

DROIT ÉCONOMIQUE

Sous la direction scientifique de Roger BOUT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Marc BRUSCHI, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Monique LUBY, Professeur à l'Université de Pau et Sylvaine POILLOT-PERUZETTO, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I.

Au moment où le Parlement a procédé, le 29 janvier 2009, à la ratification de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, maîtres Ferré, Biancone et François-Martin nous présentent les dispositions phares qu'elle contient en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles.

On notera que cette ratification s'est accompagnée de plusieurs rectifications. Tout d'abord, le pourvoi formé contre l'ordonnance du Premier président de la cour d'appel saisi à propos de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé une enquête, doit être formé selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. Ensuite, il est rétabli le pouvoir accordé au président de l'Autorité de la concurrence, ou à un vice-président nommé par lui, d'adopter seul les actes de pure procédure. Enfin, s'agissant du conseiller-auditeur, le parlement a maintenu la référence à la qualité de magistrat tout en précisant qu'à défaut de l'être, il suffira qu'il offre des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes.

Coralie ANADON

Le nouveau traitement des micro-pratiques anticoncurrentielles en droit français

Par Dominique FERRÉ

Avocat associé FIDAL
 Directeur du Département
 Distribution - Concurrence
 Barreau de Lyon

Karine BIANCONI

Avocat FIDAL
 Barreau de Montpellier

Laurent
 FRANCOIS-MARTIN

Avocat associé FIDAL
 Direction Internationale
 Barreau des Hauts-de-Seine
 et de Bruxelles

À la suite des préconisations du Rapport Attali proposant la création d'une « autorité de la concurrence indépendante et unique » (Attali J [prés], Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, janv 2008, décisions 187 à 190), la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 est venue instaurer une Autorité de la concurrence dotée du pouvoir de contrôle des concentrations économiques (conféré jusqu'alors au ministre de l'Économie), de moyens d'investigations et de poursuites renforcés en matière de pratiques anticoncurrentielles en réunissant les services d'enquête et d'instruction sous la même autorité (L n° 2008-776, 4 août 2008, art 95 et 96, JO 5 août).

Par ailleurs, l'article 97 de la loi de modernisation de l'économie autorise le Gouvernement à légiférer par ordonnance notamment quant à l'articulation des compétences de cette Autorité nouvelle avec celles du ministre chargé de l'Économie. Un avant-projet d'ordonnance soumis à une consultation publique jusqu'au 15 juillet 2008, disposait de l'instauration d'un système permettant au ministre de l'Économie de transiger sur des pratiques anti-concurrentielles de dimension locale (ci-après les « micro-PAC ») afin de permettre à l'Autorité de la concurrence de se consacrer au traitement des dossiers les plus importants

RDA 2138

Ord n° 2008-1161, 13 nov 2008, JO 14 nov

Malgré les fortes critiques qui ont suivi (cf par exemple, Idot L, Entretien aux cah. dr. entr 2008, Fasc 4, Rapport complémentaire de l'Aféc sur l'avant projet d'ordonnance de réforme des autorités de la concurrence, précite, Selinsky V, L'Autorité de concurrence « unique » une réforme à parfaire RLC 2008/17, n° 1260, et l'avis du Conseil de la concurrence lui-même, n° 08 D 05, précite), et celles en particulier du Conseil de la concurrence lui-même dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence dénonçant la « rupture d'égalité de traitement en créant un droit de la concurrence de seconde zone pour les petites et moyennes entreprises », la

réforme dite des « micro-PAC » a été introduite par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (Ord n° 2008 1161, 13 nov 2008, JO 14 nov).

Bien qu'un débat ait lieu sur l'entrée en vigueur de ce dispositif (cf notamment Lettre CREDA concurrence des 17, 20 et 21 novembre 2008), l'ordonnance renvoie l'entrée en vigueur à la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence (l'entrée en vigueur des articles 95 et 96 de la LME est en effet fixée à la « promulgation » de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la LME et l'article 5 de l'ordonnance n° 2008 1161 dispose que « les membres du Conseil de la concurrence sont maintenus dans leurs fonctions jusqu'à la première réunion de l'Autorité de la concurrence. Jusqu'à cette date, le Conseil de la concurrence et le ministre

charge de l'Économie exercent les compétences qui leur sont respectivement dévolues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de publication de la présente ordonnance) qui devait avoir lieu le 1^{er} janvier (cf. Déclarations de Christine Lagarde le 13 janvier 2009 à l'occasion de l'installation solennelle de la nouvelle Autorité de la concurrence)

La réforme des « *micro PAC* » officiellement destinée à renforcer l'efficacité du traitement des procédures de concurrence (I) est source de risques pour les entreprises en matière de sécurité juridique et de garanties procédurales liées au traitement des dites « *micro PAC* » telles que définies par l'ordonnance du 13 novembre 2008 (II)

I – L'EFFICACITÉ RECHERCHÉE · LE CONTRÔLE DES « MICRO-PAC » PAR LE MINISTRE

Le nouvel article L. 464-9 du Code de commerce confère au Ministre une compétence en matière de contrôle des « *micro PAC* » de dimension locale (A), là où antérieurement ses services bénéficiaient de seuls pouvoirs d'enquête (enquêtes menées par les agents de la direction nationale des enquêtes ou des directions régionales dépendant de la DGCCRF)

Pour ces pratiques, le Ministre se voit confier le pouvoir d'enjoindre ou de transiger avec les entreprises (B)

A. – La notion de « micro-pratiques anticoncurrentielles »

L'article L. 464-9 du Code de commerce prévoit que le Ministre est compétent pour contrôler les « *micro PAC* » définies comme les pratiques répondant aux trois conditions cumulatives suivantes

il s'agit d'infractions au droit national de la concurrence ententes (C. com. art. L. 420-1), abus de position dominante (C. com. art. L. 420-2) et prix abusivement bas (C. com. art. L. 420-5), ce qui exclut les pratiques affectant le commerce entre les États membres et relevant donc du droit communautaire,

les pratiques doivent affecter un marché de dimension locale,

le chiffre d'affaires de chacune des entreprises impliquées dans la pratique ne dépasse pas 50 millions d'euros en France et leur chiffre d'affaires cumulé ne dépasse pas 100 millions d'euros

Cette définition tendrait à identifier des pratiques d'importance moindre, laquelle justifierait un traitement simplifié par les services du Ministre

Les critères de définition de ces pratiques n'apparaissent toutefois pas pertinents pour délimiter leur caractère de moindre importance. En effet, en premier lieu, la notion de « *marché de dimension locale* » relève d'un concept flou. Un marché se définit comme le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés comme substituables entre eux. Un marché local se définit par opposition à un marché national et donc des que la pratique sera identifiable sur un marché géographique inférieur au territoire national, elle sera susceptible de répondre à la qualification de « *micro PAC* », sous réserve de ne pas porter atteinte au commerce entre États membres et de remplir les conditions liées aux seuils de chiffre d'affaires

En premier lieu, cela implique donc que soit préalablement défini le marché géographique, ce qui n'est pas toujours

facile et peut nécessiter des analyses approfondies. Le Ministre peut d'ailleurs avoir une vision propre de la dimension géographique du marché, notamment s'il souhaite conserver le dossier, sachant que les textes ne prévoient pas que l'entreprise puisse discuter ce point

En second lieu, le critère de chiffre d'affaires n'est pas un élément pertinent pour évaluer l'importance d'une pratique anticoncurrentielle laquelle peut avoir des effets particulièrement importants pour le consommateur même émanant d'entreprises de taille réduite. Tel pourrait être par exemple, le cas de pratiques locales dans le secteur du commerce de proximité susceptibles d'impacter des produits de première nécessité, comme par exemple, le prix de la baguette de pain (cf. par exemple la décision n° 04 D 07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne ou l'entente sur le prix de la baguette de pain entre les boulangers à donner lieu à des pratiques jugées particulièrement graves par le Conseil de la concurrence car impactant un produit largement consommé par les Français)

B. – Les modalités du traitement des « micro-PAC » par le Ministre

Une fois la « *micro PAC* » identifiée et son imputabilité à l'entreprise démontrée, le Ministre pourra enjoindre à l'entreprise concernée d'y mettre un terme ou lui proposer de transiger. Dans ce dernier cas le montant de la transaction ne pourra excéder 75 000 € ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible

Le recours au dispositif d'injonction ou de transaction est sans doute apparu comme efficace au législateur pour traiter les « *micro-PAC* », le mécanisme de la transaction faisant par ailleurs déjà partie des compétences ministérielles en matière de pratiques restrictives de concurrence depuis la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (C. com. art. L. 470-4-1)

Ces dispositions apparaissent toutefois en contradiction avec l'objectif de la réforme visant à l'instauration d'une autorité unique et avec la mise en cohérence de notre système national avec les autres systèmes européens (Attali J. [pres.] Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française précité, décision 188). En effet, au lieu d'instaurer un « *guchet unique* » (cf. Cons. Conc. avis n° 08 A 05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence pt. 10 et s.) en conférant à la nouvelle Autorité de la concurrence la possibilité de disposer de moyens humains suffisants et de l'opportunité des poursuites des pratiques anticoncurrentielles (l'Autorité demeure en effet dans les conditions de l'article L. 462-8 du Code de commerce soumise à l'obligation de traiter toutes les affaires dont elle est saisie à moins que leur examen ne soit impossible en raison de l'irrecevabilité de la saisine de la prescription des faits ou de l'absence manifeste d'éléments de preuve suffisants pour l'étayer auquel cas elle devra prendre une décision de rejet motivée sous le contrôle du juge) l'ordonnance a confié aux services du Ministre un pouvoir subsidiaire en matière de pratiques anticoncurrentielles destinée sans doute à compenser l'octroi à l'Autorité, par l'article 96 de la LME, du contrôle des concentrations ancienne exercé par les services du Ministre

L'ordonnance confère toutefois au Rapporteur général un pouvoir de « *filtrage* » des affaires traitées par les services ministériels pour en confier le traitement à l'Autorité de la concurrence. En effet, en premier lieu, dans le cas où les services du Ministre souhaiteraient diligenter des investigations, ils devront en informer le rapporteur général avant leur déclenchement, et ce dernier pourra « *dans un délai fixe par décret,*

en prendre la direction » (C. com., art. L. 450-5, al. 1, nouveau). En second lieu, dans le cas où les investigations auraient été initiées par les services du Ministre, le rapporteur général devra « être informé sans délai du résultat des investigations menées » et pourra « dans un délai fixé par décret, proposer à l'Autorité de se saisir d'office » (C. com., art. L. 450-5, al. 2, nouveau). Il demeure qu'un tel système requérant une double analyse en amont par les services du Ministre et par le rapporteur général devant l'Autorité de la concurrence, ne nous semble pas répondre à l'objectif d'efficacité affiché.

II. – L'AFFAIBLISSEMENT CONSÉCUTIF POUR L'ENTREPRISE DE SES GARANTIES DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE DE CONTRÔLE DES « MICRO-PAC »

La procédure de traitement des « micro-PAC » par le Ministre présente des incertitudes quant à la qualification qui sera donnée de la pratique et quant aux garanties procédurales (A.).

Il demeure qu'*in fine*, la pratique pourra être traitée par l'Autorité de la concurrence (B.).

A. – Le constat de l'affaiblissement des garanties liées au traitement dans le cadre des « micro-PAC »

Tant au niveau de l'identification et de l'imputabilité des pratiques (1°), qu'au niveau des droits de la défense (2°), l'entreprise pourrait se voir privée du respect des règles relatives au droit national de la concurrence.

1° L'insécurité liée à la qualification de « micro-PAC » par le Ministre

Rien dans les textes ne soumet le Ministre, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés au titre de l'article L. 464-9 du Code de commerce, aux règles procédurales afférentes au traitement des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité de la concurrence.

Ainsi, on peut s'interroger sur l'opposabilité du seuil de sensibilité visé à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce au Ministre, ce texte ne visant, en effet, qu'une faculté pour l'Autorité de la concurrence de prononcer un non-lieu à poursuivre la pratique si les parts de marché des entreprises en cause n'outrepassent pas certains seuils (la part de marché cumulée ne doit pas dépasser 10 % entre concurrents et 15 % entre non-concurrents sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique en cause).

Ensuite, le Ministre fera-t-il application des règlements d'exemption communautaire, « à titre de guide d'analyse », à l'instar du Conseil de la concurrence (les illustrations de cette démarche sont nombreuses ; cf. par exemple Rapp. C. cons. 2000, Étude thématique : Le droit des restrictions verticales. Vers la révolution ?, et elle a fait l'objet d'une validation par la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 29 juin 2004, Horlogerie de luxe, BOC-CRF, 30 sept. 2004, p. 625) : par exemple, eu égard au règlement sur les restrictions verticales de concurrence, une clause d'exclusivité d'approvisionnement sera présumée, par l'Autorité de la concurrence, présenter un bilan concurrentiel positif si elle n'excède pas cinq ans et que la part de marché du distributeur n'outrepasse pas 30 % (Règl. Cons. CE n° 2790/99 sur les restrictions

verticales de concurrence, art. 5) ; mais qu'en sera-t-il dans le cadre d'une procédure mise en œuvre par les services du Ministre ?

Par ailleurs, le Ministre étant *de jure* compétent pour les seules infractions relevant du droit national de la concurrence (cf. supra, § 1.1), ce dernier sera conduit à interpréter *a priori* la notion d'affectation du commerce entre États membres permettant de définir le champ d'application du droit communautaire de la concurrence. Pourtant, une telle analyse est parfois complexe et ne peut se satisfaire d'une appréciation *a priori* et qui serait uniquement *prima facie* (l'AFEC dans son Rapport complémentaire sur l'avant-projet d'ordonnance [consultable sur son site] relève à juste titre que le seuil de 50 millions d'euros prévu pour les micro-PAC n'est déjà pas cohérent eu égard au seuil de présomption d'affectation sensible posé par le point 52 de la communication de la Commission européenne sur l'affectation du commerce entre États membres [40 millions d'euros]). Le Ministre pourrait donc se déclarer compétent alors que le commerce entre États membres est affecté et l'on sait que l'interprétation des autorités de concurrence sur ce point est très large.

« Les règles des «micro-PAC» s'appliquant aux plus petites entreprises, lesquelles ne disposant pas toujours de la connaissance de leurs droits, le risque d'un droit national de la concurrence à deux vitesses, avec une absence d'homogénéité et d'harmonisation est donc réel ».

Il convient ainsi de souligner l'insécurité juridique liée à la qualification qui pourrait être faite des pratiques par le Ministre, et des difficultés en résultant pour les entreprises souhaitant recourir à une auto-évaluation au regard des règles de concurrence, afin de sécuriser leurs pratiques et notamment leurs accords, ou d'assurer leur défense dans le cadre d'un contentieux.

De surcroît, aux difficultés liées à l'interprétation qui sera faite du droit de la concurrence par le Ministre, s'ajoute le fait que ses décisions ne seront pas publiques (C. com., art. L. 470-7-1, nouveau) et qu'elles ne sont pas susceptibles d'appel. En conséquence, l'entreprise engagée dans une procédure devant les services du Ministre ne pourra se référer à une pratique décisionnelle ministérielle existante pour évaluer, et éventuellement contester, la proposition de transaction ou d'injonctions qui lui serait soumise. Les règles des « micro-PAC » s'appliquant aux plus petites entreprises, lesquelles ne disposant pas toujours de la connaissance de leurs droits, le risque d'un droit national de la concurrence à deux vitesses, avec une absence d'homogénéité et d'harmonisation est donc réel.

2° Les garanties procédurales limitées dans le cadre des « micro-PAC »

Une fois la « micro-PAC » identifiée par les services du Ministre, ce dernier « peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques » (C. com., art. L. 464-9, al. 1, nouveau), il peut « également, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger » (C. com., art. L. 464-9, al. 2, nouveau). Le Ministre semble ainsi pouvoir user de son pouvoir d'injonction ou de transaction (l'avant-projet de décret semble confirmer ce point puisqu'il précise que le Ministre « peut clore la procédure, enjoindre les entreprises de mettre en œuvre les mesures de nature à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles constatées et leur notifier l'amende transactionnelle qu'il a finalement retenue, ou l'une de ces deux dernières mesures seulement » (nous soulignons)). Toutefois, plus loin le texte indique que « L'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'injonction et de l'acceptation de la transaction éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits » (nous soulignons). Une difficulté d'interprétation pourrait donc ici survenir quant à la possibilité pour une transaction non assortie d'injonctions ou pour de simples mesures d'injonc-

tions exécutées dans les délais impartis d'éteindre l'action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits

Les modalités de la transaction sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat. Un avant projet de décret « pris en application de l'article L. 464 9 du Code de commerce relatif à la cessation de certaines infractions visées aux articles L. 420 1, L. 420 2 et L. 420 5 du Code de commerce par injonction et à leur règlement par voie de transaction » a ainsi été soumis à consultation par la DGCCRF jusqu'au 11 octobre

Ce projet prévoit la procédure suivante

1 Le Ministre, ou son représentant, communique aux entreprises concernées « un rapport administratif d'enquête, signé d'un cadre ayant au moins le grade d'inspecteur principal [mettant] en évidence les faits constatés, leur qualification juridique et leur imputabilité », il comporte en annexe les procès verbaux établis ainsi que les pièces utiles » (Projet d'art de R. 464 10 du Code de commerce)

2 Les entreprises destinataires disposent de deux mois à compter de la réception du courrier pour formuler leurs observations écrites ou orales au directeur régional concerné. Ce délai peut être prorogé à la demande des entreprises, sans excéder deux mois supplémentaires

3 Après examen des observations, le Ministre ou son représentant, informe par lettre recommandée avec accusé de réception en deux exemplaires, chaque entreprise concernée de sa décision

4 L'entreprise dispose d'un mois à compter de la notification de la décision pour y répondre en retournant un exemplaire signé. Si l'entreprise refuse dans le délai ou ne répond pas, le Ministre saisit l'Autorité de la concurrence

L'avant projet de décret met donc en place un droit d'accès au dossier, et une procédure contradictoire simplifiée

Toutefois, l'entreprise ne dispose d'aucun recours contre la décision du Ministre, sauf à considérer que le refus de la transaction ou des mesures d'injonctions obligeant le Ministre à saisir l'Autorité de la concurrence constitue une forme de recours, l'Autorité devant alors réexaminer l'affaire selon ses propres règles procédurales

Or, l'entreprise n'a pas la garantie de voir respectées, par le Ministre, les règles longuement élaborées par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence en matière, notamment de droits de la défense, de standard de preuve, ou encore celles relatives à la prescription des pratiques. Le texte de l'article L. 462 7 du Code de commerce ne traite, en effet, que de faits dont l'Autorité de la concurrence serait saisie, et l'entreprise n'aurait donc aucune garantie de leur application, par le Ministre

Ainsi, le traitement des « micro-PAC » par le Ministre présente pour l'entreprise une insécurité juridique liée à la qualifica-

tion des pratiques, et un affaiblissement potentiel de ses garanties procédurales. L'entreprise pourrait donc trouver intérêt à y remédier en utilisant les moyens de procédure lui permettant de soumettre ses pratiques au traitement par l'Autorité de la concurrence. Mais, l'entreprise qui considérerait que l'appréciation du Ministre n'est pas juste ou que l'application par le Ministre du droit de la concurrence est erronée réfléchirait à deux fois avant de refuser la transaction, une amende plus élevée pouvant toujours être infligée par l'Autorité de la concurrence

B. – Un remède : le traitement possible par l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence pourra être saisie de la « micro PAC » suite à une initiative de l'entreprise (1°) qui devra en évaluer les conséquences (2°)

1° Les modalités d'intervention

Le nouveau pouvoir conféré au Ministre en matière de contrôle des « micro PAC » est limité par la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de retrouver sa compétence pour contrôler ces pratiques en amont de l'intervention du Ministre, ou en aval

En amont de l'intervention du Ministre, l'Autorité de la concurrence peut, en effet, se saisir d'office de la « micro PAC », suite à une proposition du Rapporteur Général (C. com. art. L. 450 5, al. 2, nouveau) ou être saisie par une entreprise ou un organisme habilité (C. com. art. L. 464 9 al. 3 nouveau). Le rapporteur général devant l'Autorité de la concurrence pourra donc décider soit au stade de l'enquête, soit après sa réalisation, que l'affaire sera traitée par l'Autorité de la concurrence. L'entreprise pourra donc, le cas échéant, tenter de convaincre le rapporteur

général d'intervenir en ce sens

En aval de l'intervention du Ministre, une fois la décision notifiée à l'entreprise, cette dernière pourra refuser de transiger ou d'exécuter les injonctions, ce qui obligera le Ministre à saisir l'Autorité de la concurrence (C. com. art. L. 464 9 al. 4 nouveau). Cette dernière modalité est toutefois délicate pour l'entreprise qui pourrait redouter les conséquences pratiques d'un tel refus auprès de l'Administration

Une fois l'Autorité de la concurrence saisie, le président ou un vice-président désigné par lui, pourra adopter seul les décisions concernant les affaires de micro-pratiques anticoncurrentielles ayant fait l'objet d'un refus de transaction ou d'inexécution des injonctions ou des obligations de la transaction (C. com. art. L. 461 3, al. 4 nouveau). L'entreprise pourrait être ainsi privée, à la discrétion de l'Autorité de la concurrence, de la collégialité de la décision qui serait prise à son encontre

2° Les conséquences de l'intervention

Les entreprises concernées par ce contrôle de proximité des « micro-PAC » doivent être vigilantes, et anticiper la stratégie éventuelle à adopter, en procédant à une auto-évaluation préalable de leurs accords et pratiques sur les marchés de dimen-

« Les entreprises concernées par ce contrôle de proximité des "micro-PAC" doivent être vigilantes, et anticiper la stratégie éventuelle à adopter, en procédant à une auto-évaluation préalable de leurs accords et pratiques sur les marchés de dimension locale, et une évaluation subséquente des sanctions qui pourraient être prononcées par le Ministre, ou par l'Autorité de la concurrence ».

sion locale, et une évaluation subséquente des sanctions qui pourraient être prononcées par le Ministre, ou par l'Autorité de la concurrence

En effet pour les « petites » PME une amende plafonnée à 5 % de leur chiffre d'affaires réalisée en France sera très lourde et ne justifiera pas forcément le risque de se passer des garanties procédurales offertes par une procédure devant l'Autorité de la concurrence

Outre la procédure classique, les entreprises peuvent utiliser devant l'Autorité de la concurrence les procédures négociées d'engagement ou de transaction

Ainsi avant la notification de griefs, la procédure d'engagements permet à une entreprise d'éviter une sanction mais cette possibilité n'est ouverte que pour les pratiques unilatérales ou les pratiques les moins graves, notamment verticales. Le texte est désormais en cohérence avec la teneur de la procédure d'engagement, qui est enclenchée par une « évaluation préliminaire » (C. com art. R. 464-2) des pratiques effectuée par le rapporteur, qui ne constitue pas un acte d'accusation et ne peut donc établir la réalité et l'imputabilité des pratiques (Cass. com. 4 nov. 2008 n° 07-21-275). Cette procédure conduit à une décision de l'Autorité de la concurrence ce qui permet à l'entreprise de bénéficier d'un certain nombre de garanties procédurales tels le principe du contradictoire et son corollaire le droit d'accès au dossier c'est à dire à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire (Cass. com. 4 nov. 2008 précité)

En revanche, la procédure de transaction visée à l'article L. 464-2 III du Code de commerce ouverte après une notification des griefs permet à toute entreprise qui ne conteste pas les griefs de bénéficier d'une réduction de la sanction. L'ordonnance est venue assouplir cette procédure en n'exigeant désormais plus des entreprises, outre la non contestation des

griefs de prendre des engagements. La prise d'engagements sera cependant un élément supplémentaire pris en compte pour la définition de la sanction.

Une PME pourrait alors trouver avantage à bénéficier de ces procédures devant l'Autorité de la concurrence plutôt que de transiger avec les services du Ministre.

Pour les PME les plus importantes, dont le chiffre d'affaires avoisine 50 millions d'euros, la sanction qui pourrait être prononcée par le Ministre serait plafonnée à 75 000 €, soit 0,15 % de son chiffre d'affaires. Dans ce cas, l'entreprise pourra trouver opportun d'accepter une transaction avec les services du Ministre, en particulier pour une filiale de grand groupe, faisant ainsi échapper le groupe au risque d'une condamnation plafonnée à 10 % du chiffre d'affaires mondial du groupe, puisqu'une fois les injonctions exécutées et la transaction acceptée par l'entreprise, l'Autorité de la concurrence ne pourra plus être saisie des mêmes faits.

Néanmoins si le Ministre venait à s'inspirer de la pratique communautaire qui presume pour les filiales détenues à 100 %, que le chiffre d'affaires à prendre en compte est celui du groupe auquel elle appartient et non celui de la filiale en cause, nombre d'entreprises pourraient ne plus bénéficier de ladite procédure de transaction, au seul motif qu'elles sont les filiales d'un groupe plus important.

La réforme instaurée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 vient donc mettre en place un traitement des pratiques anticoncurrentielles à deux vitesses tant sur le plan substantiel, que procédural. Il en résulte un fort risque d'inégalité de traitement pour les entreprises et une insécurité juridique majeure dans le cadre de la gestion des procédures de concurrence relatives aux pratiques d'ententes, d'abus de position dominante et de prix abusivement bas. Les plus petites entreprises risquent d'en faire les frais. ♦