

OBSERVATIONS DE L'APDC SUR LA PROCÉDURE DE « TRANSACTION » INSTITUÉE PAR LA LOI N° 2015-990 DU 6 AOÛT 2015 POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (« loi Macron », article 218 I) a modifié l'article L. 464-2 III du Code de commerce, en instituant, en lieu et place de l'ancienne procédure de non-contestation de griefs, une procédure de transaction qui soulève de très nombreuses interrogations quant à son application, dès lors que les textes et grands principes qui gouvernent les procédures¹ restent bien entendu applicables.

L'article 218 II de la loi prévoit que ce nouveau dispositif « *est applicable aux procédures pour lesquelles les griefs ont été notifiés (...) après la publication de la présente loi* ».

Les premières indications communiquées par la rapporteure générale lors du colloque de l'APDC, depuis confirmées lors d'échanges informels, montrent que l'Autorité entend traiter ce nouveau dispositif comme une procédure accélérée avec des droits amenuisés (pour les entreprises mises en cause, qui laisse également peu de place aux plaignants et à l'ensemble des autres acteurs...) et des pouvoirs considérablement renforcés pour le rapporteur général.

L'examen attentif du nouveau dispositif montre la multitude de questions qui se posent et sans la résolution desquelles le nouveau dispositif pourrait ne pas trouver d'écho suffisamment favorable auprès des entreprises. On ne peut pas attendre, compte tenu des enjeux pour les affaires en cours, l'adoption d'un communiqué de procédure, annoncé pour le second semestre de cette année par l'Autorité de la concurrence, afin d'avoir des réponses à ces questions.

Le présent document expose, dans ces conditions, les observations que ce nouveau dispositif suscite auprès de l'APDC, d'une part, s'agissant de l'article L. 464-2 III du Code de commerce (modifié par l'article 218 I de la loi Macron) **(I)**, et d'autre part, de son application dans le temps (article 218 II de la loi) **(II)**.

Il a été rédigé par 7 groupes de travail², qui se sont réunis à quatre reprises (17 novembre, 10 et 21 décembre 2015 et 14 janvier 2016), sous la coordination de Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié.

¹ Et notamment le contradictoire / droits de la défense, le délai de deux mois pour répondre à la Notification de griefs (L. 463-2 du Code de commerce), l'obligation de motivation de chaque sanction (L. 464-2 I du Code de commerce), les déterminants de la sanction : évaluation de l'importance du dommage à l'économie (L. 464-2 I du Code de commerce), le texte sur la clémence (discussion sur les éléments sur lesquels porte la fourchette des demandeurs de clémence) (L. 464-2 IV du Code de commerce), les textes sur les autres acteurs (Commissaire du gouvernement, conseiller auditeur, autres AAI), une séance unique et le recours (L. 464-8 du Code de commerce).

² **Phase exploratoire en vue de la transaction et « State of play meeting » (groupe 1) et contenu de la Notification de griefs / déterminants sur la sanction (groupe 2)** (les groupes 1 et 2 ont fusionné) : composition des groupes : Leyla Djavadi, Valérie Ledoux, Emmanuel Reille, Robert Saint-Esteben,

I. OBSERVATIONS DE L'APDC SUR L'ARTICLE L. 464-2 III DU CODE DE COMMERCE (MODIFIÉ PAR L'ARTICLE 218 I DE LA LOI MACRON)

Les observations porteront sur le déroulement de la procédure applicable aux entreprises qui font le choix de la procédure de transaction **(A)** ; le cas des entreprises qui contestent les griefs ou qui n'acceptent pas la transaction sera examiné par voie de conséquence **(B)**.

A. Le déroulement de la procédure applicable aux entreprises qui font le choix de la procédure de transaction

Le présent document expose les différentes questions soulevées par la nouvelle procédure de transaction **(1)**, au stade exploratoire en vue de la transaction et du « State of play meeting » **(a)**, sur le contenu la Notification de griefs **(b)**, au stade de la phase post Notification de griefs **(c)**, sur la période séparant le procès-verbal de non contestation de griefs avec transaction et la séance **(d)**, et sur la décision **(e)**.

Le principe du recours ne serait, quant à lui, être remis en cause par cette nouvelle procédure **(2)**.

1. Les différentes questions soulevées par la nouvelle procédure de transaction

a) La phase exploratoire en vue de la transaction et le « State of play meeting » jusqu'à l'envoi de la Notification de griefs

i) Avant le SOP

- Questions sur l'« **éligibilité** » à la transaction, i.e. les affaires qui « se prêtent » à transaction :
 - Qui l'envisage et à quel moment ?
 - Quelle information en est donnée au plaignant ?
 - Dans l'hypothèse d'une entente, la procédure sera-t-elle proposée à toutes les parties ?

Charlotte Tasso-de Panafieu, Mélanie Thill Tayara, Faustine Viala, Virginie Viillard ; organisateurs des réunions de travail des groupes : Charlotte Tasso de Panafieu et Emmanuel Reille.

Engagement de la procédure de transaction post Notification de griefs (groupe 3) ; composition du groupe : Laurence Borrel-Prat, Leyla Djavadi, Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, François-Charles Laprèvote, Robert Saint-Esteben, Charlotte Tasso-de Panafieu, Mélanie Thill Tayara, Florent Vever ; organisateurs des réunions de travail du groupe : Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Philippe Guibert, Laëtitia Gavoty Tolot, Florent Vever ;

Application de la loi dans le temps (groupe 4) ; composition du groupe : Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, Florent Vever ; organisateurs des réunions de travail du groupe : Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Florent Vever ;

Le sort des entreprises (pour lesquelles la transaction a échoué) qui décident ou non de contester (groupe 5) ; composition du groupe : Julie Catala Marty, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, Emmanuel Reille, Mélanie Thill Tayara, Jean- Paul Tran Thiet, Virginie Viillard ; organisateur des réunions de travail du groupe : Mélanie Thill Tayara ;

La décision : place du collège dans la procédure de transaction, contenu, motivation de la/les décision(s), interaction procédures indemnitaires (groupe 6) ; composition du groupe : Valérie Ledoux, Bastien Thomas, Robert Saint Esteben, Marie de Drouâs, Thomas Elkins ; organisateur des réunions de travail du groupe : Valérie Ledoux.

Le recours (groupe 7) ; composition du groupe : Faustine Viala.

- Questions sur **la valeur des ventes** :
 - Quand sera-t-il adressé ?
 - Le sera-t-il avant le SOP ?
 - Dans cette dernière hypothèse, comment discuter de la valeur des ventes sans connaître les griefs alors que la valeur des ventes retenue dépend du périmètre des griefs retenus ?

ii) Le SOP :

- Questions sur le **calendrier** envisagé :
 - Dans les cas d'entente, y a-t-il une convocation individuelle ou une convocation collective des entreprises impliquées ?
 - Y aura-t-il une convocation systématique du State of play meeting, y compris dans les cas que les services d'instruction ne considéreraient pas comme éligibles à la transaction ?
 - Quid en cas de demande cumulative de clémence ?
 - Peut-il y avoir plusieurs SOP ?

- Questions sur le **contenu** du SOP :
 - Est-ce que le SOP est un rendez-vous de présentation du contenu définitif de la Notification de griefs ou existe-t-il une possibilité de discussion entre les entreprises et les services d'instruction de l'Autorité lors de ce SOP ? Certaines entreprises pourraient en effet être hostiles par principe à une transaction qui retiendrait certains griefs. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de discussions, quelle serait l'incitation à transiger ?
 - De même, pourra-t-on discuter de la durée de la pratique sur laquelle un désaccord peut apparaître dès le SOP et qui pourrait, vu son incidence sur la sanction, dissuader de la transaction ?
 - L'Autorité pourrait-elle envisager un *modus operandi* similaire à la procédure informelle de pré-notification applicable en matière de contrôle des concentrations, c'est-à-dire **la communication aux entreprises d'un projet de Notification de griefs le plus abouti possible en amont de la Notification de griefs**, afin de leur laisser le temps de répondre à celle-ci ?
 - Les services d'instruction entendent-ils donner accès à quelques pièces du dossier ? Comment discuter de la Notification de griefs si on n'a pas accès aux pièces ?

iii) Après le SOP :

- Questions sur **les déterminants de la sanction**, autre que le nombre de griefs et la durée :
 - Y aura-t-il communication d'un document contenant les déterminants de la sanction, autre que le nombre de griefs et la durée ?³
 - Sinon, comment les services d'instruction communiqueront-ils ces déterminants aux entreprises ?

³ Le communiqué de la Commission européenne (la « Commission ») de 2008 indique notamment (Considérant 15) qu'il existe une marge d'appréciation de la Commission pour communiquer aux parties les preuves et le montant potentiel de l'amende. Par ailleurs, ledit communiqué (Cons. 16) permet aux parties d'être informées des éléments essentiels pris en considération (faits, qualification, gravité, durée, estimation des fourchettes d'amendes probables etc.). L'Article 10.2 prévoit également la possibilité pour la Commission d'informer les parties à une entente des griefs, preuves et fourchettes des amendes.

- Questions sur **la durée de la période** séparant le SOP de l'envoi de la Notification de griefs :
 - Les discussions peuvent-elles commencer dans cette période ?
 - Quel temps supplémentaire est imparti pour effectuer le travail de liaison avec les maisons mères étrangères ?

b) Le contenu de la Notification de griefs⁴

On ne peut pas raisonner comme en procédure de non contestation de griefs, où la discussion sur les déterminants de la sanction est postérieure au procès-verbal de non-contestation dès lors que, dans le cadre de la transaction, cette discussion est antérieure au procès-verbal de non-contestation :

- Des informations sur les autres déterminants de la sanction que le nombre de griefs et la durée des pratiques seront-elles communiquées dans la Notification de griefs ?
- La Notification de griefs contiendra-t-elle les réponses des entreprises au questionnaire sur la valeur des ventes et une analyse de celle-ci par les services d'instruction ?

c) La phase post Notification de griefs en vue de la transaction

i) L'accord sur l'entrée en transaction

- Quel **délai (et quelle forme) pour signifier la volonté d'entrer ou non en transaction ?**
- Si la procédure suit son cours normal et que les entreprises disposent de 2 mois uniquement pour répondre à la Notification de griefs, **la volonté d'entrer en transaction doit être signifiée quelques semaines après la réception de la Notification de griefs**. Le délai de transaction est alors extrêmement court (2 ou 3 semaines maximum ?) si l'entreprise doit mener parallèlement la défense au fond et les discussions sur la fourchette de la sanction (cf. *infra* vi). Peut-on envisager, dans ces conditions, une **prorogation** du délai de 2 mois, et si oui, jusqu'à quand ?

ii) Le contenu de la réunion post Notification de griefs

La question se pose de savoir comment se déroulera le processus d'élaboration de la transaction et la part que les entreprises pourront prendre dans ce processus, plus précisément :

- **Plusieurs réunions** sont-elles possibles ?
- Lors de la (première) réunion post Notification de griefs, l'analyse par le rapporteur général des **critères communs** (gravité et dommage à l'économie) sera-t-elle communiquée aux parties et **sous quelle forme** ? Comment seront-ils discutés avec les parties, étant exposé qu'une analyse différenciée n'est pas possible ?

⁴

Au niveau communautaire :

- possibilité de formuler une proposition de transaction avant la Notification de griefs, ce qui permet à la Commission de tenir compte du point de vue des parties dès la rédaction de la Notification de griefs,
- les parties peuvent répondre à certains points de la Notification de griefs.

- Quelle sera la place de **l'analyse économique** dans les procédures de transaction (cf. critère légal du dommage à l'économie) ?
- Comment et quand le rapporteur général intégrera-t-il dans sa proposition des **éléments d'individualisation** (comme les circonstances atténuantes et aggravantes, l'entreprise mono-produit, capacité contributive de l'entreprise etc.) ?
- Comment s'articulent dans le temps la proposition de transaction et **la discussion sur les engagements** ?
- Quelle **méthode** sera utilisée pour calculer **la fourchette**, étant précisé que le communiqué de l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires permet, lui, de fixer un montant ? Les différentes étapes de calcul de la sanction seront-elles détaillées (avec la détermination d'un montant de base tenant compte d'une valeur des ventes et d'un pourcentage de gravité, puis celle d'un montant final après individualisation, prenant en compte notamment un éventuel pourcentage d'aggravation lié à la réitération, ou de réduction lié la non-contestation), comme c'est le cas avec ce communiqué ?
- L'entreprise pourra-t-elle alors **discuter par écrit** les éléments portés à sa connaissance et justifiant la fourchette ?
- Quelle est **l'articulation avec la procédure de clémence** ? La réduction de l'amende qui est accordée à une entreprise au titre de la transaction s'ajoutera-t-elle bien au montant de la récompense accordée au titre de la clémence ? Dans ce cas, y aura-t-il, pour les demandeurs en clémence, une décomposition du calcul ?

iii) L'accord sur la proposition de transaction

La question porte sur la **forme** et le **contenu** de l'accord. Nous comprenons qu'il y aura un procès-verbal de non-contestation de griefs comportant un accord sur la proposition de transaction et éventuellement des engagements.

- L'accord contenu dans le procès-verbal de non-contestation ne portera-t-il que sur **la proposition chiffrée** de transaction ou également sur **la motivation** de cette proposition, qui figurera dans la décision et qui ne pourra pas ne pas avoir fait l'objet d'un débat ?
- Les entreprises n'ayant pas vocation à reconnaître « *en termes clairs et sans équivoque... leur responsabilité* » comme au niveau européen, **comment les entreprises seront-elles assurées que leur accord à la transaction ne vaudra pas reconnaissance de responsabilité** ?

iv) Les interlocuteurs de la procédure de transaction autres que le rapport général/ les rapporteurs généraux adjoints

- Comment le **conseiller auditeur** sera-t-il associé à cette procédure ?
- Le rapporteur général va-t-il mobiliser **les services économiques** pour le calcul de la fourchette ?
- Quand et comment **le commissaire du gouvernement** sera-t-il intégré dans cette procédure ?

v) La confidentialité de la procédure de transaction

- Quand, comment et sous quelle forme **les déterminants communs de la sanction** à toutes les entreprises seront-ils communiqués ?

- A quel moment les autres entreprises poursuivies auront-elles connaissance **de ce qu'une ou plusieurs autres ont transigé** ?
- Quelles seront les informations communiquées dans la **décision publique** (donnant ainsi de la matière à une éventuelle action civile) ?

vi) Les délais encadrant la procédure de transaction : suffisamment longs pour permettre aux entreprises de faire un choix éclairé, et suffisamment courts pour présenter un avantage

- Le rapporteur général fixera-t-il des **délais identiques** pour l'ensemble des entreprises impliquées par une transaction ?
- Le texte prévoyant que l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction « *dans un délai fixé par le rapporteur général* », le rapporteur général fixera-t-il un délai permettant, en cas d'échec à la transaction, à l'entreprise de **pouvoir répondre à la Notification de griefs** ?

d) La phase entre le procès-verbal de non contestation de griefs, incluant l'accord sur la proposition de transaction, et la séance

- La communication au commissaire du gouvernement et aux parties, avant la séance, des procès-verbaux de non contestation de griefs, incluant l'accord sur la proposition de transaction, sera-t-elle, et dans quel délai, accompagnée d'**un document des services d'instruction récapitulatif des déterminants de la sanction**, de telle sorte qu'ils puissent faire des observations ?
- Sinon, quand et comment le commissaire du gouvernement et les entreprises pourront-ils faire valoir par écrit leurs observations ?
- Quid des **éléments nouveaux** (notamment capacité contributive) survenus entre l'accord à la proposition de transaction et la séance ? L'entreprise devrait pouvoir les invoquer, et le Collège devrait pouvoir les prendre en compte à leur juste « *valeur* », y compris si cela amène à un niveau de sanction inférieur au bas de la fourchette.

e) La décision : place du collège dans la procédure de transaction, contenu, motivation de la/les décision(s), interaction procédures indemnitaires

i) Place du Collège dans la procédure de transaction

La séance devant le Collège devra permettre à l'entreprise qui a donné son accord à la proposition de transaction, de présenter utilement ses observations afin qu'une réelle discussion ait lieu sur l'ensemble des déterminants de la sanction (gravité, dommage à l'économie, valeur des ventes, valorisation des engagements, etc.). Elle sera l'occasion aussi, au commissaire du gouvernement et aux autres parties, de présenter leurs observations. La séance dans le cadre d'une procédure de transaction ne doit pas devenir une simple procédure d'enregistrement.

- Notamment, en cas de pluralité de griefs, pourra-t-il y avoir **un débat devant le Collège sur la répartition de la sanction entre les différents griefs** ?

Des questions spécifiques se posent en cas d'**affaires hybrides** :

- Y aura-t-il, dans ces affaires, une **séance unique** pour les entreprises ayant transigé et celles qui contestent, ou bien y aura-t-il **deux séances** distinctes et décalées dans le temps ?
- Dans l'hypothèse où deux séances distinctes seraient finalement organisées, il semble qu'il serait nécessaire de prévoir qu'elles se tiennent devant deux formations différentes du Collège afin d'éviter tout risque de violation du principe d'impartialité. Une telle solution présenterait néanmoins le risque de conduire à des divergences de solution, ou, à tout le moins d'appréciation.

ii) Contenu et motivation de la décision

- L'Autorité peut-elle **clarifier les circonstances dans lesquelles le Collège pourrait être amené à « rejeter la fourchette » de sanction proposée par le rapporteur général**, et quelles en seraient les conséquences pour les entreprises ?
- Lorsque toutes les parties auront accepté de transiger, la décision du Collège sera-t-elle **plus succincte** que les décisions qu'il rendra dans les procédures dans lesquelles les entreprises contestent ?

Dans l'affirmative, la décision devra en tout état de cause répondre aux exigences de l'article L. 464-2 du Code de commerce quant à la qualification et aux déterminants de la sanction (notamment le dommage à l'économie), de telle sorte qu'un contrôle juridictionnel puisse s'exercer.

- **En cas d'affaires hybrides**, y aura-t-il **une décision unique** pour les entreprises ayant transigé et celles qui contestent, ou bien y aura-t-il **deux décisions distinctes** et décalées dans le temps ?

En cas de décisions distinctes, la décision de transaction sera-elle notifiée avant la décision concernant les entreprises qui contestent ? Il existe dans ce cas un risque, en cas de recours des entreprises qui ont transigé, que la Cour d'appel statue sur des éléments impactant l'instruction en cours pour les entreprises qui n'ont pas transigé (cf. *infra* B 2). De la même manière, il existe un risque, en cas de recours des entreprises n'ayant pas transigé, que la Cour d'appel statue sur des éléments pouvant impacter la situation des entreprises ayant transigé et qui seront forclos.

- Lorsqu'une entreprise aura **refusé une proposition de transaction**, elle devra être assurée du fait que les échanges intervenus en amont ne seront mentionnés nulle part dans le dossier ni portés à la connaissance du Collège.

iii) Interaction entre la transaction et les procédures indemnitaires

- En cas d'affaire où toutes les parties ont décidé de transiger, il est nécessaire que la décision du Collège contienne des développements sur **l'analyse du dommage à l'économie**, qui est un critère légal.

2. Le recours

Le but affiché de l'introduction de la procédure de transaction par la loi Macron est de faire bénéficier les entreprises de plus de prévisibilité afin de réduire drastiquement sinon de supprimer les causes des recours du fait de l'acceptation du montant de la sanction, ou plus précisément de la fourchette dans laquelle elle devrait se situer.

Dans une décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, le Rapporteur général s'est écarté du communiqué relatif à la non-contestation des griefs et, en s'inspirant de la nouvelle procédure de transaction, a proposé un montant maximal de la sanction encourue (350 millions d'euros). Cette application par anticipation de la procédure de transaction pourrait soulever des questions quant à la possibilité pour les entreprises ayant accepté la transaction de former un recours. En effet, le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence laisse entendre qu'Orange se serait engagée à ne pas former de recours devant la Cour d'appel en échange du bénéfice de la procédure de transaction :

*« Orange a choisi de coopérer avec l'Autorité de la concurrence : elle ne conteste pas les pratiques ni leur caractère anticoncurrentiel, **ni enfin l'issue donnée à l'affaire, qu'il s'agisse de la sanction pécuniaire ou des injonctions destinées à rétablir immédiatement un fonctionnement concurrentiel du marché** ».*

Pour autant, l'APDC considère que **rien n'interdit aux entreprises ayant signé une transaction avec le rapporteur général de former un recours, même s'il devrait rester exceptionnel, à l'encontre de la décision de l'Autorité.**

Notre interprétation repose sur différents éléments :

- **L'article L. 464-8 du Code de commerce.** La loi Macron n'a apporté aucune modification à l'article L.464-8 du Code de commerce qui prévoit un droit au recours à l'encontre des décisions prises par l'Autorité, sans distinguer si ces dernières ont fait l'objet d'une procédure de transaction ou non. Il serait donc illégal de remettre en cause le droit au recours contre une décision prise dans le cadre d'une procédure de transaction.
- **Un dispositif différent de la transaction civile.** La transaction telle que prévue par l'article L.464-2, III du code de commerce ne s'apparente en aucun cas à la transaction telle que prévue à l'article 2044 du code civil. Il ne s'agit donc pas d'un accord qui met fin à un différend, dans le cadre duquel l'entreprise concernée renoncerait à toute possibilité future de recours.
- **La cohérence avec le droit de l'UE.** Exclure un recours devant l'Autorité alors qu'il est expressément prévu au niveau européen par la Commission européenne dans sa Communication relative aux procédures de transaction serait contradictoire étant donné l'objectif d'harmonisation avec le mécanisme transactionnel déjà existant devant la Commission.

- **La conformité au regard de l'article 6 de la CEDH.** En effet, l'Autorité de la concurrence ne se voit dotée d'un pouvoir de sanction qu'à la condition que ses décisions soient soumises à un contrôle devant une juridiction de plein exercice indépendante et impartiale⁵. A cet égard, la Cour d'appel de Paris reconnaît expressément le droit des parties de « *contester l'insuffisance d'indulgence de l'Autorité* »⁶.
- **L'existence d'un intérêt à agir.** Si le fait que l'entreprise ait accepté la transaction proposée par le rapporteur général, et surtout le montant maximal de la sanction pécuniaire, diminue sensiblement les causes de recours, il ne la prive pas pour autant de son intérêt à agir dans le cadre d'un recours à l'encontre de la décision de l'Autorité. A titre d'illustration, deux hypothèses peuvent être envisagées :
 - Tout d'abord, lorsque plusieurs entreprises sont en cause, et que chacune d'entre elles signe un accord de transaction avec les services d'instruction, la question peut se poser de l'égalité de traitement dans la détermination de la méthode de calcul de la valeur des ventes retenues pour fixer la fourchette de sanction. En effet, si comme nous le comprenons, les discussions avec les services d'instruction sur le montant de la sanction sont bilatérales, chaque entreprise en cause n'a pas connaissance du traitement accordé aux autres entreprises poursuivies. C'est seulement lorsque la décision sera rendue que chacune d'entre elles sera en mesure d'identifier un éventuel traitement discriminatoire⁷. Dans ces conditions, il apparaît légitime qu'une entreprise s'estimant lésée par rapport aux autres entreprises concernées puisse former un recours contre la décision en cause.
 - Ensuite, les entreprises concernées font face de plus en plus souvent à des actions en dommages-intérêts dites de suivi. Dans ce cadre, la décision de l'Autorité, dans son dispositif comme dans sa motivation, a une valeur probante importante. Dès lors, les entreprises, qui ont accepté la mise en œuvre d'une procédure de transaction sans connaître la teneur de la décision qui sera *in fine* adoptée, ont un intérêt particulier à conserver le droit de faire reconnaître que cette dernière contient des inexactitudes juridiques ou factuelles, qui pourraient lui porter préjudice dans le cadre d'une action en dommages-intérêts.

B. Le cas des entreprises qui contestent les griefs ou qui n'acceptent pas la transaction

Les entreprises peuvent ne pas vouloir entrer en transaction et vouloir contester les griefs, ou, bien que cela ne soit pas l'objectif poursuivi, ni par l'Autorité, ni par les entreprises mises en cause, il peut arriver que la transaction échoue⁸.

⁵ CEDH, 27 septembre 2011, Menarini SRL c/ Italie, req. N° 43509/08.

⁶ CA Paris, 19 janvier 2010, AMD Sud Ouest et autres, RG n° 2009/334.

⁷ A titre d'illustration, voir le recours introduit le 14 février 2014 dans l'affaire des produits dérivés de taux d'intérêt en euros et en yens par la Société Générale, aff. T-98-14, actuellement pendante (JO n° C. 142 du 12 mai 2014, p. 36).

⁸ L'article L. 464-2, III du Code de commerce prévoit en effet désormais que : « *Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction [...]. [...] Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans*

Ainsi, trois situations doivent être distinguées :

- tout d'abord, comme devant la Commission, les services d'instruction de l'Autorité peuvent refuser d'ouvrir la procédure de transaction, et l'entreprise, qui n'est pas contrainte d'accepter la proposition, peut refuser de donner son accord ;
- ensuite, même si l'entreprise accepte la proposition de transaction, le Collège de l'Autorité peut rejeter la fourchette de sanction proposée par le rapporteur général ;
- en outre, l'Autorité sera très vraisemblablement confrontée, comme ce fut le cas dans le passé avec la procédure de non-contestation des griefs, à des situations où seules quelques entreprises acceptent de transiger, les autres décidant de contester les griefs et de suivre la procédure ordinaire⁹.

Le sort des entreprises qui ne transigent pas, quelle qu'en soit la raison, soulève aujourd'hui un certain nombre d'interrogations, notamment à la lumière de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de non-contestation des griefs, ainsi que de l'expérience européenne en matière de transaction (« *settlement procedure* »).

1. La question de la disjonction des affaires en cas de procédure hybride

Contrairement à la situation qui prévalait sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, l'Autorité adoptera, dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction, plusieurs décisions en cas d'**affaires hybrides** :

- l'une ou plusieurs à l'encontre des entreprises qui ont transigé, dès que la proposition de transaction aura été acceptée par l'entreprise et transmise au Collège de l'Autorité ;
- une ou des autres à l'encontre de celles qui ont suivi la procédure ordinaire.

Dans ce contexte, l'APDC s'interroge sur la manière dont l'Autorité entend traiter les affaires hybrides :

- L'Autorité envisage-t-elle de **disjoindre** les affaires, comme le permet l'article R.463-3 du Code de commerce, **ou de suivre une seule et même procédure** à l'encontre de l'ensemble des entreprises, comme c'était généralement le cas dans le cadre de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs¹⁰ ?

établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction. »

⁹ Pour ne citer que quelques exemples : Décision n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire ; Décision n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats ; Décision n° 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier ; Décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; Décision n° 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France ; et Décision n°15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

¹⁰ La possibilité de disjoindre les affaires dans le cas de procédures hybrides a été utilisée deux fois par l'ancien Conseil de la concurrence, dans les décisions n°07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension, et n°07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge. Dans chacune de ces deux affaires, le cas de la seule entreprise ayant contesté les griefs a été disjoint par décision du rapporteur général. Dans les deux cas, le ministre de l'économie, saisissant, s'est finalement désisté, entraînant un classement de l'affaire au stade de l'instruction et l'absence de sanction pour les entreprises ayant contesté les griefs.

- Au cas où l'Autorité serait favorable à une disjonction des affaires, cette disjonction se traduira-t-elle, en pratique, par **un traitement véritablement séparé des affaires**, c'est-à-dire par deux équipes différentes de rapporteurs et deux formations différentes du Collège de l'Autorité, afin de garantir pleinement le respect des droits de la défense ?

Quelle que soit la solution retenue par l'Autorité sur la question de la disjonction, celle-ci soulève des interrogations supplémentaires de l'APDC.

a) En cas d'absence de disjonction

En cas d'absence de disjonction, l'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur les problématiques de respect des droits de la défense.

Tout d'abord, il appartiendra à l'Autorité de préciser l'impact de la transaction par certaines entreprises sur l'exercice de leurs droits de la défense par les entreprises qui suivent la procédure ordinaire :

- L'Autorité a-t-elle l'intention de transposer la **jurisprudence Manpower**, reprise dans son communiqué sur la non-contestation des griefs, dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction ? En d'autres termes, l'Autorité considèrera-t-elle que la matérialité des faits et la qualification des pratiques retenues dans la décision de transaction seront également établies à l'égard des entreprises ayant décidé de ne pas transiger, de sorte qu'elles ne pourront contester que leur participation à l'infraction ?

Par ailleurs, dans la mesure où l'Autorité envisage d'adopter plusieurs décisions successives, selon que les entreprises transigent ou non, il existe un risque, en l'absence de disjonction, que **sa décision de transaction comporte des éléments qui mettent en cause les entreprises n'ayant pas transigé**.

Cette question est d'ailleurs d'actualité devant la Commission, qui fait face à la violation des droits fondamentaux des entreprises qui n'ont pas transigé dans l'affaire du cartel des banques dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêts (« Euribor »). Il s'agit en effet de la première affaire hybride où la Commission a adopté la décision de transaction avant que les entreprises qui n'ont pas transigé aient pu se défendre dans le cadre de la procédure ordinaire. Or, la décision de transaction comportant des affirmations les mettant directement en cause, ces dernières considèrent que leur participation à l'infraction est déjà considérée comme établie par la décision de transaction.

- Dans une telle situation, comment l'Autorité entend-elle garantir **le droit à la présomption d'innocence** et respecter **le principe d'impartialité** qui s'impose à elle ?
- Quelle utilisation sera faite des **informations obtenues dans le cadre de la procédure de transaction** à l'encontre des entreprises n'ayant pas transigé ?

b) En cas de disjonction

En cas de disjonction, l'APDC s'interroge sur le risque de décisions contradictoires, d'une part, et sur les modalités d'accès au dossier, d'autre part.

En premier lieu, sur le risque de décisions contradictoires : dès lors que l'Autorité disjoint les affaires et adopte des décisions séparées, il ne peut être exclu que des contradictions apparaissent, par exemple si l'Autorité abandonnait un grief dans une procédure et pas dans l'autre, ou si elle constatait une infraction par objet dans l'une et considérait comme nécessaire une démonstration des effets anticoncurrentiels dans l'autre. En pratique, la décision prononcée à l'encontre des entreprises n'ayant pas transigé pourrait "*in fine*" être plus favorable que celle prononcée à l'encontre des entreprises qui ont transigé.

- Dans de telles circonstances, quel impact pourrait avoir la solution retenue à l'encontre des entreprises qui n'ont pas transigé sur la décision adoptée à l'encontre des entreprises qui ont transigé ?

En second lieu, sur la question de l'accès au dossier : l'accès au dossier participe de l'exercice des droits de la défense par les entreprises mises en cause, droit dont elles ne sauraient être privées ; or la disjonction d'affaires pourrait avoir pour conséquence d'isoler, sur le plan procédural, les entreprises qui contestent les griefs, de celles qui ne les ont pas contestés.

- Comment l'Autorité entend-elle traiter la question de l'accès au dossier des entreprises qui n'ont pas contesté les griefs de la part de celles qui ont choisi la voie de la procédure ordinaire, et inversement ?

2. La procédure décalée, une source de difficultés pour les entreprises ?

La mise en place d'une procédure en deux temps (« *procédure décalée* ») emporte des conséquences, notamment sur le plan procédural.

Tout d'abord, dès lors que la procédure est toujours en cours à l'égard des entreprises qui n'ont pas transigé, **il existe un risque, en cas de recours par les entreprises qui ont transigé, que la Cour d'appel de Paris statue sur des éléments pouvant impacter la situation des entreprises n'ayant pas transigé** :

- Dans de telles circonstances, comment l'Autorité entend-elle garantir en pratique le droit à un recours effectif pour les entreprises qui n'ont pas transigé, particulièrement dans l'hypothèse où les affaires n'auraient pas été disjointes ?
- Dans de telles circonstances, l'Autorité pourrait-elle envisager de **repousser la notification formelle** de la décision à l'égard des entreprises qui ont transigé, en attendant d'avoir adopté sa décision concernant les entreprises qui n'ont pas transigé, afin que les délais de recours pour l'ensemble des entreprises commencent à courir en même temps ?

Par ailleurs, la « *procédure décalée* » pourrait complexifier à plusieurs égards **les actions en dommages et intérêts** des victimes de pratiques anticoncurrentielles, alors que celles-ci constituent un outil essentiel pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. En particulier, se posent les questions suivantes :

- Sur l'évaluation du préjudice : en cas d'**assignations multiples**, ce qui devrait être le cas dès lors que plusieurs décisions seront adoptées par l'Autorité, quel sera l'impact, pour le demandeur, en termes d'évaluation de son préjudice ? Celui-ci devra-t-il être calculé individuellement, c'est-à-dire par défendeur (problème de la solidarité) ?

- Sur la prescription : dès lors qu'une décision de transaction mettrait en cause une entreprise qui a décidé de contester les griefs (sans pour autant établir formellement sa participation à l'infraction), **quel sera le point de départ du délai de prescription** pour les actions en dommages et intérêts à l'encontre de cette entreprise?
- Commencera-t-il à courir dès l'adoption de la décision de transaction ou après qu'une décision de sanction ait été adoptée à son encontre ?
- Dans le premier cas, quelles seraient les conséquences en matière de preuve de l'infraction pour le demandeur à l'action ?

3. Les conséquences d'un échec de la transaction

Si la loi prévoit la possibilité d'un échec de la transaction, elle n'en prévoit en revanche pas les conséquences, faisant ainsi naître des craintes légitimes pour les entreprises, placées en situation d'insécurité juridique.

- Sur l'utilisation des éléments obtenus par l'Autorité pendant la phase exploratoire de la transaction : quelle utilisation sera faite par l'Autorité des éléments éventuellement communiqués et/ou discutés par les entreprises dans le cadre de la procédure de transaction ? Le principe prévalant en droit européen, c'est-à-dire **la non-prise en compte de ces éléments dans la procédure ordinaire**, sera-t-il repris par l'Autorité ?
- Sur les délais pour répondre à la Notification de griefs :
- Quels délais seront laissés à l'entreprise qui refuserait la proposition du rapporteur pour répondre à la Notification de griefs, après avoir « rejoint » la procédure ordinaire (cf. *supra* c vi) ?
- Sur la prise en compte de la coopération de l'entreprise en dehors de la transaction : le texte ne prévoyant plus de non-contestation « sèche », l'Autorité tiendra-t-elle compte, au moment de la détermination de la sanction, d'une éventuelle coopération de l'entreprise (sous la forme d'une non-contestation des griefs ou de la mise en place d'un programme de conformité) ?

II. OBSERVATIONS DE L'APDC SUR L'APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA NOUVELLE PROCEDURE DE TRANSACTION (ARTICLE 218 II DE LA LOI MACRON)

L'article 218 II de la loi Macron dispose que le nouvel article L. 464-2 III du Code de commerce (tel que modifié par l'article 218 I de la loi), substituant une procédure de transaction à l'ancienne procédure de non-contestation de griefs, « *est applicable aux procédures pour lesquelles les griefs ont été notifiés, en application de l'article L. 463-2 du code de commerce, après la publication de la présente loi* ».

Le nouvel article L. 464-2 III du Code de commerce ne contient plus la mention de ce que « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* » en cas de non-contestation de griefs.

Le nouveau texte conduit donc à appliquer pour les entreprises en transaction un plafond de 10% de leur chiffre d'affaires mondial hors taxes, alors que, précédemment, les entreprises ayant opté pour la voie de la non-contestation de griefs se voyaient appliquer un plafond de 5% de leur chiffre d'affaires. A leur égard, le nouveau texte serait donc plus sévère.

Or, une telle application dans le temps de dispositions répressives plus sévères est contraire :

- à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel :

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

- à l'article 7 § 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, aux termes duquel :

« (...) il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

Le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'entend nécessairement de toute sanction ayant le caractère d'une punition, même celle prononcée par une autorité de nature non juridictionnelle (Cons. Const., déc. n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, loi de finances rectificative pour 1982), en ce compris celle prononcée par l'Autorité de la concurrence (Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009/00334).

La jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence (Cass. Com., 14 mars 2006, Privileg, n° 05-13048) et celle du Conseil d'Etat en ce qui concerne d'autres autorités administratives dotées d'un pouvoir punitif (par ex., CE, 27 mai 2009, n° 307957, SNC St Honoré ; CE Ass., 16 février 2009, Atom, n° 274000) s'attachent, au visa de l'article 8 de la Déclaration de 1789, exclusivement à la date des faits répréhensibles pour déterminer l'application de la loi répressive la plus sévère.

Il va de soi, en effet, que la loi nouvelle plus sévère ne peut s'appliquer qu'aux agissements postérieurs à son entrée en vigueur.

La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré qu'au regard des « principes directeurs du droit répressif » toutes les saisines postérieures à la loi répressive la plus sévère ne peuvent pas donner lieu à l'application des nouvelles sanctions plus sévères : lesdites sanctions ne peuvent s'appliquer qu'aux faits commis après la loi nouvelle plus sévère (Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009/00334).

C'est la position du Conseil, devenu Autorité de la concurrence, qui a considéré que :

- même si « les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 (aggravant le plafond de la sanction susceptible d'être infligée par le Conseil, figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce) prévoient que ses dispositions sur les sanctions ne sont applicables qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi » et si « ce libellé pourrait conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dès lors que le Conseil aurait été saisi après »,
- il convenait « compte tenu du caractère quasi-pénal des sanctions qu(e le Conseil) inflige, (...d') appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond

des sanctions ne sera appliqué qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, de sorte que le Conseil a encore appliqué au cours de l'année 2003 les anciennes dispositions (03-D-01, 03-D-07, 03-D-09, 03-D-10, 03-D-12, 03-D-15, 03-D-17, 03-D-29, 03-D-35, 03-D-36, 03-D-40, 03-D-43, 03-D-45, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-54, 03-D-55, 03-D-61, 03-D-68) » (Rapport du Conseil de la concurrence pour 2003, p. 287).

Le Conseil a adopté cette position dès le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dans une décision n° 01-D-31 du 5 juin 2001, dans laquelle il a exposé que *« considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-4 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables »*.

Ce principe a ensuite été 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). L'Autorité de la concurrence a elle-même expressément soutenu cette position dès sa création, rappelant que *« le Conseil [avait] estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère »* (Rapports de l'Autorité de la concurrence pour 2009 p.238, 2010 p. 266).

Il en va exactement de même s'agissant des notifications de griefs postérieures à la loi répressive la plus sévère : elles ne peuvent donner lieu à l'application des peines les plus sévères que s'agissant des faits postérieurs à ladite loi. En effet, les entreprises doivent connaître au moment de la commission de l'infraction, et non après, les peines encourues.

L'article 218 I de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 contenant à la fois des dispositions processuelles (la nouvelle procédure de transaction) et substantielles (la suppression de l'abaissement du plafond de 10% à 5% du chiffre d'affaires mondial en cas de non contestation de griefs), **seules les dispositions processuelles peuvent s'appliquer aux faits antérieurs à la loi, à l'exclusion des dispositions substantielles en ce qu'elles instituent une peine plus sévère.**

L'APDC considère donc qu'**en application du principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère, tel qu'appliqué par le Conseil devenu Autorité de la concurrence, l'Autorité ne saurait donc, 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% mais devrait appliquer l'ancien plafond de 5% qui était applicable en cas de non-contestation de griefs.**

*

*

*