

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 9 : Les procédures concurrentielles

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : Les phases d'enquête et d'instruction.....	p. 3
§ 1 : Les enquêtes.....	p. 4
A - Les enquêtes en droit européen.....	p. 4
B - Les enquêtes en droit français.....	p. 6
1. Les enquêtes simples.....	p. 6
2. Les enquêtes lourdes.....	p. 8
C - Les droits de la défense pendant l'enquête.....	p. 10
§ 2 : L'instruction du dossier.....	p. 11
A - Les actes d'instruction.....	p. 11
1. Les investigations du rapporteur.....	p. 11
2. La notification ou communication des griefs.....	p. 11
3. Le rapport.....	p. 13
B - L'accès au dossier.....	p. 14
1. L'étendue de l'accès au dossier.....	p. 14
a) En droit européen.....	p. 14
b) En droit français.....	p. 16
2. Le secret des affaires.....	p. 16
Section 2 : La phase décisionnelle.....	p. 19
§ 1 : Les décisions provisoires.....	p. 19
§ 2 : Les décisions au fond.....	p. 21
A - Les décisions de non-lieu et d'incompétence.....	p. 21
B - Les décisions de sanction.....	p. 21
1. Les injonctions.....	p. 22
a) En droit européen.....	p. 22
b) En droit français.....	p. 23
2. Les amendes.....	p. 24
a) Le calcul des amendes en droit européen.....	p. 25
b) Le calcul des amendes en droit français.....	p. 26
- Le montant de base.....	p. 28
- Les circonstances atténuantes et aggravantes.....	p. 30
§ 3 : Les recours.....	p. 34
A - En droit européen.....	p. 34
B - En droit français.....	p. 34
Section 3 : Les procédures négociées.....	p. 36
§ 1 : La clémence.....	p. 36
A - La clémence en droit européen.....	p. 36
B - La clémence en droit français.....	p. 37
1. L'exonération totale.....	p. 38
2. L'exonération partielle.....	p. 38
§ 2 : Les engagements volontaires.....	p. 40
A - En droit européen.....	p. 40
B - En droit français.....	p. 40
§ 3 : La transaction.....	p. 42
§ 4 : La transaction en droit français.....	p. 46

Les infractions aux règles de concurrence peuvent donner lieu aux deux types classiques de contentieux très étroitement liés : le contentieux objectif qui relève des autorités spécialisées et le contentieux subjectif appartenant au juge faisant application des textes nationaux relatifs à l'annulation des actes constitutifs d'infractions concurrentielles et aux actions en réparation. Le contentieux objectif répond à des dispositions particulières issues pour le droit interne, du Code de commerce, articles [L. 450-1 et suiv.](#) et [R. 450-1 et suiv.](#), mais aussi de textes adoptés par l'Autorité de la concurrence tels des communiqués de procédure, son Règlement intérieur et sa Charte de déontologie. Le droit procédural européen est à rechercher, essentiellement, dans le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité remplaçant le Règlement n° 17/62 du 6 février 1962 d'application des articles 81 et 82 du traité et dans diverses Lignes directrices, et la [directive n° 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur \(Directive ECN+\)](#) . La Loi DDADUE du 3 décembre 2020 a habilité le gouvernement à transposer la directive ECN+ (V. E. CLaudel, *RTD com.* 2020, p. 793), ce qu'il a fait par l'[Ordonnance n° 2021-649](#) du 26 mai 2021.

Remarque

Dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, les Autorités nationales appliquent leurs propres règles de procédure. La Cour de cassation a ainsi rappelé que « *le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 et 82 du Traité CE de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit européen de la concurrence* » (Cass. com., 14 déc. 2004 : *Europe* 2005, comm. n° 21, obs. L. Idot).

Devant « *l'hyper-technicité* » du droit de la concurrence, seules certaines juridictions sont habilitées à connaître du contentieux subjectif. Le décret n° 2005/1756 du 30 décembre 2005 a fixé la liste des juridictions spécialisées. En première instance, il s'agit de 8 Tribunaux de commerce et 8 Tribunaux de Grande Instance : Marseille, Bordeaux, Lille, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes. La Cour d'appel de Paris reste seule compétente en appel.

En savoir plus : La coopération

Selon l'article 11, § 1 du Règlement n° 1/2003, « *la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration* ». Cette collaboration prend d'abord la forme d'une double information : les autorités nationales doivent informer la Commission des affaires dont elles sont saisies et cette dernière doit transmettre aux autorités les documents et pièces en sa possession. Ensuite les autorités doivent consulter la Commission dès lors qu'elles envisagent d'adopter une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant les engagements au sens de l'article 9 du Règlement ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Elles peuvent également la consulter sur tout autre cas d'application du droit européen.

Pour assurer l'homogénéité du droit de la concurrence européen, les autorités nationales sont regroupées dans un Réseau européen de concurrence ou European Competition Network (ECN). L'objet du réseau est d'attribuer une affaire à l'autorité la mieux placée pour la traiter et d'organiser l'échange d'informations. La Commission est au cœur de l'ECN et reste compétente. Ainsi, le fait qu'une affaire soit pendante devant une ANC ne prive pas la Commission de sa compétence pour enquêter sur les faits, voir de reprendre l'affaire (TPICE, 8 mars 2007, aff. [T-339/04](#), France Télécom SA et 8 mars 2007, aff. [T-340/04](#), France Télécom SA : JCP G 2007, II, 10124, note L. Idot).

La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales est visée à l'article 15 du Règlement de décembre 2002. Elle repose tout d'abord sur une procédure de demande d'avis des juges nationaux. Elle concerne ensuite, l'obligation faite aux juridictions, via les Etats membres, de transmettre à la Commission copie de tous les jugements et arrêts prononcés par elles, en application des articles 101 et 102. Toujours dans le souci d'uniformité d'application du droit européen, la Commission peut d'office présenter ses observations écrites à une juridiction. En revanche, il lui faut l'autorisation de la juridiction, si elle souhaite présenter des observations orales.

Section 1 : Les phases d'enquête et d'instruction

La plupart du temps, c'est l'enquête, ayant bien souvent pour origine une plainte, qui va révéler le comportement anticoncurrentiel. L'enquête et la saisine de l'autorité de concurrence ne sont pas forcément synchronisées. Tandis que la Commission européenne diligente une enquête à partir du moment où elle est saisie ou se saisit, l'ADLC peut se saisir ou être saisie après qu'une enquête ait été réalisée par les services de la DGCCRF, ce qui est au final assez fréquent.

Les pratiques en cause dans la présente affaire ont été révélées notamment grâce à des perquisitions pénales réalisées sous le contrôle d'un juge d'instruction.

Exemple

Procédure liant enquête pénale et enquête concurrence : ADLC, déc. n° [24-D-06](#) du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton.

Une enquête pénale avait été réalisée à la suite d'un signalement de la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence, elle-même informée par un signalement de la DGCCRF, sur la base d'un indice de la BIEC de Lille. Ce signalement auprès du procureur de la République a conduit le magistrat instructeur à procéder notamment à des interceptions d'échanges téléphoniques et à la réalisation en 2018 des perquisitions dans les locaux de plusieurs sociétés incriminées ainsi qu'à l'Hôtel Mercure de Roissy, où se tenait une réunion entre des représentants de plusieurs sociétés impliquées dans les pratiques poursuivies. À la suite de ces perquisitions, l'Autorité a reçu de la part d'une entreprise puis d'une autre deux demandes de clémence. Ces dernières ont conduit l'Autorité à se saisir d'office des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton et à demander au juge d'instruction la communication des pièces de ce dossier ayant un lien direct avec les faits mentionnés dans sa saisine

La Commission européenne et l'ADLC peuvent être saisies toutes les deux sur plainte et d'office, notamment lorsque la plainte est anonyme ou lorsque des citoyens ou des entreprises informent les autorités de faits infractionnels (Comm. UE, Communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 103 du TFUE, points 10 et 11). Peuvent déposer plainte en droit européen, les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime et les Etats-membres. En droit interne, la plainte est réservée aux entreprises et aux organismes visés à l'article [L. 462-1](#), à savoir les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers ou les chambres de commerce et d'industrie. Le Rapporteur Général peut également proposer à l'ADLC de se saisir d'office (et non plus l'Autorité par elle-même depuis la LME du 4 août 2008). L'ADLC peut également être saisie par le Ministre de l'Economie. Lui-même, ou les services de la DGCCRF, ont été saisis par un opérateur, ce qui a donné lieu à enquête. Au vu des résultats de celle-ci, le Ministre peut saisir l'ADLC, en lui communiquant le rapport administratif d'enquête (RAE).

Aux termes de l'article [R. 463-1](#) du Code de commerce, la saisine comprend « *son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande ; les nom, prénoms, dénomination ou forme sociale, profession ou activité, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur, ainsi que, le cas échéant, ses statuts et le mandat donné à son représentant* ».

Remarque

L'Autorité de la concurrence est saisie in rem : elle n'est pas liée par les demandes de la partie saisissante, ni par les faits énoncés dans la saisine, ni par les qualifications proposées. Cela lui permet d'examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles non mentionnées dans la saisine mais mises en oeuvre soit sur le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine, soit sur des marchés connexes. En cas de désistement du plaignant, l'ADLC peut décider de poursuivre l'affaire qui est alors considérée comme une saisine d'office. A noter également que depuis la [directive n° 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur \(Directive ECN+\)](#) transposée par l'Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, l'Autorité française dispose de l'opportunité des poursuites (art. [L. 462-8](#)).

§ 1 : Les enquêtes

Les enquêtes en droit européen et en droit français suivent des règles différentes, ce qui n'exclut pas, parfois, une certaine coopération.

A - Les enquêtes en droit européen

La Commission européenne dispose d'enquêteurs chargés de recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des gouvernements et des autorités compétentes des Etats membres ainsi que des entreprises et des associations d'entreprises. La Commission peut faire procéder à trois types d'enquête encadrés par le Règlement n° 1/2003 et la Communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE.

La demande de renseignements. Selon l'article 18 du Règlement n° 1/2003, il s'agit d'une lettre ou d'une décision indiquant les bases juridiques, les buts visés par la demande, le délai de réponse (en général, 4 semaines) et les sanctions applicables en cas de renseignements inexacts. Les amendes d'astreinte peuvent atteindre 5 % du chiffre d'affaires quotidien des entreprises concernées.

Le droit de recueillir des informations (auditions). Cette procédure était déjà admise et a été consacrée dans le règlement n° 1/ 2003. L'article 19 précise que la personne doit donner son accord avant d'être interrogée.

Les inspections (art. 20). Elles correspondent aux visites et saisies connues en droit interne. L'objet de la vérification doit être indiqué, sans pour autant que la qualification des faits, ni même une délimitation précise du marché en cause ou la période au cours de laquelle l'infraction a été commise ne soient mentionnés (CJUE, 25 juin 2014, aff. [C-37/13](#), Nexan SA et Nexans France). Des agents se rendent dans les locaux de l'entreprise pour contrôler les livres et documents professionnels et en prendre copie, demander des explications orales...

Remarque Inspections incidentes.

Les enquêtes peuvent donner lieu à la découverte d'indices non couverts par l'ordonnance d'autorisation. Ces inspections incidentes appellent quelques réserves quant aux garanties des droits de la défense. Effectivement, selon l'article 28-1 du Règlement n° 1/2003, « *les informations recueillies en application des articles 17 à 22 ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies* ». Il est ainsi interdit à la Commission « *d'aller à la pêche aux informations* » au cours d'une enquête sur un autre objet. Toutefois, la Cour de justice a admis une exception lorsque, incidemment, elle trouve des documents semblant indiquer une autre infraction éventuelle à des règles de la concurrence de l'Union (CJCE, 17 oct. 1989, aff. [C-85/87](#), Dow Benelux). S'appuyant sur cette jurisprudence, le Tribunal de l'UE a plus récemment jugé que la Commission est autorisée à ouvrir une procédure d'enquête, « *afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieures, au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence* » (Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. jointes [T-289/11](#), [T-290/11](#) et [T-521/11](#), Deutsche Bahn AG : Europe, 2013, comm. n° 472, obs. L. Idot ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. n° 247, obs. D. Bosco). La discussion peut toutefois porter sur le caractère « *incident* » de la découverte d'une infraction. Dans l'affaire Deutsche Bahn, l'Avocat Général a ainsi estimé que la seconde enquête avait en fait été diligentée par la Commission, et invite alors la Cour de justice à annuler l'arrêt mais aussi les inspections se basant sur la première enquête. Celles-ci étant fondées sur des informations obtenues illégalement lors de la première inspection, les droits de la défense des requérantes et leur droit à l'inviolabilité du domicile ont été violés en raison d'une infraction aux règles fixées par le règlement n° 1/2003 (N. Wahl, concl. 12 fév. 2015, aff. C-583/13). La Cour de justice a suivi les conclusions de l'avocat général en annulant les inspections incidentes (CJUE, 18 juin 2015, aff. [C-583/13](#) P, Deutsche Bahn AG).

Le pouvoir d'investigation de la Commission est très large. D'un point de vue temporel, il peut s'étendre même après la communication des griefs. Le juge européen rappelle assez fermement que la communication des griefs n'est qu'un acte provisoire autorisant la Commission à poursuivre son enquête après celle-ci

Exemple

Trib. UE, 12 juillet 2019, aff. [T-8/16](#), Toshiba Samsung Storage Technology Corp. et Toshiba Samsung Storage technology Korea Corp c/ Commission, pt. 53 ; Trib. UE, 12 juillet 2019, aff. [T-772/15](#), Quanta Storage c/ Commission.

D'un point de vue matériel ou spatial, le pouvoir de la Commission est étendu au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises ou associations d'entreprises (art. 21-1 du Règlement n° 1/2003). La question s'est posée de savoir si la Commission pouvait procéder à des vérifications dans les locaux d'une entité juridique tierce mais étroitement liée au destinataire de la décision de vérification. Le TPICE a répondu par la négative sauf circonstances particulières pouvant rendre de telles visites licites (TPICE, 11 déc. 2003, aff. [T-65/99](#), *Strintzis lines Shippong c/ Commission*). Quels étaient les éléments pris en compte en l'espèce ? Les réponses aux demandes de renseignements avaient été écrites sur du papier à lettre où figuraient le logo commercial et l'adresse de la société tierce ; cette dernière était l'agent exclusif de la société destinataire de la décision de vérification et gérait les activités commerciales de celle-ci, si bien que son identité était en pratique entièrement assimilée à celle de la société visée dans la décision et que ses locaux devaient être considérés comme le véritable centre d'activités commerciales de cette société ; ni les activités distinctes (à supposer qu'il y en ait eu), ni les livres et documents professionnels distincts de la société tierce n'ont fait l'objet de vérification. La Commission, qui plus est, n'avait pas à prendre une nouvelle décision de vérification dans la mesure où les locaux en cause étaient des locaux utilisés par la société destinataire de la décision de vérification pour développer son activité commerciale, et qu'ils pouvaient donc être assimilés aux « *locaux commerciaux* » de cette société dont la jurisprudence autorise en toute circonstance la visite (CJCE, 21 sept. 1989, aff. [C-46/87](#) et [227/88](#), *Hoechst*).

Les vérifications doivent être précédées d'une notification par la Commission adressée aux autorités nationales de concurrence des Etats dans lesquels se situent les contrevenants éventuels. Lorsque le droit national l'exige, la Commission doit recueillir une autorisation. Ainsi, doit-elle obtenir du juge français un mandat de perquisition ou au moins son autorisation pour pratiquer des visites au domicile et opérer des saisies. Si les informations que lui a données la Commission lui paraissent insuffisantes, le juge national ne peut se contenter

de rejeter la demande. Parce qu'il est tenu d'une obligation de coopération loyale (art. 4-3 Traité UE), le juge doit s'adresser à la Commission ou à l'administration nationale dans les plus brefs délais afin d'obtenir des éclaircissements. Après avoir reçu la réponse, elle-même dans un bref délai, le juge national sera fondé « à *refuser d'accorder l'assistance sollicitée, s'il ne peut, au vu des informations dont il dispose, être conclu à l'absence de caractère arbitraire* » (CJCE, 22 oct. 2002, aff. [C-94/00, Roquette Frères SA](#) : Europe 2002, comm. n° 422, obs. L. Idot ; *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. n° 30, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2003, p. 300). Cette jurisprudence a été reprise dans le règlement n° 1/2003 à l'article 20, § 7 et 8.

Toutefois, l'absence de mandat judiciaire n'est pas en elle-même de nature à entraîner l'illégalité du système s'il existe par ailleurs un encadrement suffisant, en particulier grâce à un contrôle juridictionnel complet. Pour le Tribunal, il existe en droit européen, cinq séries de garanties (motivation des décisions d'inspection, limites imposées au déroulement des inspections, absence de pouvoirs de contrainte, intervention des instances nationales en cas d'opposition, contrôle juridictionnel avec diverses voies d'action) qui permettent de conclure à la compatibilité du système avec les exigences de la CESDH (Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. jtes [T-289 et 290/11](#) et [T-521/11](#), *Deutsche Bahn* : op. cit.).

B - Les enquêtes en droit français

Les enquêtes en droit interne sont soumises aux articles [L. 450-1 et suivants](#) du Code de commerce. Elles sont assurées par des agents des services d'instructions de l'Autorité de la concurrence et par des fonctionnaires habilités par le Ministre chargé de l'économie. Si en principe les enquêteurs doivent décliner leur identité dès le début de la procédure dans le but d'en garantir la loyauté, la loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation les autorise à différer l'énoncé de leur qualité au plus tard jusqu'à la notification à la personne contrôlée de la constatation de l'infraction « *lorsque l'établissement de la preuve de l'infraction ... en dépend et qu'elle ne peut être établie autrement* » (art. [L. 450-3-2](#)).

1. Les enquêtes simples

Les enquêtes simples sont prévues à l'article [L. 450-3 du Code de commerce](#) modifié par la loi Macron du 6 août 2015 : les enquêteurs peuvent accéder « *dans tous lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'accéder à tous moyens de transport à usage professionnel* ». Si les locaux sont également à usage d'habitation et si l'occupant s'y oppose, les agents doivent obtenir l'autorisation du Juge des libertés et de la détention du TGI dans le ressort duquel sont situés les locaux.

Exemple

Rétorquée une première fois par le Conseil constitutionnel pour atteinte à la vie privée (déc. 2015-715 DC, 5 août 2015), la proposition de permettre aux enquêteurs de se faire communiquer les fadettes téléphoniques, c'est-à-dire les factures détaillées auprès des opérateurs de téléphonie mobile, a été consacrée dans la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi Pacte). Introduisant dans le code de commerce un nouvel article L. 450-3-3, la loi a donné à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'accéder, sous des conditions strictement encadrées, aux données de connexion des opérateurs téléphoniques. Lorsque des éléments laissent présumer l'existence d'une infraction ou d'un manquement et que l'accès aux données de connexion est nécessaire aux besoins de l'enquête, l'Autorité pourra soumettre à une nouvelle autorité, le contrôleur des demandes de données de connexion, une demande d'accès aux données de connexion. La procédure est entourée de garanties. Le contrôleur sera un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour de cassation. Il pourra autoriser l'accès aux données pour une enquête déterminée. Si l'autorisation est accordée, les enquêteurs pourront accéder à des informations telles que les numéros de téléphone appelés par une personne déterminée, la date et l'heure de l'appel, et sa durée. Ces informations permettront aux enquêteurs de déterminer, au vu de l'ensemble du dossier, si des pratiques anticoncurrentielles (par exemple des ententes tarifaires) ont été mises en œuvre.

Le décret n° 2019-1247 du 28 novembre 2019 précise la procédure de communication des données de connexion. Il fixe notamment les éléments qui doivent être fournis à l'appui d'une demande de connexion, et les modalités de conservation et de destruction des données en cause.

Toutefois, la Cour de justice a considéré très récemment que la conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic pendant un

an à compter du jour de l'enregistrement par les opérateurs de services de communications électroniques n'est pas autorisée, à titre préventif, aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché, dont font partie les opérations

d'initiés (CJUE, 20 septembre 2022, aff. jtes C-339/20 et C-397/20, SR). Si l'affaire concernait précisément l'AMF, nul doute que la solution retenue s'étend à la procédure concurrentielle, très proche de celle en matière boursière.

L'article L. 450-3 prévoit par ailleurs que :

« Les agents peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie, par tout moyen et sur tout support, des livres, factures et autres documents professionnels de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent exiger la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification nécessaire au contrôle.

Pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, ils ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle. »

Les termes de cet article sont entendus strictement : il s'agit uniquement d'un droit d'accès car les enquêteurs ne peuvent ni perquisitionner ni fouiller. Ils ne le peuvent que dans le cadre d'une enquête lourde. Qui plus est, seuls sont visés les documents professionnels. Les enquêteurs n'ont pas à fournir de document particulier aux entreprises et restent parfois bien vagues sur l'objet de leur enquête. Cela pourrait bien être contraire à l'art. 8 CESDH.

Exemple

La CEDH a en effet jugé dans l'affaire Delta Pekarny que les documents remis par des enquêteurs tchèques à l'entreprise ne détaillaient pas suffisamment le champ de l'enquête et les présomptions que l'Autorité tchèque entendait vérifier (2 oct. 2014, aff. C-97/11 : RLC n° 41/2015, p. 68, note N. Jalabert-Doury).

Or cette procédure est très similaire à celle de l'article L. 450-3...

Enfin, la Cour de cassation a jugé que la demande de renseignement "ne constituait pas un acte contraignant faisant grief à l'entreprise, susceptible de porter atteinte au respect de son domicile et de sa correspondance, et qu'(elle) pouvait faire l'objet d'autres recours assurant une protection juridictionnelle suffisante" qu'un recours

pour excès de pouvoir (Cass. com., 26 avril 2017, n° [15-25699](#) : Contrats, conc., consom. 2017 comm. n° 157, obs. G. Decocq).

2. Les enquêtes lourdes

Elles sont visées à l'article [L. 450-4 du Code de commerce](#), révisé par la loi du 3 juin 2016, et sont encadrées par l'autorité judiciaire. Il s'agit de visites et de saisies autorisées par le juge des libertés et de la détention (JLD) du ressort des lieux à visiter et en présence d'un officier de police judiciaire (ou du magistrat). Depuis 2008, il est expressément prévu que, durant l'enquête, les entreprises peuvent se faire assister par un conseil de leur choix (art. L. 450-4 alinéa 5. V. Cass. crim., 27 nov. 2013, n° [12-85830](#)).

Exemple

Sous l'empire du droit antérieur à 2008, la Cour de cassation avait également reconnu que l'absence d'un avocat lors d'une visite ou saisie entravait l'exercice des droits de la défense de la partie faisant l'objet de ces mesures et conduisait à l'annulation de la procédure (Cass. crim., 25 juin 2014, n° [13-81471](#) : AJCA oct. 2014, p. 291, obs. M. Thill-Tayara et A. Sanz). Il résulte de l'article L. 450-4 que les droits de la défense s'exercent dès la notification de l'ordonnance si bien que les enquêteurs ne peuvent interdire à l'entreprise toute communication avec l'extérieur, y compris les avocats, tant que les bureaux ne seraient pas scellés : les opérations de visite et saisies doivent donc être annulées (Cass. crim., 4 mai 2017, n° [16-81071](#). V. CA Paris, ord. 28 mars 2018, n° 17/16586 : Contrats, conc. consom. 2018, comm. n° 119, obs. G. Decocq).

En savoir plus : Rôle de l'avocat pendant la phase d'enquête.

V. Y. Rutschmann, O. Billard et G. Pellegrin, « La présence et le rôle de l'avocat dans les opérations de visite et saisie : examen comparé des procédures fiscales et de concurrence », *Contrats, conc. consom.* 2017, Etude 11.

Un large contentieux sévit à propos de ces enquêtes et a même tenté d'être porté devant le Conseil constitutionnel. Mais la Cour de cassation a à chaque fois refusé de transmettre au Conseil constitutionnel des QPC portant sur la conformité de cet article à la Constitution.

Exemple

Cass. crim., 20 oct. 2010, inédit n° [10-81748](#) et [10-81749](#). – 1^{er} déc. 2010, inédit pourvoi n° [10-80016](#) et [10-80017](#).

Les visites peuvent être effectuées en tous lieux, même privés.

Avant de rendre son ordonnance, le magistrat doit vérifier un certain nombre d'éléments formels. Tout d'abord, comme l'exige l'article [L. 450-4](#) alinéa 1^{er}, il faut que l'enquête soit demandée par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur. La demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite.

Exemple

La Cour de cassation considère toutefois qu'une production partielle n'entraîne pas l'annulation de la procédure, sauf à ce que le requérant prouve en quoi la production des documents litigieux aurait conduit le juge à statuer différemment (Cass. crim., 9 fév. 2005 : *Bull. crim.* n° 52 ; *RLC* n° 3/2005, p. 81, obs. B. Cheynel). Dans le droit fil de cette position, la Cour de cassation a encore décidé que le JLD n'a pas à rechercher s'il existe des présomptions précises, graves et concordantes permettant d'établir la réalité de l'infraction, cette condition n'étant pas prévue à l'article [L. 450-4](#) (Cass. crim., 22 janv. 2014, n° [13-81013](#)).

Cette dernière disposition est en effet autonome par rapport à la définition des présomptions admissibles à titre de preuve en matière civile.

L'ordonnance devra mentionner l'objet de l'enquête et les agents qui y procéderont. Elle désigne également le chef du service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, le JLD délivre une commission

rogatoire pour exercer ce contrôle au juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel s'effectue la visite. En cas de contestation de la régularité des opérations réalisées sur la base de la commission rogatoire, c'est le juge ayant autorisé la visite et les saisies qui est compétent.

Remarque

Lors des grandes réformes de 2008, il avait été proposé de pouvoir élargir le champ des ordonnances et de permettre ainsi des saisies incidentes ; finalement le gouvernement, face aux critiques dénonçant une violation des droits des entreprises, a abandonné le projet.

L'article L. 450-4 alinéa 8 prévoit que les enquêteurs pourront, lors des visites procéder à des auditions de l'occupant des lieux ou de ses représentants en vue de recueillir des informations ou explications utiles à l'enquête. Mais quid en cas d'absence de cet occupant ? Il lui est possible de désigner un ou plusieurs représentants pour assister la visite et signer le PV. L'alinéa 7 de l'article L. 450-4, précise ainsi que « *la visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. L'occupant des lieux peut désigner un ou plusieurs représentants pour assister à la visite et signer le procès-verbal. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle de l'administration de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle de l'Autorité de la concurrence* ».

Depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008, les ordonnances autorisant les visites et saisies et les irrégularités lors de leur déroulement peuvent faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel, seule la voie du pourvoi étant autorisée auparavant. Le texte a été adopté suite à l'arrêt Rapon de la CEDH du 21 février 2008 qui a sanctionné la procédure fiscale française, et en particulier celle des saisies et perquisitions, jugeant que la seule possibilité de se pourvoir en cassation pour contester l'autorisation des visites et saisies ne répond pas à l'exigence d'un recours effectif. Cette jurisprudence était transposable à la procédure suivie en concurrence. Le pouvoir réglementaire a donc pris les devants d'une éventuelle condamnation par la CEDH. La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a réduit le délai de recours, déjà bref, en le passant de 15 jours à 10 jours. Le point de départ diffère selon la contestation. L'appel contre l'ordonnance ayant autorisé la visite ou la saisie est formé dans les 10 jours suivants la notification de l'ordonnance tandis que celui contestant la régularité des opérations est interjeté dans les 10 jours à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire, ou, pour les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause, à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard à compter de la notification de griefs. L'appel n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation. Les recours sont soumis aux règles du code de procédure pénale excluant par là les autres voies de recours prévues par le Code de procédure civile que sont la rétractation ou le référé. Malgré cette référence au Code de procédure pénale, le recours est de nature civile (Cass. crim., 8 sept. 2010, inédit, n° [09-84467](#)).

Par l'introduction de ce recours juridictionnel devant la Cour d'appel, tout pourvoi intenté contre une ordonnance, même avant la réforme, devient irrecevable (Cass. crim., 25 fév. 2009 : *Bull. crim.* n° 47). La conformité de la procédure concurrentielle à l'article 6 § 1 de la CESDH semblait ainsi assurée. Pourtant, la CEDH a jugé que ce recours ne remplissait pas la condition d'effectivité car le laps de temps entre l'ordonnance prescrivant la visite et la saisie et le contrôle s'avère trop long (CEDH, 21 mars 2011, Sté Canal+ – 21 mars 2011, Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz – 5 mai 2011, Société métallurgique Liotard Frères). De même, les documents saisis doivent-ils être en lien avec l'enquête et l'entreprise doit-elle disposer d'un recours effectif pour contester l'étendue des documents saisis (CEDH, 2 avr. 2015, Vinci Constructions et GTM Génie Civil : *AJCA* Juin 2015, p. 265, note R. Maulin).

La saisie irrégulière de certains fichiers ou documents lors d'une enquête n'emporte pas irrégularité de l'ensemble des opérations (Cass. crim., 20 décembre 2017, n° [16-83468](#) et n° [16-83469](#) : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. n° 76, obs. G. Decocq).

Remarque

Les perquisitions informatiques.

Le juge admet les saisies informatiques "globales" dès lors qu'elles portent sur des éléments entrant dans le champ de l'autorisation accordée par le juge des libertés et de la détention (Cass. com., 8 mars 2016, n° [14-26929](#) - Cass. crim., 9 mars 2016, n° [14-84566](#) - 23 novembre 2016, n° [15-81131](#). V. B. Boulloc, « Le fichier informatique insécable et l'impossibilité de joindre directement le JLD », *RLC* 50/2016, p. 39). De son côté, la CEDH a jugé que si les opérations de visites et saisies constituent bien une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne, cette ingérence reste proportionnée au but poursuivi (CEDH, 2 avril 2015, Vinci Construction. - CEDH, 21 décembre 2010, Canal Plus). La saisie globale est admise dans la mesure où les entreprises disposent d'un recours postérieur permettant de récupérer les documents couverts par le secret, notamment les correspondances avec les avocats (CEDH, 21 mars 2017, Janssen Cilag).

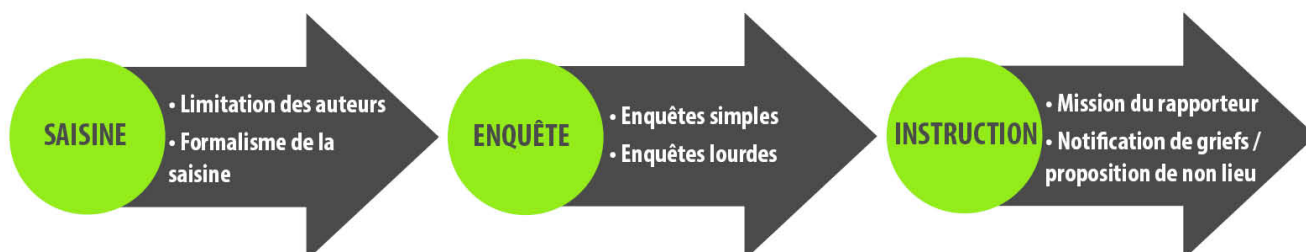
C - Les droits de la défense pendant l'enquête

Les enquêtes sont gouvernées par le principe de loyauté. On trouve mention de ce principe à l'[article 14 du Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques de 1966](#) lorsqu'il fait référence au droit à la non incrimination. La loyauté renvoie aux conditions d'exercice des droits de la défense et du procès équitable. Cette loyauté est requise lors de la phase préalable d'enquête administrative, lors de la recherche de preuves et l'établissement du Procès-verbal.

Les enregistrements illégaux ont un temps cristallisé l'attention.

Exemple

L'assemblée plénière de la Cour de cassation avait jugé en 2011, au visa de l'article 9 du Code civil et de l'article 6 § 1 de la CESDH, 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 ; (...) 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* » (Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011 : *D.* 2011, p. 157, obs. E. Chevrier, p. 562, note F. Fourment). Les autorités sont revenues vers un principe d'efficacité probatoire en 2016, le Tribunal de l'Union européenne (Trib. UE, 8 septembre 2016, aff. [T-54/14](#), Goldfish), comme l'Autorité française (ADLC, déc. n° [16-D-21](#), 6 octobre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des titres-restaurant) admettant que des enregistrements illégaux puissent être utilisés comme moyens de preuve d'une entente (V. M. Mekhi, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.* 2016, p. 2355. - J. Grangeon, « La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens ! », *RLC* 56/2016, p. 43). La France devra s'y conformer, la Directive n° [2019/1](#) du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (Directive ECN +) édictant en son article 32 que "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". C'est chose faite avec l'ordonnance du 26 mai 2021 qui modifie l'article [L. 463-1](#). Désormais, « *Les pratiques dont l'Autorité de la concurrence est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve* ».



§ 2 : L'instruction du dossier

La phase d'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires (art. [L. 463-1](#) du Code de commerce). Les règles de procédure garantissant ce principe consistent en la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations sur les griefs notifiés et sur le rapport, de s'exprimer oralement en séance (ADLC, déc. n° [16-D-14](#), 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment, pt. 417).

A - Les actes d'instruction

1. Les investigations du rapporteur

Pendant l'instruction du dossier, le rapporteur peut procéder à diverses investigations tendant à la recherche et à la constatation des faits. Il peut ainsi auditionner toute personne qu'il estime utile à la procédure (art. [R. 463-6](#) du Code de commerce). Ces personnes peuvent être assistées d'un conseil. Un PV doit alors être dressé qui sera intégré au dossier. La « *mauvaise volonté* » des entreprises peut être lourdement sanctionnée. Ne pas venir à une convocation ou ne pas répondre dans le délai imparti peut conduire au prononcé d'une injonction assortie d'une astreinte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard (art. [L. 464-2 V](#)). L'obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, peut être puni par une amende dont le montant maximum ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (art. [L. 464-2 V](#)).

2. La notification ou communication des griefs

Le rapporteur instruit à charge et à décharge le dossier qui lui est confié par le Rapporteur général. S'il estime qu'aucune infraction n'a été commise, il propose un non-lieu. Dans le cas inverse, il rédige une notification des griefs, appelée communication des griefs en droit européen. Le juge de l'UE rappelle régulièrement que la communication des griefs n'est qu'un acte provisoire autorisant la Commission à poursuivre son enquête après celle-ci (CJUE, 28 janvier 2021, aff. [C-466/19 P](#), Qualcomm inc, Qualcomm Europe Inc c/ Commission, pt. 66. – Trib. UE, 12 juillet 2019, aff. T-8/16, Toshiba Samsung Storage Technology Corp. et Toshiba Samsung Storage technology Korea Corp c/ Commission, pt. 53 ; Trib. UE, 12 juillet 2019, aff. [T-772/15](#), Quanta Storage c/ Commission, pt. 60 s.) ou lui permettant de revenir sur l'appréciation des faits dans sa décision comme dans l'affaire Tokin Coporation (Trib. UE, 29 sept. 2021, aff. [T-343/18](#), Tokin Corporation).

Le Règlement n° 773/2004 /CE de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 et 102 du TFUE et les articles [L. 463-2](#) et [R. 463-11](#) et suivants du Code de commerce ne précisent guère le contenu des actes. En droit interne, il est uniquement mentionné que la notification des griefs doit être envoyée par le Rapporteur général à l'auteur de la saisine, aux ministres concernés, aux parties intéressées et au Commissaire du gouvernement par lettre recommandée avec avis de réception (art. [R. 463-11](#)). L'acte doit obligatoirement préciser que les intéressés ont deux mois pour répondre (art. [L. 463-2](#)). Le fait que la notification des griefs ne soit pas signée ou datée par le rapporteur n'est pas un motif d'annulation de celle-ci (Cons. conc., déc. n° 03-D-35, 24 juill. 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires SANDOZ, devenus en 1997 NOVARTIS Pharma SA, sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux). Elle ne constitue pas en effet une décision administrative au sens de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration

qui impose en son article 4 la signature de l'auteur de la décision et la date. La notification des griefs est suffisamment authentifiée par la mention du nom du rapporteur figurant sur la page de couverture.

En droit européen, la Commission fixe elle-même le délai de réponse dans l'acte en fonction des circonstances de l'affaire et éventuellement de l'urgence (art. 10-2 du Règlement n° 773/2004/CE). Le TPICE a admis la validité des communications de griefs signées par le directeur général de la concurrence (DG IV) en vertu d'une délégation de signature accordée par le commissaire chargé de la concurrence (TPICE, 14 mai 1998, aff. T-338/94, Finnish Board Mills Association c/ Commission).

Le principe fondamental de respect des droits de la défense commande quant à lui que les griefs soient suffisamment explicités, qualifiés, et que l'autorité communique les éléments de preuve sur lesquels elle se fonde.

Exemple

La CJCE rappelle ainsi régulièrement que « *le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif* » (CJCE, 2 oct. 2003, aff. [C-176/99 P](#), Arbed. V. aussi, CJCE, 15 juill. 1970, aff. [C-41/69](#), ACF Chemiefarma/Commission – 3 juill. 1991, [C-62/86](#), AKZO/Commission – 31 mars 1993, aff. [C-89/85](#), [C-104/85](#), [C-114/85](#), [C-116/85](#), [C-117/85](#) et [C-125/85](#) à [C-129/85](#), Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission).

Ce principe exige notamment que la communication des griefs contienne les éléments essentiels retenus à l'encontre de l'entreprise, tels les faits reprochés, la qualification qui leur est donnée et les éléments de preuve sur lesquels la Commission se fonde, afin que cette entreprise soit en mesure de faire valoir utilement ses arguments dans le cadre de la procédure administrative menée contre elle. Dès lors qu'une sanction pécuniaire est envisagée, l'acte doit préciser les éléments permettant de fixer l'amende, tels que la durée retenue de l'infraction, sa gravité et les circonstances aggravantes telle que la qualité de meneur (CJCE, 9 juill. 2009, aff. [C-511/06](#), Archer Daniels Midland). La mention de la récidive ne semble pas exigée à ce stade, du moins en droit européen.

En vertu du principe d'égalité des armes, doivent être transmis aux destinataires les documents à charge et à décharge (TPICE, 29 juin 1995, aff. [T-30/91](#), Solvay c/ Commission).

Une notification des griefs complémentaire peut être adressée aux mêmes destinataires si les services d'instruction envisagent de dénoncer une pratique qui n'avait pas été visée dans la notification de griefs initiale (ADLC, déc. n° [12-D-24](#), 13 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine).

Remarque

Attention à bien identifier le destinataire de la notification des griefs !

En cas d'erreur ou d'insuffisance de précision quant au destinataire de la notification ou de la communication des griefs, l'acte encourt la nullité. Ainsi, la CJCE, dans l'arrêt *Arbed*, a jugé que, « *eu égard à son importance, la communication des griefs doit préciser sans équivoque la personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger des amendes et être adressée à cette dernière* » (CJCE, 2 oct. 2003, aff. [C-176/99 P](#). V. aussi, CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes [C-395/96 P](#) et [C-396/96 P](#), *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission* – 7 janv. 2004, aff. Jtes. [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) et [C-219/00 P](#), *Aalborg Portland*). Aussi, une communication des griefs adressée à une filiale et non à la société mère alors que les amendes lui sont infligées, entraîne l'annulation de la procédure. En effet, les droits de la défense sont ici violés dans la mesure où n'ayant pas été destinataire des griefs, la société mère n'a pu accéder au dossier. Le fait que la requérante ait eu connaissance de la communication des griefs ne pallie pas les lacunes de la Commission. Seule une nouvelle communication des griefs aurait pu éviter la violation des droits de la défense.

Il demeure toutefois que les entreprises concernées doivent être loyales au cours de l'instruction. Aussi sont elles tenues en vertu de la jurisprudence (V. CJCE, 16 oct. 1989, aff. C- 374/87, *Orkem* – Cons. conc., déc. n° [06-D-07 bis](#), 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la Région Ile-de-France) d'informer le rapporteur en charge du dossier des différentes modifications affectant leur statut juridique. Cette jurisprudence a été consacrée par l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui a modifié l'article [L. 463-2](#) du Code de commerce. Il est désormais précisé que « *les entreprises destinataires des griefs signalent sans délai au rapporteur chargé du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles peuvent leur être imputés les griefs. Elles sont irrecevables à s'en prévaloir si elles n'ont pas procédé à cette information* ».

V. leçon 6 sur la notion d'entreprise.

3. Le rapport

Un rapport, uniquement en droit français, est établi par le rapporteur après avoir reçu le mémoire en réponse des parties qui ont deux mois après la réception de la notification de griefs. Selon l'article [L. 463-2](#) alinéa 2 du Code de commerce, « *le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés* ». Les parties ont à nouveau deux mois pour répondre au rapport. Dans les quinze jours précédents la séance, elles ont la possibilité de consulter l'ensemble des observations déposées. Une entreprise sanctionnée alors que le rapport ne lui a pas été notifié peut invoquer avec succès la violation du principe du contradictoire (CA Paris, 24 juin 2008 : *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 208, obs. G. Decocq).

Convaincu par les observations des parties, le rapporteur peut ne pas reprendre l'ensemble des griefs retenus initialement dans la notification des griefs. Cependant, le collège ne sera pas tenu de suivre cet abandon de griefs (Cass. com., 6 nov. 2007 : *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 17, obs. G. Decocq).

A noter qu'il existe une procédure simplifiée en ce sens qu'il n'y a pas de production d'un rapport. L'article [L. 463-3](#) du Code de commerce prévoit ainsi que « *le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut décider que l'affaire sera examinée par l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport. Il en informe les parties et le commissaire du Gouvernement préalablement à la notification des griefs. Dans ce cas, si le chiffre d'affaires cumulé réalisé en France lors du dernier exercice clos de l'ensemble des parties dépasse 200 millions d'euros et dès lors qu'au moins une des parties intéressées en formule la demande, le délai prévu à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 463-2 est allongé de deux mois. La demande doit être formulée dans un délai maximal de trente jours à compter de la notification des griefs. Au vu des observations*

des parties destinataires des griefs, le rapporteur général peut décider d'adresser un rapport aux parties selon les modalités prévues au même article L. 463-2 ».

Jusqu'à la loi du 3 décembre 2020, lorsque l'affaire suivait une procédure simplifiée, l'amende encourue ne pouvait excéder 750 000 euros, plafond presque 10 fois supérieur à celui qui était fixé dans l'ordonnance de 1986. Depuis, le plafond de l'amende est le même, que l'on passe par la procédure simplifiée ou non. Dans l'affirmative, il conviendra toutefois que le rapporteur mentionne dans la notification les éléments sur lesquels il se fonde pour le calcul de l'amende.

B - L'accès au dossier

L'accès au dossier est l'une des garanties procédurales qui doit permettre d'appliquer le principe de l'égalité des armes et de protéger les droits de la défense. Les parties doivent pouvoir prendre connaissance des renseignements figurant dans les dossiers de l'autorité afin d'être en mesure, sur cette base, de faire connaître effectivement leurs observations sur les conclusions provisoires formulées dans la notification ou communication des griefs. Cependant, l'étendue de l'accès au dossier n'est pas absolue et doit être conciliée avec la protection du secret des affaires, notamment régie par la directive du 16 avril 2016 sur les secrets d'affaires (non encore publiée).

1. L'étendue de l'accès au dossier

a) En droit européen

D'origine prétorienne, l'accès au dossier a longtemps été cantonné aux éléments à charge de la Commission. La jurisprudence l'a progressivement élargi aux éléments à décharge (TPICE, 9 déc. 1991, aff. T-7/89, Hercules Chemicals c/ Commission), renforçant ainsi le principe du contradictoire ou son corolaire européen, le principe d'égalité des armes. La méconnaissance de l'accès au dossier ne peut entraîner l'annulation de la décision que si les entreprises concernées ont été empêchées de prendre connaissance de documents qui auraient pu être utiles à leur défense.

Aujourd'hui, le droit d'accès au dossier est fixé à l'article 27, paragraphes 1 et 2, du règlement du Conseil n° 1/2003, et à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 773/2004 de la Commission. Cette dernière a en outre publié une Communication le 22 décembre 2005 relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 101 et 102 TCE. Elle précise que l'accès au dossier est réservé aux destinataires de communications des griefs et concède par ailleurs un accès limité aux plaignants et autres parties pour certains documents particuliers.

Les parties, entendues par la Communication de 2005 comme les personnes à qui la Commission a notifié les griefs, *« doivent pouvoir prendre connaissance des renseignements figurant dans les dossiers de la Commission afin d'être en mesure, sur cette base, de faire connaître effectivement leurs observations sur les conclusions provisoires formulées par la Commission dans sa communication des griefs. À cet effet, elles auront accès à tous les documents figurant dans le dossier de la Commission (...) à l'exception des documents internes, des secrets d'affaires d'autres entreprises ou d'autres renseignements confidentiels »*. Après la communication des griefs, les parties, si elles le demandent, doivent pouvoir accéder au dossier. Celui-ci est défini comme *« l'ensemble des documents obtenus, produits et/ou assemblés par la direction générale de la concurrence de la Commission lors de l'enquête »*. Si le terme de document est compris dans un sens suffisamment large pour englober tout support quel que soit le moyen de stockage, se pose la question des éléments reçus de façon orale. Si la Commission entend les utiliser dans la procédure, il lui revient de les transcrire par écrit afin de les inclure au dossier, ce qui peut au final soulever des problèmes de conciliation dans une procédure de clémence. Dans le même sens, les parties n'ont, en principe, pas accès aux réponses adressées par les autres parties aux griefs, sauf si elles contiennent de nouveaux éléments de preuve, qu'ils soient à charge ou décharge, relatifs aux allégations formulées à l'égard de cette partie dans la communication des griefs de la Commission. Autrement dit, si la Commission entend se fonder sur un passage d'une réponse à une communication des griefs ou sur un document annexé à une telle réponse pour établir l'existence

d'une infraction, les autres entreprises impliquées dans cette procédure doivent être mises en mesure de se prononcer sur un tel élément de preuve.

La Communication de 2005 exclut trois types de documents du dossier accessible : les documents internes, les secrets d'affaires d'autres entreprises et d'autres renseignements confidentiels.

- **Documents internes.** Ils concernent les notes, comptes rendus de réunion ou d'entretien qui n'ont pas été approuvés par les entreprises auditionnées. A l'inverse, le compte-rendu « *sera rendu disponible après suppression des secrets d'affaires ou autres informations confidentielles* ». Figure aussi dans les documents internes la correspondance avec d'autres autorités publiques.
- **Secret d'affaires.** La Commission définit comme secret d'affaires les informations sur l'activité professionnelle d'une entreprise dont la divulgation peut gravement léser ses intérêts. Elle reprend ainsi la définition jurisprudentielle comprenant le secret d'affaires comme « *des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent à celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci* » (TPICE, 18 sept. 1996, *Postbank c/ Commission*). La Commission fournit ensuite une liste d'exemples :

Exemple

« les informations techniques et/ou financières relatives au savoir-faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marchés, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure de coûts et de prix et la politique de vente d'une entreprise ».

- **Autres informations confidentielles.** La dernière catégorie vise notamment des « *renseignements fournis par des tiers sur des entreprises qui sont en mesure d'exercer des pressions de nature économique ou commerciale très fortes sur leurs concurrents ou leurs partenaires commerciaux, clients ou fournisseurs* ». Pour éviter le risque de représailles, certains courriers qui permettraient aux parties de reconnaître le plaignant, doivent rester anonymes.

Le plaignant n'a pas les mêmes droits que les entreprises destinataires des griefs. Selon la Communication de 2005, lorsqu'il a été informé de l'intention de la Commission de rejeter sa plainte, il peut demander l'accès aux documents sur lesquels la Commission fonde son appréciation provisoire. En d'autres termes, le plaignant ne peut consulter que les éléments à décharge. Il aura accès à ces documents une seule fois, après avoir reçu la lettre l'informant de l'intention de la Commission de rejeter sa plainte. Il n'a logiquement pas accès aux secrets d'affaires.

La question de la conciliation entre le droit d'accès du dossier de la Commission et le droit d'accès du public aux documents des institutions peut être soulevée. Le règlement dit « *transparence* » n° 1449/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents des institutions s'applique aux procédures de concurrence (TPCE, 13 avr. 2005, aff. [T-2/03](#), *Verein für Konsumenteninformation c/ Commission*). Ce texte pose un droit d'accès général qui pourrait alors permettre de contourner le refus de la Commission d'accorder la consultation de son dossier en particulier parce que le demandeur est un tiers intentant par exemple une action civile. La jurisprudence a considéré que la Commission ne pouvait refuser l'accès au dossier au motif que les informations avaient été recueillies dans le cadre d'un programme de clémence (TPCE, 13 avr. 2005, aff. *T-2/03* : op. cit.). Tout rejet global est également malvenu (CJCE, 11 janv. 2000, aff. [C-174/98 P](#), *Pays Bas et G. Van der Wal c/ Commission*) dans la mesure où la Commission peut « *trier* » ses documents, l'argument d'un surcroît de travail étant inopérant sauf exception. En revanche, la Commission pourrait invoquer l'une des exceptions prévues à l'article 4-2 (lorsque la divulgation porterait atteinte à la protection : des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle, des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit) ou à l'article 4-3 (L'accès à un document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution...) du Règlement n° 1449/2001. Par ailleurs, la Directive n° 2014/104 du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne limite l'accès aux documents issus de la procédure de clémence (art. 6-6 et 7).

Exemple

La divulgation à des tiers du fait qu'une entreprise demande une réduction d'amende pour absence de capacité contributive ne porte pas atteinte à ses intérêts commerciaux. La Commission européenne avait jugé qu'il y avait un risque de désengagement des créanciers de cette entreprise, ce que conteste la Tribunal : ce risque « *ne saurait découler du simple fait que l'entreprise en question a introduit une demande d'application* » du critère ITP. Un tel risque « *existe dès que les créanciers des entreprises concernées ont connaissance de l'existence d'une enquête dans laquelle lesdites entreprises sont impliquées et au terme de laquelle elles encourent de lourdes sanctions* » (Trib. UE, 20 mars 2014, aff. [T-181/10](#), Reagens SpA c/ Commission).

b) En droit français

En droit français, l'accès au dossier est prévu à l'art. [L. 463-2](#). Le dossier fut longtemps communiqué aux parties par CD-Rom. C'était une facilité offerte aux entreprises qui disposent toujours de la possibilité de consulter le dossier dans les locaux de l'ADLC. Elles ne sauraient donc reprocher que l'envoi de la notification des griefs et de ses annexes sous la forme d'un CD-Rom leur aurait compliqué la tâche.

Exemple

Cons. conc., déc. n° [06-D-04 bis](#), 13 mars 2006, Pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe : *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 83, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RLC* n° 8/2006, p. 30, obs. M. Dumarcay ; *Gaz. Pal.* 30 juin / 1^{er} juill. 2006, p. 19.

Aujourd'hui, cette transmission physique des documents a laissé la place à une transmission électronique par voie de plate-forme d'échanges de documents, Hermès (V. Décret n° 2012/822 du 26 juin 2012 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Autorité de la concurrence).

Cet accès peut être tout aussi fondamental pour la partie saisissante.

Exemple

Or, un arrêt récent de la Cour de cassation est venu restreindre les droits de celle-ci en la déclarant irrecevable à demander le déclassement d'informations au titre de la protection du secret des affaires (Cass. com., 19 janvier 2016, n° [14-21670](#) et n° [14-21671](#). V. E. Dieny, « Démonstration des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de cassation confirme une certaine régression des droits de l'entreprise victime », *RLC* n° 49/2016, p. 53).

2. Le secret des affaires

Le secret des affaires est une donnée prise en compte dans l'instruction et l'accès au dossier. Les entreprises en cause peuvent ainsi demander à bénéficier d'une protection de ce secret (art. [L. 463-4](#)).

Bien que non défini par la loi, on peut considérer que, à l'instar du droit européen, les informations relevant du secret des affaires sont celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peut gravement léser les intérêts de l'entreprise qu'elles concernent. En général, il s'agit d'informations commerciales, stratégiques ou de savoir-faire sensibles, telles que certaines informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication et de distribution, à ses sources d'approvisionnement, ainsi qu'à certaines données sensibles d'ordre commercial. Au demeurant, « *qu'il s'agisse du droit communautaire ou du droit français, pour qu'une information soit qualifiée de secret d'affaires et bénéficie à ce titre d'une protection, il ne suffit pas qu'elle soit relative à l'un des domaines précédemment mentionnés. Il faut aussi qu'elle n'ait pas déjà été rendue publique – son caractère secret ferait alors défaut – et que le temps ne lui ait pas fait perdre son importance commerciale* ». Dans cet esprit, l'article R-463-14 du Code de commerce – issu du décret du 10 février 2009 – précise que « *des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment où il est statué sur la demande* » sont présumés ne plus relever du secret des affaires. Il s'agit d'une présomption simple.

Remarque

Un amendement au projet de Loi Macron pour la croissance et l'activité du 11 décembre 2014 avait proposé de définir le secret des affaires dans un nouvel article [L. 151-1](#) du Code de commerce comme celui :

« 1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;

2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;

3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public ».

L'amendement a cependant été rejeté par l'Assemblée nationale (V. X. Delpech, « Le secret des affaires bientôt protégé par la loi ? », AJCA fév. 2015, p. 52).

En droit européen, les informations ne sont classées confidentielles que si les entreprises ont fait une demande en ce sens à la Commission qui l'a acceptée. La demande doit être étayée et, pour éviter les demandes fantasmagoriques qui n'auraient pour seul but que d'écarter des preuves du dossier, « la qualification d'un élément d'information comme confidentiel n'interdit pas sa divulgation si elle est nécessaire pour apporter la preuve d'une infraction alléguée (« document à charge ») ou pourrait être nécessaire pour disculper une partie (« document à décharge ») » (Communication de 2005).

En droit interne, il revient en principe aux entreprises de prendre l'initiative de demander à l'Autorité de bénéficier de la protection du secret des affaires (art. [R. 463-13](#)), même si dans la pratique, le Rapporteur en charge du dossier l'interroge en ce sens. La demande doit être faite dans le mois suivant l'obtention des documents par l'Autorité. A défaut de demande, les informations et autres documents recueillis sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires. Il en est de même, selon l'article [R. 463-14](#), « des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment où il est statué sur la demande », sauf exception admise par le rapporteur général.

Les décisions du Rapporteur général refusant la protection du secret des affaires ou levant celui-ci ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond (art. [R. 464-29](#) issu du décret n° 2015-521 du 11 mai 2015). Néanmoins, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, elles peuvent faire l'objet d'un recours direct devant le juge judiciaire. Art. L. 464-8-1 : « Les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée peuvent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris statuant sur ce recours est susceptible d'un pourvoi en cassation. »

Une demande de déclassement peut être adressée au rapporteur général par le rapporteur ou par une partie en cause pour les besoins de l'instruction ou lorsqu'une pièce dans la version confidentielle est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause (Cons. conc., déc. n° [08-D-31](#), 10 déc. 2008 relative à une saisine de la société Concurrence).



Remarque**La durée de la procédure.**

L'[article 6 § 1 de la CESDH](#) impose l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable. Or, il est souvent reproché aux autorités de traiter les affaires dans des délais beaucoup trop long entravant alors l'exercice des droits de la défense. Comme l'a précisé la Cour d'appel de Paris, « *le délai raisonnable prescrit par la convention précitée doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure* » (CA Paris, 13 janv. 1998. – 14 janv. 2003. V. au plan communautaire, CJCE, 17 déc. 1998, aff. [C-185/95 P](#), Baustahlgewebe GmbH c/ Commission).

Si le dossier ne présente pas de difficultés particulières, il appartient alors aux contrevenants de démontrer que la longueur du délai d'instruction les a empêché de réunir les éléments utiles à leur défense. Toutefois, les parties sont en quelque sorte bridées dans la mesure où elles ne peuvent invoquer leurs causes internes (difficultés de retrouver des pièces à la suite d'une fusion ou encore l'impossibilité de demander de nouvelles explications à un salarié parti de l'entreprise depuis le début de la procédure) qui sont sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant l'autorité. En revanche, si ces impossibilités ont un lien avec la procédure, alors elles peuvent être invoquées utilement (CA Paris, 7 mars 2006).

Au demeurant, la sanction de la violation éventuelle de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du dommage susceptible d'avoir été causé (CA Paris, 13 déc. 2001 – Cons. conc., déc. n° [99-D-45](#), 30 juin 1999, Secteur du jouet – Déc. n° [99-D-65](#), 2 nov. 1999, Pratiques constatées lors de l'appel d'offres lancé en oct. 1991 par la communauté urbaine de Lyon pour le renouvellement de marchés de travaux de chaussée – Déc. n° [02-D-58](#), 23 sept. 2002, Pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône - Trib. UE, 10 janvier 2017, off. [T-577/14](#), Gascogne : Contrats, conc., consom. 2017, comm. n° 62, note G. Decocq), voir l'annulation de la sanction (CA Paris, 7 mars 2006). La Cour d'appel a toutefois admis la possibilité de fixer les sanctions en tenant compte de certaines conséquences de la durée de la procédure en jugeant inéquitable de prendre en compte le dernier chiffre d'affaires de la société incriminée quand ce chiffre d'affaires a crû de manière significative depuis le début de la procédure, pour des raisons étrangères à la pratique ou au loyer de l'argent (CA Paris, 13 déc. 2001, SA Apprin Aagglos). Sur renvoi dans l'affaire des Parfums, la Cour d'appel a procédé à la recherche demandée et a souligné le devoir de précaution des entreprises (CA Paris, 26 janv. 2012) : il existe « *un devoir général de prudence incombant à chaque opérateur économique qui se doit de veiller à la bonne conservation de ses livres et archives comme de tous éléments permettant de retracer la licéité de ses pratiques en cas d'actions judiciaire ou administrative* ».

Section 2 : La phase décisionnelle

Après l'instruction, se tient l'audience devant l'autorité. La règle de la non publicité des débats devant l'Autorité de la concurrence ne contrevient pas à l'article 6 § 1 CESDH. Des *impératifs de souplesse et d'efficacité* peuvent en effet justifier l'intervention préalable, dans la procédure suivie, d'une autorité administrative qui ne satisfait pas, sur tous leurs aspects aux prescriptions de forme du paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la Convention EDH, dès lors que les décisions prises par celle-ci subissent *a posteriori*, sur les points de fait, les questions de droit ainsi que sur la proportionnalité de la sanction prononcée avec la gravité de la faute commise, le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte susvisé.

Exemple

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* : série A, n° 43 – 28 janv. 1983, Albert et Le Compte : série A, n° 58 – 19 déc. 1997, Helle : Rec. p. 2911, § 46.

Ce principe est appliqué par la Cour de cassation.

Exemple

Cass. com., 5 oct. 1999 : *Contrats, conc., consom.*, 1999, comm. n° 177, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.* 2000, p. 632, obs. E. Claudel – Cass. com., 28 janv. 2003 : *D.* 2003, p. 553, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2003, p. 493, obs. E. Claudel – 28 juin 2005, Novartis Pharma : *BOCC* 16 déc. 2005 ; *Concurrences* n° 4/2005, p. 79, obs. C. Prieto.

Avant que la décision au fond ne soit rendue (§ 2), il peut paraître opportun de geler la situation par le prononcé de mesures provisoires (§ 1).

§ 1 : Les décisions provisoires

Parce qu'il s'écoule un temps parfois très long entre la saisine et la décision au fond, l'autorité peut être amenée à « geler » une situation afin d'éviter des atteintes irréversibles, comme par exemple, la disparition de certaines entreprises du marché. C'est l'objet des mesures conservatoires (injonctions de suspendre la pratique en cause ou de revenir à l'état antérieur).

Cette faculté est prévue à l'article 8 du Règlement n° 1/2003 qui envisage la mise en œuvre de mesures provisoires lorsqu'il y a un risque de préjudice grave et irréparable pour la concurrence. L'hypothèse est extrêmement limitée car la lecture combinée de l'article 8 § 1 du Règlement et de la Communication relative au traitement communautaire de plaintes du 27 avril 2004 implique que la Commission se soit saisie d'office (pour la première fois, V. Comm. UE, déc. 16 octobre 2019, Broadcom, aff. AT.40608 : ADUE 2019, obs. L. Arcelin, à paraître). L'entreprise passera alors le plus souvent par le droit interne et les procédures de référés de chaque droit national.

L'ADLC peut prononcer des mesures conservatoires en vertu de l'article [L. 464-1](#) du Code de commerce, à la demande d'entreprises, du Ministre de l'économie ou de sa propre initiative depuis l'ordonnance de 2021. Elles sont subordonnées au fait que la pratique dénoncée « *porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » (article L. 464-1 alinéa 2). Ces atteintes ne sont pas cumulatives mais alternatives.

Exemple

Par exemple, le Conseil de la concurrence a considéré en 2008 que l'exclusivité sur l'iPhone conférée par Apple à Orange était de nature à porter une atteinte grave au marché des services de téléphonie mobile et donc aux consommateurs (Cons. conc., déc. n° [08-MC-01](#), 17 déc. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 52, obs. D. Bosco ; *RLC* n° 19/2009, p. 32, note V. Sélinsky – G. Muguet-Poullennec, « L'iPhone pour tous ! Comment l'attractivité d'un produit peut entraîner la suspension d'un accord d'exclusivité commerciale », *RLC* n° 19/2009, p. 72. – Conf. CA Paris, 4 fév. 2009 : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 110, note G. Decocq).

Le manque à gagner du saisissant ne saurait justifier le prononcé de mesures conservatoires (ADLC, déc. n° [11-D-04](#), 23 fév. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire).

La demande de mesures conservatoires suppose au préalable une saisine de l'Autorité au fond, saisine elle-même recevable et fondée sur des éléments suffisamment probants. On ne saurait toutefois aller jusqu'à une certitude d'illicéité.

Exemple

La Cour de cassation a jugé dans son arrêt du 8 novembre 2005, *TV-ADSL* que « les mesures conservatoires peuvent être décidées, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, par le Conseil de la concurrence, dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée » (F. Herrenschildt, « L'arrêt TV-ADSL de la Cour de cassation : l'avènement du "référé concurrence" devant le Conseil ? », *Lamy Droit économique* déc. 2005, p. 1 – *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. n° 206, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RLC* n° 6/2006, n° 461 ; *RTD com.* 2006, p. 324, obs. E. Claudel).

Exemple

Exemple de mesures conservatoires.

Il a été enjoint à GDF Suez d'accorder, à ses frais, aux entreprises disposant d'une autorisation ministérielle de fourniture de gaz naturel qui en feraient la demande, un accès à certaines des données figurant dans les fichiers des clients ayant un contrat de fourniture au tarif réglementé de vente de gaz, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, notamment via des web services accessibles 24h/24h et 7 jours/7 (ADLC, déc. [14-MC-02](#), 9 sept. 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité. Conf. CA Paris, 31 oct. 2014).

Les mesures exécutoires, sauf sursis à exécution accordé par le premier président de la Cour d'appel de Paris, sont immédiatement exécutoires. Leur non respect peut donner lieu au prononcé d'une astreinte de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

Exemple

ADLC, déc. n° [12-D-05](#), 24 janv. 2012 relative au respect par la société SFR de l'injonction prononcée par la décision n° [09-MC-02](#) du 16 septembre 2009 : 2 millions d'euros d'amende.

L'astreinte est ensuite liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif (art. [L. 464-2](#) II b) du Code de commerce). Une sanction pécuniaire peut également être infligée à l'entreprise récalcitrante.

Exemple

Dans une décision du 12 juillet 2021 (déc. n° [21-D-17](#) relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de Google dans la décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020), l'Autorité a infligé à Google une sanction de 500 millions d'euros pour avoir méconnu plusieurs injonctions prononcées dans le cadre de sa décision de mesures conservatoires d'avril 2020 (décision n° [20-MC-01](#) du 9 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse)

Aux termes de l'article [L. 464-7](#), un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement est organisé devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours. Le recours n'est pas suspensif. Un sursis à exécution peut

être accordé par le premier président de la cour d'appel de Paris si les mesures sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

§ 2 : Les décisions au fond

L'Autorité peut rendre une décision de non-lieu ou d'incompétence (A) mais aussi une décision de sanction, sur laquelle nous nous arrêterons plus longuement (B).

A - Les décisions de non-lieu et d'incompétence

A partir du moment où la personne assurant une mission de service public exerce des prérogatives de puissance publique, la compétence pour en connaître revient aux juridictions administratives.

Exemple

Le principe a été posé clairement par le Tribunal des conflits dans l'affaire ADP : « *si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques* » (T. confl., 18 oct. 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris : AJDA 1999, p. 1029, note M. Bazex ; AJDA 1999, p. 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar).

Se référant à cette jurisprudence, l'Autorité de la concurrence décline sa compétence dans des affaires mettant en cause des prérogatives de puissance publique.

Exemple

Cons. conc., déc. n° [05-D-23](#), 18 mai 2005, relative à la saisine de la société France Incendie : BOCC 14 mars 2006 ; RLC n° 4/2005, p. 47, obs. S. Destours. – V. encore, Déc. n° 02-D-18, 13 mars 2002, Pratiques de l'Etat et de l'AFAN : Contrats, conc., consom. 2002, comm. n° 122, obs. M. Malaurie-Vignal – Déc. n° [03-D-56](#), 9 déc. 2003 relative à une saisine de la société Sotradex – Déc. n° [05-D-05](#), 18 fév. 2005, relative à une saisine de la SARL Les Oliviers : RLC n° 3/2005, p. 32, obs. V. Sélinisky ; confirmé par CA Paris, 15 nov. 2005, n° RG : 2005/06067 et Cass. com., 6 fév. 2007 : BOCC 7 juin 2007, p. 762 ; RLC n° 12/2007, p. 64, obs. S. Destours – Déc. n° [05-D-39](#), 5 juill. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres : RLC n° 5/2005, p. 52, obs. S. Destours – Déc. n° [07-D-27](#), 31 juill. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie : RLC n° 14/2008, p. 19, obs. V. Sélinisky et p. 60, obs. S. Destours – ADLC, déc. n° [14-D-12](#), 10 oct. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et le GIE SESAM-Vitale.

Lorsque la pratique ne porte pas atteinte à la concurrence (art. [L. 464-6](#)) ou qu'une atteinte peu sensible (art. [L. 464-6-1](#) et [L. 464-6-2](#)), l'ADLC peut prononcer une décision de non-lieu. La décision intervient après que l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement aient pu consulter le dossier et aient produit leurs observations écrites (Art. [R. 464-7](#)).

En droit européen, la Commission peut rendre une décision de constatation d'inapplication lorsque les conditions d'application des articles 101 ou 102 ne sont pas remplies, ou bien que les conditions de l'article 101 § 3 sont elles présentes (art. 10 du Règlement n° 1/2003). La marge de manœuvre de la Commission est assez importante dans ce cas puisqu'elle agit, d'une part, uniquement d'office, et d'autre part, sous couvert de « *l'intérêt public communautaire* », notion éminemment floue mais bien malléable. Une pratique ne portant qu'une atteinte peu sensible à la concurrence peut échapper également à une sanction.

B - Les décisions de sanction

L'autorité de concurrence dispose de deux grandes sanctions : l'injonction (1) et l'amende (2) prononcées à l'encontre de l'entreprise contrevenante. Les dirigeants de celle-ci ne sont pas totalement à l'abri puisque lorsque les faits relevés sont de nature à justifier l'application de sanctions pénales contre des personnes physiques qui ont eu une part « *personnelle, prépondérante et frauduleuse* » dans l'infraction, l'ADLC peut transmettre le dossier au parquet. Cela est prévu à l'article [L. 420-6](#) du Code de commerce.

Les sanctions contre les entreprises ne peuvent pas être prononcées pour des faits remontant à plus de 5 ans (art. 25 du Règlement n° 1/2003 et at. [L. 462-7](#) du Code de commerce). Le point de départ du délai de prescription dépend de la nature de la pratique. Le délai court à compter du jour où l'infraction a été commise et pour les infractions continues ou répétées, du jour où l'infraction a pris fin (ADLC, déc. n° 11-D-02, 26 janv. 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration de monuments historiques).

Exemple

Par exemple, face à une entente lors d'un appel d'offres, le point de départ de la prescription se situe le lendemain du dépôt des offres. Les pratiques continues ou successives, au contraire, se caractérisent par un état délictuel se prolongeant dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable par l'auteur de l'acte initial (Par exemple, la diffusion d'un barème de prix imposés dont la durée est indéterminée ou bien la diffusion de statuts d'organismes professionnels anticoncurrentiels). Dans ce cas, l'Autorité explique que, la continuité de la volonté ne nécessitant pas un acte matériel renouvelant la manifestation dans le temps, la prescription court à compter de la cessation des pratiques (Cons. conc., déc. n° [07-D-15](#), 9 mai 2007, Pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France : Contrats, conc. consom. 2007, comm. n° 180, obs. G. Decocq).

La prescription est interrompue par tout acte de la Commission ou d'une ANC visant l'instruction ou la poursuite de l'infraction. Un acte interruptif de la prescription de l'action pour pratiques anticoncurrentielles commises par une entreprise interrompt également la prescription à l'égard d'autres entreprises si ces pratiques ont un lien de connexité avec les faits reprochés à ces dernières (Cass. com., 13 octobre 2009, n° [08-17269](#) - 11 janvier 2017, n° [15-17134](#)).

Exemple

L'article 25 donne une liste non exhaustive d'exemples d'actes interruptifs. On compte ainsi les demandes de renseignements, les mandats écrits d'inspection, l'engagement d'une procédure ou encore la communication des griefs. On pourrait encore citer le pourvoi en cassation formé contre une ordonnance autorisant les visites et saisies rendues par le JLD.

Dans la mesure où la prescription n'est pas suspendue mais bel et bien interrompue, elle court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au bout de 10 ans sans que l'autorité ait prononcé une amende ou une astreinte.

1. Les injonctions

a) En droit européen

L'autorité européenne dispose du pouvoir d'enjoindre au(x) contrevenant(s) de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle et de « *leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction* » (article 7 du Règlement n° 1/2003). Sont privilégiées les mesures comportementales, les mesures structurelles n'intervenant que subsidiairement, c'est-à-dire que dans l'hypothèse où une mesure comportementale serait moins efficace. C'est ici une illustration du principe de proportionnalité qui doit être respecté.

La Commission peut prendre des mesures comprenant des obligations de faire ou de ne pas faire. Parmi les mesures correctives comportementales, se trouvent en bonne place les obligations d'information : informer les membres du groupement ou de l'association d'entreprises ou bien informer les cocontractants de la décision

prise. Au rang des mesures structurelles figurent notamment les cessions d'actifs ou de participations (Comm. CE., déc. n° 93/252/CEE, 10 nov. 1992, Warner-Lambert c/ Gillette et autres : JOCE n° L 116, 12 mai 1993 ; *Contrats, conc., consom.*, 1933, comm. n° 13, obs. L. Vogel ; *Europe* 1993, comm. n° 301, obs. L. Idot ; *RTD com.* 1993, p. 763, obs. Ch. Bolze). Entre les deux, peuvent se glisser les obligations d'accorder une licence sur des droits de propriété intellectuelle comme se fut le cas pour Microsoft (Comm. CE., déc. n° 2007/53/CE, 24 mars 2004, Microsoft : JOUE n° L 32, 6 fév. 2007 – TPICE, 17 sept. 2007, aff. [T-201/04](#), Microsoft Corp c/ Commission : V. Dossier Spécial Microsoft, *RLC* n° 17/2008, p.127). Le contrôle a posteriori peut être renforcé par l'obligation faite au contrevenant de rendre des comptes à la Commission.

La Commission peut surveiller la mise en œuvre, par l'entreprise concernée, des mesures correctives ordonnées et s'assurer que les autres mesures nécessaires pour mettre fin aux effets anticoncurrentiels de l'infraction sont pleinement exécutées dans les meilleurs délais. À ces fins, elle peut faire usage des pouvoirs d'enquête et avoir recours, le cas échéant, à un expert externe afin, notamment, d'obtenir des éclaircissements sur des questions d'ordre technique. En revanche, elle ne saurait déléguer ces pouvoirs à un tiers ni a fortiori contraindre l'entreprise contrevenante à concéder à un mandataire indépendant des pouvoirs qu'elle-même n'est pas autorisée à conférer à un tiers (TPICE, 17 sept. 2007, aff. [T-201/04](#) : op. cit.).

En cas d'irrespect des injonctions, la Commission peut prononcer des astreintes pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date fixée dans la décision (art. 24 du Règlement n° 1/2003). Lorsque l'entreprise récalcitrante obtempère enfin, l'astreinte est liquidée. Le montant définitif peut être arrêté à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

Exemple

La saga Microsoft montre particulièrement bien le bras de fer qui peut s'établir avec la Commission européenne. Après avoir été condamnée en 2004 par la Commission, l'entreprise n'a pas respecté son obligation de permettre l'accès à l'interopérabilité et s'est vu infliger le 12 juillet 2006 une amende correspondant à la liquidation de l'astreinte pour la période courant du 16 décembre 2005 au 20 juin 2006 de 280,5 millions d'euros. Par la suite, la Commission, constatant que Microsoft n'avait pas réduit le montant de la redevance demandée en échange des informations permettant l'interopérabilité à un prix raisonnable et non discriminatoire, l'a condamnée le 27 février 2008 à verser 889 millions d'euros, décision maintenue dans son principe par le Tribunal le 27 juin 2012 (aff. [T-167/08](#)). Comme on l'a à juste titre relevé, « *cette décision apparaît (...) comme emblématique, non seulement par le montant des amendes, les plus importantes infligées, mais parce que la résistance persistante de l'opérateur dominant tend à démontrer que la sanction pécuniaire – quel que soit son montant – reste insuffisante à obliger l'entreprise récalcitrante à se conformer aux bonnes pratiques concurrentielles. Elle montre aussi tout l'intérêt des mesures correctives, et la nécessité d'en faire les instruments véritables et efficaces du rétablissement de la compétition* » (v. Sélinisky, « Microsoft : réaction des autorités et rétablissement des conditions de la concurrence », *RLC* n° 17/2008, p. 179).

b) En droit français

Aux termes de l'article [L. 464-2](#), « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières* ». Il s'agit, plus que des sanctions pécuniaires, d'un véritable moyen de rétablissement de la concurrence entre les mains de l'Autorité qui présente donc essentiellement un caractère de réparation et de prévention (Cons. conc., Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence : Rapport pour 2005, p. 99).

Comme les présente l'autorité française dans ses derniers rapports annuels, les injonctions sont essentiellement de deux ordres : les injonctions de s'abstenir de certaines pratiques – les plus fréquentes – et celle de prendre certaines mesures.

- **Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques.** Dès lors que la pratique sanctionnée n'est pas terminée, l'autorité enjoint au(x) contrevenant(s) d'y mettre fin.

Exemple

Ainsi dans le domaine des ententes, l'Autorité de la concurrence peut-elle par exemple ordonner aux parties de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses litigieuses (Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation : Concurrences n° 2/2006, p. 81, obs. E. Claudel. – déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques) ou bien de cesser de faire application d'une clause d'exclusivité (Cons. conc., déc. n° 02-D-33 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction) ou de non concurrence (Cons. conc., déc. n° 95-D-26, 11 avr. 1995, Secteur des carbonates).

- **Injonctions de prendre certaines mesures.** Sous forme plus positive, l'autorité peut ordonner aux parties de prendre certaines mesures garantissant le rétablissement de la concurrence sur le marché. La libéralisation d'anciens secteurs publics sous monopole est l'un des terrains de prédilection de ces injonctions de faire. En effet, afin de favoriser l'émergence de nouveaux marchés et d'accompagner le processus de libéralisation, l'autorité peut prendre des injonctions d'orientation des tarifs vers les coûts (Cons. conc., L'orientation des prix vers les coûts : Etude thématique, Rapport pour 2002, p. 41). En exerçant une pression à la baisse sur les prix, l'injonction permet de voir émerger de nouveaux marchés. Il peut encore s'agir d'ordonner au contrevenant d'informer ses partenaires de la suspension, caducité ou nullité du contrat les liant à lui (Cons. conc., déc. n° 07-D-04, 24 janvier 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges) ou encore de rendre des comptes à l'autorité (Cons. conc., déc. n° 08-D-25 : op. cit.).

Si l'autorité peut préciser le délai d'exécution de l'injonction dans sa décision, aucun texte ne le lui impose pour autant. Le ou les destinataires doivent cependant être diligents.

Exemple

La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que les injonctions doivent être exécutées « *dans un délai raisonnable, lequel s'apprécie concrètement en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, notamment les caractéristiques propres à l'entreprise et au secteur d'activité concernés, et de la nature et de l'étendue des modifications nécessaires à la mise en œuvre de l'injonction* » (CA Paris, 29 mars 1996). Au demeurant, les injonctions ont force exécutoire dès leur notification, quand bien même un recours aurait été introduit devant la Cour d'appel (Cons. conc., déc. n° 05-D-09, 14 mars 2005, concernant l'exécution de la décision n° 03-D-07 du 9 mars 2003 dans le secteur de la signalisation routière). Un sursis à exécution pourrait en revanche l'empêcher (CA Paris, Ord. 18 fév. 2009, Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 111, obs. G. Decocq).

En cas de non respect des injonctions, l'ADLC peut infliger des sanctions pécuniaires même si toutes les voies de recours n'ont pas été épuisées et que sa décision ordonnant ces injonctions n'est donc pas devenue définitive (Cons. conc., déc. n° 04-D-47, 12 oct. 2004, concernant l'exécution de la décision n° 03-D-12 du 3 mars 2003). Elle peut également prononcer une astreinte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe (art. L. 464-2 II). Ses décisions ayant force obligatoire dès leur notification aux parties, seule une demande de sursis peut justifier l'absence d'exécution d'une injonction (Cons. conc., déc. n° 05-D-09 : op. cit.).

2. Les amendes

Qu'elles soient prononcées par la Commission européenne ou bien par l'ADLC, les sanctions pécuniaires sont de nature administrative et non pénale.

Exemple

En droit communautaire, V. TPICE, 6 oct. 1994, aff. [T-83/91](#), Tetra Pak/Commission : *Rec. CJCE* II 1004, p. 755 – 12 sept. 2007, aff. [T-30/05](#), Prym. En droit interne, V. Cons. conc., Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence : Rapport pour 2005, p. 99.

Néanmoins, elles relèvent de la « *matière pénale* » au sens de l'article 6 § 1 de la CESDH. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la notion « *d'accusation en matière pénale* » doit être comprise dans un sens autonome et peut viser des sanctions prononcées par une autorité administrative (CEDH, 8 juin 1976,

Engel c/ Pays-Bas : *Rec. CEDH*, série A, n° 22). Les trois critères « *alternatifs et non cumulatifs* » qui ont été posés par la Cour européenne dans l'arrêt Engel, à savoir, la qualification donnée par le droit interne de l'Etat en cause, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction (CEDH, 8 juin 1976, op. cit. V. aussi, CEDH, 27 fév. 1980, Deweer c/ Belgique : *Rec. CEDH*, série A, n° 35 – 21 fév. 1984, Öztürk c/ RFA : *Rec. CEDH*, série A, n° 72), sont bien remplis en l'espèce.

Ces sanctions pécuniaires sont calculées de façon très précise. C'est une application du principe de légalité des peines, corollaire au principe de sécurité juridique, qui veut que toute réglementation européenne soit claire et précise (CJCE, 28 juin 2005, aff. [C-189/02 P](#), [C-202/02 P](#), [C-205/02 P](#) à [C-208/02 P](#), Dansk Rorindustri e.a. : *Concurrences* n° 1/2005, p. 68, obs. M. Van der Woude – 3 mai 2007, aff. C-303/0, *Advocaten voor de Wereld* – 22 mai 2008, aff. [C-266/06 P](#), Evonik Degussa GmbH : *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 182, obs. G. Decocq – 8 juill. 2008, aff. T-99/04, AC Treulhand : *RLC* n° 17/2008, p. 17 ; *Europe* 2008, comm. n° 332, obs. L. Idot ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. n° 235, obs. G. Decocq). Toutefois, le principe n'exige pas que les textes soient rédigés avec suffisamment de précisions pour permettre de prévoir avec certitude absolue la sanction encourue en cas d'infraction (TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-43/02, Jungbunzlauer AG). C'est une sorte de principe de prévisibilité minimale que cherchent à garantir les « *codifications* » européenne (a) et interne (b) des méthodes de calcul.

a) Le calcul des amendes en droit européen

Les sanctions sont visées aux articles 23 et 24 du Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002. Les amendes infligées aux entreprises contrevenantes vont jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent, sans que cette référence à l'exercice précédent n'ait un caractère impératif, ce qui implique que la Commission puisse prendre en compte un exercice social précédent (CJUE, 15 mai 2014, aff. [C-90/13 P](#), 1. Garantovana : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 167, obs. D. Bosco).

La Commission a publié des lignes directrices le 1^{er} septembre 2006 (JOUE n° C 210, 1^{er} sept. 2006 ; E. Barbier de la Serre, « Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes », *RLC* n° 9/2006, p. 14) pour le calcul des amendes infligées dans le cadre du Règlement n° 1/2003. La méthode consiste à fixer un montant de base différencié selon la gravité et la durée des infractions auquel sont ensuite appliquées de majorations ou des diminutions tenant compte des circonstances aggravantes ou atténuantes. Un correctif final peut être apporté par la Commission en vue d'assurer la dissuasion de la sanction.

Pour déterminer le montant de base, il faut fixer la valeur HT des ventes de biens ou services en relation directe ou indirecte avec l'infraction dans le secteur géographique concerné. Ensuite, le montant de base est constitué d'une proportion de la valeur des ventes déterminée en fonction de la gravité de l'infraction et multipliée par le nombre d'années de l'infraction. Cette proportion peut aller jusqu'à 30 %. La gravité s'apprécie par rapport à l'objet de l'entente (prix, répartition géographique / de clientèle) et de la mise en œuvre ou pas de l'entente. Doit être prise en compte la capacité économique effective des contrevenants de porter un préjudice important à la concurrence. Aux fins d'appréciation de ces éléments, la Commission dispose du choix de se fonder sur le chiffre d'affaires global ou sur le chiffre d'affaires du marché en cause (Trib. UE, 28 avril 2010, aff. [T-446/05](#), Amann & Sohne). De cette façon, la nocivité du comportement de PME peut être appréhendée et sanctionnée aussi durement que celui d'une multinationale n'ayant qu'un chiffre d'affaires faible sur le marché en cause. Dans le cas des infractions les plus graves, c'est-à-dire les cartels de prix, de répartition de marché ou de limitation de la production, la Commission inclut dans le montant de base une somme (ticket d'entrée) comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes afin de dissuader les entreprises. C'est une simple faculté pour les autres infractions.

Exemple

Imaginons une entente horizontale entre 3 entreprises ayant duré 5 ans. La Commission fixe le ticket d'entrée à 25 % et le montant variable de 150 % (30 % multiplié par 5 ans). Le montant de base de l'amende sera donc fixé à 175 %.

Le rôle de meneur (TPICE, 15 juin 2005, aff. Jtes [T-71/03](#), [T74/03](#), [T87/03](#) et [T91/03](#), Tokai Carbon c/ Commission : *Rec. CJCE* II 2005, p. 1711. V. aussi Trib. UE, 8 sept. 2010, aff. [T-29/05](#), Deltafina SpA – 27 sept. 2012, aff. [T-343/06](#), Shell petroleum NV) ou bien d'initiateur (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. T-343/06 : op. cit) dans une entente figure au rang des circonstances aggravantes. Le refus de coopération ou l'obstruction pendant l'enquête sont également des circonstances aggravantes justifiant l'augmentation du montant de base.

La Commission peut encore prendre en compte la récidive. Sa prise en compte renforce la fonction dissuasive de la sanction (TPICE, 25 oct. 2005, aff. [T-38/02](#), Groupe Danone – CJCE, 8 fév. 2007, aff. [C-3/06 P](#), Groupe Danone, points 23 et suivants. *JCP G* 2007, II, 10123, note J.-Cl. Zarka ; F. Martucci, *Lamy Procédures communautaires*, 24/2007, p. 1 – TPICE, 18 juin 2008, aff. [T-410/03](#), Hoechst : *Europe* 2008, comm. n° 277, obs. L. Idot ; *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 205, obs. G. Decocq). La Communication de 2006 précise que la récidive peut conduire à une augmentation de l'amende allant jusqu'à 100 %. La récidive est entendue comme le cas d'une infraction identique ou similaire commise par une même entreprise (Trib. UE, 12 déc. 2014, aff. T-558/08, ENI. – Trib. UE, 13 juill. 2011, aff. T-144/07, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV. – 13 juill. 2011, aff. T-59/07, Polimeri Europe) et constatée par la Commission ou une ANC. La récidive est retenue même si l'infraction n'a pas fait l'objet d'une amende en raison de circonstances spéciales (TPICE, 6 mai 2009, aff. T-122/04, Outokumpu Oyj). Contrairement au droit pénal, il n'y a pas de délai maximal entre les deux condamnations. La récidive peut être prise en compte même si la partie de l'infraction sanctionnée en l'espèce est antérieure à l'adoption de la première décision de la Commission sanctionnant une infraction de même nature (TPICE, 8 juill. 2008, aff. T-54/03, Lafarge et T-53/03, BPB. : *Europe* 2008, comm. n°333, obs. L. Idot – Conf. CJUE, 17 juin 2010, aff. C-413/08 P, Lafarge). Le caractère définitif de la décision antérieure n'est pas non plus requis. Dans l'affaire Lafarge, BPB, le recours contre la décision Ciment n'avait pas encore été jugé quand a été rendue la décision dans cette affaire (TPICE, 8 juill. 2008, aff. T-54/03, Lafarge et T-53/03, BPB : op. cit). Enfin, il n'y a pas violation des droits de la défense à retenir la récidive d'une infraction contre une société mère pour des faits précédemment commis par sa filiale et pour lesquels elle n'avait pas pu combattre la présomption d'influence déterminante (CJUE, 5 mars 2015, aff. jointes C-93/13 P et C-123/13 P, Versalis SpA et Eni).

Exemple

Si l'on reprend notre exemple du cartel horizontal, à supposer que la Commission constate que par le passé, les contrevenants se sont déjà entendus, elle pourra augmenter le montant de base de 100 %, soit le fixer à 275 %. Le montant devra ensuite entrer dans le cadre du maximum de 10 % du chiffre d'affaires mondial.

Parmi les circonstances atténuantes, il y a le fait que l'entreprise a mis fin à l'infraction dès les premières interventions de la Commission (Sauf quand la pratique était secrète (point 29 des lignes directrices sur le calcul des amendes de 2006 – CJCE, 19 mars 2009, aff. [C-510/06 P](#), Archer Daniel Midland : *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. n° 136, obs. G. Decocq), qu'elle ait commis l'infraction par négligence ou qu'elle ait coopéré avec la Commission. Cette dernière peut également tenir compte de la capacité contributive du contrevenant (critère ITP : *inability to pay*) et donc de la situation financière dégradée de l'entreprise sans que cela soit une obligation pour elle. Ainsi, même si elle en a tenu compte dans d'autres affaires, elle n'est pas tenue de prendre en compte la situation financière de l'entreprise contrevenante dans le calcul de l'amende (TPICE, 20 mars 2002, aff. T-16/99, Lögstör Rör : *Rec. CJCE* II 2002, p. 1633 – 29 avr. 2004, aff. jointes [T-236/01](#), [T-239/01](#), [T-244/01](#) à [T-246/01](#), [T-251/01](#) et [T-252/01](#), Tokai Carbon – 12 sept. 2007, aff. [T-30/05](#) : op. cit.). Dans le même sens, le statut de PME peut aussi atténuer l'amende, sans que la Commission n'y soit là encore obligée (Trib. UE, 5 oct. 2011, aff. T-11/06, Romana Tabacchi).

En revanche, le fait qu'une entreprise ayant participé à une entente, ne se soit pas comportée sur le marché d'une manière conforme à celle prévue avec les autres cartellistes ne constitue pas nécessairement un élément devant être pris en compte en tant que circonstance atténuante (Trib. UE, 14 mai 2014, aff. T-30/10, Regens SpA : *Contrats, conc. consom.*, 2014, comm. n° 198, obs. G. Decocq).

Enfin, la Commission peut apporter un correctif final pour les entreprises dont le chiffre d'affaires est « *particulièrement important* » (pt. 30 des Lignes directrices) ou pour que l'amende dépasse les gains illicites (pt. 31 des Lignes directrices).

b) Le calcul des amendes en droit français

Selon l'article [L. 464-2 I](#) du Code de commerce, l'entreprise contrevenante est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial HT le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Le montant maximum de la sanction est, pour une association d'entreprises, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de la sanction pécuniaire est égal 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..

Remarque

Le montant maximum a été relevé par la loi NRE passant de 5 % à 10 % du chiffre d'affaires. Mais c'est surtout l'assiette de l'amende qui a été élargie. En effet, c'est le chiffre d'affaires mondial et non plus national qui est pris en compte, et l'ADLC peut choisir celui qui est le plus élevé au cours des cinq derniers exercices clos et non plus uniquement celui de l'exercice précédant. Cette dernière modification, reprise dans le Communiqué de procédure sur le calcul des amendes de 2011 (point 37), tend à éviter que les entreprises contrevenantes ne transfèrent l'essentiel du chiffre d'affaires à une société écran pour réduire l'assiette de la sanction.

Aux termes de l'article [L. 464-2 I](#) alinéa 3 du Code de commerce (texte remanié en 2021), « les sanctions pécuniaires sont appréciées au regard de la gravité et de la durée de l'infraction, de la situation de l'association d'entreprises ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et de l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ». Ces principes généraux sont mis en œuvre par l'ADLC, dans l'ordre prévu par le Code de commerce et suivant une méthode consacrée dans le Communiqué de procédure du 31 juillet 2021 (remplaçant celui du 16 mai 2011) relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Ce texte, à valeur de directive au sens de la jurisprudence administrative, engage l'autorité et lui est opposable « sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné » (point 7. V. ainsi ADLC, déc. n° [15-D-08](#), 5 mai 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille, pt. 293 et s. : *Contrats, conc., consom.* 2015, comm. n° 180, obs. D. Bosco). Loin de créer une nouvelle pratique de l'ADLC, ce communiqué « se borne à décrire et à expliciter, à droit constant, la méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre, au cas par cas, en se conformant à l'exigence de proportionnalité et d'individualisation des sanctions, dans l'ordre prévu par le code de commerce, les critères fixés par ce code tenant à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence » (CA Paris, 10 oct. 2013, Nestlé et Royal Canin : *Contrats, conc. consom.*, 2014, comm. n° 18, obs. D. Bosco ; *RTD com.* 2014, p. 78, note E. Claudel ; conf. Cass. com., 17 mars 2015, n° [13-26033](#), n° [13-26083](#) et n° [13-26185](#) – 30 janv. 2014, Lessives – 20 nov. 2014, Farines). Dès lors l'argument tiré d'une violation du principe de légalité des délits et des peines et du principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne saurait prospérer : « la méthode décrite dans le communiqué, exclusivement fondée sur les différents éléments énoncés par le code de commerce, s'inscrit bien, sans le modifier, dans le cadre légal existant et, dès lors le communiqué ne peut recevoir la qualification affirmée par les parties de « texte à valeur normative » comportant, le cas échéant, des dispositions plus sévères que les dispositions du code de commerce en vigueur » (CA Paris, 10 oct. 2013, op. cit.).

Le point 19 du Communiqué fixe la méthode suivie par l'ADLC qui s'apparente fortement à celle adoptée au plan européen : « L'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou association d'entreprises concernée, en prenant en considération la gravité des faits et la durée des pratiques, critères qui concernent tous deux la ou les infraction(s) en cause (A). Ce montant est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou association d'entreprises concernée, à l'exception de la réitération, dont la loi a fait un critère autonome (B). Ce montant est ensuite augmenté, pour chaque entreprise ou association d'entreprises concernée, en cas de réitération (C). Le montant ainsi obtenu est comparé au maximum légal, avant d'être

réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence, puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'association d'entreprises qui a présenté une demande à cet effet (D). »

- Le montant de base

Le montant de base est déterminé en fonction de la gravité des faits et de la durée de l'infraction (point 20). Le critère du dommage causé à l'économie est supprimé. La traduction chiffrée de ces éléments consiste à prendre en compte la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise de produits ou de services en relation avec l'infraction. Cette valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise relatif aux produits ou services en cause. Pour éviter tout détournement et risque d'ineffectivité de la sanction, il est prévu que *« dans les cas où elle considère que le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative, l'Autorité retient un exercice qu'elle estime plus approprié ou une moyenne d'exercices, en motivant ce choix »* (point 37).

L'appréciation de la gravité des faits repose sur plusieurs éléments. La nature de la pratique occupe la première place. Sans avoir fixé une échelle de gravité des pratiques, le Conseil de la concurrence les avait classées en trois grandes catégories dans son rapport pour 1997 :

« ... 1. Une première catégorie de pratiques regroupe celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces pratiques peuvent être inspirées par des considérations étrangères à la concurrence, comme par exemple l'homogénéité d'un réseau de distribution, la préservation d'une image de marque, etc. : ainsi, des restrictions verticales, qui résultent de clauses anticoncurrentielles qui figurent dans certains contrats liant un fournisseur et des distributeurs ou un franchiseur et ses franchisés, mais qui, sur des marchés par ailleurs concurrentiels, n'affectent que marginalement le jeu de la concurrence.

2. Une deuxième catégorie concerne des pratiques dont l'objet et la potentialité d'effet sont manifestes, qui portent atteinte à la concurrence, mais conservent un caractère ponctuel ou conjoncturel. Ainsi, en est-il des ententes qui portent sur un marché limité, certaines restrictions verticales qui limitent l'entrée sur le marché de certains distributeurs, mais laissent subsister une concurrence réelle entre les opérateurs.

3. Les infractions les plus graves concernent celles qui ferment ou tentent de fermer d'une manière efficace un marché et ont pour objet soit de procéder au partage de ce marché, soit d'interdire l'accès du marché à un nouvel entrant : pratiques d'entente sur des marchés oligopolistiques, cartels, prix prédateurs, boycott des entrants potentiels, abus de position dominante, etc. »

Les pratiques les plus graves sont toujours mises en exergue, en particulier ces « cartels injustifiables » comme les qualifie l'OCDE (Recommandation sur les ententes injustifiables du 25 mars 1998 ; Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws du 8 avr. 2002 ; Les ententes injustifiables, progrès récents, défis futurs, 2003 ; Les ententes injustifiables, Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 (2005). Ces documents sont disponibles sur le site de l'OCDE :), des ententes horizontales sur les prix

Exemple

(V. par exemple, ADLC, déc. n° 11-D-17, 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives. – déc. 14-D-19, 18 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps).

Dans cet esprit, les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave dans la mesure où elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante.

Exemple

V. par exemple, Cons. conc., déc. n° 07-D-01, 17 janv. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan. – déc. n° 07-D-15, 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France. – V. Rapport pour 2011, Etude thématique : concurrence et transport de voyageurs, p. 89 et suiv.

Le Conseil a même considéré qu'une « *entente horizontale en matière de marché public est grave par nature, indépendamment de l'importance du marché affecté et de la durée de cette affectation puisqu'elle a pour objet de faire directement échec au processus de mise en concurrence* » (Cons. conc., déc. n° [07-D-49](#), 19 déc. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical dans le cadre de l'approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables : RLC n° 15/2008, p. 19, obs. V. Sélinsky). Et l'Autorité d'expliquer en effet que « *le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pertinent pour atténuer cette gravité puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable* ».

Au sein de ces ententes horizontales, le degré de gravité peut varier selon qu'il s'agit, par exemple, d'un cartel de prix ou d'un « *simple* » échange d'informations.

La qualité de l'auteur ou des auteurs joue également un rôle dans l'appréciation de la gravité du comportement.

Exemple

Ainsi, le fait qu'il s'agisse d'entreprises importantes (Cons. conc., déc. n° [07-D-47](#), 18 déc. 2007, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne : RLC n° 15/2008, p. 28, obs. V. Sélinsky) de taille internationale (Cons. conc., déc., n° [06-D-07 bis](#), 21 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France) accroît la gravité, de même lorsque l'auteur est une autorité à qui a été confiée une mission de service public, comme par exemple un ordre professionnel (ADLC, déc., n° 09-D-17, 22 avr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie).

A l'inverse, les incertitudes entourant le caractère infractionnel d'une pratique peuvent conduire à relativiser la gravité de celle-ci.

Exemple

V. ADLC, déc. n° [12-D-23](#) du 12 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, réformée par CA Paris, 13 mars 2014 (amende réduite de près de 90 %) en raison de la grande incertitude quant au caractère infractionnel de l'interdiction faite aux revendeurs agréés par la tête de réseau de revendre les produits contractuels sur Internet (*Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 118, obs. G. Decocq).

Remarque

L'ancien critère du dommage à l'économie :

Introduit par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992, le dommage causé à l'économie était jusqu'en 2021 et la transposition de la directive ECN+, un critère d'évaluation de la sanction pécuniaire (v. Rapport 2014 de l'ADLC, Le dommage à l'économie, p. 59). Il renvoyait à l'idée d'une atteinte au surplus collectif (v. Cons. conc., Rapport pour 2005, p. 121-122). Il était parfois bien difficile à mesurer et il apparaissait dans certaines affaires bien mince. Mais une entente qui n'entraînait qu'un faible dommage pouvait malgré tout être sanctionnée.

Exemple

L'affaire des Palaces parisiens en est une illustration flagrante (Cons. conc., déc. n° [05-D-64](#), 25 nov. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens. Conf. par CA Paris, 26 sept. 2006 (JCP G 2006, II, 10204, note A.-L. Sibony) : quel est le dommage à l'économie lorsque les clients des Palaces ne sont pas sensibles aux prix et qu'ils sont prêts à payer des sommes très élevées pour le service rendu et les prestations de luxe offerts par les palaces ? Le Conseil constate, par une jolie litote, que « *le dommage à l'économie ne peut (...) être qualifié de très important* ».

Par la suite, la Cour de cassation s'était montrée plus exigeante. Dans l'affaire de la téléphonie mobile, elle avait jugé, outre que l'existence d'un dommage à l'économie n'était pas présumée en cas d'entente, que devait être prise en compte la sensibilité de la demande au prix (Cass. com., 7 avr. 2010).

Dans son appréciation du dommage à l'économie, l'ADLC tenait compte, notamment, des éléments suivants, en fonction de leur pertinence et dans la mesure où elle en dispose (point 32) :

- l'ampleur de l'infraction ou des infractions (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.) ;
- les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, degré de concentration, élasticité-prix de la demande, marge, etc.) ;
- les conséquences conjoncturelles de l'infraction ou des infractions (surprix escompté, absence d'une baisse de prix attendue, impact indirect sur des secteurs ou des marchés connexes, en amont ou en aval, etc.) ;
- leurs conséquences structurelles (création de barrières à l'entrée, effets d'éviction, de discipline ou de découragement vis-à-vis des concurrents, baisse de la qualité ou de l'innovation, entrave au progrès technique, impact sur la compétitivité du secteur en cause ou d'autres secteurs, etc.), et
- leur incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals.

- Les circonstances atténuantes et aggravantes

Le montant de base est ajusté pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes et d'éléments propres à chaque contrevenant.

Pour fixer l'amende, l'autorité tient compte de la taille de l'entreprise et de son chiffre d'affaires individuel ou consolidé s'il s'agit d'un groupe. Comme le rappelle la Cour d'appel de Paris, « *la circonstance qu'une entreprise ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d'une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionnée de la sanction pécuniaire* » (CA Paris, 11 oct. 2012). A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée (Cass. com., 8 sept. 2012, Séphora, n° [12-14401](#), [12-14584](#), [12-14595](#), [12-14597](#), [12-14598](#), [12-14624](#), [12-14625](#) et [12-14632](#) et [12-14648](#)). Est prise en considération la capacité contributive de l'entreprise : face à une entreprise cumulant les pertes depuis plusieurs années, l'autorité peut amoindrir la sanction pécuniaire.

Exemple

Par exemple, Cons. conc., déc. n° 01-D-13, 19 avr. 2001, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais.

Il en va de même en cas de crise sectorielle. L'argument selon lequel l'entreprise n'aurait réalisé aucun gain du fait de la pratique n'est pas recevable (Cons. conc., déc. n° 07-D-48 : op. cit).

L'Autorité n'hésite plus ces dernières années à tenir compte du groupe auquel l'entreprise appartient (CA Paris, 10 oct. 2013, Nestlé et Royal Canin : *Contrats, conc. consom.*, 2014, comm. n° 18, obs. D. Bosco ; conf. Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-260033, n° 13-26083 et n° 13-26185 – ADLC, déc. n° 15-D-03, 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais). Certains contrevenants ont bien tenté de contester cette disposition au regard de la Constitution ; mais ce fut peine perdue. La Cour de cassation a en effet refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC s'interrogeant sur la conformité à la Constitution de l'article L. 462-2 I al. 3 faute de caractère sérieux (Cass. com., 19 nov. 2013, Inéo réseaux Sud-Ouest).

Les difficultés financières rencontrées par les entreprises en cause peuvent être prises en compte dans la détermination du montant de l'amende (ritère de la capacité contributive ou ITP, *inability to pay*). Bien évidemment, celles-ci doivent être démontrées.

Exemple

L'affaire du Cartel de l'Acier a montré les divergences existant sur la prise en compte de la crise économique entre l'ADLC (ADLC, déc. n° 08-D-32, du 16 décembre 2008 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques) et la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 19 janv. 2010). L'autorité a réaffirmé avec force sa position dans son communiqué de procédure en retenant en substance que la crise économique ne peut pas être prise en compte de façon abstraite mais que chaque entreprise doit démontrer les effets de celle-ci sur ses comptes. Il convient de « *justifier l'existence des difficultés financières particulières dont il se prévaut et leur incidence sur sa capacité contributive, en s'appuyant sur les éléments énumérés dans le questionnaire mis à leur disposition par l'Autorité et le cas échéant sur d'autres documents. Une réduction du montant final de la sanction pécuniaire ne peut être accordée à ce titre que si ces éléments constituent des preuves fiables, complètes et objectives attestant l'existence de difficultés réelles et actuelles empêchant l'entreprise ou l'organisme en cause de s'acquitter, en tout ou partie, de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée. La situation de l'intéressé s'apprécie au jour de la prise de la décision de l'Autorité et au regard de l'ensemble des exercices pertinents* » (point 65. V. ADLC, déc. n° [11-D-17](#), 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives).

Dans l'affaire des Monuments historiques, la Cour d'appel de Paris, adhérant à l'analyse de l'Autorité, avait jugé qu'en raison de son appartenance à un groupe Vinci, dont le chiffre d'affaires est particulièrement important, la société Degaine n'était pas fondée à se prévaloir de difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement : « *en se déterminant ainsi, après avoir retenu que la société Degaine s'était comportée de manière autonome sur le marché, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si cette société avait la faculté de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient, a privé sa décision de base légale* ». L'application du critère est donc fonction de l'autonomie du contrevenant (Cass. com., 18 février 2014 : AJCA mai 2014, p. 88, obs. L. Arcelin Lécuyer - Sur renvoi, CA Paris, 28 mai 2015, RG n° 2014/09272).

Remarque

L'analyse est encore plus explicite dans la décision n° 15-D-04 et montre combien le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficulté qui ne tient pas compte du groupe pour apprécier et remédier à la cessation des paiements de la filiale, sont éloignés :

« dans l'hypothèse où l'entreprise qui les allègue appartient à un groupe, c'est au regard des ressources financières dont ce groupe dispose que de telles difficultés peuvent être appréciées.

A cet égard, l'existence de liens capitalistiques unissant un grand nombre d'entreprises dans un groupe très important au sein duquel elles consolident leurs comptes respectifs, atteste de ce que l'autonomie patrimoniale des personnes juridiques qui le composent s'appuie sur des synergies, et que le groupe peut compter sur des partenariats qui en justifient l'intérêt même. C'est à ce titre qu'il peut être considéré comme suffisamment établi qu'une filiale a bien les moyens de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient, au développement et à la puissance duquel elle contribue. Il incombe, le cas échéant, à la mise en cause ou au groupe auquel elle appartient d'apporter la preuve des raisons pour lesquelles ce dernier ne serait pas en mesure d'aider sa filiale, rompant ainsi avec la solidarité et l'entraide qui président normalement aux relations entre les sociétés d'un même groupe. Ainsi, un refus unilatéral d'assistance opposé par une société-mère serait dénué de pertinence, dès lors que rien ne permet de présumer le désintérêt d'un groupe porté à la survie de sa filiale, et qu'admettre ce désengagement sans autres explications, reviendrait à méconnaître l'objectif de dissuasion qui préside au prononcé de sanctions pécuniaires » (26 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la boulangerie artisanale).

A l'inverse, *« l'appartenance à une petite entreprise ne peut, en aucune manière, constituer une circonstance atténuante »* (CA Paris, 20 nov. 2014, Farines).

Depuis la Loi NRE, la réitération des pratiques est un élément de calcul de la sanction expressément visé à l'article L. 464-2 I alinéa 3. En cas de réitération, *« le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire (...) peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %, en fonction notamment du délai séparant le début de la nouvelle pratique du précédent constat d'infraction et de la nature des différentes infractions en cause »* (point 52 du Communiqué).

En d'autres termes, la réitération de pratiques anticoncurrentielles suppose que deux infractions de même type aient été commises par la même entreprise, voire par une personne juridique assurant la continuité de celle ayant commis la première infraction (Cons. conc., déc. n° 09-D-05, 2 fév. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire).

Sa position détaillée est présentée dans le communiqué de procédure au point 51 (v. auparavant, Cons. conc., déc. n° 07-D-33, 15 oct. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit : RLC n° 14/2008, p. 18, note P. Arhel). Ainsi, pour apprécier l'existence d'une réitération, l'ADLC tient compte de quatre éléments cumulatifs :

- Distinguée de la récidive au sens pénal, la réitération suppose tout d'abord le constat d'une infraction, ce qui écarte les décisions ordonnant des mesures conservatoires ou celles entérinant des engagements volontaires, décisions ne se prononçant justement pas sur l'infraction. En revanche, toute décision constatant une infraction doit être prise en compte au titre de la réitération, quelle que soit la suite à laquelle elle a donné lieu (injonction, amende, publication, ...). Ainsi peut-il s'agir d'une décision de l'autorité, d'un arrêt de la cour d'appel de Paris réformant une telle décision dans le cadre de son contrôle de plein contentieux, d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale compétente, prise sur le fondement des articles 101 et 102 du traité.
- la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant donné lieu au précédent constat d'infraction. L'ADLC ne s'écarte pas des orientations exposées dans les Lignes Directrices communautaires de 2006. Il vient préciser que la similitude s'apprécie par rapport à l'objet des pratiques mais aussi par rapport à leurs effets. Il indique en effet que *« les pratiques peuvent être identiques ou similaires par leur même objet anticoncurrentiel, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier : ententes horizontales entre concurrents, restrictions verticales entre entreprises participant à une même chaîne économique, abus de position dominante peuvent ainsi être regardés comme relevant, a priori, de catégories différentes. Mais elles peuvent aussi être identiques ou similaires par leur même effet anticoncurrentiel, critère qui transcende au contraire les qualifications légales : des pratiques d'entente ou des comportements unilatéraux peuvent ainsi rechercher le même*

effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition ». L'exemple le plus topique est celui des effets d'exclusion commun à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles.

- Le constat d'infraction doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique.
- Enfin, sur la période écoulée entre les pratiques incriminées, le principe de proportionnalité doit s'appliquer. Si dans le silence de la loi, l'Autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation, « le principe de proportionnalité invite à ce que la période de temps écoulée entre les pratiques incriminées et le ou les constats d'infraction antérieurs soit prise en compte notamment pour apprécier, à l'aune de l'objectif de dissuasion, la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence » (Déc. n° 07-D-33, op. cit). Et le Conseil de souligner que « la réitération de pratiques sanctionnées vingt ans auparavant n'appelle pas a priori la même réponse que celles qui l'ont été trois ans plus tôt ». L'Autorité a raccourci ce délai dans son communiqué en affirmant qu'elle n'entend pas opposer la réitération à une entreprise ou à un organisme lorsque le délai en question est supérieur à 15 ans.

Il faut que, au plus tard dans le rapport, soient indiqués les éléments pris en compte au titre de la réitération (Cons. conc., déc. n° 07-D-08, 12 mars 2007, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution de ciment en Corse : RLC n° 12/2007, p. 26, obs. V. Sélinsky et S. Cholet et p. 88, obs. E. Barbier de la Serre), ce qui n'est pas exigé en droit européen.

Si les pressions exercées par une entreprise sur une autre ne peuvent exonérer celle-ci du grief de participation à une entente, elles peuvent toutefois être prises en considération dans la détermination du montant de la sanction, à condition bien sûr de démontrer ces pressions (CA Paris, 15 mars 2018, n° 16/14231, déc. n° 16-D-09).

En savoir plus : Procédures collectives et sanction pécuniaire

Le fait que l'entreprise en cause soit sous le coup d'une procédure collective appelle quelques précisions procédurales. Selon les principes bien établis, "dès lors qu'elle n'a pas cessé d'exister juridiquement, la mise en redressement ou liquidation judiciaire d'une entreprise auteure de pratiques anticoncurrentielles ne la fait pas échapper à la responsabilité des pratiques dont elle doit répondre, même si ses actifs ont été cédés" (ADLC, d'as. n° 20-D-09 du 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie, pt. 711). Mais, l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective peut être exonérée du paiement de l'amende. Tout dépend cependant de la procédure subie.

En cas de liquidation judiciaire, l'entreprise liquidée ne peut faire l'objet d'une condamnation à verser une somme d'argent en se fondant sur l'idée d'opportunité. Le Conseil énonce ainsi par exemple dans sa décision n° 05-D-17 que, « en cas de jugement ordonnant la liquidation judiciaire, l'article 1844-7-7° du code civil dispose que la société « prend fin ». L'article 1844-8 alinéa 1^{er} du même code indique que « la dissolution de la société entraîne sa liquidation » (...). Toutefois le troisième alinéa du même article prévoit que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. Jusqu'à cette date, c'est donc à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre. Au cas particulier, la société EGTP a été placée en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Dijon en date du 20 octobre 2003. La procédure est actuellement en cours ce qui justifie la poursuite de la procédure à son encontre. Mais le prononcé d'une sanction pécuniaire à son égard n'apparaît pas opportun, en ce qui la concerne, eu égard à la liquidation dont elle fait l'objet » (Cons. conc., déc. n° 05-D-17, 27 avr. 2005 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or : BOCC 28 oct. 2005. V. aussi, Cons. conc., déc. n° 04-D-03 : op. cit. – Déc. n° 04-D-15, 28 avr. 2004, relative à des pratiques relevées dans le secteur des revêtements synthétiques pour sols sportifs : BOCC 6 sept. 2004 – Déc. n° 05-D-26 : op. cit. – Déc. n° 05-D-47 : op. cit. – Déc. n° 06-D-07 : op. cit. – ADLC, déc. n° 10-D-35, 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles - Déc. n° 19-D-17, 30 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique).

En cas de cession de l'entreprise, le repreneur judiciaire, assurant la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise est exonéré du paiement de l'amende en vertu des articles [L. 626-10](#) et [L. 631-19](#) du Code de

commerce) disposant que « *les personnes qui exécuteront le plan (...) ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* ».

En revanche, en cas de continuation de l'entreprise ou d'adoption d'un plan de sauvegarde, l'Autorité inflige une amende à la personne responsable de l'exploitation. Si le montant est minoré en raison de la situation de l'entreprise (Cons. con., déc. n° 05-D-51, 21 sept. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement Européen de Strasbourg (lot plâtrerie, isolation, cloisons), il demeure étonnant que l'autorité ne fasse pas bénéficier celle-ci d'une exonération fondée, comme en cas de cession, sur l'article L. 621-63, ce texte jouant également en cas de plan de continuation et de sauvegarde.

§ 3 : Les recours

A - En droit européen

Les décisions de la Commission européenne sont susceptibles de recours en annulation ou de pleine juridiction devant le Tribunal de l'UE. L'arrêt du TUE peut lui-même faire l'objet d'un recours devant la CJUE. Le recours en annulation suppose que le requérant invoque l'incompétence, la violation des formes substantielles, la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou un détournement de pouvoir. Il doit être exercé dans les deux mois à compter de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. Le recours en pleine juridiction (Article 31 du Règlement n° 1/2003) qui permet au juge de substituer son appréciation à celle de l'institution en cause, peut le conduire à modifier le montant de l'amende prononcée par la Commission européenne.

Un sursis à exécution peut être demandé au Président du tribunal qui statue alors par voie d'ordonnance susceptible de recours devant la CJUE. La demande en référé doit contenir deux données cumulatives : l'urgence et les moyens de fait ou de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure. L'existence de difficultés financières n'est pas suffisante, d'autant plus si l'entreprise appartient à un groupe de sociétés qui a les capacités financières d'aider sa filiale.

Exemple

TPICE, 28 mars 2007, aff. [T-384/06 R](#) : IBP et International Building Products France c/ Commission : Rec. CJCE I 2007, p. 30 ; RLC n° 12/2007, n° 867.

B - En droit français

La Cour d'appel de Paris puis la Chambre commerciale de la Cour de cassation sont compétentes pour statuer sur les recours contre les décisions de l'ADLC. Ainsi l'article [L. 464-8](#) prévoit-il que « *les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées aux articles , sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* ». Lorsque la Cour d'appel de Paris annule une décision de l'Autorité, elle doit statuer en droit et en fait sur les demandes des parties tenant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision de l'Autorité et, le cas échéant, sur les griefs notifiés aux parties et maintenus dans le rapport (Cass. com., 27 sept. 2005 : RLC n° 5/2005, p. 67, obs. C. Nourissat). Ce pouvoir de réformation est aussi une obligation pour la Cour d'appel (Cass. com., 31 janv. 2006 : Rapp. C. Cass. 2006, p. 389) sauf lorsque l'affaire nécessite une instruction complémentaire auquel cas elle renvoie devant l'Autorité de la concurrence (Cass. com., 26 fév. 2008 : RLC n° 15/2008, p. 90, obs. B. Cheynel).

Depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008, l'Autorité de la concurrence, en la personne de son président, peut former un pourvoi en cassation contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris rendus à l'encontre de ses décisions. Pour respecter le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement, le recours

contre les mesures d'enquête et d'instruction relève du rapporteur général. Après avoir jugé que le président ne pouvait agir que contre les arrêts ayant censuré une décision de l'ADLC et non du Conseil (Cass. com., 23 nov. 2010, inédit, n° [09-72287](#), Parfums), la Cour de cassation, s'appuyant sur la jurisprudence Verbic (CJCE, 7 déc. 2010, aff C-439/08), a élargi le champ du pourvoi (Cass. com., 17 janv. 2012, n° [11-13067](#)). Cela la rapproche de la Commission européenne.

Le recours en annulation ou en réformation n'est pas suspensif. Toutefois, le requérant peut demander un sursis à exécution de l'amende. Le Premier président de la Cour d'appel peut ordonner le sursis à exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité (art. [L. 464-8 al. 3](#)). Il faut alors que l'entreprise démontre que la perception de l'amende a des « *conséquences manifestement excessives* », notamment au regard de sa situation économique (diminutions sensibles de chiffre d'affaires, de résultat d'exploitation et de capitaux propres). Il faut d'autre part, qu'en raison de ce déséquilibre financier, le paiement de la sanction soit de nature à mettre en péril l'exploitation ou que l'entreprise soit déjà en état de cessation des paiements. La preuve de ces derniers éléments est rapportée par des attestations des sociétés d'expertise comptable ou par les commissaires aux comptes. Le fait que l'entreprise appartienne à un groupe peut là encore être pris en compte pour écarter le sursis (Cass. com., 22 oct. 2013, Farines).

Section 3 : Les procédures négociées

Depuis le début des années 2000, le droit de la concurrence français se veut moins sanctionnateur en privilégiant les procédures alternatives ou négociées. Chacune intervient à un stade procédural précis :

- la clémence (§1) est négociée avant ou en début d'enquête ;
- les engagements volontaires (§2) sont proposés après la saisine et avant la notification de griefs ;
- la transaction européenne (§3) joue après la communication de griefs, comme la procédure de non contestations des griefs du droit français (§ 4).

§ 1 : La clémence

Inspiré du droit américain, le système de clémence a été mis en place en droit communautaire en 2002 (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes : JOCE n° C 45, 19 fév. 2002, p. 3 ; Europe 2002, comm. n° 146, obs. L. Idot) et a été réformé en vue d'une plus grande efficacité en 2006 (JOCE n° C 298, 8 déc. 2006, p. 17). Le droit français a calqué une fois de plus le droit communautaire en intégrant à l'article L. 464-2 III un système de clémence (aujourd'hui [L. 464-2 IV](#)).

Il s'agit pour les entreprises parties à un cartel de dénoncer celui-ci aux autorités, moyennant une exonération totale ou partielle d'amende.

Cette « *procédure de clémence n'est pas simplement un instrument de recherche et de détection des cartels* ». Les juridictions de l'Union jugent au contraire, plus largement, que, pour justifier une réduction de sanction, le comportement du demandeur de clémence « *doit faciliter la tâche de la Commission [européenne] consistant en la constatation et en la répression des infractions aux règles de l'Union européenne [...] et témoigner d'un véritable esprit de coopération (...). La procédure de clémence est donc appréhendée comme un instrument visant à faciliter non seulement la détection des ententes horizontales par lesquelles les concurrents fixent les prix, limitent la production ou encore se répartissent les marchés, mais aussi, en définitive, leur constatation et leur sanction* » (ADLC, déc. n° [11-D-17](#), 8 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives. P. Patat et Ph. Guibert, « Cartel des lessives : la clémence au sens propre », *RLC* 31/2012, p. 69).

L'introduction de ce mécanisme, critiqué par certain, connaît un véritable succès puisque c'est presque $\frac{3}{4}$ des affaires qui mettent en place la clémence européenne. En France, en 2013, on dénombrait depuis l'origine 67 procédures de clémence (Rapport pour 2013, p. 26). Depuis, le nombre de demandes a baissé (7 en 2016 et 3 en 2021 : V. Rapport pour 2021, annexe p. 19).

Remarque

Les autorités de concurrence européennes réunies au sein du Réseau européen de concurrence (REC) ont adopté un « *programme modèle de clémence* », révisé le 22 novembre 2012, visant à faciliter le traitement des demandes de clémence parallèles dans l'Union européenne. En effet, il existe une vingtaine d'Etats européens qui ont adopté un programme de clémence. En l'absence d'harmonisation, la clémence accordée par exemple, par l'ADLC, ne garantira pas forcément l'entreprise d'autres condamnations éventuelles prononcées par d'autres autorités de la concurrence. Le programme commun vise à éviter que les entreprises qui pourraient demander la clémence ne soient dissuadées de le faire en raison des divergences entre les programmes de clémence existant au sein du REC. Il établit alors le traitement auquel l'entreprise qui sollicite la clémence peut s'attendre de la part de toute autorité membre du REC une fois que tous les programmes seront alignés sur le modèle.

A - La clémence en droit européen

Deux régimes d'immunité sont prévus de manière assez détaillée par la Communication de 2006. Un premier régime octroie une immunité totale d'amende à l'entreprise qui « *révèle sa participation à une entente présumée* » si elle est la première « *à fournir des renseignements et des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, lui permettront d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée* ». Cette immunité totale suppose que l'entreprise n'ait pas contraint d'autres entreprises à participer à l'infraction, c'est-à-dire, qu'elle n'ait pas la qualité d'instigateur ou de meneur de l'entente.

Le second régime met en place une immunité partielle, une réduction du montant de l'amende. Mais cette voie n'est ouverte qu'aux entreprises qui n'auraient pas satisfait aux conditions prévues pour l'immunité totale. Pour prétendre à une réduction d'amende, l'entreprise doit révéler sa participation à une entente présumée et fournir à la Commission des éléments de preuve permettant de constater une infraction à l'article 101 TFUE en rapport avec l'entente présumée. Ces éléments de preuve doivent apporter une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession de l'autorité de concurrence, ce qui signifie que l'entreprise doit produire des éléments nouveaux ou plus précis qui permettent à la Commission d'établir l'infraction. Le montant de la réduction varie en fonction de l'entrée en scène des opérateurs (en dehors du premier qui bénéficie de l'immunité totale): le second peut espérer une réduction allant de 30 à 50 %, le troisième une réduction de 20 à 30 % et les derniers ne peuvent compter que sur une réduction de 20 % maximum.

La Communication de 2006 a mis en place un système de marqueur permettant à une entreprise sollicitant l'immunité, d'obtenir un délai pour collecter les éléments de preuve requis, délai pendant lequel son rang dans l'ordre d'arrivée des entreprises invoquant le bénéfice de l'immunité est maintenu.

Trois conditions cumulatives sont exigées pour bénéficier de l'immunité ou de la réduction d'amende : que l'entreprise apporte une « *coopération véritable, totale, permanente et rapide* » pendant toute la procédure, qu'elle mette fin à sa participation à l'entente et que, dès lors qu'elle envisage de demander la clémence, elle ne doit pas détruire, divulguer ou dissimuler des preuves.

B - La clémence en droit français

La procédure de clémence est envisagée en droit français aux articles [L. 464-2 IV](#) et [R. 464-5](#) (modifiés par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 (dite « Loi DDADUE ») et le décret n° [2021-568](#) du 10 mai 2021 relatif à la procédure d'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires prévue au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Pour la première application, v. ADLC, déc. n° [23-D-04](#) du 12 avril 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente d'abonnements à des produits d'intelligence économique (business intelligence) et d'information d'entreprise) et suivants du Code de commerce et dans un communiqué de procédure du 15 décembre 2023.

L'article L. 464-2 IV accorde la clémence demandée par le Rapporteur général ou le Ministre de l'économie, « *lorsqu'une entreprise ou un organisme contribue ou a contribué à établir* » l'existence d'une entente et à identifier ses auteurs. Un « *avis de clémence* », confidentiel, définissant les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée était adressé à l'entreprise. Pour alléger la procédure, cet avis a été supprimé lors de la transposition de la directive ECN+ par l'ordonnance de 2021. Toute la procédure est affranchie du principe du "contradictoire" :

Exemple

ainsi une entreprise sanctionnée ne peut-elle pas obtenir communication du rapport d'instruction ou du procès-verbal de la séance de l'autorité ayant adopté l'avis (CA Paris, 24 avr. 2007 : *Contrats, conc. consom.*, 2007, comm. n° 155, obs. G. Decocq).

En effet, en prenant cet avis, l'autorité « *ne statue pas, à l'égard des entreprises tierces visées par la dénonciation, sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 (...), et ne prend aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur, par ces dernières, de leurs droits de la défense* ».

Comme en droit européen, l'entreprise peut espérer une exonération totale ou partielle d'amende en fonction notamment de son « *ordre d'arrivée* ». Le demandeur peut solliciter du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence l'attribution d'une place dans l'ordre d'arrivée en vue de bénéficier de l'exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires mentionnée au IV de l'article L. 464-2. Les autorités saisies fixent un délai afin de permettre au demandeur de rassembler les éléments d'information requis (art. [R. 464-5-3](#)).

1. L'exonération totale

Selon l'article [R. 464-5-1](#) du Code de commerce, l'exonération totale est soumise aux conditions suivantes :

« 1° Le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article [R. 464-5-4](#) ;

2° Il révèle sa participation à une pratique prohibée par l'article [L. 420-1](#) ;

3° Il est le premier à fournir des éléments d'information qui :

a) Soit permettent, au moment où la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou l'Autorité de la concurrence reçoivent la demande, de procéder à des opérations de visite et de saisie ou à des perquisitions dans le cadre d'une procédure pénale en rapport avec la pratique en cause, à condition qu'elles n'aient pas déjà en leur possession des éléments d'information qu'elles estiment suffisants pour permettre de procéder à de telles opérations de visite et de saisie ou qu'il n'ait pas déjà été procédé à de telles opérations ou perquisitions ;

b) Soit sont suffisants pour permettre à l'Autorité de la concurrence d'établir l'existence de la pratique en cause, à condition que la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou l'Autorité de la concurrence n'aient pas déjà en leur possession des éléments d'information que cette dernière estime suffisants pour lui permettre d'établir l'existence de cette pratique et qu'aucun autre demandeur n'ait déjà rempli les conditions pour bénéficier de l'exonération totale de sanctions pécuniaires en application du *a du présent 3°*. »

Deux cas ouvrent donc droit à l'exonération totale. Le a) (ou cas de type 1 A du communiqué de procédure) renvoie à l'hypothèse où l'ADLC ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée. Il est alors prévu que l'ADLC accordera une exonération totale des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui lui fournit, la première, des informations et des éléments de preuves de l'existence d'une entente si les deux conditions suivantes sont réunies : l'Autorité ne disposait pas antérieurement d'informations et d'éléments de preuve suffisants pour procéder ou faire procéder de sa propre initiative à des mesures d'investigation ciblée au titre de l'article [L. 450-4](#) du code de commerce, et, du point de vue de l'Autorité, les informations et les éléments de preuve fournis par cette entreprise à l'appui de sa demande de clémence lui permettent de faire procéder à de telles mesures.

Dans l'hypothèse où l'ADLC dispose déjà d'informations relatives à l'entente présumée (b) ou cas de type 1 B du communiqué de procédure), elle peut accorder le bénéfice d'une exonération totale de sanctions pécuniaires si les trois conditions suivantes sont réunies : l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de l'Autorité, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article [L. 420-1](#) du code de commerce et, le cas échéant, à l'article 101 du TFUE caractérisant l'existence d'une entente ; au moment de la demande, l'ADLC ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article [L. 420-1](#) du code de commerce et, le cas échéant, à l'article 101 du TFUE caractérisant l'existence d'une entente, et aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel d'exonération totale de type 1 A pour l'entente présumée.

Dans tous les cas de figure, l'instigateur de l'entente est exclu du bénéfice de la clémence (art. [R. 464-5-1 II](#)).

2. L'exonération partielle

Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues dans les cas de type 1 A ou 1 B peuvent toutefois bénéficier, sous certaines conditions, d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires qui peut aller jusqu'à 50 % du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence (cas de type 2). Selon l'article [R. 464-5-2 I](#), le demandeur doit respecter les conditions suivantes :

« 1° Le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article [R. 464-5-4](#) ;

2° Il révèle sa participation à une pratique prohibée par l'article [L. 420-1](#) ;

3° Il fournit des éléments d'information qui comportent une valeur ajoutée significative afin d'établir l'existence de la pratique en cause, par rapport à ceux qui se trouvent déjà en la possession de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de l'Autorité de la concurrence au moment de la demande. »

L'entreprise doit alors fournir à l'ADLC des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont l'Autorité dispose déjà. La notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'existence de l'entente présumée. Le Communiqué de procédure précise que les éléments de preuve écrits contemporains de l'entente présumée ont une valeur supérieure aux éléments établis ultérieurement, de même que les éléments de preuve à charge se rattachant directement aux faits en cause ont une valeur supérieure aux éléments s'y rapportant indirectement, et que les éléments de preuve incontestables ont une valeur supérieure aux éléments devant être corroborés en cas de contestation.

Pour fixer le degré d'exonération, et *a fortiori*, lorsque plusieurs entreprises prétendent à l'exonération partielle, l'Autorité prend en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuve fournis par cette entreprise ont apporté.

Le point 20 du Communiqué de procédure de 2023 fixe la « hiérarchie », flexible, des exonérations partielles : « L'exonération partielle des sanctions pécuniaires accordée à une entreprise ayant apporté une valeur ajoutée significative ne saurait en principe excéder 50 % du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence. Afin d'offrir une plus grande sécurité juridique aux demandeurs de clémence de type 2 tout en s'assurant que la valeur ajoutée significative des demandes soit prise en compte de manière adéquate, des fourchettes de réduction de sanction sont prévues en fonction de l'ordre d'arrivée de ces demandes :

- première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 25 et 50 % ;
- deuxième entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 15 et 40 % ;
- autre entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction maximale de 25 %. »

Un cas de « clémence + » (A. Ronzano, Lettre Creda Concurrence 3 avril 2015) est prévu et vise le cas de l'entreprise apportant des éléments de preuve sur la durée de l'entente que n'avait pas l'Autorité : « si l'entreprise qui présente la demande est la première à fournir des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, l'Autorité ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les fournit » (pt. 22), principe repris à l'article [R. 464-5-2 II](#).

Dans tous les cas, les entreprises candidates à la clémence doivent en principe, mettre fin à leur participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence de l'Autorité et apporter à celle-ci une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction. Sans réelle coopération, l'entreprise verra le taux de réduction de l'amende diminuer (v. ADLC, déc. n° 11-D-17, 8 déc. 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives (Henkel). Qui plus est, aucune exonération totale de sanction pécuniaire ne sera accordée à une entreprise qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction. Un « rôle particulièrement actif » dans la réalisation de l'entente ne saurait être compris comme ayant contraint une autre entreprise (Cons. conc., déc. n° [07-D-48](#), 18 déc. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international).

L'Autorité indique enfin à l'entreprise si elle accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, ainsi que, dans ce dernier cas, le taux de cette exonération, et précise les conditions auxquelles

cette exonération est subordonnée. Si, lors de l'examen de l'affaire au fond, les conditions posées par l'ADLC ont été respectées par l'entreprise, celui-ci accordera l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, il en fixera le niveau exact.

§ 2 : Les engagements volontaires

Les engagements volontaires prennent place suite à une saisine de l'autorité sur une pratique unilatérale ou une entente verticale peu nocive. Les entreprises peuvent négocier, proposer de rétablir la concurrence, pour ne pas être sanctionnées.

Remarque

Les infractions les plus graves, comme des cartels de prix ou des abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important, ne peuvent donner lieu à des engagements et continueront donc à être sanctionnées lourdement.

A - En droit européen

L'article 9 du Règlement 1/2003 a consacré la technique des engagements volontaires déjà pratiquée par la Commission dans le domaine des concentrations économiques : « 1° Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

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, inexactes ou dénaturées fournies par les parties ».

La procédure suit plusieurs étapes. La Commission envoie tout d'abord une évaluation préliminaire aux entreprises en cause. Sans qualifier les faits, à la différence d'une communication des griefs, l'évaluation préliminaire identifie des « préoccupations » de concurrence. Vient ensuite la proposition des engagements. Si la Commission les trouve satisfaisants, elle publie au Journal officiel de l'Union européenne un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements. S'ouvre alors un délai, qui ne peut être inférieur à un mois, pour permettre aux tierces parties intéressées de présenter leurs observations. Une fois les observations des tiers analysées, la Commission peut adopter une décision rendant obligatoires les engagements proposés par l'entreprise s'ils sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'analyse préliminaire. Elle fixe éventuellement la durée pendant laquelle les engagements lient les parties et constate qu'il n'y a plus lieu d'agir et donc que la procédure est clôturée.

Les entreprises ont tout intérêt à respecter la décision de la Commission. En effet, à défaut, elles s'exposent à une décision de sanction, dont l'amende peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise. Par ailleurs, la Commission a également le pouvoir d'assortir sa décision d'une astreinte, pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

Bien que les règles relatives à la procédure d'engagements figurent dans le règlement n° 1/2003, elles ne s'appliquent qu'à la Commission européenne. Pour les autorités nationales de concurrence, le règlement se limite à poser le principe selon lequel elles sont compétentes pour « accepter des engagements ».

B - En droit français

L'ordonnance du 4 novembre 2004, complétée par le décret n° 2005/1668 du 27 décembre 2005, a introduit la procédure des engagements volontaires à l'article L. 464-2 I du Code de commerce. Par la suite, le Conseil de la concurrence a publié le 8 avril 2008 un Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence dans lequel il reprend des principes issus de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et les observations des praticiens ou universitaires rendues à la suite de la consultation publique. Ce texte a été remplacé par le Communiqué de procédure du 2 mars 2009 tenant compte de la réforme institutionnelle opérée par la LME.

La procédure d'engagements s'applique à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements. L'ADLC « *peut (...) accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ».

Exemple

Ainsi que la cour d'appel de Paris l'a précisé dans l'arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007, « *les textes applicables (...) supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence* ».

Remarque

Stade précontentieux.

L'évaluation préliminaire ne « *constitue (...) pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » car elle « *n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à [une] entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction* », contrairement à la notification des griefs (CA Paris, 6 nov. 2007, conf. sur ce point Cass. com., 4 nov. 2008, n° [07-21275](#). Comp. CEDH, 3 juin 2004, aff. n° 69042/01, *Neste c/ Russie* : RLC n° 1/2005, p. 106, obs. E. Barbier de la Serre ; RDAI 2/2005, p. 207, note N. Jalabert-Doury). Cette procédure intervient avant que les griefs n'aient été notifiés aux parties. On se situe donc au stade précontentieux. Les négociations se déroulent avec le Rapporteur général. Mais, dans la mesure où il s'agit d'une phase précontentieuse, l'article 6 de la CESDH imposant la séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement ne s'applique pas. Le Rapporteur général pourra donc négocier avec le collège, ce qui est prévu dans le communiqué de procédure de mars 2009 : une « *procédure souple, associant le collège au rapporteur dès le début de la négociation des engagements, a par conséquent été adoptée par l'Autorité afin de garantir un niveau de sécurité juridique optimal pour les entreprises* ».

La première étape consiste en une évaluation préliminaire dans laquelle le « *rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée* ». Elle est ensuite communiquée à l'entreprise concernée. Pour garantir le principe du contradictoire, l'entreprise doit avoir un accès intégral au dossier, c'est-à-dire aux éléments qui fondent les préoccupations de concurrence (saisine, annexes...). Ensuite, celle-ci formalise ou, dans le cadre d'une procédure d'urgence, indique au rapporteur si elle demande le bénéfice de la procédure d'engagements. Elle transmet ses propositions en ce sens, ce qui ne préjuge pas de la décision du Conseil d'enclencher formellement ou non la procédure, cette faculté relevant de son appréciation en opportunité. L'entreprise qui sollicite le recours aux engagements doit être en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. Les engagements proposés doivent donc être pertinents, crédibles et vérifiables.

Les engagements susceptibles d'être proposés peuvent notamment prendre la forme de modifications de clauses contractuelles, de l'octroi d'un accès à des informations nécessaires à l'activité des opérateurs dans un secteur donné de l'économie (décisions n° 08-D-04, du 25 fév. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse n° 07-D-31, n° 06-D-20 du 13 juill. 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet et n° 05-D-25 du 31 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste), de clarifications relatives aux conditions contractuelles de revente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ou encore de mesure visant à garantir la compatibilité de produits (ADLC, déc. n° 14-D-09, 4 sept. 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso).

Exemple

Pour la suppression des clauses relatives à l'interdiction de vendre sur Internet faite aux distributeurs sélectifs, v. Cons. conc., déc. n° 06-D-24, 24 juill. 2006 : *BOCC* 26 janv. 2007 ; *D.* 2007, pan. 1691, obs. E. Claudel ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 187, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2006, comm. n° 145, obs. M. Chagny ; *Petites affiches* 9-10 avr. 2007, obs. Baccichetti ; *RLDA* 2006, comm. n° 53, obs. B. Cheynel ; *RLC* n° 2007, p. 16, obs. D. Brault et S. Proust. Conf. par CA Paris, 16 oct. 2007 : *D.* 2007, obs. E. Chevrier – Déc. n° 06-D-28, 5 oct. 2006 : *BOCC* 26 janv. 2007 ; *RLDA* 2006, p. 55, obs. B. Cheynel ; *RDLC* 6/2006, p. 63, obs. M. Debroux ; *RLC* n° 2007, p. 14, note V. Sélinisky – Déc. n° 07-D-07, 8 mars 2007, Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle : *BOCC* 7 juin 2007 ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm., n° 122, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RDLC* 2/2007, p. 102, obs. E. Claudel ; *Europe* 2007, comm. n° 118, obs. L. Idot ; *RDC* 2007, p. 773, obs. C. Prieto.

A la réception des engagements proposés par l'entreprise et après avoir communiqué leur contenu à l'auteur de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, le rapporteur général fait publier à l'intention des tiers intéressés un communiqué comprenant un résumé de l'affaire et l'offre d'engagements, qui peut être effectué par tout moyen, mais qui est, en pratique, assuré sur le site Internet de l'ADLC. Cette communication met les tiers intéressés en mesure de présenter leurs observations dans un délai qui ne peut pas être inférieur à un mois à compter de sa publication. L'ensemble de ces observations est versé au dossier et communiqué aux parties à la procédure ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Cette étape constitue un « *test de marché* » auquel l'Autorité attache une importance particulière afin de vérifier si les engagements proposés sont, d'une part, pertinents, crédibles et vérifiables et, d'autre part, proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire.

A l'issue de la discussion, si l'Autorité de la concurrence considère que les engagements proposés répondent aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire, elle adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure. L'ADLC n'est toutefois jamais obligée de rendre obligatoires les engagements proposés et peut mettre fin à la procédure et reprendre la voie contentieuse, à tout moment.

Remarque

Un arrêt récent a contribué à définir la frontière entre la décision de clôture de la procédure d'engagement et un non-lieu. La Cour d'appel de Paris a en effet jugé, le 19 décembre 2013, dans l'affaire opposant France Télécom à Cogent que la décision de l'Autorité de ne retenir, au titre des préoccupations de concurrence communiquées à la mise en cause, qu'une partie des griefs dénoncés par la saisissante, voire d'autres griefs que ceux dénoncés par celle-ci, ne saurait être interprété ni comme une décision de non-lieu à poursuivre la procédure ni comme une décision constatant l'absence de violation de l'article 102 du TFUE, dès lors qu'une décision d'acceptation d'engagements clôt la procédure avant toute appréciation et qualification définitive des faits. Partant, l'adoption d'une telle décision n'exclut pas l'exercice d'une action en justice par une des parties à la procédure d'engagements et elle ne permet pas à l'Autorité, si elle est saisie d'une plainte visant des pratiques ayant déjà fait l'objet d'une décision d'engagements, de classer cette plainte sur le fondement du principe « *non bis in idem* », de la même façon qu'une décision d'engagements ne peut être utilisée comme premier terme d'une réitération. Rien n'empêche donc la saisissante de saisir à nouveau l'Autorité ou, à défaut, le juge judiciaire, voire le juge civil par une demande en réparation d'un préjudice concurrentiel, à propos de pratiques, qu'elle juge anticoncurrentielles, et qui n'ont pas été retenues dans l'évaluation préliminaire, ni par la suite dans la procédure d'engagements ayant conduit à l'adoption de la décision d'acceptation d'engagements.

En cas de non respect des engagements, l'ADLC peut prononcer des astreintes visant à faire respecter ces engagements, astreintes qui ne peuvent excéder 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

Dans son dernier Rapport (2013), l'Autorité de la concurrence fait état de 49 procédures d'engagements volontaires, ce qui montre un engouement certain face à cette procédure.

§ 3 : La transaction

La transaction européenne repose sur le Règlement n° 662/2008 du 30 juin 2008 modifiant le règlement n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente et sur une Communication du 2 juillet 2008 relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'ententes, deux textes entrés en vigueur le 2 juillet 2008.

Le terme de transaction n'est sans doute pas le plus approprié dans la mesure où il n'y a pas de négociation de la part de la Commission. On lit au point 2 du Règlement que la Commission « *ne négocie pas la question de l'existence d'une infraction à la législation communautaire ni la sanction à y appliquer* ».

La procédure débute par l'identification des personnes morales auxquelles une amende peut être infligée. Elle s'ouvre à tout moment mais au plus tard à la date à laquelle la Commission adresse la communication des griefs. Si la Commission le décide, elle donne un délai de 2 semaines au moins aux parties pour qu'elles déclarent par écrit si elles veulent prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction afin de présenter ultérieurement des propositions de transaction. En présence d'un groupe de sociétés, est désigné d'un représentant commun, ce qui tend à démontrer que les autorités considèrent le groupe comme une entreprise unique.

Si les parties demandent l'ouverture de la procédure de transaction, la Commission peut décider de poursuivre la procédure par des contacts bilatéraux. Elle dispose d'une marge d'appréciation pour mener les discussions. Elle définit leur ordre et leur rythme ainsi que le moment de la communication aux parties d'informations comprenant les preuves figurant dans son dossier utilisées à l'appui des griefs envisagés ainsi que le montant potentiel de l'amende. La communication de ces informations permettra aux parties d'être informées des éléments essentiels pris en compte à ce stade, tels que les faits allégués, leur qualification, la gravité et la durée de l'entente alléguée, l'attribution des responsabilités, une estimation des fourchettes d'amendes probables, ainsi que les éléments de preuve utilisés à l'appui des griefs éventuels. Cela permettra aux parties de faire valoir leur point de vue sur les éventuels griefs et de décider, en connaissance de cause, de conclure une transaction. Si elles le demandent, les parties peuvent accéder aux versions non confidentielles de tout document spécifique qui est accessible et figure dans le dossier, pour autant que cela leur permette de préciser leur position concernant tout autre aspect de l'entente (point 16). Quand les discussions mènent à une appréciation commune sur l'étendue des griefs et l'estimation de la fourchette de l'amende, les parties ont 15 jours ouvrables au moins pour présenter une proposition de transaction.

La proposition de transaction doit contenir les données suivantes :

- une reconnaissance en termes clairs et sans équivoque, par les parties, de leur responsabilité dans l'infraction, sous forme de résumé mentionnant l'objet de l'infraction, son éventuelle mise en œuvre, les principaux faits et leur qualification juridique, y compris le rôle de chaque partie ainsi que la durée de leur participation à l'infraction, conformément aux résultats des discussions menées en vue de parvenir à une transaction ;
- une indication du montant maximum des amendes que les parties s'attendent à se voir infliger par la Commission et qu'elles accepteraient dans le cadre d'une procédure de transaction ;
- la confirmation, par les parties, qu'elles ont été suffisamment informées sur les griefs que la Commission envisage de leur adresser et qu'elles ont eu suffisamment l'occasion de faire connaître leur point de vue à la Commission ;
- la confirmation, par les parties, qu'eu égard à ce qui précède, elles n'envisagent pas de demander l'accès au dossier ou à être entendues de nouveau, lors d'une audition orale, à moins que la communication des griefs et la décision de la Commission ne reflètent pas leur proposition de transaction ;
- l'accord des parties de recevoir la communication des griefs et la décision finale prise en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 dans une langue officielle convenue de la Communauté européenne.

Les parties ne peuvent révoquer leur proposition de transaction sauf si la Commission n'accède pas à leur demande de transaction en ne reprenant pas les propositions dans la communication puis dans la décision finale. La communication des griefs vaudra entérinement des propositions de transaction si elle en reflète le contenu. Pour que la décision finale vaille entérinement des propositions, elle doit fixer un montant de l'amende qui ne dépasse pas le montant maximum indiqué dans les propositions.

Une notification des griefs, par écrit, est obligatoire. Si elle reflète les propositions des parties, ces dernières doivent y répondre dans les 2 semaines au moins fixé par la Commission, en confirmant que la communication des griefs correspond à la teneur de leurs propositions de transaction et que leur engagement de poursuivre la procédure n'est pas remis en cause. Si la Commission adoptait une communication des griefs qui ne reflétait pas la proposition, les éléments reconnus par les parties dans la proposition de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne sauraient être retenus contre aucune des parties à la procédure. Par conséquent, les parties en cause ne seraient plus liées par leurs propositions de transaction et se verraient accorder, sur demande, un délai pour présenter leur défense à nouveau, et notamment la possibilité d'avoir accès au dossier et de demander une audition.

Une fois que les parties ont confirmé leur engagement de parvenir à une transaction, la Commission peut adopter la décision finale après consultation du comité consultatif. Les parties ne peuvent demander à être entendues ni à avoir accès au dossier une fois que leurs propositions de transaction ont été reflétées par la communication des griefs. La Commission conserve le droit d'adopter une position finale qui s'écarte de la position initiale qu'elle a exprimée dans une communication des griefs entérinant les propositions de transaction, soit eu égard à l'avis rendu par le comité consultatif, soit pour d'autres considérations pertinentes liées à l'autonomie décisionnelle de la Commission en la matière. Cependant, si elle décide de procéder ainsi, elle en informe les parties et leur notifie une nouvelle communication des griefs afin de leur permettre d'exercer leur droit de défense conformément aux règles générales de procédure applicables. Il s'ensuit que les parties auraient dès lors le droit d'avoir accès au dossier, de demander une audition orale et de répondre à la communication des griefs. Les éléments reconnus par les parties dans les propositions de transaction seraient réputés avoir été retirés et ne pourraient être retenus contre aucune des parties à la procédure. La récompense consiste en une réduction de 10 % du montant de l'amende à infliger après application du plafond de 10 %. Si les parties ont demandé la clémence, la réduction d'amende obtenue au titre d'une transaction s'ajoute à celle obtenue par la clémence de 2nd rang.

Un recours devant le juge européen est bien sûr possible, et la Commission n'est pas à l'abri d'une annulation de sa décision de transaction, notamment en cas de motivation insuffisante (Trib. UE, 13 décembre 2016, aff. [T-95/15](#), Printeos : *RLC* 62/2017, p. 15, note A. Appel ; *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 42, obs. G. Decocq).

Remarque

Les transactions hybrides.

La transaction hybride, comme son nom l'indique, résulte de la non participation de tous les membres de l'entente à la procédure de transaction.

le Tribunal de l'Union européenne a eu à statuer sur une question inédite tenant à l'articulation entre la procédure de transaction hybride et le respect de la présomption d'innocence. L'affaire des Grenailles abrasives lui permet de fixer les règles (Trib. UE, 28 mars 2019, aff. [T-433/16](#), Pometon SpA c/ Commission : *Europe* 2019, comm. n° 208, obs. L. Idot).

En l'espèce, cinq groupes avaient été poursuivis pour entente dans le secteur des grenailles abrasives et s'étaient dans un premier temps tournés vers la procédure européenne de transaction. Mais dans un second temps, l'un des protagonistes, le groupe Pometon, s'était retiré des négociations et avait préféré suivre la procédure ordinaire. Partant, la Commission européenne avait prononcé une décision de transaction le 2 avril 2014, puis le 25 mai 2016 une décision contre Pometon, contestée devant le Tribunal.

Pometon relève en effet que, bien que n'étant pas destinataire de la décision de transaction, elle y est mentionnée à plusieurs reprises (description des événements), en tant qu'entreprise ayant, en substance, participé activement à l'entente. Ces références

montreraient sans équivoque que, avant même que cette dernière ait eu la possibilité de se défendre, la Commission avait déjà préjugé sa culpabilité. La décision attaquée serait dès lors entachée d'une violation du principe d'impartialité de la procédure, du principe de la présomption d'innocence et des droits de la défense de la requérante (pt. 41).

Il est vrai que la requérante pouvait s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour EDH *Karaman c/ Allemagne* du 27 février 2014, selon laquelle lorsque, dans une procédure pénale impliquant plusieurs personnes qui ne peuvent pas être jugées en même temps, il est indispensable, pour apprécier la culpabilité des accusés, de mentionner, dans un premier jugement, la participation à l'infraction d'un accusé qui sera ensuite jugé dans le cadre d'une deuxième procédure pénale décalée dans le temps, le tribunal compétent doit éviter de donner plus d'informations que celles nécessaires aux fins de l'appréciation de la responsabilité pénale des accusés qui sont jugés au cours de ce procès. Bien que ne pouvant être qualifiée de tribunal au sens de la jurisprudence de la CEDH, la Commission européenne n'en reste pas moins tenue au respect des droits fondamentaux de l'Union européenne (Bonne administration et droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) ainsi qu'au principe de la présomption d'innocence qui, bien que propre de par son origine au domaine de droit pénal s'applique mutatis mutandis, également aux procédures administratives de concurrence, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent .

Le Tribunal établit les règles à respecter dans le cadre d'une procédure hybride décalée dans le temps. Ainsi expose-t-il au point 69 que,

lors de la rédaction d'une décision de transaction adoptée (...) dans le cadre d'une procédure devenue hybride, la démarcation entre, d'une part, l'exposé des faits relatifs à l'entente dans son ensemble et, d'autre part, la qualification juridique des faits spécifiquement imputés aux entreprises ayant admis leur culpabilité, doit demeurer aussi claire et nette que possible, précisément afin de ne pas assimiler, dans le cadre du même dossier administratif (...), la situation juridique définitive des entreprises ayant transigé à celle de l'entreprise ayant fait usage de son droit de se retirer de la procédure de transaction et à l'égard de laquelle la procédure administrative est encore en cours.

Dès lors, en vertu du devoir d'impartialité de l'article 41 de la Charte, la Commission doit éviter « dans la mesure du possible » de nommer dans la décision de transaction l'entreprise ayant quitté les négociations, sans toutefois se l'interdire (pt. 71). C'est donc sur le terrain de la nécessité et de la proportionnalité que le Tribunal invite la Commission à se placer.

Comme pour ajouter à la complexité, la requérante invoquait aussi l'aspect décalé des deux décisions qui n'est en rien illicite, aucune disposition n'obligeant la Commission à adopter une décision de transaction concomitante à la décision d'infraction ou de sanction à l'encontre de l'entreprise s'étant retirée de la procédure de transaction (pt. 100). Selon Pometon, néanmoins, ce décalage aurait dû obliger la Commission à omettre, dans la décision de transaction, toute référence à sa situation spécifique, sous peine de violer la présomption d'innocence (pt. 91). La réponse du Tribunal est assez sèche :

Certes, il est évident que, en l'espèce, le fait que quatre des cinq entreprises parties à l'entente en cause ont admis leur culpabilité est une circonstance susceptible de se répercuter de façon étroite et inévitable

sur les faits se rapportant à la participation de la cinquième entreprise soupçonnée d'avoir participé à la même entente, à savoir Pometon. Toutefois, lorsqu'une entreprise décide, librement, de choisir la procédure hybride au lieu de soumettre à la Commission une proposition de transaction, elle ne saurait prétendre, en se prévalant du principe du respect de la présomption d'innocence, que la Commission, en tant qu'autorité chargée du respect des règles en matière de concurrence, est tenue d'ignorer totalement, dans la décision de transaction, certains faits admis par les autres entreprises ayant transigé et qui, même s'ils se réfèrent à des comportements de la requérante qui n'a pas poursuivi la procédure de transaction, sont pertinents pour apprécier l'existence de cette entente dans son ensemble (pt. 92 et 93).

Au final, toutes les précautions rédactionnelles ont été prises par la Commission dans l'établissement de la décision de transaction et le moyen est rejeté. En filigrane, nous avons une belle leçon du Tribunal visant à inciter les entreprises à ne pas refuser la transaction et à ne pas changer de stratégie en cours de route...

§ 4 : La transaction en droit français

La Loi du 6 août 2015 relative à la croissance, à l'activité et à l'égalité des chances économiques, dite Loi Macron, a substitué à l'ancienne procédure de non contestation des griefs la procédure de transaction. La modification tient pour beaucoup au montant de la sanction négociée, sans changer l'esprit de la procédure (pour une analyse critique, v. B. Ruy, « Loi Macron : les questions soulevées par la procédure de transaction, en matière de pratiques anticoncurrentielles », *RLC* n° 49/2016, p. 19).

La loi Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001 avait mis en place une procédure de non contestation de griefs à l'article L. 464-2 II du Code de commerce, qui depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004 figurait à l'article L. 464-2 III. Depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008, la procédure se décomposait en deux parties : la non contestation elle-même et les engagements :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

L'ADLC a publié le 10 février 2012 un communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs, remplacé par un Communiqué de procédure relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité du 19 octobre 2017, puis par celui du 21 décembre 2018 (V. E. Claudel, « La transaction à la française : une procédure attractive ? », *RTD com.* 2019, p. 57).

Le nouveau texte de l'article L. 464-2 III issu de la loi Macron précise dorénavant : *« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction. »*

L'initiative appartient à l'entreprise contrevenante, après la notification des griefs. Toutefois, *« une information préalable sur le déroulement de la procédure peut avoir lieu à cette fin, à l'initiative du rapporteur général, y compris avant l'envoi de la notification de griefs. L'entreprise en cause peut, de son côté et dès avant l'envoi de la notification de griefs, se rapprocher des services d'instruction de l'Autorité afin d'explorer la possibilité de recourir à cette procédure »* (point 10 du communiqué de 2018).

Cette procédure ressemble à une sorte de « plaider coupable ». Toutefois, contrairement à la transaction du droit européen, la procédure ne correspond pas à un aveu : l'entreprise renonce à la procédure qui lui permettrait de discuter la notification des griefs mais elle ne reconnaît pas pour autant les pratiques qui lui sont reprochées. Cela a son importance car dans l'hypothèse où l'Autorité ne donnerait pas suite à la transaction conclue, l'entreprise retrouve une pleine et entière liberté de discuter la notification des griefs. L'absence de

reconnaissance de culpabilité de l'entreprise en cause est encore essentielle au regard des actions privées en réparation des dommages.

Remarque

L'ADLC peut accorder le bénéfice de la non contestation des griefs à une filiale alors même que sa société mère continue de contester elle l'imputabilité des pratiques : ADLC, déc. n° [14-D-16](#), 18 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique.

La négociation se déroule avec le rapporteur général qui envisage la réduction de l'amende et qui la propose à l'Autorité. Ensuite, le Collège est libre d'adhérer ou pas à la proposition du Rapporteur général et il peut parfaitement décider d'une réduction moindre. En ce sens, on peut parler de procédure bicéphale.

La procédure suppose en premier lieu que l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs, c'est-à-dire qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice de la procédure (Cons. conc., déc. n° 04-D-42, 4 août 2004, Pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier : *JCP E* 2004, 1739, obs. G. Decocq). Normalement, cette renonciation à contester est consignée par le Rapporteur général dans le procès-verbal qu'il établit. Mais, il arrive que la volonté des parties ne soit pas suffisamment claire et explicite ; aussi l'Autorité peut-elle chercher à obtenir une renonciation non équivoque lors de la séance. En revanche, l'entreprise peut contester la gravité des faits ou encore le dommage à l'économie apprécié par l'ADLC (Cons. conc., déc. n° [08-D-13](#), 11 juin 2008, Secteur de l'entretien courant des locaux : *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 181, obs. D. Bosco). Le Communiqué de procédure de 2018 a toutefois circonscrit cette possibilité de contestation aux « *éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire qui pourrait être prononcée à l'intérieur de la fourchette retenue par le procès-verbal de transaction* » (point 15).

En second lieu, les parties peuvent s'engager à modifier leur comportement futur, ce qui leur assure une réduction d'amende plus substantielle (Cons. conc., déc. n° [07-D-21](#), 26 juin 2007 : *RLC* n° 13/2007, p. 24, obs. V. Sélinsky). Il s'agit d'engagements pris par les entreprises et qui sont eux aussi consignés dans le procès-verbal dressé par le Rapporteur général. Là encore, ils peuvent être précisés lors de la séance devant l'ADLC. En cas de non respect, l'autorité pourra infliger des sanctions pécuniaires sur le fondement de l'article L. 464-3. Les engagements proposés peuvent être de nature comportementale ou structurelle. Les engagements comportementaux, qui ne peuvent en aucun cas se borner à des engagements de ne pas ou de ne plus violer les règles de concurrence, peuvent viser différents objectifs. L'appréciation portée au cas par cas sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces engagements dépendra en particulier de la nature des pratiques en cause, du contexte économique dans lequel elles interviennent, de l'aptitude des engagements à contribuer au fonctionnement concurrentiel du ou des secteur(s) ou marché(s) en cause, ainsi que des mécanismes prévus pour en assurer la mise en œuvre et le suivi.

Exemple

Au titre des engagements recevant les faveurs de l'Autorité figuraient les programmes de conformité dont l'objectif est la détection et la prévention des infractions aux lois antitrust. La position de l'ADLC avait été dressée dans un document-cadre spécifique du 10 février 2012. Dans une approche très didactique, l'autorité précisait les conditions que devait remplir le programme pour bénéficier de ses faveurs. Il devait « *prévenir les risques d'infraction, d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pas pu être évités, d'autre part* ». Le point 22 dresse la liste des éléments indispensables (V. ADLC, déc. n° [12-D-09](#), 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires) :

Ces éléments, qui devront être réunis dans une documentation actualisée et facilement accessible à tous, sous format papier ou numérique, sont les suivants :

1. L'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux :
 - a) soulignant que le respect des règles interdisant les cartels, les autres ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante ou de dépendance économique est non seulement une obligation légale, mais aussi un élément central de la responsabilité économique de l'entreprise ou de l'organisme compte tenu des conséquences négatives que ces infractions peuvent avoir pour l'économie et les consommateurs ;
 - b) prenant l'engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place dans le but d'inciter l'ensemble des dirigeants, ainsi que les cadres et les autres salariés ou agents concernés, à se conformer à ces règles, de prévenir les infractions, de les détecter et d'y remédier aussi rapidement que possible compte tenu des risques juridiques, financiers, commerciaux et de réputation qu'elles sont de nature à entraîner ;
2. L'engagement de désigner une ou plusieurs personne(s) chargée(s), au sein de l'entreprise ou de l'organisme, du programme de conformité ; ces personnes devront :
 - a) être désignées par les organes de direction et disposer d'une autorité et d'une compétence incontestables au sein de l'entreprise ou de l'organisme ;
 - b) se consacrer de façon effective à la mise en œuvre du programme de conformité ;
 - c) avoir la capacité d'accéder directement aux organes de contrôle si une question liée à la politique ou au programme de conformité de l'entreprise ou de l'organisme le justifie (par exemple, en cas de découverte d'une infraction) ;
 - d) disposer des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective du programme de conformité ;
 - e) bénéficier à cette fin de moyens humains et financiers suffisants, en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'organisme ;
3. L'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation comportant, dans le respect du droit du travail :
 - a) la conception et la diffusion régulière à l'ensemble des mandataires sociaux et des dirigeants de l'entreprise ou de l'organisme, ainsi qu'aux cadres et aux autres salariés ou agents concernés, de documents ou d'autres supports :
 - leur expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence ;
 - les sensibilisant à l'importance et à l'intérêt, pour l'entreprise ou l'organisme ainsi que pour chacun d'entre eux à titre personnel, de se conformer à ces règles dans le cadre de leur activité professionnelle ;
 - les informant des mécanismes internes leur permettant d'obtenir des conseils ou d'alerter sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles ;
 - b) des mesures de communication interne générale sur l'existence et la raison d'être du programme de conformité ;
 - c) la réalisation régulière de formations obligatoires aux règles de concurrence et à leurs implications concrètes pour l'entreprise ou l'organisme, ciblées sur les dirigeants, les cadres et les autres salariés ou agents présentant des profils de risque particuliers (par exemple,

ceux responsables des prix ou des ventes, ou ceux participant aux travaux d'associations professionnelles), complétées en tant que de besoin par des formations ponctuelles en cas d'événement particulier (par exemple, en cas d'embauche de nouveaux salariés concernés par les règles de concurrence, ou de découverte d'une infraction) ;

- d) l'envoi d'une information relative à l'existence et à la raison d'être du programme de conformité, à bref délai après son adoption, aux principaux partenaires commerciaux réguliers de l'entreprise ou de l'organisme (par exemple, ses fournisseurs ou ses distributeurs, en particulier lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises), ainsi qu'à l'ensemble de ses actionnaires, pourrait également être envisagé ;
4. L'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte comprenant, dans le respect du droit du travail :
- a) la mise en place de mesures visant à assurer et à évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise ou de l'organisme (de telles mesures pouvant, par exemple, prendre la forme de dispositions intégrées au règlement intérieur, de clauses insérées dans les contrats de travail, ou encore d'attestations individuelles régulières de conformité) ;
 - b) la mise en place d'un dispositif permettant à tout salarié ou agent de l'entreprise ou de l'organisme ne souhaitant pas que celle-ci ou celui-ci se mette en situation de violer les règles de concurrence :
 - de demander un conseil, y compris de manière urgente, au(x) personne(s) chargée(s) du programme de conformité ou à leurs correspondants locaux sur la conduite à tenir à propos d'une question relative au respect des règles de concurrence ;
 - de les alerter de bonne foi, si possible de façon confidentielle, et en étant assuré de bénéficier de mesures de protection contre toutes représailles, sur le fait qu'il a connaissance d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence ; pour autant qu'un tel dispositif d'alerte professionnelle implique un traitement automatisé de données à caractère personnel, il devra être mis en place dans les conditions prévues par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ;
 - c) la réalisation d'évaluations régulières des différents aspects du programme de conformité, ainsi que d'audits juridiques et commerciaux (« *due diligence* »), notamment lors d'événements susceptibles de créer de nouveaux risques pour l'entreprise ou l'organisme en cause (par exemple, l'acquisition d'une nouvelle entreprise ou le développement d'un nouveau métier) ; ces évaluations et ces audits, qui doivent être documentés, sont impératifs pour aider l'entreprise ou l'organisme à évaluer l'effectivité et l'efficacité de son programme de conformité, et à l'améliorer si besoin est ; le fait de les confier à des tiers indépendants peut être nécessaire pour en garantir l'objectivité ;
5. l'engagement de mettre en place un dispositif effectif de suivi comprenant, dans le respect du droit du travail :
- a) une procédure de traitement des demandes de conseil, d'examen des alertes et d'analyse des suites à donner ;
 - b) l'existence d'un ensemble de sanctions, en particulier disciplinaires, applicables en cas de violations de la politique de l'entreprise ou de l'organisme en matière de conformité aux règles de concurrence ; la mise en œuvre de ces sanctions devra être effective et proportionnée à la situation individuelle et au comportement de l'intéressé.

Cette « récompense » strictement encadrée au point 31 du Document-cadre ne trouve à s'appliquer que dans le cadre d'une procédure de non contestation des griefs et ne saurait peser autrement dans le cadre de la détermination de l'amende.

Le document cadre de 2012 a cependant été retiré en 2017, l'Autorité estimant « *désormais que l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente. Les engagements portant sur la mise en œuvre de tels programmes de conformité n'ont par suite, pas vocation, de façon générale, à justifier une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les*

prix futurs et la politique commerciale ». La conformité reste cependant un point d'attention de l'Autorité qui a remplacé son document cadre de 2012 par un nouveau document cadre le 24 mai 2022.

La procédure aboutit à une réduction de l'amende. Les règles ont été revues par la loi Macron. La réforme vient en effet pallier l'absence de visibilité des entreprises quant au montant final de la sanction. En effet, la réduction proposée par le Rapporteur général prenait la forme d'un pourcentage appliqué à un montant d'amende encore inconnu. La nouvelle transaction prend appui sur une proposition de montant maximal et minimal de la sanction pécuniaire envisagée.

L'ADLC a admis le possible cumul de réduction de l'amende entre la clémence et la non contestation des griefs à condition qu'il soit justifié par des gains procéduraux (ADLC, déc. n° 11-D-17 : op. cit.). Ceux-ci dépendent en grande partie du champ des griefs notifiés. Ces gains procéduraux peuvent être difficiles à établir face à des procédures hybrides c'est-à-dire dans lesquelles toutes les entreprises mises en cause ne sollicitent pas le bénéfice de la non contestation des griefs. Or, ce sont assurément les plus nombreuses.