



**Observations soumises par le Cercle Montesquieu dans le cadre de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence (révision du communiqué de procédure clémence)**

**20 Mars 2015**

Le Cercle Montesquieu remercie l'Autorité de la concurrence de l'opportunité qui lui est donnée de contribuer au débat sur la procédure de clémence, à l'occasion de la révision du communiqué de 2009.

Le sujet est évidemment d'importance pour les entreprises, qui sont de plus en plus sensibilisées aux risques issus de l'application de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles et ont, pour beaucoup, mis en place de solides dispositifs de conformité afin de prévenir et de traiter un tel risque.

L'Autorité trouvera ci-après les commentaires du Cercle sur le projet de Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français (ci-après, le « **Projet révisé** »). Ces commentaires se sont nourris d'entretiens avec ses membres, avec le concours de Frédéric Manin et Bruno Lebrun, du cabinet de Gaulle Fleurance & Associés, et de Madame Annette Schild, avocate indépendante au Barreau de Bruxelles.

## **1. LES AMENAGEMENTS PROPOSES**

### **1.1. Champ d'application du programme de clémence**

1. Le Projet révisé précise en son point 10 le champ d'application du programme de clémence, pour y intégrer spécifiquement « *les pratiques concertées mises en place par l'intermédiaire d'acteurs en relation verticale avec les auteurs de la pratique (« hub and spoke »)* ».

Il doit être noté que, pour le moment, la Commission européenne n'a pas franchi le cap de la procédure de clémence pour les ententes verticales, estimant dans le Programme Modèle du REC en matière de clémence que « *les accords verticaux et les restrictions horizontales autres que les cartels, sont généralement moins difficiles à détecter et/ou à instruire et ne justifient donc pas l'application d'un programme de clémence. En outre, l'inclusion d'accords*

*autres que les cartels dans le champ d'application du programme de clémence risquerait de rétablir un système de notification de fait qui serait inopportun* ». La révision de novembre 2012 a légèrement atténué la formulation précitée, en ajoutant, en version anglaise, que « *It is not excluded, however, that a cartel which includes vertical elements may be covered by the leniency programme* », mais l'approche ainsi précisée reste extrêmement prudente et non dénuée d'ambiguïté.

2. Si l'avancée (ou la clarification) souhaitée par l'Autorité n'est pas critiquable en soi, dans la mesure où il n'y a pas lieu de distinguer le traitement des ententes de nature horizontale de celui des ententes de nature verticale (qui parfois se juxtaposent), son intention pourrait gagner à être davantage précisée. La confusion est susceptible, en réalité, d'être entretenue par la référence, au stade du Projet révisé, à la notion de « hub and spoke », qui dénote des cartels atypiques, pour reprendre la formulation actuellement empruntée par l'*International Competition Network*, qui ne peuvent être résumés aux simples enjeux de la relation entre un fournisseur et un distributeur.
3. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'ICN a fait des cartels atypiques l'un de ses thèmes d'analyse et de réflexion cette année. C'est dire que les arrangements « hub and spoke » ne relèvent pas d'une pratique décisionnelle permettant aujourd'hui d'en cerner les contours avec suffisamment d'assurance, l'un des facteurs de difficulté étant de déterminer le degré d'intention des participants à de tels arrangements à partir duquel le jeu normal des relations d'affaires est dénaturé.
4. Au vu de ces considérations, il peut être de l'intérêt d'une meilleure sécurité juridique que le Projet révisé ne fasse plus mention du « hub and spoke », qui relève encore, dans une certaine mesure, de la théorie, sans, pour autant, que l'intégration des ententes verticales que fait valoir le point 10 ne soit supprimée.

## **1.2. Publication d'un communiqué de presse**

5. Au point 14 du Projet révisé, l'Autorité indique qu'elle publiera, « *sauf circonstances exceptionnelles* », un communiqué de presse à l'issue des opérations de visite et de saisie « *afin de remédier à l'asymétrie d'informations existant entre les entreprises non visitées (...) et celles qui en ont fait l'objet et, ainsi, d'assurer l'égalité d'accès au programme de clémence pour ces entreprises* ».
6. Le Cercle comprend et convient qu'il puisse y avoir nécessité de procéder à une telle mesure de transparence dans certains cas particuliers. L'exemple justifiant la publication d'un communiqué est le cas de l'entreprise ayant dans le passé participé à un cartel avant de s'en retirer sans mettre en œuvre le dispositif de clémence. Dans cette hypothèse, le communiqué peut permettre, effectivement, de restaurer une certaine forme d'égalité d'accès, en réveillant la mémoire de l'entreprise qui, d'ailleurs, a pu faire l'objet, depuis son retrait de l'entente, de restructurations contribuant à faire des pratiques passées une question qui ne se situe plus dans l'ordre des préoccupations naturelles des équipes dirigeantes nouvelles.
7. Cela étant, un communiqué de presse faisant état de mesures de perquisitions constitue une mesure lourde de conséquences pour les entreprises, dans leurs relations avec les clients, les partenaires et le marché, plus généralement, l'ensemble étant maintenant largement sensibilisé à l'impact que peut produire le non-respect du droit de la concurrence, en exagérant parfois la portée.

8. De plus, l'explication proposée par l'Autorité pour avancer la mesure envisagée au point 14 fait état d'une asymétrie d'informations entre entreprises perquisitionnées et les autres, ce qui suscite, à tout le moins, des questions. Il est permis de penser que, dans la plupart des affaires initiées par des dépôts de demandes de clémence, l'Autorité aura le soin de visiter **toutes** les entreprises qu'elle a identifiées, pièces à l'appui, comme participant au cartel. Dès lors, la justification par la nécessité de « remédier à l'asymétrie d'informations » dans le cas de *dawn raids* lancés de manière simultanée peut sembler revêtir un caractère quelque peu théorique et en tout cas disproportionné au vu des conséquences particulièrement pénalisantes pour les entreprises faisant l'objet de l'enquête et non d'une condamnation à ce stade.
9. Dans ce cadre, qui doit concilier différents impératifs légitimes, le Cercle émet deux recommandations, visant à ce que :
  - (i) le système soit agencé à « visage inversé », en précisant de manière aussi limitative que possible les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un tel communiqué de presse pourrait être diffusé ;
  - (ii) le niveau de précision des informations diffusées soit harmonisé avec le mode opératoire utilisé par la Commission européenne, cette dernière, n'agissant pas *proprio motu* mais répondant aux questions de la presse, en se limitant à préciser le secteur objet des mesures d'enquêtes inopinées, et non l'identité des entreprises inspectées.
10. Par ailleurs, il est important, de l'avis du Cercle, que l'Autorité mette à profit la révision programmée pour souligner que la pratique du communiqué de presse serait limitée au seul cas où une procédure aurait été déclenchée dans le cadre du dispositif de clémence. Dans l'environnement et pour les raisons déjà soulignées, la publicité de mesures aussi radicales doit être soigneusement canalisée dans l'intérêt des entreprises. Le cas de VELUX, qui, il y a quelques années, avait fait l'objet d'un *dawn raid* de la Commission européenne et des autorités nationales, bénéficiant, alors, des faveurs de la première page du *Financial Times*, pour une procédure classée quelques semaines plus tard, avant que le Groupe ne soit cité en exemple de bonnes pratiques en matière de concurrence, doit rester, plus que jamais, un vecteur d'attention.

### 1.3. Objectivisation des notions utilisées

11. En ce qui concerne les conditions d'éligibilité à l'immunité et à la clémence, le Projet révisé reprend le test classique utilisé dans de nombreuses juridictions.
12. Le Cercle souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur le besoin d'objectivisation de ce test, et la nécessité d'en préciser davantage les conditions d'octroi. Ces conditions qui demeurent inchangées depuis la création du programme pourraient bénéficier de l'expérience acquise par l'Autorité depuis la dizaine d'années de mise en œuvre de ce programme.
13. Il en va ainsi notamment des points suivants :
  - Cas type 1 B, paragraphe 17 alinéa 2 : l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de l'Autorité, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'infraction. Comment l'entreprise peut-elle comprendre le concept d'information suffisante en particulier dans une situation où l'Autorité a déjà des informations ? Ne peut-on envisager

de préciser davantage cette importante condition au vu de l'expérience acquise par l'Autorité ?

- Notion de valeur ajoutée dans la section III.2 « Exonération partielle ». Le Projet révisé précise qu'un document contemporain a plus de valeur qu'un document créé *ex post*, qu'un élément de preuve direct en a davantage qu'un élément indirect, mais il n'est pas, ou très peu, précisé la façon dont l'Autorité apprécie ces éléments dans un contexte où par définition elle possède déjà une information importante sur la pratique dénoncée. En outre, la référence à une preuve « incontestable » dont la valeur probatoire est supérieure à un élément qui doit être corroboré, est difficile à saisir dans la mesure où par essence, dans un contexte de clémence où une entreprise peut s'affranchir d'un montant parfois important de l'amende, tout élément doit être corroboré.
- Valeur ajoutée significative : au paragraphe 20, le Projet révisé précise un critère d'appréciation - lui non plus non défini - de la valeur ajoutée en affirmant que cette dernière doit être significative. Cette qualification nous paraît ouvrir à la critique dans la mesure où l'Autorité est déjà en possession d'informations importantes sur la pratique dénoncée. Comment interpréter alors l'exigence de « valeur ajoutée significative » ? A quoi, dès lors, se réfère-t-on pour apprécier le caractère significatif de la valeur ajoutée ?

14. Le Cercle considère que les entreprises et l'efficacité du programme de clémence bénéficieraient de précisions complémentaires sur ces notions clés qui conditionnent la protection espérée par les entreprises, en particulier après dix ans de mise en œuvre de ce programme.

#### **1.4. Identité des entités couvertes par la demande de clémence**

15. Au point 15, complété par la note de bas de page 2, le Projet révisé précise utilement, par référence à la jurisprudence *Höfner*, le champ des bénéficiaires de la demande de clémence, ces dernières devant faire partie d'une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence.

16. La question se pose, dès lors, du sort et du traitement à réserver à l'entreprise commune participant à une entente.

17. Des détails complémentaires et spécifiques pourraient être fournis par l'Autorité sur ce sujet dans le cadre du programme de clémence finalisé.

#### **1.5. Conditions d'éligibilité : le champ de la non-contestation**

18. La liste, contenue au point 23 du Projet révisé, des conditions de fond auxquelles le bénéfice d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires est subordonné, intègre l'obligation à charge de l'entreprise de « *ne 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* ».

19. Bien que le texte ne soit pas absolument clair, il s'infère de la référence « chapeau » à l'obligation d'apporter une coopération véritable « *tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction* » ainsi que de l'économie générale du système, que l'obligation de non-contestation ainsi définie ne porte pas sur la phase de décision devant le Collège.

20. En tout état de cause, il est de l'avis du Cercle que l'intention de l'Autorité gagnerait à être clarifiée. Le renvoi à la « *matérialité des faits* » est, à première analyse, quelque peu redondant par rapport à la mention des « *éléments factuels révélés à l'Autorité* ». Mais, surtout, c'est dans la notion d' « *existence même des pratiques* » que pourrait se loger un facteur d'insécurité juridique. En effet, le fait de produire des éléments et pièces caractérisant une entente ne doit pas empêcher, pour autant, l'entreprise, même en phase d'instruction, de débattre d'appréciations juridiques et économiques telles que la durée ou la gravité des pratiques incriminées, par exemple, ou encore l'importance du dommage causé à l'économie. La précision selon laquelle « l'existence même des pratiques » ne saurait être contestée emporte-t-elle impossibilité de s'exprimer sur ces sujets essentiels ? Dans la mesure où l'expression est de nature à susciter un doute quant à l'interprétation à retenir, il est suggéré de la supprimer.

#### **1.6. Champs d'intervention respectifs du Rapporteur Général et du Conseiller clémence**

21. L'Autorité, à l'instar d'autres autorités exerçant au sein de l'Union européenne, s'est dotée en 2011 d'un Conseiller clémence. Il s'agit là d'une avancée opportune, et le Projet révisé retranscrit le rôle du Conseiller clémence, qui est un rôle d'information des entreprises et de leurs conseillers (point 25) et de facilitateur du traitement des demandes sommaires (point 48).
22. Le pivot juridique du dispositif de clémence reste le Rapporteur général, en vertu des dispositions de l'article R.464-5 du Code de commerce, pris en application de l'article L.464-2.
23. Dans ces conditions, le Cercle s'interroge sur le risque de confusion qui pourrait provenir de la formulation du point 31 du Projet révisé. Celui-ci prévoit que le Conseiller clémence organise le rendez-vous de dépôt de demande avec le Rapporteur général ou l'un de ses adjoints. Il semble plus logique que ce soit les services d'instruction eux-mêmes qui gèrent la responsabilité du processus, dès cette phase préliminaire et centrale.

## **2. LES COMPLEMENTS RECOMMANDES**

### **2.1. Le dispositif du marqueur**

24. Le Cercle note que le marqueur, élément pratique fondamental dans l'approche de l'Autorité, ne figure pas cité en tant que tel dans le Projet révisé.
25. Comme le précise le paragraphe 36 des Notes explicatives du *ECN Model Leniency Programme*, le marqueur « protège la place du demandeur dans la file pour une période de temps donnée. Il permet au demandeur de compléter son enquête interne pour réunir les informations et preuves requises pour satisfaire le test » (traduction libre).
26. En outre, le paragraphe 38 des Notes explicatives susvisées précise que les informations requises pour obtenir un marqueur sont peu ou prou équivalentes à celles exigées dans le cadre de la demande sommaire, même si ce paragraphe reconnaît le pouvoir des autorités nationales d'octroyer un marqueur moyennant des informations plus restreintes.
27. En l'occurrence, le Projet révisé ne mentionne ni le mot marqueur ni la procédure visée dans le modèle ECN. Le paragraphe 29 sous le titre V.1 décrit la façon d'approcher l'Autorité sans y faire aucune allusion. Le Cercle remarque par ailleurs que le paragraphe 29 du Projet révisé

renforce le type d'informations à fournir sur les pratiques, les entreprises, leurs durées, le territoire concerné en exigeant que les informations sur ces points soient « dénuées d'ambiguïté », ce qui ne figure pas dans le texte actuel de l'Autorité, et donne lieu à une marge d'interprétation regrettable.

28. La procédure de marqueur ne peut se confondre avec les explications données au paragraphe 43 du Projet révisé sur les demandes sommaires. Dans le cas d'une demande sommaire, l'Autorité considère que la réception du courrier de l'entreprise ou l'établissement du procès-verbal « permet de marquer l'ordre d'arrivée de la demande sommaire ». Cette procédure est au mieux une application particulière de la procédure de marqueur envisagée par le Modèle ECN, mais elle n'est pas la procédure de marqueur. Il serait par ailleurs souhaitable que le Projet révisé précise la fonction spécifique du marqueur dans le contexte de la demande sommaire (c'est-à-dire « protéger la position du demandeur dans le cadre du programme de clémence devant les ANC concernées, en particulier pendant la phase d'attribution de l'affaire » (traduction libre du paragraphe 43 *Explanatory Notes, ECN Leniency Model*)).
29. L'importance pratique du marqueur pour l'entreprise, son pouvoir incitant et le dialogue qu'il permet avec la ou les autorités de concurrence concernées sont autant d'éléments qui plaident en faveur de l'insertion de ce mécanisme dans la version finale du communiqué de l'Autorité.
30. Il serait au demeurant dommageable qu'une entreprise puisse bénéficier de marqueur dans d'autres Etats membres et en être privée en France. Cette différence de régime serait contreproductive et remettrait en question les efforts d'harmonisation voulus par le REC au travers de son programme en date de Novembre 2012.

## 2.2. Langue

31. Le Projet révisé reprend, à la section V, en particulier, les éléments de procédure et éminemment pratiques au titre du dépôt et de l'enregistrement de la demande de clémence. Il en ressort évidemment que la réactivité est la règle et emporte de lourdes conséquences, le taux des exonérations étant fixé en fonction de l'ordre d'arrivée des demandes. *Time is of essence...*
32. C'est précisément la raison pour laquelle, dans un contexte économique toujours plus internationalisé, il est suggéré que des demandes orales et écrites de clémence puissent être effectuées en anglais, avec la même force juridique que celle dont sont revêtues des demandes établies en français.
33. L'Autorité pourrait ainsi rejoindre les autres autorités de la concurrence qui en ont accepté le principe.
34. Pour les besoins de la procédure, il sera évidemment indispensable que les documents fassent par la suite l'objet d'une traduction française.

\*\*\*

Telles sont les quelques remarques que le Cercle a tenu à apporter dans le délai relativement court imparti, qui ne lui a peut-être pas permis de couvrir l'intégralité des questions ouvertes.

Quoi qu'il en soit, le Cercle est évidemment à la disposition des services de l'Autorité pour tout éclairage, échange et approfondissement sur le sujet objet de cette contribution, et remercie une nouvelle fois l'Autorité de l'initiative prise par elle de consulter la société civile.

