

NEWSLETTER

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION



A LA UNE

TRANSPPOSITION DE LA DIRECTIVE ECN+ : FOCUS SUR LES MESURES CLES POUR RENFORCER LES MOYENS DE MISE EN ŒUVRE DES REGLES DE CONCURRENCE

La directive (UE) 2019/1 dite « ECN+ » a pour objectif de donner davantage de moyens aux autorités nationales de concurrence des Etats membres et de créer un « véritable espace commun de mise en œuvre des règles de concurrence » (Cf. [rapport au Président de la République relatif à l'ord. du 26 mai](#)). Pour mémoire et en synthèse, la directive vise à instituer un « socle de pouvoirs renforcés d'enquête et de décision et des pouvoirs d'assistance mutuelle élargis » garantissant aux autorités – outre indépendance et impartialité – les ressources financières et humaines suffisantes, les pouvoirs nécessaires pour recueillir toutes les preuves pertinentes et imposer des sanctions proportionnées et dissuasives ainsi que des programmes de clémence coordonnés renforçant l'intérêt des entreprises à y participer (Cf. [rapport au Président de la République relatif à l'ord. du 26 mai](#)).

L'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 – prise sur le fondement de la loi dite DDADUE – réalise cette transposition pour les dispositions qui ne faisaient pas d'ores et déjà partie de notre droit français.

Parmi les mesures nouvelles ou modifications substantielles on relèvera spécialement, tout d'abord, la consécration légale de la possibilité pour l'Autorité de la concurrence (ADLC) de rejeter les saisines qu'elle ne considère pas comme une priorité (**opportunité des poursuites** : art. L. 462-8, al. 2 C. com.) lorsque la saisine est introduite par une entreprise ou d'autres plaignants mentionnés à l'article L. 462-5, II. et IV. du code de commerce.

S'agissant, ensuite, du déroulement de la procédure et des mesures pouvant être prises par l'Autorité de la concurrence on relèvera, en particulier :

- la précision de ce que les pratiques dont l'ADLC est saisie peuvent être établies par tout **mode de preuve** (art. L. 463-1 C. com.), permettant ainsi, par exemple, l'admission d'enregistrements dissimulés, ainsi que la clarification **des règles de prescription** s'appliquant devant elle (art. L. 420-6, L. 462-6, L. 462-7 C. com.) ;

- la possibilité pour l'ADLC de prendre des **mesures conservatoires** « *de sa propre initiative* » (art. L. 464-1 C. com.) ainsi que celle d'imposer aux entreprises ou associations d'entreprises toute **mesure corrective** de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction (art. L. 464-2, I., al. 1 C. com.) ;
- la « restriction » du champ d'application de la répression pénale du délit d'opposition à fonction prévue à l'article L. 450-8 du code de commerce, « *afin de se conformer à la récente décision du Conseil constitutionnel* » (cf. rapport au Président de la République relatif à l'ord. du 26 mai) ayant censuré, pour méconnaissance du principe de *non bis in idem*, l'article L. 464-2, V al. 2 du code de commerce (v. notre Lettre d'information D-C n° 151 - Avril 2021) et le maintien corrélatif de ce dernier dans sa version actuelle afin de préserver intact le pouvoir de sanction administrative par l'ADLC des comportements d'**obstruction à instruction ou investigation**.

S'agissant des sanctions, on relèvera, en particulier :

- l'introduction explicite du critère (déjà présent dans le communiqué du 16 mai 2011 de l'ADLC relatif à la détermination de la sanction) de la **durée de l'infraction** en tant qu'élément d'appréciation de la sanction et la suppression de celui relatif au **dommage causé à l'économie** (art. L. 464-2, I. C. com.) ;
- l'augmentation du montant maximum de la sanction s'agissant de manquements commis par des **associations d'entreprises** passant ainsi de 3 millions d'euros à un plafond de « *10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* » étant précisé que « *lorsque l'infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de la sanction pécuniaire est égal à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association* » (art. L. 464-2, I. C. com.) ainsi que l'instauration de la possibilité pour l'ADLC de contraindre les membres d'une association d'entreprises à payer tout ou partie de l'amende infligée à l'association dans certaines conditions (principe de « responsabilité financière des **membres d'une association d'entreprises** » cf. Rapport au président) (art. L. 464-2, VI. C. com.) ;
- l'exemption des peines prévues par l'article L. 420-6 à l'encontre des **directeurs, gérants et autres membres du personnel de l'entreprise ou association d'entreprises** qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques mentionnées à l'article L. 420-1, si cette entreprise ou association d'entreprises a bénéficié d'une exonération totale des sanctions pécuniaires en application de la procédure de clémence (art. L. 464-2, IV C. com.), et s'il est établi qu'ils ont activement coopéré avec l'ADLC et le ministère public (art. L. 420-6-1 C. com. nouv. ; art. L. 464-2, IV., al. 2 C. com.).

Les mesures relatives à l'entrée en vigueur de l'ordonnance sont précisées de manière détaillée en son article 6.

On ajoutera, s'agissant spécifiquement de la procédure de **clémence**, que les articles 17 à 22 de la directive ECN+ qui lui sont relatifs ont été transposés par ailleurs, aux termes d'un décret n° 2021-568 du 10 mai 2021 lequel précise, notamment, que la demande de clémence pourra être adressée par l'intermédiaire d'une plateforme d'échanges sécurisés de documents électroniques (cf. sur le cadre juridique applicable à cette plateforme : décret n° 2021-715 du 2 juin 2021) laquelle a été mise en place par l'Autorité de la concurrence (CP ADLC, 8 juin 2021).

Les entreprises seront attentives à ces évolutions, spécialement dans le cadre de l'audit de leurs pratiques.