

Observations de l'APDC sur le projet de mise à jour du Communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence relatif au programme de clémence français

1. L'Autorité de la concurrence (ci-après « l'**Autorité** ») a souhaité recueillir les observations de l'APDC sur son projet de nouveau communiqué de procédure relatif au programme de clémence (ci-après « le **Projet de communiqué** »).
2. Un groupe de travail d'une vingtaine d'avocats a été constitué¹. L'Autorité trouvera ci-après les commentaires de l'APDC sur ce projet.

A. Egalité d'accès au programme de clémence

3. Comme l'Autorité, l'APDC est soucieuse de préserver un égal accès au programme de clémence aux entreprises soumises à des opérations de visite et saisie et aux entreprises non visitées. Elle considère donc nécessaire que l'Autorité annonce rapidement par communiqué toutes les opérations de visite et saisie auxquelles elle a procédé lorsque des pratiques éligibles au programme de clémence sont suspectées.
4. Dans la plupart des dossiers, l'Autorité ne procède pas à des visites et saisies dans les locaux de l'ensemble des entreprises concernées par l'infraction suspectée. Or nombre de demandes de clémence, notamment de type 2, sont déclenchées par des opérations de visite et saisie, qui alertent la direction ou la direction juridique des entreprises sur l'existence possible d'une infraction au droit de la concurrence qu'elles ignoraient bien souvent jusqu'alors. Il est de ce fait indispensable que l'Autorité informe très vite toutes les entreprises potentiellement concernées, y compris celles qu'elle n'a pas estimé utile de visiter, pour leur permettre de bénéficier le cas échéant du programme de clémence dans les mêmes conditions que leurs concurrents.
5. Bien que ce communiqué de presse soit publié dans le strict respect de la présomption d'innocence et sans mentionner l'identité des entreprises concernées par les visites et saisies, il est nécessaire, par symétrie, d'informer le public lorsque l'enquête est clôturée après l'instruction préliminaire des services d'instruction sans constat d'infraction pour lever les soupçons nés dans son esprit sur le comportement des entreprises du secteur d'activité concerné. L'APDC observe que la Commission européenne le fait systématiquement.

¹ Léna Sersiron, Pierre Zelenko, Marie-Cécile Rameau, Frédéric Fuchs, Laëtitia Tolot, Marie-Laure Combet, Marta Giner, Olivier Leroy, Sofia El Hariri, Julie Jézequel, Virginie Coursière-Pluntz, Sébastien Dominguez, Elvire Mazet, Maria Bagate, Estelle Leclerc, Yann Davie, Marlène Bourguignon, Céline Verney, Yohann Chevalier, Matthieu Blayney.

Dès lors, l'APDC appelle l'Autorité à rétablir la formulation antérieure **au point 12** du Projet de communiqué :

*« l'Autorité **publie, sauf circonstances particulières**, un communiqué de presse à l'issue des opérations de visite et saisie, conformément aux termes de l'article L. 463-6, alinea 3, du code de commerce. Ce communiqué, qui doit être publié dans le strict respect de la présomption d'innocence des entreprises concernées, ne mentionne pas leur identité. Si, postérieurement à la publication de ce communiqué, l'Autorité décide de clôturer l'enquête après l'instruction préliminaire des services d'instruction sans constat d'infraction, **elle en informe le public** par un nouveau communiqué de presse ».*

B. Procédure

1. Formalisme du dépôt des demandes de clémence

6. Le Projet de communiqué indique aux **points 26 et 34** que la demande de clémence ou de marqueur peut être déposée par LRAR, via le formulaire électronique sécurisé accessible sur le site internet de l'Autorité ou oralement « *en contactant par téléphone* » le conseiller clémence de l'Autorité. De même pour les demandes sommaires, selon le **point 48** du Projet de communiqué.
7. L'APDC observe que ces modalités de dépôt sont trop restrictives. L'envoi d'une LRAR est source de retard et ne permet pas l'horodatage. Le conseiller clémence n'est évidemment pas disponible en permanence et l'horodatage n'est pas transparent pour le demandeur de clémence. Quant au formulaire électronique, s'il permet de déposer une demande à toute heure et garantit son horodatage, il n'autorise la saisie que d'un nombre de caractères limités et n'est de ce fait pas toujours adapté.
8. Les saisines contentieuses et les formulaires de notification de concentration, pour leur part, peuvent être déposés au siège de l'Autorité et sont alors marqués d'un timbre indiquant leur date de dépôt.

C'est pourquoi l'APDC suggère :

- d'autoriser aussi expressément le dépôt d'une demande de clémence au siège de l'Autorité entre 9h et 19h, et son marquage d'un timbre indiquant sa date et son heure de dépôt ;
- de prévoir l'envoi immédiat par courrier ou par courriel d'un accusé de réception horodaté pour les demandes déposées par LRAR ou par téléphone auprès du conseiller clémence. La personne destinataire du courrier ou du

courriel d'accusé de réception sera désignée par l'entreprise qui pourra choisir son conseil afin d'assurer la confidentialité de cet échange.

2. Maintien de la participation du demandeur de clémence à l'infraction jusqu'aux opérations de visite et saisie

9. Le Projet de communiqué rappelle au (i) du **point 22** que le demandeur de clémence doit mettre fin à sa participation à la pratique prohibée « *sans délai, et au plus tard immédiatement après avoir déposé sa demande, sauf pour ce qui serait, de l'avis du rapporteur général de l'Autorité, raisonnablement nécessaire à la préservation de l'intégrité de l'enquête* ». Cette exigence figure au 1 de l'article R. 464-5-4 du code de commerce.
10. L'APDC observe qu'en pratique, la première entreprise à demander le bénéfice du programme de clémence dans une affaire se trouve dans une situation très inconfortable lorsque l'entente anticoncurrentielle est toujours en cours. Elle est en effet soumise à deux injonctions contradictoires pour obtenir le bénéfice de l'immunité de sanction : cesser immédiatement d'y prendre part et s'abstenir de divulguer l'existence de sa demande de clémence avant la notification des griefs², alors que la cessation brutale de sa participation à l'entente ne peut qu'alerter les autres participants.
11. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le rapporteur général peut lui demander de poursuivre momentanément sa participation à l'entente, afin de sauvegarder l'effet de surprise propre aux opérations de visite et saisie.
12. Cependant, cette demande du rapporteur général n'est pas formalisée, ce qui est source d'insécurité pour l'entreprise, déjà déstabilisée par la démarche de clémence elle-même. En outre, selon les circonstances, pour être certaine de ne pas ébruiter sa démarche, la direction de l'entreprise n'en informe qu'un cercle restreint de salariés, excluant ceux qui participent à l'entente.

L'APDC invite l'Autorité à préciser **dans la section V.1** du Projet de communiqué que le rapporteur général notifie au demandeur de clémence de type 1 par écrit et dans les plus brefs s'il entend lui demander de continuer momentanément de participer à l'entente pour les besoins de l'enquête et, si tel est le cas, de lui fournir des indications sur les modalités de la poursuite temporaire de sa participation.

Dans le cadre de cette même notification, l'APDC invite l'Autorité à préciser que l'obligation pesant sur le demandeur de clémence de fournir « **sans délai** tous les éléments d'information supplémentaires... » doit tenir compte, le cas échéant, de sa

² 2 e) de l'article R. 464-5-4 du code de commerce.

capacité restreinte à accéder à des informations supplémentaires lorsque, pour préserver la confidentialité de sa démarche, il n'en a informé qu'un cercle restreint de salariés ou dirigeants et que les opérations de visite et saisie n'ont pas encore eu lieu.

Pour préserver la confidentialité de cette notification, elle pourrait prendre la forme d'une lettre enregistrée au dossier et consultable par l'entreprise au siège de l'Autorité.

3. Confirmation de l'éligibilité du demandeur de clémence à une exonération totale ou partielle de sanction

13. En application du IV de l'article L. 464-2 du code de commerce, le rapporteur général de l'Autorité « *informe l'entreprise par écrit, le cas échéant, de son éligibilité à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues et lui indique les conditions de coopération définies par l'Autorité* ».
14. Cette information remplace l'avis de clémence, délivré par l'Autorité au terme d'une procédure plus contraignante, qui « *précis[ait] les conditions auxquelles [était] subordonnée l'exonération envisagée* »³. Cet avis de clémence venait « récompenser » assez rapidement la démarche de l'entreprise, quelques mois après le dépôt de sa demande, et lui offrait une certaine visibilité alors que l'adoption de la décision sanctionnant l'entente dénoncée intervient plusieurs -voire de nombreuses- années après. L'information visée au IV de l'article 464-2 du code de commerce doit dès lors comporter les mêmes informations que l'avis de clémence, en ce compris une indication d'une fourchette de réduction de sanction pour les demandeurs de clémence de type 2.
15. L'APDC observe d'ailleurs que le IV de l'article L. 464-2 exige du rapporteur général de l'Autorité qu'il confirme l'« *éligibilité* » de l'entreprise à une exonération totale ou partielle ; or le Projet de communiqué lui-même mentionne au point 20 les fourchettes de réduction de sanction parmi les conditions d'éligibilité à la clémence de type 2. Soulignons enfin que la Commission européenne informe l'entreprise de la fourchette de réduction de sanction qu'elle envisage de lui accorder⁴.
16. Etant délivrée par le rapporteur général de l'Autorité, et non plus par le collège, cette information ne peut engager ce dernier. Elle n'en est pas moins indispensable pour l'entreprise, qui ne peut demeurer dans une totale incertitude pendant des années.

³ IV de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa version précédant l'entrée en vigueur de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020.

⁴ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOUE C 298* du 8 décembre 2006, p. 17, point 29.

L'APDC propose que le Projet de communiqué précise à la **Section V.5** :

- que le rapporteur général adresse l'information visée au IV de l'article L. 464-2 du code de commerce au demandeur de clémence de type 1 dans les meilleurs délais possible ;
- que le rapporteur général adresse l'information visée au IV de l'article L. 464-2 du code de commerce au demandeur de clémence de type 2 dans les meilleurs délais possible, et au plus tard lors de la notification des griefs, en précisant la fourchette de réduction de sanction que les services d'instruction proposeront au collège de lui accorder s'il respecte les conditions qu'elle énonce.

17. En cas de suite défavorable à une demande de clémence, l'APDC relève que le Projet de communiqué distingue trois cas de figure à la **Section V.5** : les conditions d'éligibilité à une demande de clémence ne sont pas réunies (**point 41** du Projet de communiqué), le rapporteur général estime qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête ou de formuler une proposition d'autosaisine (**point 42** du Projet de communiqué), le rapporteur général estime que les faits révélés sont manifestement prescrits (**point 43** du Projet de communiqué).
18. Le Projet de communiqué prévoit que si l'entreprise en fait la demande, les informations et les éléments de preuve fournis lui sont restitués, seulement dans le premier cas visé au **point 41** du Projet de communiqué, à savoir quand les conditions d'éligibilité ne sont pas réunies.

L'APDC souhaite que le Projet de communiqué précise à la **Section V.5** que si l'entreprise en fait la demande, les informations et les éléments de preuve fournis lui sont restitués, également dans les cas où le rapporteur général estimerait qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête ou de formuler une proposition d'autosaisine (**point 42**), ou que les faits révélés sont manifestement prescrits (**point 43**).

19. Le **point 42** indique que si le rapporteur général de l'Autorité entend ne pas donner suite à une demande de clémence, indépendamment de la question de savoir si les conditions d'obtention d'une immunité ou d'une exonération partielle de sanction sont réunies, en faisant application de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, il en informe simplement l'entreprise par écrit, sans devoir se prononcer sur l'éligibilité de sa demande au programme de clémence. Il ne peut toutefois être exclu que le rapporteur général change d'avis ultérieurement et décide d'ouvrir une enquête couvrant les faits révélés dans la demande de clémence. L'APDC suppose qu'en ce cas, l'Autorité tiendra compte de la demande de clémence déposée auparavant et appréciera son éligibilité à la date de son dépôt. Il apparaît néanmoins nécessaire de le préciser expressément pour respecter le principe de sécurité juridique.

L'APDC invite l'Autorité à préciser expressément au **point 42** du Projet de communiqué que l'éligibilité de la demande au programme de clémence sera appréciée rétroactivement si le rapporteur général décidait ultérieurement d'instruire les faits qu'elle a révélés.

C. Eléments d'informations produits au soutien de la demande de clémence

20. Les **points 18, 19, 22 (ii) 4^{ème} tiret, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 41 et 45** du Projet de communiqué visent des « *éléments de preuve* » alors que l'article R. 464-5-2 I 3^o et II du code de commerce vise uniquement la fourniture d'« *éléments d'information* ».

L'APDC demande la suppression des termes « *éléments de preuve* » aux **points 18, 19, 22 (ii) 4^{ème} tiret, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 41 et 45** du Projet de communiqué et leur remplacement par les termes « *éléments d'information* ».

21. Le **point 22 (ii)** du Projet de communiqué reprend les dispositions du 2^o de l'article R. 464-5-4 du code de commerce exigeant du demandeur de clémence qu'il fournisse à l'Autorité « *sans délai tous les éléments d'information supplémentaires concernant la pratique en cause* ». L'APDC attire l'attention de l'Autorité sur le fait qu'entre le dépôt de la demande de clémence et les opérations de visite et saisie, la direction de l'entreprise n'a pas nécessairement connaissance du détail de la mise en œuvre de la pratique qui est poursuivie. En outre, pour préserver la confidentialité de sa démarche, la direction n'en informe qu'un cercle restreint de salariés ; l'entreprise n'est donc pas en mesure de satisfaire pleinement cette obligation pendant cette période.

L'APDC demande qu'il soit précisé que l'obligation de fournir « *sans délai tous les éléments d'information supplémentaires concernant la pratique en cause* » tienne compte, le cas échéant, de la capacité restreinte du demandeur de clémence à la satisfaire avant les opérations de visite et saisie.

22. Le **point 36** du Projet de communiqué invite les entreprises à produire au soutien de leur demande de clémence « *l'ensemble des informations et des éléments de preuve* », notamment « *des pièces, des fichiers électroniques, des enregistrements, dissimulés ou non, et des déclarations des cadres et des employés* ».
23. Cette énumération suscite de vives inquiétudes.
24. Il convient en premier lieu de rappeler qu'une entreprise ne peut pas enregistrer ni l'un de ses salariés ni une quelconque autre personne à son insu sans commettre une infraction aux

articles 226-18⁵ voire 226-19, alinéa 2⁶, du Code pénal, selon le cas, ainsi qu'à l'article 226-1 du même code⁷.

25. En second lieu, la précision « *dissimulés ou non* », appliquée aux « *pièces* » et « *fichiers électroniques* », est de nature à placer les demandeurs de clémence dans une grande incertitude étant donnée l'obligation qui leur est faite par ailleurs au 2a) de l'article R.464-5-4 du code de commerce, de fournir à l'Autorité « *sans délai tous les éléments d'information supplémentaires concernant la pratique en cause, qui viendraient en sa possession ou auxquels elle pourrait avoir accès* ». L'on peut notamment envisager le cas dans lequel des opérations de visite et saisie permettraient la saisie informatique de fichiers qui avaient été effacés et que l'entreprise n'aurait pas spontanément remis à l'Autorité : serait-elle en pareille hypothèse considérée comme ayant manqué à son devoir de coopération entière et permanente avec l'Autorité, au risque de perdre le bénéfice de l'exonération à laquelle elle pouvait prétendre ?

L'APDC demande instamment la suppression des termes « *enregistrés* » et « *dissimulés ou non* » au **point 36** du Projet de communiqué.

D. Articulation avec les contentieux indemnitaires

26. Le Projet de communiqué indique au **point 57** qu'une exonération de sanction accordée par l'Autorité ne protège l'entreprise des actions indemnitaires pouvant être engagées par des victimes de l'entente « *que dans les conditions prévues par les dispositions du code de commerce résultant des termes de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles* ».
27. Il paraît souhaitable de renvoyer plus précisément aux articles du code de commerce visés ici et de préciser les deux « *garanties apportées au demandeur de clémence* », puisque tel est l'intitulé de la Section VI du Projet de communiqué, à savoir, d'une part, les limites à la

⁵ « *Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende* ».

⁶ « *[...] Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté* ».

⁷ « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :*
1° *En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;*
2° *En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.*
3° *En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci.* »

solidarité du bénéficiaire d'une immunité de sanction avec les autres membres de l'entente pour la réparation des préjudices causés aux victimes de l'entente et, d'autre part l'impossibilité d'obtenir en justice la production forcée ou de produire en justice des déclarations de clémence.

L'APDC suggère de préciser au **point 57** :

- qu'en application de l'article L. 481-11 du code de commerce, l'entreprise s'étant vu accorder une immunité de sanction n'est tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis ;
- que l'article L. 483-5 fait obstacle à la production spontanée ou forcée devant le juge administratif ou judiciaire des exposés écrits ou transcriptions de déclarations orales présentés par les demandeurs de clémence, comme des citations qui en sont faites dans les pièces établies à l'occasion de l'enquête ou de l'instruction devant l'Autorité.

E. Entrée en vigueur du nouveau communiqué de procédure

28. L'APDC souligne que la suppression de l'avis de clémence est entrée en vigueur avec la loi n° 2020-1508 le 5 décembre 2020. Or le projet de communiqué prévoit au **point 61** son application à compter de la date de sa publication à toutes demandes « *pour lesquelles un avis de clémence n'a pas été adopté avant cette date* ». Cette rédaction nous semble receler un anachronisme dès lors qu'il n'y a pu avoir aucun avis de clémence depuis le 5 décembre 2020.

L'APDC suggère d'indiquer au **point 61** du Projet de communiqué qu'il s'applique au traitement de toutes les demandes d'exonération de sanction pécuniaire déposées à compter de sa publication.

* *

*