



Association des Avocats pratiquant
le Droit de la Concurrence

Monsieur Bertrand Jéhanno
Chef du Bureau 3B
Politique et Droit de la Concurrence
DGCCRF
Télédoc 031
59 boulevard Vincent-Auriol
75703 Paris Cedex 13

Paris le 5 février 2021

Ref : Consultation publique sur la transposition de la Directive UE n°2019/1 - ECN+

Cher Monsieur,

Au nom de l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence, nous vous adressons par la présente nos observations sur les mesures nouvelles ou les modifications envisagées en droit positif national en matière de concurrence en application de la Directive ECN+.

Au cours des dernières années, notamment dans le cadre du projet de loi PACTE, notre association a été sollicitée à plusieurs reprises sur les conditions de transposition de cette Directive ainsi que, à l'époque, sur l'adoption de dispositions nouvelles touchant au droit de la concurrence y compris au-delà de la Directive.

Certaines de ces observations restent d'actualité. Nous joignons donc à la présente le courrier que nous avons adressé à Madame la Présidente de l'Autorité de la concurrence le 10 septembre 2018 et dont une copie avait également été adressée à la DGCCRF (Monsieur André Marie).

S'agissant de la consultation ouverte par vos services le 11 janvier dernier, nous nous permettons la remarque préliminaire suivante. Si la transposition de la Directive ECN+ a fait l'objet d'une loi d'habilitation, la consultation ne porte, elle, que sur le sens général de la transposition envisagée sans qu'y soit joint le projet d'ordonnance qui les contiendra.

Sachant toute l'importance que peut revêtir le détail d'une rédaction, notre association souhaiterait vivement pouvoir préciser ou compléter ses observations sur la base du projet de ce texte.

Certains que c'est au vu des résultats de cette consultation publique qu'un projet abouti pourra être partagé, nous vous renouvelons donc notre volonté de poursuite d'une concertation avec vos services en amont de l'adoption de l'ordonnance sur des sujets qui sont au cœur de la mission de notre association. C'est d'ailleurs ce que nous avons pu faire avec les services de la Chancellerie lors de l'adoption de l'ordonnance transposant la directive "dommages".

D'ici là, nous sommes bien évidemment à votre disposition et celle de vos services pour échanger sur ce projet de réforme.

I. Remarque générale : la nécessité de dispositions transitoires

1. 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, ou encore à la modification du plafond des sanctions applicables aux « organismes ».

2. 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. Mesures prévoyant de conférer une opportunité des poursuites à l'Autorité

3. La réforme envisagée vise à permettre à l'Autorité de rejeter des saisines qu'elle ne considère pas comme correspondant à ses priorités.

Cette possibilité donnée aux autorités nationales de concurrence figure à l'article 4-5 de la directive ECN+ : « *Les autorités nationales de concurrence administratives ont le pouvoir de fixer leurs priorités afin de s'acquitter des tâches nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du traité (...). Dans la mesure où les autorités nationales de concurrence administratives sont tenues d'examiner les plaintes formelles, ces autorités ont le pouvoir 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 administratives de rejeter des plaintes pour d'autres motifs définis par le droit national.* »

4. 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.

5. 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.

6. 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.

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.

7. A la lecture de l'article 4-5 de la 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 (*« ces autorités ont le pouvoir de rejeter de telles plaintes au motif qu'elles ne les considèrent pas comme une priorité »*).

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

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 uniquement par le Rapporteur général.

8. 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. Il conviendrait 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.

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.

9. Lors de l'Assemblée générale de notre association tenue le 4 février dernier, Madame Isabelle de Silva s'est exprimée en faveur de l'adoption par le Collège d'une décision motivée (même succinctement) pour faire usage de cette nouvelle faculté d'opportunité des poursuites et de rejet d'une saisine.

III. Dispositions permettant d'ordonner des mesures correctives de nature structurelle ou comportementale au titre des sanctions

10. L'article 10 de la directive ECN+ vise à permettre aux autorités nationales de concurrence, au-delà d'ordonner la cessation de l'infraction, de pouvoir *« imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Lorsqu'elles ont à choisir entre deux mesures correctives d'une efficacité égale, les autorités nationales de concurrence optent pour la mesure corrective qui est la moins contraignante pour l'entreprise, conformément au principe de proportionnalité. »*

L'APDC considère que la question de la transposition de cette disposition de la 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.

11. 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.

12. 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 permises 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*.

13. 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* ».

14. L'APDC attire donc votre attention sur le fait que la possibilité d'ordonner une injonction structurelle pour « *faire cesser effectivement l'infraction* » 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.

15. 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* ».

16. 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 particulièrement motivée en expliquant notamment en quoi la cessation des pratiques et l'éventuelle sanction financière ne seraient pas suffisantes.
17. 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.
18. 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).
19. Enfin, comme indiqué dans les propos liminaires qui précèdent, l'introduction en droit français de nouvelles dispositions en la matière devrait être nécessairement accompagnée de dispositions transitoires d'application de la loi dans le temps afin qu'elles ne s'appliquent pas à des pratiques antérieures à leur entrée en vigueur.

IV. Mesures permettant l'ouverture d'office d'une procédure de mesures conservatoires

20. 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.

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.

21. L'APDC relève tout d'abord que si cette possibilité est prévue à l'article 11 de la 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 est bien plus exigeant du fait de la nécessité de démontrer l'existence d'un préjudice "*irréparable*".
22. 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.

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.

23. 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.

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, il semble légitime que le standard de preuve (« *dommage irréparable causé à la concurrence* ») soit plus élevé que pour un saisissant.

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

24. L'article 14-1 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.
25. 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.

26. 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.

VI. Mesures modifiant le plafond des sanctions applicables aux associations d'entreprises

27. La transposition des articles 14 et 15 de la directive ECN+ va emporter une réforme majeure du régime français actuellement en vigueur.

Non seulement la transposition de la directive devrait conduire à abroger la disposition prévoyant un plafond légal des amendes pour les associations professionnelles (actuellement fixé à 3 millions d'euros par l'article L. 464-2 du code de commerce), mais de surcroît introduire de nouvelles possibilités d'actions spécifiques à l'encontre des membres desdites associations. Ainsi que l'a récemment indiqué l'Autorité, la directive introduit une véritable « *révolution copernicienne* » en termes de *risques financiers* » pour les associations professionnelles².

28. L'APDC souhaite partager avec la DGCCRF un certain nombre de préoccupations légitimes qui ont trait, pour l'essentiel, à la nécessité que le cadre juridique prochainement applicable aux associations professionnelles issu de la transposition de la Directive demeure pleinement respectueux des principes généraux du droit de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rappelés à l'article 3 de la Directive.
29. Il apparaît d'emblée nécessaire, au regard de la sécurité juridique due aux opérateurs économiques, d'encadrer précisément les pouvoirs de sanction renforcés dont disposera l'Autorité à l'égard des associations d'entreprises. En tout état de cause, une révision de son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires paraît inéluctable (ci-après, « le Communiqué sanctions »).

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

² Etude de l'Autorité de la concurrence, Janvier 2021, *les organismes professionnels*, page 2.

A. Les difficultés soulevées par la transposition du nouveau plafond de sanction applicable aux associations d'entreprises (article 15 de la directive)

30. L'article 15 de la directive ECN+ sur le montant maximal de l'amende indique que :

« 1. Les États membres veillent à ce que le montant maximal de l'amende que des autorités nationales de concurrence peuvent infliger à chaque entreprise ou association d'entreprises participant à une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne soit pas inférieure à 10 % du chiffre d'affaires mondial total de l'entreprise ou de l'association d'entreprises réalisé au cours de l'exercice social précédent la décision visée à l'article 13, paragraphe 1. L 11/22 FR Journal officiel de l'Union européenne 14.1.2019.

2. Lorsqu'une infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de l'amende n'est pas inférieur à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association. Toutefois, la responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder le montant maximal fixé conformément au paragraphe 1. »

31. Cette modification entraînera *de facto* une augmentation significative du montant maximum de la sanction pouvant être prononcée par l'Autorité à l'égard des associations d'entreprises puisqu'à l'avenir un niveau de plafond unique de sanctions pour les entreprises et les associations d'entreprises sera fixé à 10 % du chiffre d'affaires mondial total consolidé (article 15(1)).

La transposition de l'article 15 de la Directive implique donc la réécriture de l'article L. 464-2 I du code de commerce qui fixe à 3 millions d'euros le montant de l'amende pour les entités qualifiées de « non entreprises ».

32. En outre, et même si la consultation publique ne le rappelle pas explicitement, cette réécriture s'impose d'autant plus que l'article 15(2) ajoute que lorsqu'une infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, sans que cette définition ne soit utilement définie, non seulement le montant maximal de l'amende n'est pas inférieur à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association, mais la responsabilité financière de chaque entreprise pour le paiement de l'amende infligée à l'association à laquelle elle appartient ne peut excéder le montant maximal 10 % du chiffre d'affaires mondial total consolidé de ladite entreprise.

(i) **Le besoin de précisions sur la qualification des infractions pour lesquelles l'association d'entreprises sera susceptible d'être sanctionnée au motif qu'elles auraient « trait aux activités de ses membres »**

33. Les termes de l'article 15(2) étant particulièrement vagues, il est indispensable que le travail de transposition permette de circonscrire, avec précision, les cas dans lesquels l'infraction pour laquelle l'association d'entreprises est sanctionnée « a trait à l'activité de ses membres ». Cette condition étant susceptible d'aboutir à une très forte aggravation de la sanction encourue par l'association professionnelle, elle ne devra être d'interprétation stricte.

L'APDC observe que le texte de transposition doit en particulier permettre aux praticiens et aux opérateurs économiques d'appréhender les cas d'exclusion.

34. En outre, l'APDC relève que la pratique décisionnelle existante de l'Autorité et/ou des autorités de concurrence à propos de l'imputabilité de la sanction à l'encontre d'une société-mère pour une infraction commise par une filiale ne pourra pas servir de guide d'analyse utile dans la mesure où, à la différence d'une filiale au sein d'un même groupe, un membre d'une association d'entreprises agit nécessairement de manière autonome à l'égard de l'association dont il est membre.

Il n'a d'ailleurs jamais été considéré, en droit français, qu'une association et ses membres formeraient, au sens du droit de la concurrence, une « *entité économique unique* ».

En tout état de cause, le texte de transposition devra être respectueux du principe constitutionnel de personnalité des délits et des peines pour ne pas encourir la censure du Conseil constitutionnel (cf. ci-après).

(ii) Le risque de double-sanction encourue (non bis in idem)

35. L'APDC attire tout particulièrement l'attention de la DGCCRF sur le fait que le texte de transposition devra veiller à ce qu'il ne puisse exister de risque d'une double sanction - dans son principe et dans son *quantum* – à titre individuel et comme membre d'une association.
36. Le texte de transposition devra garantir à toute entreprise que l'Autorité sera tenue d'analyser séparément, d'une part la sanction que l'entreprise membre peut encourir en tant que partie à une infraction donnée, individuellement, et d'autre part, la sanction encourue par l'association d'entreprises en précisant dans quelle mesure l'infraction sanctionnée « *a trait* » à des activités de ce membre.

L'absence de règle claire, dans le texte de transposition, pourrait avoir pour effet de contrevenir à la règle du non-cumul des sanctions (*non bis in idem*) laquelle est de longue date consacrée, notamment à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « *ce principe interdit, en matière de concurrence, qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours* »⁴.

Ce principe général du droit est soumis à la réunion d'une identité de faits, d'auteurs et d'intérêts juridiques protégés lesquels seraient susceptibles d'être réunis en l'espèce.

37. En outre, la précision « *[t]outefois, la responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder le montant maximal fixé conformément au paragraphe 1* »⁵, sans doute ajoutée en anticipation d'une telle critique, ne saurait avoir pour effet de régler utilement cette question, quand bien même le plafond de 10 % ne peut être dépassé. Si elle prémunit le membre d'une association d'un risque de double sanction dans son *quantum*, elle ne le prémunit en revanche pas de ce risque dans son principe.
38. Des précisions doivent donc impérativement être apportées par le texte de transposition s'agissant des modalités de détermination de l'amende des associations d'entreprises notamment lorsque leurs agissements ont trait à l'activité de ses membres. A ce titre, l'APDC s'inquiète de ce que

³ « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi. ».

⁴ CJUE, arrêt du 14 février 2012, affaire Toshiba Corporation, C-17/10, point 94.

⁵ Article 15(2) de la Directive.

l'Autorité, consciente de la « révolution copernicienne » qu'implique pourtant nécessairement la transposition et application de la Directive n'a pas confirmé, dans sa récente étude thématique consacrée aux « Organismes professionnels », si elle envisageait de modifier son Communiqué sanctions⁶. L'Autorité souhaitera probablement soumettre à une nouvelle consultation publique ces questions à l'occasion de la révision de ce Communiqué sanctions.

B. Les difficultés soulevées par la transposition de la Directive s'agissant de la mise en œuvre de la procédure de sanction et du calcul des amendes (Article 14 de la Directive)

39. L'article 15 de la Directive ECN+ sur le calcul des amendes indique que :

« 1. Les États membres veillent à ce que les autorités nationales de concurrence prennent en considération, la gravité de l'infraction ainsi que la durée de celle-ci lorsqu'elles déterminent le montant de l'amende à infliger pour infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. Les États membres veillent à ce que les autorités nationales de concurrence puissent prendre en considération la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel lorsqu'elles déterminent le montant de l'amende devant être infligée pour une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en application de l'article 18, paragraphe 3, de la directive 2014/104/UE.

3. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une amende pour infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, cette dernière soit tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende.

4. Les États membres veillent à ce que, lorsque les contributions visées au paragraphe 3 n'ont pas été versées intégralement à l'association d'entreprises dans un délai fixé par les autorités nationales de concurrence, les autorités nationales de concurrence puissent exiger directement le paiement de l'amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de cette association. Lorsque cela est nécessaire pour assurer le paiement intégral de l'amende, après avoir exigé le paiement par ces entreprises, les autorités nationales de concurrence peuvent également exiger le paiement du montant impayé de l'amende par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise. Cependant, le paiement visé au présent paragraphe n'est pas exigé des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qui en ignoraient l'existence ou qui s'en sont activement désolidarisés avant l'ouverture de l'enquête. »

40. La Directive permet, aux (3) et (4) de son article 14, de nouvelles actions spécifiques aux fins de garantir le recouvrement des amendes infligées par les autorités de concurrence nationales. A ce titre, lorsque l'infraction commise par l'organisme professionnel « a trait » aux activités de ses adhérents (article 15(2)) la directive prévoit que lorsque l'association n'est pas solvable, il pourra être enjoint à cet organisme de lancer un appel à contributions pour couvrir le montant de la sanction pécuniaire.

⁶ Sur ce point, l'APDC relève que ce communiqué prévoit, à son paragraphe 8, que « [son Communiqué sanctions] pourra être complété ou modifié ultérieurement, au vu des développements de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris, mais aussi de celle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme ». Voir également l'Etude de l'Autorité de la concurrence, Janvier 2021, les organismes professionnels points 270 et suivants.

Cette possibilité peut être suivie de la possibilité d'exiger directement le paiement de l'amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de l'organisme professionnel ainsi que, lorsque cela est nécessaire pour assurer le paiement intégral de l'amende, d'exiger le paiement du montant restant de l'amende par tout membre de l'organisme qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise.

41. A ce titre, l'APDC s'interroge sur la compatibilité de la directive aux principes énoncés précédemment s'agissant de la possibilité de rendre les membres de l'association responsables du paiement de l'amende infligée à l'association. Il nous paraît ainsi nécessaire d'encadrer en des termes précis la capacité contributive des membres de l'association sanctionnée.

La question de la conciliation entre les nouveaux pouvoirs de l'Autorité et les principes fondamentaux rappelés ci-dessus est tout particulièrement légitime s'agissant de la contribution à l'amende des membres de l'association n'ayant pas pris part aux pratiques sanctionnées.

L'on voit en effet mal comment une entreprise dont la participation à une pratique anticoncurrentielle n'aurait pas été établie par la décision de sanction de l'Autorité pourrait être tenue de contribuer à une quote-part de l'amende infligée à l'association.

(i) La proportionnalité de l'amende encourue

42. Les nouveaux pouvoirs de sanction seront manifestement difficiles à concilier avec la nécessaire proportionnalité de l'amende dans les cas où, pour une même pratique, certains membres de l'association seraient mis en cause à titre individuel et au titre de leur appartenance à l'association elle-même⁷. Cette difficulté de conciliation paraît d'autant plus aiguë compte tenu de l'obligation de contribution des membres, voire de l'exigence de paiement direct prévue par la Directive.

Une contribution imposée par l'appel à contributions lancé par l'association de membres déjà sanctionnés à titre individuel soulèvera à l'évidence la question du poids global du montant cumulé que ces membres pourraient avoir *in fine* à supporter, et accessoirement de leur capacité contributive appréciée au vu de ce montant global.

43. Or, l'évaluation de la charge financière individuelle finale pesant sur chaque entreprise membre risque d'être difficile à anticiper par l'Autorité au moment du prononcé de la sanction, dans la décision principale – sauf à devoir, à ce stade-là, déterminer la solvabilité de l'association et surtout régler les détails de la contribution entre les différents membres.

Alternativement, si les détails de la contribution devaient être prévus par ou en marge de la décision de l'Autorité, un mécanisme de répartition devrait être prévu.

44. En tout état de cause, ce mécanisme d'ajustement pourrait être utile en cas de recours ultérieur par l'Autorité au mécanisme d'exigibilité en cascade prévu à l'article 14(4) de la Directive.

Il appartiendra en outre au texte de transposition de clarifier les conséquences procédurales qui découleront de ces nouvelles actions spécifiques dont disposera l'Autorité et notamment la question de la manière dont seront poursuivies les entreprises membres visées et des modalités en vertu desquelles elles seront sanctionnées individuellement et solidairement.

⁷ La seule limite prévue par la Directive étant le plafond légal individuel applicable à l'entreprise (article 15(2)).

(ii) **L'encadrement procédural de la dérogation de l'article 14(4) nécessaire au respect des droits de la défense des entreprises « mises à contribution »**

45. Qu'il s'agisse des entreprises « *mises à contribution* » indirectement par l'appel à contributions de l'association en cause ou directement par l'Autorité, ces dernières doivent évoluer dans un cadre procédural permettant le respect des droits de la défense – notamment s'agissant de la mise en œuvre de la dérogation prévue par la Directive à l'article 14(4).
46. Cette dérogation concerne les entreprises démontrant qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qui en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant l'ouverture de l'enquête.

Comment les membres d'une association qui ne sont pas parties à la procédure devant l'Autorité seront-ils en mesure de bénéficier d'une telle dérogation ? Comment concilier l'imposition d'une amende dont ils pourraient devoir payer une quote-part avec les droits de la défense ?

(iii) **Les critères permettant de calculer les contributions respectives des membres dans le contexte d'un appel à cotisations et dans le cas de nécessité de paiement d'un reliquat d'amende**

47. Les modalités concrètes des appels à contributions des membres n'ont jusqu'à présent jamais été définies par l'Autorité. Dans une affaire très récente, l'Autorité s'est simplement contentée d'indiquer qu'« *il [n'était] pas contesté que [les organes des ordres sanctionnés], qui ont la possibilité d'émettre des appels à cotisations, sont des composantes de l'Ordre. L'Ordre pourra donc, par leur biais, parfaitement s'acquitter de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité* »⁸ sans entrer dans les modalités concrètes de réalisation de cet appel à cotisations/contributions.
48. Plusieurs critères sont pourtant envisageables afin de déterminer le calcul des contributions respectives des membres dans ce contexte tel que le degré de participation aux pratiques, le chiffre d'affaires des membres concernés, la durée d'adhésion à l'association professionnelle en cause, etc.

Là encore, il nous semble que des clarifications seront nécessaires et qu'une consultation sur ces sujets spécifiques à la transposition de la directive serait utile. Cette consultation pourrait en particulier opportunément intervenir dans le cadre d'une révision, par l'Autorité, de son Communiqué sanctions.

49. L'article 14(4) prévoit que le paiement direct sera demandé en priorité aux entreprises dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de l'association concernée. Pour autant, cette possibilité n'intervient que si l'appel à contributions visant l'ensemble des membres n'a pas permis le paiement de l'intégralité de l'amende et, en tout état de cause, aucun principe quant à la répartition de la charge de l'amende entre les membres n'est prévu. Il en va *a fortiori* de même pour les membres actifs sur le marché sur lequel l'infraction a été commise, qui viennent en dernier rang pour le paiement, selon l'article 14(4).

⁸ Décision de l'Autorité n° 19-D-19 du 30 septembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'architecte, point 511. Cette décision, globalement confirmée en appel, fait toutefois l'objet d'un pourvoi en cassation actuellement pendante.

(iv) **Les recours subséquents pour les membres de l'association**

50. Dans le silence de la directive, le texte de transposition pourrait souhaiter clarifier la question des actions en justice subséquentes envisageables pour les membres ayant contribué au paiement de l'amende de l'association : actions entre les membres, à l'encontre de l'association concernée (notamment si celle-ci viole son obligation de lancer un appel à contributions de ses membres pour couvrir le montant de l'amende) et/ou des membres redevables au sens de la directive mais n'ayant pas contribué au paiement de l'amende du fait du mécanisme d'exigibilité en cascade prévu à l'article 14(4) de la Directive.
51. Précisons à cet égard qu'il existerait, selon l'APDC, un risque manifeste d'incompatibilité avec le principe de personnalité des délits et des peines si le législateur se contentait d'accroître le plafond de l'amende encourue par une « *association d'entreprises* » sans que cette notion ne soit définie avec une précision suffisante⁹.

Ce besoin de définition des notions évoquées est si prégnant que l'association d'entreprises est tantôt envisagée comme le support d'une pratique anticoncurrentielle ou comme un sujet du droit de la concurrence (ce que suggère le fait qu'elle soit sanctionnée à l'instar d'une entreprise).

52. L'ADPC relève que l'Autorité, elle-même, semble s'interroger sur les difficultés pratiques de mise en œuvre de telles mesures dans le cadre de son étude de janvier 2021 portant sur les organismes professionnels¹⁰. Dans cette étude¹¹, l'Autorité évoque le risque de contournement qui pourrait exister, l'Autorité ne pouvant, en droit, condamner solidairement les membres d'un organisme professionnel au paiement de l'amende infligée. *In fine*, les membres d'un organisme pourraient tout simplement refuser de payer une amende infligée par l'Autorité ce qui conduirait potentiellement à la dissolution de l'organisme en question qui n'aurait alors plus les moyens nécessaires d'exécuter la décision.

En dépit de l'imminence de la date butoir de la transposition, l'APDC regrette que l'Autorité n'ait pas estimé nécessaire de se positionner, dans sa récente étude thématique¹², clairement sur ce sujet.

53. En l'absence de clarifications dans le texte de transposition à venir, il est à craindre une inflation des contentieux initiés par les entreprises (potentiellement très nombreuses) qui viendraient à être appelées par l'association à contribuer au paiement de l'amende infligée à cette dernière par l'Autorité, ou, dont il serait exigé un paiement direct de ladite amende.

Il appartient au Gouvernement de reprendre de manière rigoureuse la grille d'analyse apportée par l'article 14 de la Directive s'agissant de la mise en œuvre de la procédure de sanction et d'apporter, de surcroît, les précisions nécessaires aux observations apportées *supra*.

La transposition de la Directive, avec les enjeux qu'une telle transposition emporte, appelle également une révision sans délai du Communiqué sanction de l'Autorité afin de préciser la méthode qui sera à l'avenir mise en œuvre pour calculer le *quantum* des amendes susceptibles d'être imposées aux associations professionnelles.

⁹ L'article L. 464-2 I, alinéa 4, se contente d'envisager la notion de « contrevenant qui n'est pas une entreprise ».

¹⁰ Etude de l'Autorité de la concurrence, Janvier 2021, *les organismes professionnels*.

¹¹ Etude de l'Autorité de la concurrence, Janvier 2021, *les organismes professionnels*, points 301 et 302.

¹² Etude de l'Autorité de la concurrence, Janvier 2021, *les organismes professionnels*.

VII. Mesures introduisant une exemption des peines prévues à l'article L420-6 du code de commerce

54. L'article 23 de la 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.
55. Comme elle l'avait déjà indiqué à l'Autorité lors de consultation précédentes, l'APDC considère que la transposition d'une telle disposition est effectivement nécessaire en droit français, ce qui de surcroît renforcera l'attractivité du programme de clémence de l'Autorité.

L'APDC se félicite donc qu'une modification de l'article L.420-6 du code de commerce soit envisagée sur ce point.

VIII. Mesures donnant la possibilité à l'Autorité d'accepter, de compléter ou de mettre fin à des engagements

56. En matière d'engagements, la consultation publique de la DGCCRF fait en substance référence aux premier et troisième paragraphes de l'article 12 de la directive, puis indique qu'« *il est proposé de compléter l'article L. 464-2, paragraphe I du code de commerce en précisant que l'Autorité de la concurrence peut accepter des engagements d'une durée déterminée ou indéterminée, et qu'elle peut modifier, compléter ou mettre fin à des engagements lorsque les conditions prévues à l'article 12 paragraphe 2 sont réunies* ».

Ces propositions appellent plusieurs commentaires de l'APDC.

(i) Sur la durée des engagements

57. S'agissant tout d'abord de la durée des engagements, l'APDC note que l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la Directive ne fait pas mention de la possibilité d'imposer des engagements d'une durée « *indéterminée* ». Le législateur de l'Union s'est en effet contenté de reprendre, mot pour mot, l'article 9 paragraphe 1^{er} du règlement, dernière phrase du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (le « Règlement n° 1/2003 ») qui ne contient pas ce terme¹³.

L'ajout du mot « *indéterminée* » proposé par la DGCCRF ne résulte donc pas directement de la Directive.

58. L'APDC craint que l'ajout dans la loi de cette possibilité non prévue par la directive aboutisse *in fine* à une augmentation du nombre de cas dans lesquels l'Autorité imposerait des engagements d'une durée indéterminée, c'est-à-dire potentiellement illimitée et disproportionnée, et estime que le législateur devrait fixer un cadre juridique donnant aux entreprises des garanties suffisantes.
59. La reprise de l'article 9(1) du Règlement (CE) n°1/2003 par la directive vise manifestement à rapprocher les législations des Etats membres de la procédure communautaire. Or, comme sus-

¹³ Texte du Règlement n° 1/2003 : « *La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse* ».

évoqué, le Règlement européen, sans l'interdire, ne prévoit toutefois pas explicitement cette possibilité.

60. La Cour de Justice de l'Union européenne a certes, dans un arrêt *Alrosa c/ Commission*¹⁴, validé le principe d'engagements à durée indéterminée aux motifs que (i) l'article 9 du Règlement n°1/2003 ne s'y oppose pas et (ii) cet article prévoit une possibilité de réouverture de la procédure en cas de changements de circonstances.
61. Toutefois, l'APDC note que, de façon tout à fait éloquente, la Commission n'a en pratique jamais accepté d'engagements d'une durée indéterminée et n'a rendu obligatoire des engagements que pour des durées limitées, en en justifiant par ailleurs la nécessité et la proportionnalité par rapport aux préoccupations de concurrence identifiées¹⁵.

Il semble en effet tout à fait contestable, sur le fondement du principe de proportionnalité, de rendre obligatoires des engagements à durée indéterminée sur la base de simples préoccupations de concurrence qui ne suffisent pas à caractériser une infraction.

L'APDC n'est donc pas favorable à l'insertion textuelle de la possibilité d'engagements d'une durée « indéterminée » dans la lettre du code de commerce.

62. L'APDC note également que l'article L. 464-2 I du code de commerce dans sa rédaction en vigueur a déjà donné lieu par le passé à des décisions rendant obligatoires certains engagements pour une durée indéterminée¹⁶. Ces décisions comprenaient néanmoins soit une clause de réexamen périodique¹⁷, soit une clause permettant un réexamen en cas de changements de circonstances¹⁸.
63. S'il était maintenu l'insertion dans la loi d'une possible durée « indéterminée » des engagements, alors, l'APDC estime *a minima* nécessaire de préciser que toute décision rendant obligatoires des engagements de « durée indéterminée » sur le fondement de l'article L. 464-2 I du code de commerce doit comprendre systématiquement une clause spécifique de réexamen périodique au terme d'une durée ne pouvant excéder cinq ans suivant la notification de la décision, afin de réexaminer leur pertinence et leur nécessité régulièrement en fonction des évolutions des conditions concurrentielles.

¹⁴ CJUE 29 juin 2010, aff. C-441/07P, *Alrosa c/ Commission*

¹⁵ La Commission rappelait à cet égard, dans un *Policy Brief* de 2014, que « *although the same type of remedies are theoretically available for Article 7 and Article 9 decisions, Article 7 decisions tend to prohibit and sanction infringements committed in the past, whereas commitments under Article 9 are forward-looking: a company commits to a specific behaviour – beyond merely respecting the law - over a specific duration, or to structural measures such as divestitures, with long-lasting effects on the market. Commitments may therefore prevent competition concerns from returning in the future, while Article 7 decisions tend to rely on the deterrent effect of the fine.* » (https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/003_en.pdf).

¹⁶ Le communiqué de procédure de l'Autorité du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence précise en son point 45 que « *la décision d'engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable ou, au contraire, limitée, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible, auquel cas l'Autorité y fixe un terme* ».

¹⁷ A titre d'exemple, dans la décision n° 14-D-11, les engagements ont été proposés pour une durée indéterminée, prévoyant toutefois une discussion sur la pertinence de leur maintien à l'issue d'un délai de cinq ans (§ 228). Dans la décision n° 13-D-15, les engagements ont été proposés pour une durée indéterminée, prévoyant une rencontre avec l'Autorité pour discuter de la pertinence de leur maintien à l'issue d'un délai de quatre ans (§ 130).

¹⁸ Les engagements rendus obligatoires dans la décision n° 12-D-29 ont d'ailleurs été levés ultérieurement, alors que trois des quatre engagements avaient été pris pour une durée indéterminée.

(ii) **Sur la « réouverture » de la procédure d'engagements**

64. S'agissant de la transposition de l'article 12, paragraphe 3 de la Directive¹⁹, la DGCCRF propose « de compléter l'article L. 464-2, paragraphe I du code de commerce en précisant que l'Autorité de la concurrence (...) peut modifier, compléter ou mettre fin à des engagements lorsque les conditions prévues à l'article 12 paragraphe 2 sont réunies ».

Là encore, le législateur de l'Union a repris dans l'article 12 paragraphe 2 de la Directive presque mot pour mot les dispositions de l'article 9, paragraphe 2 du Règlement n° 1/2003 dans le but apparent de rapprocher les législations des Etats membres de la procédure applicable devant la Commission²⁰.

Compte tenu de l'insécurité juridique qu'une réouverture de la procédure d'engagements fait peser sur les parties, il conviendrait cependant que le législateur français encadre les conditions dans lesquelles la réouverture d'une procédure d'engagements peut intervenir, ainsi que la procédure suivie. Il convient à cet égard de distinguer selon les cas visés par la Directive.

65. S'agissant des cas où l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement « *substantiel* », l'APDC note que l'ajout d'une clause ouvrant cette faculté dans le texte des engagements rendus obligatoires sur le fondement de l'article L. 464-4 I dans sa rédaction actuelle est d'ores et déjà une pratique courante. L'ajout de cette précision dans la loi afin de rendre systématique cette possibilité est donc positif (même si cela ne devrait pas dispenser l'Autorité de prévoir des clauses spécifiques de réexamen dans le cas d'engagements à durée indéterminée, cf. supra).

Néanmoins, afin de lever toute ambiguïté, il apparaît indispensable de prévoir explicitement que la possibilité de solliciter un réexamen des engagements est ouverte à l'entreprise et non seulement à l'Autorité.

66. Il est de plus nécessaire d'encadrer l'usage de cette possibilité par l'Autorité elle-même en prévoyant une obligation de motivation tant pour la décision de réouverture de la procédure que pour la décision réexaminant les engagements. En outre, au vu du principe de sécurité juridique, l'APDC considère que la loi devrait imposer à l'Autorité de préciser *ab initio*, dans la décision d'engagements initiale, les motifs susceptibles de conduire à une réouverture ultérieure de la procédure à l'initiative de l'Autorité, afin que ces motifs soient connus à l'avance par l'entreprise ayant souscrit les engagements.
67. Ensuite, l'APDC considère que le pouvoir de réouverture de la procédure devra s'exercer dans le respect des droits des parties, c'est-à-dire dans le même cadre procédural et avec les mêmes garanties que la procédure ayant abouti à la décision d'engagements initiale. Ainsi toute réouverture par l'Autorité, devra non seulement être motivée comme précisé ci-dessus, mais devra également être suivie de l'envoi d'un document distinct à l'entreprise concernée rappelant

¹⁹ L'APDC comprend que la DGCCRF visait en réalité le paragraphe 3 de l'article 12, bien que sa proposition fasse référence au paragraphe 2.

²⁰ Texte du Règlement n° 1/2003 : « 2. La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative :

a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;

b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou

c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexacts ou dénaturées fournies par les parties. »

les motifs donnant lieu à la réouverture de la procédure, les préoccupations de concurrence qui avaient justifié l'ouverture de la procédure initiale et exposant les nouvelles préoccupations de concurrence, en ce compris le(s) changement(s) substantiel(s) de circonstances justifiant la réouverture de la procédure.

68. En particulier en termes de procédure, l'APDC note que la consultation publique de la DGCCRF fait référence à un pouvoir de l'Autorité de « *modifier, compléter et mettre fin à des engagements* ». L'APDC comprend toutefois qu'il s'agit sans nul doute d'un abus de langage dans la mesure où l'Autorité ne peut rendre obligatoires que les engagements proposés par les parties.
69. Pour les cas où les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements ou la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties, l'APDC note qu'il existe d'ores et déjà des procédures distinctes permettant à l'Autorité de sanctionner le non-respect d'engagements (art. L. 464-3 du code de commerce) ou la fourniture d'informations incomplètes ou inexactes (art. L. 464-2 V. du code de commerce). L'APDC considère donc nécessaire de préciser dans la loi comment la réouverture de la procédure d'engagements prévue par l'article 12 de la Directive s'articulera avec la procédure de non-respect des engagements sur le fondement de l'article L. 464-3 du code de commerce et en particulier de préserver les droits des parties tout au long de cette procédure.
70. Par ailleurs, l'APDC considère que les garanties proposées ci-dessus pour limiter l'adoption d'engagements de durée indéterminée devraient s'appliquer également aux décisions faisant suite à des réouvertures de procédures visées par l'article 12 paragraphe 3 de la Directive.

Enfin, il est bien sûr indispensable de prévoir dans la loi des recours juridictionnels effectifs contre les décisions de réouverture rendues sur le fondement des nouvelles dispositions de transposition de la Directive.

IX. Mesures sur les modes de preuves recevables

71. La consultation publique de la DGCCRF se réfère pour la transposition de la Directive à son article 32 selon lequel :

« Les États membres veillent à ce que les types de preuves recevables devant une autorité nationale de concurrence comprennent les documents, les déclarations orales, les messages électroniques, les enregistrements et tout autre élément contenant des informations, quel qu'en soit la forme et le support. »

Selon l'APDC, cette disposition de la Directive ne nécessite pas de transposition particulière, le droit positif français reconnaissant déjà le principe de la liberté de la preuve devant l'Autorité et la possibilité de recourir à tout type de support pour les informations susceptibles d'être utilisées par celle-ci et ses services d'instruction.

72. Un ajout au droit français est néanmoins envisagé par référence non pas à l'article 32 de la Directive lui-même, mais à son considérant n° 73 qui indique que :

« (...) Les ANC devraient avoir la possibilité d'examiner des preuves pertinentes, qu'elles soient soumises par écrit, oralement, sous une forme électronique ou enregistrée. Ces preuves devraient inclure la possibilité de prendre en compte les enregistrements dissimulés effectués par des personnes

physiques ou morales qui ne sont pas des autorités publiques, pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'unique source de preuve. Cette possibilité devrait s'entendre sans préjudice du droit d'être entendu et sans préjudice de la recevabilité de tout enregistrement effectué ou obtenu par des autorités publiques. De même, les ANC devraient avoir la possibilité de considérer les messages électroniques comme des preuves pertinentes, indépendamment du fait qu'ils se révèlent non lus ou qu'ils aient été supprimés. »

73. La consultation publique se limite à indiquer qu'« *il est proposé d'adopter une mesure en ce sens* ». En l'état de cette formulation très générale, l'APDC comprend que l'ajout qui est envisagé pourrait viser à considérer comme recevables en tant que preuves devant l'Autorité des enregistrements « *dissimulés* » c'est-à-dire des enregistrements réalisés à l'insu de la personne enregistrée.

Si le considérant n° 73 écarte la recevabilité de tels enregistrements lorsqu'ils sont réalisés ou obtenus par des autorités publiques (en l'espèce par les services d'instruction de l'Autorité), reste posée la question de la recevabilité d'enregistrements dissimulés réalisés par une entreprise.

74. L'APDC rappelle que de tels enregistrements constituent des preuves déloyales et partant illégales et non admissibles devant l'Autorité.

C'est ce qu'a jugé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au terme d'un débat qui aura duré plus de 6 années. Dans son arrêt du 7 janvier 2011²¹, la Cour de cassation retient au visa de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6§1 de la CEDH que :

« sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »

75. Le prononcé de cet arrêt a donné lieu à un communiqué de presse de la Cour de cassation qui souligne l'importance de la solution qui venait d'être donnée à la question de l'admissibilité de ce type de preuve :

« Visant les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aussi le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'assemblée plénière a affirmé que "sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence et que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve".

En statuant ainsi, la plus haute formation de la Cour de cassation marque son attachement au principe de la loyauté, qui participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine, y compris en droit de la concurrence. Si les enjeux économiques ne doivent pas être ignorés du juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action.

²¹ Cass. Ass. Plen., 7 janvier 2011, 09-14.316, 09-14.667

En rappelant que les règles générales du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence, sauf dispositions expresses contraires du code de commerce, l'assemblée plénière de la Cour de cassation clarifie ainsi la nature du recours formé contre les décisions de celle-ci. En fondant la cassation sur le visa de l'article 9 du code de procédure civile, elle affirme aussi sans ambiguïté son attachement au maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle tenant compte de la spécificité de la procédure pénale. »

76. L'introduction en droit français d'une mesure rendant admissibles comme preuves des enregistrements déloyaux irait donc à rebours des principes de loyauté de la preuve et de procès équitable auxquels la Cour de cassation a rappelé son attachement y compris en droit de la concurrence.
77. De surcroît, l'APDC tient à souligner qu'une telle modification emporterait aujourd'hui un risque d'entorse à ces principes fondamentaux encore plus grand qu'à l'époque du prononcé de cet arrêt par l'Assemblée plénière.

En effet, les technologies et notamment celles rendant possible la capture, voire le « piratage » de conversations, ne cessent d'évoluer et rendent d'autant plus facile de tels enregistrements dissimulés.

L'évolution de ces technologies est telle qu'elles permettent aussi, surtout lorsqu'ils sont réalisés par une personne privée hors de tout contrôle (notamment d'une autorité judiciaire), de modifier, ou reconstituer des voix ou des conversations, c'est-à-dire de créer de toute pièce un document dénué d'authenticité, sans que cela ne soit nécessairement perceptible au premier abord.

78. Enfin, comme rappelé plus haut, ce n'est que par le biais d'un considérant que cette éventualité est évoquée par la directive, sans que cela, aux yeux de l'APDC, ne rende ni obligatoire, ni nécessaire une modification aussi dangereuse du droit positif français.
79. L'APDC n'ignore pas l'arrêt rendu par le Tribunal de l'Union le 8 septembre 2016 sur le même sujet de l'admissibilité de la preuve. Elle considère cependant que cette affaire diffère significativement de celle ayant donné lieu à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation précité.

En effet, si le Tribunal a admis que la Commission utilise comme moyens de preuve des enregistrements téléphoniques réalisés à l'insu des personnes écoutées, il faut noter que cette admissibilité, loin d'être générale, se limite à un cas de figure précis où :

- d'une part les enregistrements illégaux ne constituaient pas le seul élément de preuve sur lequel se fondait la Commission mais n'étaient qu'un élément parmi d'autres, susceptibles de corroborer d'autres preuves ;
- d'autre part, ces enregistrements étaient soumis au contradictoire en ce que les parties y avaient eu accès et avaient pu les contester. On notera que dans cette affaire, les parties à l'origine du recours devant le Tribunal n'ont jamais nié le contenu des enregistrements litigieux ;
- Enfin et surtout, contrairement à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, les enregistrements déloyaux n'avaient pas été préconstitués dans le

seul but de saisir une autorité de concurrence et n'avaient pas été produits par une entreprise qui y aurait eu intérêt, ce que le Tribunal a pris grand soin de relever²².

80. L'APDC est donc d'avis que cet arrêt du Tribunal de l'Union n'est pas de nature à remettre en cause le principe posé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 7 janvier 2011.

Et ce d'autant moins que l'arrêt du Tribunal fait état de la solution donnée en France quant à l'irrecevabilité comme preuves d'enregistrements déloyaux, sans à aucun moment considérer que celle-ci pourrait contrevenir à une disposition issue du droit de l'Union.

81. Pour les raisons qui précèdent, l'APDC est donc fortement opposée à toute modification du droit positif français qui viendrait rendre recevable comme moyen de preuve des enregistrements déloyaux, et ce d'autant plus à l'occasion d'un processus d'adoption qui ne donnera pas lieu à un débat parlementaire sur une question pourtant aussi sensible en lien direct avec l'exercice des droits de la défense.

Comme indiqué en introduction, l'APDC se réserve la possibilité de compléter ses commentaires sur la base du projet d'Ordonnance une fois qu'une première version en sera disponible, tant sur les thèmes évoqués précédemment que sur d'autres sujets liés à la transposition de la directive ECN+.

Antoine Choffel

Marie Cécile Rameau

Anne Laure Hélène des Ylouses

Les autres contributeur de l'APDC à ces observations sont : Yohann Chevalier, Stéfanie Billaud, Marta Giner, Flora Pitti-Ferrandi, Alexandre Lacresse, Alexandre Glatz, Romain Maulin, Laetitia Gosselet, Lauren Mechri, Juliette Kuentz.

²² En substance, dans cette affaire la Commission a procédé à des visites et saisies coercitives à la suite de demandes de clémence. C'est au cours de ces opérations que la Commission a saisi des enregistrements déloyaux dans les locaux d'une des entreprises visitées qui ne comptaient pas parmi les demandeurs de clémence. C'est en cela que le Tribunal de l'Union a relevé que ces enregistrements n'étaient pas produits par une personne y ayant un intérêt.