

# La transaction devant l'Autorité de la concurrence : au-delà des apparences, les entreprises ont-elles vraiment à y gagner ?

La procédure de transaction introduite par la loi *Macron* en 2015 voulait apporter davantage de sécurité juridique aux entreprises, en remplaçant la réduction d'amende obtenue par le biais de la non-contestation des griefs par une fourchette d'amende. L'Autorité de la concurrence en retirait un allègement de sa charge de travail, en accélérant le traitement des affaires et limitant le taux de recours contre ses décisions, et donc une meilleure allocation de ses ressources. Après plus de trois ans de mise en œuvre de cette procédure, l'heure est au bilan.

La procédure de « transaction » à la française, prévue à l'article L. 464-2, III du code de commerce, a été introduite par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « **loi Macron** »), en remplacement de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs à laquelle les entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles avaient régulièrement recours depuis son introduction en 2001<sup>(1)</sup>, afin de sécuriser, en échange d'une reconnaissance « implicite » de leur participation à une infraction au droit de la concurrence<sup>(2)</sup>, une réduction d'amende potentiellement substantielle.

L'article L. 464-2, III du code de commerce prévoit désormais : « *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 prévue au I dans les limites fixées par la transaction* ». Dans un effort de transparence, l'Autorité de la concurrence (« **L'Autorité** ») est venue préciser, dans un communiqué de procédure du 21 décembre 2018<sup>(3)</sup> (le « **Communiqué** »), la manière dont elle entend mettre en œuvre cette disposition. Ce Communiqué, d'à peine sept pages, est cependant extrêmement sommaire et laisse subsister de nombreuses zones d'ombre. C'est donc à la pratique décisionnelle, encore limitée, qu'il reviendra de

(1) La procédure de non contestation des griefs avait été introduite par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE). Elle avait ensuite été modifiée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, qui avait rendu la présentation d'engagements facultative et non plus obligatoire dans le cadre d'une non-contestation des griefs par une ou plusieurs entreprises. La procédure de transaction introduite par la loi Macron est quant à elle applicable dans toutes les affaires où les griefs ont été notifiés postérieurement au 7 août 2015.

(2) La non contestation des griefs (tout comme la transaction aujourd'hui) n'emportait toutefois pas reconnaissance de culpabilité de la part de l'entreprise, qui se contente de ne pas contester les faits ni leur qualification tels que présentés par l'Autorité de la concurrence, contrairement à la procédure de transaction devant la Commission européenne.

(3) <[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cque\\_transaction\\_dec18.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cque_transaction_dec18.pdf)>.



Mélanie  
THILL-TAYARA  
Avocat Associée,  
Droit de la  
concurrence  
Cabinet Dechert  
LLP



Marion  
PROVOST  
Avocat  
Collaboratrice  
Senior, Droit de la  
concurrence  
Cabinet Dechert  
LLP

trancher les nombreuses questions que soulève l'application de cette procédure de transaction.

La différence principale avec l'ancienne procédure de non-contestation des griefs réside dans l'amélioration de la sécurité juridique pour les entreprises, qui se voient désormais proposer une fourchette d'amende par les services d'instruction de l'Autorité, au sein de laquelle le Collège de l'Autorité fixe le montant final de la sanction, au lieu d'une réduction d'amende, exprimée en pourcentage. Le législateur, en modifiant l'article L. 464-2, III du code de commerce<sup>(4)</sup>, a ainsi souhaité remédier à l'écueil principal de la non-contestation des griefs, à savoir le manque de prévisibilité pour les entreprises qui, en s'engageant dans cette voie, connaissait le pourcentage de réduction d'amende auquel elles avaient droit mais pas l'assiette sur laquelle ce pourcentage serait appliqué.

De par cette amélioration notable, la transaction a en apparence tout pour séduire : prévisibilité et réduction de la sanction, procédure accélérée et décision au contenu minimaliste. D'ailleurs, les entreprises lui ont réservé un plutôt bon accueil : après un peu plus de trois ans de mise en œuvre, on ne dénombre pas moins de 12 décisions de transaction (contre une cinquantaine au total pour la non-contestation des griefs sur l'ensemble de la période 2001-2015), dont la moitié en matière de cartels. Rien que sur l'année 2017, la procédure de transaction a été mise en œuvre à cinq reprises, sur un total de huit décisions de sanction, soit dans plus de la moitié des cas.

Pourtant, derrière cette façade pleine de promesses, cette procédure n'est pas sans comporter plusieurs inconvénients, qui amènent aujourd'hui à s'interroger sur l'opportunité pour les entreprises d'y avoir recours et de renoncer, ce faisant, au plein exercice de leurs droits de la défense.

Tout d'abord, alors que la transaction devrait être une possibilité ouverte à toute entreprise qui accepte de ne pas contester les griefs qui lui sont notifiés – comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne procédure –, une très grande marge de manœuvre est aujourd'hui en pratique laissée aux services d'instruction de l'Autorité qui peuvent, discrétionnairement, soit proposer d'eux-mêmes d'entrer en voie de transaction, soit refuser sa mise en œuvre lorsqu'elle est sollicitée par une entreprise, sans avoir à justifier de leur décision (I).

En outre, si les délais de traitement sont sensiblement raccourcis, au bénéfice tant de l'Autorité que des entreprises qui transigent, cette célérité de la procédure se fait en réalité au prix du contradictoire et des droits de la défense, qui sont tout simplement inexistantes en matière de transaction (II).

Enfin, s'agissant de la sanction, la transaction permet insidieusement un retour à l'opacité, relayant le communiqué de procédure de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (le « Communiqué Sanctions ») au second rang, alors même que cette transparence sur les déterminants et la motivation de chaque sanction, gage de sécurité juridique pour les entreprises, avait péniblement été acquise il y a quelques années (III).

Autant d'écueils qui, à y regarder de plus près, interrogent sur le gain réel que les entreprises peuvent retirer d'une transaction devant l'Autorité par rapport à une véritable défense au fond, qui peut s'avérer, certes plus longue et contraignante mais, dans de nombreux cas, bien plus efficace et protectrice des intérêts de l'entreprise.

## I. – Le recours à la transaction : une possibilité laissée au bon vouloir de l'Autorité

Le Communiqué donne aux services d'instruction, pour chaque affaire, un très large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de recourir à une transaction. Aussi, bien que cette procédure puisse théoriquement être mise en œuvre pour tout type d'infraction au droit de la concurrence (point 7 du Communiqué), en pratique certaines affaires semblent davantage s'y prêter (B). Ceci s'explique, au moins en partie, par le fait que les entreprises, lorsqu'elles s'engagent dans cette voie, n'ont en réalité aucune marge de négociation avec l'Autorité (A).

### A. – Quelle marge de négociation avec l'Autorité ?

Dans le langage commun, une transaction implique des concessions réciproques entre deux parties à un litige, auxquelles l'on parvient généralement après une âpre négociation<sup>(5)</sup>. Ainsi, en droit civil, l'article 2044 du code civil définit la transaction comme « *un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Mais en matière de concurrence – du moins devant l'Autorité française – transaction ne rime pas avec négociation ou concessions.

Bien au contraire. Alors même que l'on aurait pu croire, derrière l'appellation donnée à la procédure introduite par la loi *Macron*, à l'avènement d'une véritable possibilité pour les entreprises de transiger sur les griefs qui leur sont notifiés, comme c'est le cas au niveau européen, la réalité est singulièrement différente et la transaction n'a guère d'autre, devant l'Autorité, que le nom.

(4) Article 218 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

(5) Larousse, définition du terme transaction : contrat par lequel les parties terminent une contestation ou en préviennent une autre, moyennant un prix ou des concessions réciproques.

En pratique, cette procédure, loin d'ouvrir la voie à une possible négociation sur le périmètre des griefs notifiés, s'inscrit dans la continuité de sa prédécesseure la non-contestation des griefs. Ainsi, du fait notamment qu'elle ne peut, temporellement, être mise en œuvre qu'après la notification de griefs, la transaction n'implique aucune discussion avec les services d'instruction sur les faits reprochés à l'entreprise et leur qualification juridique : c'est, selon les termes de M. Stanislas Martin, rapporteur général à l'Autorité, « *un bloc* »<sup>(6)</sup>, à prendre ou à laisser. Il aurait toutefois pu en être autrement. Le Sénat avait en effet proposé, lors de l'examen du texte, que la transaction puisse ne concerner qu'une partie seulement des griefs, mais cette faculté, qui aurait été bienvenue, a finalement été supprimée par la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Macron<sup>(7)</sup>. Celle-ci a en effet estimé qu'une telle possibilité aurait ouvert « *la voie, dans les discussions entre l'entreprise et le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, à une reprise du débat sur l'existence et le champ de l'infraction, ce qui remettrait en cause les objectifs de la procédure de transaction* »<sup>(8)</sup>.

En cela, la transaction « à la française » se distingue singulièrement de la procédure de « *settlement* » devant la Commission européenne (la « Commission »). En effet, s'agissant de cette dernière, dès lors que les discussions entre la Commission et les entreprises mises en cause sont entamées avant la communication des griefs (et non après), les entreprises ont en pratique la possibilité, au cours de cette période, de produire plusieurs notes techniques confidentielles dans lesquelles elles font valoir, sur la base des éléments du dossier qui leur ont été présentés, des arguments pour réduire le périmètre des griefs, que cela soit dans leur matérialité, leur territorialité ou leur durée. Bien que la Commission se dise réticente à toute négociation, ces éléments sont néanmoins nécessairement pris en compte au stade de la communication des griefs, qui reflète en quelque sorte la position « commune » à laquelle sont arrivées les parties ou, plus exactement, une position « acceptable » par chaque partie, à charge pour les entreprises de se retirer de la procédure de transaction si aucun consensus n'est atteint. Dans ce dernier cas, les échanges intervenus avec la Commission préalablement à la communication des griefs ne sont d'ailleurs pas versés au dossier.

Dès lors, s'agissant de la procédure française, en l'absence de toute discussion possible avec les services d'instruction sur le périmètre des griefs, se pose immédiatement la question, notamment dans les affaires complexes où

plusieurs griefs sont notifiés, de l'intérêt de recourir à une transaction. Ce d'autant que la réduction d'amende à laquelle l'entreprise peut prétendre est, depuis l'annonce du retrait du document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence<sup>(9)</sup> et la non-prise en compte, pour l'avenir, d'éventuels engagements au stade de la transaction, nécessairement plus limitée.

Dans ces circonstances, une bonne défense au fond, avec la possibilité de faire tomber un grief, de réduire la durée de l'infraction ou de mettre en avant des circonstances atténuantes, ne vaut-elle finalement pas mieux qu'une mauvaise transaction ? Compte tenu de la méthodologie de calcul de l'amende, la question mérite d'être posée et, surtout, sérieusement étudiée par les entreprises à qui la possibilité d'une transaction est offerte.

## B. – Dans quels cas transiger ?

La réponse est peut-être à rechercher directement auprès des services d'instruction. Le Communiqué précise ainsi que le rapporteur général, qui dispose d'un très large pouvoir d'appréciation, « *n'est pas tenu de donner une suite favorable à une demande de mise en œuvre de la procédure de transaction* » (point 17). Autrement dit, ce n'est que s'il existe un gain procédural pour l'Autorité que celle-ci acceptera de recourir à la transaction, voire sera force de proposition, en invitant les entreprises mises en cause, quelques semaines avant la notification de griefs, à une réunion de présentation (sommaire) des griefs et de la procédure de transaction (« *state of play meeting* »). Inversement, l'absence de *state of play meeting*, si elle ne préjuge pas de la décision des services d'instruction sur le recours éventuel à une transaction, envoie néanmoins un signal fort que l'Autorité considère a priori que l'affaire ne s'y prête pas nécessairement.

À cet égard, le Communiqué précise d'emblée, en son point 19, que « *l'Autorité entend, de façon générale, privilégier la mise en œuvre de la procédure de transaction dans les affaires dans lesquelles l'ensemble des parties renoncent à contester les griefs et sollicitent le recours à une telle procédure* ». La position de l'Autorité est donc claire : les cas « hybrides », où seulement certaines entreprises transigent tandis que d'autres décident de répondre aux griefs, ne sont pas de bons candidats pour une transaction. En cela, la position de l'Autorité contraste avec celle qui prévalait sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, et avec l'approche de la Commission européenne qui, bien qu'également réticente aux affaires hybrides, n'adopte pas une position aussi sévère et accepte régulièrement de dissocier, dans une même affaire, la situation des entreprises qui transigent de celles qui ne transigent pas.

(6) Conférence du 14 mai 2018 organisée par la revue Concurrences.

(7) Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi, modifié par le Sénat en première lecture, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 59 quinquies.

(8) *Ibid.*

(9) Communiqué de l'Autorité du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.

En outre, bien que l'on dispose encore d'un recul limité sur la mise en œuvre de la procédure de transaction pour dresser une typologie complète, il semble, au vu des premières affaires, que celle-ci se prête davantage à un certain type de pratiques. Ainsi, la transaction est, pour des raisons évidentes, souvent plus simple dans les cas d'abus de position dominante, lorsqu'il n'y a qu'une seule partie mise en cause, puisque le risque d'échec de la transaction est, dans cette hypothèse, beaucoup plus limité. En effet, dans ce cas, l'entreprise a pu elle-même réfléchir en amont à son éventuelle appétence pour une transaction et au gain qu'elle pourrait en retirer. La décision d'entrer ou non en voie de transaction dépendra donc principalement de la fourchette d'amende proposée par les services d'instruction, qui doit correspondre aux estimations de l'entreprise et au prix qu'elle est disposée à payer pour mettre un terme rapidement à la procédure.

La situation est autrement plus complexe lorsque plusieurs entreprises sont mises en cause puisque, dans ce schéma, il est plus difficile pour les entreprises, qui n'ont accès à l'entièreté du dossier de l'Autorité qu'au moment de la notification de griefs, d'évaluer en amont leur intérêt à s'engager en transaction. De plus, le risque d'un échec de la transaction ne peut, jusque très tard dans le délai imparti de deux mois pour signer le procès-verbal de transaction, être totalement écarté. En effet, la pratique des services d'instruction consistant à signer les procès-verbaux de transaction en bloc à la fin, une fois que toutes les entreprises se sont engagées à transiger, ces derniers peuvent à tout instant décider de faire machine arrière, par exemple si certaines entreprises refusent finalement de transiger, sans avoir à justifier de leur décision et en totale méconnaissance des droits des entreprises qui souhaitaient, pour le coup, transiger.

Dans les faits, outre que le sort de chaque partie, dans une affaire impliquant plusieurs entreprises, dépend de la stratégie de défense des autres parties, cela oblige les entreprises à mener de front les discussions sur la transaction, d'une part, et la préparation de leur défense au fond, d'autre part, le tout dans un délai très court de deux mois. Ce délai peut, selon les circonstances, être porté à trois mois, seulement si le rapporteur général est enclin à accorder un délai supplémentaire sur le fondement de l'article L. 463-2 du code de commerce. En revanche, ni le législateur, ni l'Autorité n'ayant prévu que le temps de la transaction puisse être dissocié du délai légal pour répondre à la notification de griefs, par exemple via le recours à une mesure de suspension de la procédure, il n'est a priori pas possible, en l'état actuel des textes et de la pratique, d'aller au-delà de ce délai de trois mois pour la signature du procès-verbal de transaction ou, en cas d'échec, la réponse aux griefs. Du fait de cette contrainte temporelle, la difficulté est de taille pour les entreprises, avec un risque non négligeable, en pratique, d'aboutir dans la précipitation soit à une mauvaise transaction, soit à une moins bonne défense au fond, si l'entreprise ne s'est pas préparée en parallèle.

On observe cependant que la transaction peut s'avérer un outil efficace pour des pratiques « balisées », telles que les cartels ou cas d'échanges d'informations classiques, où la qualification juridique des faits est, sur la base de la pratique décisionnelle antérieure, relativement aisée et surtout peu sujette à débat. Du point de vue des entreprises, il peut alors apparaître judicieux, dans une situation où, compte tenu de la gravité de la pratique et des éléments à charge dans le dossier de l'Autorité, les chances de succès d'une défense au fond sont très incertaines, d'entrer en voie de transaction afin, d'une part, de sécuriser une réduction d'amende et, d'autre part, d'en finir rapidement avec la procédure devant l'Autorité qui s'avère souvent longue et coûteuse.

## II. – Une procédure accélérée, au détriment du contradictoire et des droits de la défense

La transaction permet, dans la droite ligne de ce que souhaitait l'Autorité, d'une part d'accélérer le traitement des affaires (A) et, d'autre part, de limiter le taux de recours contre ses décisions (B). À cet égard, lors de son audition en 2015 par la Commission parlementaire en charge de l'examen du projet de loi *Macron*, M. Bruno Lasserre, alors Président de l'Autorité, avait déclaré que la nouvelle procédure de transaction « accélèrera et mettra surtout un point final aux affaires, l'entreprise qui aura transigé ne pouvant plus contester la sanction dont elle est l'objet »<sup>(10)</sup>.

### A. – Une plus grande célérité dans le traitement des affaires

Sur les 12 décisions de transaction publiées à ce jour par l'Autorité, il n'aura fallu, dans la grande majorité des cas, qu'un délai de 4-6 mois<sup>(11)</sup>, à compter de la notification de griefs, pour qu'une décision soit adoptée, contre au moins 8-9 mois sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs et des délais assez variables en l'absence de transaction, pouvant aller jusqu'à plus d'un an. Par ailleurs, une fois le procès-verbal de transaction signé, les entreprises peuvent s'attendre à une décision dans un délai très rapide, allant de 2 à 4 mois.

(10) Audition de Bruno Lasserre par la Commission parlementaire en charge de l'examen du projet de Loi Macron, 10 février 2015.

(11) Il faut noter que dans trois affaires, dont deux concernant des pratiques d'abus de position dominante, ces délais ont été allongés, atteignant même jusqu'à 8,5 mois dans l'affaire relative au secteur des produits électroménagers. Cet allongement du délai s'explique notamment dans cette dernière affaire par le fait que l'ensemble des entreprises n'ont pas accepté au même moment d'avoir recours à cette procédure ; un délai de deux mois et demi s'est donc écoulé entre la signature du premier procès-verbal de transaction par les groupes Candy, Whirlpool et BSH fin juin 2018 et le dernier procès-verbal de transaction signé par le groupe Electrolux, le 4 septembre 2018.

Décision	NDG	PV de transaction	Séance	Décision	Délai entre la NDG et la décision finale
18-D-24	28 mars 2018	26/28 juin 2018 (Candy, Whirlpool, BSH) 2 juillet 2018 (SAS Eberhart Frères et SC Fineb) 4 septembre 2018 (Electrolux)	25 octobre 2018	5 décembre 2018	Environ 8,5 mois
18-D-15	31 janvier 2018	25/26/27 avril 2018	17 juillet 2018	26 juillet 2018	Environ 6 mois
17-D-20	29 mai 2017	25/26 juillet 2017	27 septembre 2017	18 octobre 2017	Environ 4,5 mois
17-D-14	21 mars 2017	3/24 mai 2017	19 juillet 2017	27 juillet 2017	Environ 4 mois
17-D-06	20 juillet 2016	14 novembre 2016	18 janvier 2017	21 mars 2017	8 mois
17-D-02	26 juillet 2016	6 octobre 2016	17 janvier 2017	10 février 2017	Environ 6,5 mois
17-D-01	23 septembre 2016	15 novembre 2016	11 janvier 2017	26 janvier 2017	Environ 4 mois
16-D-27	11 juillet 2016	22 septembre 2016	3 novembre 2016	2 décembre 2016	Environ 4,5 mois
16-D-24	23 juin 2016 (Rapport)	19 septembre 2016	18 octobre 2016	8 novembre 2016	Environ 4,5 mois
16-D-15	12 février 2016	14/15 avril 2016	30 juin 2016	6 juillet 2016	Environ 5 mois
16-D-06	5 novembre 2015	10 février 2016	30 mars 2016	13 avril 2016	Environ 5,5 mois
16-D-05	5 novembre 2015	5 février 2016	30 mars 2016	13 avril 2016	Environ 5,5 mois

Ces délais de traitement rapides sont permis, de fait, par un amenuisement du contradictoire pour les entreprises qui, en l'absence de toute négociation possible avec les services d'instruction sur le périmètre des griefs, ne peuvent tout simplement plus se défendre. En effet, comme pour la non-contestation des griefs, la transaction requiert que l'entreprise qui en sollicite le bénéfice « *indique, en des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'elle ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni leur qualification juridique (...), ni leur imputabilité* » (point 13 du Communiqué). Du point de vue procédural, le principal avantage de la transaction pour les services d'instruction est donc, en l'absence de contestation des griefs, de pouvoir faire l'économie de la rédaction d'un rapport, permettant à l'Autorité une réaffectation de ses ressources sur d'autres affaires.

Cette économie procédurale, et l'affaiblissement des droits de la défense qui en découle, va de pair avec l'objectif de simplification recherché par l'Autorité. Le projet de loi Pacte, actuellement en discussion devant le Parlement, contient notamment une proposition visant à élargir le recours à la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du code de commerce<sup>(12)</sup>, dont les contours sont tou-

tefois encore assez flous et ne permettent pas vraiment d'identifier à ce stade le type d'affaires qui pourraient désormais être concernées par la suppression d'un tour de contradictoire.

Or, en l'absence de toute discussion possible avec les services d'instruction sur le périmètre de l'infraction, la qualification juridique des faits et l'appréciation de leur effet sur la concurrence, seul le quantum de l'amende peut le cas échéant faire l'objet d'une petite négociation, l'objectif pour l'entreprise étant de tirer au maximum vers le bas la fourchette haute de l'amende. Toutefois, en pratique, l'expérience montre là encore que les droits des entreprises sont limités. Généralement, les services d'instruction se sont forgés en amont une idée bien précise de la situation et de l'amende qu'ils souhaitent voir prononcée et se montrent peu ouverts à la négociation sur les déterminants de la sanction. Il en résulte une fourchette d'amende généralement étroite qui participe, entre autres, à limiter le taux de recours contre les décisions de l'Autorité rendues après transaction.

(12) Projet de loi PACTE en date du 11 avril 2019, tel qu'adopté devant l'Assemblée Nationale, article 211, II, 4. Par ailleurs, il faut noter qu'en mai 2018, le Gouvernement, sous l'impulsion de l'Autorité, avait déjà déposé un amendement n° 2244 dans le cadre du projet de loi sur l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire visant à modifier les articles L. 463-2 et L. 463-

3 du code de commerce relatifs à la procédure devant l'Autorité. L'objectif principal de cette mesure était de supprimer la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du code de commerce en abrogeant le plafond de sanction pécuniaire à 750 000 euros, et en faisant de l'examen des affaires sans établissement préalable d'un rapport la règle et non plus l'exception. Ce cavalier législatif avait toutefois été retiré par le Gouvernement avant même la discussion en séance publique.

## B. – Un taux de recours devant la cour d'appel de Paris extrêmement limité

Depuis sa mise en œuvre, la transaction répond en effet pleinement à l'un des objectifs qui lui était assigné, tel que rappelé par M. Bruno Lasserre, à savoir éviter les recours contre les décisions de l'Autorité, qui constituait l'un des principaux écueils de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs et limitait, en pratique, le gain procédural obtenu en première instance<sup>(13)</sup>.

Et pour cause, l'entreprise qui accepte de transiger, d'une part, renonce à contester les griefs qui lui sont notifiés, y compris en appel, sous peine de remettre en cause la validité de la transaction, et, d'autre part, signe un procès-verbal de transaction enserrant dans une fourchette étroite le montant de l'amende qui peut être prononcée à son encontre, limitant de fait sa propension à interjeter appel. Comme pour enfoncer le clou, l'Autorité a en pratique recours à diverses formules dans ses décisions afin de circonscrire implicitement ce droit d'appel des entreprises, qui subsiste en théorie, précisant que celles-ci, lorsqu'elles mettent en œuvre la transaction, « [acceptent] *en toute connaissance de cause, les conséquences juridiques, notamment en ce qui concerne le montant de la sanction pécuniaire pouvant être prononcée par l'Autorité* ».

Bien que la transaction n'emporte pas reconnaissance de culpabilité de la part de l'entreprise qui renonce à contester les griefs, le fait d'accepter toutes les conséquences juridiques d'une transaction, alors même qu'il n'y a eu aucun débat contradictoire sur l'existence d'une infraction et la qualification juridique des faits, aboutit de fait à créer des précédents dans la pratique décisionnelle de l'Autorité qui peuvent avoir des conséquences pour l'entreprise en cause à l'avenir mais également, de manière plus générale pour d'autres entreprises, du même secteur ou pas, adoptant des pratiques similaires. En pratique, cela peut par exemple aboutir à qualifier d'abusif un type de comportements qui aurait autrement pu, au terme d'une discussion juridique contradictoire, être reconnu comme légitime par l'Autorité ou la cour d'appel. De la même façon, certaines formes d'échanges d'informations ou d'accord verticaux peuvent, parce que les entreprises mises en cause souhaitent transiger pour réduire la sanction, être quasi-automatiquement considérées dans le futur comme des ententes anticoncurrentielles.

En outre, la transaction, en ce qu'elle permet de sauter l'étape du débat contradictoire au stade de l'instruction, ne permet pas aux entreprises qui entrent en voie de transaction de faire valoir des moyens procéduraux, qui sont pourtant au moins tout aussi importants que les arguments au fond. En effet, l'Autorité, contrairement aux juridictions pénales, est très peu sensible à ces argu-

(13) En cela, la pratique de l'Autorité se rapproche de celle de Commission où les recours sont également faibles.

ments, qu'elle balaye généralement d'un revers de main dans ses décisions. En revanche, ce n'est pas le cas de la cour d'appel de Paris qui, ces derniers mois, s'est montrée particulièrement attentive aux questions procédurales et au respect des droits de la défense et n'a pas hésité, sur ce fondement, à annuler ou réformer des décisions de l'Autorité<sup>(14)</sup>.

Cependant, ces éléments n'ayant à aucun moment été discutés devant l'Autorité et l'entreprise ayant accepté, de par la transaction, de ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés, cela diminue sensiblement les causes de recours. Ainsi, sans que l'entreprise soit privée de ce droit, a priori seul le montant de l'amende, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs<sup>(15)</sup>, devrait pouvoir être discuté devant la cour d'appel de Paris. Et encore, à suivre la position de l'Autorité dans l'affaire des médicaments vétérinaires, actuellement pendante devant la cour d'appel de Paris, les recours contre les décisions de l'Autorité prononçant une sanction à l'intérieur de la fourchette proposée par le rapporteur général devraient selon elle être déclarés irrecevables dans la mesure où l'entreprise, en signant le procès-verbal de transaction, accepte la fourchette d'amende proposée et s'expose à ce que l'amende finalement prononcée à son encontre soit dans le haut de la fourchette<sup>(16)</sup>.

Par ailleurs, une entreprise qui a transigé n'a pas nécessairement intérêt à interjeter appel de la décision de l'Autorité dès lors qu'une telle démarche, pour légitime qu'elle soit, pourrait – du moins en théorie – aboutir, compte tenu de l'effet dévolutif de l'appel, à remettre en cause la transaction. À cet égard, les chiffres parlent d'eux-mêmes puisque, sur 12 décisions de transaction, seules deux ont

(14) À titre d'exemple, dans un arrêt du 2 février 2017, la cour d'appel de Paris a annulé la décision de l'Autorité n° 13-D-12 rendue dans l'affaire de l'entente dans le secteur des commodités chimiques au motif d'une violation des droits de la défense d'un groupe de sociétés. La Cour a en effet relevé que la défense de ces sociétés n'avait pas pu s'exercer librement devant l'Autorité du fait du maintien dans le dossier communiqué au Collège d'accusations graves et infondées énoncées par le représentant d'une des parties, sans que les rapporteurs se démarquent de ces accusations.

(15) CA Paris, 25 sept. 2014, RG n° 2013-05595 : « *Considérant, en revanche que leur renonciation à contester les griefs ne limite pas la possibilité pour les entreprises de contester la détermination par la Décision des sanctions en fonction des critères de l'article L. 464-2, I et III du code de commerce ; que c'est dans ces limites que seront examinées les demandes présentées par les parties à la cour d'appel, étant rappelé que toutes les entreprises requérantes en principal ayant fait choix de ne pas contester notamment le grief n° 3 qui leur a été notifié, ce grief et son imputabilité sont établis et ne peuvent être remis en cause devant la cour* ».

(16) Synthèse de la conférence du 6 décembre 2018 intitulée « Enquêtes pénales, transactions, entre efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence et effectivité des droits de la défense ».

pour l'heure fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris<sup>(17)</sup>, dont un à l'initiative d'un tiers à la procédure<sup>(18)</sup>.

Ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, la transaction a pour conséquence que les entreprises renoncent, de fait, à leur droit d'interjeter appel sur l'ensemble des éléments de la procédure devant l'Autorité. À ce titre, les déclarations du président de SFR Group lors de la séance devant l'Autorité dans l'affaire Altice, où il a indiqué, après avoir confirmé son accord avec les termes de la transaction, « *qu'il n'exercerait pas de recours contentieux contre la décision qui sera rendue par l'Autorité* »<sup>(19)</sup>, sont particulièrement révélatrices de l'esprit de la procédure de transaction.

*Ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, la transaction a pour conséquence que les entreprises renoncent, de fait, à leur droit d'interjeter appel sur l'ensemble des éléments de la procédure devant l'Autorité*

Transiger signifie donc pour les entreprises renoncer au plein exercice de leurs droits de la défense, en ce compris sur les aspects procéduraux, en contrepartie d'une réduction d'amende dont il est difficile d'apprécier si elle est significative ou non dès lors que l'Autorité, lorsqu'elle a recours à la transaction, se dispense désormais de motiver le montant de la sanction prononcée.

### III. – Détermination de la sanction : la fin de la transparence

L'article L. 464-2, I du code de commerce prévoit que « *les sanctions pécuniaires [prononcées par l'Autorité] sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, 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 la présente titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanc-*

*tion* ». Dans un souci bienvenu de transparence vis-à-vis des entreprises, l'application de ces critères légaux avait finalement été précisée par un communiqué de procédure de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires<sup>(20)</sup> (le « Communiqué Sanctions »), dont l'objectif était de s'inspirer des bonnes pratiques européennes pour lever les incertitudes et mettre un terme aux critiques concernant le respect par l'Autorité des principes fondamentaux d'égalité de traitement, de légalité et de prévisibilité des sanctions pour les entreprises.

Or, la transaction, parce qu'elle relève des services d'instruction et non du Collège de l'Autorité, permet au rapporteur général, lorsqu'il propose une fourchette d'amende, de ne pas tenir compte du Communiqué Sanctions, qui explique « *la méthode suivie en pratique par l'Autorité [c'est-à-dire le Collège] lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose* ». Le rôle du Collège étant quant à lui, en matière de transaction, cantonné à prononcer une sanction à l'intérieur de la fourchette d'amende prévue par le procès-verbal de transaction, sauf à renvoyer l'affaire à l'instruction<sup>(21)</sup>, le Communiqué Sanction est, de fait, laissé inappliqué avec pour conséquence une certaine opacité sur les éléments pris en compte pour déterminer le montant de l'amende de chaque entreprise mise en cause.

Malgré un appel du pied lancé notamment par l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence à l'Autorité dans le cadre de sa consultation sur le projet de Communiqué<sup>(22)</sup>, celle-ci a maintenu dans la version finale du texte sa rédaction initiale, en précisant que, pour la détermination de la fourchette de sanction, « *les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises concernées* ».

Il ne s'agit néanmoins là que d'une possibilité pour les services d'instruction et non d'une obligation, sans possibilité pour le Collège de vérifier, en pratique, comment la fourchette d'amende a effectivement été déterminée puisque le procès-verbal de la transaction ne contient aucun détail sur ce point. Dès lors, en pratique, en l'absence de possibilité de mesurer la réduction d'amende effectivement obtenue par rapport à la situation contrefactuelle qui aurait prévalu en l'absence de transaction, cette procédure permet, de manière insidieuse, un retour à la si-

(17) L'un de ces recours (Déc. n° 18-D-15, 26 juill. 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires) était toujours pendant au moment de la publication de présent article.

(18) CA Paris, 25 janv. 2018, constatant le désistement de l'appelant, Direct Energie.

(19) Déc. n° 16-D-24, 8 nov. 2016, relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

(20) <[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9\\_sanctions\\_concurrence\\_16mai2011\\_fr.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf)>.

(21) Point 33 du Communiqué.

(22) <<https://aapdc.fr/nos-publications/publications-publiques/cartels/item/87-contribution-sur-le-projet-de-communiqu%C3%A9-relatif-a-la-procedure-de-transaction>>.

tuation antérieure au Communiqué Sanctions, sans aucun contrôle de la part du Collège, qui fait en quelque sorte office de chambre d'enregistrement.

Force est d'ailleurs de constater que les décisions de transaction sont lapidaires et extrêmement peu motivées, notamment sur la sanction. En particulier, les passages relatifs à la gravité de l'infraction et au dommage à l'économie sont réduits à peau de chagrin, par comparaison aux longs développements qu'y consacre en principe l'Autorité dans ses décisions ne faisant pas suite à une transaction. Ainsi, dans l'affaire des revêtements de sols résilients<sup>(23)</sup> puis dans l'affaire des produits électroménagers<sup>(24)</sup>, l'Autorité notait que la mise en œuvre de la procédure de transaction justifie « *que les sanctions prononcées ne soit pas motivées par référence à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires* », relayant ouvertement le Communiqué Sanctions au second rang, alors même que l'application de celui-ci, au-delà des critères légaux prévus par l'article L. 464-2, I du code de commerce, est gage de sécurité juridique pour les entreprises. L'Autorité n'est cependant nullement incitée à modifier son approche qui s'inscrit dans le mouvement de simplification de ses procédures, avec plusieurs propositions figurant dans le projet de loi PACTE. En particulier, concernant la sanction, il est prévu dans le cadre des travaux de transposition de la directive ECN+, sous couvert d'une harmonisation avec le droit européen, de supprimer la notion de dommage à l'économie, propre au droit français, et ainsi de considérablement alléger la charge probatoire pour l'Autorité<sup>(25)</sup>.

Or, si la quasi-absence de motivation des sanctions pécuniaires prononcées à l'issue d'une transaction constitue un gain procédural évident pour l'Autorité et, du point de vue de l'entreprise ayant transigé, contribue à complexifier quelque peu la tâche des victimes des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées, qui disposent de moins de matière pour établir leur préjudice, elle n'en demeure pas moins critiquable :

- D'une part, en supprimant un véritable contrôle par le Collège, cette approche aboutit de facto à remettre en cause le principe de séparation des services d'instruction et des organes de décision, au mépris de la loi, ou du moins à en limiter significativement la portée pratique.
- D'autre part, en concentrant entre les mains des services d'instruction tous les pouvoirs en matière de

sanction, sans les assortir des garanties nécessaires en termes de droits de la défense, les entreprises étant liées par le contenu de la notification de griefs et du procès-verbal de transaction, cette approche revient ni plus ni moins à retirer aux entreprises qui décident de transiger toute possibilité effective de se défendre.

Or, s'il est bien évidemment nécessaire que les entreprises accusées d'avoir adopté un comportement anticoncurrentiel puissent, devant l'Autorité, avoir recours à des procédures négociées, lesquelles participent de la mise en œuvre effective du droit de la concurrence, ces procédures ne doivent néanmoins pas aboutir à retirer aux entreprises toute possibilité d'exercer leurs droits de la défense.

## Conclusion

Le seul intérêt de la transaction pour les entreprises est donc finalement de sécuriser, très en amont, un montant maximal d'amende. Mais cette apparente sécurité juridique a des contreparties, et pas des moindres : renonciation à se défendre au fond, absence de transparence sur les déterminants de la sanction, mais aussi exposition plus rapide au contentieux indemnitaire sur la totalité des pratiques sanctionnées par l'Autorité, dont la réalité n'aura pas été contestée.

Dans ces conditions, il semble indispensable, que les entreprises s'interrogent très sérieusement avant de choisir d'avoir recours à une transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles, en faisant une véritable analyse du risque réellement encouru à la lumière des pièces du dossier et des caractéristiques du marché sur lequel elles exercent leur activité. Ceci est d'autant plus important dans les cas où le dossier de l'Autorité, en apparence solide, présente en réalité des failles, que seule une défense au fond peut mettre en lumière avec potentiellement, à la clé, une amende moins lourde que celle résultant d'une transaction.

Au final, il convient de garder à l'esprit que « [l'Autorité ne fait] *pas une transaction pour faire plaisir aux entreprises* »<sup>(26)</sup>. En d'autres termes, il faut avant tout qu'elle y gagne quelque chose. Mais qu'en est-il du véritable gain pour les entreprises ? Tout est bien-sûr question d'une balance bénéfice / risque, au cas par cas. Néanmoins, partant de ce constat, il est certain que la transaction, pour avantageuse qu'elle soit en apparence, n'est pas nécessairement toujours le meilleur choix procédural<sup>(27)</sup>. ■

(23) Déc. n° 17-D-20, 18 oct. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

(24) Déc. n° 18-D-24, 5 déc. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers.

(25) Projet de loi PACTE en date du 11 avril 2019, tel qu'adopté devant l'Assemblée Nationale, article 211, II, 5°.

(26) Compte-rendu des propos de M. Stanislas Martin, rapporteur général de l'Autorité, lors d'un déjeuner conférence sur la transaction organisé en mai 2018 au cabinet Dechert, en partenariat avec la revue Concurrences.

(27) Les auteurs remercient Simon Hetsch pour sa contribution à la rédaction de cet article.