

LA DÉCISION DU MOIS

Le Tribunal de l'Union confirme l'amende de 2,42 milliards d'euro infligée à Google pour avoir favorisé son propre comparateur de produits Google Shopping.

Appelé à statuer sur la décision du 27 juin 2017 par laquelle la Commission a sanctionné Google pour avoir mis en œuvre des pratiques de self-preferencing sur le marché de la recherche générale sur internet dans treize pays de l'EEE, le Tribunal relève d'abord que le champ d'application matériel de la responsabilité particulière qui pèse sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce qui démontrent un affaiblissement de la concurrence. En l'espèce, Google s'est appuyé, par le biais d'un effet de levier, sur sa position dominante sur le marché de la recherche générale pour favoriser son propre service de comparaison de produits sur le marché de la recherche spécialisée de comparaison de produits, tout en rétrogradant les résultats de comparateurs concurrents. Non seulement les résultats d'une requête lancée à partir du moteur de recherche générale de Google bénéficiaient d'un positionnement et d'une présentation plus attractifs (avec notamment des caractéristiques graphiques plus riches, images et informations dynamiques comprises) lorsqu'ils étaient issus de Google Shopping, mais en outre, les résultats des comparateurs concurrents, qui prenaient nécessairement la forme de résultats génériques, étaient de ce fait susceptibles d'être déclassés par les algorithmes d'ajustement des résultats génériques de Google, notamment l'algorithme Panda, en raison de leur manque de contenu original. En raison de trois circonstances spécifiques que sont (i) l'importance du trafic généré par le moteur de recherche générale de Google pour les comparateurs de produits, (ii) son caractère non effectivement remplaçable, et (iii) le comportement des utilisateurs qui, lorsqu'ils effectuent des recherches sur internet, présumant que les résultats les plus visibles sont les plus pertinents, cette pratique d'auto-préférence conduit, selon le juge, à un affaiblissement de la concurrence.

Le Tribunal précise que, même si la page de résultats générale de Google présente

des caractéristiques qui la rapprochent d'une facilité essentielle dans la mesure où il n'existe actuellement aucun substitut réel ou potentiel disponible permettant de la remplacer de façon économiquement viable sur le marché, toute pratique concernant l'accès à une telle facilité n'implique pas nécessairement l'application de la jurisprudence Bronner relative aux refus de fourniture (qui suppose que l'accès à l'infrastructure soit indispensable pour le demandeur du service et que le refus soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché).

Le comportement de Google est d'autant plus anormal que le fait de favoriser ses propres résultats spécialisés, par rapport aux résultats tiers, va à l'encontre du modèle économique qui a fait le succès de son moteur de recherche, qui constitue une infrastructure « ouverte ».

En l'occurrence, la pratique en cause concerne une différence de traitement dans l'accès à la facilité, et non un refus exprès et unilatéral d'accès, de sorte que la Commission n'était pas tenue d'établir que les conditions de l'arrêt Bronner étaient satisfaites. Par ailleurs, même si Google affirme que le traitement différencié entre ses résultats de recherche s'opère en fonction de la nature des résultats (spécialisés ou génériques) produits par son moteur de recherche générale, ce traitement différencié s'opère, en réalité, en fonction de l'origine des résultats, à savoir selon qu'ils proviennent de comparateurs concurrents ou de son propre comparateur. Si l'existence d'effets anticoncurrentiels, au moins potentiels, sur les marchés nationaux des services de comparaison de produits est suffisamment établie par la Commission, les pratiques litigieuses pouvant potentiellement conduire à la cessation d'activité de certains comparateurs, à une baisse de l'innovation, et, au final, à un moindre choix pour les consommateurs. Il considère en revanche qu'en se bornant à énoncer qu'en traitant plus favorablement son comparateur de produits sur ses pages de résultats géné-

rales, Google protégerait les revenus que ce service de recherche spécialisé lui apporte depuis ces pages, lesquels financeraient eux-mêmes le service de recherche générale, sans présenter aucune analyse de l'importance des revenus en cause et de l'impact qu'ils peuvent avoir sur la position de Google et ses concurrents, la Commission échoue à établir des effets anticoncurrentiels potentiels sur les marchés nationaux de la recherche générale, de sorte que le constat d'infraction sur ce marché doit être annulé.

En outre, le comportement de Google n'est pas objectivement justifié : même si les algorithmes de classement des résultats génériques ou les critères de positionnement et de présentation des résultats spécialisés pour les produits de Google peuvent en tant que tels représenter des améliorations de son service à teneur pro-concurrentielle, ils ne justifient pas une inégalité de traitement entre les résultats de son comparateur et ceux des comparateurs de produits concurrents, le GAFAM n'apportant pas la preuve de gains d'efficacité liés à cette pratique qui compenseraient ses effets négatifs pour la concurrence. Enfin, le Tribunal conclut que l'annulation de la décision de la Commission limitée aux marchés nationaux de la recherche générale n'a aucune incidence sur le montant de la sanction prononcée, dès lors que la Commission, pour déterminer le montant de base de l'amende, a retenu comme valeur des ventes des recettes publicitaires liées aux marchés de la recherche spécialisée pour produits, et non des recettes publicitaires liées aux marchés de la recherche générale. Partant, il confirme le montant de la sanction doit être confirmé.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Tribunal de l'Union européenne

10 novembre 2021

LawLex202100005815JB





Délais de paiement : le juge se montre inflexible sur la caractérisation du manquement, mais souple sur l'exigence de proportionnalité.

Au cours d'un contrôle, la DIRECCTE constate qu'une entreprise n'a pas réglé certaines factures dans les délais impératifs. A l'issue de la procédure, le directeur du service lui inflige une amende de 225 000 euro, assortie d'une mesure de publication de cette sanction pour une durée de 12 mois. L'entreprise saisit le tribunal administratif d'un recours afin d'obtenir l'annulation de la sanction ou, à titre subsidiaire, l'infliction d'une amende mieux proportionnée.

Le tribunal rejette l'ensemble des griefs tirés de l'insuffisance de motivation de la décision et précise que la sanction complémentaire de publication de la décision n'a pas à faire l'objet d'une motivation spécifique, distincte de la motivation de la sanction principale dès lors que celle-ci est suffisamment motivée et qu'il est fait mention des textes prévoyant la possibilité d'une publication. Le juge rejette également le grief de méconnaissance du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement visé par l'article 6 CEDH au motif que les DIRECCTE ne sont pas des autorités administratives indépendantes, mais des services déconcentrés de l'Etat, qui n'exerceraient

aucune fonction de jugement. Comment se contenter d'une approche aussi formaliste ? Quel que soit le statut juridique de l'entité, le fait de prononcer une sanction à l'issue d'une procédure contradictoire ne caractérise-t-il pas la fonction de jugement ?

Plus grave : le tribunal énonce que le respect des délais de paiement constitue une obligation de résultat pour les entreprises, qui exclut la prise en considération de toute tentative de justification du dépassement. Dès lors, le fait que certaines des factures payées au-delà des délais soient en litige, affectées d'erreurs ou transmises tardivement par les fournisseurs eux-mêmes n'entre pas en ligne de compte. Contrairement aux régimes classiques de responsabilité, une entreprise ne peut s'exonérer en invoquant le fait du tiers, le dépassement des délais de paiement étant traité comme un délit matériel, sanctionné par la seule constatation du manquement (V. déjà, CAA Nancy, 6 juill. 2021, LawLex202100004424JBJ ; TA Amiens, 23 mars 2018, LawLex201900001223JBJ). De même, alors qu'en principe le caractère isolé du manquement constaté peut justifier une

exonération de responsabilité, le juge retient en l'espèce que l'entreprise doit être sanctionnée alors même que les retards identifiés ne concernent que 1,08 % de ses factures !

Fort heureusement, l'exigence de proportionnalité de la sanction permet au tribunal de réintégrer certains des arguments évacués au stade de la caractérisation de l'infraction pour évaluer le montant de l'amende. En l'espèce, il a reconnu qu'une amende de 225 000 euro assortie d'une mesure de publication pendant 12 mois constituait une sanction disproportionnée pour des manquements ne concernant que 4,7 % des fournisseurs de l'entreprise et ne représentant qu'un montant total de 572 831 euro, pour un retard moyen de 74 jours. Il a donc ramené l'amende à un montant de 56 250 euro et la durée de la publication à 3 mois.

DÉLAIS DE PAIEMENT

Tribunal administratif de Bordeaux

2 novembre 2021

LawLex202100005730JBJ



Prix imposés et interdiction de vente en ligne : le contrat de distribution constitue une preuve documentaire directe.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence (AdC) se saisit d'office des pratiques au sein du réseau d'un fournisseur de produits de vidéosurveillance comprenant deux sortes d'opérateurs agréés : les distributeurs-grossistes et les revendeurs-installateurs, les premiers approvisionnant les seconds. L'AdC reproche au fournisseur et à ses distributeurs agréés de s'être entendus, d'une part, pour fixer les prix de revente et, d'autre part, pour limiter la vente des produits de la marque sur internet.

Pour démontrer l'accord de volontés entre le fournisseur et ses distributeurs, l'AdC rappelle qu'elle n'est pas tenue de réunir un faisceau d'indices articulés en trois branches lorsqu'elle dispose d'indices documentaires ou comportementaux démontrant l'invitation du fabricant et l'acquiescement des distributeurs (AdC n° 20-D-20 du 3 déc. 2020, LawLex202000003445JBJ). En effet, en cas de preuves documentaires directes d'un accord de volontés, il est inutile de rechercher l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants (AdC n° 19-D-17 du 30 juill. 2019, LawLex201900000967JBJ) ou de procéder à l'examen de preuves additionnelles de nature comportementale, comme la mise en œuvre de l'accord. En l'occurrence, la preuve de l'entente résulte directement des contrats de distribution qui contiennent des clauses destinées à encadrer la liberté tarifaire des revendeurs-installateurs dans un objectif d'uniformisation des niveaux de prix pratiqués par

ces derniers, les distributeurs s'engageant à ne pas communiquer de prix en-dessous du niveau de prix de détail transmis par le fabricant et à restreindre la capacité des revendeurs à pratiquer les prix qu'il souhaitent en leur imposant d'afficher les prix de détail communiqués par ce dernier. La seule signature par les distributeurs de ces contrats établit leur acquiescement à l'invitation du fournisseur, qui diffusait sur son site internet des listes de prix comportant un prix public de revente au détail pour chacun de ses produits et mentionnait ces prix sur les factures adressées aux distributeurs. Contrairement à ce que soutient le fournisseur, ces prix ne revêtent pas le caractère de prix conseillés dans la mesure où il impose à ses distributeurs de ne pas communiquer publiquement d'autres prix que les prix de revente au détail conseillés et de veiller à ce que les revendeurs-installateurs respectent la même obligation de conformité des prix minimum affichés, sous le prétexte d'harmoniser les prix de revente de ses produits sur le marché de détail et de limiter l'incitation des revendeurs à se livrer une concurrence sur ces prix. L'uniformisation d'affichage des prix tout au long de la chaîne de distribution, en réduisant l'incertitude nécessaire à la fixation des prix, a limité le libre jeu de la concurrence et présente un degré de nocivité suffisant, selon l'AdC, pour être qualifiée de restriction par objet.

L'AdC reprochait également au fournisseur de s'être entendu avec ses distributeurs pour restreindre les ventes en ligne de ses produits. Là encore, la preuve

de l'accord de volontés réside dans les contrats de distribution, qui imposaient aux distributeurs de ne sélectionner que les revendeurs ne commercialisant pas la majorité de leurs produits en ligne : en signant ce contrat les distributeurs ont accepté l'invitation du fournisseur (AdC n° 21-D-20 du 22 juill. 2021, LawLex202100004687JBJ). Le caractère restrictif de l'accord n'est pas remis en cause, selon l'AdC, par le fait que les partenariats noués par le fournisseur avec les revendeurs-installateurs ne comportaient pas ce type de clauses dès lors que l'entente trouve sa source dans le contrat passé entre les distributeurs et le fournisseur, les premiers mettant en œuvre la restriction visant les revendeurs. L'Autorité considère, enfin, que l'interdiction de contracter avec des revendeurs ayant pour activité principale la vente en ligne ne peut pas bénéficier de l'exception relative à la liberté pour les fournisseurs d'exiger de leur distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physique pour faire partie du réseau, puisque cette limitation, au lieu de prévoir une quantité absolue minimale de produits devant être vendus hors ligne, restreint au contraire la quantité de produits pouvant être vendus en ligne.

ENTENTES

Autorité de la concurrence

8 novembre 2021

LawLex202100005760JBJ



Aides d'Etat : la plainte ne vaut pas notification.

Les bénéficiaires de mesures d'aides déclarées illégales par une juridiction nationale, car elles n'avaient pas été notifiées à la Commission, saisissent cette dernière d'une plainte au motif que l'absence de décision relative à ces mesures crée un vide juridique préjudiciable à l'ensemble des opérateurs du secteur concerné dès lors que les revenus tirés des contrats conclus sur le fondement des textes concernés sont susceptibles de faire l'objet de mesures de récupération. Elles demandent donc à la Commission de se prononcer expressément sur la compatibilité des régimes d'aides en cause. La Commission rejette leur plainte qui, selon elle, ne relève pas des articles 12 et 24 du règlement 1215/1589, relatifs à la procédure de plainte en cas d'aide illégale et aux droits des parties intéressées, les plaignants demandant à la Commission de se prononcer comme si elles représentaient l'Etat membre en cause.

Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal précise, pour la première fois, à notre connaissance, que si conformément à l'article 24 du règlement 2015/1589 relatif aux droits des parties intéressées, les bénéficiaires d'une aide illégale peuvent déposer une plainte auprès de la Commission, cette plainte ne peut pas avoir pour objet la constatation par celle-ci de la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur. En effet, le système de contrôle préventif des aides d'Etat impose

aux Etats membres une notification préalable à l'exécution des mesures afin que la Commission en examine la compatibilité. Admettre que le bénéficiaire d'une aide illégale, car non notifiée, puisse se substituer à l'Etat membre négligent en portant plainte pour pallier les manquements de ce dernier remettrait en cause le caractère impératif et fondamental de l'obligation de notification préalable des aides d'Etat et de l'interdiction de leur mise en œuvre en vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Elle permettrait en outre aux bénéficiaires de se prévaloir de la jurisprudence de la Cour qui autorise le juge national à ne pas ordonner la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de l'obligation de notification lorsque la Commission a adopté une décision finale constatant la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur (CJCE, 12 févr. 2008, LawLex200800000178JBJ). Les bénéficiaires d'une aide illégale disposant de la faculté de saisir les juridictions nationales pour voir sanctionné le refus explicite ou implicite de l'Etat dispensateur de respecter son obligation de notification, le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de leur reconnaître le droit de déclencher, au moyen d'une plainte, l'examen de la compatibilité de la mesure pour la voir autorisée. Enfin, le mécanisme de la plainte, tel qu'il résulte des dispositions combinées des articles 12 et 24 précités, consiste, selon le juge européen, à dénoncer une

aide illégale considérée par le plaignant comme incompatible avec le marché intérieur mais non à soutenir que l'aide est compatible et devrait être autorisée par la Commission.

AIDES D'ETAT

Tribunal de l'Union européenne

10 novembre 2021

LawLex202100005837JBJ



Les plateformes de vente en ligne peuvent-elles échapper au grief de tierce complicité de violation d'une interdiction de revente hors réseau ?

Un fabricant de prêt-à-porter découvre que certains de ses modèles sont vendus sur une plateforme de vente en ligne spécialisée dans la liquidation de stocks de détaillants. Après l'avoir mise en demeure de cesser cette commercialisation, en raison de l'existence d'un réseau de distribution sélective, de son absence d'agrément et de l'offre de prix inférieurs à ceux pratiqués au sein de ce réseau, et lui avoir demandé de justifier de la provenance des articles proposés, il l'assigne en concurrence déloyale et parasitisme. Les premiers juges déclarent son action recevable, mais rejettent ses prétentions. Le fabricant interjette appel.

Il fait valoir que le revendeur qui s'approvisionne, en pleine connaissance de cause, auprès d'un distributeur agréé, contractuellement tenu par une interdiction de vente à un autre professionnel hors réseau, se rend complice de la violation de cette obligation. En outre, le refus de la plateforme de lui communiquer la provenance des articles mis en ligne « afin, selon elle, que les détaillants qui lui confient la marchandise ne soient pas sanctionnés de façon illégitime », s'analyserait comme un aveu de sa participation active et décisive à l'infraction alléguée.

A l'instar des premiers juges, la cour d'appel rejette cette argumentation. En effet, l'approvisionnement de la plateforme ne revêt pas un caractère illicite dès lors que son rôle se limite à la mise en

relation des consommateurs-acheteurs et des détaillants-vendeurs, dont elle est le mandataire. N'achetant pas pour son propre compte et ne revendant pas elle-même, la plateforme ne peut être poursuivie au titre de l'illicéité de ses approvisionnements.

Le fabricant soutient par ailleurs que la revente de ses produits sur la plateforme viole les dispositions de l'actuel article L. 442-2 du Code de commerce qui prohibe « la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution exclusive ou sélective exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ». La plateforme lui oppose que les conditions d'application de ce texte ne sont pas réunies dès lors que le fabricant ne démontre pas l'existence de son réseau. De fait, la cour constate que ce dernier ne produit que des contrats de franchise non datés, un contrat de distribution exclusive pour le territoire du Liban impropre à établir l'existence d'un réseau en France et un contrat de franchise pour la ville de Caen, qui ne peut techniquement être assimilé à un contrat de distribution sélective assorti d'une interdiction de revente hors réseau.

L'arrêt commenté démontre encore une fois que, pour les fabricants désireux de contrôler la vente de leurs produits, il n'y a point de salut en dehors du recours à la distribution sélective (V. Paris, 30 juin

2021, LawLex202100004324JBJ). Il rappelle également les incertitudes de la jurisprudence en ce qui concerne l'applicabilité de l'article L. 442-2 du Code de commerce aux « facilitateurs » de la revente hors réseau. Si en l'occurrence, la plateforme n'est pas inquiétée, dans une autre affaire, la même cour a estimé qu'un groupe télévisuel qui avait promu, dans des émissions prisées du public et à des heures de grande écoute, un site internet illicite, pouvait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 442-2, dès lors qu'il avait indirectement favorisé une commercialisation importante de produits hors du réseau de distribution (Paris, 9 juin 2021, LawLex202100003628JBJ). La divergence des solutions peut s'expliquer par le fait que dans l'arrêt commenté, il n'était pas clairement établi que les détaillants qui recouraient aux services de la plateforme n'étaient pas membres du réseau de distribution du fabricant.

REVENTE HORS RÉSEAU

Cour d'appel de Paris

3 novembre 2021

LawLex202100005755JBJ





Le projet de document-cadre de l'Autorité de la concurrence sur les programmes de conformité répond-il aux attentes des entreprises ?

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a récemment soumis à consultation publique un nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence appelé à remplacer celui du 10 février 2012, devenu obsolète et retiré par l'ADLC à la suite de la réforme de la procédure de non-contestation des griefs et de son remplacement par une procédure de transaction. La consultation publique est ouverte jusqu'au 10 décembre 2021 sur l'adresse : conformite@autoritedelaconcurrence.fr

Le projet publié répond-il aux attentes des entreprises en la matière ? Il est indéniable qu'il fournit des préconisations et une trame de programme de conformité très utile que les entreprises peuvent adapter à leur situation spécifique. En revanche, il demeure encore trop orienté en faveur de la seule politique de répression de l'Autorité et n'incite pas suffisamment les entreprises à s'inscrire dans une démarche de conformité. Une telle incitation devrait passer par une réduction de l'amende de base en cas d'adoption d'un programme et d'une majoration de la réduction d'amende en cas d'arrêt de pratiques anticoncurrentielles à la suite de la mise en œuvre d'un programme de conformité. Par ailleurs, il paraît indispensable d'éviter des auto-incriminations du fait de la mise en œuvre d'un programme en reconnaissant le *legal privilege* aux juristes d'entreprise et le secret professionnel des avocats tant en matière de conseil que de défense en droit de la concurrence.

I. Un modèle de programme de conformité utile pour les entreprises

1. Un guide utile.

L'ADLC recommande d'établir un programme de conformité comportant (i) une prise de position claire, ferme et publique des dirigeants et mandataires sociaux en faveur du respect des règles de concurrence ; (ii) la désignation d'une ou plusieurs personnes chargées du programme, disposant de la compétence et de l'autorité nécessaire et des moyens suffisants ; (iii) des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation ; (iv) des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte et (v) un dispositif effectif de suivi. Le code de conduite devrait être complété par un dispositif d'alerte interne permettant à tout membre de l'entreprise de bénéficier de conseils et de signaler de bonne foi, si possible de manière confidentielle, et en étant assuré de ne pas subir de représailles, des infractions avérées ou possibles au droit de la concurrence. Il est tout à fait possible de s'inspirer de ces principes pour mettre en place un programme de conformité au sein des entreprises, en les adaptant à la car-

tographie des risques spécifiques de concurrence du secteur et de l'entreprise. Une entreprise en position dominante devra par exemple développer toute une série de mesures pour traiter des risques de pratiques d'abus qu'une entreprise de droit commun pourra aborder de façon beaucoup plus limitée et plutôt afin d'informer les cadres et les dirigeants sur les recours de leur entreprise au cas où elle serait victime d'abus de la part de tiers. L'ADLC indique que le programme doit être créé sur mesure.

2. Un rappel opportun de l'importance du droit de la concurrence.

L'ADLC rappelle à juste titre l'importance d'une concurrence libre et non faussée en termes d'offre diversifiée de produits et de services et de dynamique des marchés. Elle souligne également l'importance de la prévention des risques financiers et d'atteinte à la réputation des entreprises en cas d'infraction ainsi que le rôle moteur des avocats, des juristes d'entreprise et des syndicats professionnels en vue de mettre en œuvre les programmes de conformité en partenariat avec les autorités de concurrence.

Malheureusement, il manque une série de mesures complémentaires pour que ces bonnes intentions se concrétisent de manière efficiente en pratique.

II. Les limites de la politique de conformité proposée par l'Autorité de la concurrence

3. Un document trop orienté vers l'intérêt de l'ADLC en tant qu'autorité de poursuite.

L'ADLC reconnaît qu'un programme de conformité permet de respecter le droit et de prévenir le risque d'infraction aux règles en détectant de façon précoce des pratiques anticoncurrentielles. Mais pour elle, cette détection a pour objet de permettre « le signalement des infractions pour bénéficier de la procédure de clémence ». Or, une telle solution n'est absolument pas satisfaisante. La clémence n'est pas ouverte en cas d'ententes verticales et, en cas d'entente horizontale, un programme de conformité ne met à jour que des indices d'accords ou de concertation sans permettre la constitution d'un dossier de clémence. Là encore, l'entreprise qui met fin à une dérive se trouve totalement démunie. Dans les deux cas, le programme de conformité pourra même éventuellement se retourner contre elle, car les audits, recommandations et mesures correctrices du *compliance officer* mettant fin à l'infraction constitueront autant de preuves à charge en cas d'enquête ultérieure.

4. Une absence totale d'incitation à la mise en place de tels programmes par le biais de réductions d'amendes.

Selon la jurisprudence européenne la plus récente (TUE, 29 sept. 2021, [LawLex202100005422JBJ](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TUE/?uri=CELEX:202100005422JBJ)), la mise en place d'un programme de conformité interne à l'entreprise ne change rien au fait que celle-ci a participé à des échanges anticoncurrentiels. L'ADLC adoptait déjà la même position dans son document-cadre du 10 février 2012 : « force est de constater que, lorsqu'une infraction a été commise en dépit de l'existence d'un programme de conformité, cet élément ne change rien à la réalité de l'infraction (...). L'Autorité considère que cet élément ne mérite pas d'être pris en considération dans le cadre de l'individualisation de sa sanction, dès lors qu'il n'a pas empêché l'infraction d'advenir ». Le droit positif ignore ainsi totalement la théorie des incitations pourtant reconnue depuis longtemps par l'analyse économique. En droit américain, l'existence d'un programme de conformité robuste a depuis longtemps été associée à une réduction d'amende. En 2019, le Department of Justice a indiqué prendre en considération les programmes dès le stade des poursuites. Une étude de l'OCDE de 2021 confirme qu'un nombre croissant d'autorités de concurrence dans le monde tient compte au stade des amendes de l'existence de programmes de conformité (Canada, Allemagne, Chine, Hongrie, Pays-Bas et Brésil). Dès lors que le nouveau communiqué Sanctions de l'ADLC va conduire *de facto* à un doublement automatique du montant des amendes. Ne serait-il pas admissible d'accorder au moins 10 % de réduction pour la mise en place d'un programme de conformité même non fructueux, et 50 % de réduction au cas où il aurait permis de mettre fin à une infraction ?

5. L'absolue nécessité de mesures de protection des avis de conformité des juristes d'entreprise et des avocats de concurrence.

Afin d'éviter que les efforts des juristes d'entreprise pour détecter et mettre fin aux infractions ne soient utilisés par les autorités pour en établir la preuve *a posteriori*, le *legal privilege* s'impose pour leurs consultations et avis de conformité. De même, bien que la loi Dupont-Moretti semble avoir restauré partiellement la protection du secret professionnel en matière de conseil au-delà de la simple défense contentieuse, il est indispensable de garantir la confidentialité absolue des conseils des avocats tendant aux mêmes fins.