



CONTRIBUTION SUR LE PROJET DE COMMUNIQUE RELATIF A LA PROCEDURE DE TRANSACTION

30 avril 2018

Introduction

1. L'APDC présente sous forme des observations suivantes sa contribution à la consultation publique ouverte par l'Autorité de la concurrence, le 8 mars 2018 sur le « *nouveau communiqué relatif à la procédure de transaction* ».
2. La publication de ce nouveau document avait été annoncée par l'Autorité de la concurrence dans un communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité, publié dans la foulée de la décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.
3. L'APDC se félicite que l'Autorité ait lancé « *une large consultation publique* », sur la base d'un projet de communiqué relatif à la procédure de transaction (ci-après, « le Projet » ou « le Projet de Communiqué »), afin de « *nourrir le processus d'élaboration* » du futur Communiqué.
4. Les présentes observations ont pour objectif de contribuer à améliorer les conditions de mise en œuvre de la nouvelle procédure de transaction en suggérant des voies permettant de renforcer les droits de la défense sans nuire à l'efficacité recherchée de la procédure.
5. Elles suivent la structure générale du Projet publié par l'Autorité de la concurrence. Dans un souci de praticité, un tableau récapitulatif des suggestions de modifications et d'ajouts au Projet de Communiqué figure en annexe.
6. Il est précisé que ces observations sont faites sous toutes réserves, compte tenu du faible nombre de décisions à ce jour (neuf affaires), et de l'absence de jurisprudence des juridictions de contrôle sur le sujet. Le nouveau Communiqué devra ainsi être adapté à la lumière des éclairages que pourrait apporter la future jurisprudence sur la mise en œuvre de la procédure de transaction.

I- Le cadre juridique

7. Le § 3 du Projet de Communiqué indique que « *la nouvelle procédure de transaction est applicable aux procédures dans lesquelles des griefs ont été notifiés postérieurement au 7 août 2015, en vertu des dispositions d'entrée en vigueur figurant à l'article 218 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015* ».

8. L'APDC considère qu'en application du principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère¹, l'Autorité de la concurrence devrait indiquer qu'elle ne saurait, pour des pratiques antérieures à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, appliquer à des entreprises engagées dans une procédure de transaction, laquelle emporte nécessairement une non-contestation de griefs selon les termes mêmes de la loi, le plafond de sanction de 10% du chiffre d'affaires mais devrait appliquer l'ancien plafond de 5% qui était applicable en cas de non-contestation de griefs. En d'autres termes, l'Autorité de la concurrence ne peut appliquer un texte (article 218 de la Loi du 6 août 2015) qui serait contraire aux dispositions de la CESDH.
9. Le § 7 du Projet de Communiqué précise que le futur Communiqué « *revêt le caractère de lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative. Il est opposable à l'Autorité, sauf circonstances particulières ou raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter* ».
10. Si l'Autorité de la concurrence décide de s'écarter du futur Communiqué, il conviendrait d'en expliquer les raisons dans sa Décision, à l'instar de ce qui est prévu dans le Communiqué Sanctions². L'APDC suggère que le § 7 du Projet de Communiqué soit modifié comme suit, en reprenant le § 7 du Communiqué Sanctions : « *le présent communiqué revêt le caractère de lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative. Il est opposable à l'Autorité, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* » (ajouts soulignés).

II- Le champ d'application

11. Le § 8 du Projet de Communiqué précise « *que les affaires susceptibles de donner lieu, le cas échéant, à la mise en œuvre de la procédure de transaction [...] sont celles qui sont relatives aux infractions aux règles de concurrence prévues par les articles L. 410-3, L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 du code de commerce et par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».
12. L'APDC constate que le Projet de Communiqué ne précise pas quelles sont les affaires les plus adaptées à la mise en œuvre de la procédure de transaction.
13. La procédure de transaction est, en effet, une procédure de sanction accélérée, puisqu'elle conduit le collège de l'Autorité à rendre une décision de sanction, sans examen, d'une part, d'un rapport des services d'instruction portant à la fois sur la réponse aux observations des parties sur la notification de griefs et sur les déterminants de cette sanction et, d'autre part, d'écritures des parties en réponse à ce rapport.
14. Le contradictoire est donc considérablement allégé, puisqu'il ne porte plus sur le fond du dossier et de manière beaucoup moins approfondie sur les déterminants de la sanction.

¹ Tel qu'appliqué par l'Autorité de la concurrence (décision n° 01-D-31 du 5 juin 2001 ; principe rappelé dans l'ensemble des rapports annuels et dans les décisions qui soulevaient ce point (Rapports du Conseil de la concurrence pour 2001 p. 206, 2002 p. 232, 2003 p. 287, 2004 p. 254, 2005 p. 294, 2006 p. 229, 2007 p. 248, 2008 p. 265, 2009 p.238, 2010 p. 266)).

² § 7 : « *Il engage l'Autorité, qui doit déterminer les sanctions pécuniaires qu'elle impose de façon cohérente. Il lui est donc opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* ».

15. Il en résulte que cette procédure ne devrait pouvoir concerner que des cas dans lesquels existe déjà une pratique décisionnelle aboutie, « validée » par les juridictions de contrôle.
16. Le recours à cette procédure ne se prête notamment pas aux affaires dans lesquelles les services d’instruction adoptent une position novatrice, et « non balisée » par la pratique décisionnelle antérieure. Elle ne devrait ainsi pas être utilisée lorsque l’Autorité fait face à une question nouvelle, dès lors en particulier que les services d’instruction ne seront pas en mesure, par le biais d’une proposition de transaction, de s’éviter un travail de qualification parfois difficile sur des pratiques qui peuvent faire débat.
17. Le § 9 du Projet de Communiqué contient une confirmation claire du cumul possible du bénéfice des procédures de clémence et de transaction, ce que l’APDC accueille favorablement.
18. Le Projet de Communiqué précise au § 25, que « *lorsque l’entreprise ou l’organisme a obtenu le bénéfice conditionnel de la procédure de clémence, la proposition de transaction présentée par le rapporteur général tient compte de l’avis de clémence* ». Se pose la question de savoir comment sera quantifiée, dans une telle hypothèse, la contribution liée à la transaction par rapport à celle liée à la clémence dès lors que les services d’instruction proposent une fourchette en valeur absolue qui ne permet pas de mesurer la réduction d’amende correspondante par rapport à l’hypothèse d’une absence de transaction.

Insertion d’un titre avant le Titre III, qui serait intitulé « La phase exploratoire en vue de la transaction »

19. L’APDC considère que la phase préalable à la notification de griefs peut jouer un rôle important pour favoriser le recours à la procédure de transaction à la suite de la notification de griefs. C’est d’ailleurs la pratique suivie jusqu’à ce jour par les services d’instruction en matière de transaction. L’APDC ne comprend donc pas pour quelle raison cette pratique n’est pas reprise dans le projet de Communiqué.
20. L’APDC est, dans ces conditions, favorable à ce que soit introduit dans le futur Communiqué un titre, avant le titre III, intitulé « *La phase exploratoire en vue de la transaction* ».
21. Il conviendrait d’y mentionner, dans le cas où les services d’instruction estiment qu’une procédure de transaction n’est pas *a priori* exclue, la tenue, de manière automatique, d’une réunion préparatoire (sorte de « state of play meeting ») avec chaque entreprise, afin de leur permettre, avant la notification de griefs, d’évaluer au regard des éléments du dossier de l’Autorité tels que présentés lors de cette réunion, l’intérêt d’une transaction éventuelle.
22. Cette réunion préparatoire devrait, pour chaque entreprise, se tenir dans un délai d’au plus tard un mois avant l’envoi de la notification de griefs, délai devant être fixé au cas par cas en fonction du nombre d’entreprises concernées et de la complexité de l’affaire.
23. Celle-ci devrait permettre aux parties d’avancer dans la réflexion sur l’opportunité d’une procédure de transaction, même si celle-ci n’est formellement engagée qu’après la notification de griefs.

24. La volonté affichée par les services d'instruction d'accélérer et d'alléger le traitement de certains dossiers ne devrait pas se traduire par la suppression de ces échanges antérieurs à la notification de griefs, sauf à prendre le risque de fragiliser le recours à la procédure de transaction. Ces échanges préalables sont d'autant plus utiles que, comme semble le confirmer le Projet de Communiqué, la procédure de transaction devrait être enfermée dans des délais brefs, qui ne devraient pas, en principe excéder trois mois (cf. *infra* §§ 32-34).
25. L'APDC souhaiterait que l'Autorité retienne une approche ambitieuse quant au temps consacré à ces échanges pré-notification de griefs et à leur contenu.
26. Pour que cette réunion soit pleinement utile, en vue d'une réflexion sur une éventuelle démarche transactionnelle, il conviendrait qu'une information détaillée soit fournie par les services d'instruction, au-delà du seul libellé des griefs, sur les faits reprochés avec documents incriminants à l'appui, leur qualification, les entreprises et organismes à qui sont notifiés les griefs (dans les dossiers d'ententes) ainsi que sur les quelques éléments relatifs au fonctionnement et aux caractéristiques du marché et de la pratique anticoncurrentielle, déterminants de la sanction (durée, gravité, dommage à l'économie, circonstances aggravantes et/ou atténuantes).
27. Enfin, le Projet de Communiqué devrait préciser qu'un questionnaire sur la valeur des ventes est adressé aux parties entre la réunion préparatoire et l'envoi de la notification de griefs. Il ne peut l'être avant cette réunion, car la valeur des ventes retenue est liée au périmètre des griefs retenus tels qu'exposés lors de la réunion et il ne peut l'être après la notification de griefs, car la valeur des ventes est un élément de détermination de la sanction indispensable dans la prise de décision d'entrer ou non en voie de transaction. La réponse au questionnaire devrait se faire dans un délai raisonnable après la réception de la notification de griefs.

III- La demande de mise en œuvre de la procédure de transaction

28. Le § 11 du Projet de Communiqué prévoit qu'« *il appartient à l'organisme ou à l'entreprise destinataire d'une notification de griefs de déterminer s'il souhaite renoncer à contester les griefs et solliciter, auprès du rapporteur général, la mise en œuvre de la procédure de transaction, sans avoir à expliquer les raisons d'une telle démarche* ».
29. Il existe une contradiction entre l'indication que l'entreprise n'a pas « *à expliquer les raisons d'une telle démarche* » et le § 18 du Projet de Communiqué qui mentionne le « *contenu [...] de la demande de transaction* », sans d'ailleurs préciser ce que recouvre le terme « contenu ». L'APDC suggère de lever cette contradiction en supprimant le terme « *contenu* » figurant au § 18.
30. Le § 12 du Projet de Communiqué prévoit que « *l'organisme ou l'entreprise qui souhaite bénéficier de la procédure de transaction doit en faire la demande au rapporteur général le plus rapidement possible afin qu'un procès-verbal de transaction puisse être signé dans les deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs. L'Autorité n'entend pas prendre en considération les demandes n'ayant pas abouti à l'expiration de ce délai, sauf circonstances exceptionnelles* ».

31. Or :

- un échange constructif sur les déterminants de la sanction, notamment sur le dommage à l'économie, ne peut pas, de manière réaliste, se tenir dans un délai aussi court ;
- l'entreprise, lorsqu'elle a manifesté sa volonté d'entrer en phase de transaction, doit également mener parallèlement, et la défense au fond et les discussions sur la fourchette de la sanction.

32. En l'état des textes existants (l'article L. 463-2 du Code de commerce prévoyant un délai de deux mois pour présenter les observations à la notification de griefs, prorogeable d'un mois lorsque « *des circonstances exceptionnelles le justifient* »), et dès lors que l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction « *dans un délai fixé par le rapporteur général* », l'ADPC suggère de prévoir qu'un délai supplémentaire d'un mois, par principe, soit accordé aux entreprises ayant décidé d'explorer la voie de la procédure de transaction.

33. Par ailleurs, on constate, dans la pratique à ce jour, que l'Autorité ne se considère pas liée par le délai de deux mois, éventuellement prorogé, pour signer le procès-verbal de transaction (ex : dans la décision 17-D-06, le PV a été signé plus de 3 mois après la notification de griefs). Il est donc possible, en l'état de la pratique décisionnelle, de signer un procès-verbal de transaction même après avoir contesté les griefs.

34. Dans ces conditions, le § 12 devrait donc être modifié en ce sens : « [...] *afin qu'un procès-verbal de transaction puisse être signé dans les ~~trois~~ deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs. L'Autorité ~~n'entend pas~~ peut prendre en considération les demandes n'ayant pas abouti à l'expiration de ce délai, ~~sauf en cas de circonstances exceptionnelles~~* » (ajouts soulignés).

35. L'APDC considère, enfin, qu'une modification de l'article L. 463-2 du Code de commerce, qui n'apparaît pas adapté à la procédure de transaction, semble devoir s'imposer, pour « décorrélérer » le temps de la transaction et le temps de la réponse à la notification de griefs. La solution pourrait ainsi être un système « *stop of the clock* », comme en contrôle des concentrations.

IV - Les conditions d'éligibilité à la procédure de transaction

36. Le § 14 du Projet de Communiqué prévoit que « *l'organisme ou l'entreprise qui décide de solliciter le bénéfice de la procédure de transaction doit renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés. Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 28, prend la forme d'une déclaration par laquelle son auteur indique, en des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de grief, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques doit porter à la fois sur leur matérialité, sur leur durée, sur leur champ géographique et sur la participation de l'intéressé aux pratiques. La renonciation à contester la qualification juridique des faits doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction et, en particulier, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la pratique* ».

37. Le § 15 du Projet de Communiqué précise que « *la renonciation à contester les griefs implique nécessairement que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste ni la régularité ni le bien-fondé de la notification de griefs* ».

38. Il convient de préciser que ce que les entreprises ne contestent pas, c'est le contenu des griefs tels que notifiés. Des entreprises peuvent ainsi décider de ne pas contester les griefs, tels qu'ils leur ont été notifiés, mais cela ne veut pas dire pour autant qu'elles reconnaissent leur culpabilité. Par exemple, c'est le cas d'une société se voyant imputer des pratiques d'une société dont elle assure la continuité économique et fonctionnelle, mais auxquelles elle est par définition étrangère. Si elle ignore donc la réalité des pratiques visées par les griefs, elle peut toutefois, pour des raisons qui lui sont propres, décider de ne pas contester les griefs.
39. La Cour d'appel de Paris³ et le Conseil de la concurrence⁴ ont ainsi reconnu le principe suivant lequel la non-contestation de griefs par une entreprise n'emportait aucun aveu ou reconnaissance de responsabilité.
40. Le Communiqué devrait tenir compte de ce principe, en précisant :
- au § 14, que « [...] Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 28, prend la forme d'une déclaration par laquelle son auteur indique, en des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause telles qu'elles résultent du libellé des griefs qui lui ont été notifiés, ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de grief, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques notifiées doit porter à la fois sur leur matérialité, sur leur durée, sur leur champ géographique et sur la participation de l'intéressé aux pratiques notifiées [...] » (ajouts soulignés) ;
 - au § 15, que « la renonciation à contester les griefs implique nécessairement que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste ni la régularité ni le bien-fondé de la notification de griefs, pour des raisons qui lui sont propres et sans que cela ne vaille reconnaissance de responsabilité » (ajouts soulignés).

V - Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction

a - L'appréciation de l'opportunité du recours à la transaction

41. Le § 17 du Projet de Communiqué prévoit que « le rapporteur général [...] dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité du recours à cette procédure dans une affaire déterminée et sur la pertinence de chaque demande présentée par une entreprise ou un organisme ».
42. Le § 18 du Projet de Communiqué précise que « le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, au regard des éléments propres à chaque affaire et à chaque demande de mise en œuvre de la procédure de transaction. Ces éléments tiennent, en particulier, aux circonstances propres au dossier, au contenu et au contexte de la demande de transaction ainsi qu'à l'apport susceptible de résulter de la mise en œuvre de la procédure de transaction en termes, notamment, d'accélération et de simplification du traitement du dossier ».

³ CA Paris, 1ère ch., H, 29 janvier 2008, Le Goff Confort et autres c/ Conseil de la concurrence, à la suite de la décision 06-D-03.

⁴ Rapport annuel du Conseil de la concurrence de 2005 (page 138).

43. Le § 19 du Projet de Communiqué indique que « *dans le cas où les griefs sont imputés à plusieurs entreprises ou organismes, le nombre de parties mises en cause souhaitant bénéficier de la procédure de la transaction est également un élément pertinent. En effet, les avantages liés à la mise en œuvre d'une telle procédure à l'égard d'une ou plusieurs parties sont généralement plus réduits lorsque, dans la même affaire, une ou plusieurs autres parties contestent les griefs notifiés. L'Autorité entend, de façon générale, privilégier la mise en œuvre de la procédure de transaction dans les affaires dans lesquelles l'ensemble des parties renoncent à contester les griefs et sollicitent le recours à une telle procédure* ».
44. Le § 20 du Projet de Communiqué reprend, s'agissant des engagements, la même terminologie que celle du § 18 en indiquant que « *le rapporteur général dispose également d'un pouvoir d'appréciation pour proposer ou non de rendre obligatoires les engagements soumis par un organisme ou une entreprise ayant demandé à bénéficier de la procédure de transaction. Ce pouvoir d'appréciation s'exerce notamment au regard du caractère pertinent des engagements proposés* ».
45. Les §§ 17, 18 et 20 prévoient ainsi que le rapporteur général dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de transaction et d'engagements, sans préciser pour autant les conditions dans lesquelles ce pouvoir est contrôlé par le collège (i).
46. Quant au § 19, il institue une position par principe défavorable aux procédures hybrides, à rebours de la pratique consacrée par l'Autorité en matière de non-contestation de griefs (ii).
- i. Le contrôle du collège sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur général
47. L'APDC considère que le large pouvoir du rapporteur général de conclure ou non une transaction ou d'accepter ou non des engagements impose le contrôle par le collège de ce pouvoir d'appréciation.
48. Le communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la non-contestation des griefs précisait à cet égard que :
- « Le collège, auquel il revient de s'assurer de la régularité de la procédure préalable à la prise de sa décision, peut être conduit, à la demande d'une entreprise ou d'un organisme, à vérifier que le rapporteur général n'a pas commis, dans son appréciation de l'opportunité de recourir ou non à la procédure de non-contestation des griefs en ce qui le concerne, et le cas échéant de tenir compte de propositions d'engagements, d'erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée. S'il estime qu'une demande de mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 a été rejetée ou n'a pas abouti pour des motifs manifestement erronés, le collège peut, soit renvoyer l'affaire à l'instruction en ce qu'elle concerne l'organisme ou l'entreprise en cause, afin que sa demande puisse être réexaminée par les services d'instruction, soit se prononcer lui-même sur les suites qu'il entend y donner »** (§ 39, nous soulignons).
49. L'APDC suggère donc que le Communiqué reprenne les dispositions du communiqué relatif à la non-contestation des griefs afin d'assurer un contrôle du collège sur les raisons du refus du rapporteur général de proposer ou de conclure une transaction. Il doit en être de même du refus du rapporteur général de tenir compte des engagements proposés ; le collège devant alors être informé, tant de la teneur des engagements proposés que de la décision du rapporteur général de ne pas en tenir compte, ce qui implique que celui-ci formalise un éventuel refus.

ii. Le nécessaire maintien des procédures hybrides

50. Le § 19 du Projet de Communiqué prévoit, ainsi qu'il a été vu, que « (...) l'Autorité entend, de façon générale, privilégier la mise en œuvre de la procédure de transaction dans les affaires dans lesquelles l'ensemble des parties renoncent à contester les griefs et sollicitent le recours à une telle procédure » (nous soulignons).
51. Une lecture littérale du Projet de Communiqué laisse donc entendre que, si l'Autorité n'est pas complètement opposée aux procédures hybrides, elle n'y est cependant pas favorable.
52. Ceci va dans le sens des récentes déclarations sur le sujet, Madame Anne Krenzer ayant indiqué, en septembre 2017, que l'Autorité entendait limiter l'utilisation des procédures hybrides⁵. De même, Monsieur Stanislas Martin a très récemment confirmé que les services d'instruction étaient désormais plus réticents aux procédures hybrides dans la mesure où les gains procéduraux pour l'Autorité sont limités quand certaines parties refusent la transaction⁶, revenant ainsi sur les premières annonces qui avaient été faites par l'Autorité lors du colloque du 24 septembre 2015 de l'APDC, et qui ne marquaient pas de position défavorable à l'égard des procédures hybrides.
53. Actuellement, il semblerait que le rapporteur général/rapporteur général adjoint attende que toutes les entreprises se soient engagées dans la voie de la transaction pour signer les procès-verbaux, ce qui lui laisse en pratique une grande marge de manœuvre pour faire marche arrière au cas où une entreprise déciderait finalement de ne pas transiger et ce, sans avoir à motiver sa décision.
54. L'APDC note qu'à ce jour, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de transaction, à sa connaissance, deux affaires ont d'ores et déjà donné lieu à une procédure hybride, seules certaines entreprises mises en cause ayant transigé :
- tout d'abord, dans l'affaire des équipements professionnels de cuisine, seules deux entreprises sur trois mises en cause ont transigé, ce qui a conduit à l'adoption de trois décisions distinctes, deux le 13 avril 2016 à l'encontre des entreprises ayant transigé, l'entreprise Eurochef et le GAFIC⁷, et une troisième le 24 novembre 2016, à l'encontre du GIF⁸, qui n'avait pas transigé ;
 - ensuite, dans l'affaire EPORA, où la société SETIS et sa société mère ont transigé tandis que la société SCET et sa société mère la Caisse des dépôts et consignations ont contesté les griefs, donnant lieu, là encore, à l'adoption de deux décisions distinctes, en fonction de l'option procédurale retenue par les entreprises⁹.

⁵ Mlex, article du 12 septembre 2017, « No "procedural gain" to be found in "hybrid" settlements, French regulator says ».

⁶ Conférence-Déjeuner organisée par la Revue Concurrences chez Norton Rose Fulbright le 12 mars 2018 et Assemblée générale de l'APDC du 24 janvier 2018.

⁷ Décision n° 16-D-05 du 13 avril 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Eurochef dans le secteur de la fourniture, l'installation et la maintenance d'équipements professionnels de cuisine et décision n° 16-D-06 du 13 avril 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par le GAFIC dans le secteur de la fourniture, l'installation et la maintenance d'équipements professionnels de cuisine.

⁸ Décision n° 16-D-26 du 24 novembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Installateurs Français dans le secteur de la fourniture, l'installation et de la maintenance d'équipements professionnels de cuisine.

⁹ Décision n° 16-D-27 du 2 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par l'EURL SETIS sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes, et décision n° 16-D-28 du 6 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes.

55. Dans ce contexte, l'APDC estime qu'il est nécessaire de maintenir la possibilité de procédures hybrides, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne procédure de non contestation des griefs. Le communiqué relatif à la non contestation de griefs (§§ 27-28) prévoyait à cet égard que :

« Le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, en fonction des éléments propres à chaque affaire (...). Le nombre de parties mises en cause est également un élément qui peut être pris en considération, même s'il n'est pas exigé que l'ensemble des organismes ou des entreprises mis en cause demande à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. (...) » (nous soulignons).

56. Même si le gain procédural n'est pas aussi important que dans les cas de transaction générale, une procédure hybride procure tout de même un gain supérieur à une absence de toute transaction, dans la mesure où l'APDC comprend que la qualification est acquise à l'égard de l'ensemble des entreprises (en l'état de la jurisprudence dite Manpower¹⁰ dont l'APDC constate que l'Autorité a déjà fait application dans le cadre de sa décision 16-D-28¹¹), ainsi que la participation des entreprises qui ne contestent pas les griefs.
57. La possibilité de procédures hybrides constitue en outre une garantie pour les entreprises. En effet, l'APDC estime que plusieurs risques découleraient d'une position trop rigide de l'Autorité. En particulier, ceci pourrait aboutir à des situations de traitement différencié entre entreprises ou à des pressions exercées sur certaines d'entre elles, sans justification objective.
58. L'APDC, tout en ne remettant pas en cause la préférence de l'Autorité énoncée au § 19, est donc favorable à ce que le Projet de Communiqué soit précisé sur ce point et qu'il prévoie expressément que le rapporteur général, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité de mettre en œuvre la procédure de transaction après avoir été sollicité par une ou plusieurs entreprises¹², ne saurait par principe refuser une transaction au motif que toutes les entreprises mises en cause ne transigeraient pas.
59. Les procédures hybrides supposent néanmoins que l'Autorité prenne certaines précautions, afin notamment d'éviter des atteintes aux droits de la défense des entreprises qui ne transigent pas, ce qui nécessite d'enrichir le Projet de Communiqué sur un certain nombre de points.

b- Les discussions préparatoires

60. Le § 21 du Projet de Communiqué indique que *« lorsque le rapporteur général estime qu'une affaire se prête à la mise en œuvre de la procédure de transaction et qu'il reçoit des demandes en ce sens de la part d'une ou plusieurs parties, il peut nouer des discussions avec chacun des intéressés, en particulier sur la réduction de sanction susceptible de découler de la mise en œuvre de la procédure de transaction. Il reste libre d'y mettre fin à tout moment, tout comme les entreprises et organismes concernés ont la possibilité de renoncer à poursuivre la procédure ».*

¹⁰ Cass., ch. com., 29 mars 2011, n° 10-12.913, Manpower France e.a.

¹¹ Décision n° 16-D-28 du 6 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes, § 75.

¹² Sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur général, les §§ 17 et 18 du Projet de Communiqué précisent que *« le rapporteur général n'est pas tenu de donner une suite favorable à une demande de mise en œuvre de la procédure de transaction (...) L'existence d'échanges entre le rapporteur général et l'entreprise ayant sollicité le bénéfice de la procédure de transaction ne préjuge en rien de la suite de la procédure (...) Le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, au regard des éléments propres à chaque affaire et à chaque demande de mise en œuvre de la procédure de transaction (...) ».*

61. N'y figure aucun élément sur la méthode et les déterminants de la fourchette de sanction. Le §35 du Projet de Communiqué précise seulement, à l'avant dernier paragraphe du Projet de Communiqué, que le Communiqué Sanctions du 16 mai 2011 « peut » « *constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises en vue de la signature du procès-verbal de transaction* », sauf circonstances particulières ou raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter, tel que prévu dans le Communiqué lui-même.
62. Il semble indispensable de ne pas revenir, même dans le cadre de la transaction, à la situation antérieure au Communiqué Sanctions qui fut précisément critiquée en raison des incertitudes et des risques encourus au regard des principes fondamentaux notamment d'égalité de traitement, de légalité et aussi de prévisibilité des sanctions.
63. L'APDC souhaite donc que le Communiqué Sanctions reste la référence dans le cadre des discussions avec les services d'instruction et qu'il soit, par conséquent, expressément indiqué au § 21 que le Communiqué Sanctions constitue la base de la discussion sur la fourchette.
64. Le § 21 ne contient, non plus, aucun élément sur le processus d'une discussion contradictoire sur les éléments de détermination de la fourchette de la sanction.
65. On constate, dans la pratique à ce jour :
- deux réunions (en général) ;
 - une présence des rapporteurs et du service économique, aux côtés du rapporteur général adjoint ;
 - un exposé oral, par les rapporteurs, des griefs en termes de gravité ;
 - aucun écrit du rapporteur général adjoint sur les déterminants de la sanction, en particulier en ce qui concerne les effets des pratiques (sa position sur les éléments de détermination de la fourchette n'étant communiquée qu'à l'oral lors des réunions) ;
 - la possibilité pour les parties d'adresser au rapporteur général adjoint des notes, et le cas échéant les pièces qui l'accompagnent, qui ne sont pas versées dans la procédure.
66. L'APDC est d'avis que le Communiqué :
- indique, dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de réunion préalable, que le rapporteur général/rapporteur général adjoint informe les entreprises de leur éligibilité à la procédure de transaction et fixe une première réunion à brève échéance ;
 - prévoit le principe de plusieurs réunions, leur nombre dépendant ensuite de chaque dossier : les premières expériences permettent de constater la nécessité de ne pas limiter à deux réunions et de laisser les discussions ouvertes pour permettre la tenue d'un véritable échange sur les déterminants de la fourchette de la sanction ;
 - précise le rôle de chaque interlocuteur - rapporteur général/rapporteur général adjoint, rapporteurs, service économique - ;
 - précise la possibilité pour les représentants des entreprises d'assister aux réunions ;
 - précise l'objet et le déroulé de chaque réunion. En particulier, il est indispensable pour les entreprises et leurs conseils de pouvoir disposer dès la première réunion post notification de griefs, de l'analyse effectuée par les services d'instruction dont dispose le rapporteur général/rapporteur général adjoint, si cette analyse existe, sur les critères communs (gravité, dommage à l'économie et valeur des ventes) ainsi que les éléments d'individualisation (comme les circonstances atténuantes et aggravantes), et ce d'autant plus que la notification de griefs (qui est le seul document en possession des parties à ce stade) ne contient pas d'indication sur les déterminants de la sanction autres que les griefs retenus et leur durée ;

- précise que le rapporteur général/rapporteur général adjoint communique aux parties à la transaction les déterminants de la sanction par tout moyen ;
 - précise qu'il appartient au rapporteur général/rapporteur général adjoint de communiquer, ensuite, aux parties une proposition de fourchette ;
 - prévoit, dans l'hypothèse où le rapporteur général/rapporteur général adjoint décide de mettre fin à tout moment à la transaction, qu'il le fasse par un écrit motivé (par parallélisme avec l'e-mail d'entrée en transaction).
67. Le § 23 du Projet de Communiqué traite de la prise en compte des engagements par le rapporteur général.
68. L'ADPC observe que le Projet fait de nombreuses références aux engagements possibles (§13, §20, § 23, §26, §28), mais qu'il n'est pas explicité ce que ces engagements peuvent recouvrir, en particulier en matière d'entente horizontale.
69. Il conviendra de clarifier ce point dans le Communiqué en précisant ce que recouvre ces références aux engagements. L'APDC considère à cet égard que l'Autorité ne peut, sans consultation des opérateurs, retirer, ainsi qu'elle l'a dit dans son communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité, le document-cadre du 10 février 2012 et adopter une position de principe de refus des engagements de conformité en entente horizontale, à rebours de sa pratique décisionnelle constante de valorisation des programmes de conformité pris à titre d'engagements par les entreprises ayant choisi de ne pas contester les griefs, et de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris tendant à valoriser les engagements innovants. Dans ces conditions, l'APDC considère qu'à ce stade, les engagements de conformité sont inclus dans l'article L 464-2 III du Code de commerce et qu'une consultation publique sur les programmes de conformité doit être lancée par l'Autorité.
70. Le § 24 du Projet de Communiqué précise que les documents ou pièces se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction ne sont pas versés « *au dossier soumis du collègue* ».
71. L'APDC comprend de ce paragraphe qu'en cas d'abandon de la procédure de transaction par une entreprise, aucun élément discuté ou échangé avec les services d'instruction ne pourra être versé au dossier de cette entreprise. Ce point doit toutefois être clairement explicité dans le Communiqué.
- c- La signature du procès-verbal
72. Le § 28 du Projet de Communiqué prévoit que « *la signature du procès-verbal par l'intéressé et le rapporteur général doit intervenir, sauf circonstances exceptionnelles, dans un délai de deux mois à compter de la notification des griefs, comme prévu au point 12* ».
73. Il est renvoyé sur ce point aux observations faites *supra* aux §§ 32 à 34 s'agissant du point 12 du Communiqué.
- d. L'information des entreprises qui ne transigent pas sur la transaction des autres entreprises
74. Aux termes du point 29 du Projet de Communiqué :

« Le rapporteur général peut informer les autres parties mises en cause de la signature d'un procès-verbal, lorsqu'elles n'ont pas sollicité la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, afin de leur permettre de déterminer si elles souhaitent présenter une demande à cette fin, dans le délai prévu au point 12 ci-dessus ».

75. L'APDC est favorable à ce que ce point soit modifié de sorte à ce qu'il s'agisse d'une obligation (« *le rapporteur général informe les autres parties [...]* ») et non pas d'une simple possibilité laissée à la discrétion du rapporteur général. Il est en effet essentiel que les entreprises n'ayant pas sollicité la mise en œuvre de la procédure de transaction soient tenues informées immédiatement que d'autres parties mises en cause sont entrées en voie de transaction.
76. À cet égard, et afin de permettre aux parties qui n'ont pas encore sollicité le bénéfice de la transaction auprès de l'Autorité de le faire dans un délai compatible avec le délai évoqué au § 12 du Projet de Communiqué, l'APDC est favorable à ce que ce devoir d'information du rapporteur général soit étendu à toute demande par une partie mise en cause de la mise en œuvre de la procédure de transaction.
77. Ainsi, le Projet de Communiqué pourrait également prévoir que « *le rapporteur général informe sans délai les autres parties mises en cause de toute demande de mise en œuvre de la procédure de transaction formulée par l'une des parties* ».

VI – La décision du collège

a. Le pouvoir du collège sur le montant de la sanction en deçà de la fourchette

78. Le § 31 du Projet de Communiqué prévoit qu'« *après examen des faits et du procès-verbal de transaction, le collège peut prononcer une sanction qui tient compte du montant minimal et du montant maximal figurant dans le procès-verbal de transaction* ».
79. Sur le même sujet, le § 34 du Communiqué prévoit également que les observations des parties devant le collège portent « *sur la fixation du montant de la sanction au sein des limites prévues par le procès-verbal de transaction* » et le § 35 que le collège « *prononce une sanction à l'intérieur de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction* ».
80. Le projet de Communiqué ne prévoit donc pas l'hypothèse où le collège voudrait fixer un montant de sanction inférieur au bas de la fourchette déterminée dans le procès-verbal de transaction. Il ne prévoit pas ce qui se passerait si le collège voulait fixer une sanction qui n'est pas dans cette fourchette : s'il ne remet pas en cause le périmètre des griefs, pourra-t-il aller en-deçà de la fourchette sans renvoyer à l'instruction ? Ou devra-t-il renvoyer à l'instruction et ce renvoi pourra-t-il être effectué post-notification de griefs, avec un nouveau délai de trois mois maximum (hors cas de circonstances exceptionnelles) pour aboutir à une transaction (ou à une contestation des griefs) ? Ou bien le renvoi à l'instruction donnera-t-il obligatoirement lieu à une nouvelle notification de griefs ?

81. Concernant les faits et qualifications retenus par la notification de griefs, il conviendrait de prévoir les suites de la procédure dans le cas où le collège ne valide pas l'un des éléments retenus dans la notification de griefs, considérant qu'un des griefs retenus n'est pas justifié (ou que la période retenue n'est pas justifiée)¹³. L'ancienne procédure de non contestation a abouti dans quelques cas¹⁴ à l'abandon du grief au stade de la séance et par voie de conséquence à une diminution de la sanction. Il serait logique de considérer que la fourchette de sanction prévue dans le procès-verbal de transaction puisse être revue à la baisse. Dans cette hypothèse, il conviendrait que le Communiqué précise que le collège aura la possibilité de fixer la sanction en-dessous du minimum de la fourchette, en précisant si un renvoi à l'instruction doit être effectué (cf. *supra*, § 80).
82. De même, il conviendrait de prévoir le cas d'éléments nouveaux (notamment la capacité contributive) survenus depuis la signature du procès-verbal de transaction, en donnant là aussi la possibilité au collège d'en tenir compte en fixant le cas échéant la sanction en dessous du minimum de la fourchette.
83. Le § 36 du Projet de Communiqué prévoit, enfin, que « *lorsque le rapporteur général lui a également proposé de tenir compte d'engagements souscrits par l'intéressé, le collège vérifie que ces engagements sont substantiels, crédibles et vérifiables. Dans le cas où le collège estime en séance que les engagements ne sont pas acceptables en l'état mais que l'entreprise ou l'organisme propose des améliorations permettant qu'ils le deviennent, le collège peut rendre obligatoires les engagements ainsi améliorés et prononcer une sanction pécuniaire tenant compte du montant minimal et du montant maximal figurant dans le procès-verbal de transaction* ».
84. Il semble que si le collège obtient en séance des améliorations sensibles concernant les engagements souscrits par l'entreprise, il serait légitime de considérer que la fourchette de sanction prévue dans le procès-verbal de transaction doit être revue à la baisse (dans ce cas, devrait-il y avoir un renvoi à l'instruction, cf. questions *supra* § 80 ?).
85. Il conviendrait, par ailleurs, de préciser que les entreprises peuvent faire valoir en séance les propositions d'engagements adressées mais refusées par le rapporteur général (celui-ci devant formaliser son refus), afin de mettre le collège en mesure de contrôler si, en refusant lesdits engagements, le rapporteur général a ou non commis une erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la fourchette de sanction pécuniaire proposée (cf. *supra*, §§ 47-49).
- b. Le contrôle par le collège de la renonciation à contester les griefs dans les conditions fixées aux §§ 14-15 du Projet de Communiqué
86. Le § 32 du Projet de Communiqué prévoit qu'« *avant de statuer, l'Autorité vérifie que la déclaration par laquelle l'intéressé renonce à contester les griefs répond à toutes les conditions décrites aux points 14 et 15 ci-dessus. Le non respect d'une de ces conditions fait obstacle à la mise en œuvre de la procédure de transaction* ».

¹³ Etant rappelé que le rapporteur général a communiqué sur le fait qu'il demandait à ses services d'instruction de notifier « *de façon large* » et qu'il appartenait ensuite au collège de « *faire le tri* », ce qui pose un réel problème dans le cadre de la procédure de transaction.

¹⁴ Par exemple, décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées.

87. Il n'est pas précisé quelles seront les suites de la procédure dans le cas où le collège constate que les conditions prévues aux § 14 et 15 du Projet de Communiqué ne sont pas remplies : faut-il distinguer selon que la condition manquante peut ou non être régularisée dans le cadre d'un renvoi à l'instruction ? Et en toute hypothèse, la question posée ci-dessus se pose également ici : serait-il possible que le renvoi à l'instruction ordonné par le collège soit effectué post-notification de griefs, avec un nouveau délai pour aboutir à une transaction ou à une contestation des griefs ? Ou bien le renvoi à l'instruction donnera-t-il obligatoirement lieu à une nouvelle notification de griefs ?

c. Les observations écrites adressées par les parties au collège

88. Le § 33 du Projet de Communiqué prévoit que « *la première partie de la séance du collège est commune à toutes les entreprises ou organismes mis en cause. Elle porte sur les griefs notifiés ainsi que sur les faits et la qualification des pratiques. Quoique les dispositions du Code de commerce ne le prévoient pas, l'Autorité peut, si elle le juge utile, autoriser le saisissant à assister à cette première partie de la séance et présenter des observations* ».
89. Concernant le saisissant présent à cette première partie de la séance, il conviendrait de préciser qu'il doit pouvoir présenter en séance ses observations sur les engagements souscrits par l'entreprise dans le procès-verbal de transaction.
90. Le § 16 du Projet de Communiqué prévoit que « *l'organisme ou l'entreprise conserve néanmoins la faculté de présenter des observations sur les éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire qui pourrait être prononcée à l'intérieur de la fourchette retenue par le procès-verbal de transaction, dès lors que ces observations sont conformes aux principes rappelés au point précédent* ».
91. Il n'est pas mentionné que les observations adressées au collège sont confidentielles, alors que le § 24 dispose que les documents et pièces se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction sont confidentiels. L'ADPC suggère donc de préciser que les observations adressées au collège ne sont pas communicables aux autres parties à la procédure, non plus qu'à des tiers.
92. Le § 34 du Projet de Communiqué prévoit que « *lors d'une deuxième partie de la séance, chacun des organismes ou entreprises ayant signé un procès-verbal de transaction est entendu par le collège en présence du Commissaire du Gouvernement, et hors la présence des autres mis en cause et du saisissant. L'entreprise peut alors faire part de ses observations sur la fixation du montant de la sanction au sein des limites prévues par le procès-verbal de transaction, sans que ces observations ne puissent remettre en cause, de quelque manière que ce soit, les faits et qualifications retenus par la notification des griefs* ».
93. Deux notes peuvent donc être produites au collège : une note qui serait « communicable » aux autres parties ainsi qu'au saisissant sur les arguments communs (pour la première partie de la séance) et une note « non communicable » sur les arguments individuels (pour la deuxième partie de la séance), dans la procédure sans contestation comme dans la procédure avec contestation.

94. L'APDC relève par ailleurs que la possibilité d'envoyer une note au collège pour justifier l'octroi d'une amende correspondant au bas de la fourchette est prévue par le Projet de Communiqué, au § 16. Le Communiqué devrait prévoir une articulation entre ce délai imparti aux entreprises qui ont signé un procès-verbal de transaction pour adresser au collège des observations écrites et le délai dans lequel elles ont accès aux observations du Commissaire du Gouvernement, afin qu'elles puissent déposer leurs observations après avoir pu prendre connaissance des observations du Commissaire du Gouvernement.
95. En tout état de cause, si de telles observations devaient être uniquement fournies en séance, sans que les membres du collège aient pu en prendre connaissance auparavant, cela perdrait l'essentiel de son efficacité, s'agissant d'un sujet éminemment technique, à savoir les modalités de calcul de la sanction.

d. Le contenu de la décision s'agissant des entreprises en transaction

96. *Le § 35 du Projet de Communiqué prévoit que « pour chaque organisme ou entreprise bénéficiant de la procédure de transaction, l'Autorité détermine le montant de la sanction pécuniaire en faisant application des critères légaux figurant au I de l'article L.464-2 du Code de commerce. Si les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le Communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises en vue de la signature du procès-verbal de transaction, en revanche, la méthode de détermination des sanctions décrite dans ce Communiqué n'a pas vocation à être mise en œuvre dans les décisions du collège, qui prononce une sanction à l'intérieur de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction ».*
97. Il est suggéré que la partie de phrase énonçant que « *les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le communiqué du 16 mai 2011 peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises en vue de la signature du procès-verbal de transaction* » soit déplacée du § 35 au § 21 du Projet de Communiqué (cf. *supra* §§ 61-63).
98. Le Projet de Communiqué ne dit rien du contenu de la décision du collège à l'encontre d'une entreprise ayant signé un procès-verbal de transaction. La question du contenu de la décision concernant les faits et leur qualification est toutefois essentielle par rapport à l'utilisation qui pourra en être faite par les victimes dans le cadre d'actions indemnitaires. Dans les affaires où toutes les entreprises ont transigé, l'Autorité envisage-t-elle, ainsi, de réduire les développements concernant les pratiques et leur qualification pour rendre ainsi plus attractive la procédure de transaction ? Dans l'affirmative, il serait approprié que le Communiqué le mentionne.

e. Le cas des affaires hybrides

99. S'agissant du déroulé de la séance en cas d'affaires hybrides, deux principales questions sont posées par le Projet de Communiqué : le véritable temps de la contestation pour les entreprises qui n'ont pas transigé, ainsi que la présence commune ou non de toutes les entreprises, pendant le temps de cette contestation.

100. Si le silence du Projet de Communiqué implique que l'Autorité envisage que les entreprises qui ne transigent pas aient la possibilité de faire valoir leurs observations sur les griefs, les faits et leur qualification dans le cadre de la première partie de la séance commune à toutes les entreprises, l'APDC s'interroge sur la justification d'une telle transparence. Pourquoi la défense au fond sur les griefs, les faits et leur qualification des entreprises qui ont décidé de ne pas transiger devrait-elle être connue des entreprises ayant transigé ? En tout état de cause, les entreprises qui ne transigent pas doivent pouvoir formuler leurs observations sur les déterminants de la sanction encourue, dans le cadre d'une partie de la séance clairement déterminée à cette fin.
101. Dans ce contexte, l'APDC est d'avis qu'il faudrait un troisième temps dans le déroulé de la séance, afin de couvrir la possibilité de procédures hybrides et éviter des atteintes aux droits de la défense des entreprises qui ne transigent pas. L'APDC s'interroge néanmoins sur la meilleure manière d'organiser la séance, tant d'un point de vue pratique pour les entreprises et l'Autorité, qu'au regard de l'exigence procédurale de préserver les droits de la défense des entreprises qui ne transigent pas. L'APDC suggère donc le déroulement suivant, qui permettrait selon elle, en cas de séance unique rassemblant toutes les parties mises en cause, de concilier les objectifs rappelés ci-dessus :
- Première partie, qui serait commune à toutes les entreprises : présentation par l'Autorité des griefs notifiés, des faits et de leur qualification ;
 - Deuxième partie, qui serait *a priori* réservée aux entreprises qui ne transigent pas : contestation des faits et de leur qualification juridique ;
 - Troisième partie, qui serait commune à toutes les entreprises (contrairement à ce que prévoit actuellement le Projet de Communiqué) : discussion sur les déterminants de la sanction (gravité, dommage à l'économie, durée, etc.) pour bénéficier du bas de la fourchette de sanction s'agissant des entreprises qui transigent, d'une part, ou de la sanction minimale s'agissant de celles qui ne transigent pas, d'autre part. Se pose néanmoins la question de la compatibilité de ces discussions avec le fait que le procès-verbal de transaction est confidentiel et non communicable aux autres parties à la procédure. Dès lors, il pourrait être envisagé un premier temps commun à toutes les entreprises pour discuter des déterminants de la sanction, puis un second temps consacré à un examen individuel, hors la présence des autres parties à la procédure, pour discuter de la sanction de chaque entreprise qui transige, sur la base du procès-verbal de transaction.
102. En tout état de cause, si au regard des difficultés d'organisation que peut soulever la proposition ci-dessus (des phases communes et individuelles s'alternant), l'Autorité devait estimer que deux séances séparées seraient plus efficaces, l'APDC estime qu'il est alors indispensable que les entreprises qui ne transigent pas aient la possibilité de faire valoir leurs observations sur les faits, leur qualification juridique et leur participation à l'infraction, ainsi que sur les déterminants de la sanction avant que l'Autorité entende les entreprises qui ont décidé de transiger et fixe la sanction à leur égard, sous peine de priver les premières de leurs droits de la défense.

103. S'agissant du nombre de décisions dans les affaires hybrides, à ce jour, l'APDC relève que dans les deux affaires ayant donné lieu à une procédure hybride dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction, l'Autorité a adopté des décisions séparées en ce qui concerne les entreprises qui ont transigé et celles qui n'ont pas transigé. Dans la première affaire, relative aux équipements de cuisine, l'instruction et la séance avaient été distinctes alors que, dans la seconde affaire, EPORA, elles étaient communes.
104. Or, l'adoption de décisions distinctes, décalées dans le temps, porte atteinte au principe fondamental de la présomption d'innocence ainsi qu'au principe d'impartialité, en particulier lorsque la décision relative aux entreprises qui ont transigé comporte des éléments visant expressément celles qui contestent les griefs, qui ne sont dès lors pas en mesure, dans le cadre de leur défense, de remettre en cause les constatations de l'Autorité.
105. A cet égard, l'APDC invite l'Autorité à s'inspirer de l'approche européenne.
106. Un contentieux sur la violation des droits de la défense des entreprises qui ne sont pas entrées en transaction s'est en effet développé à la suite de l'adoption, par la Commission, de décisions distinctes et décalées dans le temps ayant pour destinataires, d'une part, les participants à l'infraction qui avaient transigé et, d'autre part, ceux qui n'avaient pas transigé¹⁵.
107. C'est dans ce contexte que le Tribunal de l'Union européenne, sans remettre en cause la possibilité pour la Commission d'adopter des décisions distinctes, a néanmoins récemment relevé, dans l'affaire *Icap*, que :
- « [L]a mise en œuvre d'une telle procédure de transaction « hybride » doit se faire dans le respect de la présomption d'innocence de l'entreprise qui a décidé de pas transiger. Partant, dans les circonstances où la Commission estime qu'elle n'est pas en mesure de se prononcer sur la responsabilité des entreprises participant à la transaction sans se prononcer également sur la participation à l'infraction de l'entreprise qui a décidé de ne pas transiger, il lui appartient de prendre les mesures nécessaires – dont l'éventuelle adoption à une même date des décisions portant sur l'ensemble des entreprises concernées par le cartel (...) »*¹⁶.
108. Dans le cadre du recours introduit par les sociétés SCET et Caisse des Dépôts et Consignations à l'encontre de la décision de l'Autorité n°16-D-28 du 6 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes, la Cour d'appel de Paris, après avoir relevé qu'en l'espèce les pratiques de toutes les entreprises ont été examinées « *au cours d'une même séance et d'un délibéré unique de l'Autorité* » de sorte que « *la publication de deux décisions distinctes n'a emporté aucun préjugement, par ses membres, du grief reproché aux requérantes* »¹⁷, a néanmoins nuancé sa position, propre à l'affaire en cause, en indiquant :

¹⁵ La Commission européenne a adopté des décisions différentes dans des procédures de transactions hybrides dans les cas suivants : dans le cartel des camions (AT. 39824 : décisions du 19 juillet 2016 et du 27 septembre 2017), dans le cartel EIRD (AT. 39914 : décisions du 4 décembre 2013 et du 7 décembre 2016), dans le cartel de la grenaille abrasive métallique (AT. 39792 : décisions du 2 avril 2014 et du 25 mai 2016), dans le cartel des champignons en conserve (AT. 39965 : décisions du 25 juin 2014 et du 6 avril 2016), dans le cartel YIRD (AT.39861 : décisions du 4 décembre 2013 et du 4 février 2015).

¹⁶ Affaire T-180/15 du 10 novembre 2017, *Icap e.a./Commission* § 268. Un pourvoi a été formé devant la Cour de Justice de l'Union européenne par la Commission le 22 janvier 2018 et est actuellement en cours d'examen (aff. C-39/18 P).

¹⁷ Cour d'appel de Paris, 26 octobre 2017 *Caisse des dépôts et consignations* (RG : 2017/01658), p.6.

« Sans doute le principe d'impartialité qu'invoque la requérante s'oppose-t-il à ce que les membres de l'Autorité statuent au fond sur les faits qui leur sont soumis et, le cas échéant, les sanctionnent, alors qu'ils se seraient déjà prononcés sur ces mêmes points dans une précédente procédure dans laquelle la partie poursuivie n'était pas présente »¹⁸.

109. Au regard de ce qui précède, l'APDC estime que deux solutions pourraient être envisagées : (i) soit une décision commune à toutes les entreprises mises en cause, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, (ii) soit deux décisions adoptées de manière concomitante, l'une visant les entreprises qui ont transigé et l'autre celles qui ont contesté les griefs.
110. A cet égard, l'Autorité reconnaît qu'il y a un inconvénient certain pour les entreprises qui transigent à ne pas obtenir une décision rapidement ou à avoir une décision trop étayée qui viserait l'ensemble des entreprises mises en cause.
111. L'APDC considère néanmoins que l'atteinte portée aux droits de la défense des entreprises qui contestent les griefs en cas de pluralité de décisions décalées dans le temps est telle qu'elle justifie la solution d'une décision unique ou, *a minima*, celle de deux décisions distinctes adoptées concomitamment, une première relative aux entreprises qui ont transigé devant rester relativement succincte, tandis que la seconde relative aux entreprises qui n'ont pas transigé doit au contraire être étayée et suffisamment motivée.
112. L'APDC propose donc que soit introduit dans le Projet de Communiqué des considérations relatives au respect des droits de la défense des entreprises qui ne transigent pas, tenant compte de l'une des deux options ci-dessus.
113. S'agissant de la décision des entreprises contestant les griefs, l'APDC s'inquiète du montant de leur sanction.
114. Dans l'ancienne procédure de non-contestation des griefs prévoyant une réduction de sanction formulée en pourcentage, le collège gardait toute sa marge de manœuvre pour fixer le niveau de sanction des entreprises ayant contesté. Les entreprises qui ne contestaient pas avaient une réduction de 10% et pouvaient bénéficier indirectement de la défense au fond de celui qui contestait, puisque les arguments en défense pouvaient avoir un impact sur les déterminants et donc l'assiette de la sanction.
115. Avec la nouvelle procédure de transaction prévoyant une fourchette d'amende en valeur absolue, le collège pourrait être incité à fixer le niveau de sanction des entreprises qui ont contesté nécessairement plus haut que celui des entreprises ayant transigé, et ce quelle que soit la défense des entreprises contestant les griefs, afin que la transaction soit récompensée.

¹⁸ Ibid.

116. Ainsi, dans l'hypothèse où plusieurs griefs auraient été notifiés aux entreprises mises en cause et où une partie n'ayant pas transigé parvenait à convaincre le collège d'abandonner un ou plusieurs griefs, ceci devrait en principe aboutir à ce que sa sanction, calculée au regard du ou des grief(s) restant retenu(s) contre elle, soit inférieure à celle imposée aux entreprises qui ont transigé sur la base de la notification de griefs (à moins que le Collège ait la possibilité, s'il écarte un grief, de prononcer une amende en deçà de la fourchette pour les entreprises qui ont transigé ainsi qu'il a été vu *supra* § 81). Néanmoins, ceci pourrait être vu par l'Autorité de la concurrence comme allant à l'encontre de son objectif de la procédure de transaction, à savoir récompenser les entreprises qui transigent par une amende *a priori* plus basse que celle infligée aux entreprises qui ne transigent pas.
117. L'ADPC s'interroge donc, dans l'hypothèse où le futur Communiqué n'indiquerait pas la possibilité pour le Collège de prononcer une amende en deçà de la fourchette pour les entreprises qui ont transigé, sur la réelle possibilité qu'auront les entreprises qui ne transigent pas à exercer leurs droits de la défense, et s'inquiète d'une situation où, en pratique, il ne serait plus possible, pour ces dernières, de faire tomber un ou plusieurs griefs grâce à la défense au fond et/ou de mettre en avant leur situation individuelle au regard du principe d'individualisation de la sanction. Dès lors, sauf à ce qu'il soit admis que les entreprises entrant en voie de transaction puissent être sanctionnées d'une amende plus élevée que celles refusant la transaction, le risque est que cela aboutisse à (i) retirer tout intérêt à la défense au fond et (ii) tirer mécaniquement les sanctions vers le haut.
118. La seule alternative que l'APDC envisage, dans cette hypothèse, serait que le collège de l'Autorité, dès lors qu'il déciderait d'abandonner un ou plusieurs griefs à l'encontre des entreprises qui ne transigent pas, renvoie l'affaire à l'instruction s'agissant des parties qui avaient signé un procès-verbal de transaction afin que le rapporteur général évalue si le(s) grief(s) abandonné(s) doi(ven)t également l'être à l'égard des parties qui souhaitaient transiger, ce qui aboutirait à réduire la fourchette de sanction en conséquence. Néanmoins, ceci aurait pour conséquence de limiter le gain procédural pour l'Autorité découlant de la transaction.
119. Une fourchette de sanction fixée par le procès-verbal de transaction suffisamment large est donc indispensable pour que le collège conserve une marge d'appréciation dans la fixation de la sanction des entreprises ayant transigé, sans défavoriser les entreprises ayant contesté les griefs.
120. Enfin, le Projet de Communiqué ne dit rien du contenu des décisions en cas d'affaires hybrides. Les développements sur les pratiques et leur qualification seront vraisemblablement identiques dans la décision condamnant les entreprises ayant contesté les griefs et dans celles condamnant les entreprises ayant transigé (voir par exemple décisions 16-D-27 et 16-D-28 du 2 décembre 2016 relatives à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'Etablissement Public Foncier de l'Ouest Rhône-Alpes : la motivation est la même dans la décision concernant Setis qui a transigé et dans la décision concernant SCET qui a contesté les griefs). En tout état de cause, même si le contenu des décisions condamnant les entreprises ayant transigé était plus court (v. *supra* § 98), les victimes pourraient se référer à la décision condamnant les entreprises ayant contesté les griefs.

* * *

RECAPITULATIF DES DEMANDES FORMULEES PAR L'APDC

§ du Projet	Suggestions de modifications et d'ajouts
I - Le cadre juridique	
3	Indication de l'application, pour des pratiques antérieures à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, aux entreprises engagées dans une procédure de transaction, de l'ancien plafond de 5% du chiffre d'affaires qui était applicable en cas de non-contestation de griefs
7	Ajouts soulignés : « <i>le présent communiqué revêt le caractère de lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative. Il est opposable à l'Autorité, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné</i> ».
II- Le champ d'application	
8	Indication que la procédure de transaction ne devrait pouvoir concerner que des cas dans lesquels existe déjà une pratique décisionnelle aboutie, « validée » par les juridictions de contrôle, et notamment pas des affaires dans lesquelles les services d'instruction adoptent une position novatrice, et « non balisée » par la pratique décisionnelle antérieure.
Insertion d'un titre avant le Titre III, qui serait intitulé « La phase exploratoire en vue de la transaction »	
-	Indication de la tenue, de manière automatique, d'une réunion préparatoire avec chaque entreprise (proposée à toutes les entreprises mises en cause), pouvant se tenir dans un délai d'au plus tard un mois avant l'envoi de la notification de griefs (délai fixé au cas par cas).
-	Une information détaillée est fournie au cours de cette réunion, au-delà du seul libellé des griefs, sur les faits reprochés avec documents incriminants à l'appui, leur qualification, à qui d'autres sont notifiés les griefs (dans les dossiers d'ententes) ainsi que sur les éléments relatifs au fonctionnement et aux caractéristiques du marché et de la pratique anticoncurrentielle, déterminants de la sanction (durée, gravité, dommage à l'économie, circonstances aggravantes et/ou atténuantes).
-	Un questionnaire sur la valeur des ventes est adressé aux parties entre la réunion préparatoire et l'envoi de la notification de griefs.
III- La demande de mise en œuvre de la procédure de transaction	
11	Afin de lever la contradiction entre l'indication que l'entreprise n'a pas « à expliquer les raisons d'une telle démarche » au § 11 et le § 18 du Projet de communiqué qui mentionne le « contenu [...] de la demande de transaction », sans d'ailleurs préciser ce que recouvre le terme « contenu », suppression du terme « contenu » figurant au § 18.
12	Ajouts soulignés : « [...] afin qu'un procès-verbal de transaction puisse être signé dans les <u>trois</u> deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs. L'Autorité n'entend pas <u>peut</u> prendre en considération les demandes n'ayant pas abouti à l'expiration de ce délai, sauf en cas de circonstances exceptionnelles ».
IV - Les conditions d'éligibilité à la procédure de transaction	
14	Ajouts soulignés : « [...] Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 28, prend la forme d'une déclaration par laquelle son auteur indique, en des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause <u>telles qu'elles résultent du libellé des griefs qui lui ont été notifiés</u> , ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de grief, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques <u>notifiées</u> doit porter à la fois

	<i>sur leur matérialité, sur leur durée, sur leur champ géographique et sur la participation de l'intéressé aux pratiques notifiées [...] ».</i>
15	Ajouts soulignés : « <i>la renonciation à contester les griefs implique nécessairement que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste ni la régularité ni le bien-fondé de la notification de griefs, pour des raisons qui lui sont propres et sans que cela ne vaille reconnaissance de responsabilité</i> ».
16	Précision que les observations adressées au collège ne sont pas communicables aux autres parties à la procédure et à des tiers (le § 24 dispose que les documents et pièces se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction sont confidentiels).
V - Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction	
17, 18, 20	Reprise des dispositions du § 39 du communiqué relatif à la non-contestation des griefs sur le contrôle par le collège de l' « <i>erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la sanction pécuniaire</i> ». Il convient, en effet, d'assurer un contrôle du collège sur les raisons du refus du rapporteur général de proposer ou conclure une transaction. Il doit en être de même du refus du rapporteur général de tenir compte des engagements proposés ; le collège devant alors être informé, tant de la teneur des engagements proposés que de la décision du rapporteur général de ne pas en tenir compte, ce qui implique que celui-ci formalise un éventuel refus.
19	Maintien de la possibilité de procédures hybrides, par la reprise des §§ 27 et 28 du communiqué relatif à la non-contestation des griefs : « <i>Le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, en fonction des éléments propres à chaque affaire (...). Le nombre de parties mises en cause est également un élément qui peut être pris en considération, même s'il n'est pas exigé que l'ensemble des organismes ou des entreprises mis en cause demande à bénéficier de la procédure</i> » de transaction.
21	Ajout que le Communiqué Sanctions constitue la base de la discussion sur la fourchette. La partie de phrase du § 35 énonçant que « <i>les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le communiqué du 16 mai 2011 peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises en vue de la signature du procès-verbal de transaction</i> » doit ainsi être déplacée au § 21.
21	Indication du processus d'une discussion contradictoire sur les éléments de détermination de la fourchette de la sanction : - dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de réunion préalable, le rapporteur général/rapporteur général adjoint informe les entreprises de leur éligibilité à la procédure de transaction et fixe une première réunion à brève échéance ; - principe de plusieurs réunions, leur nombre dépendant ensuite de chaque dossier ; - rôle de chaque interlocuteur - rapporteur général/rapporteur général adjoint, rapporteurs, service économique - ; - possibilité pour les représentants des entreprises d'assister aux réunions ; - objet et déroulé de chaque réunion (mise à la disposition aux entreprises et à leurs conseils dès la première réunion post notification de griefs, de l'analyse effectuée par les services d'instruction dont dispose le rapporteur général/rapporteur général adjoint, si cette analyse existe, sur les critères communs ainsi que les éléments d'individualisation) ; - communication par tout moyen aux parties par le rapporteur général/rapporteur général adjoint à la transaction des déterminants de la sanction ; - communication aux parties par le rapporteur général/rapporteur général adjoint d'une proposition de fourchette ; - dans l'hypothèse où le rapporteur général/rapporteur général adjoint décide de mettre fin à tout moment à la transaction, il le fait par un écrit motivé (par parallélisme avec l'e-mail d'entrée en transaction).

23	Précision sur ce que recouvre les références aux engagements (§13, §20, § 23, §26, §28) dans le Communiqué, sans exclusion de principe des engagements de conformité en entente horizontale.
24	Précision que si la transaction n'aboutit pas, aucun des documents ou pièces se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction n'est versé au dossier d'instruction.
28	V. suggestion de modification formulée <i>supra</i> s'agissant du § 12 du Communiqué.
29	Indication que « le rapporteur général informe sans délai les autres parties mises en cause de toute demande de mise en œuvre de la procédure de transaction formulée par l'une des parties ».
VI – La décision du collège	
31, 34, 35	Indication de la possibilité pour le collège de fixer la sanction en-dessous du minimum de la fourchette, s'il ne valide pas l'un des éléments retenus dans la notification de griefs ou en cas d'éléments nouveaux (notamment capacité contributive) survenus depuis la signature du procès-verbal de transaction, en précisant le <i>modus operandi</i> (renvoi à l'instruction post notification de griefs avec nouveau délai ou avec une nouvelle notification de griefs etc.).
32	Indication des suites de la procédure dans le cas où le collège constate que les conditions prévues aux § 14 et 15 du Projet de Communiqué ne sont pas remplies.
33	Indication que le saisissant présent à la première partie de la séance peut présenter en séance ses observations sur les engagements souscrits par l'entreprise dans le procès-verbal de transaction.
34	Indication que les entreprises qui ont signé un procès-verbal de transaction peuvent adresser au collège dans un délai suffisant avant la tenue de la séance, et après avoir eu accès aux observations du Commissaire du Gouvernement, leurs observations écrites sur les différents éléments qui justifient que la sanction soit fixée dans le bas de la fourchette. Ces observations devraient être confidentielles (cf. observation faite pour le § 16).
35	Si l'Autorité envisage de réduire les développements concernant les pratiques et leur qualification dans les décisions de transaction pour rendre ainsi plus attractive la procédure de transaction, indication dans le Communiqué.
36	Indication de la possibilité pour le collège de fixer la sanction en-dessous du minimum de la fourchette s'il obtient en séance des améliorations sensibles concernant les engagements souscrits par l'entreprise.
36	Indication de la possibilité pour les entreprises de faire valoir en séance les propositions d'engagements adressées mais refusées par le rapporteur général, afin de mettre le collège en mesure de contrôler si, en refusant lesdits engagements, le rapporteur général a ou non commis une erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la fourchette de sanction pécuniaire proposée (v. suggestion de modification formulée <i>supra</i> s'agissant des §§ 17, 18 et 20 du Communiqué).
Séances et décisions dans les affaires hybrides	
	Sur le déroulé de la séance, indication que : - soit une séance unique rassemblant toutes les parties mises en cause (transaction/contestation) est organisée avec le déroulement suivant : ○ Première partie, commune à toutes les entreprises : présentation par l'Autorité des griefs notifiés, des faits et de leur qualification ; ○ Deuxième partie, a priori réservée aux entreprises qui ne transigent pas : contestation des faits et de leur qualification juridique ; ○ Troisième partie, commune à toutes les entreprises : discussion sur les déterminants de la sanction (gravité, dommage à l'économie, durée, etc.) pour bénéficier du bas de la fourchette de sanction s'agissant des entreprises qui transigent, d'une part, ou de la sanction minimale s'agissant de celles qui ne transigent pas, d'autre part. Un premier temps commun à toutes les entreprises serait prévu pour discuter des

	déterminants de la sanction, puis un second temps consacré à un examen individuel, hors la présence des autres parties à la procédure, pour discuter de la sanction de chaque entreprise qui transige, sur la base du procès-verbal de transaction. - soit deux séances séparées (transaction/contestation) sont organisées, et alors les entreprises qui ne transigent pas ont la possibilité de faire valoir leurs observations sur les faits, leur qualification juridique et leur participation à l'infraction, ainsi que sur les déterminants de la sanction avant que l'Autorité entende les entreprises qui ont décidé de transiger et fixe la sanction à leur égard.
	Sur le nombre de décisions, indication que : - soit une décision commune à toutes les entreprises mises en cause est rendue, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, - soit <i>a minima</i> deux décisions adoptées de manière concomitante, l'une visant les entreprises qui ont transigé et l'autre celles qui ont contesté les griefs.
	Le collège de l'Autorité, dès lors qu'il déciderait d'abandonner un ou plusieurs griefs à l'encontre des entreprises qui ne transigent pas, devrait renvoyer l'affaire à l'instruction s'agissant des parties qui avaient signé un procès-verbal de transaction afin que le rapporteur général évalue si le(s) grief(s) abandonné(s) doi(ven)t également l'être à l'égard des parties qui souhaitaient transiger, ce qui aboutirait à réduire la fourchette de sanction en conséquence. Une fourchette de sanction fixée par le procès-verbal de transaction suffisamment large est donc indispensable pour que le collège conserve une marge d'appréciation dans la fixation de la sanction des entreprises ayant transigé, sans défavoriser les entreprises ayant contesté les griefs.