

La nouvelle procédure de transaction de l'Autorité de la concurrence

MAYER BROWN

Plus de prévisibilité pour les entreprises concernées mais les questions les plus sensibles n'ont pas été traitées

Après plusieurs mois de mise en œuvre dans les affaires en cours, l'Autorité de la concurrence vient de rendre public son projet de communiqué explicitant les modifications apportées à la procédure de transaction dans le prolongement de la loi Macron du 6 août 2015.¹

La transaction dans les affaires de concurrence

De nombreuses autorités de concurrence ont la faculté de mettre en œuvre une procédure de transaction permettant de réduire la sanction des entreprises qui font le choix de ne pas contester les faits auxquels aboutissent leurs enquêtes. Pour ces autorités, l'économie de procédure qui résulte de la non contestation justifie la réduction de sanction ainsi accordée. L'atténuation est en principe moindre que celle qui peut être obtenue au titre de la clémence, consistant à apporter beaucoup plus en amont les éléments d'information et de preuve d'une entente, qui permettront à l'autorité concernée d'établir les faits et d'entrer en voie de sanction contre les différentes entreprises concernées. Les deux mécanismes peuvent le plus souvent être combinés.

La transaction est par définition complexe à introduire dans les procédures françaises, strictement encadrées par les droits de la défense, en particulier lorsque les fonctions d'instruction et de décision sont confiées à des organes différents, comme c'est le cas dans les procédures de l'Autorité de la concurrence. Les services d'instruction enquêtent et notifient des griefs, tandis que la décision de qualification d'infraction et de sanction est adoptée par le collège des membres de l'Autorité dans le périmètre des griefs notifiés. Or, la transaction intervient au stade de la procédure qui est géré par les services d'instruction, en amont de l'intervention du collège, alors que l'amende est au cœur du pouvoir décisionnel du collège de l'Autorité et est directement déterminée sur la base du périmètre de l'infraction qu'il retiendra en définitive.

L'Autorité de la concurrence est habilitée à transiger depuis de nombreuses années. Une loi de 2015 a eu pour objet de renforcer l'attractivité de la procédure de transaction en permettant que les entreprises transigent sur la base d'une amende réduite, comprise dans une fourchette exprimée en valeur absolue.

Les principales caractéristiques du nouveau régime, telles que décrites par le projet de communiqué relatif à la transaction, sont les suivantes :

- Procédure applicable largement dans toutes les affaires de concurrence
- Démarrage de la procédure après la notification des griefs
- Grande marge de manœuvre accordée aux services d'instruction pour décider de transiger et pour fixer les bases de la transaction
- Renonciation au droit à contester les griefs et, le cas échéant, engagements en faveur du rétablissement de la concurrence
- Fourchette d'amende en valeur absolue établie par les services d'instruction
- Les entreprises acceptant de transiger ne peuvent présenter d'observations que sur la fixation de l'amende au sein de la fourchette convenue
- Amende établie par le collège en principe au sein de la fourchette convenue.

La procédure est plus simple et plus prévisible pour les entreprises qui y participent mais ce nouveau régime suscite cependant des questions sensibles qui ne sont pas suffisamment abordées par le projet de communiqué, dont notamment les conditions de détermination de la fourchette d'amende par les services d'instruction, la capacité du collège d'exercer son pouvoir de décision dans un cadre aussi fortement contraint ou encore les conséquences attachées à une décision rendue sur la base d'une transaction.

¹ Projet de communiqué relatif à la procédure de transaction du 5 mars 2018, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=22&id_article=3138&lang=fr.

Le premier régime de non contestation des griefs

Le premier mécanisme de transaction de l'Autorité a été introduit par la loi NRE de 2001. Ce premier régime reposait sur une renonciation à contester les griefs, établie avec les services d'instruction à réception de la notification de griefs, et conduisait à une réduction de sanction reposant sur la combinaison de deux facteurs de réduction potentiels : d'une part, le plafond légal de sanction était automatiquement divisé par deux (de 10 à 5 % du chiffre d'affaires mondial du groupe) et, d'autre part, l'amende elle-même était réduite dans une proportion comprise entre 10 et 25 % suivant que l'entreprise renonçait uniquement à contester les griefs ou s'engageait en outre à prendre des engagements de conformité ou d'autres types d'engagements. Si les tranches de réduction étaient connues, le principe et le taux de réduction exacts n'étaient déterminés que dans le cadre de la décision finale du collège.

Ce double ajustement de l'amende conduisait potentiellement à des résultats étranges selon la proximité de l'amende envisagée avec le plafond de 10% : la réduction automatique de 10 à 5 % du plafond pouvait conduire à une quasi division par deux de l'amende encourue ou n'avoir strictement aucun effet. Par ailleurs, l'expression de la réduction effective d'amende en pourcentage de réduction pouvait être en pratique déconnectée de la valeur ajoutée de la non contestation ou des engagements pris. Ces considérations avaient déjà conduit dans certaines affaires les services d'instruction à se distancier de la méthode pour proposer plutôt un plafond en valeur absolue².

Plus largement, les entreprises demeuraient dans le flou le plus complet jusqu'à la décision sur le niveau d'amende qu'elles encouraient et donc sur le bénéfice que leur apporterait en pratique la renonciation à contester les griefs.

Un élément en revanche fortement apprécié de ce régime – et observé au-delà de nos frontières – tenait à la possibilité de proposer des engagements de

conformité et au développement dans ce cadre d'une politique proactive de l'Autorité de soutien des programmes de conformité aux règles de concurrence. L'entreprise qui acceptait à cette occasion de s'engager en faveur d'un programme de conformité robuste ou de le renforcer pouvait ainsi potentiellement obtenir jusqu'à 10 % de réduction d'amende supplémentaire³.

Au total, une cinquantaine de décisions ont été adoptées sur cette base.

Le nouveau régime de la transaction

La loi Macron du 6 août 2015 a modifié le mécanisme de fixation de l'amende en cas de non contestation, dans le sens d'une simplification et d'une plus grande prévisibilité pour les entreprises concernées.

Le texte de l'article L 464-2, III du code de commerce dispose désormais que « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction 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, de prononcer la sanction pécuniaire (...) dans les limites fixées par la transaction* ».

En substance, la modification consiste à habilitier les services d'instruction à convenir d'une fourchette de sanction, sans pour autant priver le collège de l'Autorité de son pouvoir de décision. La modification est toutefois de taille et, selon l'ampleur des fourchettes qui seront définies par les services d'instruction, le pouvoir de décision du collège pourra s'avérer considérablement contraint par la négociation intervenue en amont, sauf pour le collège à décider de renvoyer l'affaire à l'instruction pour relancer la procédure sur une base modifiée, ce qui est particulièrement lourd.

2 Décision n°07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

3 Document-cadre du 10 février 2012 relatif aux programmes de conformité.

Premiers signaux d'évolution fournis par l'Autorité

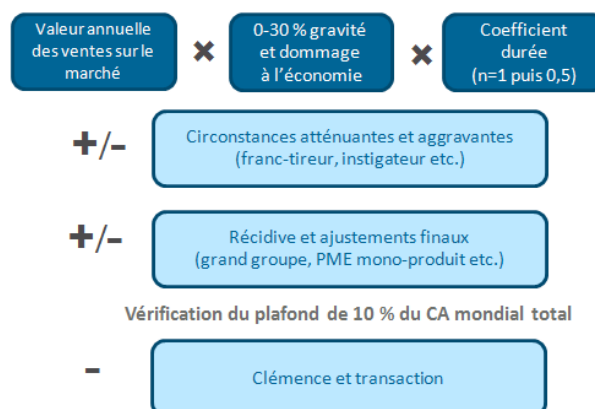
Le nouveau régime a été appliqué aux affaires en cours dès l'été 2015 et les premiers signaux d'évolution ont été fournis par les services d'instruction. Dans ces affaires, ils ont en effet mené les discussions sur la base de fourchettes de réduction basées sur la méthodologie de calcul des amendes, comme le ferait le collègue⁴, avant d'appliquer un taux de réduction pour tenir compte de la transaction. En pratique, les fourchettes de discussion ainsi fournies par les services d'instruction se sont généralement avérées assez étroites, souvent de l'ordre de 25 à 30 % d'écart entre le niveau bas et le niveau haut.

Les seconds signaux ont été donnés par le collègue lui-même dans le cadre des premières affaires traitées. Neuf décisions ont été adoptées sur la base de la nouvelle procédure de transaction jusqu'à la fin 2017, les premières dans des affaires d'ampleur modeste (ententes verticales, problématiques d'exclusivité dans les DROM/COM, etc.) ou d'abus de position dominante, jusqu'à ce que l'Autorité adopte une importante décision de condamnation de cartel⁵ et confirme pleinement à cette occasion sa nouvelle politique.

Tout d'abord, cette décision ne fournit plus la motivation conduisant à établir les sanctions au niveau qu'elle fixe : « *les circonstances particulières résultant de la mise en œuvre, en l'espèce, de la procédure de transaction (...) justifient que les sanctions prononcées ne soient pas motivées par référence à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires énoncée dans le communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité* ». Comme dans les premières affaires traitées, la décision est en effet totalement silencieuse sur les coefficients appliqués, les circonstances atténuantes et/ou aggravantes retenues et les taux de réduction accordés au titre de la clémence et de la transaction, de même que sur les valeurs des ventes retenues, rendant impossible toute tentative de recalcul des amendes. Un certain nombre

de décisions chaque année échapperont ainsi à l'obligation de motivation par rapport au communiqué de 2011, considéré à juste titre comme un gage de transparence et qui sera de moins en moins appliqué.

Méthodologie de calcul des amendes



La décision fournit un autre signal important s'agissant des programmes de conformité en écartant la possibilité en l'espèce de retenir au titre de la transaction les propositions de mise en place ou d'amélioration de programmes de conformité. Ce rejet est justifié par le fait « *que l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente* » et que des engagements de cette nature n'ont dès lors pas vocation à justifier une atténuation des sanctions, s'agissant en particulier d'infraction d'une particulière gravité comme en l'espèce.

Le lendemain, l'Autorité de la concurrence rendait public un communiqué retirant purement et simplement le document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité confirmant pleinement cette nouvelle orientation⁶.

4 Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

5 Décision n° 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients du 18 octobre 2017.

6 Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.

Un projet de communiqué qui clarifie a minima les conditions d'application du nouveau régime

Le projet de communiqué relatif à la transaction rendu public le 5 mars 2018 s'inscrit dans le droit fil de ces premiers signaux.

Absence de droit à transiger

Pas de changement à signaler sur l'appréciation de l'opportunité du recours à la transaction : cette décision appartient au rapporteur général, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant tant des caractéristiques de l'affaire que de la pertinence de chaque demande dans cette affaire.

Les services d'instruction n'estiment pas en effet justifié en toutes circonstances de recourir à la transaction. Le projet de communiqué apporte d'ailleurs une précision nouvelle sur ce terrain en indiquant que l'Autorité entend privilégier la mise en œuvre de la procédure dans les affaires pour lesquelles l'ensemble des parties concernées renonce à contester les griefs (point 19). L'économie de procédure est évidemment moins certaine dans les cas dits hybrides, où seules certaines entreprises transigent, et les services d'instruction font valoir de manière très nette dans les affaires en cours qu'ils entendent limiter strictement les cas hybrides.

Moment de la transaction – champ de la discussion

Le moment auquel peuvent intervenir les discussions de transaction reste également inchangé : l'enclenchement de la procédure suppose une notification des griefs (point 11) même si les services d'instruction continueront vraisemblablement à prévenir les entreprises quelques jours avant, dans les cas qui leur semblent s'y prêter, afin qu'elles entament immédiatement la réflexion sur la pertinence d'une éventuelle transaction. Ces discussions doivent en effet aboutir dans le délai de réponse de deux mois à la notification de griefs, le cas échéant étendu (point 12).

Malgré la plus grande flexibilité permise par le nouveau système de réduction, l'objectif n'est donc pas de discuter le périmètre des griefs afin d'aboutir à une vision commune, comme cela est le cas par exemple dans la transaction européenne. Le choix de s'écarter

du modèle européen sur ce terrain est manifestement conscient et assumé.

Un inconvenient majeur réside dans le fait que l'entreprise n'a d'autre choix que d'accepter ou de refuser en bloc les griefs énoncés dans la notification de griefs. Or, la substance de certains griefs fait parfois débat et, même lorsque ce n'est pas le cas, il n'est pas rare que les entreprises ne soient pas d'accord avec les services d'instruction sur la durée de l'infraction ou son périmètre de mise en œuvre au sein de l'entreprise (produits couverts, territoire visés etc.) et que le collègue leur donne raison. Sur tous ces sujets, qui impactent directement le calcul de l'amende, la discussion ne sera pas possible, ce qui aurait constitué une avancée utile par rapport au régime antérieur.

Valeur juridique de la renonciation à contester les griefs

Comme dans le régime précédent, la renonciation de l'entreprise lui interdit de remettre en cause les faits et qualifications retenus dans la notification de griefs (ce qui vise tant la matérialité, la durée et le champ géographique des griefs, la participation de l'intéressé aux pratiques que la qualification juridique de tous les éléments constitutifs de l'infraction ou encore la validité de la notification des griefs, points 14 et suivants) mais ne la prive pas de la faculté de présenter des observations sur la fixation du montant de la sanction. Ces observations doivent cependant désormais s'inscrire au sein de la fourchette prévue dans le procès-verbal de transaction (points 16 et 34), ce qui en limitera de fait l'ampleur et l'impact.

Dans ces conditions, il paraît difficile de considérer que cette renonciation en bloc à contester des griefs qui n'ont pu être discutés puisse constituer une admission pleine et entière des griefs, ce que le communiqué ne prévoit d'ailleurs pas. Une entreprise peut en effet décider de transiger, comme les services d'instruction, par souci d'économie de procédure, auquel cas elle n'accepte pas pour autant sa culpabilité dans les termes précis retenus par une décision qui n'est pas encore adoptée et ne le sera ultérieurement qu'en l'absence de tout contradictoire.

Le point n'est pas rappelé par le communiqué et sera donc probablement soulevé devant les juridictions indemnitaires, l'article L 481-2 du code du commerce

prévoyant désormais en application de la directive sur les actions en dommages et intérêts qu'une pratique anticoncurrentielle est « *présumée établie de manière irréfragable* » dès lors que son existence et son imputation ont été constatées par une décision définitive de l'Autorité. Peut-on considérer qu'une infraction est établie quand l'entreprise n'a pu discuter ni son existence ni son imputabilité et n'a pu qu'accepter en bloc les thèses des services d'instruction ? Le point sera assurément source de contentieux, comme cela a été le cas s'agissant des décisions d'engagements.

Maintien de la possibilité de présenter des engagements

Si, hors circonstances exceptionnelles, l'Autorité n'entend plus atténuer les sanctions au vu de l'adoption ou du renforcement de programmes de conformité, le communiqué prévoit toujours la faculté de présenter des engagements, substantiels, crédibles et vérifiables (point 13). Les exemples dans le régime antérieur n'ont pas été très nombreux mais par exemple, dans l'affaire de la volaille de 2015, l'Autorité a ainsi rendu obligatoire un engagement de création d'une interprofession pour favoriser la contractualisation sur le versant aval du marché, dans le respect des règles de concurrence⁷.

Formalisation d'un procès-verbal de transaction

Les discussions démarrent en pratique sur la base de la manifestation d'un intérêt de l'entreprise à discuter d'une éventuelle transaction, à supposer qu'elle soit acceptée par le rapporteur général et sur la base d'une fourchette de sanction envisagée par les services d'instruction. Le communiqué précise que les principes de détermination des sanctions pécuniaires⁸ « *peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises* » (point 35). Si tel est semblé-t-il le cas des premières procédures menées, la formule reste bien floue, ce qui a le mérite de permettre à la discussion de faire varier les niveaux ainsi définis sans devoir systématiquement rattacher cette évolution à une modulation d'un coefficient donné. Mais cela

laisse une latitude considérable aux services d'instruction pour fixer la base d'intervention du collège, sur lequel le collège ne pourra qu'assez difficilement revenir, comme il sera exposé plus en détail ci-dessous.

Une fois ces discussions abouties, le procès-verbal de transaction consigne l'accord entre l'entreprise et le rapporteur général (point 28). Il retranscrit la renonciation de l'entreprise à contester les griefs, sous la forme d'une déclaration par laquelle son auteur indique en termes clairs et inconditionnels qu'il ne conteste ni la réalité des pratiques, ni leur qualification juridique, ni leur imputabilité. Le cas échéant, il contient également le texte du dernier état des engagements proposés (point 28). Sur cette base, le procès-verbal indique la proposition de montant minimal et de montant maximal de sanction que le rapporteur général présentera au collège, tenant compte de tous les facteurs de réduction éventuellement applicables (points 25 et 28). En revanche, le procès-verbal ne définit pas la manière dont les services d'instruction ont calculé l'amende ou les raisons pour lesquelles le niveau auquel ils ont transigé est justifié.

Décision finale du collège

Le collège statue à l'issue d'une séance divisée en deux parties : les griefs notifiés, les faits et leur qualification sont discutés dans un premier temps en présence de toutes les parties avant que chaque entreprise renonçant à contester les griefs soit entendue séparément sur la fixation du montant de la sanction (points 32 et suivants).

Sur cette base, le collège « *peut prononcer une sanction qui tient compte du montant minimal et du montant maximal figurant dans le procès-verbal de transaction* » (point 31). Il paraît évident que le collège soit lié par le montant maximal convenu. De la même manière que pour le champ des griefs, toute volonté de statuer au-delà du cadre annoncé aux entreprises doit être mise en œuvre dans le respect du contradictoire et donc conduire le collège à renvoyer l'affaire à l'instruction pour que la procédure, et le cas échéant la transaction, couvre ces nouveaux développements.

⁷ Décision n°15-D-08 du 5 mai 2015.

⁸ Communiqué du 16 mai 2011 précité.

Le fait que le collègue doive tenir compte de la fourchette basse suscite en revanche plus de questions dans la mesure où le collègue ne saurait être lié par les griefs énoncés par les services d'instruction. Il peut parfaitement décider de ne pas retenir un grief notifié ou de ne le retenir que pour une durée ou un champ d'application plus étroit. Or, le champ de l'infraction retenue et la fixation de l'amende sont directement liés et cela est parfaitement fondé : une amende ne peut être considérée comme justifiée que si elle est proportionnée à la gravité des faits, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entreprise.

Ceci explique sans doute que le communiqué précise que la méthodologie de détermination des amendes rappelée ci-dessus n'a pas vocation à être mise en œuvre dans la décision du collègue (point 35) pour atténuer la relation de cause à effet entre modification des griefs et modification des bases de calcul de la sanction. Mais il n'est pas certain que ceci puisse suffire à respecter le processus décisionnel et la justification de l'amende: soit le collègue conserve une véritable faculté de retenir ou non les griefs notifiés, et cette faculté doit s'exprimer jusqu'à la correction de l'amende en conséquence, soit la procédure de transaction ne consiste qu'à enregistrer la convention intervenue entre les services d'instruction et l'entreprise, ce qui ne serait guère conforme à nos principes institutionnels et poserait de réelles difficultés de légalité de l'amende et de la décision dans son ensemble.

L'avantage pour les services d'instruction de fixer une limite basse est manifestement de mieux cantonner l'acceptation de l'entreprise à un niveau de sanction significatif afin correspondant à son appréciation de la gravité de la pratique et de l'importance du dommage

à l'économie. Cette fourchette permet ce faisant de mieux border les observations que l'entreprise peut maintenir sur le montant de la sanction mais le mécanisme proposé pose des questions autrement plus centrales.

En n'abordant pas de front ces questions, le projet de communiqué laisse le soin à la pratique, puis aux juridictions, de les trancher. Au total, la prévisibilité est certes renforcée au bénéfice des entreprises, mais possiblement au prix d'un affaiblissement de la sécurité juridique.

Les commentaires sur le projet sont attendus jusqu'au 30 avril 2018, en vue d'une publication du Communiqué définitif probablement avant l'été.

Nathalie Jalabert Doury

Partner, Paris
njalabertdoury@mayerbrown.com
T +33 1 53 53 43 43

Jean-Maxime Blutel

Associate, Paris
jblutel@mayerbrown.com
T +33 1 53 53 18 63

Estelle Leclerc

Associate, Paris
eleclerc@mayerbrown.com
T +33 1 53 53 36 21