au cas par cas, des réductions d'amende au bénéfice d'entreprises qui l'avertissaient de l'existence d'une entente, qui coopéraient avec elle en lui fournissant des preuves de cette existence ou qui contestaient pas les griefs qui leur étaient faits. Néanmoins, cette pratique n'avait pas été systématisée et présentait un caractère discrétionnaire, de sorte qu'elle ne permettait pas aux entreprises envisageant de cesser leur participation à une entente d'être assurées de pouvoir jouir d'un traitement privilégié.

La politique de clémence communautaire s'est développée sur le fondement de trois communications successives établies par la commission en 1996, 2002 et 2006[8].

2/ Le droit français :

Un programme de clémence n'a été mis en place en droit français que récemment par la loi dite NRE relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001[9]. Il est désormais défini par deux dispositions du code de commerce l'article L.464-2, IV et l'article R.464-5, ces dispositions législatives et réglementaires ont été précisées par des communiqués de procédure du conseil de la concurrence puis de l'autorité de la concurrence qui lui a succédé[10]. Ces communiqués n'ont pas de force juridique particulière et relèvent de ce que l'on appelle fréquemment le droit mou ou la « soft law »[11], ce qui peut d'autant plus surprendre le juriste français que les principes dont il est ici question sont portés à la connaissance du public par le biais du site internet de l'autorité de la concurrence.

3/ Le droit algérien :

L'ordonnance de 2003 innove par rapport à celle de 1995 en consacrant des procédures alternatives aux poursuites. Selon les termes de l'article 60 du texte législatif, il résulte qu'une innovation majeure dans le processus de modernisation du droit de la concurrence en consacrant les procédures négociées que l'on retrouve dans les réformes les plus récentes de la législation des pays occidentaux[12].

Mais une lecture approfondie de l'article 60 nous permet de ressortir l'inexistence de la procédure de clémence en faisant ressortir les points essentiels de cette procédure en comparaisant avec le droit français et que les conditions de la procédure de clémence sont claire notamment en la législation française en code de commerce.

L'article 60 fait ressortir a mon point de vue la procédure de non contestation des griefs ou de transaction et ne fait apparaître en aucun moment la procédure de clémence.

Conclusion :

Les programmes de clémence font désormais partie du droit de la concurrence. Ils n'en sont pas moins parfois critiqués. Les critiques peuvent porter sur certains de leurs mécanismes ; et nous l'avons constaté que certaines d'entre elles sont fondées. D'autres critiques qui seules retiendront l'attention à ce stade concernent le principe même des programmes de clémence.

Elles ne se situent pas sur le plan de la technique juridique mais sur le plan des valeurs, étant précisé qu'elles sont toutefois rarement formulées ce que le principe de la politique de clémence est largement accepté par les auteurs qui se sont intéressés à celle-ci. De manière beaucoup plus nuancée ces programmes posent des interrogations d'ordre moral et éthique, tout en reconnaissant que ces programmes sont des instruments incontournables dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, mais il y a lieu de conclure que le système dans son principe n'est pas plaisant.

-

-

-

-

-

-

-

[1] - MELIN François, les programmes de clémence en droit de la concurrence, (droit français et droit communautaire), édition joly, France, 2010, page 07.

[2] - www.legifrance-gouv.fr

[3] -ZOUAIMIA Rachid, le droit de la concurrence, édition Belkeise, Alger, 2012, page 217.

[4] -Code de commerce français, 106^e édition, édition DALLOZ, France, 2011, pages 730-731.

[5] -http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_clemence.pdf

[6] -MELIN François, op-cit., page 11.

[7] - MELIN François, op-cit., pages 29 - 30.

[8] - Ibid, page 65.

[9] - P. ARHEL, « L'instauration par la loi NRE d'une procédure de clémence en droit de la concurrence », petites affiches, 1^{er} juin 2001, p. 4 ; C. LEMAIRE, « les politiques de clémence en Europe, Un regard français : de la loi NRE au programme de clémence », concurrences, 2005, n° 3, p.19.

[10] - MELIN François, op-cit., page 130.

[11] - Ibid., page 131.

[12] - ZOUAIMIA Rachid, op.cit, page 216.