

**Projet de communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs
Groupe de travail AFEC**

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (ci-après « AFEC ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit des magistrats, des avocats, des juristes d'entreprises, des professeurs de droit et d'économie et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF.

Les présentes observations sont émises par le Comité Directeur de l'AFEC sur la base des propositions d'un Groupe de travail(*) d'une trentaine de personnes, composé de juristes d'entreprises, de représentants d'organisations professionnelles et de d'avocats. Les positions exprimées ci-après sont celles de l'AFEC, sans préjuger des observations individuelles des structures ou personnes ayant participé à ces travaux.

Afin d'en faciliter la prise de connaissance, l'AFEC a fait le choix de présenter ses réponses à la consultation en traitant respectivement du projet de communiqué sur la non-contestation des griefs puis du projet de document-cadre sur les programmes de conformité, avant de proposer un mark-up du communiqué.

Remarques liminaires

- Le projet de communiqué use du terme "*transaction*" : même s'il est utilisé entre guillemets et dans le préambule du projet de communiqué, ce terme est impropre car il renvoie à un mode d'extinction de l'action publique, ce que n'est pas la procédure de non contestation de griefs. Il est donc suggéré que ce terme peu pertinent en l'espèce soit purement et simplement supprimé de la version finale du communiqué.

- Opportunité de s'interroger sur le véritable objet de ce communiqué. Aux points 8 et 9 il est indiqué que "[la] *séparation des fonctions d'instruction et de décision entraîne nécessairement une part d'incertitude, dans la mesure où la détermination du montant de la sanction pécuniaire relève de la substance même de la délibération du collègue. Le présent communiqué vise cependant à réduire cette incertitude en accroissant la prévisibilité à cet égard*" et que "*Il explique l'approche suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle met en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Il synthétise également les lignes directrices de sa pratique décisionnelle relative à cette procédure, telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation*". Si l'intention paraît a priori louable il serait souhaitable, pour que l'Autorité reste dans le cadre du mandat qu'elle s'est elle-même fixé, que d'une part, soient citées en notes de bas de page les différentes décisions ou arrêts auxquels il est fait référence (la Commission le fait dans ses lignes directrices ou communications) et, d'autre part et surtout, que l'Autorité explique de façon plus explicite ce qui relève (i) d'un simple rappel de l'approche qu'elle suit habituellement et (ii) les nouveautés qu'elles souhaitent introduire ou officialiser par le biais de ce communiqué.

I. Le champ d'application de la non-contestation des griefs

Le projet de communiqué rappelle dans son point 15 que, pour bénéficier de cette procédure, la partie qui la sollicite ne saurait contester ni la réalité des pratiques en cause, ni leur qualification juridique ni leur imputabilité, se conformant en cela à la pratique décisionnelle antérieure du Conseil de la concurrence¹ entérinée notamment par la Cour de cassation dans son arrêt Manpower du 29 mars 2011².

Toutefois, il apparaît qu'une telle exigence quant à l'étendue de la NCG présente des inconvénients en ce qu'elle semble aller bien au-delà de la simple "*renonciation à contester les griefs*" que vise le Code de commerce dans son article L. 464,-2, III et soulève des difficultés pratiques qui ne peuvent que porter atteinte aux droits de la défense et de recours.

1.1 Sur la possibilité de ne renoncer à contester qu'une partie seulement des griefs notifiés

- Certains griefs formulés au stade de la notification des griefs sont parfois moins fondés que d'autres. Il arrive assez régulièrement qu'un rapporteur abandonne certains griefs au stade du rapport ou encore que des griefs pourtant maintenus au stade du rapport ne soient pas retenus par le collège³. Une entreprise pourrait légitimement ne vouloir contester que certains griefs qui lui sont notifiés, par exemple, *ne pas contester un grief d'entente tout en souhaitant contester avoir commis un abus de position dominante*.
- L'article L464-2 III dispose toutefois : "*lorsque l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés*": le texte ne prévoit pas une contestation d'une partie des griefs mais le Président Lasserre avait

(*) Ce Groupe de Travail était animé par Thierry Boillot, Responsable Juridique (Lafarge). Il comprenait Emanuelle Van den Broucke, Michel Ponsard, Michael Cousin, Jean-Louis Fourgoux, Christelle Adjemian, Sophie Belmont, Mathilde Boudou, Charles-Henri Calla, Elodie Camous, Elisabeth Flaicher-Maneval, Emanuelle Flament-Mascaret, Arthur Harmey, Jérôme d'Huart, Nathalie Jalabert-Doury, Bernard Lesage, Louis Martin, Romain Maulin, Jean-Patrice de la Laurencie, Claire Manoncourt, Dominique Moreno, Anne-Catherine Coutin-Adam, Julien Payre, Thibault Schrepel, Florence Weingarten, Louise Laidi, Ariane Mathoulin, JC. Grall, Th. Dubourg, Charles Robin, Céline Delacroix, J. Fourquet, Claire de Maupeou, Sara Nassereldine, Alain Ronzano.

¹ Décision n°04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, paragraphe 15.

² Cass. Com., 29 mars 2011, Manpower et autres : "*Mais attendu qu'ayant relevé que les sociétés Adia, Adecco, Groupe Vedior France et Vedior Bis n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la Cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée*".

³ Cela a notamment été le cas dans l'affaire des vidéocassettes, décision 05-D-70.

considéré dans un colloque de janvier 2005 qu'il n'était pas possible de "*présumer l'indivisibilité des griefs*" et que "*rien n'interdit en droit, lorsque le Conseil notifie à une entreprise plusieurs griefs, que celle-ci puisse renoncer à contester un grief et pas les autres*"⁴.

- La prise en compte d'une non-contestation partielle (de certains griefs seulement) pourrait ainsi être envisagée notamment dans l'hypothèse de procédure hybride, c'est-à-dire dans les cas où les autres parties ont choisi de ne pas suivre la procédure de non contestation des griefs et de poursuivre selon une procédure normale, c'est-à-dire quand l'économie de procédure est moins évidente.

1.2 Sur la non-contestation de la régularité de la procédure

Il est difficile de comprendre comment la régularité de la procédure est constitutive d'un grief que la partie en cause s'engage à ne pas contester. Il est en effet tout à fait possible que cette dernière ne conteste pas avoir mis en œuvre de pratiques anticoncurrentielles tout en contestant cependant la régularité de la procédure, en particulier dans la mesure où les garanties procédurales dont doivent bénéficier les entreprises mises en cause par l'Autorité s'appliquent non seulement dans le cadre de la procédure "normale" mais également dans les hypothèses de mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs. En conséquence, imposer au candidat à la non-contestation des griefs de ne pas contester « *la régularité de la procédure* » (point 16) semble incompatible avec l'exercice effectif des droits de la défense, lesquels constituent une garantie inviolable dans le cadre d'une procédure pouvant donner lieu à l'imposition d'une amende. L'introduction de cette condition, non expressément prévue par le Code de commerce, semble également revenir à "rognier" la compétence générale dont dispose le Collège pour s'assurer de la régularité de la procédure et en particulier du respect du principe du contradictoire.

1.3 Sur la portée de la non-contestation des griefs.

L'acceptation par certaines parties des faits et de la qualification juridique retenue par le rapporteur pourrait limiter sensiblement la défense des autres parties qui entendent contester les griefs puisque l'Adlc pourrait se contenter de prouver seulement leur participation aux pratiques, sans revenir sur leur qualification juridique elle-même.

C'est pourquoi, à l'égard des tiers à la procédure de NCG, le projet de communiqué prend soin d'indiquer que dès lors que « *d'autres parties mises en cause contestent les griefs qui leur ont été notifiés, l'Adlc demeure tenue de démontrer la participation de ces autres parties aux pratiques anticoncurrentielles en cause* » (point 42).

⁴ Bruno Lasserre, intervention lors du colloque organisé le 19 janvier 2005, *Clémence et transaction en matière de concurrence: premières expériences et interrogations de la pratique*, Gazette du Palais, septembre-octobre 2005, p. 3323.

Il en résulte que la déclaration de l'entreprise ne contestant pas les griefs doit être corroborée par un faisceau d'indices et par une qualification adéquate de nature à établir la commission d'une infraction par les autres parties mises en cause. Cette précision ne peut être qu'approuvée en ce qu'elle vient rassurer les entreprises en clarifiant la jurisprudence récente de la Haute juridiction selon laquelle la NCG produit des effets à l'égard des coauteurs présumés de la pratique et que seule peut être discutée leur participation à l'infraction⁵. Cet arrêt créait une ambiguïté et paraissait consacrer l'abandon de la solution précédemment retenue par la Cour d'appel, selon laquelle "*la non-contestation des griefs ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité*" opposable aux tiers⁶. Cet arrêt semblait également en opposition avec ce que l'Autorité indiquait dans son rapport annuel 2005 selon lequel "*La non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure du Conseil, contre les entreprises ou organismes non-parties à la transaction*"⁷.

1.4 Sur la non-contestation de l'objet mais non des effets

La frontière paraît très ténue entre le fait de ne pas contester les effets des pratiques visées par les griefs et le rôle de la partie dans la commission des pratiques et le fait de pouvoir contester les éléments de détermination de l'amende dont la gravité des pratiques (donc les effets des pratiques) et la situation personnelle de l'entreprise (et son éventuel rôle passif dans les pratiques...).

C'est d'autant plus le cas pour les entreprises qui n'ont pas contesté les griefs alors qu'un Rapport a néanmoins été rédigé par les services d'instruction (lorsque certaines entreprises ont choisi de contester les griefs). Dans un tel cas, les parties sont confrontées à une difficulté pratique dans la délimitation de ce qui relève de la portée de la non-contestation des griefs à leur égard.

Le communiqué devrait préciser que la non contestation des griefs ne limite en rien la faculté, pour l'entreprise, de participer au débat contradictoire relatif aux critères de détermination de la sanction pécuniaire et d'argumenter, dans ce cadre, sur les effets de la pratique.

1.5 Sur l'imputabilité des griefs

Le projet de communiqué de procédure est en ligne avec la pratique décisionnelle connue du Conseil et de l'Autorité. Si la question de l'imputabilité peut parfois être évoquée dans certaines décisions concernant des entreprises

⁵ Cass. Com., 29 mars 2011, pourvoi n°10-12913 et 10-13686, Stés Manpower et Randstad.

⁶ CA Paris, 29 janv. 2008, sté Le Goff Confort, (recours contre décision 06-D-03) JurisData n°2008-353903).

⁷ Autorité, rapport annuel 2005, p. 138.

ayant accepté de ne pas contester des griefs, elle ne fait pas l'objet de discussions pour autant⁸.

Toutefois, le projet ne règle pas la question de l'imputabilité à la maison-mère des pratiques reconnues par sa filiale dans le cadre d'une non contestation de griefs.

II Les effets de la non-contestation des griefs

2.1 Sur l'attractivité du taux de réduction proposé en contrepartie de la non-contestation des griefs

Le projet de communiqué prévoit qu'il sera tenu compte de l'absence de contestation des griefs en accordant une réduction de 10% (point 33), assortie d'une réduction supplémentaire comprise entre 5% et 15% en cas d'engagements (point 34). En fixant à 10% la réduction accordée au titre de la seule non contestation, le projet adopte une approche réductrice centrée sur la répression des cartels. Ce faisant, il ne tient pas suffisamment compte du fait que la renonciation à contester un grief peut concerner des cas dans lesquels l'économie procédurale est autrement plus importante que dans les cas de cartels comme c'est le cas des pratiques dont l'existence repose sur des analyses économiques complexes (rabais fidélisants, prédation, ciseau tarifaire, etc.). De même, la fourchette indicative de 5 à 15% proposée pour récompenser les engagements ne devrait pas interdire à l'AdLC d'accorder des réductions supérieures lorsque l'entreprise lui présente des engagements particulièrement structurants pour elle ou pour le secteur économique dans lequel elle évolue.

Par ailleurs, en ne différenciant pas mieux les situations, le projet de communiqué soulève une difficulté au regard de l'égalité de traitement qui interdit à l'AdLC de traiter de façon similaire des situations différentes.

Si le projet de communiqué prévoit la possibilité pour l'Autorité de s'écarter, dans certaines circonstances particulières, des dispositions du projet de communiqué (point 10), il serait également utile qu'il précise plus spécifiquement la possibilité pour l'Autorité d'accorder, dans certains cas, une un pourcentage de réduction d'amende supérieure à 25%, et cela afin de rendre la procédure plus attractive pour les entreprises.

Enfin, le projet de communiqué ne mentionne pas la possibilité, pourtant appliquée à trois reprises jusqu'ici⁹, pour le rapporteur de proposer un plafond d'amende. Il aurait

⁸ Décision n°05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, paragraphes 143 et 263. Décision n°09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expédia Inc. dans le secteur des voyages en ligne, paragraphes 154 à 158. Décision n°09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la FFF, paragraphes 349 à 351. Décision n°10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fournitures d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles, paragraphes 206 et 207.

⁹ Autorité, décisions 07-D-33 du 15 octobre 2007, 09-D-06 du 5 février 2009 et 09-D-24 du 28 juillet 2009.

pourtant été utile que l'Adlc explique si une telle pratique lui paraît opportune, et le cas échéant dans quelles hypothèses.

2.2 La nature des engagements optionnels

- Le projet de communiqué précise que les engagements proposés peuvent être de nature "*comportementale ou structurelle*". Si le point 19 détaille quels sont les types d'engagements comportementaux susceptibles d'être adoptés, il n'existe aucune précision en ce sens s'agissant des engagements structurels. Il serait utile d'apporter des précisions sur ce point d'autant que ceux-ci ne seraient sans doute pas de même nature que ceux susceptibles d'être consentis dans le cadre du contrôle des concentrations.

Le choix du communiqué de favoriser les programmes de conformité lourds alors qu'il existe des alternatives aux engagements sera développé dans les observations de l'AFEC relatives aux programmes de conformité.

2.3 Le pourcentage de réduction proposé par le Rapporteur Général en contrepartie des engagements

- Le pourcentage de réduction est compris entre 5% et 15% selon la nature de l'infraction, la portée des engagements et leur aptitude à assurer un fonctionnement concurrentiel du marché (point 34).

Si 10% est accordé pour un programme de conformité très complet au titre des engagements complémentaires mis en œuvre dans le cadre de la non-contestation de griefs, il ne resterait que 5% pour les autres engagements, ce qui est peu et éventuellement dommageable pour garantir le fonctionnement concurrentiel de certains marchés. Dans l'affaire de la Poste précitée, le Conseil était allé jusqu'à accorder 90% de réduction d'une sanction évaluée initialement à 6 millions d'euros "*au regard de l'importance et de la crédibilité des engagements*" souscrits dans le cadre d'une procédure de non contestation de griefs¹⁰).

Ce pourcentage, quoique conforme à la pratique décisionnelle la plus récente de l'Adlc, peut sembler quelque peu décevant pour les entreprises qui souhaitent s'engager dans cette voie procédurale. Il semble aussi suggérer que l'ADLC ait choisi de "camper" sur la position adoptée notamment dans la décision 07-D-21 dans laquelle il avait été considéré que le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées aux

¹⁰

Décision n°04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Poste dans le cadre de son contrat commercial, paragraphe 73.

demandeurs de clémence de second rang et de troisième rang doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non contestation des griefs¹¹.

Il est d'autant plus difficile de comprendre cette position de l'ADLC que dans l'affaire de l'acier la Cour d'appel de Paris a récemment jugé que "*l'accord de clémence est inopposable, en droit et en fait, aux entreprises qui n'y sont pas parties*"¹². Dans ces conditions, il semble que l'exigence de proportionnalité et d'individualisation des sanctions prévue à l'article L. 464-2, I, al. 3ème commanderait que les engagements soient "rémunérés" en fonction de leur qualité, de l'effort et des coûts de mise en œuvre qu'ils représentent pour une entreprise donnée (pas nécessairement le même selon qu'il s'agit d'un groupe important ou d'une PME étrangère) et ne doivent en aucun cas dépendre de la question de savoir si une demande de clémence premier rang a été acceptée (auquel cas la réduction ne pourra excéder 25%).

Comme cela sera exposé plus loin, si l'objectif de l'AdlC est d'inciter les entreprises à opter en toute hypothèse pour la clémence de rang inférieur, le meilleur signal à leur donner réside dans un possible cumul de cette clémence avec la NCG. Cette faculté fera disparaître les comportements opportunistes de façon bien plus efficace qu'un dosage trop subtil des taux de réductions.

2.4 Articulation avec la procédure de clémence : le principe du cumul

- Dans son point 49, le projet de communiqué exclut toute possibilité de cumul entre la procédure de clémence et la procédure de non contestation des griefs. L'Autorité justifie cette position sur la base des objectifs auxquels elle doit répondre.
- Selon le texte du communiqué, un demandeur de clémence qui aurait obtenu une réduction d'amende réduite car soumise en second ou troisième rang ne peut donc en l'état actuel obtenir un pourcentage de réduction complémentaire en proposant de ne pas contester les griefs et de s'engager pour l'avenir. Il est possible de concevoir l'hypothèse extrême d'un demandeur de clémence (n'ayant apporté qu'une faible valeur ajoutée) bénéficiant, aux termes de l'avis conditionnel de clémence, d'un taux de réduction d'amende de 10 à 25% et pour lequel il aurait donc été plus avantageux de ne pas coopérer avec l'Autorité dans le cadre du programme de clémence et de "se contenter" de ne pas contester les griefs (cela lui aurait, en théorie, permis de réduire son

¹¹ Autorité, décision 07-D-21, § 130: "*le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées dans le cadre du programme de clémence pour les demandeurs qui ne peuvent bénéficier de l'exonération totale doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non contestation des griefs. L'espérance de gain doit nécessairement rester inférieure dans ce deuxième cas pour que les deux dispositifs soient cohérents et que l'incitation à opter pour la clémence soit préservée*".

¹² CA Paris, arrêt du 19 janvier 2010, recours contre la décision 08-D-32.

plafond d'amende par deux et de bénéficier d'un taux de réduction d'amende de 10 à 25%).

Il semble que l'interdiction de cumul soit dictée par une logique propre à la procédure de clémence : il est en effet requis de l'entreprise qui bénéficie d'un avis favorable de clémence (notamment 2^{ème} rang) une coopération complète avec l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir l'exonération partielle des sanctions à l'issue de l'examen au fond de l'affaire. C'est au nom de cette coopération complète, conditionnant la clémence, que l'entreprise doit, semble-t-il, s'empêcher de s'aventurer dans une contestation des griefs qui lui sont adressés après l'avis de clémence. Il en découle que *de facto* et en tout état de cause, l'entreprise faisant l'objet d'un avis de clémence s'interdit de contester les griefs notifiés et ne peut donc pas demander à ce titre une réduction de la sanction en invoquant le bénéfice de la procédure de NCG.

Toutefois, cette interdiction de cumul est contestable au regard de la lettre de l'article L. 464-2, III du Code de commerce qui régit la procédure de non-contestation des griefs. Le Code de commerce instaure clairement dans cet article une procédure distincte et autonome, sans exclure aucunement du bénéfice de cette procédure les entreprises qui ont, dans le cadre d'une même procédure, bénéficié d'une exonération partielle d'amende au titre de la clémence. Interdire purement et simplement à une entreprise de bénéficier d'une réduction d'amende au titre de la non-contestation des griefs au seul motif qu'elle a par ailleurs bénéficié d'une réduction au titre de la clémence revient à ajouter au texte une condition supplémentaire qu'il ne prévoit pas. Il convient dès lors que la version finale du communiqué soit moins catégorique sur ce point et en particulier réserve au Collège la possibilité de juger, au cas par cas, de la pertinence et de l'opportunité de cumuler le bénéfice de la clémence de second rang ou de rang subséquent et de la procédure de non-contestation des griefs au bénéfice d'une même entreprise.

C'est d'ailleurs dans le sens du cumul que l'Adlc a opté dans la toute récente affaire 11D17 concernant des pratiques d'entente sur le marché de la lessive. L'Autorité affirme que « *la coexistence de ces dispositions [le IV de l'article L. 464-2 pour la clémence et le III de l'article L. 464-2 pour la non-contestation des griefs] n'exclut pas la possibilité, pour le rapporteur général, de proposer à l'Autorité de tenir compte du fait qu'une entreprise ou un organisme ayant présenté une demande de clémence renonce ultérieurement à contester les griefs qui lui auraient été notifiés dans l'intervalle* ».

L'Autorité expose - contrairement à ce que semble indiquer le point 49 du projet de Communiqué - que la clémence ne poursuit pas le même objectif que la non contestation des griefs. La première est un outil d'enquête et de détection des cartels permettant aux services d'instruction de réunir les faits nécessaires à la caractérisation d'une

entente, alors que la seconde est un outil d'économie procédurale qui ne vise qu'à simplifier et à raccourcir le débat contradictoire. L'AdIC insiste d'ailleurs elle-même sur cette différence de nature au point 6 de son projet et l'expose à nouveau dans la décision précitée.

En substance, précise-t-elle, le cumul ne peut se concevoir que lorsque le champ des griefs notifiés diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente telle que décrite par le demandeur de clémence au vu de l'ensemble des informations et des éléments de preuve dont il pouvait disposer. À l'inverse, note-t-elle, lorsque le périmètre des griefs notifiés correspond en tous points au contenu de l'entente tel qu'il a été décrit par le demandeur de clémence, tous les gains procéduraux disparaissent.

La clémence n'est pas davantage conditionnée à la renonciation à contester la réalité des faits, leur qualification juridique et l'imputabilité de la pratique dont il sera ultérieurement fait grief aux entreprises.

Elle ne porte en effet que sur les faits, relatifs à une entente *présumée*, dont l'entreprise a connaissance. Or, il peut exister un décalage très grand entre l'entente telle que l'entreprise la perçoit au travers de ces faits et cette même entente telle qu'elle se trouve ultérieurement caractérisée dans la notification des griefs. Ces griefs complètent en effet la contribution de l'entreprise par d'autres faits mis en lumière par les services d'instruction, par des appréciations des rapporteurs (par exemple sur le sens à donner à ces faits, la valeur probante attachée à un élément matériel ou à une déclaration), par la qualification juridique de la pratique (par exemple, le droit européen s'applique-t-il?) et par la caractérisation de l'imputabilité de la pratique.

Ce travail supplémentaire d'instruction prend bien souvent une place déterminante dans le débat contradictoire, surtout lorsqu'il s'agit d'établir le caractère complexe et continu d'une entente sur une durée précise. En fixant les contours précis de l'infraction, il peut également avoir un impact important sur les suites indemnitaires.

Un demandeur de clémence peut parfaitement contester le résultat de ce travail supplémentaire sans violer son obligation de coopération dès lors qu'il ne nie pas l'existence des faits qu'il a lui-même dénoncés. Ni l'article L. 464-2 IV du code de commerce ni le communiqué de procédure du 2 mars 2009 ne lui interdisent de le faire.

C'est dans ces circonstances, le rapporteur peut être conduit à considérer qu'une renonciation à contester les griefs de la part du demandeur de clémence présente un intérêt pour la suite du traitement de l'affaire, et donc à mettre en œuvre cette procédure. Il peut en aller ainsi même si les griefs ne correspondent pas en tous points à l'entente telle que présentée par le demandeur de clémence, par exemple parce

qu'ils mettraient en cause une pratique d'une durée supérieure ou caractérisée par des modalités de fonctionnement différentes.

Une objection peut être également formulée au regard du principe de l'égalité de traitement des entreprises dans une même affaire : une entreprise ne contestant pas les griefs pourra obtenir une réduction d'amende alors qu'une autre se voit refuser cette demande au seul motif qu'elle a, par ailleurs, fait l'objet d'un avis de clémence. Cela est d'autant plus critiquable que, par définition, une entreprise bénéficiant d'un avis conditionnel de clémence coopère pleinement avec l'Autorité et facilite son travail probatoire. Il ne serait donc pas illogique qu'elle puisse bénéficier d'une réduction d'amende supplémentaire au titre de la procédure de non-contestation des griefs.

- De plus, un tel cumul a déjà été appliqué, à plusieurs reprises, par la Commission européenne¹³. Certes la Communication relative aux procédures de transaction prévoit expressément cette possibilité au point 33, mais cela démontre que ce cumul peut présenter un intérêt évident pour une autorité de concurrence, en l'occurrence la Commission européenne.
- Enfin, il semble que le communiqué de l'Adlc sur les sanctions puisse être interprété comme ouvrant la voie à un tel cumul. En effet son point 53 indique que "Le montant définitif de la sanction pécuniaire (...) intègre ensuite, le cas échéant, l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence et la réduction accordée au titre de la non contestation des griefs".

Les raisons tirées d'un appauvrissement de la procédure de clémence, par rapport à la NCG, ne paraissent pas fondées au regard des engagements.

Un tel cumul éviterait en effet aux entreprises d'arbitrer entre ces deux procédures et maximiserait leurs chances d'obtenir une réduction en coopérant sur les deux plans.

La décision 11D17 sur les pratiques du marché de la lessive contient également une précision que ne reprend pas le projet de communiqué sur le cumul entre clémence et engagements consécutifs à une demande de non-contestation des griefs. En fait, l'Autorité laisse entendre que la prise en compte d'engagements, ne peut avoir lieu que s'ils sont proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, sans quoi l'Autorité ne disposerait pas d'une base légale lui permettant de le rendre obligatoire. Par suite, en présence d'une demande de clémence, le cumul du bénéfice des engagements ne peut se concevoir que si

¹³ Voir notamment l'affaire DRAM, (Comm. UE, 19 mai 2010, IP/10/586) et Animal Feed Phosphates (Comm. UE, 20 juill. 2010, IP/10/586).

une demande de non-contestation des griefs a été formulée au préalable et qu'elle a été acceptée par le rapporteur général parce qu'elle remplissait les conditions énoncées par l'Autorité.

III La déroulement de la procédure de non-contestation des griefs

3.1 La possibilité de discuter des éléments de détermination de la sanction

- En l'état du projet actuel, une grande incertitude doit être relevée concernant la méthode d'établissement de la proposition de réduction de l'amende : les parties ne sont en contact avec le Collège qui prend la décision finale qu'à la fin de la procédure. Les services d'instruction se limitent à faire des propositions au Collège et les parties ne disposent que d'une prévisibilité limitée tant en ce qui concerne l'issue de la procédure que sur l'étendue de la réduction d'amende qui leur sera finalement accordée par le Collège.
- Or, une plus grande prévisibilité sur le montant possible de l'amende permettrait aux entreprises de décider plus facilement si elles souhaitent renoncer à contester les griefs ou déterminer la nature des engagements qu'elles souhaitent proposer.
 - Discuter avec le Rapporteur Général d'un montant maximum de l'amende de base peut être intéressant et a déjà été fait par le passé¹⁴. Mieux encore, la discussion d'un plafond en valeur absolue constituerait un progrès déterminant en termes de prévisibilité de la sanction et contribuerait à l'attractivité de la non contestation des griefs.
 - Risque (comme cela a déjà été constaté par le passé): que le Rapporteur Général propose un montant maximum d'amende le plus conservateur possible par rapport aux possibilités offertes par le communiqué sur les sanctions, réduisant ainsi l'intérêt de connaître le plafond.
 - Il semble que dans le cadre de la discussion sur une possible non contestation des griefs, le rapporteur général pourrait fournir à l'entreprise une bien meilleure visibilité sur l'issue de la procédure en se prononçant, dans la limite permise par le respect du contradictoire vis-à-vis des autres parties, sur certains éléments utiles au calcul de la sanction. On pense en particulier au périmètre des produits dont les ventes seront

¹⁴ Décision n°07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 148, commentée par le Président Lasserre le 10 avril 2008 lors de son allocution devant l'AFEC sur "*la non contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier*" (p.12).

prises en compte pour le calcul du montant de base, à l'année de référence, aux éléments d'individualisation et à l'existence d'une réitération. Ces éléments pourraient utilement être inscrits dans le procès-verbal mentionné au point 35.

3.2 Communication de la note complémentaire aux parties et calendrier procédural

- Dans son communiqué sur la méthode de détermination des sanctions, l'Autorité expose que "*dans les cas où il n'est pas établi de rapport, en application de l'article L.463-3 ou du III de l'article L.464-2 du même code, elle intervient au plus tard dans une note complémentaire à la notification des griefs*" (point 18). Le projet de communiqué relatif à la procédure de non contestation des griefs n'apporte, quant à lui, aucune précision sur cette note complémentaire.
 - Comment doit-elle s'insérer dans la procédure de non contestation des griefs qui suppose un gain de temps et un allègement de la charge de travail pour les parties comme pour l'Autorité ?

Il est proposé que cette note complémentaire soit communiquée aux parties dans un bref délai après une demande de NCG, sur la base du principe de « stop the clock ». En effet, le Rapporteur doit tenir compte du délai de discussion de la négociation de non-contestation de griefs. Alternativement, il pourrait être proposé d'étendre systématiquement le délai d'instruction d'un mois supplémentaire (Faisant un délai total de 3 mois pour répondre à la notification des griefs dans le cas d'une NCG).(Point 27)

3.3 Possibilité pour le Rapporteur Général d'informer les autres parties mises en cause de la signature d'un procès-verbal de NCG (§36 du communiqué)

Bien que la loi ne le prévoie pas expressément on constate en pratique que le Rapporteur Général informe généralement les autres parties mises en cause de la première transaction, l'idée étant bien évidemment de les "inciter" à s'y associer. Dans ces conditions, on comprend mal la raison pour laquelle le communiqué insiste sur le fait qu'il s'agit d'une simple faculté ("*Le rapporteur général peut informer les autres parties mises en cause*").

Une formulation plus impérative semblerait plus adéquate et porteuse de sécurité juridique (en l'état actuel, le rapporteur général peut, lorsqu'il le souhaite, ne pas informer les autres parties mises en cause du fait qu'une

entreprise a sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs).

Par ailleurs, il est légitime de s'interroger sur les éléments qui justifieront le choix du rapporteur général d'informer ou non les autres parties, même si cela relève de son pouvoir discrétionnaire.

Pour une meilleure clarté, il conviendrait déjà de préciser si le délai accordé aux autres parties pour présenter une demande de non-contestation reste le délai initial ou si une prorogation de ce délai (voire un nouveau délai de deux mois).

En second lieu, une telle information du comportement des autres parties à la procédure est pertinente pour la construction d'une défense, quelle que soit la stratégie adoptée. Accorder une simple faculté d'information au rapporteur général reviendrait à créer une asymétrie dans la façon dont les parties pourraient construire leur défense, et ce particulièrement pour les entreprises ne souhaitant pas recourir à la procédure de non-contestation des griefs. Il serait donc plus conforme aux droits de la défense que toutes les parties soient informées, et par conséquent, de transformer cette faculté en obligation.

3.4 Conséquences d'une divergence d'appréciation entre le candidat à la NCG et le Rapporteur Général ou le Collège

- Le projet ne prévoit pas, en cas d'échec des discussions avec le Rapporteur Général, si la partie dispose bien de deux mois, à partir de l'échec des discussions, pour préparer sa réponse à la notification des griefs. (Voir supra)
- La proposition que fait le communiqué de "*renvoyer l'affaire à l'instruction, en ce qui concerne l'intéressé, s'il envisage de s'écarter de cette proposition dans un sens qui lui serait défavorable*" (point 47). Il est toutefois dommage que l'Adlc n'ait pas saisi l'occasion de ce communiqué pour introduire le mécanisme du découplage de la procédure (voir infra 3.6)
- Par ailleurs, il serait utile de préciser si l'affaire est renvoyée à l'instruction pour un complément d'instruction dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ou pour un retour à la procédure de droit commun. Dans cette deuxième hypothèse, prévue aussi au paragraphe 40, il serait nécessaire afin de garantir les droits de la défense des parties en cause, que les pièces et documents échangés dans la mise en œuvre de ladite procédure ne puissent être utilisées pour la nouvelle instruction. En effet, si le communiqué de procédure prévoit que, dans l'hypothèse où le rapporteur choisit de ne pas mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs les pièces « *ne peuvent être versées par les services d'instruction au dossier soumis au collège* » (§32), il ne prévoit pas telle situation en cas de renvoi par le collège à l'instruction. De même, ne conviendrait-il pas de prévoir qu'une formation de jugement différente soit saisie du dossier lors du retour devant le Collège?

3.5 Modalités d'exercice par le Rapporteur Général de son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de mettre en œuvre la procédure (pt 27)

- Le Rapporteur Général dispose d'un large pouvoir d'appréciation et décide s'il souhaite donner une suite favorable ou défavorable à une demande de mise en œuvre de la procédure de non-contestation de griefs. En effet, aux termes de l'article L. 464-2, III du Code de commerce, le Rapporteur Général "*peut proposer*" à l'Autorité de proposer une sanction réduite.
 - En cas de décision de rejet de la part du Rapporteur Général, il serait utile que la version finale du communiqué prévoit que ce dernier adoptera une décision motivée et que celle-ci sera communiquée à l'entreprise qui a fait la demande avec la possibilité d'en contester le bien-fondé devant le Collège (et ce d'autant plus que les documents versés par l'entreprise à cette fin auprès des services d'instruction ne sont pas soumis au Collège – cf. point 32)
 - Il serait bon que le Communiqué précise que, conformément à la pratique décisionnelle existante de l'Autorité, le Rapporteur n'est pas en droit de refuser la proposition de non-contestation pour le simple motif que la procédure est hybride¹⁵ et qu'elle ne comporte aucun avantage en terme de délai.

3.6 Découplage de la procédure

- Dans une allocution du 10 avril 2008 à l'AFEC, le Président Bruno Lasserre avait évoqué la possibilité d'un découplage des deux temps de la procédure de non contestation des griefs qui n'a pas été retenu dans le communiqué.
 - Si un accord est passé entre le Rapporteur Général et les entreprises concernées, celui-ci pourrait alors être immédiatement soumis au Collège pour valider le fait que les griefs ne sont pas contestés et que le montant de l'amende encourue est encadré en conséquence. Le reste de la discussion serait ensuite soumis à l'instruction et aux débats.

¹⁵ Voir notamment article Dominique Brault, Romain Maulin, *La procédure de non-contestation des griefs: un succès non contestable, concurrences n° 2-2011, p. 82, § 13: "L'examen de la pratique décisionnelle de l'Autorité démontre l'applicabilité de la procédure de non-contestation des griefs aux procédures dites hybrides, c'est-à-dire aux procédures dans lesquelles au moins une partie mise en cause choisit de contester les griefs. Sur les 31 affaires dans lesquelles l'Autorité a fait application de l'article L. 464-2, III du Code de commerce, 16 sont des affaires hybrides.*

- Pour introduire davantage de certitude sur l'issue de la procédure de non-contestation, il pourrait être envisagé d'aller plus loin et de soumettre celle-ci directement à une Commission Permanente sur les sanctions, qui aurait à se prononcer sur la réunion des conditions et le montant de la sanction. En cas de désaccord avec les conclusions de la Commission, les parties reviendraient à l'instruction. Ce renvoi à la Commission Permanente suspendrait les délais.
- Cette innovation du passage systématique devant le Collège devrait être sécurisant pour les parties quelle que soit l'hypothèse: (i) pour une entreprise qui se voit refuser une NCG et qui voudrait contester ce refus et ne pas attendre toute la procédure pour contester le refus, (ii) pour une entreprise qui voudrait obtenir une réduction plus importante (sinon elle se défendrait au fond) ou (iii) pour une entreprise qui voudrait sécuriser la réduction proposée.

3.7 Conséquences de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs sur les éventuelles actions civiles et pénales

Il est difficile d'espérer une protection de l'entreprise bénéficiant de la procédure de NCG dans les actions menées contre elle devant les juridictions civiles, la décision de l'Adlc ne liant pas le juge, faute d'autorité de chose jugée. Il convient néanmoins de rappeler cette règle comme l'a fait le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français: « *l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE* » (point 47). Dans la version finale de son communiqué l'Autorité pourrait à ce titre utilement rappeler, ainsi que cela avait été expliqué dans son rapport annuel pour 2005, qu'elle considère que les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sauraient se prévaloir devant les juridictions civiles de la non-contestation des griefs puisqu'elle ne constitue ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité¹⁶. Un tel rappel permettrait aux entreprises candidates de mesurer les éventuelles conséquences de leur choix procédural au plan civil.

Toutefois, concernant le risque de poursuites pénales, l'Adlc pourrait mettre au profit du dispositif de NCG la marge de manœuvre dont elle dispose en la matière. Cette dernière, sans être directement compétente pour prononcer des sanctions pénales, dispose en effet de la possibilité de transmettre le dossier au Procureur sur le fondement de l'article L. 462-6 du Code de commerce. A l'instar de ce que prévoit le communiqué sur la clémence (point 48), l'Autorité pourrait considérer, tout comme elle l'avait

¹⁶ Autorité, rapport annuel pour 2005, p. 138.

estimé dans son rapport annuel pour 2005, que la NCG est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une réduction de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites.

Pour l'instant, la pratique ne va pas dans ce sens. Ainsi dans l'affaire 08-D-29, le dossier a été transmis au procureur alors même que la NCG avait été sollicitée et accordée aux deux sociétés mises en cause. Une précision sur la position de l'Adlc à ce sujet serait opportune.

AFEC
Paris, Le .. Décembre 2011