



Madame Isabelle de Silva
Présidente
Autorité de la concurrence
11, rue de l'Echelle
75001 Paris

Paris le 10 septembre 2018

Ref : Commentaires sur les projets de réformes du droit de la concurrence

Madame la Présidente,

Nous faisons suite à notre réunion du 29 juin 2018 et à votre courrier du 13 juillet 2018.

Vous avez bien voulu nous tenir informés des différentes réformes qui étaient envisagées concernant la conduite des procédures antitrust devant l'Autorité, tant dans le cadre de la transposition de la Directive ECN+ qu'en parallèle de celle-ci et avez souhaité connaître les positions et suggestions de l'APDC en la matière.

Nous vous remercions de cette volonté renouvelée de concertation avec notre association sur des sujets qui sont, en effet, au cœur de la mission qu'elle s'est fixée.

Vous trouverez ci-dessous les commentaires de l'APDC sur ces différents sujets, qui sont le fruit des échanges intervenus entre les 24 membres de son conseil d'administration au cours de l'été.

Ces réformes pourraient, en particulier, être l'occasion de préciser les rôles dévolus à chacun des organes de l'Autorité.

Certaines dispositions envisagées mettant, en effet, en lumière le rôle croissant du Rapporteur Général, déjà récemment renforcé par le dispositif de transaction, l'APDC est préoccupée tant par l'absence de répartition claire de son rôle avec celui du Collège que par l'absence de contrôle de ses décisions. Il semble, dans ces conditions, indispensable de rappeler clairement la répartition des rôles entre cet organe, chargé de la poursuite et de l'instruction, et le Collège, organe décisionnaire amené à se prononcer sur le bien-fondé des pratiques et à fixer les sanctions, et de s'assurer de l'existence d'un contrôle effectif de ses décisions.

Par ailleurs, ces réformes pourraient constituer l'opportunité de revoir le rôle du conseiller auditeur, 10 ans après sa mise en place, afin de lui faire jouer un rôle plus effectif dans les relations entre les parties et les services d'instruction, à l'instar de celui joué par son homologue à la Commission européenne, y compris avant l'envoi d'une notification de griefs.

Nous sommes bien évidemment à votre disposition et celle de vos services pour continuer d'échanger sur ces projets de réforme.

I Remarques liminaires

1.1 Sur le recours à une loi d'habilitation :

1. Nous comprenons que les projets de réforme dont vous nous avez fait part seront présentés dans le cadre du projet de loi relatif au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (le projet de loi "PACTE") qui devrait être examiné par le Parlement à l'automne.

Vous nous avez confirmé que s'agissant des axes de réforme relatifs à la procédure devant l'Autorité, il sera procédé par la voie d'une loi d'habilitation autorisant le gouvernement à légiférer par ordonnance.

2. L'APDC considère que plusieurs des réformes envisagées revêtent en effet un caractère technique ne méritant pas nécessairement un débat parlementaire et pouvant justifier une adoption par voie d'ordonnance.

Certains aspects de ces réformes soulèvent tout de même des questions de fond auxquelles il faudra veiller lors de l'élaboration des projets d'ordonnance. Nous pensons particulièrement (i) aux conditions et modalités du prononcé d'injonctions structurelles, (ii) à la question de la motivation et de la voie de recours contre une décision de rejet d'une saisine pour défaut de priorité, ou encore (iii) aux garanties à offrir aux entreprises du fait de la suppression de l'avis de clémence.

3. En revanche, l'APDC est d'avis qu'un débat parlementaire serait préférable s'agissant du projet d'élargissement du recours à la procédure simplifiée (suppression du rapport). Ce projet touche directement au déroulement du contradictoire devant l'Autorité et revient à confier à celui qui est en charge des poursuites (le Rapporteur général) le pouvoir d'en décider du périmètre et des modalités.

Cela nécessite, selon l'APDC, un débat approfondi sur les conséquences de ce changement et son encadrement, sans compter d'autres questions telles que le moment où le recours à la procédure simplifiée est décidé (avant ou après les observations sur la Notification de griefs), les critères pour une telle décision et les éventuelles possibilités de recours, le maintien d'une réduction du plafond de l'amende et lequel, les conséquences sur le déroulement de la séance, etc.

4. Quoiqu'il en soit, si le gouvernement devait maintenir son souhait de procéder par voie d'ordonnance également sur ce sujet, l'APDC souhaiterait qu'une concertation intervienne très en amont avec les services du Ministre et l'Autorité sur le projet d'ordonnance, comme cela avait été fait avec la Chancellerie lors de l'adoption de l'ordonnance transposant la directive "dommages".

1.2 Sur l'état d'adoption de la directive ECN+ :

5. S'agissant des projets de réformes visant à une transposition de la directive ECN+, l'APDC note que celle-ci est encore à l'état de projet, même si un accord politique existe entre le Conseil et le Parlement européen.

Les présentes observations sont donc sans préjudice de la version finale du projet de directive qui devrait être examiné au Parlement européen au mois de novembre prochain.

1.3 La nécessité de dispositions transitoires :

6. Pour l'APDC, plusieurs des réformes envisagées nécessitent l'adoption de mesures transitoires d'application de la loi dans le temps.

Nous pensons en particulier à la possibilité pour l'Autorité de prononcer des injonctions structurelles dans le cadre de procédures contentieuses, à la modification du plafond des sanctions applicables aux "organismes", ou encore à la modification des modalités de recours à la procédure simplifiée.

Pour ces cas, il nous semble que les nouvelles dispositions ne devraient pas pouvoir s'appliquer aux faits antérieurs au jour de leur entrée en vigueur.

II En ce qui concerne les mesures de transposition de la directive ECN +

2.1 L'opportunité des poursuites

7. La réforme envisagée vise à permettre à l'Autorité de rejeter des saisines *"sans intérêt ou ne correspondant pas aux priorités de l'institution"*.

Cette possibilité donnée aux autorités nationales de concurrence figure à l'article 4-2 e) de la proposition de directive ECN+ : *« Les États membres veillent en particulier à ce que : (...) les autorités nationales de concurrence administratives aient le pouvoir de fixer leurs priorités afin de s'acquitter des fonctions nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du TFUE (...). Dans la mesure où les autorités nationales de concurrence administratives sont tenues d'examiner les plaintes officiellement déposées, cela inclut le pouvoir pour ces autorités de rejeter de telles plaintes au motif qu'elles ne les considèrent pas comme une priorité. Cette disposition est sans préjudice du pouvoir des autorités nationales de concurrence de rejeter des plaintes pour d'autres motifs définis par le droit national ».*

8. L'APDC considère comme utile la possibilité pour l'Autorité de refuser d'instruire certaines saisines dans la mesure où cela devrait effectivement lui permettre d'optimiser les ressources et moyens dont elle dispose en les allouant aux sujets les plus prioritaires en fonction de la politique de concurrence qu'elle entend mener et de la gravité des faits dénoncés.

Elle soulève néanmoins plusieurs questions qui devraient conduire à prévoir certaines garanties pour les entreprises saisissantes.

9. Ce pouvoir d'opportunité des poursuites risque de placer certains opérateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles dans une situation plus lourde et compliquée pour faire valoir leurs droits.

Leur saisine de l'Autorité pourrait être rejetée, alors même que des problèmes de concurrence éventuels existent. Quant aux autres forums, la Commission européenne dispose déjà du pouvoir d'opportunité des poursuites et, devant la DGCCRF, les critères délimitant sa compétence ne seront pas nécessairement remplis.

Il ne reste donc que les juridictions judiciaires ou administratives sur la base d'une action "*stand alone*" dont on sait qu'elle emporte une charge de la preuve qui n'est pas aisée à établir pour une partie privée ne disposant pas des mêmes moyens d'investigation qu'une autorité de concurrence.

Pour l'APDC, cela milite en faveur d'une certaine mesure dans l'application de cette faculté, tout comme d'une visibilité donnée aux acteurs économiques sur les priorités que l'Autorité se fixe.

10. A l'instar de la Commission européenne qui fonde ses décisions de rejet de plainte sur le défaut d'intérêt communautaire et qui généralement accompagne sa décision d'un examen *prima facie* des pratiques, il est essentiel que les décisions de l'Autorité refusant d'instruire une saisine soient assorties d'un examen *prima facie* des faits litigieux dénoncés et d'une motivation dont les critères de rejet devront être précisés.
11. A la lecture de l'article 4-2 e) de la proposition de directive ECN+, le préalable permettant à une autorité de concurrence de rejeter une plainte en raison de son caractère non prioritaire est que celle-ci ait elle-même fixé ses priorités (« *les États membres veillent en particulier à ce que : (...) les autorités nationales de concurrence administratives aient le pouvoir de fixer leurs priorités afin de s'acquitter des fonctions nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du TFUE (...)* »).

Cela suppose donc la détermination et la publication par l'Autorité de ses priorités avec un rythme qui pourrait être annuel.

12. Par ailleurs, la détermination des priorités de l'Autorité relevant nécessairement du Collège, l'APDC considère que la décision de rejet d'une saisine devrait être prise par celui-ci sur rapport écrit du Rapporteur général, mais non pas par le Rapporteur général.

Cela permettrait aussi de préserver autant que possible la séparation existante entre les services d'instruction et la formation amenée à se prononcer sur le bien-fondé des pratiques. Cela permettrait en outre de respecter le principe du contradictoire, comme le fait la Commission européenne, en offrant à l'auteur de la saisine l'opportunité de présenter des observations écrites sur le rapport du Rapporteur général.

13. Enfin, les nouvelles dispositions sur ce sujet devront prévoir une voie de recours possible à l'encontre de la décision de rejet et de sa motivation, comme c'est le cas au niveau européen.

Dans la mesure où la décision de rejet devrait être prise par le Collège, ce recours devrait être formé devant la Cour d'appel de Paris.

2.2 L'alignement du plafond des sanctions des « organismes » sur celui des entreprises

14. L'APDC attire l'attention de l'Autorité sur une incertitude juridique forte créée par la modification du plafond de la sanction pour les associations d'entreprises prévue par l'article 14-2 du projet de directive ECN+. Si, en effet, celui-ci est calculé sur la base de la somme du chiffre d'affaires des adhérents, dans la mesure où la sanction infligée à une association d'entreprises est en pratique réglée par ses adhérents à travers des appels de cotisation, cela pourrait aboutir à doubler le plafond légal de la sanction pouvant être infligée aux entreprises qui participent à une entente par l'intermédiaire d'une association à laquelle ils adhèrent alors même que celle-ci n'a pas de volonté distincte de celles de ses adhérents. Il est donc essentiel que les dispositions de transposition

précisent que la somme de la sanction infligée à une entreprise et de sa quote-part de la sanction infligée à l'association compte tenu des règles de calcul des cotisations de l'association et de la nouvelle règle de solidarité créée par l'article 13-2 du projet de directive ne pourra en aucun cas excéder le plafond individuel de l'entreprise en question.

15. Il conviendra en outre de prévoir que les nouvelles dispositions plus sévères (nouveau plafond issu de l'article 14-2 et solidarité entre l'association et ses adhérents représentés dans ses organes de direction issue de l'article 13-2 du projet de directive ECN+) ne s'appliqueront pas aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de transposition.

2.3 La possibilité pour l'Autorité de prononcer des injonctions structurelles dans le cadre de procédures contentieuses concernant des pratiques anticoncurrentielles

16. Comme indiqué dans votre courrier du 13 juillet dernier, « *les remèdes structurels pourraient être prononcés lorsque cela est nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction commise, ce qui est un gage de proportionnalité. En outre, le texte de la directive ECN+ prévoit qu'entre deux mesures égales, l'Autorité devra choisir la mesure la moins lourde pour les entreprises* ».

C'est en effet l'objet de l'article 9 de la proposition de directive ECN+ qui vise à permettre aux autorités nationales de concurrence, au-delà d'ordonner la cessation de l'infraction, "*d'imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction*".

L'APDC considère que la question de la transposition de cette disposition du projet de directive nécessite d'abord de s'interroger sur le point de savoir si les dispositions législatives françaises ne permettent pas déjà l'adoption de ce type de mesures.

17. En matière de procédure contentieuse antitrust, l'APDC est d'avis que l'Autorité dispose déjà d'un tel pouvoir en application de l'article L.464-2 I du code de commerce qui dispose qu'elle peut "*ordonner de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles (...) ou imposer des conditions particulières*".

L'Autorité dispose également, cette fois de façon claire, d'un pouvoir d'injonction structurelle dans un domaine qui est à la frontière entre le contrôle des concentrations et celui des abus de domination, par application de l'article L.430-9 du code de commerce.

18. Si dans le cadre de la transposition de la directive ECN+, il est envisagé de compléter les textes existants, l'APDC considère que le texte de transposition devra s'efforcer de distinguer le périmètre d'application d'éventuelles injonctions structurelles prononcées en application de l'article L.430-9 du code de commerce et celui des injonctions structurelles éventuellement prononcées dans des cas de procédures contentieuses antitrust sans lien avec une opération de concentration préalable.

En effet, les cas d'injonction structurelle visés par l'article L.430-9 du code de commerce ne visent que des situations de pratiques abusives qui ont été permis par une opération de concentration.

Dit autrement et s'agissant des cas de pratiques d'abus, il est important de veiller à ce que les nouvelles dispositions en matière d'injonctions structurelles ne permettent pas l'instauration d'un contrôle des concentrations *ex post*.

19. L'APDC comprend d'ailleurs que le pouvoir d'injonction structurelle qu'il s'agirait d'insérer dans les textes français pourrait concerner des cas d'abus d'une position dominante alors même que celle-ci aurait été acquise par les mérites et non par la voie d'une concentration économique.

On peut ici rappeler que la décision 2015-715 DC du 5 août 2015 par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé inconstitutionnel l'article 39 2° de la loi « Macron » (Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) en ce que, notamment, « *les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté* ».

20. L'APDC attire donc l'attention de l'Autorité sur le fait que la possibilité d'ordonner une injonction structurelle pour « *faire cesser effectivement l'infraction commise* » ne doit pas conduire, en fait, à une confusion entre ce qu'est la commission d'une pratique abusive et la détention d'une position dominante, au risque que cette dernière devienne illicite, ce qui bouleverserait totalement les fondamentaux du droit de la concurrence.

En d'autres termes, le pouvoir d'injonction de l'Autorité ne doit pas devenir un instrument lui permettant d'affaiblir la position dominante d'une entreprise sur son marché alors qu'une telle position ne reposerait que sur ses mérites propres et serait détachée de tout abus.

21. L'APDC considère que dans le cadre d'une possible modification des textes actuels en la matière, il pourrait être utile de s'inspirer des dispositions de l'article L.752-26 al. 2 du code de commerce qui limite le prononcé de telles mesures structurelles aux cas où la répression de l'abus n'a pas été suffisante.

Cette disposition prévoit dans le cas d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, la possibilité pour l'Autorité d'adopter des mesures structurelles lorsque que l'abus perdure après la condamnation : « *Si les injonctions prononcées et les sanctions pécuniaires appliquées n'ont pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante ou à l'état de dépendance économique, l'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder à la cession d'actifs, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée* ».

22. L'APDC considère que, conformément à la directive ECN+, ce pouvoir d'injonction structurelle ne peut être utilisé que lorsque la mesure est nécessaire et qu'entre deux mesures possibles l'Autorité doit choisir la moins lourde. Il est dès lors indispensable que des mesures de ce type ne soient prononcées qu'au terme d'une décision extrêmement motivée en expliquant notamment en quoi la cessation des pratiques et l'éventuelle sanction financière ne seraient pas suffisantes.
23. De surcroît, de telles mesures ne devraient pouvoir être prononcées que dans des cas exceptionnels et, en tout état de cause, uniquement après que l'entreprise concernée ait été mise

pleinement en mesure de faire valoir ses observations, à savoir après l'établissement d'un rapport exposant clairement pour quelles raisons l'injonction structurelle envisagée est absolument nécessaire et constitue l'alternative la moins lourde.

24. L'APDC considère également qu'en raison de l'impact et du caractère le plus souvent irréversible de mesures d'injonctions structurelles, les décisions prononçant de telles mesures devraient pouvoir faire l'objet d'un recours suspensif (limité à la mise en œuvre des seules injonctions).
25. Enfin, comme indiqué dans les propos liminaires qui précèdent, l'introduction en droit français de nouvelles dispositions en la matière devraient être nécessairement accompagnées de dispositions transitoires d'application de la loi dans le temps afin qu'elles ne s'appliquent pas à des faits en pratiques antérieures à leur entrée en vigueur.

2.4 La possibilité pour l'Autorité de se saisir d'office afin d'imposer des mesures conservatoires

26. Comme indiqué dans votre courrier du 13 juillet dernier, « *cette disposition pourra permettre à l'Autorité d'intervenir plus rapidement, en particulier dans des secteurs où les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle peuvent être extrêmement dommageables et rapides, tel que le secteur numérique* ».

L'APDC reconnaît que l'adoption de mesures conservatoires par voie de saisine d'office peut s'avérer nécessaire notamment sur certains marchés nouveaux qui connaissent un développement très rapide.

27. Néanmoins, cette possibilité nouvelle de saisine d'office, dans le cadre d'une procédure accélérée, suscite plusieurs questions d'importance quant au respect des droits des parties.
28. L'APDC relève tout d'abord que si cette possibilité est prévue à l'article 10 de la proposition de directive ECN +, elle concerne des situations dans lesquelles « *un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence* ». Ce test n'est pas exactement le même que celui contenu à l'article L.464-1 du code de commerce (« *atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* ») et semble bien plus exigeant du fait de la nécessité de démontrer l'existence d'un préjudice "irréparable".
29. L'APDC considère comme essentiel que dans l'hypothèse où l'Autorité (c'est-à-dire le Rapporteur général) pourrait se saisir d'une demande de mesures conservatoires, les services d'instruction devraient alors indiquer dans un acte de procédure motivé les raisons qui les ont conduits à proposer de telles mesures conservatoires.
30. Cet acte de procédure devrait être l'équivalent de la demande de mesures conservatoires aujourd'hui formulée par un saisissant en sus de sa plainte au fond, afin que la ou les entreprises mises en cause puissent se défendre sur la base d'éléments clairement décrits et en leur laissant un temps au moins égal à celui qu'il a aujourd'hui pour répondre à la demande d'un saisissant en mesures conservatoires.

Ainsi, les motifs et pièces au soutien d'une saisine d'office en mesures conservatoires devraient figurer dans un acte initial auquel l'entreprise poursuivie pourra répondre, suivi d'un rapport et

d'une réponse écrite de l'entreprise, et ce dans des délais raisonnables et selon un calendrier préétabli, avant un débat contradictoire en séance.

31. La différence de critères entre la directive ECN+ et le droit positif français, par l'introduction de la notion de « *dommage irréparable à la concurrence* », soulève la question de savoir si à l'occasion de cette transposition, il conviendrait ou non d'insérer aussi cette condition pour les cas de demande de mesures conservatoires sur saisine d'un plaignant (article L.464-1 du code de commerce).

L'APDC n'est pas favorable à cet alignement pour les raisons qui suivent :

- Imposer à un saisissant la charge de prouver l'existence d'un "*dommage irréparable à la concurrence*" peut constituer un obstacle difficilement franchissable.
- Il semble donc préférable de conserver les conditions de l'article L.464-1 du code de commerce pour les entreprises qui souhaitent accompagner leur saisine d'une demande de mesures conservatoires.
- Dès lors que c'est l'Autorité, elle-même, qui déciderait de se saisir d'office en vue du prononcé éventuel de mesures conservatoires (sans avoir été préalablement saisie), il semble légitime que le standard de preuve ("*dommage irréparable causé à la concurrence*") soit plus élevé que pour un saisissant.

2.5 La possibilité de continuer le tri des pièces dans les locaux de l'Autorité

32. Il s'agit ici, comme indiqué dans votre courrier du 13 juillet, de poursuivre les recherches dans les locaux de l'Autorité afin de minimiser les risques de prolongation des inspections.
33. La directive ECN+ (article 6.1) vise la possibilité de saisir des « *copies* » ou des « *extraits* » et la possibilité de « *continuer à consulter ces copies ou ces extraits dans leurs locaux ou d'autres locaux désignés* ». S'agissant des documents autres que les données informatiques, l'APDC considère que si le texte de la directive prévoit une limitation à des « *copies* » ou des « *extraits* », c'est pour éviter que les mesures de transposition envisagées par les Etats membres n'autorisent les services d'enquête à saisir massivement et de façon indifférenciée ces documents.

L'APDC estime donc qu'un tri des pièces dans les locaux de l'Autorité ne devrait concerner que les saisies informatiques.

L'APDC espère que la transposition de cette disposition conduira à un alignement des pratiques de l'Autorité sur celles de la Commission européenne en matière de saisies informatiques consistant à privilégier des saisies sélectives de documents sur la base de mots-clefs par opposition à une saisie massive et indifférenciée.

34. En tout état de cause, si un tri doit être fait dans les locaux de l'Autorité, l'APDC considère que ce tri doit être effectué en présence des représentants de l'entreprise objet de l'enquête et de ses conseils et qu'il soit encadré dans un délai.

L'APDC considère que ce tri devrait également être mis à profit afin d'exclure de la saisie le plus en amont possible tant les documents relevant de la correspondance avocat-client que les

documents sans lien avec l'objet de l'enquête, étant rappelé que l'APDC déplore une fois encore que des documents relevant de la correspondance avocat-client soient saisis lors des OVS.

35. Enfin d'un point de vue pratique, il est essentiel de laisser à l'entreprise un délai permettant une prise de connaissance de l'ensemble du contenu des saisies informatiques avant que n'intervienne ce tri dans les locaux de l'Autorité. L'APDC considère que ce délai devrait être au minimum de 30 jours.

Cela permettra à l'entreprise (comme dans les cas d'ouverture contradictoire d'un scellé fermé provisoire) d'identifier et de signaler les documents hors champ de l'enquête ou protégés par le secret professionnel, et donc de gagner un temps précieux par rapport à une situation où les pièces informatiques saisies seraient découvertes sur le champ dans les locaux de l'Autorité.

Cela signifie qu'une copie des saisies informatiques devra être laissée à l'entreprise le jour des perquisitions.

2.6 Le pouvoir d'accéder aux données numériques stockées sur des serveurs distants et leurs clés de déchiffrement

36. Vous indiquez dans votre lettre du 13 juillet que « *sur ce point, la directive permettra de confirmer l'état de droit existant en couvrant expressément ce point* ».
37. L'APDC n'a pas d'opposition particulière à cet aspect de la réforme, si ce n'est que le texte de transposition doit continuer à assurer le périmètre circonscrit des investigations et, en matière d'OVS, ne pas autoriser des saisies généralisées de données numériques au seul motif qu'elles sont stockées sur un serveur distant.

2.7 La suppression de la notion d'« importance du dommage à l'économie »

38. L'article 13-1 de la proposition de directive ECN+ n'évoque que la gravité et la durée. Rien n'empêcherait par conséquent de maintenir la référence à l'importance du dommage à l'économie, qui est une notion uniquement française.
39. L'APDC est préoccupée par la suppression de ce critère de détermination de la sanction, bien distinct de celui de la gravité (type et caractéristiques objectives des pratiques etc.). La discussion sur le dommage à l'économie porte ainsi sur l'impact d'une pratique sur le marché, indépendamment de sa gravité intrinsèque, à savoir « *tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés [...], ainsi qu'à l'économie générale* »¹ (par un examen principalement qualitatif de l'ampleur de la pratique, des caractéristiques économiques des marchés en cause, des conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques et de leur incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finaux).

Cette discussion permet notamment de s'assurer que la sanction d'une pratique anticoncurrentielle par objet soit proportionnée à son degré de perturbation du marché.

¹ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, § 27.

Il est donc indispensable, à tout le moins, afin d'assurer la proportionnalité de la sanction prononcée à l'encontre d'infractions économiques qui perturbent plus ou moins le fonctionnement du marché, de lui trouver un substitut, ou en tout cas de laisser la faculté de débattre de cet aspect des choses sans l'écarter comme désormais inopérant au motif que la référence au dommage à l'économie serait supprimée de l'article L.464-2 du code de commerce.

2.8 Autres dispositions pouvant faire l'objet d'une transposition de la directive ECN+

40. Au-delà des projets de réforme issus de la transposition de la proposition de directive ECN+ dont vous nous avez fait part, l'APDC considère que certaines autres dispositions de ce texte pourraient nécessiter une transposition en droit français.

41. L'article 22 de la proposition de directive vise à ce que les salariés et dirigeants (actuels ou anciens) des entreprises ayant sollicité une immunité d'amende soient protégés contre toute sanction pénale ou administrative pour leur participation aux pratiques dénoncées dès lors qu'ils ont activement coopéré à la procédure.

Une telle disposition n'existe pas en droit français et l'APDC considère qu'il est nécessaire de la transposer, ce qui de surcroît renforcera l'attractivité du programme de clémence de l'Autorité.

Une modification de l'article L.420-6 du code de commerce devrait donc être envisagée afin d'écartier le risque de poursuites pénales pour les salariés et dirigeants ayant participé et coopéré à une procédure de demande de clémence.

42. Les articles 29-1 à 3 de la proposition de directive semblent également nécessiter une transposition en droit interne en ce qu'ils (i) interdisent l'utilisation des informations recueillies dans le cadre de la procédure devant l'Autorité comme preuve en vue de sanctionner des personnes physiques, (ii) limitent, devant les juridictions, l'utilisation des éléments issus d'une demande de clémence ou d'une transaction aux seuls cas liés à la répartition du paiement d'une amende et aux cas de recours contre la décision de sanction et (iii) interdisent, tant que la procédure de concurrence n'est close à l'égard de toutes les parties, l'utilisation de certaines catégories d'informations devant les juridictions.

43. L'article 30 de la proposition de directive énumère les catégories de preuve recevables devant une autorité de concurrence en visant "*les documents, les déclarations orales, les enregistrements et tout autre élément contenant des informations, quel qu'en soit le support*".

S'il était jugé nécessaire d'assurer la transposition de cette disposition, l'APDC considère qu'il conviendrait de veiller à cette occasion à la préservation du caractère loyal des preuves tel que rappelé par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 janvier 2011 (pourvois n°09-14.316 et 09-14.667) au visa notamment de l'article 6 de la CESDH.

III Les autres mesures de refonte de la procédure applicable aux pratiques anticoncurrentielles

3.1 La suppression de l'avis de clémence

44. L'APDC n'est pas opposée à la suppression de l'avis de clémence aujourd'hui rendu par le Collège et à ce que les conditions d'exonération soient désormais fixées par le Rapporteur général.
45. Cette réforme nécessite néanmoins que le demandeur de clémence puisse continuer de bénéficier d'une sécurité juridique, même si la décision n'est plus prise par le Collège.

Ainsi, lorsque la réduction d'amende fixée par le Rapporteur général est exprimée dans le cadre d'une fourchette, il conviendra que le Collège ne puisse pas sortir du bas de la fourchette, comme cela se pratique dans la procédure de transaction. En d'autres termes, le Collège doit rester libre d'accorder une réduction d'amende plus grande, mais en aucun cas plus faible que la fourchette proposée par le Rapporteur général.

3.2 L'extension limitée du recours à la formation « juge unique »

46. Le projet vise ici à permettre d'étendre la faculté pour un seul membre du Collège d'adopter une décision pour les affaires les moins complexes (décisions de saisine d'office, avis relatifs aux demandes de créations d'office ministériel dans les zones d'implantation contrôlée libre).

Pour l'APDC, deux points de clarification apparaissent nécessaires :

- le recours à la formation « juge unique » ne devrait jamais concerner des décisions au fond;
- la notion ambiguë d'"affaires les moins complexes" devrait nécessairement être clarifiée à l'aide de critères les plus précis possibles afin de s'assurer que la formation « juge unique » soit réservée aux décisions purement formelles.

3.3 La consolidation et la modernisation de la procédure en matière de visite et saisie

(i) Création d'un juge à compétence nationale pour la délivrance des autorisations de visite et saisie

47. L'APDC n'est pas opposée à cette proposition qui, par définition, ne sera pas limitée au seul JLD mais conduira à instaurer un juge unique d'appel et de recours contre les ordonnances et le déroulement des OVS.

L'avantage de cette réforme résiderait surtout dans la possibilité de confier cet aspect de la procédure à un magistrat spécialisé qui pourrait d'ailleurs être compétent pour les procédures équivalentes en matière fiscale, financière ou relevant d'autres autorités de régulation.

48. L'APDC estime cependant qu'une telle réforme prend essentiellement son sens dans le cadre d'opérations de visites et saisies multi-sites qui couvrent les ressorts de différentes Cours d'appel, tel que cela nous avait été indiqué lors de notre réunion du 29 juin 2018.

49. Enfin, en cas de JLD unique dans le cadre d'OVS multi-sites, il conviendra de s'assurer que celui-ci soit disponible pour contrôler effectivement le déroulement des OVS en lien avec les OPJ, quel que soit le lieu où les opérations se déroulent.

(ii) Limitation à un seul OPJ par lieu visité

50. Si la présence d'un seul OPJ peut poser des difficultés dès lors que les bureaux visités sont souvent nombreux, notamment dans les grands groupes, l'APDC note que sa présence est rarement très utile.

Un seul OPJ peut donc paraître suffisant pour établir le lien avec le JLD en cas de difficulté.

Ne pouvant être présents dans tous les bureaux visités en même temps, le rôle de l'OPJ est limité à relever les irrégularités détectées par l'entreprise et à recevoir les éventuelles réserves de l'entreprise (ce que les rapporteurs ne devraient s'opposer en aucun cas) et les transmettre au JLD.

3.4 Extension de la faculté de rejet de certaines saisines au profit du ministre de l'économie

51. L'APDC est favorable à cette possibilité de renvoi au ministre de l'économie. Cette faculté de renvoi est liée au pouvoir qui serait donné à l'Autorité de rejeter certaines saisines en vertu de l'opportunité des poursuites et devrait donc être traitée en même temps que la transposition de la directive ECN+ sur ce point.

Il conviendra de s'interroger sur le point de savoir si cette capacité de renvoi serait contrainte par les seuils de chiffres d'affaires et de sanction du régime des "micro-pac" de l'article L.464-9 du code de commerce, ou si cette disposition devrait aussi être modifiée.

3.5 Obtention des relevés des appels passés et reçus de la part des opérateurs télécom (« fadettes »)

52. Vous indiquez dans votre lettre du 13 juillet vouloir assortir la possibilité d'obtenir des relevés téléphoniques de la part des opérateurs télécoms « *des garanties indispensables en matière de conservation des données. Cette disposition permettrait d'harmoniser les pouvoirs d'enquêtes des autorités et administrations chargées de la répression des infractions économiques, dans le respect des conditions posées par le Conseil constitutionnel (décision n° 2015-715 du 5 août 2015 et n° 2017-646/647 du 21 juillet 2017) et la Cour de justice de l'UE (arrêt Télé2/Sverige du 21 décembre 2016)* ».

53. L'APDC rappelle que la possibilité pour l'Autorité d'obtenir les « fadettes » a déjà fait l'objet dans le cadre de la loi Macron d'un examen du Conseil Constitutionnel dans le cadre de sa décision n°2015-715 du 5 août 2015 qui l'a alors censuré en considérant que cette faculté d'obtenir les « fadettes » n'était pas assortie de garanties suffisantes propres à assurer le droit au respect de la vie privée.

En application de la jurisprudence Télé2/Sverige de la Cour de justice, la possibilité d'accéder aux fadettes ne pourra s'opérer que sous réserve d'un contrôle spécifique du JLD et sous réserve que des garanties suffisantes soient apportées en matière de conservations des données.

3.6 Les modalités du débat contradictoire

54. Selon votre courrier du 13 juillet dernier, vous souhaitez « mieux proportionner les modalités d'exercice du contradictoire aux spécificités des dossiers afin de permettre à l'Autorité d'adopter ses décisions dans des délais plus courts, et pour certains dossiers qui ne présentent pas de complexité majeure tenant à l'établissement des faits ou au nombre de parties notamment, il serait possible, comme dans le cadre de l'actuelle « procédure simplifiée », de supprimer l'étape du rapport, en passant dans ce cas de trois tours de contradictoire (deux tours écrits, un tour oral) à deux tours (un écrit, un oral) ».

55. Vous avez noté la réticence de l'APDC face à cette modification d'un des aspects du principe du contradictoire devant l'Autorité, surtout dans les modalités initialement envisagées dans le cadre de la loi EGA. L'APDC maintient qu'elle est de façon générale très réservée sur cette réforme qui pourrait finalement conduire, pour un gain de temps procédural finalement modéré, à l'émergence de nouvelles difficultés telles que par exemple la multiplication des notes en délibéré.

Vous indiquez avoir tenu compte des remarques de l'APDC sur ce sujet et nous vous en remercions. Dans ce sens, vous indiquez notamment avoir renoncé à la suppression systématique du rapport (2^{ème} tour de contradictoire) pour privilégier un système « intermédiaire » proche de celui qui a inspiré la procédure dite « simplifiée ». La rédaction d'un rapport resterait donc la règle de droit commun, mais le 2nd tour de contradictoire écrit pourrait être optionnellement supprimé, à l'initiative du Rapporteur général, notamment dans les cas suivants : face à une pratique clairement établie ou lorsque le dossier est simple ou que le nombre de parties est faible.

Si une réforme des modalités du débat contradictoire devait être maintenue, ce qui ne semble pas nécessaire à l'APDC, cette proposition appellerait les remarques suivantes :

56. Une première difficulté réside dans la détermination de ce qu'est un dossier qui ne présente pas de complexité majeure. En effet, les dossiers de cartels sont généralement lourds et complexes en raison notamment de la multiplicité des entreprises poursuivies. A l'inverse, le critère tenant à un faible nombre de parties n'est pas forcément pertinent, les pratiques pouvant par ailleurs être complexes et justifier deux tours de contradictoire écrit. Ainsi, les dossiers d'abus et d'ententes verticales peuvent également nécessiter une appréciation des effets et/ou la réalisation de bilans économiques qui se révèlent également complexes, quand bien même une seule ou deux entreprises est/sont concernées par la pratique. L'APDC estime qu'il serait utile de lister les critères conduisant à identifier un dossier ne présentant pas de complexité majeure.

57. Dans l'hypothèse où une décision de ne pas offrir aux entreprises poursuivies un second tour de contradictoire écrit serait prise par le Rapporteur Général, il conviendrait :

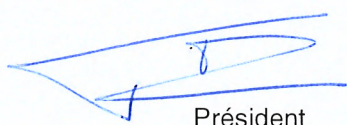
- que la décision de ne pas établir de Rapport soit prise après l'établissement de la Notification de griefs et l'envoi des observations des parties afin que cette décision soit prise en connaissance de cause des éléments du débat. L'APDC considère en effet que ce n'est qu'à ce stade que le degré de complexité d'un dossier peut être réellement apprécié. C'est d'ailleurs la modalité qui nous avait été exposée lors de notre réunion du 29 juin ;

- que cette décision soit prise non pas par le Rapporteur général, mais par le Collège, sur proposition du Rapporteur général, ouvrant ainsi une voie de recours sur les motifs de cette réduction du contradictoire.

58. Dans ce cas de figure, cela imposera aux services d'instruction d'inclure dès la notification des griefs les éléments déterminants de la sanction, ou de prévoir l'établissement d'un rapport limité aux déterminants de la sanction.
59. Dans les cas où un Rapport ne serait pas établi, il serait en toute hypothèse nécessaire que les services d'instruction organisent au moins un mois avant la séance une réunion avec les parties au cours de laquelle ils indiqueraient quels arguments de la réponse aux griefs ont été pris en compte et quels arguments ont été rejetés. De cette manière, les débats lors de l'audience pourront se concentrer sur les sujets restants à trancher, ce qui favorisera leur clarté.
60. En cas d'absence de rapport, il conviendrait aussi que les éléments auxquels les services d'instruction se réfèrent en séance soient "figés" et limités au périmètre de ceux contenus dans la notification des griefs.
61. En outre, comme un tour de contradictoire aura disparu, il faudrait prévoir des séances plus longues de telle sorte que chaque partie dispose d'un temps de parole suffisant pour faire valoir utilement tous ses arguments.

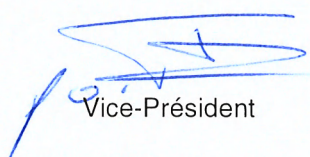
Lors de notre réunion du 29 juin, il avait été évoqué sur ce point l'instauration de véritables réunions de mise en état avant la séance avec le Collège pour évoquer les aspects d'organisation de la séance, ainsi que les thèmes sur lesquels les débats devraient se concentrer.

62. Enfin, si la réforme continue de se caler sur le mécanisme de la procédure simplifiée (décision prise avant la notification des griefs et sans discussion avec les parties), il conviendra de maintenir un plafonnement de la sanction, surtout si cela ne vise que des procédures dites "simples". On pourrait penser soit à un nouveau plafond en valeur, soit à réduire le plafond légal de la sanction.



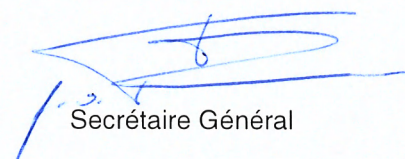
Président

Didier Théophile



Vice-Président

Antoine Choffel



Secrétaire Général

Pierre Zelenko