

# Les Dossiers de la RIDE

## LES DOSSIERS DE LA RIDE

Revue Internationale de Droit Économique

### Les procédures négociées en droit de la concurrence

---

Sous la direction de Laurence Boy, Frédéric Marty et Patrice Reis

Dossier  
n° 4



de boeck

## PROPOS CONCLUSIFS ET PERSPECTIVES

Jean-Yves CHÉROT<sup>1</sup>

*Résumé : Ces rencontres ont permis de contribuer à la construction scientifique du changement majeur dans la mise en œuvre du droit de la concurrence qui résulte de l'institution et de la montée en puissance de ce qu'on appelle les procédures négociées – la clémence, les engagements, la non-contestation des griefs du droit français et la transaction devant la Commission européenne. C'est un sujet d'une grande importance tant pour le droit et la politique de concurrence que pour le droit processuel et la théorie du droit. Elles suggèrent un examen régulier de ces dernières qui doit porter, en plus de l'analyse des effets positifs et négatifs de chacune de ces procédures, sur l'équilibre des différentes procédures entre elles, puis sur l'équilibre entre ces procédures et ce que l'on peut appeler les procédures normales ou de droit commun de mise en œuvre du droit de la concurrence, enfin, sur le respect par ces procédures des garanties fondamentales inhérentes au droit.*

Notre colloque contribue aujourd'hui à la construction scientifique de ce changement majeur dans la mise en œuvre du droit de la concurrence qui résulte de l'institution et de la montée en puissance de ce qu'on appelle les procédures négociées – la clémence, les engagements, la non-contestation des griefs du droit français et la transaction devant la Commission européenne. L'examen des questions posées par l'institution et la mise en œuvre de ces procédures est d'autant plus nécessaire que leur introduction en Europe a souvent été faite sans un examen préalable approfondi<sup>2</sup>

- 
1. Professeur Aix-Marseille Université, Laboratoire de théorie du droit.
  2. Le *Livre blanc sur la modernisation du droit de la concurrence* du 2 avril 1999 (COM 101 final) faisait référence aux engagements de façon brève et en suggérant qu'ils ne joueraient pas un rôle majeur dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Et parmi les commentaires sur le Livre blanc, il en est peu qui portèrent sur la procédure des engagements. Ce n'est qu'après que la Commission eut commencé à employer la procédure des engagements que la question a retenu l'attention des observateurs. De même, David Bosco souligne, dans son rapport (*supra*) sur « Transaction européenne, non-contestation des griefs française, fille perdue? », « les circonstances difficiles »

et que la comparaison qui peut en être faite avec les expériences similaires aux États-Unis est rendue difficile par les différences et dans les systèmes de droit de la concurrence entre l'Europe et les États-Unis et dans les procédures de négociation telles qu'elles sont organisées de part et d'autre de l'Atlantique. Le thème est sinon neuf, du moins encore largement ouvert ; il attend et il appelle de nouvelles données. Des rencontres récentes importantes lui ont été consacrées, celles notamment de Fordham<sup>3</sup>, de Florence<sup>4</sup> et de Paris<sup>5</sup>. Nous nous inscrivons dans cette filiation. C'est un sujet d'une grande importance tant pour le droit et la politique de concurrence que pour le droit processuel et la théorie du droit, et nous savons tous gré aux organisateurs du colloque et au GREDEG de l'avoir choisi pour l'organisation de ces quatrième Rencontres de droit économique de Nice.

L'institution et le fonctionnement de ces nouvelles procédures font l'objet d'une approche de type économique, les incitations que ces procédures offrent à ce qu'il faut bien appeler dans ce contexte les « acteurs », qui sont autant les entreprises que les autorités de concurrence, devant permettre de mieux atteindre les objectifs que poursuit le droit de la concurrence. Les réformes qui les ont introduites font, de façon nouvelle, de la mise en œuvre du droit de la concurrence un élément de la politique de concurrence<sup>6</sup>.

Il est acquis sur le principe que ces procédures jouent sur des incitations pertinentes pour permettre, à certaines conditions, de mieux atteindre les objectifs du droit de la concurrence et d'en renforcer l'efficacité. Des effets non voulus ne sont pas à écarter, mais le bilan économique de ces procédures, y compris celui de la clémence qui peut théoriquement avoir conjointement des effets pro- et anticoncurrentiels, est en général évalué positivement. Naturellement, des études empiriques fines – qui feront sans doute l'objet de controverses – nous en apprendront plus lorsque le temps aura passé et que le retour sur l'expérience sera suffisant. Comme cela a été démontré, notamment par Anne Perrot, les procédures bénéficient en général d'une certaine complémentarité des incitations de la part de l'autorité de concurrence et des entreprises, même si les données qui sont susceptibles d'être prises en compte

---

de la naissance de la procédure de non-contestation des griefs en France : « on ne disposait pas, à l'époque d'expériences étrangères transposables de façon appropriée et le recours aux consultations publiques n'était pas encore rentré dans les habitudes ».

3. « 2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute ».
4. Voy. « 13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop », Florence, 6-7 juin 2008, publié par Ehlermann et Marquis, *European Competition Law Annual 2008 : Settlements Under EC Competition Law*, Hart, 2009.
5. « Les procédures négociées en droit de la concurrence », Paris, le 3 avril 2008, *Concurrences*, 2008, n° 2.
6. La Cour d'appel de Paris a elle-même observé que la clémence « relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié au Conseil puis à l'Autorité de concurrence » (CA Paris, 19 janvier 2010, *AMD Sud-Ouest*, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08d32\\_siderurgie.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08d32_siderurgie.pdf)).

par les acteurs sont nombreuses et donc si les aspects stratégiques les engagent dans une logique difficilement lisible de part et d'autre<sup>7</sup>. En revanche, la procédure de non-contestation des griefs se « trouve à l'intersection d'incitations de sens opposé, lorsqu'on envisage tour à tour le point de vue des autorités de concurrence et celui des parties »<sup>8</sup>.

L'institution de ces procédures comme leur mise en œuvre conduisent à des interrogations et l'on sera avisé de les soumettre régulièrement à une évaluation et à un examen.

Si on les rassemble sous le terme de procédures négociées, une expression qui est souvent discutée pour certaines d'entre elles, ces procédures sont très différentes au-delà de leur appartenance à une même politique générale de recherche d'une plus grande efficacité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Ces différences ont été naturellement mises en évidence, la comparaison entre elles – elle a été bien menée pendant ce colloque – étant une opportunité d'en saisir souvent pour chacune d'entre elles toutes les subtilités. Les contributions apportent des analyses juridiques précises et détaillées, compte tenu des évolutions que ces procédures ont déjà connues, sur retour d'expérience, depuis leur première introduction dans le droit.

Notre colloque a tracé les pistes qui pourraient servir de plan à cet examen régulier. Les rapports ont fait état d'un examen de l'équilibre entre différentes procédures – on a mis en évidence l'équilibre entre la procédure de la clémence et la procédure d'engagements –, tout en montrant que l'équilibre était plus difficile à trouver dans le cas de la relation de la procédure de clémence, et notamment de la clémence secondaire, avec la procédure de non-contestation des griefs, comme a pu le révéler l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 janvier 2010 réformant la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques<sup>9</sup>.

Il a également permis de mesurer les tensions qui peuvent être observées entre certaines de ces procédures nouvelles et les procédures soit alternatives soit complémentaires dans lesquelles elles ne peuvent pas ne pas s'inscrire par ailleurs. Il a été question de deux types de tensions.

1. Il a été question du rapport entre la procédure d'engagements et la procédure contradictoire devant l'autorité de concurrence. Le système de ces rapports est fait pour protéger les intérêts publics, dès lors que les entreprises n'ont pas le droit d'obtenir une procédure d'engagements et que celle-ci reste à la discrétion de l'autorité de concurrence. Le Tribunal l'a confirmé dans l'affaire *Alrosa*<sup>10</sup>. La Commission n'est

---

7. Voy. notamment le rapport et les observations de Véronique Sélinski (*supra*).

8. Voy. la contribution d'Anne Perrot (*supra*).

9. Arrêt précité.

10. TPI, 11 juillet 2007, *Alrosa*, T-170/06, *Rec.*, p. II-2601.

jamais obligée de recourir à la procédure d'engagements à la place de l'utilisation de la procédure de l'article 7 du règlement 1/2003, et, sur ce point, son choix est protégé par la reconnaissance d'une marge entière de discrétion. C'est le même régime qui régit la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence, celle-ci n'étant pas tenue d'accepter et de rendre obligatoires les engagements proposés par les entreprises. L'Autorité est donc maîtresse de l'arbitrage à réaliser ; mais encore faut-il qu'elle arbitre avec pertinence entre la procédure d'engagements et la procédure contradictoire. C'est une question importante que celle de la politique du choix en faveur de l'une ou l'autre des procédures en cause, quand ce choix est ouvert<sup>11</sup>. Il ne faut pas que les procédures d'engagements servent à masquer les lourdeurs et les difficultés de la procédure contradictoire de droit commun. Certes, les procédures d'engagements peuvent être, à juste titre, regardées comme une façon d'éviter la longueur, la lourdeur et le coût des procédures contradictoires lorsque ces délais et ces coûts sont disproportionnés par rapport aux avantages que peut présenter dans certains cas une procédure plus courte. Mais les procédures ne sont pas parfaitement substituables. Le paradoxe est que le recours à la procédure d'engagements n'est efficace que si le recours à la procédure contradictoire reste une solution possible et viable. Car, plus forte sera la réputation de l'Autorité de la concurrence pour obtenir des remèdes à travers la procédure contradictoire, plus le défendeur sera en mesure de proposer des engagements et plus l'Autorité de la concurrence sera en mesure en acceptant ces engagements ne pas lui accorder de trop fortes récompenses.

Par ailleurs, la procédure contradictoire a des effets externes positifs considérables dans certaines affaires parce qu'elle permet de construire une doctrine en matière de politique de concurrence, ce qui ne peut pas être l'objet ou le résultat des procédures en matière d'engagements. La doctrine du droit de la concurrence n'est pas à construire seulement dans des cas nouveaux, elle peut aussi être appelée à évoluer même lorsqu'il existe des précédents, en fonction des arguments des parties et en fonction des faits et à la mesure des exigences doctrinales nouvelles qui découlent de l'orientation plus sensible que par le passé des autorités de concurrence et des juges vers la recherche des effets des pratiques commerciales sur la concurrence et le bien-être des consommateurs, et « il serait dommage que le raccourcissement des procédures se passe au détriment d'une nécessaire évolution de la doctrine, le risque étant que l'application systématique de la jurisprudence passée l'emporte sur une analyse approfondie de chaque cas selon ses mérites propres »<sup>12</sup>.

11. Il est admis que dans le cas de la poursuite des cartels où le but est la dénonciation publique et la dissuasion, les procédures d'engagements seraient inappropriées.
12. W. P.J. Wils, « The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement : Objectives and Principles », in Ehlermann et Marquis, *op. cit.* L'auteur écrit que « l'histoire récente des dossiers d'abus de position dominante montre que des éléments essentiels de doctrine ont été clarifiés à l'issue de procédures longues, permettant un examen approfondi des pratiques en cause, de leur environnement factuel et de leurs effets, dans le cadre d'un débat contradictoire incluant éventuellement un appel devant les juridictions compétentes ».

2. Il a été aussi question des rapports tendus entre la politique de clémence et les droits des entreprises concurrentes et des consommateurs à engager une action en responsabilité pour pratiques anticoncurrentielles devant les juridictions compétentes. Pour préserver les incitations des entreprises à s'engager dans un programme de clémence, les autorités peuvent être conduites à tenter d'empêcher que ces programmes puissent servir comme preuve dans les juridictions éventuellement saisies en matière d'actions privées. Jusqu'où peut-on aller en ce sens ? L'enjeu dépasse la seule politique de concurrence, car il est aussi question ici des droits à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles qui sont des droits constitutionnellement protégés. On a souvent évoqué, comme le rappelle aujourd'hui Jean-Christophe Roda, et compte tenu de l'existence des procédures de *discovery* devant les cours des États-Unis, le risque de voir remise en cause l'efficacité des programmes de clémence en Europe pour les ententes pour lesquelles ils sont peut-être les plus nécessaires, les cartels transnationaux et notamment les cartels transatlantiques, et en tout cas la dépendance des incitations à s'engager dans ces programmes, à la décision des juridictions des États-Unis de faire ou non entrer dans les procédures de *discovery* les éléments de preuve liés à des programmes de clémence engagés en Europe. Mais si l'analyse des décisions des cours des États-Unis et de la doctrine qui s'en dégage devient un aspect essentiel pour le succès des programmes européens, elle offre également un point de vue enrichissant, dès lors qu'elle nous apprend que les cours des États-Unis pratiquent une mise en balance entre les intérêts et les droits des victimes et les intérêts de la politique de concurrence<sup>13</sup>.

Cette observation nous conduit, enfin, à examiner une troisième série de préoccupations, qui touchent au système juridique dans ses caractères les plus généraux et concernent la préservation des garanties les plus élevées et notamment des garanties procédurales du droit. La matière est immense et on ne doute pas que les nouvelles procédures ne conduisent à analyser, à nouveaux frais, le sens et la portée de ces garanties. Ces procédures ne peuvent pas ne pas avoir des effets sur le rôle du juge<sup>14</sup>. Certes, la voie des procédures négociées ne s'accompagne pas d'une renonciation des entreprises à contester les décisions qui ont été adoptées par l'Autorité de la concurrence, et la Cour d'appel de Paris a accepté de recevoir le recours de l'entreprise plaignante contre la décision par laquelle l'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements<sup>15</sup> et elle assure le respect des garanties procédurales. Si la Cour de cassation a jugé que la procédure d'engagements, qui n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6, § 1 de

13. Voy. le rapport de Jean-Christophe Roda (*supra*) sur ce point.

14. Voy. D. Waelbroeck, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées : que va-t-il rester aux juges ? », *GCLC Working Paper* 01/08, 2008.

15. CA Paris, 16 octobre 2007, aff. *Festina*, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06d24\\_bijourama.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06d24_bijourama.pdf).

la CEDH, elle a aussitôt considéré que les entreprises plaignantes ou les entreprises en cause ont une garantie d'un accès intégral au dossier de la procédure<sup>16</sup>, admettant ainsi que « les particularités et la souplesse qui caractérisent cette procédure négociée ne justifient pas qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux des parties »<sup>17</sup>, ici le respect du principe du contradictoire.

Mais l'étendue du contrôle juridictionnel est souvent limitée du fait même des engagements qu'ont négociés les entreprises en cause. Dans l'arrêt sur le cartel des aciers, la Cour d'appel de Paris, soulignant la réalité de « prévisions contractuelles » entre le demandeur de la clémence et le collègue de l'Autorité de la concurrence, juge que « l'utilisation de cet instrument qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confiée au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence, repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la Cour d'appel de Paris. Qu'en l'espèce, la société Descours-et-Cabaud a accepté la proposition du Conseil de diminuer de 10 et 30 % la sanction encourue, moyennant divers engagements. Que cette entreprise est donc irrecevable à invoquer avec force une meilleure prise en compte de ses efforts concrets et avérés de réorganisation et de modernisation, destinés à rétablir le jeu normal de la concurrence »<sup>18</sup>.

Dans le contexte de l'article 9 du règlement 1/2003, qui prévoit la possibilité pour la Commission de rendre obligatoires les engagements offerts par les entreprises qui sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence, la Cour de justice<sup>19</sup> estime, parce que la procédure d'engagements est « inspirée par des considérations d'économie de procédure et permet aux entreprises de participer pleinement à la procédure en proposant les solutions qui leur semblent les plus appropriées et adéquates pour répondre aux préoccupations de la Commission », que l'obligation d'assurer le respect du principe de proportionnalité qui incombe à la Commission a une portée et un contenu différents de ceux qui prévalent pendant la procédure contradictoire, et censure l'arrêt du Tribunal qui avait jugé que l'application du principe de proportionnalité produisait des effets identiques tant à l'égard des décisions prises au titre de la procédure contradictoire que de la décision prise

---

16. Cass. com., 4 novembre 2008, *Canal 9*, pourvoi n° 07-21275, aff. *GIE Les indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique*, in Ch. Lemaire, « Engagements – Contradictoire : la Cour de cassation exige que les parties à la procédure d'engagements bénéficient d'un accès intégral au dossier de l'autorité (*Canal 9*) », *Concurrences*, 2009, n° 1, pp. 189-190.

17. Ch. Lemaire, obs. sous Cass. com, *op. cit.*, p. 190.

18. Arrêt précité. Véronique Sélinsky fait valoir dans sa contribution que « lorsqu'un avis de clémence fixe une fourchette de réduction, l'entreprise n'a pas son mot à dire. Elle devrait pouvoir être admise à démontrer que son apport – en termes de preuves et d'économies de coûts pour l'Autorité de la concurrence – n'a pas été correctement rétribué en raison d'un taux de réduction trop faible. La Cour d'appel de Paris n'a pas voulu entrer dans ce débat ».

19. CJUE, grande chambre, 29 juin 2010, *Commission et Alrosa*, C-441/07, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-06/cp100061fr.pdf>.

à l'issue de la procédure rendant obligatoires des engagements. La solution adoptée par la Cour paraît raisonnable et apte à sauvegarder, comme la Commission le faisait valoir, l'intérêt du recours pour elle à la procédure d'acceptation des engagements pour les rendre obligatoires, alors que par ailleurs les entreprises qui offrent des engagements acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer après examen approfondi. Une telle solution videra de toute chance de succès le recours de la part de l'entreprise contre la décision rendant ses engagements obligatoires dès lors qu'elle n'aurait pas offert en cours de procédure des engagements moins contraignants pour elle. Cette solution prive de protection les intérêts des tiers. Certes, comme le dit l'avocat général, les tiers tireront généralement profit des concessions relativement larges qu'une entreprise fait à la Commission. Mais, comme il le fait aussi remarquer, les engagements offerts peuvent parfois porter atteinte aux intérêts d'un tiers, comme c'était le cas en l'espèce de l'entreprise Alrosa, et il ne nous paraît pas suffisant de défendre l'idée que la confiance des tiers dans la poursuite d'un comportement ne serait digne de protection que de manière restreinte, eu égard à l'intérêt général d'une concurrence non faussée. De même, la Cour d'appel de Paris se borne à contrôler si les engagements rendus obligatoires sont crédibles, substantiels et vérifiables, sans qu'il lui appartienne d'en substituer de nouveaux<sup>20</sup>.

Compte tenu des caractéristiques de la procédure de non-contestation des griefs, en revanche, la Cour d'appel de Paris a admis d'exercer un contrôle de plein contentieux sur l'appréciation par le Conseil de la concurrence concernant la réduction de la sanction. La procédure « n'a pas donné lieu en l'espèce à un contrat entre le Conseil et les entreprises, puisque ces dernières ont au contraire contesté jusque devant l'instance de décision la réduction que leur proposait le rapporteur » et que « dans ce cadre, il est toujours loisible aux entreprises concernées de contester au plein contentieux devant la Cour d'appel de Paris l'insuffisante indulgence de l'Autorité »<sup>21</sup>.

L'affaiblissement des droits des entreprises comme le principe même des négociations et des engagements sont subordonnés à la garantie de la liberté des entreprises de s'engager dans ces procédures. La garantie de cette liberté ne peut pas être considérée comme remise en cause par le fait que les négociations se réalisent sous la menace de l'application de sanctions ou de la mise en œuvre d'une procédure de recherche d'une infraction. Mais en revanche, tout deviendrait illégitime si, en cas de refus de la part de l'entreprise de s'engager dans une des procédures dites négociées, la sanction pouvait être plus lourde que celle légitimement attendue et prévue par les textes. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une entreprise ne s'est pas engagée dans la voie de la procédure de clémence et qu'elle demande seulement, une fois les griefs

20. CA Paris, 23 février 2010, *Expedia*, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca09d06\\_fev2010.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca09d06_fev2010.pdf).

21. CA Paris, 19 janvier 2010, précité.

notifiés, à bénéficier de la non-contestation des griefs que les engagements proposés à l'occasion de la non-contestation des griefs ne doivent pas être appréciés à leur valeur propre. Aussi faut-il être sensible à la démarche de la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle juge, tout en reconnaissant que la clémence rend évidemment plus de services à la protection de la concurrence que la procédure de non-contestation des griefs, qu'il n'est pas possible « d'estimer explicitement que l'abattement offert aux entreprises qui ne contestent pas va dépendre de la fourchette négociée au titre de la clémence avec telle ou telle autre entreprise », parce que « même si à engagements comparables, la clémence rend évidemment plus de services à la protection de la concurrence que la non-contestation, l'accord de clémence est inopposable, en droit et en fait, aux entreprises qui n'y sont pas partie ». Elle impose ainsi qu'une procédure soit jugée sur ses mérites propres<sup>22</sup>. Tout en notant que la décision de la Cour d'appel de Paris rend l'articulation entre la clémence secondaire et la non-contestation des griefs plus difficile à gérer pour l'Autorité de la concurrence et même qu'elle risque d'affaiblir l'« attractivité » (David Bosco) de la clémence, les rapporteurs de ce colloque, qui ont pour beaucoup d'entre eux souligné les difficultés que cet arrêt risquait de faire naître, n'ont pas cherché, en opposant l'analyse économique et l'analyse juridique, à critiquer en elle-même la décision de la Cour d'appel de Paris.

Les procédures négociées ont introduit dans les règles qui gouvernent la mise en œuvre du droit une théorie fondée sur les incitations. Que cette théorie des incitations, pour peu qu'elle puisse être maîtrisée et comprise, serve aussi au juge pour interpréter les textes ou aux autorités de concurrence pour exercer leur part de pouvoir discrétionnaire, on ne saurait en théorie y trouver à redire. On ne saurait cependant que faire observer, pour le jeu des arguments de type économique, ce que d'autres auteurs ont dit à propos des rapports entre le jugement de droit et le jugement moral<sup>23</sup> qu'on ne saurait subordonner le jugement de droit, au moins si les règles de droit sont claires ou si elles ont leur propre logique, à un jugement ou une analyse économique, sauf à remettre en cause l'autorité du droit.

---

22. CA Paris, 19 janvier 2010, précité.

23. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

## ***SUMMARY : FINAL AND PROSPECTIVE COMMENTS***

*This meeting contributes to scientific progress in one of the most evolving fields of competition law, which is negotiated procedures. Leniency programs, settlements and other forms of negotiated procedures (French nolo contendere procedure and EU settlement) are more and more frequently used, and gain in maturity. Negotiated procedures constitute a topic of deep importance for both competition policy, and for procedural law and legal theory. It is thus interesting to analyze and monitor these various procedures both in the light of the incentives given to parties to use one or the other of them, and with a view to safeguard the rules of general competition and fundamental legal safeguards of a fair and effective procedure.*

**Mots clés :** transaction, clémence, engagements, procédure négociée, politique de concurrence, garanties procédurales

**Keywords :** transaction, settlement, leniency, incentives, competition policy, fundamental legal safeguards