



## « Transactions » et restrictions verticales : la « bonne affaire » ou le « bon droit » ?

**Jacques Derenne\***

Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Paris, partner, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP, Professeur à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition

**Catalina Chilaru\***

Stagiaire, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP, LL.M<sup>1</sup>

(\* Les observations contenues dans cet article appartiennent à leurs auteurs et n'engagent pas d'autres organismes ou personnes)

Depuis 2016, la Commission européenne a fait usage de la procédure de « transaction »<sup>2</sup>, jusque-là réservée aux affaires de cartels et aux pratiques unilatérales abusives. Depuis 2018, elle a étendu cette application aux restrictions verticales.

Face à cette évolution, il est opportun de se demander s'il est bien « prudent » (au sens de la *φρόνησις*, *phronesis*)<sup>3</sup>, au regard des questions juridiques parfois complexes, notamment la distinction entre restrictions « par objet » et « par effet », d'inciter à la « transaction » les entreprises concernées par des enquêtes sur des restrictions verticales, c'est-à-dire à les contraindre à faire un choix entre, d'une part, ne pas se défendre complètement en faisant une « bonne affaire » et en « tournant la page », et, d'autre part, se défendre par une argumentation *a priori* tout à fait raisonnable (susceptible d'éviter toute sanction) mais tout en prenant le risque d'une sanction potentiellement nettement plus élevée, mais avec le bénéfice d'une protection juridictionnelle (véritablement) effective.

Autrement dit, s'agissant des restrictions verticales soulevant des questions juridiques peu évidentes, les dirigeants d'entreprises, peu portés sur la chose juridique, ne sont-ils pas incités par la Commission, peut-être parfois à tort en droit, à la compromission plutôt qu'à la défense juridique raisonnable ?

### LA PROCÉDURE DE « TRANSACTION » ACTUELLEMENT EN VIGUEUR EN DROIT EUROPÉEN

La procédure de « transaction » est introduite dans les affaires d'ententes (cartels) par le règlement n° 622/2008 qui modifie le règlement n° 773/2004<sup>4</sup>. Au même moment, la Commission adopte une communication à ce sujet<sup>5</sup>. En vertu de cette procédure de « transaction », les parties à une entente horizontale peuvent reconnaître leur participation à l'infraction ainsi que leur responsa-

<sup>1</sup> Les auteurs remercient leur collègue, Dimitris Vallindas, counsel, Sheppard Mullin, pour ses commentaires.

<sup>2</sup> En droit, une transaction est une convention par laquelle chacune des parties décide d'abandonner, tout ou partie de ses prétentions, pour mettre fin au différend qui l'oppose à l'autre. Il s'agit d'une convention comportant des concessions réciproques des parties, ayant entre elles autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de concessions réciproques dont la présence implique que les accords des parties soient qualifiés de transaction. On est loin de cette définition avec la « transaction » en droit de la concurrence : il s'agit simplement d'un aveu imposé par la Commission, non négocié, avec en contrepartie, une réduction du niveau de l'amende dont l'étendue n'est pas déterminée clairement. C'est pourquoi, nous emploierons les guillemets pour éviter tout abus de langage juridique.

<sup>3</sup> La Commission est-elle « sage » ou « prudente » au sens fondamentalement philosophique des termes ? Voir la distinction chez Aristote entre la *σοφία* -sophia, sapientia, sagesse- et la *φρόνησις* -phronesis, prudentia, prudence ou sagacité. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963, pp. 7 à 26 et R. BODEÛS, *Le philosophe et la cité. Recherches sur les rapports entre morale et politique chez Aristote*, Bibliothèque de la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Liège, Fasc. 235, Paris, Les Belles Lettres, 1982, pp. 25 à 66 (traduction anglaise : *The Political Dimension of Aristotle's Ethics*, New York, SUNY Press, 1993). Voir également R. BODEÛS, *Aristote*, Paris, Vrin, 2002, spéc. pp. 169 à 180. La sagesse et la prudence sont des « vertus intellectuelles » qui convergent vers un même but éthique, une même vertu de justice. La sagesse (*σοφία*) dite théorique, est possession et jouissance du pur vrai, la vertu suprême qui se détourne de l'objet imparfait qu'est le monde humain des actions. De son côté, la prudence (*φρόνησις*) est en quelque sorte la sagesse pratique, qui est en vue de la *σοφία*. Elle introduit une rationalité dans la conduite humaine et « *concourt au bien proprement humain par la délibération, le choix et la décision au sujet des actions à accomplir [...]* », des moyens les plus appropriés (A. MOTTE, *Cicéron et Aristote. A propos de la distinction entre la Sophia et la Phronesis*, in *Aristotelica, Mélange offerts à Marcel De Corte*, Editions Ousia Bruxelles – Presses universitaires de Liège, 1985, p. 263).

<sup>4</sup> Règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, JO L 171, 1.7.2008, pp. 3–5.

<sup>5</sup> Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décision en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JO C 167, 2.7.2008, pp. 1–6.

# Chronique de contentieux de l'Union européenne

bilité en la matière, en échange d'une réduction de 10% du montant de l'amende à infliger après application du plafond de 10% prévu à l'article 23 du règlement n° 1/2003.

L'intention déclarée est de compléter la dissuasion déjà apportée par les instruments des engagements et de la clémence, de traiter un nombre plus grand d'affaires, et d'accélérer la procédure tout en limitant le contentieux juridictionnel<sup>6</sup>.

Même si, du strict point de vue des droits de la défense, cette évolution peut être critiquable, elle est encadrée juridiquement et limitée aux cas des ententes horizontales (cartels). Elle intervient donc à propos d'infractions dont il est communément reconnu qu'elles sont évidentes et ne soulèvent pas ou peu de discussions juridiques, l'enjeu de la défense juridique étant bien souvent limité à l'étendue de la sanction eu égard à l'étendue (notamment temporelle) de l'infraction elle-même incontestable ou très difficilement contestable (vu notamment les preuves émanant de la procédure de clémence). Dans ce contexte, on peut comprendre que les entreprises soient incitées à privilégier un choix « commercial » (simplement en finir rapidement et payer une amende (très) réduite) par rapport à l'application pleine et entière du droit, au risque même de ne pas évoquer des moyens de droit, parfois même de procédure (pourtant la meilleure gardienne du fond comme on sait).

## EXTENSION DE LA PROCÉDURE DE « TRANSACTION » EN DEHORS DES CARTELS

En revanche, lorsque la « transaction » quitte radicalement ce contexte juridique et clair pour être appliquée à des situations juridiques nettement moins évidentes, par simple analogie aux cas des cartels et au travers d'une

« *procédure informelle de coopération* », on est en droit de se poser des questions quant à la « φρόνησις – phronesis » d'une telle approche.

On évoquera également ici le problème des arguments raisonnables de droit non examinés du fait de cette approche sans même aborder la question essentielle la protection juridictionnelle dont la raison d'être est totalement supprimée, mettant de côté le rôle essentiel du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne. L'ancien président du Tribunal, Marc Jaeger, s'en était fait l'écho le 27 janvier 2017 lors de la 12<sup>e</sup> conférence annuelle du *Global Competition Law Centre* du Collège d'Europe<sup>7</sup>.

## Absence de fondement juridique clair en droit européen, au contraire de certains droits nationaux

Contrairement à la pratique européenne qui n'apporte pas de fondement juridique à l'application de la procédure de « transaction » en dehors des cartels, certains États membres l'ont incluse expressément dans leur droit national. Ainsi, ce type de coopération peut bénéficier à tout type d'infraction (ententes verticales, ententes horizontales et abus de position dominante) dans les États membres suivants : Allemagne, Belgique, France, Hongrie, Italie, Portugal et Roumanie ainsi qu'au Royaume-Uni. Tous prévoient des dispositions spécifiques afin de récompenser la coopération des entreprises qui apporte une plus-value significative à l'enquête quelle que soit la nature de celle-ci. Si cette approche peut être critiquée, des dispositions juridiques claires l'encadrent au moins.

En droit européen, il n'existe aucune base juridique pour une telle application par analogie aux cartels. La Commission mentionne seulement, dans une fiche descriptive<sup>8</sup>, qu'il existe déjà un cadre bien établi et efficace pour récompenser la coopération des entreprises cartellistes,

<sup>6</sup>. Voir communiqué de presse de la Commission du 30 juin 2008, « Antitrust : la Commission instaure une procédure de transaction dans le domaine des ententes », IP/08/1056 : « [...] cette nouvelle procédure de transaction aura un effet dissuasif supplémentaire dans la mesure où la Commission pourra agir plus rapidement dans les affaires d'entente, ce qui libérera des ressources pouvant être consacrées à l'ouverture de nouvelles enquêtes. Les entreprises convaincues que la Commission est en mesure de prouver leur participation à une entente, bénéficieront également de décisions plus rapides et d'une réduction des amendes » (Commissaire Neelie Kroes). Les auteurs considèrent toutefois que la procédure de « transaction » demeure essentiellement un outil d'efficacité procédurale, et son effet dissuasif en tant que tel est extrêmement limité.

<sup>7</sup>. Constatant une réduction des recours contre certaines décisions de la Commission européenne en matière de concurrence (notamment sur des matières pouvant requérir une clarification des questions juridiques dans un environnement dynamique), il ajoutait que « many issues are settled and do not come at all to the court ».

<sup>8</sup>. Commission européenne, *Fact Sheet, Cooperation*.

et que le même raisonnement devrait être appliqué en dehors des cartels afin d'inciter les entreprises à la coopération et d'assurer une simplification des procédures et une réduction des amendes.

Au travers de cet instrument procédural « prétorien » dans le cas des restrictions verticales, la Commission se ménage une très large discrétion puisque la procédure de « transaction » (qu'elle appelle alors « procédure de coopération ») n'est pas un droit ou une obligation pour les parties. La Commission se réserve le droit de sélectionner les cas qui seraient potentiellement ouverts à cette coopération. En principe, les parties doivent apporter des éléments nouveaux et aller au-delà de leurs obligations juridiques en ce qui concerne leur coopération avec la Commission. Toutefois, en pratique, la Commission dispose de suffisamment d'éléments de preuve, et les « éléments nouveaux » apportés par les parties demeurent limités.

### Pratique décisionnelle de la Commission européenne à ce jour

Le premier cas dans lequel la Commission a étendu le champ d'application de la procédure de « transaction » en dehors des cartels est l'affaire *ARA*<sup>9</sup> en matière d'abus de position dominante. La coopération d'*ARA* y a été récompensée par une réduction de 30% de l'amende, sur la base des lignes directrices sur le calcul des amendes<sup>10</sup>.

En matière de restrictions verticales, la Commission a adopté des décisions selon cette procédure de « coopération » dans les affaires *Phillips*<sup>11</sup>, *Denon & Marantz*<sup>12</sup>, *Pioneer*<sup>13</sup>, *Asus*<sup>14</sup> et *Guess*<sup>15</sup> en 2018, *Ancillary Sports Merchandise*<sup>16</sup> et *Character merchandise*<sup>17</sup> en 2019 et, plus récemment, *Film Merchandise*<sup>18</sup> et *Meliá Hotels International* en 2020<sup>19</sup>.

Dans ces cas, puisqu'une décision ordonnant la cessation immédiate de l'infraction était nécessaire, la Commission a considéré opportun de récompenser la coopération des entreprises mentionnées.

La Commission reconnaît que la procédure, qu'elle appelle de « coopération », s'agissant des affaires de restrictions verticales, n'a pas de fondement juridique mais qu'elle est inspirée des principes de la communication sur les « transactions » en matière de cartels. En général, la procédure de « coopération » mise en place informellement par la Commission dans ces affaires « verticales » suit les principes suivants qui sont simplement notifiés par email à l'entreprise concernée :

1. sous réserve de l'établissement de nouveaux faits, un « aperçu de l'affaire » – description de l'infraction et qualification juridique – est notifié à l'entreprise concernée et discuté avec elle ; l'accès aux éléments de preuve essentiels est accordé ;
2. sous réserve que l'entreprise concernée et les services de la Commission en charge de l'affaire parviennent à une compréhension commune de l'aperçu de l'affaire et que l'entreprise confirme sa volonté de continuer à coopérer pleinement, notamment en reconnaissant l'infraction, les services de la Commission communiquent un montant d'amende maximale qu'ils ont l'intention de proposer au commissaire ;
3. l'entreprise concernée doit ensuite soumettre une proposition de coopération officielle ; cette demande doit refléter le contenu de l'aperçu de l'affaire et l'entreprise devra y reconnaître formellement l'infraction telle qu'elle est exposée dans l'aperçu de l'affaire et devra confirmer qu'elle accepte une amende n'excédant pas le montant proposé ; elle devra également confirmer que ses

<sup>9</sup>. Décision de la Commission du 20 septembre 2016, AT.39759 – *ARA Foreclosure*, points 161 et suivants.

<sup>10</sup>. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003.

<sup>11</sup>. Décision de la Commission du 24 juillet 2018, AT.40181 – *Phillips*, points 97 et suivants.

<sup>12</sup>. Décision de la Commission du 24 juillet 2018, AT.40469 – *Denon & Marantz*, points 130 et suivants.

<sup>13</sup>. Décision de la Commission du 24 juillet 2018, AT.40182 – *Pioneer*, points 190 et suivants.

<sup>14</sup>. Décision de la Commission du 24 juillet 2018, AT.40465 – *Asus*, points 143 et suivants.

<sup>15</sup>. Décision de la Commission du 17 décembre 2018, AT.40428 – *Guess*, point 199 et 200.

<sup>16</sup>. Décision de la Commission du 25 mars 2019, AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*, points 165 et suivants.

<sup>17</sup>. Décision de la Commission du 9 juillet 2019, AT.40432 – *Character Merchandise*, points 146 et suivants.

<sup>18</sup>. Décision de la Commission du 30 janvier 2020, AT.40443 – *Film merchandise*, non encore publiée.

<sup>19</sup>. Décision de la Commission du 21 février 2020, AT.40528 – *Meliá (Holiday Pricing)*, non encore publiée ; communiqué de presse IP/20/302 de la Commission européenne du 21 février 2020, « *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige une amende de 6.7 millions d'euros au groupe hôtelier Meliá pour avoir opéré une discrimination entre les clients* ».

# Chronique de contentieux de l'Union européenne

droits de la défense ont été respectés, qu'elle n'a pas l'intention de demander l'accès à l'ensemble du dossier et qu'elle n'a pas l'intention de demander une audition (sauf si la communication des griefs et la décision ne reflètent pas sa demande de coopération) ; l'entreprise acceptera également, en principe, de recevoir d'autres documents dans une langue officielle convenue ;

4. les services de la Commission notifient ensuite une communication des griefs simplifiée reflétant la vue d'ensemble de l'affaire ; l'entreprise concernée a la possibilité de répondre à la communication des griefs et de confirmer si celle-ci reflète sa proposition de coopération (en réalité, la réponse n'est en rien une défense mais un aveu si les éléments du dossier reflètent l'aperçu de l'affaire précité) ;

5. la reconnaissance par l'entreprise de l'infraction et de sa responsabilité ne peut être retirée ; toutefois, si la communication des griefs et la décision ne reflètent pas la coopération proposée et/ou si l'amende finale dépasse le montant prévu, la reconnaissance de la partie sera réputée retirée ;

6. en cas d'échec de la procédure de coopération, la reconnaissance de l'infraction fournie pendant la procédure de coopération ne peut être utilisée contre l'entreprise concernée ; toutefois, les documents et les preuves soumis au cours de la procédure de coopération peuvent être utilisés par la Commission, étant donné que ces documents et preuves pourraient en tout état de cause être demandés par la Commission dans le cadre de l'utilisation de ses outils d'enquête normaux ; lorsque cela se justifie, la Commission en tiendra compte pour fixer le montant de l'amende.

S'agissant de cartels, comme mentionné ci-dessus, la coopération des entreprises peut être récompensée par les deux instruments déjà mentionnés, à savoir la clémence et la « transaction ». La Commission dit avoir appliqué par analogie la procédure de « transaction » aux restrictions verticales. Pourtant, les décisions mentionnées ci-après font apparaître une différence majeure entre la procédure de « transaction » en matière de cartels et la procédure de « coopération » dans le cas de restrictions

verticales. Ainsi, lors d'une procédure de « transaction », les parties au cartel ne peuvent que reconnaître leur participation à l'infraction et en assumer la responsabilité, en confirmant les faits reprochés et la qualification juridique effectuée par la Commission. Dans ces affaires, fournir ou accepter les preuves d'un comportement peut suffire à établir l'existence d'une infraction. En revanche, coopérer avec la Commission dans le cadre d'une enquête sur des restrictions verticales, pourrait, en théorie, avoir une portée plus large. Par exemple, dans une procédure de « coopération » les parties pourraient apporter des preuves supplémentaires du comportement, facilitant la qualification d'une restriction de concurrence ; les discussions pourraient encore porter sur les effets potentiels du comportement en cause ou sur une justification objective (discussion entre « objet » et « effet »). Plus généralement, les entreprises doivent en principe fournir des informations allant au-delà de leur obligation juridique de coopérer. En l'absence de politique de clémence pour les restrictions verticales, la Commission semble avoir accepté – en tant que « coopération » méritant une réduction de l'amende à imposer – divers éléments, comme par exemple :

- des preuves d'une restriction de concurrence non encore connue par la Commission et/ou des preuves supplémentaires ayant une valeur ajoutée comme par exemple allongeant la durée de l'infraction (à la seule appréciation discrétionnaire de la Commission) ; mais ces deux éléments augmentent l'amende imposée en même temps que le pourcentage de réduction de celle-ci, et l'effet « net » est très difficile à estimer par avance ;
- l'initiative de mettre fin à la restriction de concurrence avant la date de l'adoption de la décision en cause<sup>20</sup> ; ceci aurait pu constituer une circonstance atténuante même en l'absence de toute « transaction » ou « coopération » en vertu du paragraphe 29, premier alinéa des lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes.

En pratique toutefois, il semble que les principales raisons de la réduction pour « coopération » sont la reconnaissance de l'infraction et les efficacités de procédure, y compris la quasi-certitude d'absence de recours en annulation contre la décision finale. Ainsi, la « coopéra-

<sup>20</sup>. Voir point 166 de la décision *Ancillary Sports Merchandise* précitée ; point 137 de la décision *Character merchandise* précitée.

tion » se rapproche (abusivement ?) d'une « transaction » cartels, c'est-à-dire qu'elle se limite à une acceptation des faits et de la responsabilité qui en découle.

Puisque la nouvelle procédure de « coopération » est informelle et dépourvue de base juridique, les discussions et échanges informels entre les entreprises concernées et les services de la Commission ne se déroulent pas sur un pied d'égalité. Même si, en principe, en matière de cartels, « l'appréciation du degré de la coopération fournie par des entreprises ne saurait dépendre de facteurs purement hasardeux »<sup>21</sup>, ce n'est pas toujours le cas lors des restrictions verticales, puisque, en absence de toute base juridique, la Commission a une large marge de manœuvre afin d'apprécier les particularités d'une affaire donnée et de qualifier l'intention des parties dans le cadre des discussions. Une réduction de l'amende au titre d'une « coopération » trouve alors son fondement dans la seule évaluation par la Commission de la qualité et de l'utilité de la coopération fournie. Néanmoins, l'on peut considérer que si la Commission accepte de commencer une procédure de « coopération », une réduction significative de l'amende est pratiquement certaine<sup>22</sup>. Une « bonne affaire » pour l'entreprise donc, mais au détriment de l'orthodoxie juridique.

Il s'ensuit que la procédure de « transaction », conçue essentiellement dans le but d'assurer une efficacité procédurale, présente plusieurs limites quant à son opportunité en matière de restrictions verticales.

### Une procédure inadaptée aux affaires de restrictions verticales ?

Un test de proportionnalité entre l'ampleur des gains procéduraux et la sauvegarde des droits de la défense des entreprises concernées soulève plusieurs interrogations sur l'équilibre entre la nécessité d'une telle approche et son objectif qui semble être limité à l'efficacité des procédures conduites par la Commission européenne.

Tout d'abord, l'encadrement et la limitation par la législation européenne de cette procédure aux affaires de

cartels illustre un certain équilibre entre efficacité procédurale et exercice effectif des droits de la défense dans ces cas limités. Dans les cas de cartels, qui sont clairement des restrictions de concurrence par objet, lorsque la Commission possède les éléments nécessaires afin de prouver l'infraction, ceux-ci laisseront peu de doutes, par leur nature, sur la réalité de la nocivité et l'opportunité de la décision d'interdiction. Par conséquent, l'infraction à l'article 101 TFUE sera (très) difficilement contestable.

En revanche, les restrictions verticales doivent être appréhendées avec plus de prudence, puisque l'infraction par objet n'est certainement pas si évidente selon la nature plus diversifiée des restrictions et des contextes économiques dans lesquels elles se développent. La Commission a tendance à faire une application systématique de la notion de restriction par objet<sup>23</sup> pour éviter toute discussion juridique détaillée, ce qui peut s'avérer très contestable dans certains cas. Une gestion rapide de l'affaire sous prétexte d'efficacité procédurale n'est pas appropriée dans ces cas, d'autant plus que l'interprétation d'une restriction de concurrence par objet ou par effet soulève encore des doutes et des questions complexes sur lesquelles la jurisprudence ne s'accorde pas aisément<sup>24</sup>.

Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a connu à nouveau de cette question sur renvoi préjudiciel de la Cour suprême hongroise, portant sur la distinction entre infraction par objet ou par effet anticoncurrentiel<sup>1</sup>. La Cour suit la solution qu'elle avait adoptée dans l'affaire Generics<sup>2</sup>. Elle confirme sa jurisprudence antérieure en la matière, rappelant qu'afin de qualifier une restriction de concurrence, il convient de tenir compte de l'expérience suffisamment solide et fiable en la matière, de la teneur des dispositions en question, des objectifs que les parties visent à atteindre, ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel l'infraction alléguée s'insère, en appréciant le jeu de la concurrence qui aurait existé sur le marché si l'accord n'avait pas existé. Elle ajoute également que si une constatation de restriction de concurrence « par objet » dispense l'autorité ou la juridiction compétente de la nécessité d'examiner les effets de celle-ci, cela n'implique nullement que cette

<sup>21</sup> Voir en ce sens l'arrêt du TUE, 30 avril 2009, *Nintendo et Nintendo of Europe c. Commission*, T-13/03, EU:T:2009:131, points 170 et suivants.

<sup>22</sup> À ce jour, les réductions pour « coopération » ont varié de 30 % à 50 %.

<sup>23</sup> À ce jour, dans toutes les procédures de « coopération », la Commission a conclu à l'existence d'une restriction par objet.

<sup>24</sup> Voir, à titre d'exemple, arrêt de la Cour de cassation française, chambre commerciale, financière et économique du 29 janvier 2020, n. 127 FS-P+B.

# Chronique de contentieux de l'Union européenne

autorité ou juridiction ne puisse procéder à un tel examen lorsqu'elle l'estime opportun. Il n'existe donc pas vraiment de réponse catégorique à la question, ce qui est la preuve de la difficile séparation entre restriction par objet et restriction par effet, surtout dans un domaine parfois controversé comme les restrictions verticales.

Dans le cadre d'une affaire de concentration (dont la procédure ne prévoit pas non plus formellement de « coopération » ou de « transaction »), le conseiller-auditeur a pu prétendre que cette procédure de coopération « aurait notamment pour effet – *un peu comme la procédure de transaction prévue par l'article 10 bis du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission dans les affaires d'ententes – de prendre en compte les efficacies procédurales à retirer de la reconnaissance, par une partie, des faits et de sa responsabilité au moyen d'une réduction de l'amende que lui infligerait sinon la Commission à l'issue d'une procédure standard [...]. Pour aider la partie concernée à décider, de manière libre et éclairée, si elle juge utile d'opter pour une telle procédure de coopération, la Commission peut communiquer à cette partie une fourchette possible des amendes susceptibles de s'appliquer dans le cadre d'une procédure de coopération* »<sup>25</sup>. De fait, la démarche de la coopération n'est souvent pas purement volontaire, mais reste à l'initiative de la Commission. Dans ce cas, dans l'optique de gains de temps et de procédure, les entreprises auront souvent tendance à « coopérer » avec la Commission afin d'acquiescer juridiquement, au détriment des discussions basées sur les potentiels effets positifs du comportement.

Par ailleurs, si l'on se place du point de vue des entreprises victimes des infractions alléguées et susceptibles de demander des dommages et intérêts, vu la très large marge d'appréciation de la Commission en la matière, ses décisions, fondées sur des discussions bilatérales souvent informelles, sont très sommairement motivées. Ceci les rend plus difficilement utilisables dans des actions en dommages et intérêts. D'ailleurs, pour offrir aux propositions de « coopération » une protection analogue aux propositions de « transaction »<sup>26</sup>, la Commission les désigne comme des propositions de « transaction », alors que c'est une procédure dite de « coopération » qui a été

suivie, et qu'aucune base juridique ne justifie strictement cette approche.

## CONCLUSION

La Commission a voulu combler une lacune juridique en appliquant la procédure de « transaction » aux enquêtes portant sur des restrictions verticales (et des abus allégués).

Pourtant, le contrôle juridictionnel quasi inexistant des conséquences de cette procédure doit retenir l'attention. Il est nécessaire de revoir les règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles (notamment en matière de restrictions verticales) afin de concilier les impératifs propres aux modalités de sanctions dans le cadre de ce type de restriction de concurrence avec les droits fondamentaux des parties à la procédure.

Deux défis importants n'ont pas de remèdes satisfaisants pour l'instant s'agissant des restrictions verticales :

- dans quelle mesure, les dirigeants d'entreprise ne sont-ils pas tentés d'accepter les qualifications juridiques imposées par la Commission (par ailleurs contestables) pour en finir rapidement avec l'enquête et payer une sanction limitée tout en évitant le risque inhérent à une procédure normale de défense fondée sur une argumentation juridique contradictoire, qui pourtant pourrait être raisonnable et susceptible de succès ? Autrement dit, oublier la règle de droit pour la « bonne affaire » à court terme ?
- qu'en est-il de la protection juridictionnelle effective, principe général de droit, si la pratique décisionnelle de la Commission portant sur les comportements anticoncurrentiels se généralise à cette procédure de « transaction » / « coopération », incitant les entreprises à ne plus se défendre en droit, mais seulement à accepter, pour des raisons exclusivement économiques et commerciales, des qualifications juridiques unilatéralement imposées par la Commission ?

<sup>25</sup>. Rapport final du conseiller-auditeur du 21 janvier 2020, M.8436, *General Electric Company / LM Wind Power Holding*, point 9.

<sup>26</sup>. Article 6, paragraphe 6, de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L 349, 5.12.2014, pp. 1-19.