

Autorité de la concurrence



Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction

Préambule : objectifs de la procédure de transaction

Le recours à la procédure de transaction permet à l'entreprise ou l'organisme (ci-après, ensemble, une « entreprise ») mis en cause de conclure la procédure plus rapidement, de réaliser des gains procéduraux, et lui apporte une prévisibilité renforcée sur la sanction encourue. L'entreprise mise en cause recourt à la procédure de transaction pour des raisons qui lui sont propres, dont elle n'a pas à faire état. En sollicitant le bénéfice de la procédure de transaction, l'entreprise mise en cause peut toutefois, le cas échéant, mettre en avant son attitude constructive et s'engager plus rapidement dans la voie d'une mise en conformité de ses pratiques avec le droit de la concurrence.

Du point de vue de l'Autorité de la concurrence, le recours à la procédure de transaction peut lui permettre d'obtenir un gain procédural au regard de l'utilisation de l'ensemble de ses ressources et de ses moyens. En outre, la transaction est de nature à faciliter l'adoption de décisions dans des délais réduits par rapport à ceux de la procédure de droit commun, et permet des gains sur les moyens consacrés aux éventuels recours contentieux.

I- Le cadre juridique

1. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a modifié les dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, en créant une nouvelle procédure de transaction qui a remplacé l'ancienne procédure de non-contestation des griefs.
2. Le III de l'article L. 464-2 prévoit désormais : *« lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction ».*
3. La nouvelle procédure de transaction est applicable aux procédures dans lesquelles des griefs ont été notifiés postérieurement au 7 août 2015, en vertu des dispositions d'entrée en vigueur figurant à l'article 218 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.
4. Comme l'a relevé le communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité, l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions

législatives, qui abrogent les anciennes dispositions relatives à la procédure de non-contestation de grief, a rendu caduc le communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs.

5. Le présent communiqué a pour objet de préciser les conditions de mise en œuvre de la nouvelle procédure de transaction. Il explique, en tenant compte de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en la matière, les modalités suivies en pratique par l'Autorité lorsqu'elle met en œuvre cette procédure.
6. Le présent communiqué revêt le caractère de lignes directrices au sens de la jurisprudence administrative. Il est opposable à l'Autorité, sauf circonstances particulières ou raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter.

II- Le champ d'application

7. Il résulte des dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce que les affaires susceptibles de donner lieu, le cas échéant, à la mise en œuvre de la procédure de transaction prévue au III de cet article sont celles qui sont relatives aux infractions aux règles de concurrence prévues par les articles L. 410-3, L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 du code de commerce et par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE ») et dans lesquelles des griefs ont été notifiés à un(e) ou plusieurs entreprise(s), en application de l'article L. 463-2 du même code.
8. La procédure de transaction peut être mise en œuvre conjointement avec la procédure de clémence prévue au IV de l'article L. 464-2 du code de commerce. S'il l'estime opportun, notamment au regard du comportement de l'entreprise ayant obtenu le bénéfice conditionnel de la procédure de clémence et de l'objectif de simplification et d'accélération des procédures, le rapporteur général peut proposer la mise en œuvre de la procédure de transaction à une entreprise bénéficiant du programme de clémence. L'entreprise qui sollicite le recours à la transaction conserve, dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de transaction, le bénéfice de l'avis de clémence.
9. Si ces deux procédures s'inscrivent dans une démarche de coopération de la part des entreprises concernées, elles ne contribuent pas toutefois dans les mêmes proportions à l'établissement des faits et au traitement des affaires. Alors que la mise en œuvre de la procédure de clémence permet de révéler l'existence d'une pratique à l'Autorité, d'en établir la réalité et d'en identifier les auteurs, la procédure de transaction intervient après que les services d'instruction ont notifié des griefs aux entreprises concernées, sur la base de l'enquête qu'ils ont réalisée. Pour ces raisons, le bénéfice qui résulte pour une entreprise de la mise en œuvre d'une procédure de transaction ne peut être équivalent au bénéfice d'une exonération, totale ou partielle, de sanction accordée au titre de la clémence.

III- La demande de mise en œuvre de la procédure de transaction

10. Il appartient à l'entreprise destinataire d'une notification de griefs de déterminer si elle souhaite renoncer à contester les griefs et solliciter, auprès du rapporteur général, la mise en œuvre de la procédure de transaction, sans avoir à expliquer les raisons d'une telle

démarche. Une information préalable sur le déroulement de la procédure peut avoir lieu à cette fin, à l'initiative du rapporteur général, y compris avant l'envoi de la notification de griefs. L'entreprise en cause peut, de son côté et dès avant l'envoi de la notification de griefs, se rapprocher des services d'instruction de l'Autorité afin d'explorer la possibilité de recourir à cette procédure.

11. L'entreprise qui souhaite bénéficier de la procédure de transaction doit en faire la demande au rapporteur général le plus rapidement possible afin qu'un procès-verbal de transaction puisse être signé dans les deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs. L'Autorité n'entend pas prendre en considération les demandes n'ayant pas abouti à l'expiration de ce délai, sauf circonstances exceptionnelles.
12. Si l'entreprise souhaite proposer, en outre, des engagements, sa demande de transaction doit en faire état et être accompagnée des éléments nécessaires pour permettre au rapporteur général d'apprécier le caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces propositions.

IV- Les conditions d'éligibilité à la procédure de transaction

13. L'entreprise qui décide de solliciter le bénéfice de la procédure de transaction doit renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés. Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 29, prend la forme d'une déclaration par laquelle son auteur indique, en des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de grief, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques doit porter à la fois sur leur matérialité, sur leur durée, sur leur champ géographique et sur la participation de l'intéressé aux pratiques. La renonciation à contester la qualification juridique des faits doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction et, en particulier, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la pratique.
14. La renonciation à contester les griefs implique nécessairement que l'entreprise en cause ne conteste ni la régularité ni le bien-fondé de la notification de griefs. Si l'intéressé, qui a volontairement fait le choix de renoncer à contester les griefs, présente ultérieurement des arguments remettant en cause, directement ou indirectement, la validité, tant sur le fond que sur la forme, de la notification de griefs, le collège de l'Autorité considérera que l'intéressé renonce au bénéfice de la transaction telle qu'elle résulte du procès-verbal signé avec le rapporteur général.
15. L'entreprise conserve néanmoins la faculté de présenter des observations sur les éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire qui pourrait être prononcée à l'intérieur de la fourchette retenue par le procès-verbal de transaction, dès lors que ces observations sont conformes aux principes rappelés au point précédent.
16. Le fait de renoncer à contester les griefs ne constitue, en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité de la part de l'intéressé¹.

¹ En ce sens, voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008, n° 2006/07820, *Le Goff Confort SAS et a.* à propos de la procédure de non-contestation des griefs.

V- Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction

a- L'appréciation de l'opportunité du recours à la transaction

17. Le rapporteur général n'est pas tenu de donner une suite favorable à une demande de mise en œuvre de la procédure de transaction. Conformément aux dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité du recours à cette procédure dans une affaire déterminée et sur la pertinence de chaque demande présentée par une entreprise. L'existence d'échanges entre le rapporteur général et l'entreprise ayant sollicité le bénéfice de la procédure de transaction ne préjuge en rien de la suite de la procédure.
18. Le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, au regard des éléments propres à chaque affaire et à chaque demande de mise en œuvre de la procédure de transaction. Ces éléments tiennent, en outre, à l'apport susceptible de résulter de la mise en œuvre de la procédure de transaction en termes, notamment, d'accélération et de simplification du traitement du dossier.
19. Dans le cas où les griefs sont imputés à plusieurs entreprises, le nombre de parties mises en cause souhaitant bénéficier de la procédure de la transaction est également un élément pertinent. En effet, les avantages liés à la mise en œuvre d'une telle procédure à l'égard d'une ou plusieurs parties sont généralement plus réduits lorsque, dans la même affaire, une ou plusieurs autres parties contestent les griefs notifiés. L'Autorité entend donc, de façon générale, privilégier la mise en œuvre de la procédure de transaction dans les affaires dans lesquelles l'ensemble des parties renoncent à contester les griefs et sollicitent le recours à une telle procédure.

b- Les discussions préparatoires

20. Lorsque le rapporteur général estime qu'une affaire se prête à la mise en œuvre de la procédure de transaction et qu'il reçoit des demandes en ce sens de la part d'une ou plusieurs parties, il peut nouer des discussions avec chacun des intéressés, en particulier sur la réduction de sanction susceptible de découler de la mise en œuvre de la procédure de transaction. Le rapporteur général peut informer les autres destinataires de la notification de griefs de l'existence de discussions en cours avec une ou plusieurs entreprises en cause, en vue de la signature d'un procès-verbal de transaction. Il reste libre de mettre fin à ces discussions à tout moment, tout comme les entreprises concernées ont la possibilité de renoncer à poursuivre la procédure.
21. Dans ce cadre, il appartient au rapporteur général de s'assurer que la renonciation à contester les griefs de la part de chaque entreprise concernée est à la fois claire, complète, dépourvue d'ambiguïté et inconditionnelle. À défaut, il peut mettre fin à la procédure de transaction.
22. En ce qui concerne la détermination de la fourchette de sanction, les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le communiqué du 16 mai 2011 de

l'Autorité peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises concernées.

23. Dans le cas où l'entreprise en cause a, en outre, proposé des engagements, il appartient au rapporteur général d'apprécier s'il est pertinent de les prendre en compte au regard des circonstances particulières de l'affaire et, notamment, de la nature des griefs retenus. Si tel est le cas, le rapporteur général s'assure ensuite du caractère substantiel, crédible et vérifiable des engagements proposés.
24. Aucun document ou pièce transmis par les parties et se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction ne sera versé au dossier d'instruction. Il en va de même lorsque la procédure mise en œuvre n'a pas abouti à la signature d'un procès-verbal de transaction. En outre, le procès-verbal de transaction signé par une entreprise n'est pas communicable aux autres parties à la procédure non plus qu'à des tiers².

c- La signature du procès-verbal

25. S'il estime que la transaction peut être mise en œuvre, le rapporteur général soumet à l'entreprise concernée une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Le montant de la réduction de sanction attachée à la mise en œuvre de la procédure de transaction n'est pas prédéterminé. Il dépend des circonstances de chaque espèce.
26. Lorsque l'entreprise a obtenu le bénéfice conditionnel de la procédure de clémence, le rapporteur général tient dûment compte de l'avis de clémence et de l'apport du demandeur de clémence à l'instruction lorsqu'il établit sa proposition de transaction.
27. S'il estime pertinent de proposer à l'Autorité de rendre obligatoire les engagements présentés par l'entreprise, le rapporteur général en tient également compte dans sa proposition de transaction.
28. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'entreprise en cause donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général lui indique qu'il proposera à l'Autorité de prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées par la transaction.
29. L'accord entre l'entreprise en cause, d'une part, et le rapporteur général, d'autre part, est consigné dans un procès-verbal de transaction. Ce procès-verbal contient la déclaration de non-contestation des griefs évoquée au point 13 ci-dessus. Le cas échéant, il contient également le texte du dernier état des engagements proposés par l'intéressé. Il indique, enfin, la proposition de montant minimal et de montant maximal de sanction que le rapporteur général présentera au collège. La signature du procès-verbal par l'intéressé et le rapporteur général doit intervenir, sauf circonstances exceptionnelles, dans un délai de deux mois à compter de la notification des griefs, comme prévu au point 11.
30. Le rapporteur général peut informer les autres parties mises en cause de la signature d'un procès-verbal, lorsqu'elles n'ont pas sollicité la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, afin de leur permettre de déterminer si elles souhaitent présenter une demande à cette fin, dans le délai prévu au point 11 ci-dessus.

² Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 juillet 2017, n° 2017/07296, *Direct Energie*

31. Conformément aux dispositions de l'article R. 464-4 du code de commerce, le rapporteur général informe, trois semaines au moins avant la séance, l'ensemble des parties et le commissaire du Gouvernement qu'il va proposer à l'Autorité de faire application du III de l'article L. 464-2 du même code.

VI- La décision du collège

32. Le collège, saisi d'une affaire ayant donné lieu à l'application de la procédure de transaction examine, d'une part, les faits et les griefs notifiés, et, d'autre part, le procès-verbal de transaction. S'il estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction sont réunies, il prononce une sanction comprise dans les limites de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction. En déterminant ce montant, il tient le cas échéant compte du respect des conditions prévues par l'avis de clémence et de l'apport du demandeur de clémence à l'instruction.
33. Si au regard, d'une part, des faits et des griefs notifiés, et, d'autre part, du procès-verbal de transaction, le collège estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction dans la fourchette indiquée dans le procès-verbal de transaction ne sont pas réunies ou que le ou les griefs ne sont pas fondés, il peut décider d'un renvoi à l'instruction selon la procédure de droit commun. Ce renvoi à l'instruction rend alors caduc le procès-verbal de transaction précédemment signé.
34. Avant de statuer, l'Autorité vérifie que la déclaration par laquelle l'intéressé renonce à contester les griefs répond à toutes les conditions décrites aux points 13 et 14 ci-dessus. Le non-respect d'une de ces conditions fait obstacle à la mise en œuvre de la procédure de transaction et entraîne le retour à la procédure de droit commun prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce.
35. Lorsque la procédure de transaction concerne plusieurs entreprises mises en cause, le collège peut décider d'organiser la séance en deux temps. La première partie de la séance du collège peut, dans ce cadre, être commune à toutes les entreprises mises en cause. Elle porte sur les griefs notifiés ainsi que sur les faits et la qualification des pratiques.
Lors d'une deuxième partie de la séance, chacune des entreprises ayant signé un procès-verbal de transaction est entendue par le collège, en présence du commissaire du Gouvernement, et hors la présence des autres mis en cause. L'entreprise peut alors faire part de ses observations sur la fixation du montant de la sanction au sein des limites prévues par le procès-verbal de transaction, sans que ses observations puissent remettre en cause, de quelque manière que ce soit, les faits et qualifications retenues par la notification des griefs.
36. Dans les cas où un saisissant est présent à la procédure, et bien que les dispositions du code de commerce ne le prévoient pas, l'Autorité peut, si elle le juge utile, autoriser le saisissant à assister à la première partie de la séance et à présenter des observations. Dans cette perspective, le collège peut transmettre au saisissant le texte des engagements proposés par l'entreprise concernée. Le saisissant n'assiste pas à la deuxième partie de la séance consacrée à l'examen du montant de la sanction de chaque entreprise.
37. Pour chaque entreprise bénéficiant de la procédure de transaction, l'Autorité détermine le montant de la sanction pécuniaire en faisant application des critères et plafond légaux

figurant au I de l'article L. 464-2 du code de commerce. Si les principes de détermination des sanctions pécuniaires dont s'inspire le communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité peuvent constituer un point de référence pertinent lorsque s'engage la discussion entre le rapporteur général et les entreprises en vue de la signature du procès-verbal de transaction, en revanche, la méthode de détermination des sanctions décrite dans ce communiqué n'a pas vocation à être mise en œuvre dans la décision du collège, qui prononce une sanction à l'intérieur de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction.

38. Lorsque le rapporteur général lui a également proposé de tenir compte d'engagements souscrits par l'intéressé, le collège vérifie que ces engagements sont substantiels, crédibles et vérifiables. Dans le cas où le collège estime en séance que les engagements ne sont pas acceptables en l'état, mais que l'entreprise propose des modifications permettant qu'ils le deviennent, le collège peut rendre obligatoires les engagements ainsi améliorés et prononcer une sanction pécuniaire tenant compte du montant minimal et du montant maximal figurant dans le procès-verbal de transaction.