

Revue Lamy de la concurrence

COLLOQUE : Modes alternatifs et droits de la concurrence

Sous la direction de Muriel CHAGNY

- **Les modes alternatifs du droit de la concurrence**
Franck AUDRAN
- **La transaction devant l'Autorité française de la concurrence**
Irène LUC
- **« Transaction » (« coopération ») et restrictions verticales font-elles bon ménage ?**
Jacques DERENNE, Richard MASQUELIER et Caterina ROMAGNUOLO
- **La Médiation des relations commerciales agricoles et le droit des pratiques commerciales**
Francis AMAND et Julie ESCLASSE
- **La compétitivité des MARD**
Jean-Daniel BRETZNER
- **Concurrence entre les Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD)**
Maximin de FONTMICHEL

105 | MENSUEL
MAI 2021

Conseil scientifique

Véronique SÉLINSKY :

Conseiller scientifique

Frédéric de BURE :

Avocat, Cleary Gottlieb Steen
& Hamilton LLP

Sébastien BRAMERET :

Maître de conférences à l'Université Grenoble
Alpes, Membre du GRDPE

Benjamin CHEYNEL :

Référéndaire à la Cour de justice
de l'Union européenne

Lorraine DONNEDIEU de VABRES-TRANIÉ :

Avocat, Jeantet Associés

Jean-Christophe GRALL :

Avocat, Grall & Associés

Pascale IDOUX :

Professeur de droit public à l'Université
de Montpellier I, CREAM/IUF

Bruno LASSERRE :

Ancien Président de l'Autorité de la
concurrence

Gildas de MUIZON :

Deloitte Economic Consulting

Gwenaél MUGUET-POULLENNEC :

Référéndaire au Tribunal de l'Union
européenne

Cyril NOURISSAT :

Professeur agrégé des Facultés de Droit

Éric PAROCHE :

Avocat, Hogan Lovells

Alexandre RIÉRA :

Maître de conférences en droit privé à
l'Université de Perpignan Via Domitia, Avocat,
AARPI RGR Avocats

Jacqueline RIFFAULT-SILK :

Conseiller à la Cour de cassation

Président, Directeur de publication :

Hubert Chemla

Directrice des Editions :

Sylvie Duras

Rédactrice en chef :

Chloé Mathonnière - 01 85 58 31 75
chloe.mathonniere@wolterskluwer.com

Ont participé à ce numéro :

Jérémy BERLEMONT, Christine EMLEK

Éditeur : Wolters Kluwer France

SAS au capital de 75 000 000 €

Siège social : 14 rue Fructidor

75814 Paris Cedex 17 - Tél. : 01 85 58 30 00

RCS Paris 480 081 306

Siret : 48008130600023

TVA FR 55 480 081 306

Associé Unique :

Holding Wolters Kluwer France

N° Commission Paritaire : 1221 T 85786

N° ISSN : 1770-9377

Dépôt légal : à parution

Abonnement annuel : 798,42 € TTC

Prix au numéro : 72,58 € TTC

Service clients : contact@wkf.fr

 N°Cristal 09 69 39 58 58

APPEL NON SURTAXE



Imprimerie BIALEC :

23 allée des Grands Pâquis, 54180
Heillecourt

Origine du papier : Pologne

Taux de fibres recyclées : 0%

Certification : PEFC N°2011-SKM-PEFC-43

Eutrophisation : Ptot 0,006 kg / tonne

Cette revue peut être référencée de la

manière suivante : RLC 2021/105, n° 4018

(année/n° de la revue, n° du commentaire)

Crédit photos : Getty Images

Sommaire

FOCUS P. 4

- Obstruction à l'enquête : le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence déclaré contraire à la Constitution

Camille DUPRIÉ et Corentin BASQUIN

LES ESSENTIELS DU MOIS P. 6

- Contrôle des concentrations P. 6
- Pratiques anticoncurrentielles P. 6
- Transparence et pratiques commerciales déloyales P. 10
- Régulation P. 13
- Commande publique P. 14

ÉCLAIRAGE P. 19

- La prescription absolue de l'action publique en droit de la concurrence à l'épreuve de la « logique de réseau »

Anton DINEV

COLLOQUE P. 26

Modes alternatifs et droits de la concurrence

- Modes alternatifs et droits de la concurrence : rapport introductif P. 26

Muriel CHAGNY

- Les modes alternatifs du droit de la concurrence P. 30

Franck AUDRAN

- La transaction devant l'Autorité française de la concurrence P. 34

Irène LUC

- « Transaction » (« coopération ») et restrictions verticales font-elles bon ménage ? P. 38

Jacques DERENNE, Richard MASQUELIER et Caterina ROMAGNUOLO

- La Médiation des relations commerciales agricoles et le droit des pratiques commerciales P. 46

Francis AMAND et Julie ESCLASSE

- La compétitivité des MARD P. 53

Jean-Daniel BRETZNER

- Concurrence entre les Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD) P. 56

Maximin de FONTMICHEL

« Transaction » (« coopération ») et restrictions verticales font-elles bon ménage ?

Parmi les modes alternatifs du droit de la concurrence, figurent notamment la « coopération » avec les autorités de concurrence et en particulier ce qu'on appelle un peu improprement la « transaction » (« settlement »)⁽¹⁾. Son usage s'est largement développé, notamment en matière de restrictions verticales, ce qui n'est pas sans soulever quelques questions⁽²⁾. Après un bref tour d'horizon des instruments procéduraux de coopération, on examinera l'origine, la pratique décisionnelle ainsi que la procédure de « transaction » pour ensuite mieux en comprendre les avantages ainsi que les raisons pour lesquelles cet outil peut être critiquable, en particulier en matière de restrictions verticales. Seul le droit européen de la concurrence sera envisagé ici et on se limitera à quelques références générales à certains droits nationaux de la concurrence.

I. – Tour d'horizon des instruments procéduraux de coopération

Les modes alternatifs de règlement des procédures de concurrence, et en particulier les mesures correctives ou « remèdes », sont dorénavant monnaie courante en droit européen de la concurrence *sensu lato*⁽⁴⁾. Ces instruments de coopération sont

utilisés bien sûr en matière de contrôle des concentrations – on pense notamment aux remèdes comportementaux et structurels que les entreprises peuvent proposer à la Commission européenne. Ils s'inscrivent également, dans une certaine mesure, dans la résolution des affaires d'aides d'État⁽⁵⁾. Nous nous limiterons dans le présent article aux instruments de coopération dans le seul contexte du droit des ententes.

A. – Décision d'engagement

Prévue par l'article 9 du règlement n° 1/2003⁽⁶⁾, la décision d'engagement permet, par le biais d'un échange de concessions entre la Commission et l'entreprise concernée de substituer à une décision

(1) Le présent article fait suite à une conférence donnée sur « les procédures négociées devant les autorités de concurrence » lors du colloque du 18 janvier 2021 sur les « modes alternatifs et droits de la concurrence » organisé par le laboratoire DANTE, le Master de droit de la concurrence et des contrats et le Master arbitrage et commerce international (Paris-Saclay).

(2) En droit civil, une transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (par exemple, article 2044 du code civil belge). Elle suppose une certaine négociation entre parties qui peuvent faire des concessions mutuelles. On en est assez loin dans le cadre des enquêtes de concurrence avec son rapport de forces spécifique, en tout cas en droit européen (il n'est pas question de « négocier » quoi que ce soit !).

(3) V., à cet égard, J. Derenne et C. Chilaru, « Transactions » et restrictions verticales : la « bonne affaire » ou le « bon droit » ?, *Chronique de contentieux de l'Union européenne*, Observateur de Bruxelles (Délégation des Barreaux de France), 2020, n° 120, pp. 45-50.

(4) D. Waelbroeck et J. Bracker, *When the Clay Pot Meets the Iron Pot or How to Reconcile Negotiated*

Enforcement and Due Process in Antitrust Law, in Remedies in EU Competition Law: Substance, Process and Policy, D. Gerard et A. Komninos (dir.), Proceedings of the 14th Annual Conference of the Global Competition Law Centre (GCLC) of the College of Europe, January 2019, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, pp. 149-173, spéc. p. 150 ; C.-D. Ehlermann et M. Marquis, *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, London, Hart Publishing, 2010.

(5) V. J. Derenne et C. Barbu-O'Connor, *Remedies in State Aid, in Remedies EU Competition Law: Substance, Process and Policy*, *op. cit.*, pp. 95-118.

(6) Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Par Jacques DERENNE⁽¹⁾

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, associé Sheppard Mullin

Professeur à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition

Richard MASQUELIER

Stagiaire Sheppard Mullin

Et Caterina ROMAGNUOLO

Stagiaire Sheppard Mullin

d'interdiction et une amende, des engagements structurels ou comportementaux. Ce type de décision, reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne comme une solution rapide et utile dans une perspective d'autonomie procédurale⁽⁷⁾, ne s'oppose cependant pas à ce que les juridictions nationales examinent la conformité au droit de la concurrence des comportements concernés par la décision d'engagement pour autant qu'elles ne prennent pas de décision qui irait à l'encontre de celle adoptée par la Commission⁽⁸⁾. En outre, en rendant obligatoires, par une telle décision, les engagements d'une partie, la Commission ne peut vider de leur substance les droits contractuels des tiers à l'égard de cette partie et ainsi méconnaître le principe de proportionnalité⁽⁹⁾. On peut considérer l'engagement comme un moyen de coopération qui permet à l'entreprise d'avoir un certain regard sur le contenu de la décision⁽¹⁰⁾. Le « talon d'Achille » de cet instrument, particulièrement apprécié par la Commission un temps, réside dans sa relative absence de jurisprudence⁽¹¹⁾, si ce n'est la récente annulation d'une décision d'engagement dans l'arrêt Groupe Canal+ évoquée plus haut⁽¹²⁾, et *in fine* dans une certaine dilution de sécurité juridique, vu qu'une telle décision ne démontre pas l'existence d'une infraction comme une décision d'interdiction. D'aucuns pensent que cette faille a mené à une récente réduction du nombre de décisions d'engagement⁽¹³⁾. De plus, le risque d'une action privée en dommages et intérêts à la suite d'une telle décision est de nature à refroidir les ardeurs de l'entreprise concernée à coopérer. On dénombre 44 décisions d'engagement de 2004 à 2021 au niveau européen.

B. – Décision d'interdiction

Sur la base de l'article 7 du règlement n° 1/2003, la Commission peut constater l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 101 ou de l'article 102 TFUE et obliger, par voie de décision, les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure correctrice de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. L'impo-

sition d'une amende prévue à l'article 23 §2 du règlement n° 1/2003 doit être le principe. Néanmoins, les parties défenderesses peuvent coopérer et « transiger » afin de réduire ou éviter une telle amende exceptionnellement : en cas de coopération « (...) *facilit[ant] la tâche de la Commission visant à constater l'existence d'une infraction et, le cas échéant, à y mettre fin, le comportement de l'entreprise devant également témoigner d'un véritable esprit de coopération* » et, s'agissant de « *l'immunité ou la non-imposition d'une amende* », « *que dans des situations strictement exceptionnelles, telles que celles où la coopération d'une entreprise a été déterminante pour la détection et la répression effective de l'entente* »⁽¹⁴⁾. Parmi les diverses manières de « transiger », l'on compte notamment la procédure de clémence, la « transaction » en matière de cartels et la « transaction » en dehors des cartels (appelée « coopération »).

→ Clémence

La procédure de clémence est détaillée dans une communication de 2006⁽¹⁵⁾. Par cette procédure, la Commission favorise la coopération des entreprises parties à des ententes horizontales et encourage la dénonciation et la divulgation de cartels en leur octroyant soit une immunité complète, soit une réduction d'amende significative (jusqu'à 50 %) en fonction de l'information fournie. La coopération est la raison d'être de la clémence, puisque la Commission ne peut se dispenser de l'imposition d'une amende que dans les situations strictement exceptionnelles précitées. Si l'objectif de détection de cartel rend cet outil louable à bien des égards, la promotion de la coopération qui en résulte est aussi à souligner. La popularité de cette procédure est cependant en déclin, du fait du risque d'actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales : on est passé de 46 décisions adoptées sur le fondement de demandes de clémence en 2014 à 17 en 2018 et à 12 depuis 2019.

→ « Transaction »

À l'instar de la clémence, la « transaction » forme une exception à la règle générale énoncée par la jurisprudence précitée. Cet outil de coopération s'est développé d'abord en matière de cartels, puis, a vu son champ d'application s'étendre au fil des années pour sortir de ce carcan, et s'appliquer en matières d'abus et de restrictions verticales.

C'est ce seul dernier aspect spécifique qui va retenir à présent notre attention.

(7) CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441/07 P, Commission / Arosa, ECLI:EU:C:2010:377, pt. 35.

(8) CJUE, 9 déc. 2020, aff. C-132/19 P, Groupe Canal+ / Commission, ECLI:EU:C:2020:1007, pt. 109 ; CJUE, 23 nov. 2017, aff. C-547/16, Gasorba e.a., ECLI:EU:C:2017:891, pt. 30.

(9) CJUE, arrêt Groupe Canal + préc., pt. 127.

(10) N. Dunne, From Coercion to Cooperation: Settlement Within EU Competition Law, *in* Remedies EU Competition Law: Substance, Process and Policy, *op. cit.*, 2020, p. 184.

(11) M. Wathélet, Commitment Decisions and the Paucity of Precedent, JECLAP, vol. 6, 2015, p. 554.

(12) CJUE, arrêt Groupe Canal + préc., pts. 108 à 116.

(13) D. Costesec, Has the Commission kicked its addiction to commitments decisions?, Kluwer Competition Law Blog, 28 juin 2016.

(14) CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11 P, Schenker & Co. e.a., ECLI:EU:C:2013:404, pts. 48-49.

(15) Comm. UE, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, telle que modifiée en 2015 (JOUE 27 avr. 2004, n° C 101).

II. – La procédure de « coopération » au niveau européen en matière de restrictions verticales

A. – Origine, base juridique et pratique décisionnelle

Initialement prévue pour rapidement mettre fin aux affaires d'ententes horizontales, souvent dépeintes (à juste titre) comme la plus grave atteinte au droit de la concurrence⁽¹⁶⁾, la « transaction » (*settlement*) a été introduite en 2008 par le règlement n° 622/2008 qui modifie le règlement n° 773/2004⁽¹⁷⁾. La Commission a, en même temps, adopté une communication interprétative⁽¹⁸⁾. Cette procédure se caractérise par un échange de bons procédés par lequel les parties à une entente obtiennent une réduction du montant de l'amende contre leur aveu de culpabilité. Il s'agit d'une réduction de 10 % du montant de l'amende après application du plafond de 10 % prévu à l'article 23 du règlement n° 1/2003. La première décision de « transaction » est l'affaire DRAMs en 2010⁽¹⁹⁾. Le triple objectif de la transaction réside dans la dissuasion (quoique limitée), l'accélération des procédures, et la réduction du contentieux⁽²⁰⁾.

Cependant, depuis quelques années, la Commission a décidé d'élargir cette pratique à d'autres atteintes au droit de la concurrence⁽²¹⁾. C'est ainsi qu'en 2016, la procédure de « transaction » a été appliquée, et rebaptisée « procédure de coopération », dans le cadre d'un abus de position dominante : dans l'affaire ARA⁽²²⁾, la Commission a

récompensé la coopération d'ARA en réduisant de 30 % son amende sur la base des lignes directrices sur le calcul des amendes⁽²³⁾. En 2018, c'est aux accords verticaux que la Commission a décidé d'étendre sa procédure de « coopération », sans fondement juridique clair. Non codifiée formellement, la Commission fonde cette procédure sur le point 37 des lignes directrices pour le calcul des amendes⁽²⁴⁾. La Commission a uniquement publié sur son site une « fiche descriptive »⁽²⁵⁾. Cette fiche établit l'application par analogie de la « transaction » pour entreprises cartellistes à des situations qui sortent du cadre des ententes horizontales.

Depuis lors, la pratique décisionnelle de la Commission a été plus qu'abondante puisqu'elle a adopté une déjà longue série de décisions en matière de restrictions verticales sur la base de cette procédure de « coopération » : Phillips⁽²⁶⁾, Denon & Marantz⁽²⁷⁾, Pioneer⁽²⁸⁾, Asus⁽²⁹⁾, Guess⁽³⁰⁾, Ancillary Sports Merchandise⁽³¹⁾, Character merchandise⁽³²⁾, Film Merchandise⁽³³⁾ et Meliá Hotels International⁽³⁴⁾.

B. – Procédure

En général, la procédure de « coopération » mise en place informellement par la Commission dans ces affaires verticales se réalise par une simple notification par email à l'entreprise concernée, décrivant une procédure se déroulant en six étapes⁽³⁵⁾ :

- 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 ;
- 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

(16) OCDE, Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (C(98)35/FINAL—C/M(98)7/PROV), 25 mars 1998.

(17) Règl. n° 622/2008, 30 juin 2008, modifiant le règlement n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente.

(18) Comm. UE, Communication relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décision en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JOUE 2 juill. 2008, n° C 167.

(19) Déc. Comm. UE, 19 mai 2010, COMP/38.511, DRAMs (résumé : JOUE 21 juin 2011, n° C 180).

(20) J. Derenne et C. Chilaru, *op. cit.*, p. 46. Comm. UE, communiqué de presse, 30 juin 2008, 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).

(21) Discours de M. Vestager lors de la conférence annuelle du Global Competition Law Centre du Collège d'Europe à Bruxelles, 1^{er} févr. 2016 (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/setting-priorities-antitrust_en : « *if companies are willing to cooperate with us in a way that makes the procedures more efficient, I want to encourage that* »).

(22) Déc. Comm. UE, 20 sept. 2016, AT.39759 – ARA Foreclosure, pts. 161 et s.

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

(24) Comm. UE, Fact Sheet, Cooperation.

(25) Comm. UE, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE 8 déc. 2006, n° C 298.

(26) Déc. Comm. UE, 24 juill. 2018, AT.40181 – Philips.

(27) Déc. Comm. UE, 24 juill. 2018, AT.40469 – Denon & Marantz.

(28) Déc. Comm. UE, 24 juill. 2018, AT.40182 – Pioneer.

(29) Déc. Comm. UE, 24 juill. 2018, AT.40465 – Asus.

(30) Déc. Comm. UE, 17 déc. 2018, AT.40428 – Guess.

(31) Déc. Comm. UE, 25 mars 2019, AT.40436 – Ancillary Sports Merchandise.

(32) Déc. Comm. UE, 9 juill. 2019, AT.40432 – Character Merchandise.

(33) Déc. Comm. UE, 30 janv. 2020, AT.40443 – Film merchandise.

(34) Déc. Comm. UE, 21 févr. 2020, AT.40528 – Meliá (Holiday Pricing).

(35) J. Derenne et C. Chilaru, *op. cit.*, pp. 47-48.

l'infraction, les services de la Commission communiquent un montant d'amende maximale qu'ils ont l'intention de proposer au commissaire ;

- 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 droits de la défense ont été respectés, qu'elle n'a ni l'intention de demander l'accès à l'ensemble du dossier ni celle 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 ;
- 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) ;
- la reconnaissance par l'entreprise de l'infraction et de sa responsabilité ne peut ensuite être retirée. Toutefois, si la communication des griefs et la décision ne reflètent pas la coopération proposée et/ou si l'amende finale (décidée par le collège des commissaires) dépasse le montant prévu, la reconnaissance de la partie sera réputée retirée ;
- 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 pouvoirs d'enquête normaux. Lorsque cela se justifie, la Commission en tiendra compte pour fixer le montant de l'amende.

III. – Avantages et inconvénients de cette procédure

A. – Avantages

La procédure de coopération peut être avantageuse tant pour la Commission que pour l'entreprise concernée. Pour la Commission, les ressources consacrées à cette procédure sont sensiblement limitées, de même que les risques

relatifs aux recours judiciaires⁽³⁶⁾. Pour l'entreprise, les principaux attraits sont la réduction sensible de l'amende ainsi que le gain de temps de management et la réduction de coûts juridiques. De plus, un avantage certain réside dans la discrétion dont jouissent les entreprises concernées puisque l'exposition individuelle sera plus limitée qu'avec une procédure normale. Une entreprise peut ainsi obtenir une décision finale qui fournit moins d'informations aux plaignants privés éventuels.

Outre le gain de temps et la reconnaissance par l'entreprise de sa responsabilité, la Commission peut, par exemple, obtenir des preuves supplémentaires ou une proposition de mettre fin à la restriction de concurrence avant la date d'adoption de la décision en échange d'une réduction supplémentaire de l'amende. Enfin, le plus important est la quasi-certitude d'éviter un recours contre cette décision (voir *infra*). Cette procédure permet donc à ses protagonistes de conclure une « bonne affaire », mais, n'y-a-t-il pas un risque que cela soit obtenu, dans certains cas, au détriment de l'application complète de la règle de droit⁽³⁷⁾ ? En effet, si ce constat semble à première vue correct *inter partes*, les avantages qu'obtiennent les entreprises (au prix tout de même d'une décision d'interdiction au contraire d'une décision d'engagement) ont un revers et la systématisation de cet instrument peut mener à une réduction de clarifications juridiques nécessaires dans l'intérêt général. Par ailleurs, si l'amende est réduite, elle reste tout de même considérable. En effet, en l'absence d'une politique de clémence pour les restrictions verticales, la Commission semble avoir accepté – à titre de « coopération » entraînant une réduction d'amende – divers éléments tels que des preuves de restriction de concurrence non encore connues de la Commission et/ou des preuves supplémentaires à valeur ajoutée tel qu'un allongement de la durée de l'infraction (à la seule discrétion de la Commission). Néanmoins, ces deux éléments viennent augmenter l'amende infligée et l'effet « net » est donc très difficile à estimer à l'avance.

B. – Inconvénients

→ *Une procédure peu adaptée aux restrictions verticales : de l'importance de la distinction complexe entre restrictions « par objet » et « par effet »*

L'une des raisons pour lesquelles la procédure de « coopération » en matière d'ententes verticales est critiquable s'explique par le fait que, contrairement aux ententes horizontales, ce type de pratiques ne tombe pas, d'une manière claire et nette, dans la catégorie des restrictions de concurrence par objet. Si la nocivité des cartels – fixation

(36) Trib. UE, 15 mai 2015, aff. T-456/10, Timab Industries e.a. / Commission, ECLI:EU:T:2015:296, pt. 60.

(37) C'est ce que nous craignons : v. J. Derenne et C. Chilaru, *op.cit.*

de prix secrète, allocation des marchés, etc. – laisse peu de doute à la pertinence d'une décision d'interdiction (tout sera une question de dosage de la sanction), l'analyse des restrictions verticales requiert bien plus de prudence en droit. Ceci s'explique par leur diversité et le contexte économique et juridique dans lequel elles s'inscrivent. Cette distinction entre objet et effet est un véritable écueil dont la jurisprudence européenne a démontré l'étendue (voir *infra*). Le fait que les affaires réglées par une « transaction/coopération » soient si rarement (ou jamais) portées devant les juridictions européennes rend difficile la contestation des théories actuellement établies.

Le traitement de l'imposition du prix de revente est un exemple symptomatique de ce constat. Cette pratique apparaît, si l'on suit l'approche traditionnelle, comme une violation « par objet » au sens de l'article 101 §1 TFUE – ce que les lignes directrices verticales de la Commission confirment. Cependant, l'évolution de la jurisprudence européenne rend ce postulat un peu moins évident, avec la remise en cause de la jurisprudence Binon⁽³⁸⁾ et son interdiction générale de fixation de prix de vente, sans distinction entre accords verticaux et horizontaux. En effet, dans l'affaire Maxima Latvija⁽³⁹⁾, la Cour a précisément marqué une distinction entre ces deux types d'accords. Dans le même ordre d'idée, la Cour a d'ailleurs opté pour une approche contextuelle plus souple en matière de restrictions verticales dans l'affaire Coty⁽⁴⁰⁾.

La Commission semble avoir pris le parti d'appliquer systématiquement la notion de restriction par objet à toutes les restrictions verticales ayant fait l'objet de procédures de coopération jusqu'à présent, quels que soient les circonstances et le contexte économique⁽⁴¹⁾. Cette habitude, bien que mise en place dans une optique utilitaire, aboutit à mettre toute discussion juridique détaillée entre parenthèses là où justement l'analyse contextuelle semblait bien nécessaire.

(38) CJCE, 3 juill. 1985, aff. 243/83, Binon / AMP, ECLI:EU:C:1985:284.

(39) CJUE, 26 nov. 2015, aff. C-345/14, Maxima Latvija, ECLI:EU:C:2015:784, pt. 21.

(40) CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941.

(41) Il est bon de rappeler ici, par exemple, l'arrêt de la Cour du 30 juin 1966, aff. 56/65, Société Technique Minière / Maschinenbau Ulm, ECLI:EU:C:1966:38, spéc. p. 359 : « (...) le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction "ou", conduit d'abord à la **nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué ; que les altérations du jeu de la concurrence, visées par l'article [101], paragraphe 1, doivent résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même ; qu'au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible » (soulignements ajoutés).**

→ Un fondement juridique pour le moins léger

D'aucuns dénoncent le caractère improvisé de cet instrument de « *soft law* » et notamment le manque de clarté du libellé du point 37 des lignes directrices⁽⁴²⁾. En effet, ce dernier ne mentionne pas assez clairement le but de la « transaction », ce que représente une coopération efficace, les avantages pour les entreprises concernées, ni même le champ d'application de cette procédure⁽⁴³⁾. Le Tribunal a d'ailleurs émis les mêmes critiques quant au manque de clarté et mis en exergue le caractère exceptionnel d'une adaptation de l'amende⁽⁴⁴⁾.

→ Des droits de la défense mis à rude épreuve

La « coopération » résulte d'un « pacte » par lequel les entreprises concernées renoncent à une portion considérable de leurs droits procéduraux dans l'optique d'une efficacité procédurale. Toute efficacité n'est cependant pas bonne à prendre à tout prix et un équilibre entre efficacité et droit de la défense doit être maintenu. Cette procédure a un coût important pour l'entreprise puisque cette dernière doit notamment renoncer à certains de ses droits de la défense pour obtenir la réduction d'amende⁽⁴⁵⁾. Dans ce rapport de forces avec la Commission, qui va venir protéger l'entreprise « contre ses propres choix » ? Si la Commission a le « *pouvoir de punir les auteurs au moyen de sanctions pécuniaires* » et que « *pour remplir sa mission, cette institution dispose de larges pouvoirs d'enquête et d'instruction* », « (...) c'est précisément à cause de cette nature et de la réunion de pouvoirs de perquisition et de décision dans le chef d'un même organe que les droits de la défense de ceux qui sont soumis à la procédure doivent être reconnus et respectés de manière inconditionnelle »⁽⁴⁶⁾.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme énonce les trois éléments qui doivent être pris en considération pour arriver à un tel équilibre⁽⁴⁷⁾ : (i) les parties doivent être dûment informées des faits reprochés

(42) N. Dunne, *op. cit.*, pp. 197-198.

(43) N. Dunne, *op. cit.*, pp. 198-199. I. Nunez Osorio, *The Settlement Procedure in Abuse of a Dominant Position Cases: The ARA Case*, 12th Ascola Conference, Stockholm University, 15-17 juin 2017.

(44) Trib. UE, 12 juill. 2019, aff. T-1/16, Hitachi-LG Data Storage / Commission, ECLI:EU:T:2019:514, pt. 80.

(45) N. Dunne, *op. cit.*, p. 198.

(46) Point 26 des conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 11 février 2003 dans les affaires « ciments » : Aalborg Portland A/S (aff. C-204/00 P), Irish Cement Ltd (aff. C-205/00 P), Ciments français SA (aff. C-211/00 P), Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA (aff. C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (aff. C-217/00 P) et Cementir – Cementerie del Tirreno SpA (aff. C-219/00 P). V. aussi K. Lenaerts et L. Maselis, *Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE*, *Journal des tribunaux*, n° 5973, 2000, pp. 496-504. V. égal. les développements de l'avocat Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Gözütok, aff. C-187/01, ECLI:EU:C:2002:516, pts. 61 à 106.

(47) CEDH, 29 avr. 2014, Natsvlishvili and Togonidze c/ Georgia, § 92.

afin de ne pas accepter aveuglément toute transaction ; (ii) il faut limiter toute pression imposée par l'autorité publique qui nuirait au principe de volonté que requiert le mécanisme de transaction ; et (iii) un contrôle judiciaire adéquat est requis⁽⁴⁸⁾.

Est-il possible de réconcilier efficacité et protection des droits procéduraux ?

Transparence et information ? On peut craindre qu'à vouloir trop accélérer sa procédure, la Commission ne mette l'entreprise concernée dans la délicate position d'accepter à l'aveugle une procédure de « coopération » et de ce fait accepter sa culpabilité sans épuiser les arguments juridiques à sa disposition (notamment s'agissant de la distinction entre infraction par « objet » ou par « effet »). La transparence n'est pas vraiment évidente en matière de « coopération » puisque l'entreprise concernée se voit uniquement informée *grosso modo* des éléments de l'infraction ainsi que d'une estimation probable de l'amende⁽⁴⁹⁾. Si la « transaction » intervient après la communication (simplifiée) des griefs, l'entreprise se voit plutôt incitée à coopérer avant celle-ci, puisque la réduction d'amende sera plus faible en pareille circonstance⁽⁵⁰⁾. Ce mécanisme est donc pernicieux et le déséquilibre du rapport de forces est d'autant plus flagrant lorsque l'on compare celui-ci avec son équivalent français où l'établissement des faits y est requis *avant* tout débat sur la transaction et les parties ont accès au dossier⁽⁵¹⁾.

Le pouvoir de la Commission ne limite-t-il pas la volonté d'une partie de transiger ? Le pouvoir discrétionnaire de la Commission comporte aussi de sérieux enjeux en matière de droits de la défense : il ne doit pas pouvoir entraver la libre volonté d'une entreprise d'accepter une transaction.

De l'absence de base juridique claire à la procédure de « coopération » et de son caractère informel résulte un déséquilibre entre les parties⁽⁵²⁾. La Commission dispose d'une marge de manœuvre significative⁽⁵³⁾ lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une restriction verticale ou l'opportunité de poursuivre la procédure de coopération⁽⁵⁴⁾. Elle en est le seul arbitre. De même, il semble que les entreprises concernées sont sans doute plus favorables à une procédure d'engagement puisqu'aucune décision

d'infraction n'en résulte. Cependant, cette possibilité leur est refusée⁽⁵⁵⁾ : c'est la Commission qui, seule, décide de l'opportunité d'une procédure d'engagement et, le plus souvent, elle favorisera cette procédure quand la problématique juridique (« *theory of harm* ») n'est pas complètement évidente. Or, on l'a vu, les restrictions verticales ne présentent pas toujours des questions juridiques aussi évidentes.

Malgré sa « supériorité » dans le rapport de forces, la Commission doit en tout état de cause s'abstenir d'exercer toute contrainte à l'égard de l'entreprise concernée afin que la procédure conduisant à la sanction soit équitable au sens de l'article 6 §1 de la CEDH⁽⁵⁶⁾. Un moyen de contraindre indûment l'entreprise concernée peut résider dans la grande marge de manœuvre accordée à la Commission dans l'imposition d'amende⁽⁵⁷⁾ qui pourrait éventuellement laisser l'entreprise dans le flou. Cependant, aussi longtemps qu'un taux maximum d'amende est fixé, permettant à l'entreprise de connaître le sort qu'elle subirait en refusant de transiger, il semble que les risques de pression de la Commission soient limités⁽⁵⁸⁾.

Dans ce flou procédural, il importe de rappeler que la Commission a le même devoir de raisonner et de motiver quand elle opte pour une « transaction »⁽⁵⁹⁾.

Absence de contrôle judiciaire. S'agissant de cartels, dont l'atteinte au droit de la concurrence est indiscutable, l'entreprise concernée aura sans doute raison de tenter de limiter l'étendue de la sanction en transigeant puisque sa position sera sans nul doute impossible à défendre. En toute opportunité, il sera recommandable d'accepter la « bonne affaire » que la Commission propose quand toute velléité de contestation juridique est quasiment vaine (notamment car des éléments de preuve proviennent d'une procédure de clémence) ou alors très limitée (portant uniquement sur l'étendue temporelle ou géographique du cartel). En effet, si le principe d'un contrôle judiciaire *ex post* existe⁽⁶⁰⁾, il est dans la pratique complexe de réfuter la substance d'une transaction dans laquelle une entreprise confirme sa responsabilité⁽⁶¹⁾.

Mais, qu'en est-il de cette « bonne affaire » lorsque la situation juridique n'est pas limpide ? La Commission incite

(48) D. Waelbroeck et J. Bracker, *op. cit.*, p. 153.

(49) Communication relative aux procédures de transaction préc., pt. 16.

(50) D. Waelbroeck et J. Bracker, *op. cit.*, p. 158. Déc. Comm. UE, 22 janv. 2019, AT.40049 – Mastercard. Déc. Comm. UE, 12 mai 2019, AT.40134–AB InBev.

(51) C. com., art. L. 464-2, III.

(52) La supériorité d'une autorité publique est d'ailleurs confirmée par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer.

(53) J. Derenne et C. Chilaru, *op. cit.*, p. 49.

(54) Déc. Comm. UE, 3 sept. 2014, AT. 39574 – Smart Card Chips. Comm. UE, Fact Sheet, *op. cit.*, p. 1.

(55) N. Dunne, *op. cit.*, p. 21.

(56) CEDH, 27 févr. 1980, Deweer c/ Belgique, § 49.

(57) Lignes directrices pour le calcul des amendes préc., consid. 2.

(58) D. Waelbroeck et J. Bracker, *op. cit.*, p. 164.

(59) Trib. UE, 12 févr. 2019, aff. T-95/15, Printeos e.a. / Commission, ECLI:EU:T:2016:722, qui rejette l'argument de la Commission selon lequel, dans le cadre d'une transaction, son obligation de motivation serait moins lourde.

(60) Communication relative aux procédures de transaction préc., pt. 41. Trib. UE, arrêt Printeos préc.

(61) D. Waelbroeck et J. Bracker, *op. cit.*, p. 172 ; TPICE, 23 févr. 2006, aff. T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie / Commission, ECLI:EU:T:2006:64 ; Trib. UE, arrêt Printeos préc.

pourtant les entreprises concernées à accepter une réduction d'amende, là où la discussion du bien-fondé juridique et économique des accusations ne serait pas, à tout le moins, déraisonnable. On peut donc redouter que la Commission profite de l'absence *de facto* de recours juridictionnel, au détriment de la protection juridictionnelle et la sécurité juridique, pour faire prévaloir l'efficacité procédurale. Il semble pourtant absurde de refuser de se défendre sur la base d'un argument *a priori* tout à fait raisonnable et susceptible d'éviter toute sanction. Bien que le risque d'une sanction potentielle soit sensiblement plus élevée, ce risque doit être mis en perspective avec le bénéfice d'une protection juridictionnelle beaucoup plus élevée et qui est, elle, réellement efficace.

IV. – La procédure de transaction devant certaines autorités nationales de la concurrence dans l'Union européenne

France. La procédure de transaction⁽⁶²⁾ a un champ d'application plus large que la procédure appliquée par la Commission et par d'autres autorités nationales de concurrence, car le montant de la réduction de l'amende n'est pas prédéterminé. L'Autorité peut le déterminer en fonction des circonstances de chaque affaire. En outre, l'Autorité a précisé dans ses lignes directrices sur la procédure de transaction que bien que les parties doivent renoncer à leur droit de contester les griefs notifiés, ce faisant, elles n'admettent ni ne reconnaissent leur responsabilité dans l'infraction⁽⁶³⁾.

L'Autorité peut recourir à la procédure de transaction en combinaison avec la procédure de clémence. En revanche, elle est plus réticente à appliquer cette procédure lorsque certaines des parties faisant l'objet d'une enquête refusent de transiger (les cas dits « hybrides »).

Les décisions de transaction sont des décisions plus courtes qui peuvent faire être contestées, notamment s'agissant de la régularité de la procédure ou de la proportionnalité de la sanction⁽⁶⁴⁾.

Belgique. L'Autorité belge de la concurrence peut également recourir à la procédure de transaction⁽⁶⁵⁾. En particulier, avant l'adoption d'un projet de décision, le service d'enquête et de poursuites de l'Autorité peut demander aux parties si elles souhaitent engager des discussions en vue de parvenir à un accord. Si les parties sont disposées à entamer des discussions, le service d'enquête et de poursuites identifie les griefs convenus et l'entreprise peut

avoir accès aux preuves utilisées à cette fin. Pour bénéficier de la procédure, les parties doivent reconnaître leur responsabilité et accepter l'amende indiquée par l'Autorité, qui peut être réduite de 10 %. Toutefois, les parties à la transaction n'ont pas le droit de contester une décision de transaction.

Allemagne. Le Bundeskartellamt peut utiliser la procédure de transaction, qui peut être appliquée dans toutes les procédures administratives d'infraction en matière d'antitrust⁽⁶⁶⁾. Le Bundeskartellamt la traite comme une circonstance atténuante, qui peut entraîner une réduction de l'amende pouvant aller jusqu'à 10 %. Le Bundeskartellamt peut utiliser cette procédure en combinaison avec la procédure de clémence. Toutefois, la réduction de l'amende due à la procédure de transaction n'est appliquée qu'après déduction d'une éventuelle réduction au titre de la clémence et non de manière cumulative. La décision de transaction est généralement plus courte qu'une décision prise à la suite d'une procédure complète et les parties à la transaction peuvent faire appel de celle-ci. Toutefois, en cas de recours, le Bundeskartellamt retire la décision de transaction et rend alors une décision à la suite d'une procédure complète. Cela signifie qu'en pratique, les parties à la transaction n'ont aucune raison de faire appel d'une décision après être parvenues à un accord.

Pays-Bas. L'Autoriteit Consument & Markt a également eu recours à une procédure de transaction, définie comme une « résolution simplifiée » et expliquée dans des lignes directrices « pour la résolution simplifiée des affaires d'amendes » de 2018⁽⁶⁷⁾. La procédure de résolution simplifiée est également disponible pour les demandeurs de clémence, qui peuvent bénéficier d'amendes réduites dans le cadre des deux programmes. Les parties qui souhaitent passer par la procédure de résolution simplifiée peuvent bénéficier d'une réduction maximale de l'amende de 10 %. Toutefois, elles doivent reconnaître leur infraction aux règles de concurrence et accepter au préalable de payer une amende. La décision comprend généralement une description concise de l'infraction, de sa gravité et de sa durée, et les parties doivent accepter l'amende imposée avant que la décision ne soit publiée.

Royaume-Uni. La Competition and Markets Authority (« CMA ») a le pouvoir discrétionnaire d'entamer des discussions de transaction avec les parties faisant l'objet de l'enquête, avant ou après l'envoi de la communication des griefs⁽⁶⁸⁾. Les réductions d'amende possibles sont plafonnées à 20 % (avant la communication des griefs) et

(62) C. com., art. L. 464-2, III.

(63) Aut. conc., Communiqué de procédure relatif à la procédure de transaction, 21 déc. 2018.

(64) CA Paris, 13 juin 2019, n° 18/20229.

(65) V. <https://www.abc-bma.be/fr/cartels>.

(66) V. Information Leaflet on the Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings, 1^{er} févr. 2016.

(67) ACM's guidelines for simplified resolution of cases involving a fine, 13 déc. 2018.

(68) Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8.

à 10 % (après la communication des griefs). En outre, la CMA peut décider de ne conclure une transaction qu'avec certaines des parties faisant l'objet de l'enquête et de combiner la procédure de transaction avec la procédure de clémence.

Afin de bénéficier de la procédure, les parties doivent être disposées à coopérer et à reconnaître leur implication dans le comportement anticoncurrentiel. La décision de transaction peut faire l'objet d'un recours juridictionnel, mais cela aurait pour conséquence que la réduction de l'amende ne serait plus applicable.

Caractéristiques communes. Comme on l'a observé, la procédure de transaction de certaines autorités nationales de la concurrence présente quelques caractéristiques communes telles que la reconnaissance par les parties à la transaction de leur responsabilité dans l'infraction (sauf en France) ; la possibilité d'avoir une transaction hybride et d'appliquer la procédure de transaction conjointement avec la procédure de clémence ; l'adoption d'une décision plus courte conjointement avec une réduction de l'amende, généralement jusqu'à 10 % ; la possibilité pour les parties à la transaction de faire appel des décisions de transaction (sauf en Belgique).

Conclusion

Parmi tous les instruments procéduraux de coopération dont la Commission peut faire usage, le développement de l'utilisation de la transaction dans le cadre de procédures relatives aux restrictions verticales soulève des questions. En effet, dans certains cas, l'illégalité du comportement incriminé n'est pas aussi évidente que dans des enquêtes de cartels dont le caractère d'infraction « par objet » est indiscutable, au contraire de certaines pratiques en matière de restrictions verticales.

Dans ce contexte, on peut se demander si la procédure de « coopération », appliquée aux restrictions verticales, n'aboutit pas à privilégier l'attrait de la « bonne affaire » pour l'entreprise concernée à un examen attentif de la règle de droit applicable. La Commission est tentée d'opérer des raccourcis dans son analyse juridique, limitant par cette procédure de « coopération » le contrôle juridictionnel, là où l'entreprise justiciable, séduite par la réduction d'amende, est tentée d'accepter l'offre de « coopération ». Si cette « coopération » procure certains avantages d'économie procédurale, on peut se poser la question de la justification de cette politique juridique qui peut s'effectuer au détriment de la poursuite attentive de la règle de droit et de la protection juridictionnelle effective. ■