



OBSERVATIONS DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE (APDC) RELATIVES AUX DEMANDES DE CLEMENCE

L'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (ci-après l'« APDC ») saisit l'occasion de la consultation organisée par l'Autorité de la concurrence pour faire part de certaines observations sur la procédure, bien que le nombre relativement limité de décisions rendues à ce jour ne permette pas de mesurer l'ensemble des difficultés auxquelles l'Autorité de la concurrence, les parties et leurs conseils sont confrontés.

1. De manière générale, les procédures de clémence requièrent plusieurs conditions pour fonctionner de façon satisfaisante, et notamment :
 - temps suffisant pour réunir les éléments et notamment pour réaliser les audits et comprendre vraiment les pratiques commises et leur portée ;
 - obtenir les documents disponibles et s'assurer de leur pertinence, de leur portée et de leur authenticité ;
 - compréhension des difficultés pratiques auxquelles les entreprises sont confrontées par les personnes en charge du dossier ;
 - disponibilité des interlocuteurs à l'Autorité de la concurrence ;
 - poursuite de la pratique sauf indication contraire.

Compte tenu des difficultés qui ne peuvent pas être réglées de manière générale et abstraite, la création de la fonction de conseillère clémence est considérée comme un véritable progrès.

2. Les modes de demande de marqueur, outre ceux existant actuellement, pourraient inclure la voie téléphonique et la voie électronique par l'intermédiaire de la plateforme de l'Autorité de la concurrence. Ceci peut être très important, surtout si la demande doit être faite de l'étranger, par exemple. Cela suppose toutefois, dans le cas des demandes par voie téléphonique, de mettre en place un système d'enregistrement de la date et de l'heure des appels ne laissant aucune place à la contestation.
3. Il semblerait nécessaire/utile de prévoir un mécanisme permettant de vérifier l'authenticité des pièces fournies par l'entreprise, notamment lorsqu'il s'agit de documents d'origine électronique.

Il est aussi important que les documents transmis au JLD pour obtenir une autorisation d'enquêter soient présentés sous une forme qui ne permette pas d'en identifier l'origine afin de préserver l'identité du demandeur de clémence.

4. Un point pratique porte sur le temps nécessaire à la traduction de documents (traductions, revue des traductions et validation). Celui-ci peut être important et les entreprises doivent être assurées qu'il leur sera accordé. Le principe de l'acceptation de documents en langue étrangère, pour le marqueur et dans un premier temps, pourrait également être envisagé.
5. Il est important – et même essentiel – que les difficultés pratiques et juridiques rencontrées par les entreprises puissent être discutées ouvertement avec les interlocuteurs en charge de la/des demande(s) de clémence et qu'il en soit tenu compte dans l'appréciation de leur coopération.

Plusieurs difficultés sont fréquemment rencontrées sans que l'entreprise ne puisse les surmonter de sa seule volonté. On citera plusieurs d'entre elles :

- accès aux documents personnels des salariés ou aux documents placés en dehors des locaux de l'entreprise ou dans des dossiers personnels ;
- refus de coopération ou coopération incomplète des salariés et mandataires qui peut résulter de motifs personnels, culturels, ou des recommandations de leur propre conseil compte tenu des conséquences éventuelles au plan personnel ;
- incompatibilité entre la coopération demandée aux salariés et mandataires et les règles prévues par le programme de conformité ou les règles éthiques de l'entreprise (contraintes de droit du travail pour prononcer des sanctions disciplinaires, ...) ;

- salariés ou mandataires concernés par les faits ayant quitté l'entreprise (retraités ou en activité). Parfois ces salariés ou mandataires ont rejoint un concurrent, ce qui soulève de très grandes difficultés. Il pourrait d'ailleurs être envisagé qu'une entreprise ne puisse pas formuler de demande de clémence ou coopérer dans le cadre d'une demande de clémence en s'appuyant sur des déclarations formulées par un salarié ou un mandataire qui n'était pas salarié ou mandataire de l'entreprise concernée au moment des faits.
6. Les déclarations faites par des personnes salariées ou mandataires d'une entreprise demandeur de clémence peuvent être modifiées ultérieurement lorsque cette personne a quitté l'entreprise, parfois pour rejoindre une entreprise concurrente. Dans de telles situations, il serait important que l'entreprise demandeur de clémence en ait connaissance immédiatement pour garantir ses droits, notamment au regard de la procédure de clémence.
7. Plus généralement, plusieurs commentaires peuvent être formulés :
- les demandes de type 2 devraient s'appuyer essentiellement sur des documents, et non pas seulement sur des déclarations ; celles-ci devraient venir expliciter les documents et en expliquer le sens et la portée ;
 - les taux de réfaction proposés dans les cas de demandes de clémence de type 2 apparaissent peu incitatifs au regard du coût et des conséquences d'une telle démarche ;
 - la coopération des entreprises en dehors du cadre de la clémence n'est pas prévue en France, à la différence des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes. L'introduction de ce critère en France ne pourrait qu'inciter les entreprises à coopérer ce qui se ferait au bénéfice du déroulement des procédures ;
 - il apparaît une incertitude dans la pratique sur l'étendue des droits de la défense des entreprises ayant formulé une demande de clémence. Or, les entreprises doivent pouvoir discuter la qualification juridique des faits et leur portée, au-delà des faits qu'elle a dénoncés, sans risquer de voir la portée de la clémence qu'elle a sollicitée discutée. Ce point pourrait être explicité dans le procès-verbal établi lors de la demande de clémence ;
 - la procédure de sanction prévue devrait être mise en œuvre contre les entreprises qui n'ont pas coopéré loyalement, en fournissant des informations qu'elles savaient ou pouvaient savoir inexactes, par exemple ;
 - les conditions dans lesquelles une entreprise peut bénéficier d'une clémence et d'une non contestation des griefs devraient être clarifiées.



8. Enfin, mais ce point dépasse le cadre français, il est souhaitable que soit créé un guichet unique au sein de l'Union européenne, afin d'offrir aux entreprises la simplicité d'utilisation et la sécurité juridique nécessaires pour s'engager dans des procédures de clémence.

9. Les entreprises sont également confrontées à de très grandes difficultés lorsqu'elles envisagent l'acquisition d'une entreprise qui a formulé une demande de clémence, qui doit rester confidentielle, mais dont l'issue peut avoir des conséquences très significatives sur la valorisation et/ou les comptes de l'entreprise, notamment.

Cette difficulté est encore plus sensible lorsque les entreprises concernées sont concurrentes ou en relation d'affaires.

Il serait nécessaire de clarifier les modalités d'obtention d'une dérogation à l'obligation de confidentialité qui peut être demandée à la Rapporteuse générale, et les modalités selon lesquelles les informations peuvent être portées à la connaissance de l'acquéreur potentiel.

10. Enfin, l'APDC considère que, contrairement à ce que pratique la Commission européenne, il est préférable, même lorsque des inspections sont provoquées par une demande de clémence, que l'Autorité de la concurrence ne publie pas de communiqué de presse à ce stade de la procédure et préserve la confidentialité de ses enquêtes. La publication d'un communiqué de presse peut en effet avoir un impact négatif significatif sur les entreprises concernées, notamment lorsqu'elles sont cotées, à un stade où il n'est pas prouvé qu'elles aient participé à une quelconque infraction.

L'APDC est à votre disposition pour vous rencontrer si vous souhaitez développer certains des points évoqués sur ce sujet.

* * *

*