



**CONTRIBUTION DE L'APDC A LA SUITE DE LA CONSULTATION PUBLIQUE
LANCEE PAR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DE LA
REVISION DU COMMUNIQUE DE PROCEDURE EN MATIERE DE CLEMENCE**

Dans le cadre de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence, le 27 février 2015, à l'occasion de la révision de son communiqué de procédure relatif au programme de clémence, l'APDC formulera ci-après un certain nombre d'observations sur le projet de communiqué de procédure (ci-après le « Projet »).

A titre liminaire cependant, tout en se félicitant de ce que, selon désormais son usage, l'Autorité de la concurrence lance une consultation publique sur ce Projet, l'APDC regrette la brièveté inusuelle, semble-t-il, du délai imparti, alors que l'on ne voit pas l'urgence particulière qui la justifierait.

Sous cette réserve, dans un souci didactique, les observations de l'APDC seront formulées dans l'ordre des articles du Projet.

**I. OBSERVATIONS RELATIVES AU DOMAINE DE LA PROCEDURE DE CLEMENCE
(PARAGRAPHE 10 DU PROJET)**

1. L'APDC s'interroge sur l'utilité de la précision apportée concernant les pratiques de « *hub and spoke* », qui peut en revanche susciter des interrogations et même des difficultés injustifiées dans des rapports verticaux licites.
2. L'APDC relève tout d'abord que le caractère complexe des pratiques en question a rendu nécessaires des précisions dans les lignes directrices de la Commission, qu'il s'agisse de celles relatives aux restrictions verticales¹ que de celles relatives aux accords de coopérations horizontales².

Il est d'ailleurs à noter que la communication de la Commission européenne sur la clémence ne vise pas spécifiquement les pratiques de « *hub and spoke* » comme se propose de le faire l'Autorité de la concurrence.

3. Il est vrai que ce type de pratiques « *trilatérales* » peut s'avérer licite dans certaines conditions.

¹ Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, § 209 et suivants.

² Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, § 55.

4. D'ailleurs, l'Autorité de la concurrence elle-même, dans son étude thématique sur les échanges d'information, écrit, d'une part, que l'échange par l'intermédiaire d'un tiers n'a pas d'influence sur la qualification de la pratique, tout en ajoutant, d'autre part, « *il convient cependant d'adopter une approche mesurée, car il est naturel, par exemple, qu'un acheteur qui met en concurrence plusieurs fournisseurs fasse part à l'un du prix proposé par l'autre* ».
5. Il résulte de cette déclaration de l'Autorité de la concurrence, d'une part, que la précision que se propose d'insérer le Projet est inutile, s'il s'agit véritablement de pratiques horizontales illicites, de ce fait couvertes par la notion d'« ententes » horizontales, tout en créant, d'autre part, un risque d'extension infondé à des pratiques qui seraient licites et qui dans ces conditions seraient attirées de manière injustifiée voir même anticoncurrentielle. En conséquence, l'APDC demande la suppression de cette précision.

II. OBSERVATIONS RELATIVES A LA POSSIBILITE POUR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE DE PUBLIER UN COMMUNIQUE DE PRESSE A L'ISSUE DES OPERATIONS DE VISITE ET SAISIE (PARAGRAPHE 14 DU PROJET)

6. A titre liminaire, l'APDC entend rappeler qu'elle avait émis en 2012 des réserves sur la pratique de l'Autorité de la concurrence consistant à publier des communiqués de presse dans le cadre des procédures contentieuses.

Elle avait notamment souligné que l'absence de tout encadrement spécifique légal ou réglementaire de la pratique des communiqués de presse imposait à l'Autorité de la concurrence d'éviter de porter une atteinte excessive et injustifiée aux intérêts légitimes des opérateurs économiques et avait attiré son attention sur la nécessaire information préalable des entreprises concernées de la publication des communiqués de presse ainsi que sur la nécessaire objectivité de ces communiqués.

7. Dans le cadre des présentes observations, l'APDC entend de nouveau souligner que la publication de communiqués de presse par l'Autorité de la concurrence est dépourvue de base légale.
8. Plus encore, l'APDC s'interroge sur la légalité d'informer le public par voie de communiqués de presse du déroulement d'opérations de visite et saisie (ci-après « OVS ») au regard du principe de respect du secret professionnel³.

En effet, aux termes des articles L. 226-13 du Code pénal, 26 de la loi du 13 juillet 1983⁴ et L. 462-9 du Code de commerce, les membres de l'Autorité de la concurrence sont soumis au respect du secret professionnel.

Cette exigence légale est d'ailleurs rappelée dans la charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence, qui précise que le respect du secret professionnel couvre « *la conduite des*

³ Aux termes de l'article L. 223-13 du Code pénal « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession* » est passible de sanctions.

⁴ L'article 26 de la loi n° 83/634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires rappelle que les fonctionnaires sont tenus au respect du secret professionnel au regard des dispositions du Code pénal.

enquêtes et de l'instruction menées au titre de ces dispositions [dispositions du livre IV du Code de commerce] »⁵ et également dans son règlement intérieur⁶.

Ainsi, la nouvelle disposition prévue dans le Projet apparaît contraire à (i) la loi ainsi qu'à (ii) la charte de déontologie et au règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence.

Or, le communiqué de procédure est assimilable à une directive administrative au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat « *Crédit Foncier* »⁷ et ne peut créer de conditions nouvelles non prévues par la législation ou la réglementation dont elle a pour objet de faciliter la mise en œuvre⁸ et *a fortiori* ne peut contenir de dispositions *contra legem*.

Ainsi, la légalité du nouvel article proposé apparaît très sérieusement contestable.

9. Au-delà de la question de la légalité même d'une telle pratique, à laquelle l'APDC n'est par principe pas favorable, l'Autorité de la concurrence devra veiller à être particulièrement vigilante lors de la rédaction de ces communiqués de presse notamment pour éviter de porter une atteinte excessive et injustifiée aux intérêts légitimes des opérateurs économiques.
10. En premier lieu, à la lecture des communiqués de presse, les entreprises visitées ne devront être **ni identifiées ni identifiables**, afin de les prévenir des conséquences dommageables d'une telle publicité, non proportionnées par rapport à l'objectif d'« *égalité d'accès à la clémence* » poursuivi par l'Autorité de la concurrence.

L'APDC attire ici l'attention de l'Autorité de la concurrence sur les secteurs concentrés et/ou oligopolistiques (ex : téléphonie mobile, transport ferroviaire, etc.) pour lesquels même si les entreprises n'étaient pas nommées expressément, elles seraient néanmoins aisément identifiables compte tenu de la structure du marché. D'ailleurs, dans un oligopole l'objectif de réduire l'asymétrie d'informations entre les entreprises visitées et non visitées est peu pertinent.

Selon l'APDC, le cas des secteurs oligopolistiques rentre dans les « *circonstances exceptionnelles* » visées dans le Projet, dans lesquelles il n'y a pas lieu à publication d'un communiqué de presse.

11. En second lieu, l'APDC attire l'attention de l'Autorité de la concurrence sur le nécessaire respect de la présomption d'innocence. A cet égard, dans un communiqué de presse du 27 février 2008, le Conseil de la concurrence avait déclaré « *depuis sa création, le Conseil de concurrence s'est toujours refusé à publier des informations sur les affaires qu'il instruit :*

⁵ Décision du 30 mars 2009 portant adoption de la charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence, p. 2 et 3.

⁶ Article 5 de la Décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence

⁷ Arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 1970, *Crédit Foncier*, n° 78880.

⁸ Arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} octobre 1993, *Ecole de la Croix*, n° 116567.

cette ligne de conduite, toujours respectée, est justifiée à la fois par le souci de respecter la présomption d'innocence des entreprises éventuellement mises en cause (...) »⁹.

12. Afin de respecter le principe de la présomption d'innocence, et d'éviter que les communiqués de presse puissent suffire pour initier des actions en réparation, notamment devant des juridictions étrangères, l'APDC considère que les communiqués de presse devront expressément préciser, qu'au stade des OVS, comme tout au long de l'enquête de l'instruction :
- (i) les entreprises sont présumées innocentes ;
 - (ii) ces opérations ne préjugent pas de la responsabilité des entreprises visitées ;
 - (iii) aucun grief n'est formulé à l'encontre des entreprises et,
 - (iv) la procédure n'étant pas contradictoire, les entreprises visitées n'ont pas été amenées à se défendre.
13. Enfin, l'hypothèse des OVS relatives à des soupçons de pratiques anticoncurrentielles verticales ou unilatérales n'est pas abordée dans le Projet, sans doute parce que par nature la question de l'asymétrie d'information ne se pose pas.

L'APDC considère que dans ces hypothèses, il ne devrait donc pas y avoir lieu à publication d'un communiqué de presse.

III. OBSERVATIONS RELATIVES A L'IMPOSSIBILITE POUR LES ANCIENNES SOCIETES MERES DE BENEFICIER DE LA DEMANDE DE CLEMENCE DE LEUR FILIALE (PARAGRAPHE 16, NOTE DE BAS DE PAGE 2 DU PROJET)

14. Le Projet prévoit expressément que la demande de clémence déposée par une filiale ne pourra pas bénéficier à son ancienne société mère.
15. A titre liminaire, l'APDC souligne qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue d'adopter une position identique à celle des autorités et juridictions européennes, notamment dans la mesure où comme il le sera développé ci-après, une telle solution est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense des anciennes sociétés mères et au principe d'égalité de traitement.
16. De plus, l'APDC s'interroge sur l'intégration de cette problématique dans le Projet, alors même qu'elle n'a été abordée qu'à deux reprises par l'Autorité de la concurrence dans ses décisions n° 13-D-12 « *Commodités chimiques* » (à propos d'une ancienne société mère) et n° 14-D-19 « *Entretien, hygiène et soins du corps* » (à propos d'une future société mère). Or, ces deux affaires ont fait l'objet d'un recours toujours pendant devant la Cour d'appel de Paris. Alors que la position de l'Autorité de la concurrence pourrait être remise en cause dans quelques mois, l'APDC estime que son insertion dans un communiqué de procédure est pour le moins prématurée.

⁹ Communiqué de presse du Conseil de la concurrence du 27 février 2008 à la suite des opérations de visites et saisies dans le secteur de l'entretien, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=255&id_article=893

17. Sur le fond, en premier lieu, il sera relevé que les anciennes sociétés mères sont dans une situation où leurs droits de la défense sont susceptibles d'être irrémédiablement compromis. En effet, elles ne disposent plus des éléments d'informations et de preuve leur permettant de formuler une demande de clémence dans la mesure où elles ont cédé la filiale.

L'APDC regrette d'ailleurs que le Projet n'ait prévu aucun mécanisme permettant que les anciennes sociétés mères soient informées de la procédure visant leur ancienne filiale à un stade de la procédure leur permettant de déposer, elles aussi, une demande de clémence, dans la mesure où elles ne bénéficieraient pas de celles déposées par la filiale et/ou la nouvelle société mère.

En effet, une telle solution serait conforme à l'objectif de réduction de l'asymétrie d'informations entre les sociétés visitées et non visitées¹⁰. Il devrait en être *a fortiori* de même pour l'ancienne société mère, d'autant qu'ayant éventuellement quitté le secteur en cause, elle pourrait ignorer l'existence même de cette information, même si la demande était liée à des OVS.

18. En second lieu, la solution préconisée dans le Projet méconnaît les mécanismes de l'imputabilité des pratiques d'une filiale à sa société mère et le principe de responsabilité solidaire des sociétés mères.

En effet, l'ancienne société mère par hypothèse ne se voit imputer le grief qu'en raison des pratiques commises personnellement par sa filiale non autonome. Autrement dit, l'ancienne société mère n'est pas sanctionnée pour des actes commis par elle mais seulement en raison d'une simple obligation de paiement solidaire, assimilable à une caution judiciaire solidaire.

Dès lors, en application de ces principes, l'obligation de paiement de la société mère ne saurait excéder le montant de la sanction infligée à l'ancienne filiale et toute exonération accordée à cette dernière devrait également automatiquement bénéficier à l'ancienne société mère.

Une solution contraire pourrait aboutir à ce que l'ancienne société mère, tenue au paiement de la sanction uniquement en raison des pratiques commises personnellement par sa filiale, se voit imposer une sanction plus importante que cette dernière.

D'ailleurs la solution retenue par le projet est incohérente avec le fait que l'ancienne société mère, en tant que simple responsable solidaire, bénéficie à bon droit et automatiquement dans le cadre de l'individualisation de la peine, de toutes atténuations de la responsabilité de la filiale tenant par exemple à la participation limitée de celle-ci, à sa situation personnelle etc.

On a du mal à comprendre alors pourquoi elle ne pourrait pas bénéficier de la réduction de l'amende de la filiale relative cette fois à la clémence.

19. En troisième lieu, les principes de droit à un procès équitable et d'égalité de traitement s'opposent à ce que certaines entreprises se voient appliquer un traitement moins favorable que d'autres entreprises se trouvant dans une situation identique.

¹⁰ Voir en ce sens le paragraphe 14 du Projet qui prévoit que le communiqué de presse sur le déroulement des OVS a pour objectif de permettre aux entreprises non visitées d'être dans une situation identique aux entreprises visitées en termes d'accès au programme de clémence et à ses bénéfices quant à la sanction encourue.

En effet, les juridictions européennes ont rappelé que les amendes imposées à des sociétés mères dont les filiales ont participé à une même entente doivent être calculées selon une méthode identique, fondée sur les mêmes critères¹¹.

La solution proposée dans le Projet pourrait aboutir à ce que la nouvelle société mère bénéficie de la demande de clémence de la filiale alors que l'ancienne société mère ne le pourrait pas et n'en serait même pas informée.

Or, ancienne et nouvelle sociétés mères sont dans une situation identique, le grief leur est imputé au nom des pratiques commises personnellement par leur filiale et elles sont tenues au paiement de la sanction à titre solidaire, calculée en fonction de la situation individuelle de la filiale.

Ainsi, la solution jurisprudentielle adoptée en cas de pluralité de sociétés mères devait être étendue aux anciennes sociétés mères.

20. Pour l'ensemble de ces raisons, l'APDC considère que :

- la disposition selon laquelle les anciennes sociétés mères ne peuvent pas bénéficier de la clémence demandée par leur ancienne filiale devrait être supprimée ;
- à tout le moins, il devrait être consacré une exception au principe de non-divulgence de l'existence d'une demande de clémence, afin de permettre à une filiale d'informer son/ses ancienne(s) société(s) mère de sa démarche de façon à ce qu'elle(s) puisse(nt) s'y associer, cette/ces dernière(s) demeurant liée(s) elle(s)-même(s) par l'obligation de ne pas révéler la demande de clémence¹².

21. Enfin, le Projet précise qu'il convient « *d'identifier précisément les entités* » couvertes par la demande de clémence.

Ce terme « *précisément* » n'est pas clair et est source d'insécurité juridique notamment pour ce qui est des groupes de sociétés. Dans la logique de la notion d'entreprise, dont le Projet tient compte par ailleurs, la demande de la filiale et de la société mère devrait *ipso facto* valoir pour toute entité du groupe. L'APDC considère que cet ajout est source de difficultés et donc devrait être supprimé.

¹¹ TUE, 27 octobre 2010, T-24/05, Alliance One Internationale, Standard Commercial Tobacco Co, Trans-Continental Leaf Tobacco Corp / Commission, §§156-158 ; confirmé par CUE, 19 juillet 2012, C-628/10 et C-14/11, §§57-59.

¹² Cette solution est cohérente au regard de l'article 23 du Projet permettant que le demandeur de clémence puisse divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant l'envoi d'une notification de griefs « *si l'Autorité donne son accord* ».

IV. OBSERVATIONS SUR LA VALEUR AJOUTEE SIGNIFICATIVE DANS LES CLEMENCES DE TYPE 1 B ET 2 (PARAGRAPHE 19 DU PROJET)

22. Dans l'hypothèse où l'entreprise ne serait pas un demandeur de clémence de type 1 A, il est prévu qu'elle doit apporter à l'Autorité de la concurrence « *des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuves dont celle-ci dispose déjà* ».
23. Cette formulation qui ne vise que les « *éléments de preuves* » semble donc exclure les informations/explications fournies par les entreprises dans les cas de type 1 B et type 2, alors même que ces informations/explications peuvent être à l'origine d'un gain procédural substantiel pour les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence. Elles méritent donc d'être récompensées.

En effet, les informations données par les entreprises rapidement après les OVS peuvent permettre d'accélérer et/ou de faciliter l'exploitation des données saisies par les services d'instruction, ce dont il devrait être tenu compte lors de la réduction de sanction octroyée à l'entreprise dans la mesure où ces éléments ont une véritable « valeur ajoutée » pour l'Autorité de la concurrence.

24. A cet égard, l'APDC propose que soit apportée la précision suivante : « *L'Autorité prendra également en compte, pour les demandes de clémence intervenant rapidement après la réalisation d'opérations de visites et saisies, les gains susceptibles d'être apportés en termes d'accélération du traitement des documents préalablement saisis et de la compréhension des pratiques dénoncées.* »

V. OBSERVATIONS SUR LE PLAFOND MAXIMUM DE L'EXONERATION PARTIELLE (PARAGRAPHE 21 DU PROJET)

25. Il ressort du Projet, qu'« *en principe* », l'exonération partielle de sanction dont pourrait bénéficier une entreprise dans un cas de clémence de type 2 ne devrait pas excéder 50 %.

L'APDC observe à cet égard une modification par rapport au texte antérieur, du fait d'une inversion entre les paragraphes 21 et 22.

26. Le nouveau paragraphe 22 suivant désormais celui qui fixe la limite de 50 %, laisse penser que dans le cas qu'il vise, cette limite pourrait être dépassée. Si tel est le cas, il conviendrait de le préciser en indiquant : « *Une réduction supérieure à 50 % pourra cependant être envisagée pour les entreprises fournissant des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, cette contribution supplémentaire sera, en tout état de cause, prise en compte dans la détermination individuelle de la sanction.* »

VI. OBSERVATIONS SUR L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES FAITS RENFORÇANT LA GRAVITE DES PRATIQUES ET LA DUREE DE L'INFRACTION DANS LE CADRE DE LA DETERMINATION DE LA SANCTION INFLIGEE A L'ENTREPRISE QUI LES A DENONCES (PARAGRAPHE 22 DU PROJET)

27. Dans le Communiqué relatif au programme de clémence de la Commission européenne, lorsqu'une entreprise qui sollicite une réduction d'amende est la première à fournir des éléments de preuve déterminants qui ont une incidence sur la réalité matérielle des pratiques,

en ce qu'ils renforcent par exemple la gravité des pratiques ou la durée de l'infraction, la Commission ne tient pas compte de ces éléments pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis¹³.

Cette disposition est de nature à s'assurer de la pleine coopération de l'entreprise demandeur de clémence et d'éviter qu'une entreprise ne se voit infliger une sanction plus importante que celle à laquelle elle aurait pu être condamnée, en raison des éléments qu'elle a elle-même communiqués.

28. L'APDC propose de compléter le paragraphe 22 du Projet de la manière suivante : « *A titre d'exemple, si une entreprise qui sollicite une réduction d'amende est la première à fournir des preuves déterminantes, au sens du présent paragraphe, que l'Autorité utilise pour établir des éléments de fait supplémentaires qui renforcent la gravité ou la durée de l'infraction, l'Autorité ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les a fournis nonobstant la réduction visée ci-dessus* ».

VII. OBSERVATIONS SUR L'ABSENCE DE REMISE EN CAUSE DE LA MATERIALITE DES FAITS ET DE L'EXISTENCE DES PRATIQUES DENONCEES PAR UNE ENTREPRISE (PARAGRAPHE 23 DU PROJET)

29. Aux termes du paragraphe 23 du Projet, afin de pouvoir bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction, les entreprises devront s'engager à « *ne pas remettre en cause à aucun moment devant l'Autorité et ce jusqu'au terme de la procédure les éléments factuels qu'elle a révélés à l'Autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits qu'elle a dénoncés ou l'existence même des pratiques* ».
30. L'APDC exprime une forte réserve sur cette obligation, qui devrait être strictement limitée aux « *informations et éléments de preuve* » dénoncés par l'entreprise elle-même.
31. En revanche, dans l'hypothèse où il y aurait une pluralité de demandeurs de clémence, chaque demandeur de clémence devrait pouvoir contester les pratiques dénoncées par les autres, notamment s'il existe des divergences sur l'étendue des pratiques dénoncées (durée, étendue, territoires, etc.).

A cet égard, l'APDC propose de préciser que seules la matérialité des faits et l'existence des pratiques dénoncées par l'entreprise elle-même ne peuvent être remises en cause. La rédaction suivante pourrait être envisagée : « *la matérialité des faits ou l'existence des pratiques qu'elle a elle-même dénoncées* ».

VIII. OBSERVATIONS SUR LE DEPOT DE LA DEMANDE DE CLEMENCE (PARAGRAPHE 31 DU PROJET)

32. L'APDC croit comprendre que l'Autorité de la concurrence ne serait pas favorable à ce que la demande de rendez-vous en vue du dépôt d'une demande de clémence soit faite par courrier électronique, seule une prise de contact téléphonique étant envisagée.

¹³ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, § 26.

33. Dans l'hypothèse où cette position serait maintenue, l'APDC considère qu'il devrait être expressément indiqué dans le communiqué de procédure, la manière dont la preuve de l'appel téléphonique pour la prise de rendez-vous et spécialement de sa date et heure précises sera établie et conservée par le conseiller clémence (ex : possibilité de déposer un message sur une boîte vocale en cas d'occupation de la ligne, de dérangement de celle-ci ou d'absence du conseiller clémence).

IX. OBSERVATIONS SUR LA POSSIBILITE DE FORMULER UNE DEMANDE DE CLEMENCE AU COURS DES OVS (PARAGRAPHE 32 DU PROJET)

34. L'Autorité de la concurrence envisage que les entreprises puissent déposer une demande de clémence au cours des OVS.
35. Selon l'APDC, une telle possibilité est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense des entreprises qui pourraient (i) pendant les OVS, du fait de la présentation de cette option, être en pratique moins attentives au respect de leurs droits, (ii) à l'issue des OVS, renoncer à former un appel contre l'ordonnance du Juge des libertés et de la détention et/ou un recours le déroulement des OVS ou (iii) se signaler auprès de l'Autorité de la concurrence comme possible demandeur de clémence de façon excessivement précipitée sous la pression des OVS.
36. Surtout, cela serait contraire à l'objectif de réduction de l'asymétrie d'information entre les entreprises visitées et celles non visitées énoncé au paragraphe 14 du Projet relatif aux communiqués de presse à la suite des OVS.

En effet, il est précisé que l'objectif des communiqués de presse est d'assurer « *l'égalité d'accès au programme de clémence* » et ainsi éviter que les entreprises non visitées soient dans une situation plus défavorable que les entreprises visitées, en termes d'accès au programme de clémence et à ses bénéfices.

Dès lors, dans la mesure où les OVS peuvent durer plus ou moins longtemps et que, selon le projet lui-même, le communiqué de presse ne serait publié qu'à l'issue des OVS, le fait de permettre de déposer une demande de clémence au cours des OVS place les entreprises visitées dans une position plus favorable que les entreprises non visitées.

37. Pour l'ensemble de ces raisons, l'APDC considère qu'au contraire, le communiqué de procédure devrait expressément prévoir que la demande de clémence ne pourra être déposée qu'après la publication du communiqué de presse, si celui-ci a lieu, et *a fortiori* après la clôture des OVS.

X. OBSERVATIONS SUR L'INSTRUCTION DE LA DEMANDE DE CLEMENCE (PARAGRAPHE 36 DU PROJET)

38. Il est indiqué dans le Projet que le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence se basera « *sur les seules informations et éléments de preuve transmis par le demandeur de clémence* ».
39. L'APDC considère que le terme « *seules* » est trop restrictif et qu'il devrait être supprimé. En effet, l'entreprise a une obligation de coopération et la réduction de sanction qui lui sera octroyée devrait donc tenir compte de l'ensemble des informations, précisions, éléments de preuve, qui pourraient être apportés par le demandeur de clémence. Enfin, l'APDC considère donc qu'il conviendrait de préciser que l'ensemble des informations et éléments transmis par une entreprise avant que ne soit rendu l'avis conditionnel de clémence seront pris en compte.

40. Il conviendrait de préciser également que ces informations et éléments de preuve sont comparés par rapport aux autres informations et preuves d'ores et déjà détenues par l'Autorité de la concurrence.

XI. OBSERVATIONS SUR LA RESTITUTION DES ELEMENTS DE PREUVE FOURNIS PAR UNE ENTREPRISE EN CAS DE REJET DE SA DEMANDE DE CLEMENCE (PARAGRAPHE 40 DU PROJET)

41. Le Projet prévoit la restitution des documents en cas de rejet de la demande de clémence si l'entreprise « *en fait la demande* ».

L'APDC suggère la suppression de cette mention pour rendre la restitution automatique, afin de préserver les droits de la défense et les éléments pouvant être couverts par les secrets d'affaires.

XII. OBSERVATIONS SUR LA TRANSMISSION DES DOSSIERS AU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE (PARAGRAPHE 53 DU PROJET)

En l'état du Projet, seules les personnes physiques appartenant à une entreprise ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction ont la certitude que le dossier ne sera pas transmis au Parquet et peuvent ainsi échapper à l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce

L'APDC considère qu'il n'existe pas de motifs légitimes à ce que la non-transmission du dossier au Parquet concerne uniquement les demandeurs de clémence de rang 1.

En effet, au sein d'une entreprise, les pratiques anticoncurrentielles sont généralement dénoncées par les participants à ces pratiques et leur collaboration avec l'entreprise et ses conseils est essentielle pour préparer une demande de clémence et transmettre à l'Autorité de la concurrence l'ensemble des éléments de preuve dont dispose l'entreprise.

Dans l'hypothèse où les salariés/dirigeants dont l'entreprise serait un demandeur de clémence de type 2 s'exposeraient à des poursuites pénales, cela aura nécessairement des conséquences sur leur coopération et leur incitation à dénoncer les pratiques.

A cet égard, le modèle de communiqué de procédure relatif à la clémence du Réseau européen de concurrence indique expressément qu'afin de garantir l'efficacité de la procédure de clémence, il est important de protéger les salariés et dirigeants des sanctions personnelles auxquelles ils pourraient être exposés, et ce sans distinguer selon que l'entreprise à laquelle ils appartiennent bénéficie d'une exonération totale ou partielle de sanctions¹⁴.

¹⁴ Dans le modèle de communiqué de procédure relatif à la procédure de clémence du Réseau Européen de concurrence, cette solution est préconisée : *"In order to ensure that corporate leniency programmes work efficiently, it is however important to protect to the greatest extent possible employees and directors of the undertakings applying for immunity. It may also be appropriate to offer protection from individual sanctions to employees and directors of applicants for a reduction of any fine. A number of CAs have leniency programmes that allow both individuals and undertakings involved in a cartel to individually apply for leniency"* (cf. § 15).

L'APDC suggère donc d'étendre le bénéfice de l'absence de transmission du dossier au Parquet aux personnes physiques travaillant au sein d'une entreprise qui aurait obtenu une exonération partielle.

XIII. OBSERVATIONS GENERALES ET FINALES

L'APDC propose d'introduire dans le programme de clémence français un système de fourchette de réduction, permettant de réduire l'incertitude quant au montant de la réduction de sanction auquel peut prétendre un demandeur de type 2.

Afin de garantir l'équilibre entre (i) le rang de dépôt de la demande et (ii) la « valeur ajoutée » des éléments transmis, il pourrait être prévu un mécanisme de fourchettes se chevauchant d'un rang à l'autre afin d'assurer une meilleure prise en compte de la « valeur ajoutée » des éléments que les entreprises sont susceptibles de fournir.

Dans le cadre des clémences de type 2, il pourrait être envisagé de prévoir expressément que la réduction accordée sera :

- entre 30 et 50 % pour le second demandeur de clémence ;
- entre 20 et 40 % pour le troisième demandeur de clémence et,
- au maximum de 30 % pour les demandeurs de clémences de rang inférieur.