



OBSERVATIONS DE L'APDC SUR LE PROJET DE COMMUNIQUE DE PROCEDURE RELATIF A LA NON-CONTESTATION DES GRIEFS

A la suite de la publication le 16 mai 2011 du Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, l'APDC tient à saluer l'initiative prise par l'Autorité de la concurrence d'élaborer deux nouveaux documents publics, l'un relatif aux programmes de conformité aux règles de concurrence et l'autre concernant la procédure de non-contestation des griefs (le "**Projet de Communiqué**"), les commentaires de l'APDC qui suivent portant sur ce dernier texte.

Dix ans après son introduction par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, il apparaît en effet aujourd'hui essentiel pour les opérateurs économiques de mieux cerner les contours de la procédure de non-contestation des griefs et les conditions de sa mise en œuvre, afin de bénéficier d'un degré de prévisibilité accru quant à la réduction de sanction pécuniaire à laquelle ils peuvent prétendre.

Les textes régissant la non-contestation des griefs étant assez généraux, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence ont été amenés, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, à fixer dans leur pratique décisionnelle une partie des règles de procédure. Aussi le Projet de Communiqué présente-t-il l'avantage de synthétiser cette pratique de l'Autorité de la concurrence depuis 2001 telle qu'elle a pu être précisée par les juridictions de contrôle.

L'APDC se félicite par ailleurs de constater que le Projet de Communiqué s'efforce d'accroître la prévisibilité de l'application des règles de procédure au bénéfice des entreprises, étant particulièrement sensible à la volonté affichée par l'Autorité de la concurrence d'une plus grande transparence sur cette importante question.

Elle remercie enfin l'Autorité de la concurrence pour l'organisation d'une consultation publique permettant d'associer les parties intéressées au processus d'adoption de ces lignes directrices en recueillant, en amont, leur point de vue.

Les observations et suggestions de l'APDC suivent les principaux axes développés par le Projet de Communiqué et s'organisent comme suit :

- les objectifs et l'intérêt de la non-contestation des griefs (I.) ;
- le domaine et le contenu de la procédure (II.) ;
- le déroulement de la procédure devant les services d'instruction (III.) ; et
- la prise de décision par le collège, son suivi et sa mise en œuvre (IV.).

I. Objectifs et intérêt de la non-contestation des griefs

1. L'APDC souhaite formuler quelques remarques relatives à la nature juridique du Communiqué et aux conséquences en découlant (**A.**), au rôle de l'organisme ou de l'entreprise sollicitant le bénéfice de la mise en œuvre de l'article L. 464-2, III du code de commerce vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence (**B.**), aux conséquences de la mise en œuvre de cette procédure pour l'organisme ou l'entreprise en cause (**C.**), aux effets procéduraux de la non-contestation des griefs (**D.**) et à l'application cumulative de cette procédure avec la procédure de clémence (**E.**).

A. La nature juridique du Communiqué

2. L'APDC observe que l'Autorité de la concurrence ne précise ni la nature juridique du Communiqué, ni les conséquences qui pourraient devoir être tirées de son intitulé. Or, la question de sa nature juridique revêt une importance certaine, puisque que c'est elle qui va déterminer les limites de son contenu, sa force obligatoire et son caractère opposable, ainsi que la nature du contrôle qu'exercera la Cour d'appel sur les conditions de sa mise en œuvre.
3. Selon l'APDC, le Communiqué pourrait être qualifié de directive, au sens du droit administratif français et, plus particulièrement, des principes posés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c/ Gaupillat et Ader*¹.
4. De ce fait, le Projet de Communiqué appelle, de la part de l'APDC, des remarques, qui, sur certains points, sont similaires à celles qu'elle a déjà présentées à propos du projet de communiqué de l'Autorité de la concurrence sur les sanctions².
5. En premier lieu, en vue d'assurer le respect du principe d'égalité, une autorité administrative doit toujours conserver la faculté de déroger aux principes édictés par la directive, soit en raison de la situation particulière de l'administré, soit pour des motifs d'intérêt général.
6. Ce principe est respecté par le Projet de Communiqué qui indique que l'Autorité de la concurrence conservera la faculté de s'en écarter en cas de "*circonstances particulières*" ou de "*raisons d'intérêt général*" (§ 10).
7. En deuxième lieu, si une autorité administrative peut encadrer sa pratique au moyen d'une directive, une telle directive ne peut cependant pas priver cette autorité de son pouvoir d'appréciation. Une autorité administrative doit en effet toujours être en mesure de procéder à un examen individuel de la situation d'un administré, sans être contrainte dans son appréciation par le contenu de la directive.
8. Or, sur ce point, l'APDC considère que certains aspects de la méthodologie que l'Autorité de la concurrence entend mettre en œuvre sont rédigés de telle manière qu'ils ne lui laissent plus de marge d'appréciation. Tel est le cas des §§ 33 et 34 du Projet de Communiqué qui prévoient un plafond de réduction de la sanction pécuniaire encourue de 10% en cas de simple non-contestation des griefs et, pour les entreprises ou organismes présentant en outre des engagements, une réduction supplémentaire de la sanction pécuniaire encourue comprise entre 5% et 15%.

¹ CE Sect., 11 décembre 1970, n°78880 : Lebon p. 750 ; concl. Bertrand.

² Observations de l'APDC sur le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

9. L'APDC considère, au vu du régime juridique applicable aux directives, que l'Autorité de la concurrence ne peut pas valablement lier ainsi son pouvoir d'appréciation en s'interdisant d'appliquer une réduction supérieure à 10% et, dans l'hypothèse où l'entreprise ou l'organisme en cause présenterait également des engagements, une réduction supplémentaire supérieure à 15%.
10. L'Autorité de la concurrence devrait par conséquent modifier la rédaction actuelle des §§ 33 et 34 du Projet de Communiqué afin qu'il soit fait référence à une "*réduction minimale de 10%*" et à une "*réduction supplémentaire comprise au minimum entre 5% et 15%*" (cf. *infra* III. B. 3).
11. En troisième lieu, une directive ne doit pas modifier par elle-même la situation juridique des administrés, c'est-à-dire notamment qu'elle ne doit pas apporter de conditions nouvelles par rapport aux dispositions applicables. C'est la raison pour laquelle les directives proprement dites, c'est-à-dire celles qui se contentent de définir des orientations pour faciliter l'exercice du pouvoir de décision dont dispose l'administration, ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. Toutefois, l'illégalité éventuelle d'une directive peut être soulevée devant le juge administratif par les opérateurs auxquels ses dispositions sont opposées. Tel pourrait être le cas, par exemple, s'il était constaté que la directive méconnaît le but des dispositions applicables, viole certains principes en vigueur, ou encore ajoute directement à l'ordonnancement juridique en créant des obligations nouvelles par rapport à l'état du droit.
12. A cet égard, l'APDC relève que le Projet de Communiqué va au-delà du texte de l'article L. 464-2, III du code de commerce. Tel est notamment le cas des paragraphes ci-après du Projet de Communiqué :
 - le § 4, qui précise que les organismes ou entreprises sollicitant le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs "*coopèrent*" avec l'Autorité de la concurrence alors que cela ne ressort pas de l'article L. 464-2, III du code de commerce (cf. *infra* I. B) ;
 - le même § 4, qui emploie le terme "*renonciation*" à contester les griefs pour qualifier l'acte par lequel la partie mise en cause sollicite le bénéfice de la non-contestation des griefs, alors que, selon l'APDC, les dispositions de l'article L. 464-2, III du code de commerce ne permettent pas d'affirmer que la non-contestation des griefs impliquerait une "*renonciation*" à un droit quelconque par la partie en cause, y compris celui de contester ultérieurement les griefs (cf. *infra* II) ;
 - le § 14, qui prévoit que la non-contestation des griefs implique que l'organisme ou l'entreprise qui en sollicite le bénéfice s'engage à ne pas contester l'ensemble des griefs qui lui ont été notifiés. Or, l'APDC considère que l'esprit de l'article L. 464-2, III du code de commerce devrait permettre d'accepter, dans certaines circonstances, la possibilité d'une non-contestation partielle des griefs lorsque celle-ci est suffisamment conséquente pour procurer des avantages de simplification de la procédure (cf. *infra* II. B) ;
 - le § 16, qui exclut toute possibilité de contester la régularité de la procédure et la validité des griefs, alors que les dispositions de l'article L. 464-2, III du code de commerce se contentent de conditionner le bénéfice de la non-contestation des griefs à la non-contestation de la "*réalité des griefs*" (cf. *infra* II. C). La jurisprudence ajoute seulement la qualification juridique et l'imputabilité ; et
 - le § 49, en ce qu'il exclut le cumul des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, n'est conforme ni à la législation française, ni à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence européennes (cf. *infra* I. E. 2).

13. En quatrième lieu, une directive est naturellement opposable à l'autorité administrative qui l'a édictée. Les justiciables sont donc en droit de se prévaloir d'une directive pour contester une décision prise sur son fondement, notamment s'ils considèrent qu'une directive n'a pas été ou a été mal appliquée, par exemple dans le cas où l'autorité en cause n'aurait pas tenu compte des circonstances particulières de l'espèce, justifiant qu'il soit dérogé à la ligne de conduite générale exposée dans la directive, ou au contraire, s'il y était dérogé, en l'absence de circonstances particulières le justifiant.
14. La Cour d'appel de Paris pourra donc contrôler les conditions de mise en œuvre du Communiqué par l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle sera saisie d'un recours à l'encontre d'une décision relative à la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs.
15. En revanche, sa propre appréciation des faits et son interprétation du droit ne seront en aucun cas liés par l'encadrement que l'Autorité de la concurrence aura mis en place pour sa propre pratique. La Cour d'appel pourra donc librement s'écarter du Communiqué, dès lors qu'elle considèrera que les circonstances de l'espèce justifient une autre appréciation du niveau de la sanction.
16. Afin de rappeler ce point essentiel, l'APDC estime que l'Autorité de la concurrence devrait préciser de façon expresse, comme le fait souvent la Commission européenne lorsqu'elle se dote de lignes directrices³, que le contenu du Communiqué est sans préjudice de l'interprétation des juridictions de contrôle, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation.

B. La non-contestation des griefs n'implique pas de "coopération" de la part de l'organisme ou de l'entreprise en cause

17. Selon le Projet de Communiqué (§ 4) :

"La procédure de non-contestation des griefs prévue par le III de l'article L. 464-2 du code de commerce est un instrument permettant aux organismes et aux entreprises destinataires d'une notification des griefs de réduire l'étendue du risque de sanction pécuniaire attaché à la commission d'une infraction aux règles de concurrence, en coopérant volontairement avec l'Autorité. Cette coopération prend principalement la forme d'une renonciation à contester les griefs, en contrepartie de laquelle l'Autorité peut accorder une réduction pécuniaire à l'organisme ou à l'entreprise concerné(e)".

18. Le Projet de Communiqué prévoit donc que les organismes ou entreprises sollicitant le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs "coopèrent" avec l'Autorité de la concurrence, en particulier ses services d'instruction, dans le cadre de la mise en œuvre de cette procédure.
19. Même si le Projet de Communiqué prévoit que cette "coopération" volontaire n'est pas de même nature que celle prévue dans le cadre de la procédure de clémence⁴, cette position de l'Autorité de la concurrence ne paraît conforme ni aux dispositions de l'article L. 464-2, III du code de commerce, ni au contenu même de la procédure de non-contestation des griefs telle que précisé par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence – aujourd'hui l'Autorité de la concurrence – et la jurisprudence des juridictions de contrôle.

³ Voir, par exemple, les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité CE, § 7, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pages 97-118.

⁴ "La coopération dont font preuve les organismes et les entreprises qui renoncent à contester les griefs et s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir n'est pas de la même nature que celle des organismes ou entreprises qui contribuent plus en amont, dans le cadre de la procédure de clémence prévue par le IV de l'article L. 464-2 du code de commerce, à la détection des ententes secrètes entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production" (§ 6).

20. Les dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce ne font aucunement référence à une quelconque attitude "coopérative" de la part de l'organisme ou de l'entreprise sollicitant la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs.
21. Aux termes de ce texte, l'organisme ou l'entreprise en cause déclare uniquement ne pas contester la réalité des griefs qui lui ont été notifiés (et éventuellement souscrit un certain nombre d'engagements), sans prévoir quelque "coopération" de quelque nature que ce soit de sa part :

"Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le Commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation" (soulignement ajouté).

22. Il est vrai que la dernière phrase ajoute : "lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction". Pour autant, ces dispositions n'évoquent pas non plus une quelconque "coopération".
23. Ainsi, contrairement à la procédure de clémence, dans le cadre de la non-contestation des griefs, l'organisme ou l'entreprise en cause adopte une attitude purement passive en déclarant s'abstenir de contester la réalité des griefs. D'ailleurs, le Projet de Communiqué rappelle à juste titre (§§ 15 et 39) que la mise en œuvre de la non-contestation des griefs implique que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence national et européen, ni leur imputabilité (voir ci-après § 87).
24. Et si l'organisme ou l'entreprise adopte une attitude plus active en s'engageant en outre à modifier son comportement pour l'avenir, pour autant cette démarche, qui n'est plus systématique puisque, comme le rappelle le Projet de Communiqué (§§ 18 à 22), la prise d'engagements est désormais purement facultative⁵, ne conduit elle-même à aucune "coopération" particulière avec l'Autorité de la concurrence dans le cadre de cette procédure qui se démarque donc radicalement de la clémence.
25. La différence entre la procédure de clémence et la procédure de non-contestation des griefs ne réside pas dans une différence de nature de "coopération", mais en ce que seule la première implique une "coopération". En effet, et contrairement à la procédure objet du Projet de Communiqué, la procédure de clémence, comme on le verra ci-après (cf. *infra* I. D.), oblige les entreprises à une "coopération" totale et permanente avec l'Autorité de la concurrence.
26. Cela ressort expressément tant de l'article L. 464-2, IV du code de commerce :

"Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'informations dont le conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement" (soulignement ajouté),

que du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français (§ 21) :

⁵ Rappelons à toutes fins utiles que depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008, l'article L. 464-2, III du code de commerce n'exige plus comme condition de recevabilité de la procédure de non-contestation des griefs la présentation d'engagements par l'entreprise candidate. La seule condition de fond à remplir est l'absence de contestation de la réalité des griefs notifiés.

"L'entreprise doit apporter à l'Autorité une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, ce qui signifie en particulier :

- fournir sans délai à l'Autorité toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
- se tenir à leur disposition pour répondre rapidement à toute demande de leur part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
- mettre à leur disposition, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
- s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou des éléments de preuves utiles se rapportant à l'entente présumée ; et
- s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que l'Autorité n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf si l'Autorité y donne son accord" (soulignement ajouté).

27. Ainsi, malgré les précautions prises pour la distinguer de la clémence, la notion de "coopération" incluse dans le Projet de Communiqué apparaît à la fois en décalage par rapport aux dispositions du code de commerce et source de confusion entre les deux types de procédures.
28. Dans ces conditions, l'APDC considère que la notion de "coopération" doit être réservée exclusivement à la procédure de clémence et sollicite en conséquence que toute référence à une quelconque "coopération" soit retirée du Communiqué.

C. La nécessité de préciser que la non-contestation des griefs n'emporte ni aveu, ni reconnaissance de responsabilité par l'organisme ou l'entreprise en cause

29. Si l'APDC se félicite de ce que le Projet de Communiqué s'efforce de reprendre la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence – en ce compris celle du Conseil de la concurrence – telle qu'elle s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, elle relève cependant que le Projet de Communiqué omet de rappeler le principe tout à fait constant selon lequel la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs par une entreprise ou un organisme n'emporte aucun aveu ni aucune reconnaissance de responsabilité de sa part.
30. Ce principe a été consacré le 29 janvier 2008 par la Cour d'appel de Paris dans le cadre du recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence n°06-D-03 bis du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation⁶. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a jugé que la non-contestation des griefs ne constituait, en soi, "ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité".
31. Ce faisant, elle a confirmé un principe que le Conseil de la concurrence avait lui-même formellement reconnu dès 2005 dans son rapport annuel :

⁶ CA Paris, 1^{ère} ch., H, 29 janvier 2008, *Le Goff Confort et autres c/ Conseil de la concurrence*, B.O.C.C.R.F. n°1 du 26 janvier 2007.

*"La non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité"*⁷.

32. D'ailleurs, il est si vrai que la pratique décisionnelle exclut toute considération selon laquelle la non-contestation des griefs emporterait un aveu ou une reconnaissance de responsabilité, que l'Autorité de la concurrence a été amenée à plusieurs reprises à déclarer non établies des pratiques pourtant non-contestées par certaines entreprises dans la mesure où elle ne s'estime pas liée, dans son appréciation des faits, par la non-contestation des griefs.
33. On citera, à titre d'exemples, les décisions n°05-D-70 du 19 décembre 2005 dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, n°09-D-06 du 5 février 2009 dans le secteur de la vente de voyages en ligne et, plus récemment, les décisions n°11-D-07 du 24 février 2011 dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques et n°11-D-13 du 5 octobre 2011 dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique.
34. La non-contestation des griefs ne constitue donc pas un aveu ou une reconnaissance de responsabilité tant au regard de l'Autorité de la concurrence elle-même, qu'*a fortiori* au regard de quelque autre autorité ou juridiction que ce soit, par exemple dans le cadre d'actions civiles ou pénales postérieures. L'APDC observe à cet égard que le Conseil de la concurrence affirmait formellement dans son rapport annuel pour l'année 2005 que *"devant les juridictions civiles, les entreprises victimes de pratiques ne pourraient se prévaloir de cette non-contestation des griefs. Par ailleurs, la non-contestation des pratiques anticoncurrentielles ne pourrait servir de base à l'accusation pesant contre le chef d'entreprise poursuivi pour avoir pris une part déterminante aux pratiques dénoncées sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce"*⁸.
35. L'APDC souhaite donc que le texte du Communiqué indique expressément que la non-contestation des griefs n'emporte ni aveu, ni reconnaissance de responsabilité par l'organisme ou l'entreprise en cause.

D. La non-contestation des griefs permet de simplifier et d'accélérer l'ensemble de la procédure

36. Parmi les objectifs et intérêts de la non-contestation des griefs, le Projet de Communiqué (§ 5) cite la simplification et l'accélération de *"la procédure d'instruction contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce ainsi que la prise de décision subséquente par le collègue"*.
37. Si l'APDC se félicite de ce que les gains procéduraux figurent parmi les objectifs et intérêts de la non-contestation des griefs, elle considère cependant que le Communiqué pourrait utilement préciser les avantages procéduraux que suscite cette procédure tant pour l'Autorité de la concurrence que pour les entreprises. Le Projet de Communiqué se contente en effet sur ce point d'affirmer, dans un simple chapeau introductif, que *"la non-contestation des griefs contribue, dans l'esprit d'une "transaction", à rendre le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles qui s'y prêtent plus rapide et plus prévisible"*.
38. Or, les avantages procéduraux que procure la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs sont considérables, en particulier pour l'Autorité de la concurrence dont le nombre des affaires en concentrations, en avis ou en pratiques anticoncurrentielles traitées par ses services d'instruction ne cesse de croître.

⁷ Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, Etude thématique *"Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence"*, p. 138.

⁸ *Ibid.*

39. S'agissant, en premier lieu, des avantages procéduraux pour l'Autorité de la concurrence, le Communiqué pourrait préciser qu'ils sont principalement de trois ordres :
- un allègement important de sa charge de travail, dans la mesure notamment où, d'une part, toute discussion sur la matérialité des faits, leur qualification juridique et leur imputabilité est évitée et, d'autre part, la phase de préparation et de rédaction du rapport est supprimée⁹ ;
 - une économie des coûts ; et
 - un gain de temps dans le traitement des affaires tant par les services d'instruction que par le collège.
40. L'APDC suggère à cet égard à l'Autorité de la concurrence de préciser dans le Communiqué que la procédure de non-contestation des griefs permet de simplifier et d'accélérer non seulement la "*procédure d'instruction contradictoire*" et la "*prise de décision subséquente par le collège*" mais aussi les débats devant le collège. Elle relève à cet égard que ce gain peut être particulièrement important lorsqu'une seule entreprise est en cause et qu'elle choisit de ne pas contester les griefs ou lorsque toutes les entreprises choisissent de ne pas contester les griefs.
41. Le § 5 du Projet de Communiqué pourrait dès lors être reformulé comme suit :
- "La non-contestation des griefs notifiés par les services d'instruction peut en effet permettre de simplifier et d'accélérer la procédure d'instruction contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce, les débats devant le collège et la prise de décision subséquente par celui-ci".*
42. S'agissant, en second lieu, des avantages procéduraux pour les entreprises, l'APDC considère que l'intérêt pour les entreprises de recourir à la procédure de non-contestation des griefs ne se limite pas à la réduction de "*l'étendue du risque de sanction pécuniaire*" (cf. § 4 du Projet de Communiqué).
43. Le Communiqué pourrait en effet indiquer que le traitement accéléré de leurs affaires, et donc toutes les économies de coûts qu'il peut engendrer, incite également les entreprises à ne pas contester les griefs qui leur sont notifiés.

E. Procédure de non-contestation des griefs et clémence

44. Le Projet de Communiqué évoque à deux reprises les rapports entre la procédure de clémence et la procédure de non-contestation des griefs.
45. Tout d'abord au § 6 du Projet de Communiqué, l'Autorité de la concurrence indique :

"La coopération dont font preuve les organismes et les entreprises qui renoncent à contester les griefs et s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir n'est pas de la même nature que celle des organismes ou entreprises qui contribuent plus en amont, dans le cadre de la procédure de clémence prévue par le IV de l'article L. 464-

⁹ Sauf dans l'hypothèse où certaines entreprises ne solliciteraient pas le bénéfice de la non-contestation des griefs, alors que d'autres ne les contesterait pas. D'ailleurs, dans ce cas, comme la pratique a permis de la vérifier (voir notamment la décision du Conseil de la concurrence n°07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension), l'Autorité de la concurrence peut décider la disjonction des affaires, ce qui permet de traiter plus aisément et toujours sans rapport écrit le cas des entreprises qui ne contestent pas les griefs (voir infra §§ 188 et suivants).

2 du code de commerce, à la détection des ententes secrètes entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production. Le fait qu'un organisme ou une entreprise qui a participé à une telle pratique porte à la connaissance de l'Autorité des éléments dont cette dernière ne disposait pas, et lui permette ainsi d'en établir la réalité et d'en identifier les auteurs, présente un intérêt supérieur au fait de renoncer, en aval, à contester des griefs notifiés par l'Autorité. La réduction de sanction pécuniaire pouvant être accordée au titre de la non-contestation des griefs est de ce fait nécessairement inférieure à l'exonération totale ou partielle attachée à la clémence, à l'attractivité de laquelle elle ne doit pas porter atteinte".

Puis au § 49 du Projet de Communiqué, il est précisé :

"L'Autorité estime que, compte tenu des objectifs auxquels elles répondent, des conditions auxquelles elles sont subordonnées et de leurs modalités procédurales, la mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, au bénéfice d'un même organisme ou d'une même entreprise, n'est pas justifiée. En effet, l'organisme ou l'entreprise qui contribue à établir la réalité d'une pratique à laquelle il a participé, dans le cadre de la procédure de clémence, reconnaît nécessairement l'existence de cette pratique, la qualification que proposent d'en donner les services d'instruction et sa responsabilité individuelle, de sorte qu'une renonciation ultérieure à contester les griefs notifiés à cet égard ne présente pas de réelle valeur ajoutée".

46. L'APDC considère que le Projet de Communiqué devrait être modifié, d'une part, parce qu'il fait une présentation erronée des implications pour les entreprises de la mise en œuvre des procédures de clémence et non-contestation des griefs (1.) et, d'autre part, afin de rendre possible la mise en œuvre cumulative au bénéfice d'une même entreprise de ces deux procédures (2.).

1. Sur la présentation des procédures et des obligations qui pèsent sur les entreprises

47. L'APDC souhaite tout d'abord attirer l'attention de l'Autorité de la concurrence sur la présentation qu'elle fait des procédures de non-contestation des griefs et de clémence. En effet, pour l'une et l'autre de ces procédures, le Projet de Communiqué ajoute des obligations à la charge des entreprises en contradiction avec les textes et la jurisprudence applicables.
48. En premier lieu, l'APDC rappelle qu'il n'existe pas d'obligation de "coopération" au titre de la procédure de non-contestation des griefs (cf. *supra* I. A).
49. En second lieu, l'APDC estime que l'Autorité de la concurrence fait, au § 49 du Projet de Communiqué, une présentation contestable des implications de la mise en œuvre de la procédure de clémence pour l'entreprise.
50. Ainsi que cela ressort explicitement du § 49 du Projet de Communiqué, l'Autorité de la concurrence considère que le bénéficiaire de la clémence "*reconnaît nécessairement l'existence de cette pratique, la qualification que proposent d'en donner les services d'instruction et sa responsabilité individuelle*".
51. Cette présentation n'est tout d'abord pas conforme aux dispositions du code de commerce, et en particulier à l'article L. 464-2, IV. En effet, ce texte prévoit qu'une entreprise peut bénéficier d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires si elle a "*contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas*". La loi met l'accent sur l'apport d'informations et non sur une quelconque reconnaissance de pratiques ou de leur

qualification. Ceci est parfaitement logique puisque la procédure de clémence est une procédure dont la mise en œuvre intervient avant l'envoi des griefs. Son rôle est principalement d'accroître la capacité de détection des ententes par l'Autorité de la concurrence en incitant les entreprises à lui en révéler l'existence. Il est aussi de conforter le dossier de l'Autorité de la concurrence quand celle-ci dispose déjà d'informations sur les faits en question.

52. Cette présentation est ensuite contraire au communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence sur la clémence et à sa propre pratique décisionnelle¹⁰. En effet, pour bénéficier de la clémence, il n'a jamais été fait mention de la nécessité de reconnaître "*l'existence de cette pratique, la qualification que proposent d'en donner les services d'instruction et sa responsabilité individuelle*". Les demandeurs de clémence doivent en pratique satisfaire deux séries d'obligations distinctes :
- en premier lieu, apporter des informations à l'Autorité de la concurrence (soit des informations permettant de réaliser des mesures d'investigation ciblée au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce pour bénéficier de la clémence de Type 1A ; soit des éléments de preuve qui, de l'avis de l'Autorité de la concurrence, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction pour bénéficier de la clémence de Type 1B ; soit enfin des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont celle-ci dispose déjà pour bénéficier de la clémence de Type 2) ; et
 - en second lieu, coopérer avec les services d'instruction dans une mesure précisée par le communiqué de procédure mais qui ne va pas jusqu'à la reconnaissance de l'existence de la pratique, de sa qualification ou de sa responsabilité personnelle. Il ne ressort nullement des textes applicables et de la pratique décisionnelle, tant nationaux qu'euro-péens, qu'une entreprise bénéficiaire de la clémence qui contesterait certains éléments de la qualification d'une pratique ou de sa responsabilité personnelle méconnaîtrait son obligation de coopération.
53. On notera encore que le programme modèle du réseau européen de concurrence¹¹, sur la base duquel l'Autorité de la concurrence a bâti son propre programme et auquel elle fait expressément référence, ne contient pas davantage de tels principes.
54. Que ce soit au moment où elles formulent leur demande ou pendant l'instruction où elles doivent coopérer, le rôle des entreprises repose essentiellement sur la transmission d'informations à l'Autorité de la concurrence pour l'aider à établir la réalité de pratiques potentiellement anticoncurrentielles. Pour autant, les entreprises ne renoncent pas nécessairement à contester certaines des conclusions des rapporteurs. Comment le pourraient-elles d'ailleurs puisque les demandes de clémence sont formulées avant que le rapporteur n'ait établi sa notification des griefs, voire, dans bien des cas, à une période où l'Autorité de la concurrence n'a même pas connaissance des faits en question.
55. Ainsi, les apports des demandeurs de clémence, quel que soit leur rang, ne préjugent en rien de l'étendue et de la nature des griefs qui seront notifiés par le rapporteur. Le demandeur de clémence peut donc parfaitement coopérer de bonne foi avec l'Autorité de la concurrence comme il y est tenu tout en étant, au terme de la procédure, en désaccord avec les griefs retenus par les services d'instruction : sur leur durée, leur étendue, leur nature (par exemple échanges d'informations ou accords, niveau géographique de la concertation, etc.).
56. C'est d'ailleurs en ce sens que la Commission européenne et les juridictions qui la contrôlent se sont prononcées.

¹⁰ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

¹¹ Programme modèle du REC en matière de clémence, 26 septembre 2006, disponible sur le site de la Commission européenne.

57. Ainsi, par exemple, la Commission européenne n'a pas considéré que la remise en cause de sa compétence au profit de celle des autorités nationales constituait un manquement au devoir de coopération qui pèse sur les demandeurs de clémence¹². Elle n'a pas non plus remis en cause la demande de clémence d'entreprises qui estimaient qu'elles ne pouvaient être condamnées par la Commission européenne pour des pratiques déjà sanctionnées aux Etats-Unis et au Canada en vertu du principe *non bis in idem*¹³.
58. Plus encore, dans l'affaire des conduites précalorifugées, la Commission européenne a octroyé des réductions d'amende au titre de la clémence à des entreprises qui contestaient pourtant soit la durée de l'infraction, soit son étendue géographique, soit la qualification "d'infraction continue" des pratiques, soit le rôle qu'elles avaient joué¹⁴.
59. Dans cette même affaire, l'arrêt du TPICE est lui aussi intéressant. Il atteste en effet que la reconnaissance de la qualification juridique des faits n'est pas consubstantielle à la procédure de clémence. En l'espèce, le TPICE a augmenté la réduction d'amende qu'avait octroyée la Commission européenne à une entreprise, qualifiée de meneur du cartel et ayant bénéficié de la clémence, au motif que, contrairement aux autres participants, elle n'avait pas contesté les principaux faits décrits par la Commission européenne ni les conclusions de cette dernière. Pour autant, ni la Commission européenne ni le TPICE n'ont privé les autres entreprises des réductions d'amendes qui leur ont été accordées au titre de la clémence¹⁵.
60. Ainsi, si la reconnaissance de la qualification juridique des pratiques peut être prise en compte au titre de la coopération dans le cadre de la procédure de clémence, elle ne constitue pas un élément nécessaire à son bénéfice, comme semble l'estimer l'Autorité de la concurrence.
61. Cette approche a d'ailleurs été confirmée plus récemment dans un arrêt *Güterman et Zwicky*, dans lequel le Tribunal de l'Union européenne a rappelé que "*la Cour confirme le principe plus général selon lequel la clémence est une récompense accordée par la Commission pour avoir facilité l'établissement de l'infraction, et ce quel que soit le stade auquel est intervenue l'aide fournie par l'entreprise, que cette aide ait consisté en la fourniture d'informations nouvelles et d'éléments de preuve nouveaux, ou en la reconnaissance d'éléments factuels ou de la qualification juridique de ces derniers*"¹⁶.
62. Enfin, en instaurant en 2008, en complément de la procédure de clémence avec laquelle elle se combine, une procédure de transaction dans laquelle les entreprises doivent reconnaître leur participation à une infraction à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que leur responsabilité individuelle, la Commission européenne a admis une nouvelle fois que ces éléments n'étaient pas déjà inclus dans la démarche de clémence d'une entreprise.

2. Sur le cumul des procédures de clémence et de non-contestation des griefs

63. L'Autorité de la concurrence avance trois motifs, sans vraiment les détailler, justifiant selon elle le refus de principe de cumuler pour une même entreprise les procédures de non-contestation des griefs et de clémence. Selon elle, en effet, "*compte tenu des objectifs auxquels elles répondent, des conditions auxquelles elles sont subordonnées et de leurs modalités procédurales*" (§ 49 du Projet de Communiqué), un tel cumul ne serait pas justifié.

¹² Décision de la Commission européenne du 21 février 2007, COMP/E-1/38.823 ; décision de la Commission européenne du 3 septembre 2004, COMP/E-1/38.069.

¹³ Décision de la Commission européenne du 1er octobre 2003, COMP/E-1/37.370.

¹⁴ Décision de la Commission européenne du 21 octobre 1998, IV/35.691/E-4.

¹⁵ TPICE, 20 mars 2002, *ABB c/ Commission*, aff. T-31/99.

¹⁶ Trib.UE, 28 avril 2010, *Gütermann et Zwicky c/ Commission*, aff. jointes T-456/05 et T-457/05.

Contrairement au Projet de Communiqué, l'APDC considère que les deux procédures sont complémentaires et peuvent utilement se cumuler au bénéfice tant de l'Autorité de la concurrence que des entreprises. Aucun des trois motifs avancés par l'Autorité de la concurrence n'emporte à cet égard la conviction. Au contraire, ils illustrent de manière très claire la différence et la complémentarité entre les deux procédures.

a. Sur les objectifs des deux procédures

64. Ainsi que le Projet de Communiqué le rappelle en son § 6, les deux procédures poursuivent des objectifs distincts, ce qui conduit d'ailleurs l'Autorité de la concurrence à considérer que la clémence a un intérêt supérieur à la procédure de non-contestation des griefs.
65. La clémence vise, ainsi que le rappelait Monsieur le Président Bruno Lasserre lui-même, "à accroître l'efficacité de la répression des pratiques anticoncurrentielles les plus graves, qui sont par essence secrètes, en permettant leur détection – on parle alors de clémence de "premier rang" – ou en consolidant le dossier constitué par le Conseil – il s'agit ici de la clémence de "second rang"¹⁷. La procédure de non-contestation des griefs vise quant à elle à accélérer les affaires dans lesquelles des griefs sont déjà notifiés.
66. Les deux procédures ont donc des objectifs distincts mais complémentaires. L'évolution de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence s'agissant de l'articulation de ces deux procédures en témoigne d'ailleurs. En effet, alors que, dans un premier temps, le Conseil de la concurrence accordait des réductions de sanction importantes en application de la procédure de non-contestation des griefs pour des infractions d'ententes horizontales, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont, dans un second temps, limité ces réductions pour tenir compte de l'application parallèle dans une même affaire des deux procédures et maintenir l'incitation des entreprises à privilégier la clémence plutôt que la non-contestation des griefs compte tenu de l'intérêt supérieur que présente la première de ces procédures pour l'Autorité de la concurrence en matière de cartels.
67. On reprendra ici encore les propos de Monsieur le Président Bruno Lasserre qui indiquait en 2008 qu'il ne fallait "*pas appréhender les procédures alternatives ou accessoires isolément, mais comme un tout cohérent ou un 'continuum'*"¹⁸.
68. Or, en refusant d'admettre la possibilité pour une même entreprise de cumuler la procédure de clémence et la procédure de non-contestation des griefs, le Projet de Communiqué nie la cohérence d'ensemble dans laquelle s'inscrivent ces deux procédures. Loin de s'opposer, leurs objectifs se complètent. Une fois l'infraction détectée et les éléments de faits recueillis, avec la coopération du ou des demandeurs de clémence, l'Autorité de la concurrence peut avoir un intérêt à accepter qu'une ou plusieurs des entreprises sollicitent par ailleurs le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, le traitement du dossier s'en trouvera accéléré (par l'absence de rapport) et facilité par l'absence de contestation de la matérialité des faits, de la qualification des pratiques et de leur imputabilité.

b. Sur les conditions auxquelles les deux procédures sont subordonnées

69. Le Projet de Communiqué met en avant "*les conditions auxquelles les deux procédures sont subordonnées*" comme deuxième motif pour renoncer à cumuler les deux procédures. Ce motif ne convainc pas davantage que le précédent. Au contraire, une fois de plus, les différences

¹⁷ Voir B. Lasserre, "*La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier*", Paris, Assemblée générale de l'Association française d'étude de la concurrence, 10 avril 2008, disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

¹⁸ *Ibid.*

existantes entre les conditions de l'une et l'autre des procédures font que celles-ci ne se neutralisent pas mais se complètent.

70. Comme cela a déjà été indiqué précédemment, les demandeurs de clémence doivent remplir deux conditions : (i) apporter des informations à l'Autorité de la concurrence (les informations exigées variant selon le niveau de clémence sollicité, type 1A, type 1B ou type 2) et, (ii) coopérer avec les services d'instruction.
71. L'entreprise qui sollicite le bénéfice de la non-contestation des griefs ne doit apporter aucune information ni coopérer avec l'Autorité de la concurrence. Elle doit seulement déclarer ne pas contester les griefs qui lui sont notifiés, c'est-à-dire ne pas contester la réalité des pratiques, leur qualification juridique et leur imputabilité.
72. Elle a également la possibilité de s'engager à modifier son comportement pour l'avenir et peut obtenir à cette occasion une réduction supplémentaire de la sanction encourue. Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une condition, puisque les entreprises ont le choix de proposer des engagements complémentaires, cet élément distingue la procédure de non-contestation des griefs de la clémence et y apporte une valeur ajoutée. L'APDC ne voit donc pas pour quelle raison l'Autorité de la concurrence s'interdirait par principe d'articuler les deux procédures.

c. Sur les modalités procédurales

73. Le Projet de Communiqué justifie enfin son refus de cumuler les deux procédures compte tenu de leurs modalités procédurales. L'Autorité de la concurrence n'explique toutefois pas en quoi lesdites modalités procédurales s'opposeraient à un tel cumul.
74. Certes, chacune des deux procédures répond sur le plan procédural à des modalités différentes :
 - la clémence intervient avant la notification des griefs ; elle débute par une demande de l'entreprise auprès du rapporteur général qui, après la rédaction d'un procès-verbal, l'établissement d'un rapport et une séance devant le collège, donne lieu à un avis de ce dernier ;
 - la non-contestation des griefs, quant à elle, intervient formellement après l'envoi de la notification des griefs et donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal.
75. L'APDC ne voit donc pas en quoi ces modalités procédurales rendraient impossible le cumul de la clémence et de la non-contestation des griefs. Au contraire, leur intervention à des moments différents rend leur articulation parfaitement possible.
76. Selon l'APDC, il résulte de ce qui précède que l'interdiction de principe posée par l'Autorité de la concurrence dans son Projet de Communiqué n'est pas conforme à la législation française. Il contredit également, dans les obligations qu'il entend faire peser sur les entreprises bénéficiaires de la clémence, la pratique décisionnelle et la jurisprudence européennes ainsi que le programme modèle adopté par le réseau européen de concurrence et que l'Autorité de la concurrence s'est engagée à respecter.
77. En outre, sur le plan de l'opportunité, l'Autorité de la concurrence n'a pas démontré pourquoi un tel cumul ne serait pas bénéfique pour elle comme pour les entreprises. Les développements qui précèdent ont en revanche montré que ces procédures étaient complémentaires. La pratique de la Commission européenne, dont la procédure de transaction s'applique uniquement aux affaires qui entrent dans le champ de la clémence, atteste également du bénéfice d'un tel cumul.

78. En conséquence, l'APDC demande à l'Autorité de la concurrence de modifier le Projet de Communiqué afin, d'une part, de faire une présentation de la procédure de clémence qui reflète tant la loi que le communiqué de procédure sur la clémence et, d'autre part, de permettre la mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs au bénéfice d'une même entreprise¹⁹.

II. Domaine et contenu de la procédure

79. A titre liminaire, l'APDC entend formuler quelques remarques concernant l'emploi par le Projet de Communiqué du terme "*renonciation*" à contester les griefs pour qualifier l'acte par lequel l'organisme ou l'entreprise sollicite le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs (§ 4). L'Autorité de la concurrence présente d'ailleurs cette "*renonciation*" comme la "*condition nécessaire à la mise en œuvre de la procédure*" (p. 4).
80. Le mot "*renonciation*" semble à l'APDC quelque peu ambigu, en particulier en ce qu'il pourrait laisser évoquer une "*renonciation à un droit*".
81. L'APDC considère que les dispositions de l'article L. 464-2, III du code de commerce ne permettent pas d'affirmer que la non-contestation des griefs impliquerait une "*renonciation*" à un droit quelconque de la part de l'organisme ou de l'entreprise en cause, y compris celui de contester ultérieurement les griefs.
82. Selon les termes de cet article, l'entreprise déclare simplement qu'elle ne conteste pas les griefs qui lui sont notifiés : "*lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui sont notifiés (...)*"²⁰. Il s'agit donc du constat d'un fait déterminé ("*ne conteste pas*"), constat établi d'ailleurs sur procès-verbal.
83. Ni le terme "*renonciation*", ni même celui "*d'engagement*" ne figurent à cet égard dans la première phrase du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. C'est précisément ce qui la différencie de la phrase suivante, rajoutée par l'ordonnance du 13 novembre 2008 : "*lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction*".
84. L'APDC propose donc à l'Autorité de la concurrence de supprimer la mention "*renonciation*" dans le Communiqué et d'employer en lieu et place par exemple les termes "*absence de contestation des griefs*" ou "*ne conteste pas*".
85. Outre cette importante remarque préalable, le Projet de Communiqué appelle quatre séries d'observations relatives au contenu de la déclaration de l'organisme ou de l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs (**A.**), à la possibilité pour cet organisme ou cette entreprise de contester partiellement les griefs qui lui sont notifiés (**B.**), à la régularité de la procédure (**C.**) ainsi qu'à la nécessité de prendre en compte la situation particulière des groupes de sociétés dans la mise en œuvre de cette procédure (**D.**).

¹⁹ L'APDC relève à cet égard que la position exprimée par le Projet de Communiqué au § 49 ne reflète pas celle de l'Autorité de la concurrence qui a admis dans sa décision "Lessives" du 8 décembre 2011 la possibilité, en droit, d'une mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs au bénéfice d'une même entreprise (Décision n°11-D-17 de l'Autorité de la concurrence du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, § 763).

²⁰ Soulignement ajouté.

A. Le contenu de la déclaration par laquelle l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste pas les griefs

86. Selon le Projet de Communiqué (§ 4), "*la coopération de l'organisme ou de l'entreprise en cause doit dans tous les cas être réelle, en ce sens que l'intéressé doit renoncer sans réserves à contester l'analyse concurrentielle*".
87. Le Projet de Communiqué (§ 15) précise également que "*la renonciation à contester la réalité des pratiques en cause doit porter en particulier sur les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et/ou, s'il y a lieu, sur leurs effets, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur le rôle de l'intéressé dans la commission des pratiques*".
88. L'APDC ne reviendra pas ici sur ses observations précédentes concernant les termes "*coopération*" et "*renonciation*". En revanche, elle se permet de relever que les termes "*sans réserves*" sont trop stricts au regard de l'état du droit.
89. En effet, selon la jurisprudence, si le bénéfice de la non-contestation des griefs nécessite que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique, ni leur imputabilité, il n'en demeure pas moins que l'organisme ou l'entreprise en cause doit être en mesure d'exprimer certaines réserves à partir du moment où celles-ci n'affectent en rien ces points.
90. L'entreprise doit par exemple pouvoir préciser dans ses observations écrites en réponse à la notification des griefs que sa démarche consistant à ne pas contester les griefs ne vise que l'affaire en cause et ne saurait être utilisée dans le cadre d'autres procédures. Ceci vise en particulier les éventuelles procédures indemnitaires concernant tout ou partie des faits en question.
91. Par ailleurs, l'APDC constate que certains développements du Projet de Communiqué sur ce point apparaissent trop imprécis.

Il s'agit en particulier des termes ci-après :

- "l'analyse concurrentielle" (§ 4) : cette notion pourrait laisser penser que certains aspects de l'analyse portant sur les effets des pratiques en vue de l'appréciation de la sanction ne pourraient pas être discutés même s'ils ne remettent pas en cause la matérialité des faits ou leur qualification. L'APDC suggère donc l'utilisation des termes même employés par le Projet de Communiqué aux §§ 15 et 39, à savoir "*la matérialité des faits*", "*leur qualification juridique*" et leur "*imputabilité*" ;
- les "effets" des pratiques litigieuses (§ 15) : pour la même raison, l'APDC invite l'Autorité de la concurrence à préciser dans le Communiqué qu'il s'agit ici des effets au regard de la qualification juridique de la pratique, à savoir les "*effets restrictifs de concurrence*", afin de les différencier des effets appréciés aux fins de détermination de la sanction encourue, dans le cadre en particulier de l'analyse du dommage à l'économie (cf. le Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, §§ 27 à 32) ;
- les "caractéristiques" de ces pratiques (§ 15) : l'APDC relève le caractère imprécis et incertain de ce terme dans la mesure où l'on ne voit pas à quoi il se réfère exactement. Elle invite de ce fait l'Autorité de la concurrence à le supprimer purement et simplement ;
- "le rôle de l'intéressé dans la commission des pratiques" (§ 15) : l'APDC invite l'Autorité de la concurrence à préciser dans le Communiqué qu'il s'agit ici de la question de la participation de l'entreprise aux pratiques en cause pour la caractérisation de l'infraction, et non de la prise en compte du rôle de l'entreprise entrant en considération dans le cadre de l'évaluation des sanctions au titre de l'individualisation de celle-ci (cf. le

Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, §§ 45 et 46).

B. La possibilité pour l'organisme ou l'entreprise en cause de contester partiellement les griefs

92. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 14) :

"L'organisme ou l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce doit renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés".

93. Le Projet de Communiqué semble donc prévoir que la non-contestation des griefs implique que l'organisme ou l'entreprise qui en sollicite le bénéfice s'engage à ne pas contester l'ensemble des griefs qui lui ont été notifiés. Il ne permettrait donc pas la non-contestation partielle qui ne porterait que sur certains griefs, alors même que ceux-ci ne présenteraient aucun caractère d'indivisibilité : par exemple un ou des grief(s) d'entente, d'une part, et un ou des grief(s) d'abus de position dominante, d'autre part.

94. L'APDC relève que si le texte de l'article L. 464-2, III du code de commerce ne prend pas position sur ce point, son esprit, tel que rappelé par le Projet de Communiqué (§ 1), devrait permettre d'accepter, dans certaines circonstances, la possibilité d'une non-contestation partielle lorsque celle-ci est suffisamment conséquente pour procurer les avantages sus-évoqués de simplification de la procédure, même si cette simplification n'est pas absolue.

95. La solution "globale" qui semble retenue par le Projet de Communiqué présente l'inconvénient de conduire soit à la renonciation à cette procédure, soit à la non-contestation obligée de certains griefs, pourtant non fondés, menant – comme cela s'est vu – l'Autorité de la concurrence à prononcer des non-lieux partiels alors même que les griefs, dans leur globalité, n'avaient pas été contestés. Or, le texte lui-même n'impose pas avec certitude l'indivisibilité de la non-contestation.

96. Telle était précisément la position exprimée par Monsieur le Président Bruno Lasserre qui, dans le cadre du colloque organisé le 19 janvier 2005 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, a reconnu que *"rien n'interdit en droit, lorsque le Conseil notifie à une entreprise plusieurs griefs, que celle-ci puisse renoncer à contester un grief et pas les autres. On ne peut pas présumer l'indivisibilité des griefs"*²¹.

97. Au surplus, l'APDC relève que l'affaiblissement du gain procédural qui résulte de la non-contestation partielle des griefs par une seule entreprise (typiquement en matière d'abus de dominance ou de restriction verticale) n'est pas différent de celui qui résulte de la non-contestation d'un même grief par une partie seulement des entreprises à qui il a été notifié (typiquement en matière d'entente). En effet, dans ces deux hypothèses, la phase de préparation et de rédaction du rapport n'est pas supprimée. Il ne devrait donc pas y avoir d'objection d'opportunité à accepter cette possibilité.

98. L'APDC suggère donc que l'Autorité de la concurrence précise que la contestation partielle des griefs notifiés par l'entreprise sollicitant le bénéfice de la mise en œuvre de la non-contestation des griefs est possible.

²¹ "Clémence et transaction en matière de concurrence – Première expériences et interrogations de la pratique", colloque organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 19 janvier 2005, Gaz. Pal. n°287 à 288 du 14-15 octobre 2005.

99. Le § 14 du Projet de Communiqué pourrait dès lors être reformulé comme suit :

"L'organisme ou l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce déclare ne pas contester tout ou partie des griefs qui lui ont été notifiés".

C. La non-contestation des griefs n'exclut pas la contestation de la régularité de la procédure et de la validité des griefs

100. Le Projet de Communiqué prévoit (§ 16) que la non-contestation des griefs *"implique nécessairement que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste pas non plus la régularité de la procédure et la validité des griefs, en particulier au regard des règles relatives à leurs modalités de notification, à la compétence de l'Autorité, au champ de la saisine et à l'applicabilité des règles de concurrence prévues par le TFUE"*.
101. S'il est indéniable que le Projet de Communiqué reprend certains aspects de la pratique décisionnelle actuelle, l'APDC constate cependant que, s'agissant de la question de la contestation de la *"régularité de la procédure"* et de la *"validité des griefs"*, l'Autorité de la concurrence se propose d'adopter, sans autre explication, une position qui ne trouve semble-t-il aucun appui dans les dispositions de l'article L. 464-2, III du code de commerce.
102. Celles-ci en effet, loin de prévoir ou même suggérer que la non-contestation des griefs implique également la non-contestation de *"la régularité de la procédure"* ou même de la *"validité des griefs"*, se contentent de conditionner le bénéfice de la non-contestation des griefs à la non-contestation de *"la réalité des griefs"*. Ces dispositions ne visent donc pas la *"validité des griefs"* ni, *a fortiori*, la *"régularité de la procédure"*, sans parler de la *"compétence de l'Autorité"*.
103. L'APDC relève par ailleurs qu'il serait pour le moins contradictoire d'imposer à l'entreprise ou à l'organisme mis en cause de ne pas contester *"la régularité de la procédure"* alors même que celle-ci serait toujours en cours.
104. Pour ces mêmes raisons, l'APDC ne peut approuver le Projet de Communiqué lorsque celui-ci considère que la contestation de la *"régularité de la procédure et de la validité des griefs"* reviendrait à contester le *"bien-fondé"* des griefs (§ 16).
105. En effet, par principe, contester le *"bien-fondé"* revient à considérer que le grief n'est justifié ni en fait (*"matérialité"*), ni en droit (*"qualification"*). En revanche, toute autre contestation, notamment le fait de discuter la *"régularité de la procédure"*, la *"validité des griefs"* ou la *"compétence de l'Autorité"* pour toute autre raison ne revient ni à contester la réalité des faits ni leur qualification, éléments fondant le grief en fait et en droit.
106. Au vu de ces observations, l'APDC suggère la suppression du § 16 du Projet de Communiqué et, pour les mêmes raisons, la suppression des termes *"à l'exclusion de tous autres"* figurant au § 17. Ces suppressions et modifications entraînent également un amendement du § 39 du Projet de Communiqué.
107. Enfin, les *"observations"* (cf. § 17 du Projet de Communiqué) pouvant déborder du simple cadre des sanctions pour les motifs sus-évoqués, la référence à leur intitulé au même § 17 devrait aussi être supprimée.

D. La nécessité de prendre en compte la situation particulière des groupes de sociétés dans la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

108. Le Projet de Communiqué ne prévoit rien sur la situation particulière des groupes, en particulier lorsque des sociétés-mères sont poursuivies du fait des pratiques mises en œuvre par leurs filiales, et alors qu'elles ne sont en rien personnellement impliquées dans lesdites pratiques.
109. Dans cette hypothèse, la société-mère est poursuivie du seul fait que sa filiale, qui a mis en œuvre la pratique anticoncurrentielle, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, indépendamment de toute implication de cette société-mère dans les faits reprochés :
- "ce n'est (...) pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise (...) qui habilite la Commission à adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés"*²².
110. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle entité du groupe décide de ne pas contester les griefs et supporte les engagements pris à ce titre. Il s'agit de l'entité destinataire de la notification de griefs (cf. § 23 du Projet de Communiqué), souvent la société-mère, mais parfois avec sa filiale. Lorsque seule la société-mère est destinataire de la notification de griefs, elle seule peut décider de ne pas contester les griefs et supporter les engagements correspondants.
111. Cette solution n'est, toutefois, pas satisfaisante en présence de groupes ayant des activités diversifiées et/ou fortement décentralisées, notamment à l'échelle internationale.
112. Le Projet de Communiqué est d'ailleurs ambigu sur ce point, puisqu'il indique que *"l'organisme ou l'entreprise qui renonce à contester les griefs peut en parallèle proposer de s'engager à modifier son comportement pour l'avenir"* (§ 18). Mais comment la société-mère, qui s'est vue notifier des griefs pour des raisons d'imputabilité de droit, pourrait-elle *"modifier son comportement pour l'avenir"*, alors que son comportement n'est pas en cause ?
113. Selon l'APDC, il pourrait être plus logique, dans une telle situation, que les engagements (en particulier, la mise en place d'un programme de conformité, ou encore d'une nouvelle tarification) soient souscrits au niveau de la filiale mise en cause, surtout lorsque le groupe a de nombreuses filiales dans des juridictions et des branches d'activité diverses. En cas de cession ultérieure de la filiale mise en cause, il serait également plus logique que les engagements soient supportés dès le départ par ladite filiale (cf. §§ 50 et suivants du Projet de Communiqué).
114. L'APDC est d'avis qu'il doit s'agir, en toute hypothèse, d'une décision d'entreprise qui ne saurait être tranchée *a priori* : l'entreprise doit être libre de déterminer quelle est l'entité la plus à même de mettre en place les engagements (soit décentraliser leur mise en place, soit au contraire la centraliser, soit opter pour une voie médiane adaptée à son organisation).

III. Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction

115. L'APDC souhaite formuler dans cette partie des commentaires et propositions sur le déroulement de la procédure de non-contestation des griefs devant les services d'instruction et, plus particulièrement, sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur général quant au recours à la procédure **(A.)**, la réduction de sanction pécuniaire à laquelle l'entreprise peut prétendre **(B.)** et les conséquences procédurales attachées à la signature du procès-verbal vis-à-vis des autres parties mises en cause **(C.)**.

²² TPICE, 12 décembre 2007, *Akzo Nobel*, aff. T-112/05, point. 58.

A. Sur le recours à la non-contestation des griefs et le pouvoir d'appréciation du rapporteur général

116. Le mécanisme actuel de la non-contestation des griefs confère au rapporteur général un pouvoir d'appréciation lui permettant de décider de l'opportunité du recours à cette procédure en fonction des circonstances de chaque affaire. En effet, l'article L. 464-2, III du code de commerce prévoit que le rapporteur général "*peut proposer à l'Autorité de la concurrence*" de tenir compte de l'absence de contestation des griefs.
117. L'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité de la concurrence sur deux points qui lui semblent essentiels :
- d'une part, l'APDC rappelle que ce pouvoir d'appréciation doit nécessairement, en vertu du principe d'individualisation des peines, être mis en œuvre en tenant compte de la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme concerné, sans que le choix des autres parties mises en cause de recourir ou non à la procédure de non-contestation des griefs ait une influence déterminante sur la décision du rapporteur général (1.) ;
 - d'autre part, l'APDC souhaite favoriser le contrôle par le collège de l'Autorité de la concurrence de l'usage que fait le rapporteur général de son pouvoir d'appréciation et, en conséquence, suggère que le refus de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de l'absence de contestation des griefs par une entreprise soit clairement motivé (2.).

1. L'application du principe d'individualisation des peines

118. Le principe d'individualisation des peines, qui découle directement de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789²³, est formulé à l'article 132-24 du code pénal en ces termes :

"Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur."

119. En droit de la concurrence, le principe d'individualisation des peines a pour conséquence que la situation de chaque entreprise ou organisme mis en cause doit être traitée et appréciée individuellement. L'article L. 464-2, I, alinéa 3 du code de commerce prévoit d'ailleurs que "*les sanctions pécuniaires sont proportionnées (...) à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient (...) [et qu'] elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction*".
120. L'APDC constate à cet égard que le § 27 du Projet de Communiqué répond parfaitement à cette exigence en prévoyant que "*le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, en fonction des éléments propres à la fois à chaque affaire et, dans le cadre de celle-ci, à chaque demande individuelle de mise en œuvre de la procédure*".
121. En revanche, l'APDC s'étonne de voir introduite au § 28 du Projet de Communiqué la possibilité pour le rapporteur général de tenir compte du nombre de parties mises en cause lorsqu'il apprécie l'opportunité de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de la non-contestation des griefs.
122. En effet, si l'APDC admet que les avantages, notamment en terme d'accélération et de simplification du règlement de l'affaire, sont plus importants pour les services d'instruction et, *in*

²³ "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée". Voir notamment Cons. Const., Décision n°200-520 DC du 22 juillet 2005.

fine, pour le collège de l'Autorité de la concurrence lorsque toutes les entreprises mises en cause ont recours à la procédure de non-contestation des griefs, il n'en demeure pas moins que la décision du rapporteur général quant à la situation particulière et individuelle d'une entreprise – qui peut très bien être la seule à ne pas contester les griefs – ne peut être conditionnée aux choix effectués par les autres parties mises en cause de recourir ou non à la procédure de non-contestation des griefs.

123. L'APDC considère qu'une telle approche serait tout d'abord contraire au principe d'individualisation des peines évoqué ci-dessus puisqu'elle ne tient pas compte de la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme pris isolément. Au contraire, elle revient à faire dépendre la situation individuelle d'une entreprise des choix effectués par les autres parties mises en cause, et qui sont totalement étrangers à l'entreprise concernée.
124. Une telle approche est en outre contradictoire avec la suite du § 28 du Projet de Communiqué qui fait référence à l'"*appréciation individualisée*" de chaque demande par le rapporteur général, "*au vu de ses caractéristiques propres*". L'APDC constate tout d'abord la volonté affichée de l'Autorité de la concurrence de soumettre la possible prise en compte du nombre de parties mises en cause à la condition que la demande de chaque entreprise fasse l'objet d'une appréciation individualisée par le rapporteur général. Toutefois, l'APDC doute que ces deux propositions soient conciliables : en effet, dès lors que le nombre de parties mises en cause est un élément pris en compte dans l'appréciation à laquelle se livre le rapporteur général, celle-ci ne peut pas être véritablement individualisée et dépend par hypothèse, au moins en partie, de la situation et des choix procéduraux des autres parties mises en cause.
125. Enfin, l'APDC estime que le rapporteur général peut fonder son appréciation sur une série d'autres éléments tels que les griefs notifiés, la proposition ou non d'engagements et leur éventuelle pertinence.
126. En conséquence, l'APDC souhaiterait que le libellé du § 28 soit modifié de sorte que la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs ne tienne pas compte du nombre d'entreprises qui décident d'y avoir recours.
127. En tout état de cause, même si cet élément devait être pris en compte, l'APDC considère que le Communiqué devrait préciser que son influence sur la décision du rapporteur général quant à la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs doit demeurer limitée.

2. *L'exigence de motivation du refus du rapporteur général de mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs*

128. L'APDC reconnaît que, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le rapporteur général peut refuser de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de la non-contestation des griefs.
129. Cependant, l'APDC estime qu'un tel refus devrait être objectivement motivé et consigné par écrit, au moment où ce refus est opposé, afin notamment de permettre le contrôle du collège de l'Autorité de la concurrence sur la décision du rapporteur général. La possibilité d'un tel contrôle a d'ailleurs été expressément reconnue par le Conseil de la concurrence qui a considéré que :

*"Il [lui] appartient de statuer sur tous les moyens mettant en cause la régularité de la procédure préalable à la décision, à la seule exception de ceux contestant le déroulement des opérations de visite et saisie (...)."*²⁴

En outre :

²⁴ Décision du Conseil de la concurrence n°06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, § 300.

"Même si [le III de l'article L. 464-2 du code de commerce] laisse un large pouvoir d'appréciation au rapporteur général, cette situation ne fait pas obstacle à ce que le Conseil exerce un contrôle - au moins restreint - sur l'usage qu'il fait de cette faculté, dans la mesure où cette appréciation rejaillit sur le montant de la sanction finalement décidée. C'est pourquoi, il y a lieu de vérifier qu'en refusant de poursuivre la transaction qui lui était demandée et donc de proposer une réduction de la sanction, allant de pair avec une diminution de moitié du plafond légal, le rapporteur général n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des circonstances de l'espèce."²⁵

130. Loin de constituer une exigence excessive quant au contrôle de la décision du rapporteur général qui peut être exercé par l'Autorité de la concurrence, la cristallisation des motifs du refus par le rapporteur général de mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs serait en outre gage de transparence et de sécurité juridique pour les entreprises ou organismes auxquels le refus serait opposé.
131. L'APDC sollicite donc que le Communiqué prévoit une obligation pour le rapporteur général de motiver son refus de proposer le recours à la non-contestation des griefs à l'Autorité de la concurrence (du moins si l'entreprise ou l'organisme concerné le sollicite).
132. Par ailleurs, l'APDC se félicite de la position adoptée par le Projet de Communiqué au § 32 quant à l'impossibilité pour les services d'instruction de communiquer au collège de l'Autorité de la concurrence les documents et les pièces échangées entre le rapporteur général et les entreprises intéressées dans la perspective d'une mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs.
133. Cependant, l'APDC souhaite que soit également mentionnée dans ce paragraphe l'impossibilité pour les services d'instruction de faire état des discussions, formelles ou informelles, entre le rapporteur général et les entreprises ou organismes en cause, que ce soit dans le rapport ou lors de la séance orale devant le collège de l'Autorité de la concurrence.
134. Elle souhaite enfin que le même traitement soit réservé au document par lequel le rapporteur général consignera par écrit les raisons pour lesquelles il renonce à faire application de la procédure de non-contestation des griefs, l'entreprise demeurant en revanche libre d'en faire état devant le collège si elle le souhaite.

B. La réduction de sanction pécuniaire à laquelle l'entreprise peut prétendre

135. L'APDC souhaite ici formuler quelques commentaires sur les §§ 33 et 34 du Projet de Communiqué.
136. L'adoption du Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires a permis d'introduire davantage de transparence et de prévisibilité pour les entreprises quant à la répression dont elles sont susceptibles de faire l'objet.
137. Dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur général "peut" proposer au collège de l'Autorité de la concurrence de tenir compte de l'absence de contestation des griefs, celui-ci conservant toute latitude quant à la fixation du montant de la sanction pécuniaire, dans la limite toutefois de la réduction de moitié du montant maximum de la sanction encourue.
138. Cette liberté laissée au collège de l'Autorité de la concurrence procède directement du principe de séparation des fonctions entre les services d'instruction et la formation de décision.

²⁵ *Ibid.*, § 301.

139. Dans un objectif de transparence et de prévisibilité, et bien entendu sans remettre essentiellement en cause le principe de la séparation des fonctions, l'APDC est tout d'abord favorable à ce que les parties puissent discuter avec le rapporteur général, dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs, des paramètres de la sanction encourue (1.). Elle souhaiterait en outre que soit admise dans le Communiqué la possibilité de négocier une réduction d'amende en valeur absolue (2.).
140. En tout état de cause, l'APDC considère que les taux de réduction de sanction pécuniaire proposés par le Projet de Communiqué doivent constituer un minimum (3.).

1. La discussion sur les paramètres de la sanction encourue au stade de l'instruction

141. Cette question procédurale comporte deux volets, le premier qui précède la signature du procès-verbal de non-contestation des griefs (a.) et le second qui lui fait suite (b.).

a. La discussion sur la sanction avant la signature du procès-verbal

142. S'engager dans une procédure de non-contestation des griefs n'est pas un acte neutre pour les entreprises. Il le sera d'autant moins si l'Autorité de la concurrence renonce à amender la position soutenue dans son Projet de Communiqué et limite à 10% la réduction d'amende dont peuvent bénéficier les entreprises qui s'engagent dans cette procédure. En effet, dans ce cas l'entreprise a tout intérêt à avoir le plus tôt possible une indication de l'ordre de grandeur de l'amende encourue pour juger de l'opportunité de s'abstenir de contester les griefs (cette attente sera d'autant plus grande dans l'hypothèse où la discussion aura lieu sur un montant d'amende exprimée en valeur absolue).
143. De même, la procédure permet une négociation entre les entreprises et le rapporteur général au sujet de l'adoption d'engagements. Cet aspect confère un caractère transactionnel à la procédure puisque les "parties" vont faire en quelque sorte des concessions réciproques, l'un en proposant des engagements, l'autre en les récompensant par une réduction de la sanction. Or pour qu'une réelle discussion ait lieu et pour que l'entreprise puisse apprécier à sa valeur réelle la diminution de sanction proposée, il est important qu'elle dispose le plus tôt possible d'une indication de l'ordre de grandeur de l'amende encourue.
144. Or l'évaluation de la "contrepartie" dont l'entreprise doit bénéficier se fait désormais dans un contexte nouveau depuis la publication du Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. En effet, l'objet même de ces lignes directrices est d'objectiver et de clarifier les paramètres pris en compte pour calculer la sanction. Dans ces conditions, l'APDC considère que le mis en cause et le rapporteur général devraient pouvoir avoir une discussion sérieuse à partir de ces lignes directrices sur les principaux critères de la sanction afin de faire aboutir une procédure de non-contestation des griefs.
145. Cette discussion ne doit d'ailleurs pas être cantonnée au cas où la discussion porte sur un plafond de sanction, même s'il s'agit là de l'hypothèse dans laquelle cette discussion sera la plus nécessaire. L'APDC considère que même lorsque la proposition du rapporteur général est exprimée en pourcentage de réduction, il n'est pas indifférent pour la conclusion de l'accord de savoir ce que pourrait représenter ce pourcentage de réduction en valeur absolue et donc de disposer d'un ordre de grandeur de la sanction qui pourrait être infligée.
146. Dans tous les cas, le fait que le rapporteur général n'ait ni la capacité, ni la légitimité pour fixer la zone de sanction probable avec une grande précision n'est pas un argument suffisant pour considérer que cette discussion serait sans objet dès lors que, dans la plupart des cas, la connaissance d'un ordre de grandeur de la sanction, discuté de manière contradictoire, est déjà une indication très utile pour permettre à l'entreprise de mesurer l'intérêt pour elle d'entrer en voie de non-contestation.

b. La discussion sur la sanction après la signature du procès-verbal

147. Le § 17 du Projet de Communiqué prévoit que l'entreprise qui ne conteste pas les griefs peut déposer un mémoire intitulé "*Observations relatives à la détermination de la sanction pécuniaire*". Le moment où ces observations sont transmises n'est cependant pas précisé, notamment en distinguant les cas où toutes les entreprises sont en non-contestation des griefs et les cas où certaines d'entre elles seulement le sont, hypothèse dans laquelle l'instruction doit déposer un rapport. Or, ce calendrier de dépôt des observations a une grande importance puisque le Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires prévoit à son § 17 que "*les services d'instruction de l'Autorité signalent à l'entreprise les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles d'influer, de leur point de vue, sur la détermination de la sanction par le collège, afin de mettre l'intéressé en mesure de présenter des observations à cet égard*", et précise, à son § 18, que "*cette communication intervient à l'occasion du rapport*" et, dans les cas où il n'est pas établi de rapport, "*elle intervient au plus tard dans une note complémentaire à la notification des griefs*".
148. L'APDC considère que ces principes posés dans le Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires pourraient être utilement précisés dans le Communiqué sur la procédure de non-contestation des griefs. En particulier, deux points retiendront l'attention.
149. Tout d'abord, le Communiqué pourrait rappeler que le mémoire des services d'instruction doit être transmis aux entreprises entrées en voie de non-contestation avant que celles-ci ne déposent leur propre mémoire sur la détermination des sanctions. S'il était transmis après, l'analyse des services d'instruction ne serait pas soumise au contradictoire.
150. Ensuite, le Communiqué pourrait être plus précis quant à l'organisation du dépôt des mémoires par les entreprises. A cet égard, deux situations doivent être distinguées :
- (i) Dans le cas où toutes les entreprises mises en cause sont entrées en voie de non-contestation, le rapporteur général devrait annoncer une date pour la transmission de la note qu'il doit rédiger sur "*les éléments susceptibles d'influer sur la détermination de la sanction*" et accorder un délai suffisant aux entreprises mises en cause pour y répondre avant la séance. Le Projet de Communiqué devrait clarifier ce point.
 - (ii) Dans le cas où certaines entreprises seulement s'abstiennent de contester les griefs, et sous réserves des observations de l'APDC dans la partie IV. B. ci-après, les services d'instruction devront traiter la question des sanctions dans le rapport. Il importe alors que les deux catégories d'entreprises se voient appliquer la même procédure et qu'elles puissent toutes déposer leurs observations sur la sanction en réponse au rapport. A cet égard, le Communiqué pourrait utilement rappeler que les observations sur les sanctions présentées par les services d'instruction dans leur rapport doivent concerner toutes les entreprises, y compris celles qui sont entrées en voie de non-contestation des griefs afin que celles-ci puissent aussi y répondre.

2. La négociation d'une réduction d'amende en valeur absolue

151. Le § 33 du Projet de Communiqué prévoit la possibilité pour le rapporteur général, s'il l'estime opportun, d'indiquer à l'organisme ou à l'entreprise en cause "*qu'il proposera à l'Autorité de tenir compte de sa renonciation à contester les griefs, en lui accordant une réduction de 10% (...) par rapport à la sanction pécuniaire qu'elle lui aurait infligée en l'absence de cette renonciation*".
152. L'APDC estime qu'en se limitant à prévoir une réduction de sanction pécuniaire exprimée en pourcentage, le Projet de Communiqué, en se fondant essentiellement sur la pratique décisionnelle récente en matière d'ententes d'horizontales, qui est certes majoritaire en nombre d'affaires, néglige (i) la pratique décisionnelle antérieure mais surtout (ii) celle relative aux abus de position dominante ou aux ententes verticales, qui comprend des avancées importantes en matière de non-contestation des griefs. Ce faisant elle maintient l'existence d'un aléa trop important pour les entreprises, en particulier les plus grandes, réduisant ainsi l'attrait pour elles

de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, en l'absence de discussion sur les paramètres et le montant de la sanction, les entreprises n'ont aucune visibilité, au stade de l'instruction, sur la valeur réelle de la réduction qui leur est proposée. A cet égard, la Cour d'appel de Paris a relevé dans son arrêt du 19 janvier 2010²⁶ :

"Qu'enfin, pour les entreprises qui ne contestent pas les griefs la loi préconise un écrêtement, non pas de la sanction prononcée comme dans le cas de la clémence, mais du plafond de la sanction encourue ; qu'il importe cependant que l'entreprise qui ne conteste pas les griefs qui lui sont faits aperçoive, notamment si le comportement anticoncurrentiel n'a pas atteint la gravité maximale ni occasionné un dommage majeur à l'économie, quel bénéfice tangible elle tire de sa démarche de collaboration (...)" (soulignements ajoutés).

153. En outre, le rapporteur général a déjà, à plusieurs reprises, proposé au collège de l'Autorité de la concurrence de prononcer une sanction pécuniaire n'excédant pas un certain montant, exprimé en valeur absolue. Or, le Projet de Communiqué ne prend absolument pas en compte cette pratique qui a connu un succès certain pour les abus de position dominante et qui pourrait se révéler également très efficace pour les restrictions verticales lorsque des remèdes doivent être apportés par la tête de réseau.
154. A titre d'exemple, dans la décision n°09-D-24²⁷, la société France Telecom n'avait pas contesté les sept griefs qui lui avaient été notifiés et proposé des engagements tendant à modifier son comportement pour l'avenir. Le rapporteur général avait alors proposé à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de la non-contestation des griefs et des engagements présentés, et sollicité que la sanction pécuniaire, le cas échéant prononcée, n'excède pas 28 millions d'euros²⁸.
155. Des propositions similaires ont également été formulées par le rapporteur général, et finalement suivies par le collège de l'Autorité de la concurrence, dans les affaires n°09-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne²⁹ et n°07-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit³⁰.
156. Ces trois précédents montrent que le plafond exprimé en valeur absolue a permis de cantonner le risque auquel l'entreprise était exposée et n'a pas gêné l'Autorité de la concurrence – ou le Conseil de la concurrence – dans son délibéré pour fixer le montant final de l'amende une fois le contradictoire achevé.

²⁶ CA Paris, ch. 5-7, 19 janvier 2010, *AMD Sud-Ouest SAS et autres c/ Autorité de la concurrence*, B.O.C.C.R.F. n°2 du 23 février 2010.

²⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n°09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Telecom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM.

²⁸ Tenant compte de la proposition du rapporteur général, l'Autorité de la concurrence a finalement prononcé une sanction pécuniaire à l'encontre de France Telecom d'un montant de 27,6 millions d'euros, après avoir réduit le montant de base de la sanction encourue de 20%.

²⁹ Décision de l'Autorité de la concurrence n°09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne. Dans cette affaire, la rapporteure générale adjointe avait décidé, compte tenu de la non-contestation des griefs par la SNCF et des engagements proposés, de lui accorder le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. Elle avait alors proposé que la sanction pécuniaire, le cas échéant prononcée, n'excède pas un plafond de 10 millions d'euros. La sanction finalement prononcée par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de la SNCF s'est élevée à 5 millions d'euros.

³⁰ Décision du Conseil de la concurrence n°07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit. Dans cette affaire, le rapporteur général sollicitait que la sanction pécuniaire, le cas échéant prononcée à l'encontre de France Telecom, n'excède pas 60 millions d'euros. Appliquant un pourcentage de réduction de 25%, le Conseil de la concurrence avait finalement décidé de condamner France Telecom à une amende de 45 millions d'euros.

157. L'APDC s'interroge donc sur les raisons qui conduisent aujourd'hui l'Autorité de la concurrence à renoncer à cette pratique. On peut aussi craindre que, si cette possibilité était écartée, les entreprises poursuivies pour des pratiques unilatérales, abus de dominance ou restrictions verticales d'une tête de réseau, ne seront pas incitées à s'engager dans une procédure de non-contestation des griefs.
158. En conséquence, l'APDC souhaiterait que soit introduite dans le Communiqué la possibilité pour les organismes ou entreprises ayant recours à la non-contestation des griefs de négocier avec le rapporteur général un plafond de sanction pécuniaire en valeur absolue.
3. En toute hypothèse, les taux de réduction de sanction pécuniaire proposés par le Projet de Communiqué doivent constituer un minimum
159. Le § 33 du Projet de Communiqué prévoit, dans l'hypothèse où le rapporteur général déciderait de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de l'absence de contestation des griefs par l'entreprise ou l'organisme en cause, que soit accordée "une réduction de 10%, correspondant aux gains procéduraux attachés à l'allègement de la charge de travail de l'Autorité et à l'accélération du traitement de l'affaire".
160. De même, le § 34 du Projet de Communiqué prévoit la possibilité d'accorder à l'entreprise ou l'organisme en cause proposant des engagements une réduction supplémentaire "comprise entre 5% et 15%".
161. L'APDC s'interroge sur la validité de tels barèmes mécaniques, qui constituent en outre des plafonds de réduction, alors même que l'article L. 464-2, III du code de commerce ne prévoit pas une telle limitation. En effet, la loi précise seulement que "le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié" soit, pour une entreprise, 5% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des derniers exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. En deçà, la réduction de sanction pécuniaire à laquelle une entreprise peut prétendre ne saurait, en théorie, connaître de limite.
162. En tout état de cause, l'APDC considère qu'un tel barème mécanique ne tient pas compte de la situation individuelle de l'entreprise ou de l'organisme concerné. Or, l'APDC rappelle que l'article L. 464-2, I, alinéa 3 impose à l'Autorité de la concurrence de déterminer la sanction "individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction".
163. En outre, contrairement à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence³¹, la Cour d'appel de Paris a également exprimé son opposition à toute forme de barème mécanique dans son arrêt du 19 janvier 2010³², considérant "qu'il n'est pas possible d'avancer (...) que le bénéfice tiré de la non-contestation des griefs doit être forfaitaire pour toutes les entreprises qui ne contestent pas, puisque l'abattement dépend expressément dans la loi de la réalité des engagements pris personnellement par chacune des entreprises qui ont opté pour ce processus".
164. L'APDC considère en outre que ce barème mécanique ne permet pas de tenir suffisamment compte, d'une part, de la diversité des infractions aux règles du droit de la concurrence et de

³¹ Voir pour exemple : Décision du Conseil de la concurrence n°08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie ; Décision du Conseil de la concurrence n°08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux ; Décision du Conseil de la concurrence n°07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international ; Décision du Conseil de la concurrence n°07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension.

³² CA Paris, 19 janvier 2010, précité.

leur caractère plus ou moins grave et, d'autre part, des avantages pouvant être tirés de la non-contestation de griefs selon les cas. Elle constate que le barème de rémunération des engagements semble être conçu dans l'hypothèse, trop restrictive, d'une non-contestation des griefs utilisée en complément de la clémence dans des affaires de cartels. Or, l'APDC considère que le plafonnement de la réduction d'amende à 25% n'a pas de sens dans tous les autres cas, notamment pour des pratiques verticales ou les abus de position dominante, infractions pour lesquelles des remèdes comportementaux peuvent avoir une grande efficacité et doivent donc être encouragés par des réductions d'amende attractives.

165. De plus, les taux de réduction prévus par les §§ 33 et 34 du Projet de Communiqué ne reflètent pas la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence. A titre d'exemple, on peut citer la décision n°09-D-31³³ où une réduction de 40% du montant de la sanction encourue a été appliquée à la Fédération française de football. Dans des décisions plus anciennes, le rapporteur général avait également proposé des réductions de sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 50% du montant de la sanction encourue³⁴.
166. Enfin, quand bien même une réduction de sanction pécuniaire de 10%, voire au maximum de 25% lorsque des engagements accompagnent la non-contestation des griefs, représente un montant non négligeable en valeur absolue pour l'entreprise ou l'organisme sanctionné, l'instauration d'un barème mécanique de réduction pourrait faire perdre de son intérêt à la procédure de non-contestation des griefs. En effet, alors que la perspective d'une réduction de sanction pécuniaire significative peut amener certaines entreprises à considérer l'opportunité de mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs, le plafonnement des taux de réduction applicables pourrait au contraire être dissuasif pour un certain nombre d'entreprises qui pourraient préférer contester les pratiques anticoncurrentielles qui leur sont reprochées afin d'obtenir un non-lieu total ou partiel.
167. En conséquence, l'APDC ne voit pas quelle justification objective permettrait de limiter le pourcentage de réduction de sanction pécuniaire à laquelle l'entreprise peut prétendre, pas plus que le pourcentage de réduction supplémentaire auquel elle peut prétendre en cas de proposition d'engagements. Elle propose donc de modifier la rédaction actuelle des §§ 33 et 34 Projet de Communiqué afin qu'il soit fait référence à une "*réduction minimale de 10%*" et à une "*réduction supplémentaire comprise au minimum entre 5% et 15%*".

C. Les conséquences procédurales de la signature du procès-verbal vis-à-vis des autres parties mises en cause : la mise en œuvre de l'article L. 463-2, alinéa 4 du code de commerce

168. L'APDC constate qu'en pratique, toutes les parties mises en cause n'ont pas toujours recours à la procédure de non-contestation des griefs. Cependant, compte tenu de l'impact considérable que peut avoir la mise en œuvre de cette procédure par une partie sur la situation des autres entreprises ou organismes mis en cause, notamment depuis l'arrêt de la Cour de cassation du

³³ Décision de l'Autorité de la concurrence n°09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football.

³⁴ Par exemple, dans la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, le rapporteur général avait proposé que la sanction pécuniaire encourue par la société Carrefour SAS soit réduite dans une proportion allant de 40 à 50% du montant qui lui aurait été normalement infligé, ce dont a tenu compte le Conseil de la concurrence en infligeant une amende de 5,7 millions d'euros au lieu de 9,5 millions d'euros.

On peut également citer la décision du Conseil de la concurrence n°04-D-30 du 7 juillet 2004 relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse où le rapporteur général a également proposé, à l'égard des différentes entreprises mises en cause, une réduction de sanction pécuniaire de l'ordre de 40 à 50% du montant qui aurait été normalement infligé, ce dont a tenu compte le Conseil de la concurrence.

29 mars 2011³⁵, la décision de recourir à la procédure de non-contestation des griefs peut parfois être liée à sa mise en œuvre par l'une des parties.

169. A cet égard, il est donc indispensable de prévoir l'obligation pour le rapporteur général, et non pas une simple faculté, d'informer, lors de la signature du procès-verbal, les autres parties mises en cause, de sorte qu'elles puissent décider de l'opportunité pour elles de recourir également à la procédure de non-contestation des griefs. L'APDC souhaite donc que le § 36 du Projet de Communiqué soit modifié en ce sens. En conséquence, la référence à "*l'ensemble des parties*" au § 37 du Projet de Communiqué deviendrait superflue et devrait être supprimée.
170. En outre, l'APDC considère qu'il est nécessaire pour les autres entreprises ou organismes destinataires de la notification des griefs qui n'auraient pas sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs d'obtenir un délai supplémentaire leur permettant d'avoir recours à cette procédure après avoir reçu l'information visée ci-dessus.
171. En effet, aux termes de l'article L. 463-2, alinéa 3 du code de commerce, "*les parties [destinataires d'une notification des griefs] ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse (...)*". Le § 24 du Projet de Communiqué précise quant à lui que "*l'organisme ou l'entreprise qui souhaite s'orienter vers la procédure de non-contestation des griefs doit en faire la demande au rapporteur général le plus tôt possible dans le délai de deux mois qui lui est imparti par l'article L. 463-2 du code de commerce (...)*".
172. Cependant, une entreprise peut en principe avoir recours à la procédure de non-contestation des griefs jusqu'à la notification du rapport et ce même si elle avait dans un premier temps choisi de contester les griefs en répondant à la notification des griefs. Le Conseil de la concurrence reconnaissait ainsi dans son rapport annuel de 2005³⁶ que "*le fait [pour une entreprise] d'avoir contesté les griefs dans un premier temps, ne l'empêche pas de choisir la voie de la non-contestation avant la notification du rapport, son mémoire en réponse aux griefs lui étant alors restitué*". Il constatait par ailleurs que "*cette situation s'est produite à plusieurs reprises, en particulier dans des dossiers pour lesquels des parties finissent par opter pour la non-contestation des griefs après avoir constaté que l'une d'entre elles avait choisi cette voie*".
173. Ainsi, l'ADLC considère qu'une fois les autres parties informées de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs par une entreprise ou un organisme partie à la procédure, le rapporteur général devrait, pour celles qui le sollicitent, leur accorder un délai supplémentaire pour avoir recours à la procédure.
174. L'APDC suggère en conséquence que cette possibilité soit actée dans le Communiqué.

IV. La prise de décision par le collège, son suivi et sa mise en œuvre

175. L'APDC souhaite tout d'abord formuler quelques observations et propositions sur l'aboutissement de la procédure et le constat d'infraction par le collège de l'Autorité de la concurrence (**A.**). Elle souhaite en outre revenir sur la situation des entreprises qui ont décidé de ne pas avoir recours à la procédure de non-contestation des griefs et les conséquences de l'affaire Manpower (**B.**). Enfin, l'APDC souhaite formuler un commentaire sur le suivi de la mise en œuvre de la décision (**C.**).

³⁵ Cass. Com., 29 mars 2011, *Sociétés Manpower France Holding et Manpower France*, pourvois n°T10-12.913 et G10-13.686, B.O.C.C.R.F n°4 du 21 avril 2011.

³⁶ Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, précité, p. 139.

A. L'aboutissement de la procédure et le constat d'infraction par le collège de l'Autorité de la concurrence

176. Selon la première phrase du § 40 du Projet de Communiqué, lorsque le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence de tenir compte de la non-contestation des griefs dans la détermination de la sanction, celle-ci vérifie, dans le cadre de son pouvoir de contrôle, que l'entreprise ou l'organisme qui a décidé de ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés ne remette en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique, ni leur imputabilité : *"L'Autorité vérifie le respect effectif de ces exigences avant de statuer"*. A défaut de respecter l'ensemble de ces exigences, le § 40 du Projet de Communiqué prévoit un retour à la procédure de droit commun telle que prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce.
177. L'APDC exprime son accord sur cette proposition. Néanmoins, l'APDC souhaiterait, pour plus de clarté, que l'Autorité de la concurrence explicite la notion de *"retour à la procédure de droit commun"* en précisant qu'il s'agit d'un renvoi de l'affaire à l'instruction, avant présentation de l'affaire devant une nouvelle formation de décision.
178. Enfin, l'APDC se félicite que le Projet de Communiqué prévoit, aux §§ 47 et 48, une obligation de renvoyer l'affaire à l'instruction dès lors que l'Autorité de la concurrence déciderait de s'écarter, s'agissant d'un organisme ou d'une entreprise ayant sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, de la proposition de réduction de sanction pécuniaire formulée par le rapporteur général dans un sens qui lui serait défavorable. Toutefois, l'APDC souhaiterait que l'Autorité de la concurrence précise, dans le Communiqué, les conséquences d'un tel renvoi à l'instruction pour les entreprises mises en cause.
179. De plus, dans un souci de plus grande clarté et de simplification, l'APDC suggère, que l'expression *"le collège s'engage à renvoyer l'affaire à l'instruction"* soit remplacée par les termes suivants : *"le collège renvoie l'affaire à l'instruction"*.

B. La situation des entreprises qui contestent les griefs

180. Il est constant que dans une procédure où plusieurs entreprises ou organismes sont mis en cause, tous n'ont pas nécessairement recours à la non-contestation des griefs, certains préférant suivre la procédure de droit commun prévue aux articles L. 463-1 et suivants du code de commerce. S'agissant de ces entreprises ou organismes, le Projet de Communiqué précise, au § 42, que *"l'Autorité [de la concurrence] demeure en revanche tenue de démontrer la participation de ces autres parties aux pratiques anticoncurrentielles en cause"*.
181. L'APDC constate que cette proposition n'est en réalité que la transposition de l'approche validée par la Cour de cassation dans l'affaire Manpower³⁷. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que :
- "Mais attendu qu'ayant relevé que les sociétés Adia, Adecco, Groupe Vedior France et VediorBis n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée ; que le moyen n'est pas fondé"* (soulignement ajouté).
182. En conséquence, dès lors que la procédure de non-contestation des griefs est mise en œuvre par certaines des entreprises mises en cause, l'Autorité de la concurrence serait dispensée de

³⁷ Cass. Com., 29 mars 2011, précité.

démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle à l'égard des entreprises qui contestent les griefs. Il lui suffirait dans ce cas de démontrer la participation desdites entreprises à la pratique anticoncurrentielle.

183. L'APDC attire l'attention de l'Autorité de la concurrence sur le caractère éminemment contestable d'une telle solution, compte tenu notamment de l'atteinte grave aux droits de la défense qu'elle entraîne.
184. En effet, les entreprises ou organismes mis en cause qui décident de contester les griefs, alors qu'en parallèle d'autres parties mises en cause ne les contestent pas, se voient, *de facto*, privés de leurs droits de la défense.
185. D'une part, l'Autorité de la concurrence n'ayant plus à rapporter la preuve de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence mais seulement celle de la participation de l'entreprise à cette infraction, l'entreprise qui conteste les griefs est privée de la possibilité de démontrer l'absence de pratique anticoncurrentielle. Or, il s'agit là d'une étape fondamentale dans l'exercice des droits de la défense, d'autant plus que la non-contestation des griefs ne constitue ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité de la part des entreprises ou organismes qui y ont recours³⁸.
186. D'autre part, l'entreprise qui conteste les griefs permet à toutes les autres entreprises, y compris celles qui ont eu recours à la non-contestation des griefs, de bénéficier de ses arguments en défense. Celles-ci profitent ainsi, par exemple, de toute la discussion relative à la matérialité des faits, à la qualification des pratiques ou encore à leur durée. Or, il s'agit là d'éléments qui ont nécessairement une influence sur la détermination du montant de la sanction et qui sont donc également pris en compte par l'Autorité de la concurrence lors de la détermination de la sanction octroyée aux entreprises qui n'ont pas contesté les griefs, avant réduction du montant de cette sanction pour non-contestation des griefs. Cependant, si les entreprises qui n'ont pas contesté les griefs bénéficient de cette discussion par un abaissement, probable ou éventuel, de la base de la sanction pécuniaire, l'entreprise qui a contesté les griefs ne bénéficie pas, quant à elle, d'une réduction de sanction apparente, c'est-à-dire exprimée en pourcentage, comme celle octroyée aux entreprises qui ne contestent pas. L'entreprise qui conteste fait ainsi *in fine* bénéficier ses concurrentes de ses efforts de défense alors même que, par hypothèse, elle ne bénéficiera pas de la réduction prévue à l'article L. 464-2 du code de commerce.
187. L'APDC s'interroge par ailleurs sur l'approche validée par la Cour de cassation, et reprise dans le Projet de Communiqué, en ce que celle-ci pourrait en effet conduire à abaisser de façon significative le standard de preuve pour l'Autorité de la concurrence.
188. En conséquence, dans de telles situations où certaines entreprises ou organismes mis en cause ne contestent pas les griefs et d'autres les contestent, l'APDC suggère que le rapporteur général fasse usage de la faculté qui lui est reconnue par l'article R. 463-3 du code de commerce de disjoindre les procédures³⁹. L'APDC observe à cet égard que dans la décision du Conseil de la concurrence n°07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension, le cas de la seule entreprise ayant contesté les griefs avait été disjoint par décision du rapporteur général⁴⁰.
189. La disjonction des affaires est une solution également mise en œuvre dans d'autres juridictions. Ainsi, au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading procède à une scission de la procédure et deux procédures parallèles sont alors conduites, l'une pour les entreprises qui ont décidé de recourir

³⁸ Cf. *supra* I. C.

³⁹ L'article R. 463-3 du code de commerce dispose : "(...) Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut également procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires."

⁴⁰ § 87.

à la procédure de transaction, l'autre pour les entreprises qui ont décidé de contester les griefs qui leur ont été notifiés.

190. L'APDC estime en outre que, dans l'hypothèse d'une disjonction des procédures, un autre rapporteur devrait être en charge de l'affaire pour ce qui concerne les entreprises qui ont décidé de contester les griefs, afin d'éviter qu'un même rapporteur, s'il était en charge des deux affaires, soit influencé par la non-contestation des griefs par certaines entreprises.

191. Au surplus, si l'Autorité de la concurrence devait ne pas modifier l'approche retenue au § 42 du Projet de Communiqué, l'APDC propose que la première partie de ce paragraphe, "*Dès lors que d'autres parties mises en cause contestent les griefs qui leur ont été notifiés (...)*", soit alors modifiée comme suit :

"Dès lors qu'une partie mise en cause conteste tout ou partie des griefs qui lui ont été notifiés (...)".

192. Cette nouvelle rédaction permettrait à tout le moins de tenir compte, d'une part, du fait qu'une seule entreprise peut décider de contester les griefs et, d'autre part, de la possibilité pour cette entreprise de contester "tout ou partie" des griefs qui lui sont notifiés, ainsi que le suggère l'APDC au § 99 de ses observations.

C. Le suivi et la mise en œuvre de la décision

193. L'APDC reconnaît la nécessité pour l'Autorité de la concurrence de s'assurer du respect, par les entreprises ou organismes concernés, des engagements qu'elle a rendus obligatoires au terme de sa décision.

194. Dans ce cadre, l'APDC exprime son accord sur la possibilité, pour l'Autorité de la concurrence, de demander à l'entreprise ou l'organisme intéressé "*de lui communiquer des rapports réguliers à ce sujet, ainsi que tout autre document ou information lui permettant d'apprécier la bonne exécution du ou des engagements en cause*" (§ 54 du Projet de Communiqué).

195. Toutefois, dans un souci de prévisibilité et de sécurité juridique pour les entreprises, l'APDC suggère que cette possibilité, ainsi que la périodicité à laquelle ces rapports ou documents doivent être communiqués, soient actées dans la décision de l'Autorité de la concurrence.