

Les alternatives à la sanction en droit de la concurrence française: entre souplesse et efficacité

BARKAT Djohra ⁽¹⁾
Université de Bejaia

Résumé :

L'efficacité de la politique de concurrence ne se résume pas au renforcement des pouvoirs de sanction, elle passe également par le développement de solutions négociées entre les entreprises et l'autorité de la concurrence.

Cependant, le développement des procédures négociées peut conduire à une perte de pouvoir dissuasif de la sanction en ce qu'elles organisent un rapprochement entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie. Cette situation paradoxale nous incite à nous interroger sur l'efficacité économique des dites procédures.

La conciliation entre la souplesse dont sont caractérisées les procédures alternatives et le gain de l'efficacité économique de la politique de concurrence est envisageable. Elle exige des négociateurs, autorité de la concurrence et entreprises, un regard vigilant et un savoir faire suffisant.

Mots clés :

Clémence, Non contestation des griefs dite transaction, Engagements, Souplesse, Efficacité, Politique de concurrence.

Date de soumission: 07/06/2018, *Date d'acceptation:* 28/06/2018, *Date de publication:* 31/07/2018

Pour citer l'article:

BARKAT Djohra, "Les alternatives à la sanction en droit de la concurrence français: entre souplesse et efficacité", *RARJ*, vol. 17, n°1, 2018, pp.791-818.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

⁽¹⁾ Maître de conférences classe « B », Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique (LARENJ), Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

- L'auteur correspondant : barkatdjohra@yahoo.com

The Alternatives Sanctions in French Law A Competition Between Flexibility and Efficiency

Abstract:

The effectiveness of competition policy is not only about strengthening sanctioning powers, it also means developing negotiated solutions between companies and the competition authority.

However, the development of the negotiated procedures may lead to a loss of dissuasive power of the sanction in that they organize a rapprochement between the prosecuting authority and the company pursued. This paradoxical situation makes us wonder about the economic efficiency of these procedures.

The reconciliation between the flexibility of alternative procedures and the increase in the economic efficiency of competition policy is conceivable. It requires negotiators, competition authorities and companies, a watchful eye and proven expertise.

Key words:

Leniency, No challenge to the so-called transaction complaints, Commitments, Flexibility, Efficiency, Competition policy.

بدائل العقوبة في القانون الفرنسي للمنافسة: بين المرونة والفعالية

الملخص:

إن فعالية سياسة المنافسة لا تقتصر على تعزيز سلطة العقاب فحسب، بل تعني أيضاً تطوير الحلول التفاوضية بين المؤسسات وسلطة المنافسة.

غير أن تطوير الإجراءات التفاوضية قد يؤدي إلى فقدان السلطة الرادعة للعقوبة من حيث أنها تنظم تقارباً بين سلطة الادعاء والمؤسسة المتبعة. هذا الوضع المتناقض يجعلنا نتساءل عن الفعالية الاقتصادية لهذه الإجراءات.

إن التوفيق بين مرونة الإجراءات البديلة والزيادة في الفعالية الاقتصادية لسياسة المنافسة وارد، حيث يفرض على المتفاوضين، سلطة المنافسة والمؤسسات، نظرة احترازية و كفاءة كافية.

الكلمات المفتاحية:

العفو، عدم الاحتجاج عن المآخذ أو المصالحة، التعهدات، المرونة، الفعالية، سياسة المنافسة.

Introduction

Le droit de la concurrence est d'origine répressif, ayant vocation de lutter contre les comportements d'entreprises qui faussent le jeu de la concurrence. Selon le principe de légalité, les entreprises qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles s'exposent à des sanctions prononcées par l'autorité de la concurrence.

Intervenant traditionnellement *ex post* dans une perspective « sanctionnatrice », l'autorité de la concurrence dispose de plusieurs moyens d'intervention qui lui permettent de garantir le principe de libre concurrence et de veiller à la protection de l'ordre public économique dans sa dimension concurrentielle.

Caractérisées par leur finalité répressive, les sanctions infligées par l'autorité n'ont pas pour objet de réparer les dommages subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles. Leur fonction première est de punir l'acteur de l'infraction commise, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction.

Cependant, l'efficacité de la politique de concurrence ne se résume pas au renforcement des pouvoirs de sanction. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif. Ce dernier repose sur le principe d'efficacité préventive de la sanction.

Certes, la sanction est le mode d'intervention le plus fréquent auquel l'autorité de la concurrence recourt, mais ce mode n'est pas une finalité en soi. L'objectif est aussi de corriger les comportements et de réduire les atteintes à la concurrence. Cela ne peut se faire que par l'augmentation de la probabilité de détection des pratiques anticoncurrentielles par l'autorité de la concurrence.

Le droit de la concurrence français a connu une évolution importante avec l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques⁽¹⁾. Celle-ci a introduit, à côté des outils de régulation traditionnels, de nouveaux outils dont la procédure de clémence et la procédure de non contestation des griefs. Cette dernière procédure fait apparaître des engagements⁽²⁾.

En effet, le Conseil de la concurrence français, auquel succède l'autorité de la concurrence⁽³⁾, a été progressivement doté du pouvoir d'agir sur les comportements

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16-05-2001, www.legifrance.gouv

² Bruno LASSERRE, "La politique des engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles : premier pas et premier bilan en France", contribution du président du Conseil de la concurrence français à la 32^{ème} *Conférence on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005,

www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/engagements_lasserre_fordham.pdf

³ Le Conseil de la concurrence a été remplacé par l'autorité de la concurrence en vertu de la loi n° 2008-7761 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, modifiée par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, www.legifrance.gouv

autrement que par le prononcé de sanction, en procédant à la transaction, à la clémence et à l'acceptation des engagements ⁽¹⁾

L'apparition des procédures négociées, nouveaux outils de régulation du marché, s'inscrit dans un mouvement de modernisation du droit français de la concurrence sous l'impulsion communautaire²

Cette idée "paradoxale" d'associer une entité qui a commis un délit à une autorité qui est sensée devoir la sanctionner a suscité des interrogations pertinentes en ce que cette politique de souplesse puisse être un moyen d'efficacité. Autrement dit, comment concilier entre la souplesse dont sont caractérisées les procédures alternatives dites négociées et le gain de l'efficacité économique de la politique de concurrence qui suppose beaucoup de rigueur ?

Dans son aspect théorique, la politique de négociation de sanction offre des outils flexibles, souples, qui associent davantage les acteurs du marché et favorisent la discussion et la négociation pour arriver à des arrangements mutuels **(I)**. Cependant, l'incertitude qui reste associée aux procédures alternatives rend l'efficacité de ce mécanisme risquée **(II)**.

I- Les procédures alternatives à la sanction : le retour à la négociation de la sanction

Fondées sur une idée paradoxale en droit qui est la négociation des sanctions, les procédures alternatives invitent à la révision des comportements par les auteurs eux-mêmes. Elles incitent les deux parties, les entreprises et l'autorité de la concurrence, à s'arranger à l'amiable par la recherche de solutions mutuellement avantageuses. De telles procédures ont de fortes chances de conduire à une politique de concurrence plus efficace.

Les procédures alternatives à la sanction ou les procédures négociées ⁽³⁾ regroupent la procédure de non contestation des griefs dite transaction **(A)**, la procédure de clémence **(B)** et la procédure d'engagements **(C)**.

A- La procédure de non contestation des griefs dite transaction

La procédure de non contestation des griefs, dite de transaction, a été introduite par la promulgation de la loi n° 2001-420 codifiée à l'article L. 464-2-III du code de

¹ Voir art. 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, codifié à l'article L. 464-2 du code de commerce, modifié par l'article 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, www.legifrance.gouv

² Voir Communauté européenne, Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=6386

³ Arnold VIALFONT, "Le droit de la concurrence et les procédures négociées", *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 2007, pp. 157-184, voir également en ligne, www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-2-page-157.htm

commerce ⁽¹⁾. Selon les dispositions de cet article, la mise en œuvre de cette procédure est conditionnée **(1)**. Elle se déroule dans un cadre bien tracé par les textes d'application **(2)**.

1- Les conditions de la mise en œuvre de la procédure

L'article L.464-2-III du code de commerce exige deux conditions essentielles aux entreprises ou organismes désirant bénéficier de la procédure de transaction : la première a trait à la non contestation des griefs **(a)**, la seconde concerne l'engagement à modifier les comportements pour l'avenir **(b)**.

a- La non contestation des griefs

Aux termes de l'article L.464-2-III du code de commerce français « *Lorsque un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal de la sanction pécuniaire envisagée...* » ⁽²⁾. Pour bénéficier des dispositions précitées, il faut que la non contestation soit explicite, claire, complète et dépourvue d'ambiguïté ⁽³⁾. L'entreprise doit rapporter la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification, ni leur imputabilité ⁽⁴⁾.

Il est à noter que, la contestation concerne seulement les éléments relatifs à la détermination des sanctions, telle que la gravité de l'infraction et le dommage causé à l'économie ⁽⁵⁾. La réunion des conditions est vérifiée par le rapporteur général avant la proposition de la procédure à l'autorité de la concurrence, cette dernière qui décide en dernier ressort ⁽⁶⁾. Une fois l'autorité accepte la proposition du rapporteur général,

¹ Voir l'art. 73 de la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, *op.cit.*

² Voir le III de l'article L. 464-2 du code de commerce, tel que modifié par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, www.legifrance.gouv.fr

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-45 du 20 février 2003 relative à des pratiques contestées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, www.autoritedelaconcurrence.fr. Voir également sur la détermination des sanctions, Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, www.autoritedelaconcurrence.fr ; Florent VENAYRE, "La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs", *Revue Lamy de la concurrence*, vol. 28, 2011, pp. 15-22.

⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt n° 04/13713 du 21 septembre 2004, Décision déferée à la Cour : n° 04-D-02 rendue le 03 Août 2004 par le Conseil de la Concurrence, www.legifrance.gouv

les parties et le commissaire du gouvernement sont informés trois semaines au moins avant le jour de la séance ⁽¹⁾.

Dans sa pratique, l'autorité de la concurrence a toujours examiné la condition de non contestation des griefs ⁽²⁾. Elle fait application de la procédure de non contestation aussi bien aux affaires d'ententes qu'à celles d'abus de position dominante ⁽³⁾.

Certes, la non contestation des griefs constitue une partie intégrante de la procédure de transaction, mais elle ne pourra être utilisée ni au cours de la procédure ni contre les entreprises et les organismes non parties à la transaction. D'ailleurs, l'autorité ne s'estime pas liée dans son appréciation des faits ⁽⁴⁾. Aussi, la non contestation est relativement dépendante de l'engagement de modifier les comportements pour l'avenir, proposé par l'entreprise ou l'organisme demandeur de la transaction.

b- L'engagement de modifier les comportements pour l'avenir

S'engager à modifier les comportements pour l'avenir est la procédure majeure dont repose la procédure de non contestation. L'intérêt de la transaction réside dans l'engagement que prend l'entreprise à modifier ses comportements pour l'avenir.

Les engagements sont souscrits devant le rapporteur général et complétés parfois devant l'autorité de la concurrence. Ils doivent être substantiels, crédibles et surtout vérifiables, en ce sens que le contrôle du respect des promesses avancées par l'entreprise doit être mise en œuvre à un coût raisonnable ⁽⁵⁾.

La crédibilité de l'engagement conditionne l'acceptation du principe de la transaction par le rapporteur général et l'autorité de la concurrence. Ainsi, l'utilité de l'engagement doit impérativement être examinée, parce qu'elle va déterminer le niveau de la réduction de la sanction ⁽⁶⁾.

Bien que l'acceptation des engagements par l'autorité de la concurrence répond à l'objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de

¹ Voir l'art. 43 du décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *JORF* n°103 du 3 mai 2002, modifié par décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, *JORF* n° 302 du 29 décembre 2005, www.legifrance.gouv.fr

² Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, *op.cit.*

³ Voir, Pratique de l'autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Conseil de la concurrence, Décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Conseil de la concurrence, 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, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁶ Voir à titre d'exemple, autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, www.autoritedelaconcurrence.fr

la concurrence ⁽¹⁾, le législateur n'exige plus comme condition de recevabilité de la procédure, la présentation d'engagements par l'entreprise ⁽²⁾. Par ailleurs, l'autorité de la concurrence a prononcé en 2010, deux décisions mettant en œuvre la procédure de non contestation des griefs sans exiger la présentation des engagements ⁽³⁾.

Une fois les conditions sont réunies, l'engagement de la procédure de transaction se déclenche à partir du moment où l'entreprise accepte la proposition de transaction faite par le rapporteur général.

2- Le déroulement de la procédure

L'accord donné par l'entreprise ou l'organisme à la proposition de transaction se matérialise par une demande adressée au rapporteur général (a). Ce dernier, qui est doté de larges pouvoirs d'appréciation dans le traitement de ladite demande, ne dispose pas du pouvoir de prise de décision (b).

a- La demande de mise en œuvre de la procédure

Le demandeur souhaitant s'orienter vers la procédure de non contestation des griefs doit s'adresser au rapporteur général dans le plus bref délai ⁽⁴⁾.

Sa demande doit être accompagnée des éléments nécessaires pour permettre au rapporteur de se déterminer en connaissance de cause sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable s'il s'agit de proposition d'engagements.

Selon le III de l'article L.464-2 du code de commerce, le rapporteur général dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de se déterminer, aussi bien lorsque cette demande porte sur une affaire dans laquelle la mise en œuvre de la procédure de non contestation des griefs lui paraît opportune, que lorsque la demande, elle-même, lui paraît pertinente eu égard à son contenu et des circonstances dans lesquelles elle est présentée ⁽⁵⁾.

b- La prise de décision

Avant de prendre la décision, il revient au collège de l'autorité de s'assurer de la régularité de la procédure préalable. Il faut, tout d'abord, vérifier que le rapporteur

¹ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial, *op.cit.*

² Voir l'art. 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *op.cit.*

³ Voir successivement, Autorité de la concurrence, Décision n° 10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles ; Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ C'est le délai de deux mois, à compter de la réception de la notification des griefs, prévue à l'article L.463-2 du code de commerce pour la présentation des observations.

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs, *op.cit.*, points 26 et 27.

général n'a pas commis, dans son appréciation de l'opportunité de recourir ou non à la procédure de non contestation des griefs en ce qui le concerne, d'erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée ⁽¹⁾. Il faut vérifier ensuite, si la déclaration par laquelle l'intéressé renonce à contester les griefs répond aux conditions exigées et que ces exigences sont respectées.

L'autorité est dotée de larges pouvoirs d'appréciation concernant la vérification, non seulement de la proposition du rapporteur et de la déclaration des entreprises intéressées, mais aussi en ce qui concerne la détermination de la sanction.

Certes, le montant maximum de la sanction pécuniaire est plafonné aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce ⁽²⁾ et les modalités pratiques sont décrites dans le communiqué de l'autorité ⁽³⁾, mais il revient à celle-ci d'apprécier les données et circonstances dans chaque affaire et de décider le montant sans spécifier celui de l'amende que la personne poursuivie pourrait avoir à payer dans l'affaire particulière pour laquelle elle est mise en cause ⁽⁴⁾.

Enfin, en veillant sur l'exécution de ses décisions ⁽⁵⁾, l'autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 du code de commerce ⁽⁶⁾. Elle peut s'autosaisir du non respect des engagements ⁽⁷⁾. Pour s'assurer que ces engagements sont effectivement mis en œuvre par l'entreprise, l'autorité peut demander à l'intéressé de lui communiquer des rapports réguliers ainsi que tout autre document ou information lui permettant d'apprécier la bonne exécution des engagements ⁽⁸⁾.

B- La procédure de clémence

La procédure de clémence, d'origine américaine, est fondée sur la dénonciation. Elle peut être définie comme outil de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie. Cette procédure permet aux entreprises ayant participé à une infraction d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende, en contrepartie de leur coopération avec l'autorité de la concurrence ⁽⁹⁾.

¹ *Ibid.*, point 38.

² Voir aussi l'art. L. 463-3 du code de commerce, *op.cit.*

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, *op.cit.*, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Ce pouvoir d'appréciation a fait un vaste mouvement de contestation par les entreprises, voir à titre d'exemple, autorité de la concurrence, Décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Art. R. 464-8 du code de commerce, *op.cit.*

⁶ Art. L.464-3 du code de commerce, *op.cit.*

⁷ Art. R. 464-9 du code de commerce, *op.cit.*

⁸ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs, *op.cit.*, point 54.

⁹ Autorité de la concurrence, *Étude relative au programme de clémence français*, Paris, 15 avril 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr

A la différence de la plupart des pays où les programmes de clémence sont encadrés par les communications des autorités de la concurrence. En droit français cette procédure résulte directement de la loi ⁽¹⁾ et de ses textes d'application ⁽²⁾. En vue de mettre en œuvre la procédure de clémence, l'autorité de la concurrence a adopté un communiqué de procédure ⁽³⁾, en vertu duquel l'autorité a exigé certaines conditions pour accepter les demandes de clémence formulés par les entreprises **(1)**. Elle a également précisé quelques détails du traitement de la demande **(2)**.

1- Les conditions du bénéfice de la clémence

Le IV de l'article L.464-2 du code de commerce a fixé les grandes lignes de la procédure de clémence. Celui-ci vise « *Les pratiques prohibées visées aux articles L.420-1 à L.420-2 et L.420-5* », c'est-à-dire toute entente, en laissant à la discrétion de l'autorité de la concurrence le pouvoir de déterminer à quelle catégorie d'ententes elle entend appliquer la clémence.

Si l'on se réfère aux dispositions du code de commerce, le législateur a distingué entre l'obtention d'une immunité totale de la sanction **(a)** et l'obtention de l'immunité partielle par réduction de l'amende **(b)**.

a- Les conditions d'obtenir une immunité totale de la sanction

Contrairement au droit communautaire où les conditions d'obtention d'une immunité totale ou partielle d'amendes sont clairement définies ⁽⁴⁾, le texte français consacrant la procédure de clémence semble court et peu précis. Par contre, dans sa formulation des dispositions de l'article L.464-2, le législateur a bien précisé la qualité des informations exigées pour obtenir une immunité totale de la sanction dans ces termes : « *En apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* »

Dans sa pratique, inspirée du droit communautaire, l'autorité de la concurrence a posé un certain nombre de conditions pour bénéficier d'une exonération totale de sanction ⁽⁵⁾. Dès lors, une entreprise ne peut prétendre obtenir une immunité totale d'amende sauf si les conditions suivantes sont réunies :

¹ Voir le IV de l'art. L.464-2 complété par l'art. R. 464-5 du code de commerce, *op.cit.*

² Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009, révisé en 2012 par le communiqué de procédure du 22 novembre 2012 et en 2015 par le communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Voir les points 8a et b, 11a, 11b, 11c, 20, 21 et 22, Communication de la Commission européenne sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C45 du 19 février 2002.

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, point 13, www.autoritedelaconcurrence.fr

- Le premier cas, lorsque l'autorité ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée : l'exonération totale ne peut être accordée si les conditions suivantes ne sont pas réunies :
 - Le demandeur doit être le premier à informer l'autorité des pratiques en cause.
 - Il doit apporter certaines informations et éléments de preuve dont l'autorité ne disposait pas antérieurement. Afin de remplir cette condition, la demande de clémence doit comporter une description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets ⁽¹⁾.
- Le second cas, lorsque l'autorité dispose déjà d'informations sur l'entente présumée ; dans cette hypothèse, le bénéfice de l'exonération est conditionné :
 - Non seulement l'entreprise doit être la première à informer l'autorité de la concurrence et à fournir des éléments de preuve, mais aussi ces éléments doivent être suffisants pour permettre à l'autorité d'établir l'existence d'une infraction au moment de la demande ⁽²⁾.
 - Le demandeur ne peut bénéficier de cette exonération si l'autorité a déjà accordé une exonération rentrant dans le premier cas.

b- Les conditions d'obtenir une réduction d'amende

« *Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction* » ⁽³⁾. Selon ces dispositions, deux conditions sont posées pour bénéficier d'une immunité partielle : il s'agit du respect des conditions précisées dans l'avis de clémence établi en application du I de l'article L.464-2 du code de commerce ⁽⁴⁾, et d'adopter une contribution importante à l'établissement de l'infraction.

Les mêmes conditions ont été retenues par l'autorité de la concurrence dans son communiqué de procédure. Elle a exigé que les éléments de preuves apportent une valeur ajoutée significative par rapport à ceux dont celle-ci dispose déjà ⁽⁵⁾.

L'autorité examine, pour chaque demande, le degré de la valeur ajoutée significative de preuves apportée et fixe sur cette base une fourchette de réduction de l'amende, sachant que le seuil de cette réduction n'est pas fixé à l'avance.

En effet, l'autorité de la concurrence adopte un avis de clémence conditionnelle, dans lequel il indique le niveau de réduction. Cet avis ne doit être adressé qu'à l'entreprise demanderesse de l'octroi du bénéfice de la clémence ⁽¹⁾.

¹ *Ibid.*, point 14.

² L'infraction peut être à l'article L.420-1 du code de commerce ou à l'article 81 du traité CE.

³ Voir le IV de l'article L.464-2 du code de commerce, *op.cit.*

⁴ « *L'autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières...* »

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, point 19.

Pour bénéficier d'une exonération totale ou partielle de la sanction, l'autorité de la concurrence a exigé d'autres conditions de fond qui prouvent la volonté du demandeur de bénéficier de la procédure. L'entreprise doit cesser sa participation à l'entente présumée dans le plus bref délai, au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence, et apporter à l'autorité une véritable, totale, permanente et rapide coopération. Elle ne doit pas prendre de mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction ⁽²⁾.

Après avoir rempli les conditions précédemment énoncées, l'autorité procède au traitement de la demande de clémence.

2- La demande de clémence

La demande de clémence acceptée par le rapporteur général, après la satisfaction des conditions exigées, traverse essentiellement deux étapes procédurales : l'instruction de la demande **(a)** et le prononcé de l'avis de clémence **(b)**.

a- L'instruction de la demande de clémence

La demande de clémence est adressée au rapporteur général, elle peut être enregistrée, soit par réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit par l'établissement d'un procès verbal. Elle peut être également enregistrée sur support électronique de l'autorité.

La demande ou la déclaration orale de l'entreprise contient toutes les informations concernant le demandeur, les auteurs des ententes et l'entente présumée, ainsi que les éléments de preuves ⁽³⁾.

Une fois les informations et les éléments de preuves transmis à l'autorité, le rapporteur général désigné pour instruire la demande de clémence, prépare un rapport dans lequel il vérifie que les conditions fixées par l'autorité sont réunies et élabore des propositions d'exonération de sanctions. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou l'organisme concerné et au commissaire du gouvernement ⁽⁴⁾.

À base du rapport établi, l'autorité rend son avis de clémence.

b- L'avis de clémence

L'avis de clémence est le seul acte par lequel ont été définies les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération de sanction. Il est adopté en pleine séance en présence du demandeur.

¹ Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

² Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, points 23 et 24.

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, point 30.

⁴ Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

Après l'examen de l'affaire au fond, l'autorité peut, si les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, accorder une exonération totale ou partielle des sanctions en rendant un avis favorable. En revanche, l'autorité émet son avis défavorable si elle estime que les conditions posées ne sont pas réunies.

L'autorité de la concurrence peut aussi accepter des demandes sommaires lorsqu'elle ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée dans les conditions prévues dans le communiqué de procédure⁽¹⁾. Elle veille également, dans la limite de ses obligations nationales et communautaires, à la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence pendant la durée de la procédure⁽²⁾.

Cependant, l'avis de clémence n'a pas d'effet extinctif des poursuites, ni devant l'autorité de la concurrence qui se saisit à nouveau des pratiques dénoncées, ou les autres autorités de concurrence membres du réseau européen de concurrence, ni devant les juridictions.

Enfin, il est incontestable que la procédure de clémence a été introduite en droit français concomitamment à la procédure de non contestation des griefs. Les deux procédures visent la révision de la sanction encourue, ce qui peut conduire à l'articulation entre les deux. Cette articulation est fortement exclue quand il s'agit de la procédure d'engagements.

C- La procédure d'engagements

Au préalable, il est important de distinguer entre deux types d'engagements. Les engagements présentés par les entreprises, dans le cadre des concentrations, ont pour but de rendre une opération de concentration compatible alors qu'elle pourrait tomber sous le coup de l'interdiction si ceux-ci n'étaient pas souscrits ; l'acte est donc une autorisation conditionnée. Les engagements dans ce cadre n'ont pas d'effet extinctif de poursuites. Par contre, les engagements souscrits dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles visent à alléger la sanction, ils préservent la liberté des acteurs tout en réservant la possibilité d'un contrôle ultérieur et d'une éventuelle sanction. Dans ce cadre, la procédure a un effet extinctif de poursuites⁽³⁾.

¹ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 22 novembre 2012 relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, points 40 à 45.

² *Ibid.*, point 46, voir également, Conseil de la concurrence, Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, www.autoritedelaconcurrence.fr

³ Marie-Anne FRISON-ROCHE & Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} édition, Edition DALLOZ, Paris, 2006, p. 272 et 326. Certains rattachent à la procédure d'engagements le caractère contractuel, par exemple Gerasimos Alex SOFIANATOS analyse l'engagement comme une mesure « de nature régulatrice, quasi-contractuelle », *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français et grec*, LGDJ, Paris, 2009, p. 191. Laurence BOY rattache la procédure d'engagements à la notion de contrat économique, "Les contrats économiques de souveraineté : outils de la régulation de la concurrence (la pratique des autorités de la concurrence à partir de l'exemple de la France)", *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2010, pp. 271-296.

Tirant ses origines du droit communautaire ⁽¹⁾ et du droit interne ⁽²⁾, la procédure d'engagements représente un outil qui permet à l'autorité de la concurrence d'assurer sa mission de garantir le fonctionnement de la concurrence sur le marché. Elle a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence ⁽³⁾.

L'importance de la procédure réside dans sa mise en œuvre qui représente une économie de ressources pour l'autorité de la concurrence **(1)**, ainsi que dans ses effets **(2)**.

1- La mise en œuvre de la procédure d'engagements

Sans préciser la nature des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements par le code de commerce, la procédure s'applique à toutes les situations qui soulèvent les préoccupations de concurrence actuelles ⁽⁴⁾.

A la différence de la procédure de non contestation des griefs, prévue au III de l'article L.464-2 du code de commerce, qui ne peut être engagée qu'après notification de ces derniers, la procédure d'engagement ne peut être sollicitée que pendant la période antérieure à l'envoi de la notification des griefs. Elle est subordonnée à l'évaluation préliminaire des pratiques en cause **(a)**, pour pouvoir ensuite déclencher la procédure **(b)**.

a- L'évaluation préliminaire

Aux termes de l'article R.64-2, I « *Lorsque l'autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L.64-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause...* ». L'évaluation préliminaire est nécessairement préalable à toute notification de griefs. Il ne peut donc être recouru aux engagements qu'à partir du moment où une notification des griefs est émise ⁽⁵⁾. Cela n'exclut pas la possibilité de présenter les engagements dans le cadre d'une procédure de non contestation des griefs.

Cependant, l'évaluation préliminaire ne peut être formulée que si l'entreprise concernée fait savoir aux services d'instruction qu'elle est disposée à proposer des engagements si les circonstances de l'affaire s'y prêtent et si l'offre initiale

¹ L'art. 5 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, prévoit que les autorités de concurrence des Etats membres sont compétentes pour « *accepter des engagements* »

² Art. L.464-2. I du code de commerce, *op.cit.*

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Voir Cour de cassation, Arrêt du 4 novembre 2008, *Canal 9*, www.courdecassation.fr

⁵ Autorité de la concurrence, "Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

d'engagements communiquée par l'entreprise semble, en première analyse, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure ⁽¹⁾.

Après avoir identifié les préoccupations de concurrence, le rapporteur établit l'évaluation préliminaire, sous forme d'un courrier, par un procès verbal ou par la présentation d'un rapport oral en séance. Il transmet une copie de l'évaluation à l'auteur de la saisine et au commissaire du gouvernement ⁽²⁾.

Enfin, la faculté d'accepter la demande du bénéficiaire de la procédure d'engagements relève de l'appréciation de l'autorité de la concurrence, qui décide d'enclencher officiellement ou non la procédure.

b- Le déroulement de la procédure

Si l'entreprise est en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire, elle doit formaliser son offre initiale d'engagements dans un délai qui court à compter de l'évaluation préliminaire ⁽³⁾. L'offre d'engagements est communiquée par le rapporteur à l'auteur et aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du gouvernement.

Afin de permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations concernant l'offre d'engagements et contribuer à son examen, le rapporteur publie un résumé de l'affaire et des engagements ⁽⁴⁾. Après les avoir convoqués, les parties et commissaire du gouvernement sont également invités à présenter leurs observations sur les engagements proposés dans un délai d'un mois à compter de la date de communication du contenu des engagements ⁽⁵⁾. Les observations peuvent être présentées oralement lors de la séance ⁽⁶⁾.

Après avoir rassemblé toutes les observations en un dossier, les parties à la procédure ⁽⁷⁾ ont « accès à la l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis pour

¹ « Dans le cas où l'évaluation préliminaire intervient dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, elle est précédée, au plus tard en veille de la séance, d'un contact informel par lequel le rapporteur indique à l'entreprise concernée le sens de la position qu'il présentera à ce sujet », voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 19.

² Art. R.464-2. du code de commerce, *op.cit.*

³ « **Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès verbal, soit par l'autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois** », Art. R.464-2. du code de commerce, *op.cit.*

⁴ Art. R.464-2 al 3 du code de commerce, *op.cit.*

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 25.

⁶ Art. R.464-2, dernier alinéa du code de commerce.

⁷ Sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises, la protection des secrets d'affaires, prévue aux articles L. 463-4 et R. 463-13 du code de commerce, *op.cit.*

statuer sur les engagements »⁽¹⁾. À nouveau, les parties et le commissaire du gouvernement sont convoqués en séance pour s'exprimer sur la proposition des engagements.

Après la négociation des engagements, le rapporteur rédige un rapport synthétisant les engagements proposés, les observations et la décision envisagée. De son côté, l'autorité de la concurrence, après avoir pris connaissance des observations et des engagements proposés, examine le caractère pertinent, crédible et vérifiable de l'offre d'engagements et s'assure de leur caractère proportionné⁽²⁾. Elle peut également subordonner l'acceptation des engagements proposés à certaines modifications ou les rejeter lorsqu'elle estime que ceux-ci ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. Comme elle peut donner acte de mesures des engagements acceptés⁽³⁾.

Au final, bien que la décision acceptant les engagements ne se prononce pas sur le caractère prohibé des pratiques ou sur la culpabilité des entreprises, mais elle a des effets juridiques considérables sur le devenir de la procédure.

2- Les effets de la procédure d'engagements

La portée et la valeur des engagements résident dans les effets de la procédure ; elles se manifestent par l'adoption d'une décision rendant les engagements obligatoires (a) et mettant fin à la procédure (b).

a- Le caractère obligatoire de la décision d'acceptation des engagements

Bien que la procédure d'engagements est précédée d'une négociation des engagements, entre l'autorité de la concurrence et des entreprises, la décision adoptée, à l'issue de cette négociation, rend obligatoires les engagements. Elle a le caractère d'une décision unilatérale⁽⁴⁾. Cependant, l'autorité ne peut rendre contraignants que ceux en rapport direct avec l'évaluation préliminaire⁽⁵⁾.

¹ Cour de cassation, arrêt du 4 novembre 2008, *Canal 9*, précité.

² Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, point 34, *op.cit.*

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 42. Comme l'explique Pierre DELVOLVÉ « Dès lors que l'acte a pour objet et pour effet conséquences sur des personnes qui n'ont pas de part à son adoption, il est unilatéral », "Acte administratif", in *Répertoire du contentieux administratif*, n° 28, DALLOZ, Paris, 2005.

⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), www.autoritedelaconcurrence.fr

Par ailleurs, même après le désistement de l'entreprise, par exemple après un accord à l'amiable, l'autorité peut exiger des engagements répondant à l'évaluation préliminaire⁽¹⁾.

Les décisions relatives aux engagements ne se prononcent pas sur la culpabilité des entreprises en cause. Elles ne contiennent aucune constatation d'infraction au droit de la concurrence. Elles ne peuvent donc permettre ni le déclenchement de poursuites pénales, ni d'action en dommages-intérêts⁽²⁾.

La décision aux engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée ou limitée, selon les circonstances, l'appréciation revient à l'autorité de la concurrence⁽³⁾. Certes, la décision rendant les engagements obligatoires, adoptée par l'autorité de la concurrence, met fin à la procédure en cours devant l'autorité, mais elle n'interdit pas à l'une des parties d'engager une action en justice.

b- L'effet extinctif relatif de la décision d'acceptation des engagements

Une fois la décision d'acceptation des engagements adoptée, l'autorité ne peut accepter aucune plainte à l'encontre des pratiques qui ont fait l'objet de la décision précitée ; elle peut rejeter cette plainte, en se référant dans sa décision de rejet au fait que les pratiques dénoncées ont donné lieu à une décision, et que donc, il n'y a plus lieu d'agir. En revanche, en l'absence de décision au fond, le principe *non bis in idem* ne s'applique pas⁽⁴⁾.

Toutefois, l'autorité peut être saisie de comportement ayant un intérêt à agir, ou s'autosaisir. Dans ce cas, elle apprécie la nécessité de réviser les engagements, au regard des changements intervenus sur le marché en cause, ou si les circonstances le justifient⁽⁵⁾.

Cependant, l'effet extinctif de la décision d'acceptation des engagements ne s'étend pas au recours en justice. Ces décisions sont susceptibles de recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris, dans un délai d'un

¹ Voir le considérant n° 13 du règlement n° 1/2003 de CE relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *op.cit.*

² Le demandeur d'une réparation devant le juge civil doit, à sa propre capacité, démontrer son préjudice et la faute de son adversaire à partir des éléments qu'il apporte lui-même et non pas sur la base d'une infraction qu'il aurait constaté par l'autorité de la concurrence.

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, point 45, *op.cit.*

⁴ *Ibid.*, point 44. Voir également l'art. 7 du règlement de CE n° 773-2004 du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la commission en application des articles 81 et 82 du traité de CE, www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=6386

⁵ Les circonstances évoquées par le point 46 du communiqué de procédure sont :

- Si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;
- Si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- Si la décision d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure.

mois à compter de leur notification ⁽¹⁾. Cette incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours semble contradictoire à la philosophie de la procédure d'engagements qui est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision de fond.

Aussi, n'ayant pas autorité de chose décidée, les décisions d'acceptation des engagements peuvent être contestées par les autres autorités de la concurrence et les juridictions des Etats membres dans le cadre du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence ⁽²⁾.

Au final, la procédure d'engagements si même si elle ne s'applique qu'aux pratiques relativement peu graves ou peu anciennes, elle demeure un outil qui répond à l'objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence ⁽³⁾.

Cette procédure est de nature aussi à permettre à l'autorité de la concurrence de se recentrer sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles les plus graves, et assurer une meilleure efficacité de son intervention ⁽⁴⁾.

En effet, la procédure d'engagements comme toutes les autres procédures alternatives, représente des avantages précieux. Dans sa pratique, l'autorité de la concurrence a eu plusieurs occasions de se prononcer sur des demandes de règlement à l'amiable, par voies de transaction, clémence et acceptation d'engagements ⁽⁵⁾.

Cependant, le recours aux procédures alternatives est tiré de l'initiative privée des entreprises et dépend de leur volonté, ce qui rend la réussite de ces procédures incertaine et leur efficacité fait parfois débat.

II- L'efficacité économique des procédures alternatives : une efficacité risquée

L'introduction des procédures alternatives, en droit français, par la loi de 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ⁽⁶⁾, a illustré une recherche d'une amélioration de l'efficacité des politiques de concurrence, en introduisant les programmes de clémence, la procédure d'engagements et celle de non contestation des griefs (A). Cependant, l'efficacité de ces procédures peut être limitée par certains aspects pervers qu'elles présentent (B).

¹ Art. L. 464-8 du code de commerce, voir également l'arrêt *Canal 9* de la Cour de cassation précité.

² Conformément à l'article 11 du règlement CE n° 1/2003, les décisions acceptant des engagements et mettant en jeu le droit communautaire sont notifiées, trente jours avant leur adoption à la commission ou au réseau des autorités de concurrence européennes.

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial, *op.cit.*

⁴ Bruno LASSERRE, "La politique des engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles : premier pas et premier bilan en France", *op.cit.*

⁵ Voir autorité de la concurrence, *Rapport d'activité*, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁶ Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, *op.cit.*

A- Une efficacité à double sens

Les procédures dites négociées présentent de nombreux avantages, tant pour l'autorité de la concurrence que pour les entreprises. Elles peuvent être pour l'autorité un moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (1), en contre partie, un moyen d'échapper à la sanction pour les entreprises (2).

1- Un moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

Les procédures alternatives sont des instruments de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Elles sont intégrées pour faciliter la tâche de l'autorité de la concurrence qui est énorme, en même temps que les possibilités d'action sont contraignantes, notamment par la faiblesse des effectifs (1). En effet, l'aspect qui préside à l'adoption de ces procédures est de favoriser la détection des pratiques, en utilisant les auteurs des infractions eux-mêmes (a) ce qui permet d'économiser les procédures (b).

a- La détection des pratiques

Fondées sur la volonté des auteurs (2), les alternatives à la sanction visent la détection des pratiques illicites commises, par la dénonciation des auteurs eux-mêmes. Ces derniers sont appelés à collaborer parfaitement avec l'autorité de la concurrence et contribuer positivement à la détection de la pratique dénoncée.

Les dénonciations des demandeurs doivent apporter « une valeur ajoutée significative » (3), elles créent une incertitude supplémentaire pour les acteurs, du fait de la nouvelle possibilité stratégique qu'elles offrent aux partenaires de l'entente. Cette incertitude pèse donc positivement sur la perception que les contrevenants ont d'être détectés par les autorités. Ce point joue défavorablement sur la stabilité de la collusion (4). En revanche, il est raisonnable d'imaginer que les risques d'une investigation de l'autorité de la concurrence sont plus forts et les chances de déstabilisation des ententes sont ouvertes.

Malgré la vigueur des mécanismes d'investigation, la dénonciation s'avère plus efficace que les enquêtes, elle peut être un moyen d'interrompre les cartels (5). Depuis l'adoption de ces procédures, deux tiers de cartels punis par la commission

¹ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "L'efficacité des programmes de clémence", in les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements, atelier de la concurrence du 7 décembre 2005, *Revue concurrence et consommation*, n° 146, 2006, p. 43.

² Mehdi MEZAGUER, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'union européenne, un exercice transactionnel de l'autorité publique*, Thèses Bruylant, LGDJ, Paris, 2015, p. 337.

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, point 22, *op.cit.*

⁴ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "L'efficacité des programmes de clémence", *op.cit.* p. 45.

⁵ Anne TERCINET, "Le laboratoire du droit processuel de la concurrence", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 31, 2012, pp. 182-199

européenne ont été détectés grâce aux programmes de clémence ⁽¹⁾ que le nombre des cartels détectés et punis par an avait considérablement augmenté ⁽²⁾.

Aussi, les engagements proposés dans le cadre de la procédure d'engagements ne seront acceptés que s'ils sont de nature à mettre un terme aux préoccupations de la concurrence. Ils ont de bonnes chances d'être exécutés parce qu'ils sont l'œuvre des entreprises ⁽³⁾.

S'agissant des engagements proposés dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, l'autorité de la concurrence a également accepté certains d'entre eux ⁽⁴⁾.

De toute manière, les engagements sont clairement tournés vers le futur, dans les deux procédures, ils ne remédient pas aux troubles qui ont pu naître, mais propose des remèdes pour l'avenir ⁽⁵⁾.

Enfin, la bonne volonté des entreprises qui se manifestent par leur contribution et leur collaboration avec l'autorité de la concurrence permet à cette dernière de réduire au maximum le coût procédural.

b- L'économie de la procédure

L'efficacité de la procédure alternative se mesure à deux éléments essentiels, l'un est lié à la charge probatoire et l'autre à l'accélération des délais de traitement des affaires.

S'agissant de la charge probatoire, les procédures alternatives permettent de réduire la charge sur l'autorité de la concurrence, notamment que cette dernière dispose de ressources limitées qu'elle doit allouer de la meilleure façon possible. En contre partie, les entreprises possèdent des informations privées sur leur coût. Par ailleurs, même dans le cas où une pratique anticoncurrentielle est prouvée, les instruments et les remèdes dont elle dispose sont limités.

A titre d'exemple, dans la procédure de clémence, la charge probatoire revient aux demandeurs qui doivent apporter la preuve « sur un plateau » ⁽⁶⁾. Par contre, dans la procédure d'engagements, les demandeurs allègent la charge probatoire en se

¹ Audrey MARTY, L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe, *Revue des juristes de sciences Po.*, n° 6, 2012.

² Jean-Christophe RODA, "Programmes de clémence en droits interne et européen de la concurrence : états des lieux et perspectives" in *Dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 139-154.

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *Concurrences* n° 4, 2015, p. 19, www.concurrences.com

⁴ Autorité de la concurrence, Décision n° 15-D-8 du 5 mai 2015 relative à la commercialisation de la viande de volailles, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Laurent FLOCHEL, "De nouvelles politiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence", in *politique de concurrence, La Documentation française*, 2006, p. 247.

⁶ Eric DAVID, "L'incidence des procédures alternatives sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'autorité de la concurrence et la commission européenne", *Concurrences* n° 1, 2011, p. 67, www.concurrences.com.

contentant d'émettre des préoccupations de concurrence ⁽¹⁾. Ils économisent les débats concernant les éléments constitutifs de l'infraction dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, cette dernière suffit à établir l'existence de l'infraction au regard des contestataires en reconnaissant leur culpabilité.

Ces procédures permettent également d'accélérer l'instruction et le traitement des affaires. Par exemple, en phase d'enquête, la procédure de clémence permet à l'autorité de la concurrence « de savoir où chercher et quoi chercher » ⁽²⁾ dans un délai raisonnable. Au cours de cette phase, certaines règles procédurales sont simplifiées, tel que le contradictoire à un tour, c'est-à-dire consécutif à l'envoi de la notification des griefs. Donc la seconde phase de contradictoire est économisée, en ce qu'elle dispense de l'établissement d'un rapport.

Quant à la procédure d'engagements, elle permet de raccourcir l'instruction et de trouver rapidement des solutions aux problèmes identifiés. Elle permet également, dans la plupart des cas, d'économiser les recours juridictionnels ⁽³⁾.

Le recours aux procédures alternatives permet à l'autorité, à la fois, de gagner le temps et les ressources pour traiter plus d'affaires. Ces procédures aident au développement d'une culture de la concurrence, en ce que toutes associent l'entreprise au processus décisionnel et qu'elles les incitent, pour certaines, à rechercher des solutions efficaces ⁽⁴⁾.

Si les procédures alternatives dites négociées ou accessoires présentent des avantages qui renforcent l'efficacité de l'action de l'autorité de la concurrence, pour les entreprises, ces procédures leur permettent d'atteindre l'efficacité en échappant à la sanction.

2- Un moyen d'échapper à la sanction

L'attractivité des procédures alternatives réside dans « la recherche de solutions négociées qui offrent la possibilité d'apporter des gains mutuels à la fois aux entreprises impliquées dans des affaires de concurrence et aux autorités représentant l'intérêt des consommateurs et de l'économie en général » ⁽⁵⁾.

Le jeu de négociation avec l'autorité de la concurrence permet aux entreprises de mieux maîtriser les difficultés procédurales **(a)** et d'éviter le risque de sanction **(b)**.

¹ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 17.

² *Ibid.*

³ La Cour de justice de l'union européenne a expressément reconnu que cette procédure était inspirée « Pour des considérations d'économie de procédure », CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441/07p, *commission c/Alrosa*, point 35, www.curia.europa.eu

⁴ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 18.

⁵ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", in les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements, atelier de la concurrence du 7 décembre 2005, *Revue concurrence et consommation*, n° 146, 2006, p. 50.

a- La maîtrise partielle des difficultés procédurales

La chance de s'arranger au lieu d'être condamné illustre le principe « gagnant gagnant »⁽¹⁾, elle modifie le statut des entreprises en les faisant participer au traitement de l'affaire. Cette participation exprime la bonne volonté qui « peut incliner l'autorité de poursuites à moins de sévérité ou de zèle dans l'établissement du champ de l'infraction »⁽²⁾.

La participation des entreprises au règlement de l'affaire à l'amiable, non seulement elle leur permet l'économie de la procédure en dehors de la justice, et de régler les problèmes plus rapidement possible avec moins de frais, tout en préservant leur réputation⁽³⁾, mais elle leur donne aussi un sentiment positif qu'elles ont la capacité d'influencer sur la prise de décision.

L'accompagnement de l'autorité de la concurrence au cours des différentes étapes de l'affaire permet aux entreprises de mieux comprendre les procédures à suivre et de bénéficier à chaque fois de ses avantages.

Cependant, la maîtrise procédurale reste relative, c'est-à-dire l'entreprise dénonciatrice peut se retrouver face à des conséquences non souhaitables. Par exemple, sa dénonciation peut avoir un coût financier, comme elle peut l'exposer à des actions civiles ou pénales⁽⁴⁾.

Le risque s'étend également à l'entreprise qui prend des engagements au-delà du nécessaire. La mise en place d'un programme de conformité constitue une très forte contrainte pour l'entreprise, compte tenu des conditions qui sont posées à son efficacité⁽⁵⁾.

De toute manière, la maîtrise de la procédure peut être un avantage, si elle est bien exploitée par les entreprises qui doivent être des négociateurs de haute qualité, pour pouvoir mieux gérer le risque de sanction.

¹ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 20.

² *Ibid.* p. 21.

³ Les poursuites en justice peuvent porter atteinte à la réputation de l'entreprise et être une mauvaise publicité pour elle. Sur la publicité négative, voir Denis WAELBROECK, "Le développement en droit européen de la concurrence de procédures négociées : que va-t-il rester aux juges ? Pour une justice efficiente en Europe", *La Gazette du Palais* n° 22 au 26, 2008.

⁴ Flavio LAINA, Frédéric PUEL, Laurent. FRANÇOIS-MARTIN & Philip LOWE "Politique de clémence et lutte contre les cartels", Forum de conférence européen, 28 avril 2006, *Concurrences* n° 3, 2006, pp. 73-84.

⁵ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 21.

b- La non déclaration de culpabilité et l'octroi d'une immunité de sanction

Gouvernées par la volonté des entreprises ⁽¹⁾, les procédures alternatives, tellement fondées sur la négociation, permettent de chercher des arrangements mutuellement avantageux entre les entreprises et l'autorité de la concurrence. L'idée d'un arrangement entre une entité qui a commis un délit et l'autorité qui est sensée devoir la sanctionner peut conduire à une plus grande efficacité ⁽²⁾.

En effet, lorsque les engagements proposés sont acceptés et respectés par les entreprises, la procédure sera clôturée, sans qu'aucun constat d'infraction ne soit effectué. Cet avantage a été rappelé par la Cour de cassation en 2015, qui considère que la décision acceptant des engagements ne constate ni le caractère anticoncurrentiel d'une pratique, ni la conformité à la concurrence des pratiques n'ayant pas fait l'objet de préoccupation de concurrence ⁽³⁾.

Donc, l'entreprise qui s'engage n'est non seulement pas sanctionnée, mais elle n'est même pas déclarée coupable. Cela peut diminuer les risques de poursuites judiciaires.

En revanche, dans la procédure de clémence, l'entreprise sera condamnée et déclarée coupable d'avoir participé à la pratique, mais elle sera récompensée de sa dénonciation par l'octroi d'une immunité totale de la sanction ou partielle par la réduction de l'amende ⁽⁴⁾.

Enfin, ces diverses procédures allègent, à des degrés différents, les charges pécuniaires au moins et offrent d'autres avantages aux entreprises et à l'autorité de la concurrence. En ce sens, l'efficacité recherchée par les deux parties est relativement atteinte, mais par deux voies contradictoires, qui sont la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles du côté de l'autorité de la concurrence et la fuite aux sanctions du côté des entreprises.

Cette situation paradoxale peut nuire à l'efficacité des procédures alternatives et faire courir un risque au résultat attendu.

B- Les limites à l'efficacité des procédures alternatives

L'adoption des procédures alternatives en droit français de la concurrence a suscité des incertitudes majeures. Malgré les avantages que présentent ces outils, les

¹ « Ces programmes sont l'illustration tangible de stratégies de gouvernance volontaristes », autorité de la concurrence, Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

² Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", *op.cit.*, p. 49 et 50.

³ Cour de cassation, chambre commerciale, Pourvoi n° 14-10.792 du 12 mai 2015, www.courdecassation.fr

⁴ Laurence IDOT, Thierry DAHAN & Mélanie Thill-TAYARA, "Non contestation des griefs, transaction et réduction des sanctions : actualité de la pratique française et européenne", *Concurrences*, 17 décembre 2014, www.concurrences.com/

spécialistes du domaine n'ont pas manqué de les critiquer et de relever leurs inconvénients.

Bien que les motifs d'inquiétude se diffèrent d'un auteur à un autre, cette remise en cause peut jouer négativement sur leur efficacité. En effet, les raisons de s'en méfier sont nombreuses, elles peuvent être rangées en deux catégories : celles qui sont d'ordre juridique (1) et celles qui sont d'ordre pratique (2).

1- Des contraintes juridiques

En droit de la concurrence, les procédures alternatives dites négociées offrent aux entreprises une incitation au non respect des règles du droit de la concurrence ⁽¹⁾. Ce risque de non respect de la règle est l'un des obstacles majeurs à l'efficacité de ces procédures, il se renforce par la marginalisation de la sanction (a). L'efficacité de ces procédures peut être également menacée par les incertitudes procédurales qui les entourent (b) et le risque des recours privés qui peuvent être engagés par autrui (c).

a- La marginalisation de la sanction

Parmi les avantages dont bénéficient les entreprises, lorsqu'elles recourent aux alternatives, l'échappement à la sanction, voire à la condamnation.

Certes la procédure de clémence ne met que partiellement à l'abri de la sanction, mais elle permet d'échapper, au moins pour partie, à ses conséquences ⁽²⁾. Cette possibilité d'évitement peut encourager les entreprises à participer à un cartel puisqu'il sera toujours possible de dénoncer et donc d'échapper.

Cependant, cette menace de l'efficacité peut être diminuée en admettant que l'entreprise qui dénonce n'a aucune assurance d'être la première. De plus, les décisions de clémence accordent certes l'immunité au premier et des réductions de sanction aux suiveurs, mais les amendes globalement prononcées restent considérables et le risque d'être sanctionné demeure ⁽³⁾.

En revanche, dans le cadre de la procédure d'engagements, la sanction est clairement écartée. En clôturant la procédure, aucun constat de culpabilité n'est dressé. Selon un auteur, la dissuasion est affaiblie, « le développement des procédures négociées peut conduire à une perte de pouvoir dissuasif de la sanction » ⁽⁴⁾.

¹ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", *op.cit.*, p. 54.

² Guy CANIVET, "Propos conclusifs", in *Clémence et transaction en matière de concurrence. Premières expériences et interrogations de la pratique*, acte du colloque du 19 janvier 2005, www.creda.cci.fr/. Les actes de ce colloque ont fait l'objet d'une publication dans la *Gazette du Palais* n° 287 à 288 du 14-15 octobre 2005, p. 79.

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 23.

⁴ Olivier SAUTEL, "La pertinence d'une procédure d'engagements en matière de contentieux : une analyse économique et son application au cas de L'iphone", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, p. 89.

Par conséquent, la marginalisation de la sanction aux termes de Guy CANIVET « modifie la distance entre le licite et l'illicite »⁽¹⁾. Elle organise un rapprochement entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie par l'emploi de la discussion à la place de la poursuite⁽²⁾.

Cette proximité crée une situation confortable pour les entreprises, suffisamment informées, capables de résister et de s'imposer ce qui peut conduire à l'affaiblissement des pouvoirs de l'autorité de la concurrence et nuire à l'efficacité de sa politique.

En contrepartie, les entreprises sont confrontées aux incertitudes qui entourent le processus procédural.

b- Des incertitudes procédurales

Bien que les procédures négociées permettent aux entreprises de construire une stratégie procédurale en leur laissant la possibilité de faire le choix qu'elles jugent adéquats, prendre des engagements ou la dénonciation⁽³⁾, mais elles ne les immunisent, en aucun cas, des autres risques procéduraux.

Le pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité de la concurrence constitue un risque majeur auquel les entreprises sont confrontées. Ce pouvoir se manifeste au cours des diverses phases de la procédure alternative.

Le premier risque qui résulte du pouvoir d'appréciation tient au fait que l'autorité de la concurrence n'est pas liée par la proposition du rapporteur général⁽⁴⁾. L'accord établi entre ce dernier et l'entreprise demanderesse ne peut être considéré que comme un acte préparatoire, il s'agit d'un rapport sous forme d'un procès verbal. Il contient les éléments de preuve apportés par l'entreprise et la solution proposée par le rapporteur.

Le rapport est transmis à l'autorité de la concurrence pour prendre sa décision, soit par la confirmation de la solution proposée ou le refus. Par ailleurs, même dans le cas de confirmation, l'autorité n'est pas tenue par la proposition du rapporteur, elle peut la modifier.

¹ Guy CANIVET, "Propos conclusifs", *op.cit.*, p. 79.

² Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 23.

³ Sur ce point, voir Anne PERROT, "La mise en œuvre des procédures négociées : aspects économiques et pratiques de l'autorité de la concurrence", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 47-58 ; Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 59-81.

⁴ Voir Cour de cassation, chambre commerciale, pourvoi n° 04-19102 du 22 novembre 2005, société *Dexxon Data Media*, www.courdecassation.fr

Le second risque a trait à la prévisibilité des sanctions et au taux de réfaction ⁽¹⁾, notamment que l'autorité peut appliquer conjointement les procédures simplifiées ⁽²⁾, ce qui peut causer par conséquent une interaction avec les procédures alternatives. Cette application conjointe peut contrebalancer le risque de négociation portant sur le taux de réfaction.

Sur le plan procédural, d'autres faits générateurs y concourent : ces procédures « font glisser le contentieux du terrain de la répression vers celui de la régulation » ⁽³⁾. Ce glissement a conduit à d'autres faiblesses procédurales, tel que le principe de l'égalité des armes. Cette égalité qui repose sur le principe de contradictoire semble amoindrie.

L'application des procédures alternatives suppose une reconnaissance expresse de culpabilité, ce qui suppose, en contrepartie, la déchéance des droits de défense.

Il est à noter aussi que, au motif du caractère consensuel des procédures alternatives, le contrôle juridictionnel est fortement négligé. Cependant, cette critique ne peut être exagérée dans la mesure où la faculté de recourir au juge par les tiers reste ouverte.

c- Les recours privés

Bien que le recours aux procédures alternatives n'engage que l'entreprise demanderesse, les effets qui y en découlent peuvent s'étendre aux tiers. Il s'agit des victimes des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, le recours aux alternatives n'a aucune incidence sur la possibilité pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation du préjudice causé ⁽⁴⁾. En revanche, les entreprises sont responsables du dommage qu'elles ont subi du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle ⁽⁵⁾.

Dans ce cadre, la commission européenne n'a pas hésité à inciter les victimes des pratiques anticoncurrentielles à se tourner vers les juridictions pour obtenir réparation de leur préjudice ⁽⁶⁾.

Les exonérations de sanction que l'autorité peut accorder aux entreprises, ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. L'article L. 420-6 du code de commerce dispose que « *est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait, pour toute*

¹ Sur ce point, voir Florent VENAYRE, "La détermination des sanctions dans les ententes sur appel d'offres en l'absence de contestation des griefs", *Revue Lamy de la concurrence*, vol. 28, 2011, pp. 15-22.

² Voir l'art. L.463-3 du code de commerce, *op.cit.*

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 30.

⁴ Ce droit est reconnu même aux organismes professionnels, voir l'art. L. 470-7 du code de commerce, *op.cit.*

⁵ Voir l'art. L. 481-1 du code de commerce tel que modifié par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêt du fait des pratiques anticoncurrentielles, *op.cit.*

⁶ Voir à titre d'exemple le Communiqué de presse de la commission européenne, IP/05/1656 du 21 décembre 2005, www.europa.eu/rapid/search-result.htm?sort=eventDate&keywords

personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2... ».

Le risque pénal énoncé aux dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce peut être relativisé, car il s'agit de cas dans lesquels l'instigateur de l'entente avait exercé une contrainte ou avait fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les maintenir ⁽¹⁾.

Au final, ces contraintes juridiques quoiqu'elles semblent véritables, l'aspect pratique joue aussi sur l'efficacité des procédures alternatives.

2- Des contraintes pratiques

La mise en œuvre des procédures alternatives soulève d'autres difficultés qui peuvent amoindrir leur efficacité. Les conditions de coopération avec l'autorité de la concurrence **(a)** et la confidentialité de la démarche **(b)** sont de véritables obstacles qu'il convient de ne pas négliger.

a- Des difficultés relatives aux conditions de coopération avec l'autorité de la concurrence

Le bénéfice de l'immunité de sanction suppose de fournir à l'autorité de la concurrence toutes les informations et tous les éléments de preuves indispensables, et suppose généralement l'audition des représentants légaux des entreprises et ses salariés actuels, ou anciens ⁽²⁾.

Cependant, la recherche de la preuve au sein de l'entreprise est difficile pour deux raisons essentielles : la première est relative à l'obtention de la coopération d'anciens employés qui sont, soit partis à la retraite, soit dans une autre entreprise. Ces anciens employés n'ont pas d'intérêt à coopérer pour le compte de leurs anciens employeurs ⁽³⁾. Par ailleurs, même les employés actuels, qui ne sont pas forcément d'accord sur la stratégie de la dénonciation engagée par le dirigeant, peuvent refuser de coopérer ⁽⁴⁾.

La seconde raison tient à la cession de l'activité litigieuse à une autre entreprise. En ce cas, il est possible que les documents aient soit été détruits soit transférés.

L'entreprise dénonciatrice, non seulement elle s'engage à fournir tous les éléments de preuves, mais elle doit arrêter sa participation aux pratiques anticoncurrentielles. La cessation des pratiques implique la dénonciation d'un contrat

¹ Christophe LAMAIRE, Denis LESCOP, Irène LUC & Nadine MOUY, *Etude thématique, Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence*, n° 176, www.autoritedelaconcurrence.fr

² Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", in Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, p. 70.

³ Autorité de la concurrence, *Étude relative au programme de clémence français*, Paris, 15 avril 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", *op.cit.*, p. 71.

en dehors des cas prévus par celui-ci. Le cocontractant peut invoquer la responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies ⁽¹⁾ et demande au juge des référés la continuation pour éviter le dommage imminent ⁽²⁾.

Enfin, la crainte à la désorganisation de l'entreprise, à la mobilisation des salariés, les coûts liés à d'éventuels licenciements ou poursuites,...est un véritable facteur qui joue sur l'efficacité de la procédure alternative.

La pratique témoigne également de la difficulté d'approcher des employés soupçonnés d'avoir participé à l'infraction tout en évitant le risque de divulgation.

b- Des difficultés liées à la confidentialité de la procédure

Le maintien de la confidentialité de la démarche afin de préserver l'efficacité de la procédure engagée est l'un des éléments incitatifs dans les procédures alternatives. Elle suppose l'incommunicabilité des documents de l'autorité de la concurrence à la justice ou aux tiers.

Aux termes de l'article 11 du code de procédure civile « *Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.* ». Cependant, la demande de communication des pièces peut être rejetée par l'autorité sous le motif de la défense d'un intérêt légitime. La nécessité de préserver l'efficacité de la procédure alternative peut constituer « *un empêchement légitime* » à la transmission du document. Cette dernière qui prend la qualification de divulgation punie à l'article 226-13 du code pénal ⁽³⁾.

Toutes ces garanties n'éliminent pas complètement le risque de divulgation, cela se confirme lorsqu'une entreprise décide de se retirer de la procédure.

Le maintien de la confidentialité peut être également brisé au cours de la mise en oeuvre des mesures d'enquête, lorsque, par exemple, une entreprise demande la réalisation d'une enquête afin de ne pas être dépistée trop tôt, ce qui risquerait d'entraîner soit la disparition des preuves, soit des représailles ⁽⁴⁾.

L'efficacité des procédures alternatives peut être aussi menacée par le désengagement des entreprises et leur recul, ce qui conduit à la cession de la coopération avec l'autorité de la concurrence et par conséquent à l'échec de la procédure alternative.

A cet effet, le suivi des engagements demeure indispensable pour le maintien de la concurrence. L'autorité doit disposer de tous les moyens nécessaires pour le faire, mais sans recourir à nouveau aux sanctions pécuniaires élevées.

¹ Voir l'art. L. 442-6 du code de commerce, *op.cit.*

² Jean-Bertrand DRUMMEN, "Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence", JCP, (E), n° 18-19, 2009, p. 27.

³ L'art. L. 463-6 du code de commerce, *op.cit.*

⁴ Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", *op.cit.*, p. 70.

Quant aux incertitudes qui entourent les procédures alternatives, leur impact sur l'efficacité est relatif. D'un point de vue économique, « pour rendre plus aléatoire le gain exempt des pratiques anticoncurrentielles et majorer le risque de la sanction, il faut créer l'incertitude de la dénonciation... »⁽¹⁾.

Conclusion

Il est incontestable que le retour à la négociation de la sanction par l'adoption des procédures alternatives constitue une mutation considérable en droit français de la concurrence, ce droit étant à l'origine un droit répressif qui devient progressivement un droit relativement négocié⁽²⁾.

Sans s'attarder sur les soucis d'efficacité qui peuvent être estimés comme coûts équivalents aux avantages de négociation ou des concessions mutuelles, les procédures alternatives sont vivement qualifiées d'outils irremplaçables pour améliorer l'efficacité de la politique de la concurrence à moindre coût.

En effet, les chiffres attestent le succès qu'ont connu ces procédures depuis leur introduction⁽³⁾, ce qui incite à une réflexion plus réaliste pour envisager une meilleure politique négociée avec moins de risques.

A cet effet, il revient au législateur de mettre des lignes lisibles, claires et précises en identifiant les questions juridiques relatives aux procédures alternatives. Il appartient également à l'autorité de la concurrence d'instaurer une pratique décisionnelle plus constante, de dégager une position visible sur la politique de sanction et de prouver son savoir faire. Les entreprises sont aussi appelées à fonctionner avec un degré de professionnalisme élevé.

En définitive, la mise en œuvre d'un contrôle, voire un suivi, juridictionnel plus efficace s'avère indispensable, non seulement par les recours ordinaires contre les décisions, de clémence et d'engagements, mais par l'accompagnement de l'autorité de la concurrence au cours de la procédure alternative.

¹ Guy CANIVET, "Propos conclusifs", *op.cit.*, p. 80.

² « Le droit de la concurrence ne peut et ne doit surtout pas devenir un droit entièrement négocié », Bruno LASSERRE, "La non contestation des griefs en droit français de la concurrence", *Concurrences*, n° 2, 2008.

³ Voir autorité de la concurrence, *rapport d'activité*, www.autoritedelaconcurrence.fr